
Datum: 27.04.1999
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 25. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 25 U 10/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1999:0427.25U10.98.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 12 O 165/97

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das am 23. Juli 1998 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 12 O 165/97 - teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst: Die Beklagte wird unter Klageabweisung im übrigen verurteilt, an die Klägerin 32.275,12 DM nebst 10,25 % Zinsen seit dem 11. Dezember 1996 zu zahlen. Von den Kosten des gesamten Rechtsstreits tragen die Klägerin 85 % und die Beklagte 15 %. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 45.000,00 DM abzuwenden, falls nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 DM abzuwenden, falls nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Beide Parteien können die Sicherheitsleistung auch durch Beibringung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichrechtlichen Sparkasse erbringen.

Tatbestand:

1

Die Klägerin befasst sich mit sog. Paletten-Logistik: Unter anderem kauft, verkauft und vermietet sie Ladehilfsmittel, so z. B. Europaletten, Düsseldorfer Paletten, Gitterboxpaletten, und wickelt gegen Entgelt entsprechende Rückgabeansprüche und Rückgabeverpflichtungen von Speditionsunternehmen gegenüber deren jeweiligen Auftraggebern hinsichtlich solcher

2

Ladehilfsmittel ab.

Die Klägerin wurde 1993 gegründet. Angeblich hatte sie bis April 1997 ihren Sitz in R.. Dort wurde aber zu keiner Zeit ihre kaufmännische Tätigkeit ausgeübt. Das geschah von Anfang an fortwährend in K., wo im gleichen Gebäude auch die Fa. Paletten Vertriebs Gesellschaft H. R. GmbH (Fa. PVG) ihren Sitz hatte, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Zeuge Hans R., der Vater der Geschäftsführerin der Klägerin war. Über das Vermögen der Firma PVG wurde auf seinen Antrag am 7. Mai 1996 das Konkursverfahren eröffnet. 3

Die Beklagte ist ein führendes deutsches Speditionsunternehmen mit nationalem und internationalem Geschäftsaufkommen. Ihre Hauptverwaltung ist in E.. Tagtäglich benötigt sie eine Vielzahl von Paletten zum Gütertransport, wobei ihre Kunden zu einem großen Teil aus der Lebensmittelbranche stammen. Im Durchschnitt transportiert ein LKW 30 beladene Paletten. Die Paletten unterliegen einem Tauschsystem. Während früher der mit auf Paletten transportierten Gütern belieferte Kunde dem Spediteur bei der Anlieferung jeweils eine gleiche Anzahl leerer Paletten zurückgab, ist es seit etlichen Jahren branchen- und handelsüblich, dass der Kunde dem Spediteur sogenannte Palettenscheine aushändigt, die den Gegenwert der ihm angelieferten Paletten verkörpern. Die Palettenscheine können im Handelsverkehr beliebig weitergegeben werden. Derjenige, der ihrem Aussteller den Schein vorlegt, enthält entweder die entsprechende Anzahl der auf dem Schein vermerkten Paletten oder den Gegenwert in Geld. 4

Die Parteien standen vom 31. Mai 1994 bis 12. August 1996 in einer dauernden geschäftlichen Beziehung, aufgrund derer die Klägerin die Beklagte im vorliegenden Rechtsstreit auf Zahlung einer Gesamtsumme von 204.356,61 DM nebst bestimmter Zinsen in Anspruch nimmt. Die Hauptforderung gliedert sich in zwei Teilbeträge von 102.086,65 DM einerseits und 102.269,96 DM andererseits. Der erstgenannte Betrag ist die summenmäßige Addition von 39 - fortlaufend mit K 1 bis K 39 gekennzeichneten - Rechnungen, derentwegen auf Bl. 28 bis 38 d. A. i. V. m. dem Anlagenkonvolut I verwiesen wird. 5

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 2. Juli 1998 vor dem Landgericht hat die Beklagte erklärt, davon werde "für diese Instanz zur Straffung der Beweisaufnahme und zur Vereinfachung des Prozessesstoffes ein Teilbetrag von 32.275,12 DM rechnerisch unstreitig gestellt". Dabei handelt es sich um die Summe der Rechnungen K 1 bis K 3, K 7, K 10 bis K 16, K 19 bis K 24, K 28 bis K 30 und K 34. 6

Der in Höhe von 69.811,53 DM (102.086,65 - 32.275,12 DM) verbleibende Restbetrag der ersten der beiden Forderungen der Klägerin betrifft gemäß 18 Einzelrechnungen - K 4 bis K 6, K 8, K 9, K 17, K 18, K 25 bis K 27, K 31 bis K 33 und K 35 bis K 39 - Nutzungsentschädigung, welche die Klägerin wegen von ihr der Beklagten zur Verfügung gestellter Paletten verlangt. 7

