

57. 1. Kann im Tatbestandsberichtigungsverfahren eine Beweis-
aufnahme zum Zwecke der Berichtigung von Zeugen- oder Sach-
verständigenaussagen verlangt werden, die gemäß § 161 ZPO.
nicht zu Protokoll festgestellt, sondern in den Urteilsstatbestand
aufgenommen sind?

2. Über die Berichtigung eines Tatbestands oder eines
Protokolls, worin eine nicht protokollierte Zeugen- oder Sach-
verständigenaussage wiedergegeben ist.

ZPO. §§ 161, 320.

II. Zivilsenat. Ur. v. 19. November 1935 i. S. N. Mg. Reiszef.
u. a. (Bekl.) w. Firma U. S. (Kl.). II 121/35.

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Parteien betreiben Reismühlen. Die sieben Beklagten sind
zur „Arbeitsgemeinschaft der deutschen Reismühlen“ zusamen-
geschlossen. Mit ihnen sollte sich die Klägerin über ihre Beteiligung
an der Reisverarbeitung einigen. Die Klägerin hat auf Feststellung
geklagt, daß ein Vertrag nach Inhalt des Schreibens der Arbeits-
gemeinschaft an sie vom 26. Juli 1933 zwischen den Parteien zustande
gekommen sei und daß ihr die Beklagten als Gesamtschuldner zum
Ersatz des durch Nichteinhaltung des Vertrags gegenwärtig und
künftig entstehenden Schadens verpflichtet seien. Im landgericht-
lichen Verfahren hat eine Vernehmung von Zeugen, darunter des
Schlichters Schm.-Schr. und des Prokuristen der Erstbeklagten S.
stattgefunden.

Das Landgericht hat alsdann die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat in der Sitzung vom 23. Januar 1935 vor dem vollen Senat des Oberlandesgerichts eine wiederholte Vernehmung der Zeugen Schm.-Schr. und H. unter Gegenüberstellung mit dem gleichfalls gehörten Inhaber der Klägerin stattgefunden. Das Ergebnis dieser Vernehmungen ist im Tatbestand des Berufungsurteils niedergelegt, aber nicht zu Protokoll festgestellt. Das Oberlandesgericht hat unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils der Klage stattgegeben. Ein unter Vorlegung einer schriftlichen Erklärung des Zeugen Schm.-Schr. vom 26. März 1935 über den Inhalt seiner Zeugenaussage vor dem Oberlandesgericht gestellter Antrag auf Berichtigung des Urteilstatbestands für die dort festgestellten Aussagen der Zeugen Schm.-Schr. und H. ist durch Beschluß des allein noch dem erkennenden Senat angehörenden Berichterstatters vom 12. April 1935 abgelehnt worden, weil die beanstandeten Aussagen der beiden Zeugen im Tatbestand den Aufzeichnungen des Berichterstatters entsprechend wiedergegeben seien und er auch nach den Darlegungen der Beklagten sich nicht zu erinnern vermöge, daß die Aussagen so gelautet hätten, wie die Beklagten und die Zeugen selbst nach Vortrag der Beklagten jetzt angäben. Die Revision der Beklagten blieb erfolglos.

Gründe:

I. Beide Gerichte haben den Abschluß eines Vertrags zwischen den Parteien mit dem Inhalt der im Schreiben der Arbeitsgemeinschaft vom 26. Juli 1933 und schon in der Verhandlungsniederschrift vom 24. Juli 1933 niedergelegten Bedingungen festgestellt, auch den Einwand zurückgewiesen, daß es an der Vertragsgrundlage fehle, daß das Mühlenunternehmen der Klägerin eine Reismühle sei. Der erste Richter hat aber die Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung durch wissentlich falsche Angaben der Klägerin über den Umfang ihres Reismühlenbetriebes und namentlich über die Menge des verarbeiteten Reises für durchgreifend erachtet, wobei er im wesentlichen den Angaben der Zeugen Schm.-Schr. und H. über die Verhandlungen vom 24. Juli 1933 folgt. Hierbei spielte eine Rolle, daß der Inhaber der Klägerin (H. der ältere) die von ihm verarbeitete Reismenge auf ca. 1000 t angegeben habe; 1000 t Reis waren der Klägerin nach einem Zwiesgespräch zwischen ihrem

