

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 69/83

URTEIL

Verkündet am

28. November 1983

Kaufmann

Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Viehverwertungsgenossenschaft L [REDACTED] und Umgebung e.G.,
O [REDACTED], L [REDACTED]-L [REDACTED], vertreten durch die Mitglieder
des Vorstands Georg Albrecht B [REDACTED], Robert H [REDACTED],
Hubert R [REDACTED]-W [REDACTED], Norbert Ba [REDACTED] und Hans E [REDACTED],

Klägerin, Revisionsklägerin
und Anschlußrevisionsbeklagte,

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

g e g e n

den Viehhändler Heinz Dieter R a [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1983 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h.c. Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh und Brandes

für Recht erkannt:

Die Anschlußrevision des Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 11. Februar 1983 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision der Klägerin wird das genannte Urteil im Kostenpunkt und ferner insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht der Widerklage stattgegeben hat. Der Anspruch auf Zahlung von Mehrwertsteuer auf die Zinsen der Widerklage wird abgewiesen. Im übrigen wird die Sache im Umfang der Aufhebung zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Beklagte nimmt die Klägerin mit der im Revisionsrechtszug allein noch interessierenden Widerklage auf Kaufpreiszahlung aus Viehlieferungen zwischen Mitte 1978 und Mitte 1980 in Anspruch. Seine Restforderung hat er auf 185.339,61 DM beziffert, wovon er nach Verrechnung einer Gegenforderung der Klägerin von 76.027,76 DM den danach verbleibenden Betrag von 109.308,75 DM widerklagend geltend macht. Er hat beantragt, die Klägerin zur Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen und Mehrwertsteuer zu verurteilen.

Nach Ansicht der Klägerin ist die Restforderung des Beklagten neben den verrechneten 76.027,76 DM um weitere 52.535,62 DM zu kürzen. Dieser Betrag setze sich aus Abzügen an einzelnen Rechnungen wegen überhöhter Preise und Gewichtsdivergenzen sowie wegen nicht oder mit Mängeln gelieferter Tiere zusammen. Gegen den danach verbleibenden Betrag von 56.773,13 DM hat sie mit einer Schadensersatzforderung gegen den Beklagten in Höhe von 278.209,26 DM aufgerechnet. Insoweit sei sie mit eigenen Forderungen aus Viehverkäufen an die Fa. Wi [REDACTED] bei deren Konkurs ausgefallen. Dafür sei ihr der Beklagte schadensersatzpflichtig. Er habe die für die Klägerin tätige Fa. Br [REDACTED] angestiftet, an Wi [REDACTED] - entgegen einer wegen mangelnder Kreditwürdigkeit dieser Firma von der Klägerin Ende 1979 verhängten Liefersperre - über einen Strohmann weiter Vieh für Rechnung der Klägerin zu verkaufen, weil Wi [REDACTED], um die Liefersperre zu umgehen, besonders



günstige Preise geboten und das sowohl der Fa. Br███-
███ (durch höhere Provisionseinnahmen) als auch dem
Beklagten (durch höhere Verkaufspreise an die Klägerin)
finanzielle Vorteile gebracht habe.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen.
Das Berufungsgericht hat die Klägerin verurteilt, an
den Beklagten 69.408,65 DM (nach der zutreffenden
Zusammenstellung auf Bl. 22 des Berufungsurteils muß
es richtig 69.908,65 DM heißen) nebst Zinsen sowie
6,5 % Mehrwertsteuer auf die Zinsen zu zahlen. Mit der
Revision erstrebt die Klägerin die vollständige Abweisung
der Widerklage. Der Beklagte verfolgt mit der Anschluß-
revision den abgewiesenen Teil der Widerklage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Anschlußrevision kann keinen Erfolg haben (I).
Hingegen ist die Revision begründet (II).

I. 1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat die
Klägerin zu Recht 9.438,88 DM von der Restkaufpreis-
forderung wegen (überhöhter) nicht vereinbarter Preise
und Gewichts differenzen abgezogen. Demgegenüber greift
die Rüge der Anschlußrevision nicht durch, das Berufungs-
gericht habe übersehen, daß die Klägerin "den geltend
gemachten Anspruch" im Schriftsatz vom 22. April 1981
auf Blatt 4 anerkannt habe. Soweit dort die Klägerin
132.800,98 DM der Restkaufpreisforderung als offen

bezeichnet hat, ist sie von dem Forderungsbetrag des Beklagten von 185.339,61 DM abzüglich der von ihr für unberechtigt angesehenen 52.536,62 DM ausgegangen. Von einem Anerkenntnis der Klägerin der nach Ansicht des Beklagten berechtigten Restkaufpreisforderung von 185.339,61 DM kann daher keine Rede sein.