Bei dem weiteren Betrag in Höhe von 102.269,96 DM handelt es sich um von der Klägerin wegen ihr der Beklagten gelieferter und von dieser nicht zurückgegebener Paletten verlangten Schadensersatz. 8

Bei alledem streiten die Parteien hauptsächlich darüber, ob die Klägerin gemäß dem von ihr bestrittenen Vorbringen der Beklagten in kriminelle Machenschaften des Zeugen H. verwickelt war, der der Beklagten in ganz erheblichem Maße Schaden zugefügt hat. 9

Der Zeuge H. war bis zum 31. Oktober 1996 Mitarbeiter der Beklagten. In seinem Dienstzimmer in E. befanden sich mehrere Aktenordner, in welchen die von den 10

Auslieferungsfahrern der einzelnen Filialen der Beklagten in ganz Deutschland bei den Kunden in Empfang genommenen Palettenscheine zentral aufbewahrt werden. Zu den Aufgaben des Zeugen H. gehörte es, für die Einlösung dieser Scheine zu sorgen, entweder mittels Einlösung durch die Beklagte selbst oder im Wege der Veräußerung an ein Paletten-Serviceunternehmen. Gemäß seinem Eingeständnis hatte er bis zur Aufdeckung seiner Verfehlungen mehr als 1 000 Palettenscheine auf eigene Rechnung verwertet, von denen er eine Vielzahl der Klägerin überlassen hat.

Zwisch.eitlich hat die Fa. C. Insurance Company of Europe S.A. als 11
Vertrauensschadensversicherer der Beklagten den dieser in angeblicher Höhe von 519.073,40 DM entstandenen Schaden ersetzt und nimmt nun ihrerseits wegen dieser Summe vor dem Landgericht Saarbrücken - 10 O 497/97 - gegenüber der Klägerin, deren Geschäftsführerin und den Zeugen H. R. als Gesamtschuldner in Regress.

Die Klägerin hat vorgetragen, der streitige Teilbetrag ihres Klagebegehrens in Höhe von 69.811,53 DM sei das ihr von der Beklagten für die Überlassung von Paletten geschuldete Nutzungsentgelt, wobei das Entgelt - rechnerisch unstreitig - 1,00 DM/Palette und Monat der Nutzungsdauer betrage. Mit dem weiteren Betrag von 102.269,96 DM habe es folgende Bewandnis: Zu Beginn der Geschäftsbeziehungen der Parteien sei die Führung eines Palettenkontokorrentkontos vereinbart worden. Bei der Beendigung der Geschäftsbeziehung habe dieses Konto zu ihren Gunsten 5 700 Europaletten und 1 693 Düsseldorfer Paletten ausgewiesen. Bei einem Stückpreis von 11,80 DM pro von der Beklagten nicht zurückgegebener Europaletten und von 12,80 DM pro von der Beklagten nicht zurückgegebener Düsseldorfer Paletten ergebe sich einschließlich 15 % Mehrwertsteuer der Gesamtbetrag von 102.269,96 DM. 12

Der Beklagten stünden keine wie auch immer gearteten Einwendungen und Einreden zu. 13
Alles das, was sie ihr wegen der Verfehlungen des Zeugen H. anlaste, sei unberechtigt, weil sie damit nicht das Geringste zu tun gehabt habe.

Die Zinsforderung rechtfertige sich aus dem Schuldnerverzug der Beklagten und angesichts 14
der Inanspruchnahme entsprechend verzinslichen Bankkredites. Die Beklagte sei - unstreitig - zur Zahlung von 102.086,65 DM bis 10. Dezember 1996 und weiterer 102.269,96 DM bis 17. Februar 1997 - jeweils erfolglos - aufgefordert worden.

Die Klägerin hat beantragt, 15

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 204.356,61 DM nebst 10,25 % Zinsen aus 16
102.086,65 DM seit dem 11. Dezember 1996 und weiteren 10,25 % Zinsen aus 102.269,96 DM seit dem 18. Februar 1997 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen und ihr nachzulassen, Sicherheitsleistung durch Stellung einer 18
Bankbürgschaft erbringen zu dürfen.

Sie hat wegen des unstreitig gestellten Teils der Klageforderung in Höhe von 32.275,12 DM 19
im Rechtsstreit die Primäraufrechnung unter Berufung auf die materiellrechtlichen Folgen der Aufrechnung erklärt und gegenüber dem weiteren, von ihr nach Grund und Höhe bestrittenen Klagebegehren den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung der Klägerin erhoben.

