

Geldmitteln und dem Grundstückszubehör (§ 468 ZGB) besteht (vgl. dazu OG, Urteil vom 28. September 1982 — 2 OZK 20/82 —; P. Wallis, „Die Vollstreckung in Grundstücke und Gebäude“, NJ 1976, Heft 6, S. 168 ff. [insbes. S. 173]). Zweck dieser Rechtsvorschrift ist es, den gerichtlichen Verkauf eines Grundstücks auch dann zu vermeiden, wenn ohnehin ein Verfahren zur Verteilung des übrigen Nachlasses stattfinden müßte. In einem solchen Fall kann über die Aufhebung der Erbengemeinschaft am Grundstück zusammen mit der Verteilung des anderen Nachlasses in einem einheitlichen Verfahren entschieden werden.

Wird deshalb gegen einen Beschluß über die Anordnung des gerichtlichen Verkaufs eines Grundstücks zum Zweck der Aufhebung der Erbengemeinschaft Beschwerde erhoben und dargelegt, außer dem Grundstück, den zu seiner Verwaltung erforderlichen Geldmitteln und dem Grundstückszubehör seien noch weitere Nachlaßgegenstände vorhanden, so hat das Bezirksgericht zu prüfen, ob diese Behauptung richtig ist. Entspricht dieses Vorbringen den Tatsachen, so ist der Beschluß über die Anordnung des gerichtlichen Verkaufs aufzuheben und der Antrag abzuweisen, weil in einem solchen Fall die durch § 25 Abs. 1 Satz 3 GrundstVollstrVO bestimmten Voraussetzungen für einen gerichtlichen Verkauf des Grundstücks nicht gegeben sind.

§§ 157 Abs. 3, 2 Abs. 2, 35 Abs. 1 ZPO; §§ 139, 92, 93, 330 ff. ZGB.

1. Es ist unzulässig, eine Berufung ohne mündliche Verhandlung mit einer völlig anderen, im Urteil des Kreisgerichts überhaupt nicht erörterten sachlichen und rechtlichen Würdigung als offensichtlich unbegründet abzuweisen.

2. Zur Sachaufklärung, ob bei einem Kaufvertrag die Ware verwechselt wurde und hierin eine Pflichtverletzung aus dem Vertrag liegt, sowie zu der Frage, ob der in diesem Fall gerichtlich geltend gemachte Anspruch als Schadenersatzforderung oder als Forderung auf Zahlung der Kaufpreisdifferenz zu beurteilen ist.

3. Zu den Voraussetzungen für die Einbeziehung einer weiteren Prozeßpartei in das gerichtliche Verfahren.

OG, Urteil vom 13. Mai 1983 - 2 OZK 13/83.

Der Kläger lieferte dem Verklagten zwei Schweine. Die Anlieferung erfolgte im Sammeltransport mit weiteren Schweinen durch Beauftragte des Klägers, die Zeugen K. und Sch.

Der Kläger hat vorgetragen, daß in der Annahmequittung des Verklagten seine Schweine mit den von der Zeugin B. gelieferten zwei Schweinen verwechselt worden seien. Dadurch habe er diese Tiere, die ein geringeres Gewicht hatten, bezahlt bekommen, während der Zeugin B. die ihm gehörenden Tiere mit einem höheren Gewicht bezahlt worden seien. Er fordert vom Verklagten die Zahlung der Kaufpreisdifferenz.

Der Verklagte hat Abweisung der Klage beantragt und ausgeführt, daß die Tiere nicht verwechselt worden seien.

Das Kreisgericht hat die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon ausgegangen werden müsse, daß eine Verwechslung der Tiere nicht vorgelegen habe.

Das Bezirksgericht hat die Berufung des Klägers als offensichtlich unbegründet abgewiesen und zur Begründung ausgeführt: eine Verwechslung der Schweine liege zwar vor, aber die Beweisaufnahme habe nicht ergeben, daß dem Verklagten bei der Abnahme der Schweine Fehler unterlaufen seien, die seine materielle Verantwortlichkeit begründen könnten. Die offensichtliche Verwechslung bei der Ablieferung der Schweine habe der Verklagte nicht zu vertreten. Diese sei auf das Verhalten des Zeugen K. zurückzuführen, der die Kennzeichen der Schweine bei der Verladung nicht notiert und sie bei der Ablieferung aus dem Gedächtnis angesagt habe. Der Kläger habe daher keine Ansprüche gegen den Verklagten. Ihm möglicherweise gegen die Zeugin B. oder die Zeugen K. bzw. Sch. zustehende Ansprüche seien im anhängigen Verfahren nicht zu klären gewesen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Kassationsantrag des Präsidenten des Obersten Gerichts, der Erfolg hatte.

#### Aus der Begründung:

Das Oberste Gericht hat wiederholt zum Ausdruck gebracht, daß eine Berufung nur dann offensichtlich unbegründet ist, wenn im erstinstanzlichen Verfahren alle für die Entscheidung wesentlichen Umstände ausreichend aufgeklärt worden

sind, mit der Berufung keine beachtlichen neuen Tatsachen vorgebracht werden und die vom Gericht erster Instanz vorgenommene rechtliche Beurteilung unbedenklich ist (vgl. OG, Urteil vom 11. März 1980 - 2 OZK 3/80 - [NJ 1980, Heft 5, S. 236]; OG, Urteil vom 18. November 1980 — 2 OZK 40/80 — [NJ 1981, Heft 6, S. 280] und die in diesen Entscheidungen zitierten weiteren Urteile des Obersten Gerichts).

Mit Urteil vom 22. Februar 1977 — 2 OZK 1/77 — (NJ 1977, Heft 14, S. 474) hat das Oberste Gericht weiter entschieden, daß das Berufungsgericht ohne mündliche Verhandlung insbesondere keine Beweiswürdigung vornehmen darf, die prinzipiell von der des Gerichts erster Instanz abweicht.

Entgegen der Auffassung des Bezirksgerichts haben die Voraussetzungen für die Abweisung der Berufung durch Beschluß wegen offensichtlicher Unbegründetheit (§ 157 Abs. 3 ZPO) nicht vorgelegen.

Das Bezirksgericht führt im Gegensatz zur Auffassung des Kreisgerichts in seinem Beschluß aus, daß es nach dem bisherigen Beweisergebnis nicht zweifelhaft ist, daß der Kläger schwerere Schweine als die mit dem ihm angerechneten Gewicht abgeliefert hat. Sachlich ist dieser Beweiswürdigung auch vollinhaltlich zuzustimmen. Bei dieser Sachlage ist es aber unzulässig, ohne mündliche Verhandlung die Berufung dennoch mit einer völlig anderen, im Urteil des Kreisgerichts überhaupt nicht erörterten sachlichen und rechtlichen Würdigung als offensichtlich unbegründet abzuweisen.

Bereits aus diesen Gründen war der Beschluß des Bezirksgerichts aufzuheben und die Sache zur Verhandlung über die vom Kläger gegen das Urteil des Kreisgerichts eingelegte Berufung an das Bezirksgericht zurückzuverweisen.

Hinzu kommt noch das Folgende:

Ausgehend davon, daß nach dem protokollierten Beweisergebnis in Übereinstimmung mit der Auffassung des Bezirksgerichts eine Verwechslung der Schweine stattgefunden hat, kann den weiter vom Bezirksgericht angestellten Erwägungen über die Verantwortlichkeit des Verklagten bzw. der Zeugen K. und Sch. und die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen nicht gefolgt werden.

Es geht im Verhältnis der Prozeßparteien zueinander nicht um die Frage eines Schadenersatzes des Klägers, sondern um die Zahlung des richtigen Kaufpreises. Abgesehen davon haben die Ausführungen des Bezirksgerichts darüber, auf wessen Verhalten die Verwechslung der Schweine zurückzuführen ist, im Beweisergebnis, wie es sich aus dem Verhandlungsprotokoll ergibt, bisher keine gesicherte Grundlage. Davon aber hängt die Frage ab, welcher Lieferer für den Verklagten erkennbar welche Schweine geliefert hat. Das wiederum ist, wie ausgeführt, keine Frage der Schadenersatzverpflichtung der Prozeßparteien, wie das Bezirksgericht meint, sondern der Zahlung des dementsprechenden Kaufpreises durch den Verklagten.

Die Zeugen K. und Sch. sind bei dem gegebenen Sachverhalt als Beauftragte des Klägers anzusehen. Ist unter Berücksichtigung der vom Verklagten zu treffenden organisatorischen Maßnahmen für eine verwechslungsfreie Annahme der Schweine und der Verantwortlichkeit des Zeugen Kr., des Abnehmers der Schweine beim Verklagten, die Verwechslung auf das Verhalten der Zeugen K. und Sch. zurückzuführen, was in der Verhandlung nach Zurückverweisung der Sache noch zu prüfen sein wird, dann ist davon auszugehen, daß für den Kläger die geringgewichtigen Schweine abgeliefert worden sind und demzufolge der Verklagte mit der Zahlung des dementsprechenden Kaufpreises seine Verpflichtung aus dem Kaufvertrag erfüllt hat.

Ergibt sich dagegen, daß die Verwechslung auf mangelhafte, vom Verklagten zu treffende organisatorische Maßnahmen bzw. auf das Verhalten seines Mitarbeiters Kr. bei der Abnahme der Schweine zurückzuführen ist, dann haben die schwereren Schweine des Klägers als von ihm geliefert zu gelten, und der Verklagte hat den dementsprechenden Kaufpreis an ihn zu zahlen.

Soweit das Bezirksgericht schließlich noch darauf hingewiesen hat, daß eine Inanspruchnahme der Zeugin B. im anhängigen Verfahren nicht zu klären gewesen wäre, vermag das ebenfalls nicht zu überzeugen, zumal diese bereits bei ihrer Vernehmung in erster Instanz zu erkennen gegeben