

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 224/80

URTEIL

Verkündet am

29. März 1982
Kaufmann
Justizhauptsekretärin
**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

Emil B. [REDACTED], Kaufmann, F. [REDACTED] Straße 3,
B. [REDACTED]

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Bankhaus E. M. [REDACTED] AG, vertr. dch. d. Vorstandsmitglieder
Wilhelm I. [REDACTED] und Jürgen I. [REDACTED], F. [REDACTED] 30,
F. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 1982 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Kellermann, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das Urteil des 13. Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 2. Juli 1980 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Vorinstanzen die Widerklage zu mehr als 646.452,83 DM nebst Zinsen abgewiesen haben.

Der Beklagte trägt von den Kosten des ersten Rechtszuges 13/27, von den bisher entstandenen Kosten des Berufungsverfahrens 13/27, von den Kosten des Revisionsverfahrens 12/25.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betrieb bis Anfang 1976 mehrere Kieswerke. Zu diesem Zweck hatte ihm die klagende Privatbank, die bis zu ihrer Eintragung als Aktiengesellschaft im August 1977 allein von dem Kaufmann Wilhelm I. betrieben wurde, gemäß Vertrag vom 1. Oktober 1965 in laufender Rechnung Kredit gewährt. Nach dem Rechnungsabschluß der Klägerin zum 31. Dezember 1975, den der Beklagte damals nicht beanstandet hat, betrug sein Schuldsaldo bei ihr 4.590.066,41 DM. Nachdem der Antrag des Beklagten auf Eröffnung des Konkurses durch Beschluß vom 22. März 1976 mangels Masse zurückgewiesen worden war, kündigte die Klägerin mit Schreiben vom 25. März 1976 die dem Beklagten gewährten Kredite. In dem vorliegenden Rechtsstreit hatte sie zunächst seine Verurteilung zur Zahlung von 100.000 DM nebst Zinsen beantragt, nach der Verwertung von Sicherheiten den Rechtsstreit jedoch in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Der Beklagte hat der Erledigung widersprochen, insoweit Klagabweisung beantragt und Widerklage erhoben mit dem Antrag,

die Klägerin zur Zahlung von
1.350.484,82 DM nebst Zinsen
zu verurteilen.

- In der Revisionsinstanz stützt er diesen Antrag noch auf
- a) eine von ihm für unberechtigt gehaltene, auch nicht von ihm persönlich veranlaßte Überweisung der Klägerin vom 18. Dezember 1975 an die Gemeinde E. in Höhe von 91.712,31 DM,
 - b) eine ebensolche Überweisung an die Gemeinde H. in Höhe von 49.635,30 DM,



- c) einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 795.182,82 DM wegen Umbuchung eines größeren Betrages von einem gesperrten Konto,
- d) einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 800.000 DM daraus, daß ihn die Klägerin am 3. Dezember 1975 zur Übertragung seiner Kieswerke in E [REDACTED] und H [REDACTED] zu einem unter deren Wert liegenden Preis genötigt habe, und
- e) einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.053.180 DM daraus, daß er nach dem Verlust dieser Kieswerke aus einem mit einer Firma D [REDACTED] abgeschlossenen Kiesellieferungsvertrag keinen Gewinn mehr habe erzielen können.

Die Vorinstanzen haben entgegen dem Antrag des Beklagten festgestellt, daß hinsichtlich der Klage der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt sei, die Widerklage abgewiesen und dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits auferlegt. Der Beklagte verfolgt mit der Revision, soweit der Senat sie angenommen hat, seinen Widerklagantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nur teilweise begründet.

1. Entgegen der Ansicht der Revisionserwidерung muß der Beklagte für das Revisionsverfahren als berechtigt angesehen werden, auf Zahlung an sich selbst zu klagen. Im Schriftsatz vom 29. April 1977 (GA I 295) hatte die Klägerin lediglich im Rahmen von Vergleichsverhandlungen behauptet, die AOK K [REDACTED] habe "die Ansprüche des Beklagten aus der Widerklage gepfändet", so daß der

Beklagte darüber nicht mehr verfügen könne. Sie ist auf diese Behauptung, zu der schon das Landgericht nicht Stellung genommen hatte, in der Berufungsinstanz nicht zurückgekommen.