Sie hat vorgetragen, die Klägerin habe im kollusiven Zusammenwirken mit dem Zeugen H. das Palettensystem dazu missbraucht, ihr einen 500.000,00 DM übersteigenden Schaden zuzufügen, den sie mit der vorliegenden Klage um weitere rund 200.000,00 DM anzureichern gedenke. Die Geschäftsführerin der Klägerin habe positive Kenntnis von den kriminellen Machenschaften des Zeugen H. gehabt, während der Zeuge Hans R., der auch bei der Klägerin seit jeher "das Sagen gehabt habe", dass strafrechtlich relevante Verhalten des Zeugen H. überhaupt erst initiiert habe, indem er ihm sinngemäß erklärt habe, man sei - wegen der Veräußerung von Paletten durch den Zeugen H. auf dessen eigene Rechnung - für alles offen. Alsdann hätten H. und die Klägerin, der das Verhalten des Zeugen R. und das Verhalten ihrer Geschäftsführerin in vollem Umfange zuzurechnen seien, verschiedene Verschleierungsmaßnahmen durchgeführt, um das angestrebte Ziel - Veräußerung von Paletten durch den Zeugen H. zu Vorzugspreisen an die Klägerin und anschließende Vermarktung der solchermaßen erworbenen Paletten durch die Klägerin zum Verkehrswert der Paletten - zu erreichen:

Der Zeuge H. habe Scheinrechnungen sowohl der Beklagten als auch der Firma W. GmbH in E. - ein Subunternehmen der Beklagten - erstellt, wobei der jeweilige Rechnungsbetrag in seine Tasche geflossen sei. Er und die Klägerin hätten sich die Beute gewissermaßen geteilt: Er habe von der Klägerin pro Palette im Schnitt 7,50 DM erhalten, während der Verkehrswert der Paletten seinerzeit 13,00 DM bis 15,00 DM betragen habe. 21

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen H., Hans R., G. und Sch. sowie durch Einholung eines Gutachtens über den Zeitwert der Paletten, dass der Sachverständige L. im Termin vom 2. Juli 1998 mündlich erstattet hat. 22

Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 2. Juli 1998 - Bl. 291 bis 309 d. A. - verwiesen. 23

Durch am 23. Juli 1998 verkündetes Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. 24

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, gegenüber dem rechnerisch unstreitigen Teil der Klageforderung greife die Primäraufrechnung der Beklagten durch, während dem übrigen Petitum der Klägerin der Einwand ihres rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenstehe. 25

Der Klägerin falle eine positive Forderungsverletzung der langjährigen Geschäftsbeziehungen der Parteien zur Last. Es habe sich dabei um einen aus den Umständen herzuleitenden Rahmenvertrag gehandelt, der die Grundlage einer Vielzahl einzelner Geschäfte der Parteien gewesen sei. Die Klägerin habe ihre hieraus fließenden vertraglichen Pflichten aufgrund des ihr zuzurechnenden Fehlverhaltens ihrer Geschäftsführerin schuldhaft verletzt, wodurch der Beklagten Schaden entstanden sei, der den Betrag des rechnerisch unstreitigen Teils der Klageforderungen um ein Vielfaches übersteige. Deshalb greife die von der Beklagten erklärte Aufrechnung durch. Der gesetzliche Übergang ihrer Schadenersatzforderungen auf den Vertrauensschadensversicherer stehe der Aufrechnung nicht entgegen, weil davon auszugehen sei, dass der Versicherer die Verteidigung der Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit billigen und in dem von ihm unter anderem gegen die Klägerin geführten Prozess entsprechend - teilweise Erledigungserklärung der Hauptsache - reagieren werde. 26

Bei alledem stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass zumindest grob fahrlässiges Fehlverhalten der Geschäftsführerin der Klägerin zur Entstehung des Schadens der Beklagten beigetragen habe. Die Klägerin habe unstreitig in einer Vielzahl von Fällen zumindest hunderte von Palettenscheinen, demnach tausende von Paletten von dem Zeugen 27

