

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 56/71

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
3. Mai 1972
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma C [REDACTED] O [REDACTED], Inhaber
Italo A [REDACTED], P [REDACTED] di B [REDACTED] (T [REDACTED]), Italien,
Via N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

den Kaufmann Carlo B [REDACTED] in S [REDACTED], M [REDACTED]
[REDACTED] Straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1972 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Mormann, Braxmaier, Dr. Hiddemann und Hoffmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Februar 1971 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an den 17. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine italienische Strumpffabrik, lieferte von 1967 bis Anfang 1969 an den Beklagten, einen in der Bundesrepublik ansässigen Großhändler, Damenstrümpfe. Dabei bezahlte der Beklagte in der Regel nicht die einzelnen Rechnungen, sondern leistete in unregelmäßigen Abständen à conto-Zahlungen. 1968 verkaufte die Klägerin an den Beklagten u.a. einen größeren Posten Strümpfe, - und zwar nach Be-

hauptung der Klägerin 419 000, nach Darstellung des Beklagten 416 000 Paar. Die Strümpfe hatte die Klägerin zuvor zum Preise von 0,4575 DM je Paar an die Firma E in M geliefert, die ihrerseits, nachdem sie den Kaufvertrag mit der Klägerin einverständlich gelöst hatte, in deren Auftrag die Ware Mitte September 1968 an den Beklagten aushändigte. Im Zusammenhang mit dieser Strumpflieferung zahlte der Beklagte Ende September 1968 50 000 DM an die Klägerin und löste wenige Tage später einen von der Klägerin ausgestellt und von der Firma E akzeptierten Wechsel über 147 572,29 DM für die Ausstellerin ein.

Nachdem die laufenden Geschäftsbeziehungen zwischen den Parteien Ende Februar 1969 ihr Ende gefunden hatten, machte die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit gegen den Beklagten einen noch offenen Saldobetrag von 9 216.280 Lire nebst Zinsen geltend. Dabei hat sie für die Lieferung "E" einen Kaufpreis von 0,40 DM je Paar, der Mitte September 1968 fernmündlich zwischen beiden Parteien vereinbart worden sei, angesetzt. Der Beklagte behauptet demgegenüber, ihm seien Mitte September 1968 die Strümpfe zunächst nur als Sicherheit dafür ausgehändigt worden, daß er der Klägerin - als Vorauszahlung auf später beabsichtigte andere Bestellungen - mit der Zahlung von 50 000 DM und der Einlösung des Wechsels aus einer drückenden Geldverlegenheit geholfen habe. Erst Ende Dezember 1968 habe er dann die Strümpfe, deren Mangelhaftigkeit bereits von der Firma E gerügt gewesen sei, zum Preise von 0,25 DM je Paar und un-



ter Einräumung eines weiteren Rabatts von 2 800 000 Lire - also von ca. 0,038 DM je Paar - von der Klägerin gekauft. Da der streitige Differenzbetrag die Klageforderung übersteige, schulde er der Klägerin nichts mehr.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb ohne Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die Klägerin den ihr obliegenden Nachweis, daß ihr aus dem Verkauf der hier streitigen Strümpfe ein Kaufpreisanspruch von 0,40 DM je Paar zustehe, nicht erbracht. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme über das umstrittene Telefongespräch Mitte September 1968 lasse sich nicht ausschließen, daß zwar der Inhaber der Klägerin, nicht aber der Beklagte davon überzeugt gewesen sei, einen Preis von 0,40 DM endgültig vereinbart zu haben, und daß daher erst bei erneuten Verhandlungen Ende Dezember 1968 ein Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von nunmehr 0,25 DM je Paar zustande gekommen sei. Von der seitens der Klägerin geltend gemachten Forderung müsse daher ein Betrag von 62 400 DM ($416\ 000 \times 0,15$ DM) abgesetzt werden, - also mehr, als die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit als Restforderung aus den Geschäftsbeziehungen geltend mache.

II. Diese Feststellungen sind nicht frei von Rechtsirrtum.

1. Zutreffend geht allerdings das Berufungsgericht davon aus, daß die Klägerin für die Höhe des geltend gemachten Anspruchs beweispflichtig ist. Unabhängig davon, ob sie die Kaufpreisforderung aus der streitigen Lieferung gesondert oder lediglich als Rechnungsposten innerhalb einer laufenden Rechnung geltend macht, muß s i e beweisen, daß Mitte September 1968 hinsichtlich der streitigen Strümpfe ein Kaufvertrag mit einem Kaufpreis von 0,40 DM je Paar zustande gekommen ist. Erst wenn ihr dieser Nachweis gelungen ist, kommt es darauf an, ob der Beklagte seinerseits nachweisen kann, daß der ursprünglich vereinbarte Kaufpreis später - Ende Dezember 1968 - auf 0,25 DM je Paar herabgesetzt worden ist. Entgegen der Ansicht der Revision konnte daher das Berufungsgericht von seinem Standpunkt, die Klägerin sei für ihre Sachdarstellung beweisfällig geblieben, die weitere Frage, ob und wann eine Vereinbarung über einen Preis von 0,25 DM zustande gekommen ist, offenlassen, zumal zwischen den Parteien kein Streit darüber besteht, daß überhaupt ein gültiger Kaufvertrag abgeschlossen ist und der Klägerin - abgesehen von dem Sonderrabatt - mindestens ein Kaufpreis von 0,25 DM je Paar zusteht.