2. Wie die nachstehenden Darlegungen ergeben, könnten die mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen in einem Umfange begründet sein, daß ihr Gesamtbetrag den Anspruch der Klägerin, auf dessen Höhe unten zu 3) noch einzugehen sein wird, übersteigt.

a) Die Angriffe der Revision sind begründet, soweit die Klägerin das Konto des Beklagten mit den Beträgen belastet hat, die von ihr am 18. Dezember 1975 zur Begleichung angeblicher Abbauzins- und Stromschulden des Beklagten an die Gemeinden E [REDACTED] und H [REDACTED] überwiesen worden sind.

Der Beklagte hat zwar den Rechnungsabschluß der Klägerin zum 31. Dezember 1975, der auch diese beiden Überweisungen berücksichtigte, damals nicht beanstandet. Um sein darin liegendes, an sich verbindliches Saldoanerkennntnis ist die Klägerin insoweit jedoch ungerechtfertigt bereichert: Überweisungsaufträge hatte der Beklagte unstreitig nicht erteilt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann sich die Klägerin insoweit auch nicht auf die ihrem Inhaber erteilte Generalvollmacht des Beklagten berufen (was sie übrigens gar nicht versucht hat); denn diese Vollmacht berechtigte sie im Verhältnis zum Beklagten nicht, zu seinen Lasten Zahlungen an einen Dritten zu leisten. Sie selbst rechtfertigt die Überweisungen lediglich durch einen Hinweis

auf Nr. 22 ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen, wonach Kosten und Auslagen, die bei der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten erwachsen, zu Lasten des Kunden gehen. Sie hat dazu ausgeführt, es habe sich um Schulden aus den Kieswerken gehandelt, die sie - siehe dazu unten zu c) - einige Wochen vorher vom Beklagten erworben hatte (Berufungserwiderung S. 3 = GA II 211). Dieses Vorbringen ist jedoch nicht schlüssig; denn selbst wenn der Beklagte mit der Zahlung von Abbauzinsen und Stromkosten im Rückstand gewesen wäre, hätte die Begleichung dieser Ansprüche durch die Klägerin nicht der "Verwertung von Sicherheiten" gedient, da sie die beiden Werke bereits durch Verkauf an sich selbst "verwertet" hatte auch soweit ersichtlich, zur Bezahlung von Schulden des Beklagten aus dem Betrieb dieser Werke nicht verpflichtet war. Damit stand der Klägerin in Höhe der überwiesenen Beträge jedenfalls keine Forderung auf Aufwendungsersatz zu, die sie in das Kontokorrent hätte einstellen dürfen.

Danach hätte der Beklagte einen Anspruch auf Wiedergutschrift von 91.712,31 und 49.635,30 DM, der nach der Kündigung des Kontokorrentverhältnisses durch die Klägerin zum Zahlungsanspruch erstarkt, soweit er - zusammen mit anderen Ansprüchen des Beklagten - die Forderung der Klägerin übersteigt. Es kann sich allerdings fragen, ob die Klägerin durch die Überweisungen aus einem anderen Rechtsgrund einen Zahlungsanspruch gegen den Beklagten erlangt hat. Das wäre zu bejahen, wenn sie Verbindlichkeiten des Beklagten gegenüber den Gemeinden in dieser Höhe getilgt hätte. Insofern ist jedoch schon streitig, ob der Beklagte den Gemeinden die überwiesenen Beträge überhaupt in voller Höhe