H. erworben. Das von ihr mit durchschnittlich 7,50 DM/Palette gezahlte Entgelt habe weit unter dem Verkehrswert gelegen, wie sich schon daraus ergebe, dass die Klägerin bei der Berechnung ihrer vermeintlichen Schadensersatzforderung gegenüber der Beklagten von 11,80 DM - pro Europalette - ausgegangen sei. Diese Divergenz lasse sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, dass die Klägerin von H. keine Paletten, sondern Palettenscheine angekauft habe, die Paletten also noch habe beschaffen müssen, denn dadurch entstünden allenfalls Kosten von 1,00 DM bis maximal 2,00 DM je Palette. Ferner habe der Sachverständige L. zur Überzeugung der Kammer zutreffend festgestellt, es sei von einem Verkehrswert der Paletten von 11,00 DM bis 14,00 DM pro Stück, also ungefähr dem Doppelten dessen auszugehen, was die Klägerin im Durchschnitt an H. gezahlt habe. Hinzukomme, dass die Klägerin den Zeugen H. bedenkenlos mit Schecks und Barbeträgen in ganz erheblicher Höhe ausgestattet habe, wenngleich nicht zu verkennen sei, dass das zu einem erheblichen Teil durch die Fa. PVG geschehen sei. Selbst dann aber, wenn man unbeschadet aller Zweifel davon absehe, das Verhalten des Zeugen R. der Klägerin zuzurechnen, müsse ihre Geschäftsführerin sich den der Klägerin zuzurechnenden Vorwurf gefallen lassen, sich im geschäftlichen Umgang mit H. regelrecht rechtsblind verhalten zu haben. Sie habe sich über einen langen Zeitraum hinweg jedweder nächstliegenden Erkenntnismöglichkeit verschlossen, um nur ja nicht erfahren zu müssen, dass der wirtschaftlich vorteilhafte Ankauf der Palettenscheine objektiv nichts anderes als Hehlerei sei. So habe sie beispielsweise nach ihrer eigenen Darstellung wiederholt die überaus naheliegende Frage thematisiert, warum der Zeuge H. gleichzeitig Palettenscheine verkauft und Paletten zu Lasten der Beklagten und damit korrespondierend zu Gunsten der Klägerin angemietet habe. Diese naheliegende Frage habe sie aber ausschließlich an denjenigen gerichtet, der über lange Zeit hinweg Grund zu überaus massivem Misstrauen geboten habe, nämlich an den Zeugen H.. Stattdessen hätte nichts näher gelegen, als sich entweder bei der Beklagten oder bei der Fa. W. entsprechend zu informieren. Aus der Unterlassung dieser überaus naheliegenden Schritte müsse gefolgert werden, dass solche Erkundigungen allein deshalb unterblieben seien, um das klar zu Tage liegende Ergebnis - die sofortige Notwendigkeit der Beendigung der lukrativen Geschäfte - zu vermeiden. Sei nach alledem die von der Beklagten erklärte Aufrechnung sachlich gerechtfertigt, so verweigere sie ebenso zu Recht die Begleichung der restlichen Forderungen der Klägerin, laufe es doch auf eine Torpedierung der Rechtsordnung hinaus, dass die Klägerin aus dem erheblichen, durch grob fahrlässiges Fehlverhalten ihrer Geschäftsführerin mitverursachten Schaden der Beklagten mit der vorliegenden Klageerhebung noch Nutzen zu ziehen beabsichtige.

Die Klägerin hat gegen das ihr am 29. Juli 1998 zugestellte Urteil, dessen weiterer Inhalt hiermit in Bezug genommen wird, am 26. August 1998 bei dem Oberlandesgericht Köln Berufung eingelegt und das Rechtsmittel am 2. Oktober 1998 begründet, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zum 5. Oktober 1998 verlängert worden war.

28

Die Klägerin meint, die Primäraufrechnung scheitere schon daran, dass die Beklagte infolge des gesetzlichen Forderungsüberganges auf den Versicherer nicht aktiv legitimiert sei. Ferner sei es unzulässig, dass das Gericht, wie geschehen, einer Partei - hier: Versicherer der Beklagten - die Prozessführung in einem anderen Rechtsstreit vorschreibe. Auch im übrigen könne das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, gehe es doch nicht an, ihre Klage ohne Klärung des Bestandes der geltend gemachten Forderungen nach Grund und Höhe wegen vermeintlicher Pflichtverletzungen ihrer Geschäftsführerin abzuweisen, die nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ohnehin nicht angenommen werden könnten. Dabei falle entscheidend in das Gewicht, dass sie entgegen den unzutreffenden Feststellungen des Sachverständigen L. die Palettenscheine zum seinerzeit absolut üblichen Preis angekauft habe.

29

Die Klägerin beantragt,	30
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bonn - 12 O 165/97 - die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 204.356,61 nebst 10,25 % Zinsen aus 102.086,65 DM seit dem 11. Dezember 1996 und weiteren 10,25 % Zinsen aus 102.269,96 seit dem 18. Februar 1997 zu zahlen.	31
Die Beklagte beantragt,	32
die Berufung zurückzuweisen und ihr - der Beklagten - zu gestatten, Sicherheit durch Bürgschaft einer deutsche Großbank oder öffentlichrechtlichen Sparkasse erbringen zu dürfen.	33
Die Beklagte verteidigt mit näheren Ausführungen das angefochtene Urteil, wobei sie für den Fall, dass ihre Aufrechnung nicht als durchgreifend erachtet werde, im zweiten Rechtszug Grund und Höhe der entsprechenden Gegenforderungen der Klägerin bestreitet.	34
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst sämtlichen Anlagen ergänzend Bezug genommen.	35
Das alles ist Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.	36
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :	37
Die zulässige, an sich statthafte sowie frist- und formgerecht eingelegte und begründete Berufung (§§ 511, 511 a, 516, 518, 519 ZPO) hat in sachlicher Hinsicht nur in geringem Umfange Erfolg, während sie überwiegend nicht gerechtfertigt ist.	38
Auf der Grundlage der früheren vertraglichen Beziehung der Parteien ist die Beklagte verpflichtet, an die Klägerin 32.275,12 DM zu zahlen. Dabei handelt es sich um den Ausgleich derjenigen Rechnungen, welche die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 10. Oktober 1997 unter den Ziffern 1, 2, 3, 7, 10 bis 16, 19 bis 24, 28 bis 30 und 34 aufgeführt hat. Alle diese Rechnungen betreffen Leistungen, welche die Klägerin für die Beklagte erbracht hat, nicht Nutzungsentschädigungen, die den Gegenstand der übrigen von der Klägerin aufgelisteten Rechnungen bilden. Wie das Vertragsverhältnis der Parteien rechtlich zu qualifizieren ist, kann offen bleiben. Liegt ein Dienstvertrag im Sinne der §§ 611 ff. BGB vor, so findet der Zahlungsanspruch der Klägerin in dem vorbeschriebenen Umfang seine gesetzliche Grundlage in § 611 Abs. 1 BGB, hingegen in § 631 Abs. 1 BGB, so ein Werkvertrag im Sinne von §§ 631 ff. BGB anzunehmen ist. Jedenfalls hat die Klägerin im Rahmen der von ihr betriebenen Paletten-Logistik für die Beklagte Paletten geliefert, getauscht, transportiert und ähnliche Leistungen erbracht, wie sie in den genannten Rechnungen im Einzelnen beschrieben sind. Und jedenfalls sind die in diesen Rechnungen genannten Preise und die sich hieraus ergebenden Rechnungsbeträge korrekt, entsprechen sie doch den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien oder, falls es solcher ermangeln sollte, vgl. §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB, dem, was üblich ist. Das eine wie das andere rechtfertigt die Klageforderung, bedarf, weil es feststeht, keines Beweises. Denn die Beklagte hat das in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht vom 2. Juli 1998 zugestanden. Ausweislich der Sitzungsniederschrift hat sie dort ausdrücklich erklärt, "dass für diese Instanz zur Straffung der Beweisaufnahme und zur Vereinfachung des Prozessstoffes die 21 Rechnungen,die sich nicht mit Nutzungsentschädigung befassen, nämlich über einen Gesamtbetrag 32.275,12 DM	39

rechnerisch unstreitig gestellt werden"; insoweit werde mit Schadenersatzansprüchen die Primäraufrechnung erklärt. Hiermit hat die Beklagte nicht nur davon abgesehen, den diese Rechnungen betreffenden Vortrag der Klägerin i. S. d. § 138 Abs. 3 ZPO zu bestreiten, ihre Erklärungen enthalten vielmehr darüber hinaus ein gerichtliches Geständnis im Sinne von § 288 ZPO.

Für diese Wertung der Erklärungen ist entscheidend, dass die Beklagte dem Vorbringen der Klägerin bezüglich der hier erörterten 21 Rechnungen ersichtlich bewusst nicht - mehr - entgegengetreten ist (vgl. dazu BGH NJW 1983, 1497; 1991, 1683), dies ausdrücklich mit dem Ziel, den Prozessstoff zu straffen und - vor allem - insoweit eine Beweisaufnahme überflüssig zu machen, und erkennbar in der Vorstellung, dem Zahlungsanspruch der Klägerin mit einer Primäraufrechnung wirksam entgegenzutreten zu können. Gerade das Letztgenannte macht deutlich, dass die Beklagte aus ihrer Sicht der Dinge davon ausgegangen ist, sie könne den Tatsachenvortrag der Klägerin unbesorgt zugestehen, weil sie hierdurch wegen der ihr möglichen Primäraufrechnung kein weiteres Prozessrisiko eingehe. Unter diesen Umständen aber ist die einräumende Erklärung der Beklagten nach der Beschaffenheit des hier gegebenen Falles als Geständnis anzusehen; vgl. § 289 Abs. 2 ZPO. Der Zusatz "für diese Instanz" ist unwirksam, weil ein gerichtliches Geständnis einer Bedingung oder einer ähnlichen Einschränkung seiner Wirksamkeit grundsätzlich nicht zugänglich ist (vgl. z. B. Zöller-Greger, ZPO, 21. Aufl., Rz. 5 zu § 288). An ihr gerichtliches Geständnis ist die Beklagte gebunden; vgl. § 290 ZPO, auch im Berufungsrechtszug, § 532 ZPO.