2. Das muß sich die Anschlußrevision auch entgegenhalten lassen, soweit sie wegen des vermeintlichen Anerkenntnisses der Klägerin den Abzug weiterer 12.088,68 DM von der streitigen Restkaufpreisforderung wegen zu geringen "Ausschlachtungsgewichts" einzelner Tiere für unberechtigt hält. Ferner verkennt sie, daß der im Schriftsatz des Beklagten vom 12. Juli 1982 auf Blatt 15 vorsorglich angetretene Sachverständigenbeweis nicht den Abzug wegen zu geringen "Ausschlachtungsgewichts", sondern dessen Behauptung betrifft, gegenüber der Klägerin nur die "üblichen und angemessenen Preise berechnet" zu haben.

3. Ebenfalls ohne Erfolg wendet sich die Anschlußrevision dagegen, daß das Berufungsgericht das Absetzen von 6.729,72 DM für bei Übergabe bereits verendete Tiere und von 556,21 DM für ein nicht geliefertes Schwein für berechtigt angesehen hat. Bei der Art, wie die Parteien ihre Geschäfte abgewickelt haben (der Beklagte brachte die an die Klägerin zu verkaufenden Tiere zur Annahmestelle der für diese tätigen Fa. Br██████, wie er sie gerade liefern konnte), sind die einzelnen Kaufverträge erst mit der Übergabe der Tiere geschlossen worden,

somit "verendete oder nicht gelieferte" Tiere nicht Gegenstand vertraglicher Beziehungen der Parteien gewesen. Für sie hat deshalb die Klägerin nichts zu zahlen. Auch brauchte sie insoweit nicht, wie die Anschlußrevision meint, "die gebotene Rüge" zu erheben.

4. Nach den Ausführungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin von der Restkaufpreisforderung des Beklagten zu Recht weitere 10.546,70 DM abgesetzt; dieser Betrag betreffe einen nicht mit der Klägerin, sondern mit einem anderen Unternehmen getätigten Viehkauf. Entgegen der Ansicht der Anschlußrevision handelt es sich insoweit um eine nach dem Beweisergebnis und den besonderen Gegebenheiten des Falles mögliche Feststellung.

II. 1. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß sich das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen zur Widerklage (Abschnitt III der Entscheidungsgründe) nicht mit der Schadensersatzforderung befaßt hat, mit der die Klägerin gegen die der Widerklage zugrundeliegende Restkaufpreisforderung der Beklagten aufgerechnet hat. Das rechtfertigt jedoch nicht, wie die Revision meint, die Annahme, daß das angefochtene Urteil insoweit gegen § 551 Nr. 7 ZPO verstoße. Das Berufungsgericht hat sich bereits bei Erörterung der Klage mit jener Aufrechnungsforderung der Klägerin auseinandergesetzt und sie für unbegründet erachtet (Abschnitt II 2 der Entscheidungsgründe). Nach dem Gesamtzusammenhang

- 7 -

der Entscheidungsgründe kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Berufungsgericht dem Beklagten einen Teil der Widerklage zuerkannt hat, weil nach seiner Auffassung die Aufrechnungsforderung der Klägerin nicht besteht. Der Sache nach hat es von der Aufrechnungsforderung der Klägerin einen dem zugesprochenen Teil der Widerklage entsprechenden Teilbetrag aberkannt.

2. Das Berufungsgericht hat zum Nichtbestehen der Aufrechnungsforderung der Klägerin ausgeführt:

Die Klägerin habe keinen Sachverhalt dargelegt, der wegen ihres Ausfalls im Konkurs der Fa. Wi [REDACTED] einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten begründe. Zwar sei die Fa. Br [REDACTED] im Innenverhältnis an die Weisung der Klägerin gebunden gewesen, kein Vieh mehr an die Fa. Wi [REDACTED] zu verkaufen. Trotzdem erfülle das Verhalten der Fa. Br [REDACTED], zu dem sie der Beklagte angestiftet haben solle, weder den Mißbrauchstatbestand des § 266 StGB oder einer anderen unerlaubten Handlung noch den einer positiven Vertragsverletzung. Unstreitig habe die Fa. Br [REDACTED] nicht unmittelbar an die Fa. Wi [REDACTED] geliefert, sondern an den Viehhändler Be [REDACTED]. Dafür, daß es sich bei den Lieferungen an Be [REDACTED] um Scheingeschäfte gehandelt habe, habe die Klägerin nichts darlegen können. Nach ihrem eigenen Vortrag habe Be [REDACTED] die Rechnungen über die Lieferungen erhalten und auch überwiegend - mittels Scheck - bezahlt.

Sei Be[REDACTED] aber ein zwischengeschalteter Schuldner der Klägerin und lediglich Weiterlieferant an die Fa. Wi[REDACTED] gewesen, so habe die Fa. Br[REDACTED] mit den Verkäufen an Be[REDACTED] nicht gegen die nur Lieferungen an die Fa. Wi[REDACTED] betreffende Weisung der Klägerin gehandelt. Davon abgesehen sei es völlig unklar, wie sich der von der Klägerin geltend gemachte Ausfallsschaden von 278.000 DM errechne und aus welchen Lieferungen er resultiere.

Diese Ausführungen erschöpfen nicht, wie die Revision mit Grund rügt, den unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag der Klägerin zu dem Komplex Wi[REDACTED]. Zusammengefaßt hat sie insoweit vorgebracht (vgl. GA. I 56/60, 129/130; II 260/263; 286/287):

Sie habe Ende 1979 der für sie als Ein- und Verkäuferin von Vieh tätigen Fa. Br[REDACTED] mitgeteilt, daß ab sofort die Fa. Wi[REDACTED] wegen ihrer - allgemein bekannten - mangelnden Kreditwürdigkeit nicht mehr beliefert werden dürfe. Auch den Beklagten habe sie von der Liefersperre unterrichtet. Darauf habe er die Fa. Br[REDACTED] durch massiven Druck dazu gebracht, Tiere, welche er an sie als der Vertreterin der Klägerin verkaufte, weiterhin - unter Zwischenschalten des Viehhändlers Be[REDACTED] als Strohmann - an die Fa. Wi[REDACTED] zu veräußern, da diese Firma wegen der Liefersperre der Klägerin und ihrer bekannt schlechten Finanzlage bereit gewesen sei, höhere Preise als Barkäufer zu zahlen.

Für den Beklagten sei das deshalb günstig gewesen, weil er dadurch einen höheren Preis seitens der Klägerin für die von ihm über deren Vertreterin, die Fa. Br[REDACTED], an die Fa. Wi[REDACTED] gelangten Tiere erhalten habe. Der Vorteil der Fa. Br[REDACTED] habe darin bestanden, daß ihr wegen des höheren Preises bei einem Weiterverkauf an die Fa. Wi[REDACTED] ein höherer Provisionsanspruch gegenüber der Klägerin zugestanden habe. Damit aber die Klägerin von den Lieferungen an die Fa. Wi[REDACTED] nichts merke, habe die Fa. Br[REDACTED] die Rechnungen auf Be[REDACTED] als Käufer ausgestellt, und dieser habe zum Ausgleich Schecks an die Klägerin gegeben, denen Zahlungen der Fa. Wi[REDACTED] an die Fa. Br[REDACTED] zugrundegelegt hätten. Die Fa. Br[REDACTED] sei sich mit Be[REDACTED] einig gewesen, daß er nicht der Käufer der Tiere sein sollte. Diese seien auch stets unmittelbar an die Fa. Wi[REDACTED] geliefert worden. Aus diesen Geschäften sei die im Juni 1980 in Konkurs gegangene Fa. Wi[REDACTED] zum Nachteil der Klägerin 278.000 DM schuldig geblieben, die wegen der schlechten wirtschaftlichen Lage Be[REDACTED] auch von diesem - als Gesamtschuldner mit der Fa. Br[REDACTED] und dem Beklagten - nicht beigetrieben werden könnten.

Mit diesem Vortrag, dessen Richtigkeit mangels Prüfung durch das Berufungsgericht für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist, hat die Klägerin einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten aus dem

Komplex Wi [REDACTED] schlüssig dargetan. In dem - behaupteten - Zusammenwirken zwischen dem Beklagten und der Fa. Br [REDACTED] auf Risiko der Klägerin ist jedenfalls ein sittenwidriges Verhalten im Sinne des § 826 BGB zu sehen. Auch kann es bei der dargelegten, angeblich sogar auf Druck des Beklagten zustandekommenen "Zusammenarbeit" zwischen ihm und der Fa. Br [REDACTED] nicht zweifelhaft sein, daß der Beklagte zumindest mit bedingtem Vorsatz einen etwaigen finanziellen Verlust der Klägerin bei einem Vermögensverfall der Fa. Wi [REDACTED] in Kauf genommen hat. Aus dieser Sicht ist deshalb eine weitere Prüfung der Aufrechnungsforderung der Klägerin durch das Berufungsgericht unter Vernehmung der Zeugen T [REDACTED], Be [REDACTED] und Ra [REDACTED] geboten.

3. Der Beklagte hat in der Revisionsverhandlung erklärt, daß er auf den Anspruch auf Zahlung von Mehrwertsteuer auf die Zinsen der Widerklage verzichtet.

- 11 -

Die Klägerin hat insoweit den Erlaß eines Verzichtsurteils beantragt. Demgemäß war dieser Anspruch gemäß § 306 ZPO abzuweisen.

Stempel Dr. Schulze Dr. Bauer Bundschuh Brandes