

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 335/84

URTEIL

Verkündet am
13. November 1985
Kanik,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma W [REDACTED] GmbH & Co. KG, vertreten durch die Firma
W [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer
Wolfgang A [REDACTED], A [REDACTED]straße 60 in K [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin
und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma Johannes N. K [REDACTED], Handelsgesellschaft mbH,
vertreten durch den Geschäftsführer Niklaas K [REDACTED],
P [REDACTED]straße 14-16 in H [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 1985 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Treier, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. März 1984 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte auf die Klage hin verurteilt und die Widerklage in Höhe von mehr als 9.313,45 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Beide Parteien handeln mit Tapeten und anderen Materialien zur Raumausstattung. Sie standen bis zum Jahre 1981 in geschäftlichen Beziehungen. Mit Klage und Widerklage streiten sie um die Abrechnung aus Anlaß des Abbruchs dieser Geschäftsverbindung.

Die Klägerin verlangt einen Betrag von 24.229,74 DM für die Lieferung von Kork- und Grastapeten. Im zweiten Rechtszug hat sie weitere 1.431,08 DM für Wechsel-Diskontspesen geltend gemacht. Um beide Beträge streiten die Parteien nach Grund und Höhe nicht mehr. Eine weitere Erhöhung der Klage aus der Abrechnung eines Kommissionslagers hat das Berufungsgericht als Klageänderung angesehen und nicht zugelassen; die Klägerin hat dies hingenommen.

Die Beklagte macht Gegenansprüche geltend, mit denen sie gegen die Klageforderung aufrechnet und in Höhe des überschießenden Betrages Widerklage erhoben hat. Sie leitet diese Ansprüche aus den folgenden Vorgängen her:

Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beklagten betreibt zusammen mit seinem Bruder, dem Zeugen Dieter A. [REDACTED], eine weitere Handelsgesellschaft, die Firma P. [REDACTED] GmbH & Co. KG. Die P. [REDACTED] KG bezog im November 1979 von der britischen Firma B. [REDACTED] & Son Ltd. Korktapeten zum Preis von umgerechnet



57.230 DM. Die P [REDACTED] KG sollte die Tapeten zunächst in Kommission nehmen; nach Ablauf einer bestimmten - zwischen den Parteien streitigen - Zeit sollte die Ware als fest verkauft gelten. Die Beklagte übernahm die Verpflichtungen der P [REDACTED] KG gegenüber der Firma B [REDACTED]. Im August 1980 wurden die Tapeten aus dem Lager der Beklagten in dasjenige der Klägerin verbracht. Die Beklagte hat der Klägerin die Ware am 5. Februar 1981 in Rechnung gestellt und dazu im zweiten Rechtszug behauptet, sie habe die Tapeten der Klägerin zum Einkaufspreis verkauft. Die Klägerin hält dem entgegen, sie habe die Tapeten nur kommissionsweise übernommen und die unverkäufliche Ware der Beklagten später erfolglos zur Rücknahme angeboten.

Darüber hinaus macht die Beklagte Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen geltend. In den Jahren 1980 und 1981 stellten die Parteien die von ihnen vertriebenen Produkte gemeinsam auf der Frankfurter Messe aus. Nach dem Vorbringen der Beklagten wollten sie sich die dabei entstehenden Kosten teilen. Die Beklagte verlangt daher angeblich von ihr verauslagte - anteilige - Kosten für die Unterhaltung des Messestandes, die Beschriftung des Standfeldes, Hotelzimmer sowie zu Werbezwecken bestellte Tapetenkollektionen und Poster. Die Klägerin bestreitet eine Vereinbarung über eine Kostenbeteiligung ihrerseits; im übrigen sind die Unkosten nach ihrem Vorbringen zum Teil nicht entstanden, zum Teil auch von ihr beglichen worden.

