

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 97/92

Verkündet am:
16. März 1993
Metzger
Justizassistentin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Alfred P. [REDACTED], R. [REDACTED] Straße 122, P. [REDACTED],

Beklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Gebrüder K. [REDACTED] KG, vertreten durch ihren Komplementär
Heinrich K. [REDACTED], R. [REDACTED] Straße 2, N. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Kullmann, Dr. Lepa, Bischoff und Dr. v. Gerlach

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Saarbrücken vom 20. Februar 1992 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

15

- 3 -

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt ein Transportunternehmen. Der Beklagte war Geschäftsführer und Gesellschafter der A. P. Transportvermittlung GmbH (im folgenden: P. GmbH).

Im Jahre 1982 wurde bei R. eine Trinkwassertalsperre errichtet. Eine der daran beteiligten Bauunternehmer war die Firma K. Zu den von ihr zu erbringenden Bauleistungen gehörten auch Transportleistungen, die sie durch Subunternehmer ausführen ließ. Auch die Klägerin erbrachte Transportleistungen an der Baustelle. Die Abrechnung dieser Leistungen erfolgte durch die P. GmbH, an welche die Firma K. jeweils die Transportvergütungen zahlte.

Ein von der P. GmbH am 27. Juli 1982 gestellter Konkursantrag wurde mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse abgewiesen.

Die Klägerin hat behauptet, sie habe im Frühjahr 1982 mit der P. GmbH vereinbart, daß diese ihr Aufträge zur Durchführung von Transportleistungen an der Baustelle vermittele, die ihr aufgrund solcher Aufträge zustehende Vergütung von dem Bauunternehmer, der Firma K., einziehe und dann an sie weiterleite. Am 13. April 1982 habe sie auf Vermittlung der P. GmbH mit der Firma K. einen Subunternehmervertrag abgeschlossen. Davon ausgehend habe sie in der Folgezeit ihre Transportleistungen in der Vorstellung erbracht, ihr Vertragspartner sei die Firma K. Der Beklagte als Geschäftsführer der P. GmbH habe sie nicht darüber auf-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

geklärt, daß sein Unternehmen schon am 2. April 1982 einen eigenen Transportvertrag mit der Firma K. geschlossen habe, nach dem die P. GmbH als Generalunternehmer alle Transporte für die Firma K. erbringen sollte. Der Beklagte habe die Firma K. zu der Annahme veranlaßt, die Klägerin werde künftig als Subunternehmer für die P. GmbH tätig und der zuvor vermittelte, unmittelbar zwischen der Klägerin und der Firma K. zustande gekommene Transportvertrag sei aufgehoben. Hätte der Beklagte sie über die tatsächlichen Verhältnisse aufgeklärt, so hätte sie davon Abstand genommen, die Transportleistungen zu erbringen. Folge der Täuschung durch den Beklagten sei, daß sie Transportleistungen erbracht habe, die sich wegen des Vermögensverfalles der P. GmbH nicht realisieren ließen. Der Beklagte habe als Geschäftsführer der P. GmbH in der Zeit von April bis Juli 1982 erhebliche Geldbeträge, nämlich insgesamt 174.046 DM, von Konten der GmbH auf Konten von Mitgliedern seiner Familie verschoben.

Die Klägerin hat gegenüber dem Beklagten Schadensersatzansprüche in Höhe von 174.209,75 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Der Beklagte hat sich darauf berufen, am 13. April 1982 sei bezüglich der Transportleistungen an der Baustelle in R. zwischen der Klägerin und der P. GmbH ein schriftlicher Subunternehmervertrag geschlossen worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Klage zunächst durch Versäumnisurteil im wesentlichen stattgegeben. Nach Einlegung eines Einspruches durch den Beklagten hat

die Klägerin ihre Klage wegen der Zinsen teilweise zurückgenommen. Hinsichtlich der Hauptforderung und der aufrechterhaltenen Zinsforderung hatte der Einspruch des Beklagten keinen Erfolg.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht stellt fest, daß die Klägerin selbst mit der Firma K. einen Transportvertrag abgeschlossen hatte, daß der Beklagte aber bereits am 2. April 1982 für die P. GmbH ebenfalls mit der Firma K. einen Transportvertrag abgeschlossen hatte, aus dem sich ergab, daß die anderen Transportunternehmer lediglich Subunternehmer der P. GmbH sein sollten.

Die Firma K. habe daraufhin in einem Schreiben vom 14. April 1982 darauf gedrängt, die P. GmbH solle gegenüber der Klägerin dafür sorgen, daß der unmittelbar zwischen ihr und der Klägerin geschlossene Vertrag vom 13. April 1982 als gegenstandslos angesehen werden könne. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte insoweit nichts unternommen hat und daß zwischen der Klägerin und der P. GmbH kein Subunternehmervertrag zustande gekommen ist. Die in den Akten über das u.a. gegen den Beklagten durchgeführte Strafverfahren befindliche Kopie eines solchen Vertrages vom 13. April 1982, auf die sich der Beklagte berufen hat, hält es für gefälscht.