geschuldet hat. Das hat das Berufungsgericht angenommen, weil der Beklagte "nicht nachgewiesen" habe, "daß ein Anspruch der Gemeinden nicht oder nicht in Höhe der empfangenen Zahlungen bestanden hat" (BU S. 22 oben). Die Beweislast dafür, daß sie die Schulden des Beklagten getilgt, den Beklagten damit von einer Schuld befreit und dieser insoweit auf ihre Kosten etwas erlangt hat, hat jedoch die Klägerin. Im übrigen beruft sich der Beklagte darauf, daß er von der Gemeinde E. nach § 8 des mit ihr geschlossenen Pachtvertrages wegen des Verfalls der Kiespreise auch die Herabsetzung des Abbauzinses hätte verlangen können. Insoweit hat das Berufungsgericht keine tatsächlichen Feststellungen getroffen, weil es meint, für die Herabsetzung sei es, nachdem die Klägerin bereits an die Gemeinden gezahlt habe, zu spät.

Dem ist nicht zu folgen. Bei der Bemessung des Wertersatzes, den die Klägerin gemäß §§ 812, 818 BGB verlangen kann, darf der Herabsetzungsanspruch des Beklagten nicht unberücksichtigt bleiben. Denn bereichert ist der Schuldner, dessen Schuld ein Dritter getilgt hat, nur um dasjenige, was er hätte zahlen müssen, gleichgültig, ob der Dritte zum Zwecke der Schuldentilgung tatsächlich mehr gezahlt hat. Der Beklagte könnte der Klägerin einen Herabsetzungsanspruch allerdings nicht entgegenhalten, wenn er ihn der Gemeinde E. gegenüber verwirkt hätte. Dafür fehlt es aber bislang an bestimmten Feststellungen.

b) Begründet ist nach dem derzeitigen Streitstand die Revision auch wegen eines Betrages von 795.182,82 DM. Das ist der Schaden, den der Beklagte dadurch erlitten

haben will, daß die Klägerin am 31. März 1974 von einem zugunsten der Portlandzementwerke O [REDACTED] (PZO) gesperrten Konto 1.667.399,44 DM auf sein laufendes Konto umgebucht hat. Der Beklagte behauptet, das habe die Klägerin ohne seine Weisung eigenmächtig veranlaßt, um wegen einer bevorstehenden Revision die wahre Höhe der ihm gewährten Kredite gegenüber der Bankenaufsicht zu verschleiern. Als PZO im November 1975 von ihm den Nachweis über das Sperrkonto verlangt habe, habe er von der Klägerin die Rückbuchung gefordert; diese habe sie jedoch verweigert. Daraufhin habe er unter Verrechnung des von dem Sperrkonto umgebuchten Betrages aus einem zwischen ihm und PZO bestehenden Gesellschaftsverhältnis ausscheiden und sich mit einer Abfindung begnügen müssen, die um 795.182,82 DM hinter dem wahren Wert seines Gesellschaftsanteils zurückgeblieben sei. Wäre er dazu nicht bereit gewesen, so hätte PZO den Inhaber der Klägerin bei der Bankenaufsicht angezeigt und von ihm selbst den gesperrten Betrag zurückgefordert, was seinen wirtschaftlichen Ruin bedeutet haben würde. Seinen, auf den 20. März 1974 zurückdatierten Umbuchungsauftrag habe die Klägerin ihm erst Ende 1975 abgenötigt, als er auf einen weiteren Kredit von ihr angewiesen gewesen sei.

Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob der Beklagte den Umbuchungsauftrag erst Ende 1975 und nur unter Druck erteilt hat: Ihm sei die Übertragung des Guthabens auf sein laufendes Konto alsbald bekannt geworden. Hätte seine Anweisung dazu gefehlt, so hätte er umgehend widersprechen müssen; das habe er jedoch nicht getan, sondern die folgenden Rechnungsabschlüsse, hier vor allem denjenigen zum 30. Juni 1974, anerkannt und damit auch die Umbuchung jedenfalls nachträglich genehmigt.