40

Nach dem Vorgesagten sind die Voraussetzungen für einen Zahlungsanspruch der Klägerin in der genannten Höhe gegeben.

41

Mit ihrer Primäraufrechnung vermag die Beklagte den Teilerfolg der Klage nicht zu verhindern. Denn eine Aufrechnung, gleichgültig, ob primär oder hilfsweise erklärt, setzt zu ihrer Wirksamkeit unabweisbar voraus, dass Forderung - hier: der Beklagten - und Gegenforderung - hier: der Klägerin - einander aufrechenbar gegenüberstehen. Ist dieses Erfordernis nicht erfüllt, dann ist die sogenannte Aufrechnungslage im Sinne der §§ 387, 389 BGB nicht gegeben und die Aufrechnung bleibt wirkungslos. So liegt es hier. Denn die Beklagte hat ihre Aufrechnung auf Schadenersatzansprüche gestützt, die sie daraus herleitet, dass die Klägerin ihr im kollusiven Zusammenwirken mit dem früheren Mitarbeiter H. der Beklagten schuldhaft einen erheblichen Schaden zugefügt habe. Worin ein sich hieraus ergebender Schadenersatzanspruch auch immer seiner Rechtsgrundlage finden mag, er steht der Beklagten nicht mehr zu. Denn ihr Vertrauensschadensversicherer, die C. Insurance Company of Europe S.A., hat ihr den ihr entstandenen Schaden ersetzt, was zur Folge hat, dass der entsprechende Schadenersatzanspruch gemäß § 67 Abs. 1 S. 1 VVG auf den Versicherer übergegangen ist. Damit aber steht der Schadenersatzanspruch nicht mehr der Beklagten, sondern ausschließlich dem Versicherer zu, der den auf ihn übergegangenen Anspruch auch nicht etwa, das hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auf Befragen ausdrücklich erklärt, auf sie zurückübertragen hat. Für eine Aufrechnung mit dem hier angesprochenen Schadenersatzanspruch durch die Beklagte ist nach alledem kein Raum. Dass eine Gegenforderung, worauf das Landgericht hingewiesen hat, im übrigen auch dann noch in einem Rechtsstreit zur Aufrechnung gestellt werden kann, wenn sie anderweitig rechtshängig ist, bleibt hierfür ohne Bedeutung.

42

Der der Klägerin zuerkannte Zinsanspruch rechtfertigt sich unter dem Gesichtspunkt des Verzugsschadens gemäß § 286 Abs. 1 BGB, wobei die Beklagte dem gesamten Sachvortrag der Klägerin zur Begründung ihres Zinsbegehrens nach Grund und Höhe gemäß dem

43

Schriftsatz vom 10. Oktober 1997 nicht entgegengetreten ist mit der Folge, dass dieses schlüssige Vorbringen der Entscheidung durch den Senat zu Grunde zu legen war.

Im übrigen ist die Berufung unbegründet, weil der Klägerin der mit dem Rechtsmittel weiterverfolgte Anspruch auf Zahlung von 172.081,49 DM nicht gegen die Beklagte zusteht. Warum das so ist, hat das Landgericht mit eingehender und zutreffender Begründung ausgeführt. Dem folgt der Senat. 44

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Klägerin dringen nicht durch. 45

Die Klägerin rügt, das Landgericht habe Grund und Höhe ihrer von der Aufrechnung der Beklagten nicht betroffener Klageforderung nicht festgestellt, so dass die Klageabweisung schon deshalb jeder tragfähigen Grundlage ermangele. Mit diesem Angriff verkennt die Klägerin, dass es nicht um einen der Beklagten noch zustehenden, weiteren, nicht auf ihren Versicherer übergegangenen Schadenersatzanspruch geht, vielmehr gegenüber dem jetzt noch zu bescheidenden Teil des Klagebegehrens der den Umständen des Falles nach sachlich gerechtfertigte Einwand unzulässiger Rechtsausübung zu Lasten der Klägerin durchgreift. 46