Inhaber und einem Zeugen N. von der Beklagten unter Nr. 7 bisher geliefert worden; und der Inhaber der Klägerin soll auf einen Vorhalt, daß er diese Menge möglicherweise nur mit Rücksicht auf eine bevorstehende Kontingentierung gekauft haben könnte, bestätigt haben, daß er diese Menge auch voll verarbeitet habe. Nach der Feststellung des Erstrichters wäre das unwahr gewesen, weil $\frac{2}{3}$ dieser Menge noch unverarbeitet waren. Das Berufungsgericht dagegen hat nach seiner Beweisaufnahme, wiewohl auch hierbei die Zeugen Schm.-Schr. und G. an ihrer Auffassung, daß die 1000 t als bereits verarbeitet bezeichnet worden seien, festhielten, die Anfechtung als nicht begründet erachtet, weil als ungeklärt offen bleiben müsse, ob damals am 24. Juli 1933 von den 1000 t nur als gekauft oder als bereits vermahlen gesprochen worden sei, und auch nicht einmal feststehe, ob die Verarbeitungszahl von maßgebender Bedeutung für die vorgeschlagene Beteiligung gewesen sei, sonach der Nachweis des ursächlichen Zusammenhangs zwischen dem angebliehen Verhalten der Klägerin und dem Vertragschluß fehle. In der Ausführung zum ersten Punkt der Angabe des Inhabers der Klägerin über den Umfang der Vermahlung ist eine im Urteilstatbestand festgestellte weitere Bekundung des Zeugen Schm.-Schr. aufgeführt: In einer an die Verhandlung der Parteien sich anschließenden Sonderberatung der Beklagten hätten einige der Mühlen der Klägerin überhaupt keinen Anteil zubilligen wollen, weil sie ihre Verarbeitung nicht angegeben habe; er habe sich aber dort für eine Einigung eingesetzt. Hieraus entnimmt das Berufungsgericht, daß sich sogleich Zweifel eingestellt hätten, wie die Äußerungen der Klägerin zu verstehen seien, und daß Bedenken, die sich auch durch weitere Beweiserhebungen, insbesondere eidliche Vernehmung der einen oder anderen Partei nicht beheben ließen, dagegen bestünden, ob unmißverständlich von den 1000 t in dem Sinne gesprochen worden sei, daß sie bereits verarbeitet wären.

II. Demgegenüber wollten die Beklagten mit ihrer Tatbestandsberichtigung und wollen sie jetzt mit ihrer Revision (die sich mit den Aussagen G. 3 nicht befaßt) zur Geltung bringen, daß Schm.-Schr. gemäß seiner nachträglichen schriftlichen Erklärung vom 26. März 1935 nicht so, wie vom Berufungsgericht festgestellt und hier herausgehoben, vor diesem Gericht ausgesagt habe. Er habe anders gesagt, nämlich daß ein Durchschnitt für die Jahre 1931, 1932 und 1933

nicht angegeben worden und deshalb der Klägerin nach der Meinung eines Teiles der Mühlen insofern, als dies nicht geschehe, eine Beteiligung nicht zuzuerkennen gewesen sei; daß die Verarbeitung für 1933 mit 1000 t „anerkannt“ worden sei, habe er stets erklärt. Von der Annahme einer solchen anders gestalteten Aussage des Zeugen aus unterstellt die Revision, daß sie zu einer den Beklagten günstigen Entscheidung der Anfechtungsfrage geführt haben würde. Die Feststellung dieser anderen Aussage im Wege der Tatbestandsberichtigung hätte zwar nach § 320 Abs. 5 ZPO. eine Änderung des übrigen Teils des Urteils nicht zur Folge gehabt, wohl aber den Beklagten einen vielleicht aussichtsreichen Prozeßangriff auf das Urteil nach § 286 ZPO. mit dem Ergebnis einer Aufhebung des Urteils und der Zurückverweisung der Sache eröffnet. Auf das gleiche Ergebnis laufen die Prozeßangriffe hinaus, welche die Revision nun erhebt, ohne das Urteil sachlich-rechtlich zu bemängeln. Sie beruft sich auf Verstöße gegen die §§ 161, 320, 396 ZPO. Ihre Beschwerden sind aber nicht begründet.

1. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts (RGZ. Bd. 145 S. 390 [392]; RA. Bd. 14 S. 176 [179]) steht fest, daß die Wiedergabe des wesentlichen Inhalts der Aussagen im Urteil stattzufinden hat, wenn gemäß § 161 ZPO. die Feststellung von Zeugen- oder Sachverständigenausagen im Sitzungsprotokoll in Fällen unterbleibt, in denen die Vernehmung vor dem Prozeßgericht selbst erfolgt und gegen das Endurteil Berufung nicht gegeben ist. Ob das im Tatbestand des Urteils oder in den Gründen — die dann eben insofern einen Teil des Tatbestands bilden — geschieht, steht im Ermessen des Gerichts. Die von der Revision unter Bezugnahme auf die vorgenannte, von ihr nach dem Abdruck in JW. 1935 S. 1021 Nr. 9 angeführte Entscheidung des Reichsgerichts aufgestellte Behauptung, Wiedergabe in den Gründen sei unzulässig, ist nach dem klaren gegensätzlichen Ausdruck des genannten Urteils und der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts unrichtig. Sie ist aber im vorliegenden Fall deswegen auch belanglos, weil der Berufungsrichter der in RGZ. Bd. 145 S. 393 ausgesprochenen Empfehlung folgend das Ergebnis seiner Vernehmungen ausführlich in den Urteilstatbestand aufgenommen hat. Zweck der Aufnahme der Aussagen ist die Ermöglichung der Nachprüfung der richtigen Rechtsanwendung.

Durch die Aufnahme der Aussagen in den Tatbestand wird ein vollgültiges Zeugnis des Gerichts über die vor ihm erstatteten Aussagen hergestellt (ZB. 1894 S. 424 Nr. 16 und RGWrt. vom 19. Februar 1903 IV 342/02). Dies muß, sobald man die Aufnahme der Aussagen in das Urteil im Falle des § 161 ZPO. für notwendig erklärt, aus den §§ 313, 418 ZPO. gefolgert werden. Soweit Stein-Jonas ZPO. § 314 I 1 der Aufnahme der Zeugen- und Sachverständigenausagen in den Tatbestand etwa nicht nur die erhöhte Beweisraft des § 314 ZPO., sondern auch die des § 418 ZPO. absprechen sollte, könnte dieser Meinung nicht beigetreten werden. Das Gericht, das im Falle des § 161 ZPO. die Aussagen in den Tatbestand, statt — was durchaus zulässig ist — in das Sitzungsprotokoll aufnimmt, bezeugt damit ebenfalls, daß die Zeugen und Sachverständigen so, wie im Tatbestande angegeben, vor ihm ausgesagt haben. Allerdings ist dieses Zeugnis, anders als das Zeugnis über das mündliche Parteivorbringen, durch jedes geeignete Beweismittel widerlegbar (§ 418 Abs. 2 im Gegensatz zu § 314 Satz 2 ZPO.). Die Revision meint nun, es sei „rechtsirrig“, daß das Berufungsgericht mit der von ihm gegebenen Begründung die Tatbestandsberichtigung angesichts der vorgelegten Erklärung von Schm.-Schr. (zu der die Klägerin andere, entgegengesetzte schriftliche Erklärungen anderer Verhandlungsbeteiligter beigebracht hat) abgelehnt habe. Allerdings sei im Berichtigungsverfahren — nach § 320 Abs. 4 ZPO. — eine Beweisaufnahme an sich nicht zulässig. Dies könne aber nur für das beiderseitige Parteivorbringen, nicht für die in den Tatbestand aufgenommenen Zeugenaussagen gelten. Für diese gälten ja auch andere für den Tatbestand bestehende Vorschriften, z. B. § 314 ZPO., nicht (RGZ. Bd. 17 S. 348). Erfolge die protokollarische Niederlegung, so könne im Berichtigungsverfahren eine Klärung durch Beweiserhebung stattfinden. Ob diese zulässig sei oder nicht, könne nicht davon abhängen, ob der Berufsrichter die Aussagen ins Protokoll oder in den Tatbestand aufnehme. Weiter spreche gegen die Beschränkung der Nachprüfung der Richtigkeit von Tatbestandsfeststellungen über Zeugenaussagen deren Bedeutung. Die Frage, ob Zeugenaussagen richtig niedergelegt seien, könne von einer weit über den Rahmen des Zivilprozesses hinausgehenden Wirkung sein. Es könnten sich strafrechtliche Verfolgungen an die unrichtige Niederlegung einer Aussage knüpfen. Nicht nur wegen