Das Berufungsgericht ist ferner davon überzeugt, daß der Beklagte gegenüber der Klägerin den Eindruck erweckt hat, diese erbringe ihre Transportleistungen aufgrund des zwischen ihr und der Firma K. geschlossenen Transportvertrages, während es ihm offenbar gelungen sei, bei der Firma K. den Eindruck zu erwecken, der zwischen dieser und der Klägerin abgeschlossene Vertrag könne als gegenstandslos angesehen werden. Die Firma K. sei aufgrund des Verhaltens des Beklagten tatsächlich davon ausgegangen, daß die Klägerin wie alle anderen Transportunternehmer nur als Subunternehmer der P. GmbH tätig geworden sei.

Aufgrund dieser Täuschung durch den Beklagten und aufgrund eines entsprechenden Irrtums habe die Klägerin die Transportleistungen an der Baustelle erbracht. Ihr Schaden bestehe darin, daß sie die ihr zustehende und von der Firma K. an die P. GmbH gezahlte Vergütung von dieser wegen deren Vermögensverfalls nicht mehr erhalten könne.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, Ansprüche der Klägerin gegenüber der Firma K. seien nicht entstanden, weil aus Sicht der Firma K. ihre Transportleistung solche der P. GmbH aufgrund des Vertrages vom 2. April 1982 gewesen und deshalb der P. GmbH vergütet worden seien. Hätte die Klägerin dagegen einen unmittelbar zwischen ihr und der Firma K. bestehenden Vertrag erfüllt und die P. GmbH die daraus resultierenden Forderungen lediglich für die Klägerin eingezogen, dann hätte ihr im Konkurs der P. GmbH an der eingezogenen Vergütung ein Aussonderungsrecht nach § 43 KO zugestanden. Ein Schaden wäre ihr dann nicht entstanden.

II.

Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht durchweg stand.

1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Beklagte unter Zugrundelegung der im zweiten Rechtszug getroffenen tatsächlichen Feststellungen verpflichtet wäre, der Klägerin gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB Schadensersatz zu leisten.

a) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, daß am 13. April 1982 unmittelbar zwischen der Klägerin und der Firma K. ein Transportvertrag geschlossen worden ist. Die Revisionserwiderung weist zutreffend darauf hin, daß die Feststellung des Vertragsschlusses nicht auf der von der Revision bekämpften Überzeugung des Berufungsgerichts beruht, daß die in der Ermittlungsakte befindliche Kopie eines Vertrages zwischen der Klägerin und der P. GmbH gefälscht sei. Vielmehr hat der Beklagte das Zustandekommen eines solchen Vertrages im Berufungsverfahren nicht bestritten, nachdem sich die Klägerin auf diesen Vertrag berufen hatte.

b) Rechtlich nicht zu beanstanden ist es auch, wenn das Berufungsgericht annimmt, der Beklagte habe die Klägerin insofern getäuscht, als er ihr gegenüber den Eindruck erweckt habe, sie erbringe ihre Transportleistungen aufgrund des von ihr mit der Firma K. geschlossenen Vertrages, während tatsächlich die Firma K. diese Leistungen als solche der P. GmbH empfangen und bezahlt habe. Es bedurfte da-

zu entgegen der Ansicht der Revision nicht der Feststellung, daß der Klägerin von dem Beklagten ein gefälschter Vertrag vorgelegt oder sie durch sonstige Handlungen des Beklagten getäuscht worden ist. Eine den Betrugstatbestand erfüllende Täuschung kann auch durch Unterlassen erfolgen, sofern für den Täter eine Rechtspflicht zum Tätigwerden bestand, die sich u.a. aus vorangegangenen Tun ergeben kann (BGHSt 6, 198, 199) Diese Voraussetzung war hier erfüllt, da der Beklagte als Geschäftsführer der P. GmbH zunächst den Abschluß des Transportvertrages vom 13. April 1982 zwischen der Klägerin und der Firma K. vermittelt hatte, dann aber in Übereinstimmung mit dem von ihm schon am 2. April 1982 geschlossenen Vertrag zwischen der P. GmbH und der Firma K. dieser gegenüber den Eindruck vermittelt hat, der Vertrag vom 13. April 1982 könne als gegenstandslos angesehen werden und die Klägerin werde ihre Transportleistungen als Subunternehmer der P. GmbH erbringen. Diesen Eingriff in die Vertragsbeziehungen hatte der Beklagte der Klägerin zu offenbaren. War ein Subunternehmervertrag zwischen der Klägerin und der P. GmbH nicht geschlossen, auf den sich der Beklagte berufen hat, und war die Kopie dieses Vertrages, die sich in den beigezogenen Strafakten befindet, gefälscht, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, dann konnte es rechtsfehlerfrei davon ausgehen, daß der Beklagte nichts unternommen hat, um den Irrtum zu beseitigen.

c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu einer Vermögensverfügung der Klägerin aufgrund der Täuschung sind ebenfalls nicht - wie die Revision meint - von Rechtsirrtum beeinflusst. Die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, die Klägerin habe aufgrund der Täuschung durch den