Das Landgericht hat die Gegenansprüche der Beklagten in Höhe von insgesamt 68.211,45 DM für begründet gehalten, nämlich wegen der der Klägerin überlassenen Korktapeten (57.230 DM) sowie der Aufwendungen der Beklagten für die Miete des Messestandes (3.700 DM), die Standfeldbeschriftung (668 DM), die Hotelzimmer in den Jahren 1980 (2.400 DM) und 1981 (990 DM), die Tapetenkollektion "Somaco" (750 DM) und die Poster (1.210,10 DM) nebst auf diese Beträge entfallende Mehrwertsteuer (1.263,35 DM). Es hat daher die im ersten Rechtszug in Höhe von 24.229,74 DM erhobene Klage abgewiesen und der Widerklage in Höhe von 43.981,71 DM stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 23.992,28 DM verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren und die Widerklage in Höhe eines Betrages von 42.550,63 DM weiter.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat zum überwiegenden Teil Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der im zweiten Rechtszug zum Betrag von 25.660,82 DM un-
streitigen Klageforderung könne die Beklagte eine Kaufpreisfor-

derung wegen der Überlassung der Korktapeten nicht mit Erfolg entgegenhalten. Denn die erstinstanzliche Beweisaufnahme habe entgegen der Auffassung des Landgerichts den Abschluß eines Kaufvertrages nicht ergeben. Die Aussage des Zeugen S [REDACTED], eines Angestellten der Beklagten, sei unklar und weiche teilweise von dem Sachvortrag der Beklagten ab; die Bekundung des Zeugen A [REDACTED] stimme mit derjenigen S [REDACTED]s nicht völlig überein. Auch sprächen die Umstände der Geschäftsverbindung zwischen den Parteien nicht für eine feste Kaufpreisvereinbarung. Einer nochmaligen Vernehmung der beiden Zeugen habe es nicht bedurft, weil es nicht um deren Glaubwürdigkeit, sondern nur um die - abweichend vom Landgericht gewürdigte - Tragfähigkeit der von ihnen bekundeten Tatsachen gegangen sei.

Von den Messekosten seien nur Beträge von 1.000 DM für fünf Hotelübernachtungen der Klägerin im Jahre 1980 und 668 DM für die Zeltbeschriftung auf der Messe 1980 begründet. Dagegen sei hinsichtlich der weiteren vom Landgericht zuerkannten Beträge zum Teil bereits der Vortrag der Beklagten nicht hinreichend substantiiert, zum Teil reichten auch die Angaben des Zeugen Storm nicht aus, um eine Erstattungsverpflichtung der Klägerin annehmen zu können.

II. Im Ergebnis mit Erfolg beanstandet die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichts zu einem Kaufpreisanspruch der Beklagten wegen der Lieferung der Korktapeten. Sie erhebt

die Verfahrensrüge, das Berufungsgericht habe gegen die Vorschriften der §§ 523, 398 ZPO verstoßen. Das Berufungsgericht hat von einer erneuten Vernehmung der nur im ersten Rechtszug gehörten Zeugen S [REDACTED] und A [REDACTED] abgesehen. Zwar steht es grundsätzlich im Ermessen des Berufungsgerichts, einen in der Vorinstanz vernommenen Zeugen nochmals zu hören oder sich auf die Würdigung seiner protokollierten Aussage zu beschränken. Dieses Ermessen ist aber nicht frei, sondern muß pflichtgemäß ausgeübt werden. Nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist das Berufungsgericht zur nochmaligen Vernehmung des Zeugen insbesondere dann verpflichtet, wenn es dessen persönliche Glaubwürdigkeit anders beurteilen will als der Erstrichter (Senatsurteile vom 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83 = WM 1985, 135 unter II 3 b und vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 279/82 = WM 1983, 1393 unter II 1 m.Nachw.) oder wenn Zweifel darüber bestehen, ob die Aussage des Zeugen vollständig und hinreichend präzise protokolliert worden ist (BGH Urteil vom 8. Januar 1985 - VI ZR 96/83 = VersR 1985, 341 unter II 2 m.Nachw.). Hieran hat sich das Berufungsgericht nicht stets gehalten.

1. Das folgt allerdings nicht schon - wie die Revision meint - aus Zweifeln über den Inhalt der protokollierten Aussage der Zeugen. Zwar hat das Berufungsgericht die Bekundungen des Zeugen S [REDACTED] als teilweise "unklar" und "nicht eindeutig" bezeichnet. Anlaß zur erneuten Vernehmung dieses Zeugen hätte dies aber nur dann geben müssen, wenn Anhaltspunkte dafür ersichtlich

gewesen wären, daß seine neue Aussage anders als die früher protokollierte hätte ausfallen können. Solche Anhaltspunkte hat die Beklagte im Berufungsrechtszug nicht dargelegt, und auch die Revision zeigt derartiges nicht auf.

2. Das Berufungsgericht brauchte den Zeugen Storm auch nicht deshalb nochmals zu hören, weil es dessen Aussage abweichend vom Landgericht für nicht ausreichend zum Nachweis eines Kaufvertrages hielt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verstößt die im zweiten Rechtszug unterbliebene Vernehmung eines erstinstanzlich gehörten Zeugen nicht gegen § 398 ZPO, wenn das Berufungsgericht die Anforderungen an die Beweisführung lediglich höher ansetzt als das Erstgericht und aus diesem Grund das Beweisergebnis für objektiv nicht ausreichend hält (vgl. Senatsurteil vom 23. Juni 1982 - VIII ZR 333/80 = WM 1982, 842 unter I 1 m.Nachw.; BGH Urteile vom 8. Januar 1985 aaO und vom 8. November 1984 - VII ZR 256/83 = WM 1985, 93 unter 1 c).

Das Berufungsgericht hat die Bekundungen des Zeugen Storm weder in ihrem Sinngehalt anders verstanden als das Landgericht noch hinsichtlich der Glaubwürdigkeit des Zeugen oder sonstiger subjektiver Umstände anders gewichtet. Es hat vielmehr zu Recht die Aussage dieses Zeugen, die Klägerin habe der Beklagten "behilflich" sein sollen, "die Kommissionsware (der Firma B [REDACTED]) zu verkaufen", dahin gewertet, daß sie nicht für den Abschluß

eines Kaufvertrages zwischen den Parteien spreche. Wenn dem Berufungsgericht angesichts dieser Bekundung des Zeugen dessen weitere Erklärung, die Klägerin habe die Tapeten bis Ende Mai 1981 bezahlen müssen, und dessen "Auffassung", die Beklagte habe die Kommissionsware an die Klägerin verkauft, nicht ausreichen, um den der Beklagten obliegenden Beweis eines bindenden Kaufvertragsabschlusses als erbracht anzusehen, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Anders verhält es sich dagegen mit der Aussage des Zeugen Alker. Er hat bekundet, es sei "mit Sicherheit ... kein Kommissionsvertrag zustande gekommen", die Ware sei vielmehr "fest an die Klägerin verkauft worden", der für die Begleichung des Kaufpreises ein "Zahlungsziel" bis Mai/Juni 1981 eingeräumt worden sei. Nach Auffassung des Erstrichters waren diese Aussagen klar und eindeutig.

a) Nach ihrem objektiven Inhalt kann nicht zweifelhaft sein, daß die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen haben. Wenn das Berufungsgericht ihr gleichwohl nicht gefolgt ist, so hat es entgegen seiner eigenen Darstellung nicht lediglich die "Tragfähigkeit" der von dem Zeugen bekundeten Tatsachen anders als das Landgericht gewürdigt, sondern hat dem Zeugen - unausgesprochen - keinen Glauben geschenkt. In dieser Beurteilung aber durfte es von dem Erstgericht nicht abweichen, ohne den Zeugen noch einmal selbst vernommen und sich einen persönlichen Ein-

druck von seiner Glaubwürdigkeit und dem genauen Inhalt seiner Aussage gemacht zu haben. Ob und unter welchen Umständen die Verwertung objektiver Gesichtspunkte eine vom Erstrichter abweichende Würdigung einer Zeugenaussage auch ohne wiederholte Vernehmung zulässig machen könnte, bedarf keiner grundsätzlichen Entscheidung (offengelassen auch im Senatsurteil vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 279/82 = WM 1983, 1393 unter II 1 b). Jedenfalls dann, wenn dem Berufungsgericht kein neues Beweismaterial zur Verfügung stand und auch sonst im Berufungsrechtszug keine Gesichtspunkte zutage getreten sind, die nicht schon dem Landgericht bekannt waren (dazu Senatsurteil vom 4. Oktober 1978 - VIII ZR 259/77 = LM ZPO § 398 Nr. 9 unter II 3 a; BGH Urteil vom 1. Oktober 1964 - VII ZR 225/62 = LM ZPO § 398 Nr. 3), rechtfertigen Zweifel an der Richtigkeit der Aussage deren vom Erstrichter abweichende Würdigung ohne erneute Vernehmung des Zeugen ebensowenig wie eine Entkräftung der vom Landgericht gegen eine Zeugenaussage gesehenen Widersprüche das Berufungsgericht der Notwendigkeit nochmaliger Vernehmung des Zeugen enthebt (Senatsurteil vom 17. Oktober 1984 - VIII ZR 181/83 = WM 1985, 135 unter II 3 b; BGH Urteil vom 7. Dezember 1984 - V ZR 159/83 = WM 1985, 323 unter II 1).

b) Hier kommt hinzu, daß die vom Berufungsgericht gegen die Eindeutigkeit der Bekundungen des Zeugen A [REDACTED] angeführten Umstände nicht geeignet sind, wirklich erhebliche Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit dieser Aussage zu begründen.

aa) Das Berufungsgericht hält die Aussagen A [REDACTED] und S [REDACTED] deshalb für "nicht eindeutig", weil nach deren Bekundungen jeweils verschiedene Personen die Vereinbarung mit dem Geschäftsführer der Klägerin getroffen haben. Das mag dafür sprechen, daß die vom Berufungsgericht ohnehin - rechtsfehlerfrei (oben II 2) - als nicht tragfähig angesehene Aussage S [REDACTED] in diesem Punkt mit der Aussage A [REDACTED] nicht zu vereinbaren ist; daraus ergeben sich aber nicht schon zwingend Bedenken gegen die in sich geschlossenen und unzweideutigen Bekundungen des Zeugen A [REDACTED]. Zudem ist nach keiner der beiden Aussagen die Möglichkeit ausgeschlossen, daß mit dem Geschäftsführer der Klägerin zwei verschiedene Gespräche geführt worden sind, wie dies im übrigen die Klägerin selbst behauptet hat.

bb) Die vom Berufungsgericht genannten "Umstände der Geschäftsverbindung" zwischen den Parteien sprechen nach seiner eigenen Darlegung lediglich "nicht dafür", daß die Klägerin die Tapeten gekauft hat. Ihnen kann dagegen nicht mit hinreichender Sicherheit entnommen werden, daß k e i n Kaufvertrag geschlossen worden oder auch nur die Aussage A [REDACTED] in sich nicht eindeutig ist. Daß die Klägerin keinen Anlaß hatte, die Ware schon im August 1980 fest zu kaufen, leitet das Berufungsgericht allein aus der vom Zeugen S [REDACTED] bekundeten - und in der Sache unzutreffenden - Erklärung her, die Ware könne noch bis zum 31. Dezember 1980 zurückgegeben werden; in anderem Zusammenhang hat das Berufungsgericht aber die diesbezügliche Aussage S [REDACTED]

als "nicht eindeutig" bezeichnet. Das Berufungsgericht wertet es zwar als einen gegen einen Kaufvertrag zwischen den Parteien sprechenden Umstand, daß die Beklagte die Firma B. veranlaßt hat, der Klägerin die Ware in Rechnung zu stellen; es übersieht dabei aber, daß keine der Beteiligten hierin ein Anzeichen für einen "Vertrag" zwischen der Klägerin und der Firma B. gesehen, die Beklagte dies vielmehr damit erklärt hat, sie habe sich aus Vereinfachungsgründen der Firma B. gegenüber durch die Nachricht entlasten wollen, die Klägerin habe die Ware gekauft. Daraus, daß die Klägerin gegenüber der ihr zugesandten Rechnung der Firma B. geltend gemacht hat, sie habe die Tapeten von der Beklagten nur in Kommission genommen, folgt nicht mehr, als daß die Klägerin schon damals den auch im Rechtsstreit aufrechterhaltenen Standpunkt vertreten hat. Wenn schließlich die Beklagte auch nach der Rückbelastung durch die Firma B. der Klägerin zunächst keine Rechnung erteilte, so mag dies - wie die Beklagte vorgebracht hat - im Hinblick auf die noch nicht eingetretene Fälligkeit einer Zahlungsverpflichtung der Klägerin und mit Rücksicht auf die seinerzeit noch freundschaftlichen Beziehungen der Parteien geschehen sein, ist jedenfalls aber für sich genommen kein hinreichender Grund, von der erstinstanzlichen Beweismwürdigung ohne erneute Vernehmung des Zeugen A. abzuweichen.

III. Dagegen hält die Aberkennung der auf verschiedene Aufwendungen anlässlich der Messen 1980 und 1981 gestützten Gegenansprüche der Beklagten den Angriffen der Revision stand.

1. Der Auffassung der Revision, die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil sei hinsichtlich verschiedener Einzelposten unzureichend begründet gewesen und habe daher insoweit als unzulässig verworfen werden müssen, kann nicht gefolgt werden. Es trifft zwar zu, daß die Rechtsmittelbegründung sich bei einer - hier gegebenen - Mehrheit von Ansprüchen auf alle Teile des Urteils erstrecken muß, hinsichtlich deren die Abänderung beantragt ist (BGHZ 22, 272, 278). Die Berufungsbegründung der Klägerin wird jedoch - wenn sie auch das erstinstanzliche Urteil zum Teil nur recht pauschal angreift - den Anforderungen an eine ausreichende Begründung im Sinne des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO noch gerecht. Sie läßt erkennen, daß sie die Ausführungen des Landgerichts hinsichtlich **a l l e r** zugesprochenen Messekosten beanstandet. In der Sache begehrt die Klägerin die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf der Grundlage des für "unschlüssig und unspezifiziert" gehaltenen Vortrages der Beklagten und beanstandet, daß das Erstgericht seine Beweiswürdigung nur auf "fragmentarische Äußerungen" des Zeugen S. [REDACTED] und auf die "vernünftige Interessenlage" gestützt hat. Das ist zwar nur in allgemein gehaltener Form vorgetragen, entspricht im Kern aber den späteren Abänderungen des landgerichtlichen Urteils durch das Berufungsgericht. Daß die Angriffe

der Berufungsbegründung sich entgegen der Meinung der Revision auch gegen die Zuerkennung der Hotelkosten sowie der Aufwendungen für die Kollektion Somaco und die Poster wendeten, folgt aus ihrer Bezugnahme auf die im einzelnen bezeichneten Teile zweier erstinstanzlicher Schriftsätze der Klägerin, die auch zu diesen Ansprüchen der Beklagten Stellung nehmen. Zwar genügt grundsätzlich die bloße allgemeine Bezugnahme auf das gesamte Vorbringen im ersten Rechtszug den Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nicht (BGHZ 7, 170, 172). Damit ist jedoch nicht schlechthin ausgeschlossen, daß sich die Berufungsbegründung zur Darlegung des Anfechtungsgrundes auf einen in der Vorinstanz eingereichten Schriftsatz bezieht. Entscheidend ist, ob sich bei einer solchen Bezugnahme hinreichend deutlich ergibt, was gegenüber dem angefochtenen Urteil gerügt wird (Senatsbeschluß vom 19. September 1966 - VIII ZB 23/66 = VersR 1966, 1138). Der in der Berufungsbegründung noch einmal zusammengefaßte Standpunkt der Klägerin, die Beklagte habe ihre Ansprüche unsubstantiiert dargelegt und die Bekundungen des Zeugen S. [REDACTED] reichten zum Nachweis nicht aus, wird in den in Bezug genommenen Schriftsätzen - auch hinsichtlich der Hotelkosten, der Kollektion Somaco und der Poster - im einzelnen ausgeführt. Damit ist dem Zweck der Vorschrift des § 519 Abs. 3 Nr. 3 ZPO Genüge getan.

2. Zu Unrecht beanstandet die Revision die Gründe, aus denen das Berufungsgericht der Beklagten die einzelnen Erstat-

tungsansprüche aberkannt hat. Die von ihr insoweit erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet (§ 565a ZPO).

IV. Die Aberkennung der Gegenansprüche der Beklagten wegen der Messekosten hat hiernach Bestand. Dies macht einen Betrag von 9.313,45 DM aus (Stand- und Bewirtungskosten 3.700 DM, Hotelkosten für 1980 1.400 DM und für 1981 990 DM, Kollektion Somaco 750 DM, Poster 1.210,10 DM, anteilige Mehrwertsteuer auf die genannten Positionen von 1.046,51 DM und auf die vom Berufungsgericht zuerkannten Hotelkosten und Beschriftungsaufwendungen von 216,84 DM).

Wegen des ebenfalls aberkannten Gegenanspruchs für die Überlassung der Korktapeten (57.230 DM) verfällt das Berufungsurteil dagegen der Aufhebung. Da der endgültige Erfolg der Revision von dem Ergebnis der anderweiten Verhandlung abhängt, war dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorzubehalten.

Braxmaier

Wolf

Treier

Dr. Paulusch

Groß