Dem kann nicht gefolgt werden. Hatte die Klägerin, wie der Beklagte behauptet, den Betrag ohne seine Weisung und nur zu dem Zweck umgebucht, gegenüber der Bankenaufsicht ihr eigenes Kreditengagement zu verschleiern, so wäre sie zur Rückbuchung verpflichtet gewesen. Der Beklagte durfte, wenn nichts weiter vereinbart war, darauf vertrauen, daß sie dieser Verpflichtung unaufgefordert nachkommen würde, sobald sie den Betrag auf seinem laufenden Konto im Verhältnis zur Bankenaufsicht nicht mehr benötigte oder er jedenfalls auf dem Sperrkonto wieder verfügbar sein mußte. Aus dem bloßen Schweigen des Beklagten zu ihren Rechnungsabschlüssen konnte die Klägerin nicht herleiten, er habe nunmehr diese außergewöhnliche und inkorrekte Umbuchung ein für allemal genehmigt und wolle die sich daraus etwa ergebenden Folgen im Verhältnis zu PZO persönlich tragen. Daß eine spätere Weigerung der Klägerin, den Betrag zurückzubuchen, den Beklagten im Verhältnis zur PZO in Schwierigkeiten bringen und schädigen konnte, lag auf der Hand.

Es bedarf danach weiterer tatsächlicher Feststellungen des Berufungsgerichts zu der Frage, ob der Beklagte die Umbuchung selbst mit veranlaßt oder jedenfalls freiwillig als endgültige Maßnahme genehmigt hat, ob die Klägerin verneinendenfalls die Rückbuchung abgelehnt und ob der Beklagte dadurch den behaupteten Schaden erlitten hat.

c) Begründet ist die Revision schließlich, soweit der Beklagte in Höhe von 800.000 DM Schadensersatz dafür verlangt, daß die Klägerin seine Kieswerke E[REDACTED] und H[REDACTED] zum Preise von nur 3 Mio. DM übernommen hat.

Unstreitig hatte der Beklagte am 13. Dezember 1974 Rechtsanwalt Dr. Haas, den langjährigen Generalbevollmächtigten des Inhabers der Klägerin, auch "zu seinem Generalbevollmächtigten" bestellt und ihn "zur Besorgung aller seiner Ange-

legenheiten" ermächtigt (Vollmachtsurkunde GA II 83). Mit Hilfe dieser Generalvollmacht hat Dr. H. ohne Wissen des Beklagten durch notariellen Vertrag vom 3. Dezember 1975 (GA II 91) die beiden Kieswerke an die Klägerin zum Preise von 3 Mio. DM verkauft (§ 2). Dabei sollte der Kaufpreis in erster Linie auf die eingetragenen Belastungen und Rekultivierungsverpflichtungen verrechnet werden und nur der Restbetrag sollte zur Zahlung fällig werden (§ 3). Am Abend desselben Tages wurde der Beklagte zusammen mit seinem Betriebsleiter D. und seinem Buchhalter De. nach Freiburg gerufen. Dort wurde er zunächst allein durch den Inhaber der Klägerin von dem Kaufvertrag unterrichtet und veranlaßt, eine "Vollmachtbestätigung" zu unterzeichnen, in der es heißt: ". . . Ich genehmige diesen Vertrag. Den Restbetrag trete ich an Herrn Wilhelm I. zur Teilverrechnung seiner Forderung mit meiner Schuld ab bzw. der Forderung des Bankhauses E. M."

Der Beklagte behauptet, sich bei Abgabe der "Vollmachtbestätigung" in einer Zwangslage befunden zu haben: Der Inhaber der Klägerin habe ihm für den Weigerungsfall angedroht, ihm jegliche Finanzmittel zu entziehen, Konkursantrag zu stellen und ihn auf diese Weise vollständig zu ruinieren. Das würde der Klägerin auch ohne weiteres möglich gewesen sein, da sie alle wesentlichen Sicherheiten einschließlich einer Globalzession gehabt habe (Berufungsbegründung S. 8 = GA II 43 und S. 15/16 = GA II 57/59).