der Belange der Parteien, sondern auch wegen der ganz unbeteiligten Zeugen müsse, wenn die Frage einer unrichtigen Wiedergabe einer Aussage sich erhebe, deren Klärung so bald als möglich (§ 320 Abs. 2 Satz 3 ZPO.) und jedenfalls ohne die Beschränkung auf eine abweichende Erinnerung des Richters, sondern mit allen erreichbaren Mitteln erfolgen. Deshalb sei die Unterlassung der von der Erinnerung des Richters unabhängigen Prüfung der Frage, was der Zeuge Schm.-Schr. gesagt habe, „prozeßordnungswidrig“. Dieser Mangel beschwere die Beklagten. Daß er das Tatbestandsberichtigungsverfahren betreffe, sei unerheblich; dieses müsse insofern als ein zum Urteilsverfahren gehöriges Verfahren angesehen werden. Wenn unzulässigerweise ein Tatbestand berichtigt werde, so könne das mit der Revision gerügt werden; wenn der Tatbestand unzulässigerweise nicht berichtigt werde, so könne die Sachlage keine andere sein. Hiervon trifft der letzte Satz sicherlich zu. Nicht aber ist richtig, daß hier der Tatbestand „unzulässigerweise“ nicht berichtigt worden ist. Das Tatbestandsberichtigungsverfahren ist aufgenommen und durchgeführt worden. Ein Prozeßmangel des Berichtigungsverfahrens selbst, namentlich in der Entscheidung nur durch einen (übrigens gerade den des Sachverhalts am besten kundigen) Richter (§ 320 Abs. 4 Satz 2 ZPO.) liegt nicht vor. Wie die Revision selbst anführt, erfolgt die Entscheidung nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift (§ 320 Abs. 4 Satz 1 ZPO.) ohne vorgängige Beweisaufnahme. Diese wohlertwogene Vorschrift will, wie auch die Fristsetzung des Abs. 2 für die Anbringung des Berichtigungsantrags sowie die Ausschließung einer Anfechtung des Beschlusses in § 320 Abs. 4 Satz 4 zeigt, ein umständliches Verfahren über den Inhalt des Tatbestands abschneiden, um den Fortgang des Rechtsstreits nicht erheblich aufzuhalten. In diesem bietet dann die höhere Instanz, soweit als solche nicht nur noch die Revision offen ist (§ 561 Abs. 1 Satz 1 ZPO.) der Partei im Rahmen der gesetzlich gebotenen Möglichkeiten die Gelegenheit, Berichtigungen ihres festgestellten Vorbringens oder des Ergebnisses von Zeugen- und Sachverständigenvernehmungen durch berichtigende Erklärungen und durch Anträge auf wiederholte Vernehmung zu bewirken. Daß der Ausschluß der Beweisaufnahme für die Berichtigung der im Tatbestand gemäß §§ 161, 286, 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO. festgestellten Zeugen- und Sachverständigenaussagen nicht gelte, ist eine durch nichts begründete Aufstellung

der Revision. Gelten andere, das Parteivorbringen allein betreffende Vorschriften, wie nach seinem Wortlaut der § 314 ZPO., für diese Aussagen nicht, so tut das nicht dar, daß § 320 Abs. 4 Satz 1 ZPO. nicht ausnahmslos für die Entscheidung über den Tatbestandsberichtigungsantrag gälte. Der Satz der Revision: wenn die protokollarische Niederlegung erfolge, könne „im Berichtigungsverfahren“ eine „Klärung durch Beweiserhebung“ erfolgen, ist unrichtig. Gerade dann, wenn außerhalb des Tatbestands ein abgeschlossenes gerichtliches Beweiserhebungsprotokoll vorliegt und auf dieses im Tatbestand nur gemäß § 313 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 ZPO. verwiesen wird, ist eine inhaltliche Berichtigung der in Bezug genommenen Beweisverhandlungen nach § 320 ZPO. schon begrifflich ausgeschlossen. Denn dann ist der Tatbestand des Urteils (§ 313 Abs. 1 Nr. 3 ZPO.) der nur auf die abgeschlossene Urkunde hinweist, unter allen Umständen richtig. Das Prozeßgericht, das über den Tatbestandsberichtigungsantrag zu entscheiden hat, kann als solches gerichtliche Protokolle nicht berichtigen, die nur von den Urkundspersonen zu verantworten und daher auch nur von ihnen zu ändern sind. Gegen die Feststellung im Protokoll können die Parteien beim Prozeßgericht nur entweder mit Prozeßkrügen wegen Verletzung des § 162 ZPO. vorgehen, der vorschreibt, daß die Aussagen der Beteiligten vorzulesen oder zur Einsicht vorzulegen seien und daß im Protokoll zu bemerken sei, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben seien. Oder sie können, wo dafür prozeßrechtlich noch Raum ist, wiederholte Vernehmung zum Zwecke erneuter Feststellung des Wissens und anderen Wissens des Zeugen oder Sachverständigen erwirken. Die Frage, ob, unter welchen Umständen und mit welcher Wirkung das abgeschlossene Protokoll, sei es auf Antrag, sei es von Amtes wegen, in der Instanz von den dabei mitwirkenden Gerichtspersonen nicht bloß wegen der Förmlichkeiten, sondern auch wegen des sachlichen Ergebnisses durch eine zusätzliche Erklärung berichtigt werden könnte, darf hier auf sich beruhen, da derartige nicht geschehen konnte und aus einer derartigen Möglichkeit nichts für den Bereich des Tatbestandsberichtigungsverfahrens gewonnen werden kann. Ein gesetzlich geordnetes „Berichtigungsverfahren“ gibt es in dieser Richtung nicht, wenn auch schon angenommen worden ist, ein Gericht, das eine Protokollberichtigung auf Antrag als unzulässig ablehne, könne auf

Beschwerde dazu angehalten werden, sachlich zu prüfen, ob Anlaß für eine Berichtigung sei (vgl. auch *RMG.* in *JWB.* 1930 S. 1528 Nr. 1). Entscheidend ist dabei aber doch immer nur die Überzeugung der Urkundspersonen, ob das Protokoll so oder anders hätte gefaßt werden müssen, mag auch eine Anhörung der Beteiligten vorangehen. Aus dem unrichtigen allgemeinen Oberfaß der Revision über die Möglichkeit der Feststellung eines anderen Inhalts der zu Protokoll festgestellten Zeugen- oder Sachverständigenausagen in einem Berichtigungsverfahren kann also nicht abgeleitet werden, daß derartige möglich und entgegen der Überzeugung des Gerichts möglich sein müsse, wenn die Aussagen nur im Tatbestand vom Gericht einseitig, ohne Genehmigung des Verhörten, festgestellt sind. Die Berufung der Revision auf Folgen, die aus solchen Feststellungen jenseits des Rahmens des einzelnen Rechtsstreits, insbesondere in strafrechtlicher Hinsicht eintreten könnten, vermag zu keiner anderen Auffassung zu führen. Nach dieser Richtung hin steht die vom Gericht einseitig beurkundete Feststellung einer von dem Zeugen oder Sachverständigen gemäß § 162 *BPD.* genehmigten Feststellung nicht gleich, so wenig wie eine protokollarische Feststellung, gegen die nach dem Protokoll selbst sofort Einwendungen, namentlich gerade vom Verhörten, erhoben worden sind. Die sachliche Beweisraft der tatbestandlichen Feststellung für andere Rechtsverhältnisse wird immer frei zu prüfen sein.

2. Auf die andere Ausführung der Revision, es werde angesichts des vorliegenden Falls zu prüfen sein, ob dem Tatfachrichter fürderhin die Befugnis, von der Protokollierung und von der Verlesung der Notizen über Zeugenaussagen abzusehen, uneingeschränkt auch für verwickelte Prozesse eingeräumt werden könne, ist hier nicht einzugehen. Dadurch wird das bestehende Gesetz nicht berührt, das dem Gericht eben die Fähigkeit, solche Aussagen richtig zu erfassen und ohne Mitwirkung des Verhörten einseitig auch richtig wiederzugeben, zugetraut hat. Die daran geknüpfte Mühe, entweder das Protokollieren oder die Verlesung der Notizen hätte geschehen müssen, entbehrt jeder Grundlage im Gesetz und ist mit § 161 *BPD.* unvereinbar. Ob nach Meinung von *Baumbach BPD.* § 161 Anm. 1 die Anwendung des § 161 *BPD.* nur dann für „zweckmäßig“ zu erachten ist, wenn nicht nur sofort erkannt wird, sondern auch die Revision ausgeschlossen ist, ermangelt einer Bedeutung für den

vorliegenden Fall. Aus einer nur unzweckmäßigen Anwendung des § 161 ZPO. würde keine Gesetzesverletzung folgen, wie sie nach § 549 ZPO. für die Revision erforderlich ist. Außerdem wäre mit der Befolgung dieser Meinung das Vorkommen eines Sachverhalts wie vorliegend, daß eine Partei und ein Zeuge nachträglich die gerichtliche Feststellung im Tatbestand zum einen oder anderen Punkt bestreiten, nicht ein für allemal abgestellt; nur eine Revision wäre dann ausgeschlossen.

3. In letzter Reihe rügt die Revision, der Berufungsrichter habe, wenn er die Aussage des Zeugen Schm.-Schr. so verstanden habe, wie festgestellt, den offenbaren Widerspruch mit der Zeugenaussage nach dem landgerichtlichen Protokoll erkennen und aufzuklären bestrebt sein müssen, zumal da der Zeuge auch vor dem Oberlandesgericht daran festgehalten habe, daß der Inhaber der Klägerin die 1000 t als verarbeitet angegeben habe. Daß der Zeuge bei weiterem Befragen das Gericht nach seiner Erklärung vom 26. März 1935 dahin aufgeklärt hätte, daß in der Sonderberatung nur von der Nichtangabe der Verarbeitungszahlen von 1931/32 die Rede gewesen sei, unterliege keinem Zweifel. Hierin soll die behauptete Verletzung des § 396 ZPO. liegen. Dieser behandelt die Art der Vernehmung des Zeugen (Veranlassung des Zeugen zur Angabe des ihm vom Gegenstand der Vernehmung Bekannten im Zusammenhang, nötigenfalls weitere Fragen zur Aufklärung und zur Verbollständigung sowie zur Erforschung des Grundes der Wissenschaft des Zeugen, Fragestellung der Gerichtsmitglieder). Es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern dieses Gesetz mit der im Urteilstatbestand auf mehreren Seiten dargestellten Vernehmung des Zeugen Schm.-Schr., in der auch Antworten „Auf Befragen“ wiederholt vorkommen, verletzt sein soll. Welche Fragen benötigt werden, darüber hat allein der Tatsachenrichter zu befinden, und er hat das ausweislich des Tatbestands getan. In dieser Richtung kann eine Untersuchung in der Revision, die es nicht mit der Nachprüfung des Tatsächlichen, sondern nur mit der Beobachtung der Gesetze zu tun hat, nicht erfolgen.