

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 242 (Cd), 387

Zur Frage der Treuwidrigkeit einer Berufung auf ein vertragliches Aufrechnungsverbot gegenüber einer Gegenforderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung, wenn die im Fortsetzungszusammenhang begangene unerlaubte Handlung bereits festgestellt ist und der Streit nur um weitere Einzelakte des Delikts und die Höhe der Schadensersatzforderung geht (Im Anschluß an das Senatsurteil vom 20. September 1961 - VIII ZR 85/60 = BB 1961, 1345).

BGH, Urt. v. 27. Oktober 1976 - VIII ZR 299/74 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 299/74

URTEIL

Verkündet am
27. Oktober 1976
Mückenhäusen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des unter der Firma I[REDACTED]-H[REDACTED] Kurt W[REDACTED]
handelnden Kaufmanns Kurt W[REDACTED] in Eu[REDACTED],
In den B[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Kommanditgesellschaft unter der Firma Heinrich
Rh[REDACTED], vertreten durch ihre persönlich haftende
Gesellschafterin Rh[REDACTED] Verwaltungsgesellschaft mbH,
diese wiederum vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Ludwig Rh[REDACTED] in K[REDACTED], A[REDACTED] Str. [REDACTED]-[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Oktober 1976
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Claßen, Wolf, Merz und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Köln vom 21. Oktober 1974 aufgehoben.

Die Sache wird zu anderweiter Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der
Revision, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zahlung des
vereinbarten Entgelts für Warenlieferungen und Lei-
stungen im Juni, August und September 1972 zuzüglich
Zinsen in Anspruch. Die Forderung von 56 863,01 DM ist
rechnerisch unstreitig.

Der Beklagte hat dagegen den Einwand sittenwidrig über-
höhter Preisgestaltung und der Aufrechnung mit Ersatz-
ansprüchen wegen sittenwidriger Schädigung erhoben. Er
hat geltend gemacht, die Klägerin habe zu seinem Nachteil



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

treuwidrig mit seinem inzwischen fristlos entlassenen Angestellten R. ■■■ zusammengewirkt. Das sei auf zweierlei Art und Weise geschehen: Sie habe einmal ungerechtfertigte Gewinne aus den von R. ■■■ gegen Zahlung von Schmiergeldern akzeptierten überhöhten Preisen für bedruckte Kartonagenbezüge, die sie unmittelbar an ihn geliefert habe (Direktgeschäfte), vereinnahmt. Zum anderen habe sie auf seine Kosten Vorteile daraus erlangt, daß R. ■■■ die Lieferanten von kompletten (d.h. bereits mit bedruckten Überzügen versehenen) Kartonagen veranlaßt habe, die Aufdruckbezüge bei der Klägerin zu beziehen. Dafür habe die Klägerin R. ■■■ Provisionen versprochen. Diese Provisionen habe sie in ihre Verkaufspreise einkalkuliert. Die Lieferanten der kompletten Kartonagen hätten die auf diese Weise und auch sonst überhöhten Preise an ihn weitergegeben.

Der Beklagte hat im ersten Rechtszug den bei Direktgeschäften infolge Anerkennung um 20 % überhöhter Preise erlittenen Schaden mit 195 389,10 DM beziffert, die weiteren, durch Provisionsabwälzung verursachten Nachteile bei Geschäften unter Einschaltung von Drittfirmen mit 231 915,37 DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat den Einwand der Aufrechnung im Betrage von 12 972,30 DM durchgreifen lassen und die Klage in dieser Höhe abgewiesen. Das nimmt die Klägerin hin.

Der Beklagte erstrebt mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, die vollständige Klageabweisung.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsurteil hält einer Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

I. 1. Soweit das Berufungsgericht ausgeführt hat, der Umstand, daß die Klägerin nach Behauptung des Beklagten mit ihren Preisen bis zu 20 % höher gelegen habe, als vergleichbare Konkurrenten, rechtfertige für sich allein betrachtet nicht die Annahme sittenwidriger Schädigung, begegnet dies keinen rechtlichen Bedenken. Dieser Preisunterschied erlaubt insbesondere nicht die Feststellung, der Wert von Leistung und Gegenleistung stünde in einem auffälligen Mißverhältnis. Das Berufungsgericht brauchte deshalb nicht Beweis darüber zu erheben, ob der Preisunterschied gegenüber vergleichbaren Unternehmen bei gleichwertiger Leistung tatsächlich bestanden hat. Es kommt deshalb auch nicht darauf an, ob der Sachvortrag des Beklagten hierzu ausreichend substantiiert war, was das Berufungsgericht in einer Hilferwägung verneint hat.

2. Die Vorinstanz hat auch darin recht, daß die Forderung sachlich nicht gerechtfertigter überhöhter Preise dann den Tatbestand einer sittenwidrigen Schädigung erfüllen würde, wenn nachgewiesen worden wäre, die Klägerin habe mit R. ■■■■ gemeinsam auf das Ziel hingewirkt, diese Preise zum Nachteil der Beklagten durchzusetzen.

Für die Zeit des Direktbezugs von bedruckten Kartonagenbezügen (bis Ende 1966) hat das Berufungsgericht ein

derartiges Zusammenwirken von Klägerin und R. nicht als bewiesen angesehen. Einen konkreten Angriff gegen diese Feststellung enthält die Revisionbegründung nicht.

II. 1. Für die Zeit ab 1967 hat die Vorinstanz dagegen ein unerlaubtes Zusammenwirken der Klägerin mit R. zum Nachteil des Beklagten bejaht, soweit sie ihm nämlich Provision dafür versprochen und gezahlt habe, daß er ihr von den Firmen, die den Beklagten fortan mit kompletten Kartonagen belieferten, die Aufträge für bedruckte Bezüge verschaffte oder sie jedenfalls auf diese Firmen aufmerksam machte.

Das Berufungsgericht hat als bewiesen angesehen, daß R. nur insgesamt 12 972,30 DM an Provisionen erhalten habe. Dies entspreche dem Schaden, den der Beklagte erlitten habe. Für einen weitergehenden Ersatzanspruch habe er nicht genügend vorgetragen. Das gelte auch, soweit er, ausgehend vom Lieferumfang, hiervon 5 % berechne und so zu einem Betrag von 47 400 DM gelange. Diese "bloße Vermutung" sei angesichts des Beweisergebnisses nicht gerechtfertigt. Der Beklagte übersehe auch, daß R. nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht für sämtliche Aufträge des Beklagten an die Kartonagenfabriken und deren Bestellungen von bedruckten Bezügen bei der Klägerin von dieser Provision erhalten habe.

2. Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg, denn die Vorinstanz hat den Sachvortrag des Beklagten in diesem Punkte in der Tat nicht erschöpft und außerdem erhebliche Beweisangebote unbeachtet gelassen.

a) Der Beklagte hat keineswegs nur eine Vermutung geäußert, R■■■■ müsse weit mehr als den von der Klägerin zugestandenen Betrag an Provisionen erhalten haben, sondern hat das bereits im ersten Rechtszuge klar und eindeutig behauptet. Er hat die Firmen Hi■■■■ & P■■■■, Ah■■■■ GmbH, Sch■■■■, N■■■■ und Wa■■■■ als Lieferanten von Fertigkartonagen benannt, den Wert der Lieferaufträge in der Zeit von 1967 bis 1972 konkret angegeben, den Kostenanteil der bedruckten Bezüge hieran gesondert ausgewiesen und behauptet, die zuletzt genannten Beträge enthielten 5 % Provisionsanteil zugunsten R■■■■. Diesen Sachvortrag hat er in der Berufungsinstanz aufgegriffen, um den Fall der von der Firma van L■■■■ aufgegebenen Bestellungen erweitert und seine Angaben präzisiert. Bei allen angeführten Aufträgen habe die Klägerin nach dem weiteren Vorbringen des Beklagten 5 % Provision zugunsten R■■■■ einkalkuliert. Die einkalkulierten Beträge seien über die Preisgestaltung der Lieferanten des Beklagten an diesen weitergegeben worden. Für diesen Sachvortrag ist auch Beweis angetreten worden.

b) Die Feststellung des Berufungsgerichts, es widerspreche dem Beweisergebnis, daß die Klägerin den Lieferanten des Beklagten über den zugestandenen Gesamtbetrag von 12 972,30 DM hinaus Provisionen von jeweils 5 % in ihre Angebotspreise einkalkuliert habe, schöpft die erhobenen Beweise, wie die Revision mit Recht gerügt hat, nicht aus. Der im ersten Rechtszug vernommene Zeuge Ba■■■■ (Verkaufsleiter der Klägerin ab 1970) hat ausgesagt, mit R■■■■ sei abgesprochen gewesen, daß "jeweils" die

