

26

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 126/70

URTEIL

Verkündet am
27. März 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der W [REDACTED] Handelsgesellschaft (Kommanditgesellschaft) in H [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich haftende Gesellschafterin, die Verwaltungsgesellschaft Ludwig W [REDACTED] mbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Ludwig W [REDACTED], ebenda,
2. der Verwaltungsgesellschaft Ludwig W [REDACTED] mbH in H [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Ludwig W [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

die S [REDACTED] Handelsgesellschaft mbH in B [REDACTED], K [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer
Samuel B [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. März 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 22. Juni 1970 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt ist.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 16. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Firma B[REDACTED] & Co., welche dieselben Gesellschafter und denselben Geschäftsführer wie die Klägerin hat und in demselben Hause untergebracht ist, hatte im Herbst 1966 von der Firma Z[REDACTED]-K[REDACTED] GmbH Pflaumenkonserven gekauft und vom Senat von Berlin die Genehmigung zum Bezug von 1 Million Gläsern erhalten. Ende März 1967 kaufte die Beklagte zu 1)

fernmündlich von der Firma B[REDACTED] & Co. 700 000 bis 800 000 Gläser ostdeutsche Pflaumen. Sie bestätigte in dem Fernschreiben vom 31. März 1967 als "integrierenden Bestandteil zum Kontrakt" die Zusage der Firma B[REDACTED] & Co., daß danach keine anderen Angebote aus der Ernte 1966 mehr kommen könnten und daß die Firma B[REDACTED] & Co. Pflaumen aus der Ernte 1966 nach Abgabe der Festofferte anderweit weder angeboten noch verkauft habe. Die Firma B[REDACTED] & Co. lieferte nur 376 362 Gläser Pflaumen. Etliche Abnehmer der Beklagten beanstandeten die Beschaffenheit der Pflaumen. Die Beklagte zu 1) gab die Rügen an die Firma B[REDACTED] & Co. weiter, die sich zur Zurücknahme der beanstandeten Pflaumenkonserven bereit erklärte. Sie wurden indessen nicht zurückgegeben. Die Stadtverwaltung W[REDACTED] ordnete die Sicherstellung des bei dem Lebensmittelhändler S[REDACTED] befindlichen Bestandes an, weil die Pflaumen einen nicht zugelassenen Farbstoff enthielten.

Da die Beklagte zu 1) die Zahlung des noch offenen Kaufpreises in Höhe von 183 833,50 DM an die Klägerin mit der Begründung verweigerte, daß sie die Pflaumenkonserven von der Firma B[REDACTED] & Co. gekauft habe, übersandte die Klägerin am 16. Mai 1967 eine Abtretungserklärung der Firma B[REDACTED] & Co., die der Beklagten zu 1) am 18. Mai 1967 zuging. Daraufhin zahlte die Beklagte zu 1) der Klägerin am 29. Mai 1967 - nach Einreichung der Klage - 133 833,55 DM.

Die Klägerin verlangt den restlichen Kaufpreis in Höhe von 49 999,95 DM nebst Zinsen. Hinsichtlich



des überschießenden Betrages haben beide Parteien den Rechtsstreit für erledigt erklärt. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat der Klägerin 48 428,53 DM nebst Zinsen zuerkannt, dem Antrag der Beklagten gemäß § 717 Abs.2 ZPO in Höhe von 690,23 DM nebst Zinsen entsprochen und den weitergehenden Antrag zurückgewiesen. Die Kosten des erledigten Teils des Rechtsstreits hat es den Beklagten auferlegt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgen die Beklagten ihre Anträge auf Klagabweisung und Verurteilung der Klägerin zur Zurückzahlung des zur Abwendung der Vollstreckung geleisteten Betrages weiter.

Entscheidungsgründe

I. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Minderung des Kaufpreises in Höhe von 6 081,69 DM nur deshalb für unberechtigt gehalten, weil es die Beweisanträge der Beklagten unzulässigerweise übergangen habe.

1. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob die Beklagte zu 1) mindern kann. Es ist daher davon auszugehen, daß die Beklagte zu 1) zur Minderung berechtigt ist. Dann hätte das Berufungsgericht aber die für die Mängel der Pflaumenkonserven angebotenen Beweise erheben müssen. Aus beweisrechtlichen Gründen

darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn die unter Beweis gestellte Tatsache unerheblich, bereits bewiesen oder offenkundig ist, wenn das Beweismittel unzulässig, unerreichbar oder ungeeignet ist oder wenn die behauptete Tatsache als wahr unterstellt werden kann (BGHZ 53, 245, 259).