Das Berufungsgericht meint: Der Beklagte sei beim Abschluß des Kaufvertrages auf Grund der Generalvollmacht wirksam vertreten worden. Es könne dahingestellt bleiben,

ob er der Klägerin schon früher den Kauf der Werke angeboten habe und ob der Preis von 3 Mio. DM angemessen gewesen sei; denn der Beklagte habe durch die "Vollmachtbestätigung" den Abschluß des Kaufvertrages ausdrücklich genehmigt. Er habe den ihm obliegenden Beweis, daß die Klägerin dabei auf ihn einen sittenwidrigen Druck ausgeübt habe, nicht geführt. Wenn er gegenüber D. [REDACTED] und De. [REDACTED] erklärt haben sollte, der Inhaber der Klägerin habe ihm gedroht, die Kredite zu kündigen und Konkursantrag zu stellen, so könnte dies unter den gegebenen Umständen nicht als sittenwidrige Drohung gewertet werden. Wie sich aus dem wenige Wochen später vom Beklagten selbst gestellten Konkursantrag und aus dessen Ablehnung mangels Masse ergebe, sei er völlig überschuldet gewesen; da er zudem nach dem Saldoanerkenntnis vom 31. Dezember 1975 der Klägerin etwa 4,5 Mio. DM geschuldet habe, könnte eine etwaige Äußerung der Klägerin, Kredite zu kündigen und Konkursantrag zu stellen, nicht als sittenwidriger Druck gewertet werden. Im übrigen habe der Beklagte für den Verlauf des Gesprächs zwischen ihm und dem Inhaber der Klägerin, auf Grund dessen er die "Vollmachtbestätigung" unterzeichnet habe, und damit für einen sittenwidrigen Druck nur seine eigene Vernehmung als Partei gemäß § 448 ZPO beantragt. Dessen Voraussetzungen lägen jedoch nicht vor. Der Beklagte habe - hat das Berufungsgericht dazu in anderem Zusammenhang (BU S. 20) ausgeführt - weder einigen Beweis für seine Behauptung erbracht, noch bestehe eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Richtigkeit seines Vortrags. Es stünden sich vielmehr lediglich Parteibehauptungen beweislos gegenüber, so daß eine Parteivernehmung nach § 448 ZPO nicht möglich sei. Zudem verspreche sich der Senat von einer solchen Vernehmung keine hinreichende Überzeugung. Dem kann nicht in allen Punkten gefolgt werden.

Allerdings wurde der Verkauf der Kieswerke als solcher von der Generalvollmacht auf Dr. H. [REDACTED] und den der Klägerin eingeräumten Rechten gedeckt. Zweck der Vollmacht war es nach dem Vorbringen der Klägerin (Schriftsatz v. 20.12.1978 S. 5 = GA II 215), dem der Beklagte nicht widersprochen hat, gerade gewesen, ihr die jederzeitige Verwertung von Sicherheiten zu ermöglichen. Dazu hatten im weiteren Sinne auch die beiden Kieswerke gehört. Daß der Beklagte sie der Klägerin nicht vorher übergeben oder "verpfändet" hatte, ist insoweit ohne Belang. Es genügt, daß sie zu dem Vermögen des Beklagten gehörten, welches in seiner Gesamtheit die Haftungsgrundlage für die Kredite gebildet hatte. Der Beklagte behauptet zwar, die Klägerin habe Dr. H. [REDACTED] zur Benutzung der Vollmacht nur im Einvernehmen mit ihm auffordern dürfen (Berufungsbegründung S. 14 = GA II 55). Das konnte aber nur bedeuten, daß sie sich, wenn sie ohne sein Einvernehmen handelte, möglicherweise schadensersatzpflichtig machte; denn sonst wäre die Vollmacht zu dem Zweck, dem sie hatte dienen sollen, von vornherein ungeeignet gewesen.

War danach der Kaufvertrag - entgegen der Ansicht der Revision - schon mit seinem Abschluß durch Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED] wirksam geworden, so kann der späteren "Vollmachtbestätigung" nur die Bedeutung zukommen, daß der Beklagten den beurkundeten Kaufpreis unter den damaligen Verhältnissen hingenommen und die Klägerin ihm mit der durchgesetzten Einverständniserklärung für etwaige Schadensersatzansprüche, die ihm wegen der Veräußerung hätten zustehen können, den Boden entzogen hat. Unter diesen Voraussetzungen ist auch sein weiterer Sachvortrag schlüssig. Wenn nämlich, wie er

behauptet, die Kieswerke bedeutend mehr als 3 Mio. DM wert gewesen sind und auch tatsächlich zu einem höheren Preis an Dritttinteressenten hätten veräußert werden können, dann wäre die Klägerin, für die offenbar auch Dr. H. in diesem Zusammenhang tätig geworden ist, dem Beklagten für den Verlust ersatzpflichtig geworden. Träfe es dann weiter zu, daß die Klägerin den Beklagten mit Kreditkündigung und Konkursantrag unter Druck gesetzt hätte, dann wäre dies zwar, wie das Berufungsgericht zu Recht annimmt, keine widerrechtliche Drohung gewesen, soweit es nur um seine nachträgliche Zustimmung zur Verwertung der Kieswerke ging. Jene Drohungen wären aber unzulässig und widerrechtlich gewesen, wenn der Beklagte darüber hinaus genötigt worden wäre, sich mit einem unangemessenen niedrigen Preis zufrieden zu geben. Träfen die dahingehenden Behauptungen zu, hätte der Beklagte die "Vollmachtbestätigung" später wirksam angefochten, so daß ihm ein etwaiger Schadensersatzanspruch heute noch zustände.

Unter diesen Gesichtspunkten hat das Berufungsgericht den Sachverhalt bisher nicht geprüft. Die Klägerin hat zwar jegliche Druckausübung bestritten, und die Beweislast dafür hat der Beklagte. Waren aber die Kieswerke bedeutend wertvoller und besser verwertbar, dann könnte allein schon die Tatsache, daß der Beklagte den Kaufpreis nach vollzogener notarieller Beurkundung des Vertrages hingenommen hat, dafür sprechen, daß das nicht freiwillig geschehen ist. Hätte der Beklagte den Kaufpreis entgegen seiner Darstellung widerspruchslos als realistisch anerkennen müssen, wäre es bislang auch nicht recht ersichtlich, warum ihn die Klägerin dann weder vorher gehört noch bei Vertragsschluß zugezogen, sondern hinter seinem Rücken gehandelt und ihn dann erst vor vollendete Tatsachen gestellt hat. In diesem Lichte betrachtet könnten alsdann auch die Beweisanträge des Beklagten für

die behaupteten Hilfstatsachen an Bedeutung gewinnen, daß er unmittelbar nach seiner Unterschrift unter die Vollmachtbestätigung seinen Begleitern D. [REDACTED] und De. [REDACTED] erklärt habe, er habe nur wegen der Drohung unterschrieben, ihm sofort die Finanzierung zu entziehen und Konkurs zu beantragen (Berufungsbegründung S. 16 = GA II 59 und Schriftsatz vom 9.11.1976 S. 22 = GA I 149). Ob das alles ausreicht, um den behaupteten Anfechtungstatbestand zu beweisen, muß freilich der tatrichterlichen Würdigung überlassen bleiben, wobei möglicherweise auch die vom Berufungsgericht bislang verneinte Frage, ob es den Beklagten als Partei vernehmen solle, neu zu prüfen sein wird.

Sollte die Klägerin die Werke tatsächlich zu einem unangemessen niedrigen Preis erworben und der Beklagte seinen Schadensersatzverzicht wirksam angefochten haben, so würde sich die Klägerin auf einen Irrtum über den wahren Wert und damit auf fehlendes Verschulden nicht ohne weiteres berufen können, weil sie vor der Übertragung der Kieswerke, zu denen nach § 2 des Kaufvertrages "Grundstücke und Erbbaurechte sowie alle dazu gehörigen Einrichtungen und Maschinen sowie die auf dem Platz befindlichen Vorräte und Ausbeutungsrechte sowie Eigentumsanwartschaften an Einrichtungen und Maschinen einschließlich der zur Kiesgewinnung bestehenden Pachtverträge" gehört hatten, ein Wertgutachten hätte einholen müssen, was sie unstreitig unterlassen hat. Sie kann demgegenüber nicht auf ihr Angebot verweisen, dem Beklagten die Kieswerke "innerhalb der folgenden sechs Monate gegen Erstattung der für die Werke bezahlten Beträge zurückzuübertragen" (Schriftsatz v. 27.10.1976 S. 3/4 = GA I 99/101), denn nachdem sie den Kaufvertrag - wenn auch vielleicht unter