5 % Provision in die Angebotspreise einkalkuliert würden; diese Regelung habe schon bestanden, als er Verkaufsleiter geworden sei. Nach den Angaben des Zeugen kam es zu den Bestellungen der Lieferanten des Beklagten bei der Klägerin in der Regel durch einen entsprechenden Hinweis Roses an die Klägerin, Angebote abzugeben, die dann auch überwiegend zum Vertragsschluß führten. Dann aber lag es nahe, daß in den meisten Fällen die Provision R■■■■ bei der Preisgestaltung der Klägerin berücksichtigt war. Das ist für die Schadensentstehung beim Beklagten entscheidend, denn das Berufungsgericht geht davon aus, daß die von der Klägerin einkalkulierten Provisionsbeträge als Bestandteil des Einstandspreises für die bedruckten Kartonagenbezüge von den Lieferanten des Beklagten stets an diesen weitergegeben worden sind. Schon durch die Kalkulation der Provision in die Angebotspreise hat die Klägerin den Beklagten, sofern es zum Vertragsschluß mit den Lieferanten der Fertigerzeugnisse kam, geschädigt, nicht erst, wie das Berufungsgericht unzutreffend meint, mit der Auszahlung der Provisionsbeträge an R■■■■. Bereits das Anbieten oder Versprechen eines Vorteils als Gegenleistung dafür, daß der Angestellte eines geschäftlichen Betriebes einen bei dem Bezug von Waren bevorzuge, erfüllt den Tatbestand der §§ 12 Abs. 1 UWG, 823 Abs. 2 BGB.

3. Das Berufungsgericht hätte nach allem den Behauptungen des Beklagten über den Umfang der Lieferantenbestellungen an bedruckten Kartonagenbezügen bei der Klägerin nachgehen und feststellen müssen, ob in allen Fällen des Vertragsschlusses 5 % Provision in den Angebotspreisen einkalkuliert waren.

4. Dies war der Vorinstanz nicht, wie die Revision meint, deshalb verwehrt, weil die Klägerin sich auf das in ihren Lieferungsbedingungen enthaltene Aufrechnungsverbot berufen hat.

Die unstreitige Klageforderung und die zur Aufrechnung gestellte, auf unerlaubte Handlung gestützte Gegenforderung sind - trotz zeitlicher Verschiebung ihrer Entstehung - in einem einheitlichen Lebenssachverhalt begründet. Sie beruhen auf den sich über einen Zeitraum von mehreren Jahren erstreckenden Geschäftsbeziehungen der Parteien zueinander, auf die der Angestellte R. maßgeblichen Einfluß genommen hat.

In Literatur und höchstrichterlicher Rechtsprechung ist seit der Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. März 1905 (RGZ 60, 296) nicht in Zweifel gezogen worden, daß die Berufung auf ein vertragliches Aufrechnungsverbot dann gegen Treu und Glauben verstößt, wenn die Gegenforderung auf vorsätzlicher unerlaubter Handlung bei Vertragsschluß beruht (Palandt, BGB 35. Aufl. § 242 Anm. 4 Dc; Soergel/Siebert/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 387 Rdn. 14; BGB RGR-Komm. 12. Aufl. § 387 Rdn. 52, die alle auf RGZ 60, 294, 296 zurückgreifen). Ebenso wie in später entschiedenen Fällen, in denen der Bundesgerichtshof die Auffassung vertreten hat, daß ein vertragliches Aufrechnungsverbot nicht schon gegenüber jeder aus vorsätzlicher Vertragsverletzung hergeleiteten Schadensersatzforderung zurücktreten muß, daß es vielmehr auf die gesamten Umstände des Falles ankomme (Senatsurteile vom 9. Mai 1966 - VIII ZR 8/64 = NJW 1966, 1452 und vom 12. Juni 1967 - VIII ZR 61/65 = WM 1967, 988), hat schon

das Reichsgericht den Standpunkt eingenommen, daß die Berufung auf das vertragliche Aufrechnungsverbot ausnahmsweise und mit Rücksicht auf besondere Umstände des Einzelfalles dann nicht treuwidrig sei, wenn die Gegenforderung auf den Vorwurf des Betrugs gestützt werde, ihre Prüfung aber einen langwierigen Prozeß erforderlich mache (RGZ 142, 143, 144). Auch der erkennende Senat hat unter Hinweis auf RGZ 142, 143 entschieden, daß die Berufung auf das vertragliche Aufrechnungsverbot keine unzulässige Rechtsausübung darstellt, wenn die aus angeblichem Betrug hergeleitete Gegenforderung "ganz undurchsichtig ist, sodaß ihre Beachtung eine weitläufige Beweisaufnahme und damit die Hinausschiebung der Prozeßentscheidung zur Folge haben würde" (Senatsurteil vom 20. September 1961 - VIII ZR 85/60 = BB 1961, 1345).

Im vorliegenden Falle sind die besonderen tatsächlichen Voraussetzungen, unter denen danach die Berufung auf ein vertraglich vereinbartes Aufrechnungsverbot auch gegenüber einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung durchgreifen, den Aufrechnungseinwand also zunichte machen würde, nicht gegeben. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin mit dem kaufmännischen Angestellten R. über einen längeren Zeitraum fortgesetzt handelnd in unlauterer Weise (§§ 12 Abs. 1 UWG, 823 Abs. 2 BGB) zusammengewirkt hat. Das hat die Klägerin auch nicht mehr in Abrede gestellt, denn sie hat die teilweise Klageabweisung, die das Berufungsgericht aufgrund des Aufrechnungseinwandes ausgesprochen hat, hingenommen. Daß der ungetreue Angestellte R. sein Verhalten aufgeben hätte, bevor der Beklagte es entdeckte, behauptet die

Klägerin nicht. Das Berufungsgericht ist zu der Feststellung einer höheren Gegenforderung lediglich deswegen nicht gelangt, weil es, wie dargelegt, unzutreffend davon ausgegangen ist, der 12 972,30 DM übersteigende Anspruch auf Schadensersatz sei auf bloße Vermutungen gegründet, und weil es ferner - ebenfalls rechtsirrtümlich - gemeint hat, für die Schadensentstehung sei der Nachweis erforderlich, die von der Klägerin jeweils in ihre Angebotspreise einkalkulierten Provisionen müßten auch an R. ausgezahlt worden sein. Auf welche vom Beklagten in beiden Tatsacheninstanzen klar umrissenen Behauptungen es demgegenüber allein ankommt, ist bereits dargelegt worden (II. 2. b). Die Gegenforderung ist danach weder undurchsichtig noch ist eine weitläufige Beweisaufnahme, die die Entscheidung des Rechtsstreits in unzumutbarer Weise hinausschieben würde, zu besorgen. Nach Lage des Falles geht der Streit allein um die Höhe der vom Beklagten geltend gemachten Ersatzforderung.

III. Die weiteren Revisionsrügen sind sachlich nicht gerechtfertigt.

IV. Da es an den Voraussetzungen für eine eigene Sachentscheidung des Senats fehlt, mußte das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen werden, § 565 Abs. 1 ZPO.

Da der endgültige Erfolg der Revision vom Ergebnis der anderweiten Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts abhängt, war diesem auch die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels vorzubehalten.

Braxmaier

Claßen

Wolf

Merz

Dr. Brunotte

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZR 299/74

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

des unter der Firma I- H Kurt W
handelnden Kaufmanns Kurt W in E
I

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

die Kommanditgesellschaft unter der Firma Heinrich
Rh, vertreten durch ihre persönlich haftende
Gesellschafterin Rh Verwaltungsgesellschaft mbH,
diese wiederum vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Ludwig Rh in K, A Str.

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
am 24. November 1976 durch den Vorsitzenden Richter
Braxmaier und die Richter Claßen, Wolf, Merz und
Dr. Brunotte

beschlossen:

Die Entscheidungsgründe des Urteils
vom 27. Oktober 1976 werden auf Seite 8,
erste Zeile wegen eines offensichtlichen
Schreibfehlers gemäß § 319 ZPO dahin be-
richtet, daß es statt "Revision"

"Revisionsbeantwortung"
heißt.

Braxmaier

Claßen

Wolf

Merz

Dr. Brunotte