2. Den als Zeugen benannten Prokuristen Arriens hat das Berufungsgericht nicht vernommen, weil er nach der Art des Geschäfts - die Ware war von der Klägerin unmittelbar an die Abnehmer der Beklagten zu 1) geliefert worden - die Pflaumenkonserven nicht zu Gesicht bekommen habe und daher aus eigener Wahrnehmung über deren Beschaffenheit nichts sagen könne. Es hat also angenommen, daß eine Vernehmung des Prokuristen Arriens zum Beweis der Mangelhaftigkeit der Pflaumen ungeeignet sei. Das wäre indessen nur dann richtig, wenn es ausgeschlossen wäre, daß sich bei seiner Vernehmung Sachdienliches ergeben hätte.

a) Es ist aber - wie die Revision mit Recht geltend macht - nicht einmal geklärt, daß Prokurist Arriens keine eigenen Wahrnehmungen gemacht hat. Ob er von der Firma B. & Co. gelieferte Pflaumenkonserven gesehen hat oder nicht, hätte sich erst bei seiner Vernehmung herausgestellt.

b) Selbst wenn er auf Grund eigener Wahrnehmung nichts über die Beschaffenheit der Pflaumenkonserven hätte sagen können, hätte er möglicherweise die Be-
anstandungen der Empfängerfirmen im einzelnen schildern können, was Schlüsse auf die Mängel der Konserven erlaubt hätte.

3. Den Antrag der Beklagten, gemäß § 377 Abs. 3 ZPO Auskünfte der Empfängerfirmen einzuholen, hat das Berufungsgericht für unzulässig gehalten.

a) Zum Beweisantritt gemäß § 377 Abs. 3 ZPO genügt allerdings die Berufung auf "Auskünfte sämtlicher Empfängerfirmen" nicht. Es ist die Benennung bestimmter Personen erforderlich (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 377 Anm. V § 373 Anm. I). Wird ein Zeuge nicht namentlich oder nicht unter einer ladungsfähigen Anschrift benannt, so muß das Gericht nach § 139 ZPO aufklären (Wieczorek, ZPO § 373 Anm. D II). Das Berufungsgericht hätte daher den Beklagten aufgeben müssen, die Inhaber oder Angestellten der Empfängerfirmen namhaft zu machen.

b) Daß die Inhaber oder Angestellten der Empfängerfirmen die Beweisfrage anhand von Aufzeichnungen schriftlich hätten beantworten können, ist nicht ausgeschlossen. Möglicherweise sind die Mängel der gelieferten Ware nach Art und Umfang bei den Empfängerfirmen schriftlich festgehalten worden.

4. Da das Verfahren infolge Übergehens dieser Beweisanträge zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, kommt es nicht mehr darauf an, ob das Berufungsgericht verpflichtet gewesen wäre, die Mängel der Ware durch einen Sachverständigen anhand der von den Beklagten in diesem Rechtsstreit vorgelegten Unterlagen feststellen zu lassen. Der vorliegende Fall unterscheidet sich al-

lerdings insofern von der von der Revision angeführten Entscheidung des BGH (BGH Urt. vom 16. Dezember 1963 - III ZR 47/63 = LM § 287 ZPO Nr. 33), als hier das Berufungsgericht nicht nur den Minderwert der Ware, sondern deren Mängel nicht als bewiesen angesehen hat.

5. Soweit die Revision rügt, es komme entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf an, ob alle bei dem Lebensmittelhändler S [REDACTED] befindlichen Pflaumenkonserven einen nicht zugelassenen Farbstoff enthielten, übersieht sie, daß nicht vorgetragen ist, wieviel Gläser S [REDACTED] erhalten hat bzw. bei ihm sichergestellt worden sind, und nicht behauptet ist, daß die Sendungen gemäß Rechnung Nr. 01024 über 11 000 Gläser und Nr. 01058 über 6 000 Gläser, aus denen die bei Schwarzmaier befindlichen Bestände nach der Feststellung des Berufungsgerichts offenbar stammten, sämtlich einen nicht zugelassenen Farbstoff enthalten hätten. Die Beklagten werden bei der erneuten Verhandlung Gelegenheit haben, ihr Vorbringen insoweit zu ergänzen.

6. Zur Erhebung eines Sachverständigengutachtens über den Minderwert der Pflaumenkonserven hatte das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus keinen Anlaß. Es wird nach der Beweisaufnahme über Art und Umfang der von den Beklagten behaupteten Mängel gegebenenfalls ein Sachverständigengutachten zum Minderwert der Pflaumenkonserven einholen müssen.

II. Die Revision macht weiter geltend, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Aufrechnung mit Schadensersatzforderungen der Beklagten zu 1) nicht durchgreifen lassen.