Übt jemand eine Rechtsstellung aus, die er entweder durch sein vorhergehendes, damit im Zusammenhang stehendes, vom allgemeinen Sittengesetz und der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten erworben hat, oder haftet dem Rechtserwerb unmittelbar das Unwerturteil der Erlangung auf solche sittenwidrige Weise an, so steht ihm das betreffende Recht nicht zu, weil, wie das Landgericht anschaulich und völlig zutreffend ausgeführt hat, es die Rechtsordnung gewissermaßen auf den Kopf stellen würde, wenn solcher Rechtsausübung sachlicher Erfolg beschieden wäre (vgl. BGHZ 72, 322; MK-Roth, BGB, 3. Aufl., § 242 Rz. 286 ff.; Soergel-Teichmann, BGB, 12. Aufl., § 242 Rz. 282 ff.). So liegt die Sache hier. 47

Die Klägerin verlangt Nutzungsentschädigung und Schadenersatz wegen Paletten, die sie der Beklagten zur Verfügung gestellt und worauf diese keine Zahlung geleistet hat, nachdem sie zuvor die kriminellen Machenschaften des Zeugen H. aufgedeckt hatte. 48

Geht man zu Gunsten der Klägerin davon aus, dass die Beklagte aufgrund vertraglicher Vereinbarung der Parteien - rein rechnerisch gesehen und isoliert betrachtet - zur Zahlung der eingeklagten Beträge verpflichtet wäre, kann die Klägerin aus den vorstehend dargelegten Gründen gleichwohl keine Zahlung von der Beklagten verlangen, denn die Art und Weise, wie sie zuvor in den Besitz der Paletten gelangt war, die sie anschließend der Beklagten entgeltlich überlassen hat, wird von der Rechtsordnung missbilligt und lässt eben deshalb für eine erfolgreiche Inanspruchnahme der Beklagten keinen Raum. 49

Hierzu gilt im Einzelnen folgendes: 50

Aufgrund des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht in Übereinstimmung mit dem Landgericht auch zur Überzeugung des Senats fest, dass der Zeuge H. in ganz erheblichem Ausmaß strafrechtlich relevante Verfehlungen zum Nachteil der Beklagten als seiner damaligen Arbeitgeberin begangen hat, wobei ihre genaue strafrechtliche Einordnung - Diebstahl/Unterschlagung/veruntreuende Unterschlagung/Untreue - dahingestellt bleiben kann, weil es darauf für die Urteilsfindung des Senats nicht ankommt. Jedenfalls hat der Zeuge H. in vielen einzelnen Fällen an die Klägerin Palettenscheine veräußert, deren Gegenwert anfänglich in Form einer Barzahlung und später in Form von Verrechnungsschecks ausschließlich in seine eigene Tasche geflossen ist. Dadurch ist der 51

Beklagten zunächst einmal der Schaden entstanden, welcher der Entziehung des in den Palettenscheinen verkörperten objektiven Wertes, also ihres seinerzeitigen Verkehrswertes entspricht. Desweiteren kann es zur Überzeugung des Senats keinem vernünftigen Zweifel unterliegen, dass der Beklagten infolge der Machenschaften des Zeugen H. weiterer Schaden entstanden ist, indem sie, nachdem ihr eine Vielzahl von Palettenscheinen entzogen worden war, ihr Tauschsystem nur dadurch aufrechterhalten konnte, dass sie die erheblichen Fehlmengen durch entgeltlichen Hinzuerwerb anderer, von ihr zur Aufrechterhaltung ihres Speditionsbetriebs benötigter Paletten, sei es in Form zeitlicher Nutzung oder durch auf Dauer angelegten Erwerb = Ankauf kompensierte, was eine entsprechende Vergrößerung des ihr ohnehin schon entstandenen Schadens zwingend zur Folge hatte. Auf eben dieser zuletzt genannten Linie liegt die Klageforderung, soweit sie nicht unstreitig ist, denn die Klägerin verlangt Nutzungsentgelt und Leistung von Schadenersatz für von ihr der Beklagten zur Verfügung gestellter und von dieser - nach Enttarnung des Zeugen H. - nicht mehr bezahlter Paletten. Diese Lieferungen und Leistungen der Beklagten wurden aber, wie ausgeführt, zur Überzeugung des Senats von der Beklagten nur deshalb benötigt, weil sie sich aus den dargelegten Gründen anderweitig zusätzlich eindecken musste, was, die kriminellen Machenschaften des Zeugen H. und die Mitbeteiligung der Klägerin hinweggedacht - so nie und nimmer erforderlich gewesen wäre.

Und bei diesem Teil der Klageforderungen handelt es sich um solche, deren Entstehung eine 52
zumindest grob fahrlässige, langandauernde Verletzung vertraglicher Verpflichtungen der Klägerin gegenüber der Beklagten vorausgegangen ist, so dass die Klägerin aus eben diesem Grunde - unzulässige Rechtsausübung - von der Beklagten nichts fordern kann. Das Ergebnis der Vernehmung des Zeugen H. lässt zur Überzeugung des Senats keinen vernünftigen Zweifel daran, dass die Geschäftsführerin der Klägerin sich ihm gegenüber regelrecht rechtsblind verhalten, nämlich stillgehalten und weitergemacht hat, obwohl für sie nach den damaligen Umständen jeder nur erdenkliche Anlass bestand, sein für sie erkennbares, ganz und gar ungewöhnliches Geschäftsgebaren nicht zu tolerieren, sondern bei der Geschäftsleitung der Beklagten nachzufragen, ob es denn damit seine Richtigkeit habe. Warum das so ist, hat das Landgericht in seinem Urteil im Einzelnen zutreffend ausgeführt. Darauf verweist der Senat zur Vermeidung überflüssiger Wiederholungen. Soweit die Klägerin geltend macht, sie habe dem Zeugen H. den damals üblichen Verkehrswert der Paletten gezahlt, wird das durch die Ausführungen des vom Landgericht vernommenen Sachverständigen L. widerlegt, denzufolge der Verkehrswert zur damaligen Zeit zwischen 11,00 DM und 14,00 DM pro Palette betrug. Selbst dann aber, wenn man aus den von der Klägerin dargelegten Gründen den Ausführungen des Sachverständigen L. nicht folgen wollte, ändert sich im Ergebnis nichts. Denn die Klägerin muss sich nach Lage der Dinge vorwerfen lassen, dass ihre Geschäftsführerin zumindest grob fahrlässig nicht bedacht hat, dass der Zeuge H. das von der Klägerin gezahlte Entgelt ausschließlich in seine eigene Tasche stecken werde. Die Geschäftsführerin der Klägerin war gemäß der glaubhaften Aussage des Zeugen H., der sich ansonsten jede nur erdenkliche Mühe gegeben hat, sie - im Gegensatz zu ihrem Vater - zu schonen, persönlich zugegen, als er ihrem Vater, dem Zeugen R. mit Blick auf die Herkunft der Palettenscheine erklärte "da kommen die bei Daufenbach nie hinter". Diese Äußerung des Zeugen H. im Verein mit seinem sonstigen, der Geschäftsführerin der Klägerin wiederholt aufgefallenen, höchst ungewöhnlichen Geschäftsgebaren, nämlich einerseits Paletten anzumieten und andererseits in großem Stil Palettenscheine zu veräußern, und die Unterlassung jedweder Nachforschungen an kompetenter Stelle, die sich solchermaßen förmlich aufdrängten, sowie die ebenso ungewöhnliche, fortwährende Entgegennahme von Verrechnungsschecks durch den Zeugen H. rechtfertigen insgesamt gesehen und gewertet in jeder Hinsicht den Vorwurf fortgesetzten, zumindest grob fahrlässigen Fehlverhaltens der Geschäftsführerin der Klägerin und die sich

daraus ergebende Rechtsfolge, dass derjenige, der auf die beschriebene Art und Weise schuldhaft Schaden an den Rechtsgütern eines anderen angerichtet hat, nicht noch danach trachten kann, solchen Schaden - unter gerichtlicher Inanspruchnahme! - zu vergrößern. Mit anderen Worten: Hätte die Klägerin die kriminellen Machenschaften des Zeugen H. zum Schaden der Beklagten nicht durch ihr fortgesetztes, zumindest grob fahrlässiges Fehlverhalten mitermöglicht und gefördert, wäre die Beklagte nach Lage der Dinge nicht genötigt gewesen, diejenigen Palettenkontingente zu ordern, deren Bezahlung die Klägerin jetzt von ihr verlangt.

Soweit die Klägerin meint, dass das Landgericht das mitwirkende Verschulden der Beklagten entgegen § 254 BGB rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Beklagten, falls sie überhaupt Veranlassung hatte, ihren mit eigener Verantwortung ausgestatteten Mitarbeiter H. zu kontrollieren, könnte allenfalls leichte Fahrlässigkeit angelastet werden, die gegenüber dem zumindest grob fahrlässigen Fehlverhalten der Klägerin nicht in das Gewicht fällt und insbesondere den Einwand des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens der Klägerin uneingeschränkt bei Bestand lässt. 53

Die zivilprozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711, 108 Abs. 1 S. 1 ZPO in Verbindung mit der entsprechenden Anwendung der §§ 232 Abs. 2, 239 Abs. 1, Abs. 2 BGB. 54

Gegenstandswert des Berufungsrechtszuges: 204.356,61 DM 55

Beschwer der Klägerin: 172.081,49 DM 56

Beschwer der Beklagten: 32.275,12 DM 57