Verletzung vertraglicher Pflichten - einmal geschlossen hatte, konnte der Beklagte sie auch daran festhalten und unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes die Wertdifferenz verlangen.

d) Dagegen ist die Revision unbegründet, soweit der Beklagte einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.053.180 DM daraus herleitet, daß die Klägerin es ihm durch die Entziehung der beiden Kieswerke unmöglich gemacht habe, einen mit der Firma D. [REDACTED] geschlossenen und zum Teil bereits ausgeführten Kieslieferungsvertrag vollends auszuführen. Da der Beklagte Schadensersatz verlangt, weil der Übernahmepreis zu niedrig angesetzt worden sei, im übrigen aber am Kaufvertrag festhält, kann er nicht zugleich geltend machen, daß er die Kieswerke weiter hätte nutzen können und ihm ein möglicher Gewinn entgangen sei. Es könnte sich allenfalls fragen, ob das Vorhandensein des Auftrages, wenn die Klägerin ihn hätte übernehmen können, den von ihr zu entschädigenden Wert der Kieswerke erhöht haben würde. Ein selbständiger Schadensersatzanspruch läßt sich damit jedoch nicht begründen.

3. Rechnerisch ergibt sich daraus:

Die Klägerin hat im Schriftsatz vom 19. Dezember 1977 ihre Restforderung gegen den Beklagten mit 1.662.199,64 DM errechnet. In diesem Betrag sind Zinsen von 9.146,16 und 560.555,04 DM enthalten (vgl. S. 8 und 9 des genannten Schriftsatzes = GA I 425 und 427). Ohne sie ergibt sich ein Anspruch der Klägerin von noch 1.092.498,44 DM. Dieser mindert sich weiter um 20.000 DM zusätzlicher Nutzungsentschädigung (1.000 DM hatte schon die Klägerin selbst dem Beklagten gutgeschrieben) für die Fahrzeuge des Beklagten und um 40.000 DM Schadensersatz wegen ihres Verkaufs unter Wert (BU S. 35

unter 8 und S. 33 unter 7 sowie die Zusammenfassung BU S. 36 unter 9 in Verbindung mit der Belastung um 1.000 DM auf BU S. 36 unten). Damit bleiben 1.032.498,44 DM übrig.

Demgegenüber ergeben die ungeklärten Forderungen, deretwegen die Sache nach den Darlegungen oben zu 2 a) bis c) an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden muß, 1.736.530,43 DM. Zieht man davon die Forderung der Klägerin mit 1.032.498,44 DM ab, so bleiben 704.031,99 DM übrig, deretwegen die Widerklage begründet sein könnte.

Zieht man andererseits diese 704.031,99 DM von der gesamten Widerklagforderung = 1.350.484,82 DM ab, so erweist sich die Widerklage zu einem Betrage von 646.452,83 DM schon jetzt als unbegründet. In diesem Umfange muß es infolgedessen bei der Abweisung durch die Vorinstanzen verbleiben.

16
Dementsprechend sind die Kosten des Rechtsstreits anteilig schon jetzt dem Beklagten aufzuerlegen. Dabei ist für die Klage seit der Erledigungserklärung der Klägerin als Streitwert nicht mehr die ursprüngliche Forderung von 100.000 DM, sondern nur noch der Betrag der durch sie verursachten Kosten anzusetzen.

Stimpel

Dr. Schulze

Dr. Kellermann

Bundschuh

Brandes