1. Einen Schadensersatzanspruch wegen (teilweiser) Nichterfüllung hat das Berufungsgericht verneint, weil es sich um eine begrenzte Gattungsschuld gehandelt habe und die Klägerin infolge unverschuldeter nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung aus der Gattung frei geworden sei.

a) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe irrigerweise eine begrenzte Gattungsschuld angenommen, ist allerdings unbegründet. Das Berufungsgericht hat aus dem Fernschreiben vom 31. März 1967, dessen Auslegung im Revisionsrechtszug nur beschränkt nachprüfbar ist, entnehmen können, daß die Firma B. & Co. den gesamten, noch nicht verkauften Restbestand ostdeutscher Pflaumen der Ernte 1966 der Beklagten zu 1) verkauft hat. Hat die Beklagte zu 1) nicht 700 000 bis 800 000 Gläser aus dem Restbestand von Pflaumenkonserven, sondern den Restbestand von 700 000 bis 800 000 Gläsern gekauft, ist sogar fraglich, ob es sich nicht um eine Speziesschuld handelt (Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 243 Anm. 5 m.w.Nachw.) und demnach nicht § 279 BGB, sondern § 275 BGB anzuwenden ist.

b) Doch ist die Klägerin auf Grund der Vereinbarung mit der Beklagten zu 1) in jedem Fall zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie nach der in dem Fern-

schreiben vom 31. März 1967 bestätigten Zusage ostdeutsche Pflaumen aus der Ernte 1966 anderweit verkauft hat.

2. Das Berufungsgericht hätte daher die Anträge der Beklagten auf Einholung einer Auskunft der Firma Z[REDACTED]-K[REDACTED] GmbH und Vernehmung des zuständigen Sachbearbeiters dieser Firma darüber, daß die Klägerin am 31. März 1967 188 000 Gläser Pflaumen an Dritte verkauft hat, nicht übergehen dürfen, sondern klären müssen, ob die Klägerin nach ihrer in dem Fernschreiben vom 31. März 1967 bestätigten Zusage anderweit Pflaumenkonserven verkauft hatte. Daß in dem Beweisantrag nicht, wie es erforderlich gewesen wäre, eine bestimmte Person benannt ist, die die Auskunft nach § 377 Abs. 3 ZPO geben bzw. als Zeuge vernommen werden soll, ist - wie dargelegt - unschädlich.

3. Die weiteren verfahrensrechtlichen Rügen der Revision sind dagegen unbegründet.

a) Es kann als zutreffend unterstellt werden, daß der als Zeuge benannte Wolf-Jürgen W[REDACTED] keine Gespräche in Ostberlin geführt hat und daher auch nicht anläßlich derartiger Gespräche von Lieferschwierigkeiten der ostdeutschen Pflaumenproduzenten erfahren hat. Daraus, daß solche Gespräche nicht geführt worden sind, ergibt sich nichts für eine Schadensersatzverpflichtung der Klägerin.

b) Ebenfalls kann als richtig unterstellt werden, daß die Firma B[REDACTED] & Co., die bis zum 31. März 1967

gültige Bezugsgenehmigung über diesen Zeitpunkt hinaus verlängern ließ. Eine Verlängerung der Bezugsgenehmigung war - wie die Beklagten selbst vortragen - erforderlich, wenn die Lieferungen nicht bis 31. März 1967 in das Bundesgebiet verbracht worden waren. Da Lieferungen an die Beklagte zu 1) bzw. deren Abnehmer nach dem 31. März 1967 in das Bundesgebiet verbracht worden sind, läßt ein Antrag auf Verlängerung der Bezugsgenehmigung über den 31. März 1967 hinaus nicht die Schlußfolgerung zu, daß die Klägerin am 31. März 1967 weitere Verkäufe getätigt habe.

4. Unzutreffend ist auch die Ansicht der Revision, die Firma B [REDACTED] & Co. sei verpflichtet gewesen, bereits vor dem Vertragsschluß mit der Beklagten zu 1) veräußerte Pflaumenkonserven zurückzukaufen. Es ist schon fraglich, ob ein Rückerwerb überhaupt möglich gewesen wäre. Im übrigen hätte die Klägerin eine derartige Verpflichtung auch dann nicht gehabt, wenn es sich nicht um eine Speziesschuld, sondern um eine begrenzte Gattungsschuld gehandelt hätte. Voraussetzung der Leistungsmöglichkeit aus der Gattung ist, daß die Ware noch am Markt ist (Palandt, BGB 30. Aufl. § 279 Anm. 2). Von der Firma B [REDACTED] & Co. veräußerte und an ihre Abnehmer gelieferte Pflaumenkonserven waren nicht mehr am Markt.