Beklagten in der Folgezeit ihre Transportleistungen in der Vorstellung erbracht, sie erfülle einen mit der Firma K. geschlossenen Vertrag, reicht als Feststellung zur Kausalität aus. Das Berufungsgericht will ersichtlich damit zum Ausdruck bringen, die Klägerin hätte von der Erbringung von Transportleistungen Abstand genommen, wenn der Beklagte sie über die tatsächlichen Verhältnisse aufgeklärt hätte. Die Klägerin hatte dies nämlich behauptet und das Berufungsgericht hat ausdrücklich festgestellt, das Verhalten des Beklagten zeige, daß er selbst davon ausgegangen sei, die Klägerin werde nicht bereit sein, Transportleistungen aufgrund eines Subunternehmervertrages mit der P. GmbH zu erbringen.

d) Das Berufungsgericht bejaht aufgrund der getroffenen Feststellungen auch aus zutreffenden Erwägungen, daß der Klägerin durch die von dem Beklagten bewirkte Täuschung ein Schaden entstanden ist. Auch eine Vermögensgefährdung reicht als Schaden aus, wenn sie ausreichend konkret und damit schadensgleich ist (vgl. BGHSt 15, 24, 27; BGH, Urteil vom 21. Februar 1964 - 4 StR 1/64 - NJW 1964, 874). Davon konnte das Berufungsgericht ausgehen, nachdem es festgestellt hatte, die Firma K. habe auch bezüglich der von der Klägerin erbrachten Transportleistungen an die P. GmbH als ihre Vertragspartnerin Zahlungen leisten und diese habe entsprechend das Geld entgegennehmen wollen. Es bestand, worauf die Revisionserwiderung zutreffend hinweist, zumindest die Gefahr, daß die übrigen Gläubiger der P. GmbH der Klägerin entgegenhalten würden, daß die P. GmbH und die Firma K. eine solche Abrechnung gewollt hatten und daß dadurch ihr Aussonderungsrecht nach § 43 KO fraglich würde.

e) Die Revision vermißt in dem angefochtenen Urteil zwar mit Recht konkrete Feststellungen zum subjektiven Tatbestand des § 263 StGB. Aber auch das gefährdet den Bestand des Berufungsurteiles noch nicht. Aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich nämlich, daß das Berufungsgericht davon ausgeht, der Beklagte habe vorsätzlich durch Täuschung bei der Klägerin einen Irrtum erregt und er habe das Bewußtsein gehabt, durch die Irrtumserregung eine Vermögensverfügung der Klägerin herbeizuführen und sie dadurch unmittelbar in ihrem Vermögen zu schädigen. Den Urteilsgründen liegt auch die Überzeugung des Berufungsgerichts zugrunde, daß der Beklagte die Absicht hatte, der P. GmbH einen Vermögensvorteil zu verschaffen, der dem Schaden entsprach, welchen er der Klägerin zufügte (= Stoffgleichheit). Es ist zur Erfüllung des § 263 StGB nicht erforderlich, wie die Revision offenbar meint, daß der Täter sich selbst einen rechtswidrigen Vermögensvorteil verschaffen will.

2. Die Revision greift jedoch mit Erfolg die Feststellung des Berufungsgerichts an, zwischen der Klägerin und der P. GmbH sei am 13. April 1982 kein Subunternehmervertrag geschlossen worden, die vorgelegte Kopie dieses Vertrages sei vielmehr gefälscht. Diese Feststellung ist, wie die Revision mit Recht rügt, verfahrensfehlerhaft zustande gekommen. Das Berufungsgericht durfte die Frage der Fälschung der Urkunde nicht ohne Zuziehung eines Sachverständigen entscheiden, da es seine eigene Sachkunde zur Beurteilung einer solchen Frage nicht dargelegt hat.

Muß damit für das Revisionsverfahren der Abschluß eines solchen Vertrages unterstellt werden, dann wird dadurch der Annahme des Berufungsgerichts die Grundlage entzogen, die Klägerin habe sich in dem Irrtum befunden, sie erbringe ihre Transportleistungen allein aufgrund des zwischen ihr und der Firma K. zustande gekommenen Vertrages.

3. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung kann das Berufungsurteil nicht mit einer anderen Begründung aufrechterhalten werden.

Die Revisionserwiderung weist zwar darauf hin, daß der Beklagte auch wegen Vergehens nach § 266 StGB bzw. §§ 64, 84 GmbHG rechtskräftig verurteilt worden sei, und daß sich aus dem Zusammenhang des Strafurteils und des Anklagesatzes ergeben soll, daß der Beklagte diese Vergehen auch zum Nachteil der Klägerin begangen habe. Tatsächliche Feststellungen dazu enthält das Berufungsurteil jedoch nicht. Der Hinweis am Ende des Tatbestandes des Berufungsurteils, daß Bd. 2 der Ermittlungsakten zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht gemacht worden ist, ersetzt solche Feststellungen nicht, zumal auch das Strafurteil selbst keine diesbezüglichen tatsächlichen Feststellungen enthält.

III.

Bei dieser Sachlage muß das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Lepa

Bischoff

Dr. v. Gerlach