2. Dagegen ist die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei für ihre Behauptung beweisfällig geblieben, rechtlich nicht einwandfrei.

a) Die Klägerin hatte sich zum Nachweis dafür, daß sich ihr Inhaber und der Beklagte bei einem Telefongespräch Mitte September 1968 über den Kauf der streitigen Strümpfe zu einem Preise von 0,40 DM je Paar geeinigt hatten, auf den Zeugen M[REDACTED], den Schwiegervater des Inhabers der Klägerin, sowie auf den Zeugen E[REDACTED] berufen. M[REDACTED] hatte bei seiner Vernehmung im ersten Rechtszug die Sachdarstellung der Klägerin im wesentlichen bestätigt. Das Berufungsgericht hat zwar die Bekundungen dieses Zeugen als glaubhaft unterstellt (BU S. 10), ihnen jedoch deswegen keinen entscheidenden Beweiswert beigemessen, weil der Zeuge bei dem Telefongespräch nur einseitig die Äußerungen seines Schwiegersohnes, nicht aber die Antworten des Beklagten gehört habe und daher nicht ausgeschlossen werden könne, daß der Inhaber der Klägerin irrtümlich von einer tatsächlich nicht erzielten Einigung ausgegangen sei; überdies werde der Beweiswert der Behauptungen des Zeugen M[REDACTED] dadurch gemindert, daß er ersichtlich keine genaue Erinnerung mehr an den Inhalt des Gesprächs gehabt habe.

Angesichts dieser Feststellungen durfte das Berufungsgericht nicht mit der Erwägung, der Zeuge E[REDACTED] könne ohnehin nicht mehr bekunden als der Zeuge Mainetti, von einer Vernehmung des Zeugen E[REDACTED] absehen. Das Berufungsgericht übersieht, daß es gerade in Fällen, in denen ein für den Inhalt eines Telefongesprächs benannter Zeuge selbst nur die Äußerungen des einen Gesprächspartners hören konnte, in besonderem Maße auf die genauen Einzelheiten dieser Äußerungen

und insbesondere auf die Art und Weise ankommt, wie der Gesprächspartner auf die Antworten des anderen Partners reagiert. So läßt sich auch im vorliegenden Fall nicht von vornherein ausschließen, daß der Zeuge E■■■■, der als Erstabnehmer der streitigen Strümpfe über das zugrunde liegende Rechtsgeschäft genau unterrichtet war und sich möglicherweise schon aus diesem Grunde besser als M■■■■ an die hier streitigen Verhandlungen erinnerte, nähere Einzelheiten zu dem Inhalt des Telefongesprächs machen kann, und daß seine etwaigen Bekundungen die vom Berufungsgericht unter Berücksichtigung der Indizien vorzunehmende Beweismwürdigung beeinflussen könnten. Dann aber durfte das Berufungsgericht nicht von einer Vernehmung dieses Zeugen absehen (§ 286 ZPO).

b) Zu Recht rügt die Revision ferner, daß das Berufungsgericht den Zeugen Mo■■■■ nicht gehört hat. Die Klägerin hatte diesen Zeugen u.a. dafür benannt, daß der Beklagte anlässlich einer Verhandlung vor Beginn des Rechtsstreits die Höhe der von der Klägerin geltend gemachten Restforderung und das ihr zugrunde liegende Rechenwerk nicht beanstandet und sich lediglich um einen weiteren Preisnachlaß und die Möglichkeit, mit einem vordatierten Scheck bezahlen zu können, bemüht habe. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob dieser Sachvortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung für die Frage, ob das Verhalten des Beklagten gegebenenfalls als deklaratorische Schuld- anerkennntnis zu werten war, hinreichend substantiiert war. Jedenfalls konnte - und darauf zielte auch ersichtlich in erster Linie das Vorbringen der Klä-

gerin ab - in dem Verhalten des Beklagten ein nicht unwesentliches Indiz dafür gesehen werden, daß er gegen die im Rechenwerk aufgeführte Höhe der hier streitigen Forderung und den zugrunde liegenden Einzelpreis von 0,40 DM keine ernsthaften Einwendungen erheben konnte und wollte; dies um so mehr, als der Beklagte unstreitig in einem kurz vor Beginn des Rechtsstreits erstellten Kontoauszug den Einzelpreis noch mit 0,35 DM angesetzt und erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls diesen Preis in einem neuen Kontoauszug vom 27. März 1969 auf 0,25 DM abgeändert hatte. Angesichts dieser besonderen Sachlage war es aber rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht dem Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen Morella nicht stattgab (§ 286 ZPO).

c) Schließlich vermißt die Revision im Berufungsurteil zu Recht Ausführungen zur Höhe des dem Beklagten gewährten Preisnachlasses. Unstreitig hatte die Klägerin zuvor die Strümpfe zu einem Einzelpreis von 0,4575 DM an die Firma E. verkauft. Wie dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe zu entnehmen ist, unterstellt dabei das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin, daß die Strümpfe einwandfrei waren und die Firma E. sich nur infolge einer Fehlkalkulation gezwungen sah, den Kaufvertrag mit der Klägerin rückgängig zu machen (BU S. 11). Wiesen aber die Strümpfe keine Mängel auf, so war nicht ohne weiteres ersichtlich, welchen Anlaß die Klägerin gehabt haben sollte, den Kaufpreis unter Einbeziehung des unstreitig gewährten zusätzlichen Rabatts auf nahezu 0,21 DM je Paar und damit um mehr als die Hälfte

herabzusetzen. Jedenfalls hätte sich das Berufungsgericht mit diesem gegen die Darstellung des Beklagten sprechenden Indiz auseinandersetzen müssen. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht daher auch zu prüfen haben, ob es nicht zweckmäßig den ohnehin anzuhörenden Zeugen E. auch zu der in sein Wissen gestellten Frage einer etwaigen Mangelhaftigkeit der streitigen Strümpfe hören soll.

III. Da somit der Sachverhalt noch der weiteren Aufklärung bedarf, war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei erschien es sachgerecht, von der Befugnis des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch zu machen.

Dr. Haidinger

Mormann

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann