

BGHZ: **nein**

**BGH, Urt. v. 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83 - OLG Nürnberg
LG Regensburg**

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 181/83

URTEIL

Verkündet am:
17. Oktober 1984
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma T- S- GmbH, vertreten durch den alleinvertretungs-
berechtigten Geschäftsführer Michael K-, L-straße in
D-,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. - und Dr. -

g e g e n

die Firma I-H- GmbH & Co. KG, vertreten durch die Komplementärin
I-GmbH, diese vertreten durch den alleinvertretungsberechtigten
Geschäftsführer Gregor E-, D-straße in R-,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. - und
Dr. -

17

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 9. Mai 1983 mit der Maßgabe aufgehoben, daß es bei der Abweisung der Klage bleibt, soweit 13 % Mehrwertsteuer auf die Zinsen verlangt worden sind.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Tatbestand

Die Klägerin betreibt den Handel mit Stahl, Draht und Walzdraht. In der Regel tätigt sie Streckengeschäfte. Die Beklagte ist ebenfalls im Stahlhandelsbereich tätig und verfügt über besondere Geschäftsverbindungen mit stahlerzeugenden Firmen in den Ostblockstaaten. Die Parteien traten im September 1981 in Kontakt, um die Möglichkeit eines Geschäfts zwischen ihnen abzuklären. Es wurde u.a. darüber gesprochen, daß die Klägerin bei der Beklagten insgesamt 3.000 t Walzdraht bestellen wollte, den die Beklagte ihrerseits aus der Tschechoslowakai beziehen würde.

Mit Fernschreiben vom 21. September 1981 bestellte die Klägerin bei der Beklagten 3.000 t Walzdraht. Die Gesamtmenge sollte in drei Teillieferungen (sogenannten "Lots") in den Monaten Oktober bis Dezember 1981 in Hamburg eintreffen. Zur Zahlungsweise hieß es in dem Fernschreiben der Klägerin: "Durch von uns zu erstellende Bankgarantie gegen Vorlage der noch aufzugebenden Dokumente". Die Beklagte übermittelte der Klägerin mit Fernschreiben vom 22. September 1981 ihren Vorschlag für den Text der Bankgarantie und bestätigte mit Fernschreiben vom 25. September 1981 die Bestellung der Klägerin, wobei sie darauf hinwies, daß die Banksicherheit am 25. September 1981 bei der Bank der Beklagten vorliegen sollte. Die Klägerin ließ sodann eine Bankgarantie zugunsten der Beklagten im Betrag von 752.400 US-Dollar eröffnen, die am 29. September 1981 bei der Bank der Beklagten eintraf.

Den bei der Beklagten bestellten Walzdraht hatte die Klägerin in der Zwischenzeit weiterveräußert. Die Beklagte führte im November 1981 eine Teillieferung über ca. 1.000 t Walzdraht aus. Weitere Lieferungen der Beklagten erfolgten jedoch trotz Mahnung und Nachfristsetzung durch die Klägerin nicht. Die Klägerin nimmt deshalb die Beklagte auf Schadensersatz in

Anspruch. Sie habe Deckungskäufe vornehmen müssen, um ihre eigenen Lieferverpflichtungen erfüllen zu können; dabei seien ihr Mehrkosten in Höhe von 212.890,17 DM entstanden. Diesen Betrag und weitere 3.524,-- DM als Ersatz der Avalgebühren für die an die Beklagte gestellte, von dieser aber nicht in Anspruch genommene Bankgarantie hat sie zuzüglich Zinsen und Mehrwertsteuer auf die Zinsen mit der Klage geltend gemacht. Die Beklagte verteidigt sich vor allem damit, daß kein wirksamer Vertrag zustandegekommen sei, weil sie die vertragliche Bindung davon abhängig gemacht habe, daß die von der Klägerin zu stellende Bankgarantie bis zum 25. September 1981 eingehe.

Das Landgericht hat der Klage mit Ausnahme eines Teils der Zinsforderung stattgegeben. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klage mit der Maßgabe weiter, daß die Verurteilung zur Zahlung von 13 % Umsatzsteuer auf die Zinsen entfalle.

Entscheidungsgründe

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Klägerin stünden Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte nicht zu, weil zwischen den Parteien ein wirksamer Kaufvertrag des von der Klägerin behaupteten Inhalts nicht zustandegekommen sei. Sie habe nicht den ihr obliegenden Beweis führen können, daß der Vertrag unabhängig von der Ge-

stellung der Bankgarantie durch sie bis zum 25. September 1981 habe zustandekommen sollen. Insbesondere sei der Beweis nicht durch die Äußerungen der vor dem Landgericht vernommenen Zeugen K[REDACTED] und A[REDACTED] erbracht worden. Zwar hätten sie nicht bestätigt, daß die Banksicherheit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt hätte vorliegen müssen. Dem stehe jedoch die Aussage der Zeugin H[REDACTED] entgegen. Das Berufungsgericht hat die Zeugen nicht erneut vernommen, beurteilt jedoch - wie es im einzelnen erörtert - abweichend von der Würdigung durch das Landgericht die Aussage von Frau H[REDACTED] nicht von vornherein als in sich widersprüchlich und unglaubhaft.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Unbegründet ist allerdings die Beanstandung der Revision, das Berufungsgericht habe einseitig auf den Fall abgestellt, daß der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden sei. Die Umstände, die zum Vertragsschluß geführt haben, legen eine Prüfung unter diesem Gesichtspunkt vielmehr nahe; die Beklagte hat nicht eine bloße Behauptung aufgestellt (vgl. Baumgärtel-Laumen, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. I § 158 Rdn. 7): Die Klägerin hatte den Walzdraht mit Fernschreiben vom 21. September 1981 bestellt und darin angegeben, daß die Zahlung "durch von uns zu erstellende Bankgarantie gegen Vorlage der noch aufzugebenden Dokumente" erfolgen sollte. Über diese Garantie und deren Zweck, der Beklagten als Sicherheit für ihre Verpflichtung gegenüber dem tschechoslowakischen Stahlerzeuger zu dienen, ist nach der nicht angegriffenen Feststellung des Berufungsgerichts schon bei den Vertragsverhandlungen gesprochen worden. Diese Zweckbestimmung war ein Anhaltspunkt dafür, daß es der Beklagten - für die Klägerin erkennbar - nicht nur um eine vertragliche Verpflichtung der Klägerin, sondern um eine Bedingung für das Zustandekommen des Vertrags ging, als sie mit Fernschreiben vom

22. September 1981 ihren Vorschlag für den Text der Bankgarantie übermittelte und in ihr Fernschreiben vom 25. September 1981, mit dem sie die Bestellung bestätigte, folgenden möglicherweise als Bedingung zu deutenden Passus aufnahm: "Gedeckt durch Bankbürgschaft, Text wie bekannt, ... eingehend bei unserer Bank am 25.9.81".

2. Das Berufungsgericht hat auch zutreffend zugrundegelegt, daß bei Zweifeln daran, ob der Vertrag unbedingt oder unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden ist, diejenige Partei die Beweislast für den unbedingten Vertragsabschluß trägt, die Rechte aus ihm herleitet, hier also die Klägerin. Damit folgt es der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. RGZ 107, 405, 406; Baumgärtel-Laumen aaO Rdn. 4-7, MünchKomm-H.P. Westermann, BGB, 2. Aufl., § 158 Rdn. 49, jeweils m.w.N.). Sie stellt mit Recht darauf ab, daß diejenige Partei, die sich substantiiert (s. oben) auf die aufschiebende Bedingung berufe, keine von ihr zu beweisende Einwendung geltend mache, sondern bereits die Wirksamkeit des Vertrags leugne (für die Behandlung als Einwendung allerdings Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, § 19 II, S. 262 ff. und § 22 S. 308 ff.; s. auch die ausführliche Darstellung der Leugnungs- und der Einwendungstheorie bei Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, 1975, S. 332 ff.).

3. Die Würdigung des Berufungsgerichts, es könne nicht als erwiesen angesehen werden, daß das Geschäft unabhängig von dem Eingang der Bank-sicherheit bis 25. September 1981 abgeschlossen sein sollte, beruht jedoch auf dem von der Revision gerügten Verstoß gegen §§ 523, 398 ZPO.

a) Das Landgericht hat - unter Verkennung der Beweislast - die Behauptung der Beklagten nicht als bewiesen angesehen, sie habe das Zustandekommen des Geschäfts von der Gestellung der Bankgarantie bis 25. September 1981 abhängig gemacht. Hierfür stützt es sich auf die zwischen den Parteien gewechselten Fernschreiben und das Ergebnis der Zeugenvernehmung. Der Zeuge K[REDACTED] habe zur Banksicherheit ausgesagt, daß zwar über deren Gestellung gesprochen worden sei, nicht jedoch über ein Datum, bis zu welchem eine solche Sicherheit vorliegen müsse. Die Zeugin A[REDACTED] habe bekundet, sie wisse nichts davon, daß vor dem Fernschreiben der Beklagten vom 25. September 1981 diese die Bankgarantie für einen bestimmten Zeitpunkt verlangt habe. Die Zeugin H[REDACTED] habe bekundet, daß sie zu der Beweisfrage aus unmittelbarem eigenen Wissen nichts sagen könne. Sie sei insoweit lediglich vom Geschäftsführer der Beklagten informiert worden, nachdem er mit der Klägerin telefoniert gehabt hätte. Sie habe gehört, daß der Geschäftsführer der Beklagten, E[REDACTED], bei einem Telefongespräch mit der Klägerin gesagt habe, die Bankgarantie müsse bis zum 25. September 1981 eingetroffen sein, und auch zum Ausdruck gebracht habe, ansonsten könne das Geschäft nicht zustandekommen. Zur Würdigung der Aussage führt das Landgericht aus:

"Abgesehen davon, daß die Aussage der Zeugin H[REDACTED] schon in sich Widersprüche aufweist, als sie nämlich einmal davon spricht, der Klägerin gegenüber sei zum Ausdruck gebracht worden, daß die Bankgarantie bis zum 26.9.1981 vorliegen müßte, will sie später bei einem Telefonat zwischen Herrn E[REDACTED] und einem Herrn der Klägerin gehört haben, daß ersterer die Bankgarantie bis zum 25.9.1981 gefordert habe. Das Gericht hält darüber hinaus die Aussage der Zeugin H[REDACTED] nicht für glaubhaft, wonach der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin gegenüber telefonisch zum Ausdruck gebracht habe, daß das Geschäft nur zustandekommen würde, falls die Bankbürgschaft bis 25.9.1981 eingetroffen sei. Die diesbezügliche Aussage der Zeugin H[REDACTED] erscheint zunächst einmal deswegen völlig unglaubhaft, weil, wie bereits dargelegt, das Fernschreiben der

Beklagten vom 22.9.1981, mit dem der Text der Bankgarantie übermittelt wurde, keinen Hinweis enthält, bis zu welchem Datum die Bankgarantie bei der Bank der Beklagten vorliegen sollte. Einen solchen Hinweis enthält vielmehr erstmals das Auftragbestätigungs-Fernschreiben der Beklagten vom 25.9.1981. Aber auch aus diesem Fernschreiben ergibt sich nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß die Beklagte das Zustandekommen des Geschäfts vom Eintreffen der Bankbürgschaft bis zum 25.9.1981 abhängig machen wollte. Schließlich spricht gegen eine solche Vereinbarung und damit gegen die Glaubhaftigkeit der entsprechenden Bekundung der Zeugin H. [REDACTED] die unbestrittene Tatsache, daß die Beklagte tatsächlich das erste Lot an Walzdraht, wenn auch verspätet, tatsächlich ausgeliefert hat."

b) Das Berufungsgericht beschäftigt sich ausführlich mit den vom Landgericht darin gesehenen Widersprüchen, daß die Zeugin H. [REDACTED] einmal davon gesprochen habe, die Bankgarantie habe bis zum 26. September 1981 vorliegen müssen, während sie später gehört haben wolle, der Geschäftsführer der Beklagten habe die Bankgarantie bis zum 25. September 1981 verlangt, daß das Fernschreiben der Beklagten vom 22. September 1981 keinen Hinweis enthielt, bis zu welchem Datum die Bankgarantie eingegangen sein sollte, und daß die Beklagte tatsächlich eine Teillieferung des Walzdrahts erbracht habe. Die von ihm angenommene Entkräftung der Widersprüche enthob das Berufungsgericht nicht der Notwendigkeit, die Zeugin nochmals zu hören, wenn es - auf deren Aussage gestützt - abweichend vom Landgericht feststellen wollte, daß der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden sei. Zwar steht es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Berufungsgerichts, einen in der Vorinstanz vernommenen Zeugen nochmals zu hören oder sich auf die Würdigung seiner protokollierten Aussage zu beschränken. Nach feststehender Rechtsprechung muß das Berufungsgericht den Zeugen nochmals vernehmen, wenn es dessen Glaubwürdigkeit anders beurteilen

will als der Richter der Vorinstanz (vgl. Senatsurteil vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 279/82, WM 1983, 1393, 1394 unter II 1). Davon gilt im vorliegenden Fall keine Ausnahme. Die vom Berufungsgericht für seine abweichende Würdigung herangezogenen - schon erstinstanzlich vorgetragenen - Schriftstücke, nämlich das Fernschreiben der Klägerin vom 6. Oktober 1981 und das Bestellschreiben der Beklagten an die tschechoslowakische Lieferfirma vom 22. September 1981 lassen nur Rückschlüsse auf die persönliche Glaubwürdigkeit der Zeugin zu und machten es damit noch nicht überflüssig, daß sich das Berufungsgericht einen eigenen Eindruck verschaffen mußte, bevor es die Glaubwürdigkeit abweichend vom Landgericht beurteilte.

Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung spielt für die Anwendung von § 398 ZPO keine Rolle, daß das Berufungsgericht - zutreffend - von der Beweislast der Klägerin ausgegangen ist, Frau H. - die in der Verhandlung vor dem Landgericht von der Beklagten gestellt worden ist - aber "Zeugin der Beklagten" war. Denn ihre Aussage vor dem Landgericht hat die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts beeinflußt. Aus der von der Revisionserwiderung herangezogenen Kommentarstelle: Baumbach/Hartmann, ZPO, 1984, § 398 Anm. 2 A c ergibt sich nichts für ihren Standpunkt. Ein Zusammenhang zwischen Beweislast und den Voraussetzungen für die Verpflichtung des Gerichts, einen Zeugen nochmals zu hören, ist auch nicht ersichtlich. Die Frage der Beweislast stellt sich erst nach Ausschöpfung aller Beweismittel, also erforderlichenfalls nach der nochmaligen Vernehmung eines Zeugen, mag er von der beweisbelasteten Partei oder der Gegenseite benannt worden sein.

4. Da das auf dem Verfahrensfehler beruhende Berufungsurteil sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO), muß es aufgehoben werden. Die Sache ist nicht entscheidungsreif und daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängige Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorzubehalten war. Bei der Zurückverweisung hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Braxmaier

Wolf

Dr. Skibbe

Dr. Zülch

Groß