5. Die Klägerin muß es auch nicht, wie die Revision meint, vertreten, wenn sich erst nach Vertragsschluß herausgestellt hat, daß die Firma B [REDACTED] & Co. die Leistung aus der Gattung nicht mehr er-

bringen konnte. Wie das Berufungsgericht von der Revision unangefochten festgestellt hat, ist die Lieferung weiterer Gläser unterblieben, weil sich nachträglich ergeben hat, daß die bei den Herstellern lagernde Ware verdorben war.

6. Dagegen wird das Berufungsgericht gegebenenfalls der Behauptung der Beklagten, die Firma B. & Co. habe bei Vertragsschluß gewußt, daß die mitteldeutschen Lieferanten Vorbehalte hinsichtlich einer Lieferung von weiteren 700 000 Gläsern gemacht hätten, in der erneuten Verhandlung nachgehen und prüfen müssen, ob sich daraus ein Schadensersatzanspruch der Beklagten zu 1) ergibt, wenn die insoweit beweispflichtigen Beklagten für ihr Vorbringen Beweis antreten.

7. Nach der Beweisaufnahme zum Grund des Schadensersatzanspruches wird das Berufungsgericht gegebenenfalls über die Höhe des Schadens Beweis erheben müssen. Dabei wird es zu prüfen haben, ob - wie die Beklagten meinen - von einer Fehlmenge von 323 638 Gläsern ausgegangen werden kann. Das Berufungsgericht hat nämlich festgestellt, daß die Beklagte zu 1) am 20. April 1967 der Firma B. & Co. geschrieben hat, diese habe ihr versichert, alles zu versuchen, um "eine Quote von 70 % des Gesamtkontraktes" zu erfüllen; bezüglich der restlichen Menge hoffe sie mit ihren Kunden eine Regelung zu finden, die für alle Beteiligten zufriedenstellend sei; sie hoffe weiter, daß die zukünftigen Geschäftsbeziehungen mit der Firma B. & Co. angenehm sein würden. Darin könnte mög-

licherweise ein Verzicht auf Schadensersatzansprüche hinsichtlich der "eine Quote von 70 % des Gesamtkontraktes" übersteigenden Menge gesehen werden.

8. Hätte die Klägerin entgegen der mit der Beklagten zu 1) getroffenen Vereinbarung anderweit Pflaumenkonserven verkauft, so könnte der Beklagten zu 1) infolge des Umsatzrückgangs mit den Firmen K[REDACTED] und R[REDACTED] möglicherweise ein Schadensersatzanspruch unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zustehen. Das Berufungsgericht wird daher gegebenenfalls den von den Beklagten benannten Prokuristen B[REDACTED] zum Umsatzrückgang und einen Sachverständigen zur Höhe des der Beklagten zu 1) entstandenen Schadens zu vernehmen haben.

III. Die Kosten des erledigten Teils des Rechtsstreits dürfte das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision nach § 91 a ZPO den Beklagten auferlegen.

1. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1) am 29. Mai 1967 zwischen Einreichung und Zustellung der Klage, "gezahlt".

a) Nicht festgestellt hat das Berufungsgericht, ob der Betrag am 29. Mai 1967 überwiesen oder an diesem Tage der Klägerin gutgeschrieben worden ist. Das kann indessen auf sich beruhen.

b) Der Senat hält trotz der im Schrifttum verschiedentlich geäußerten Bedenken (Baumbach/Lauterbach,

ZPO 30. Aufl. § 91 a Anm. 2 A m. w. Nachw.) daran fest, daß § 91 a ZPO auch dann anwendbar ist, wenn die Erledigung zwischen Einreichung und Zustellung der Klage eintritt (BGHZ 21, 298). Wie in dieser Entscheidung ausgeführt ist, steht der Wortlaut von § 91 a seiner Anwendung auf einen derartigen Fall nicht entgegen, Sinn und Zweck der Bestimmung sprechen dafür.

2. Bei der Kostenentscheidung gemäß § 91 a ZPO ist zu berücksichtigen, daß die am 11. und 12. Mai 1967 gemahnte Beklagte zu 1) die Forderung erst am 29. Mai 1967 bezahlt hat, obwohl sie auf Aufforderung der Firma B. & Co. schon früher an die Klägerin Zahlung geleistet hatte und ihr die Abtretungserklärung der Firma B. & Co. am 18. Mai 1967 zugegangen war. Daraus ergibt sich, daß die Beklagten entgegen der Auffassung der Revision nicht geltend machen können, die Beklagte zu 1) hätte die Rechnungen nach Erhalt der Abtretungserklärung erst prüfen müssen. Es ist daher gerechtfertigt, die Kosten des erledigten Teils des Rechtsstreits den Beklagten aufzuerlegen.

IV. Da es einer weiteren Beweisaufnahme bedarf, ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - zurückzuverweisen.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann