



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 305/12

Verkündet am:
9. Mai 2014
Weschenfelder
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: _____ ja

BGB § 989

Die Schadensersatzpflicht des Besitzers nach § 989 BGB ist nicht auf den Wert der herauszugebenden Sache beschränkt, sondern bestimmt sich nach dem subjektiven Interesse des Eigentümers an deren Wiedererlangung (Fortführung von BGH, Urteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1751; Senat, Urteil vom 29. Januar 1993 - V ZR 160/91, NJW-RR 1993, 626, 627).

BGB § 814, § 819 Abs. 1

Die verschärfte Haftung des Empfängers der Leistung entfällt, wenn der Leistende den Mangel des Rechtsgrunds kennt oder der Empfänger eine solche Kenntnis bei ihm annimmt. Hat der Empfänger einer Leistung mit einem Vertreter des Leistenden in sittenwidriger Weise zusammengewirkt, haftet er nur dann nicht verschärft nach § 819 Abs. 1 BGB, wenn die Leistung auch in Kenntnis des Vertretenen vom Mangel des Rechtsgrunds erfolgt ist und von diesem deswegen nach § 814 BGB nicht kondiziert werden kann.

BGH, Urteil vom 9. Mai 2014 - V ZR 305/12 - OLG Frankfurt am Main
LG Hanau

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 2014 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richter Dr. Lemke und Dr. Czub, die Richterin Weinland und den Richter Dr. Kazele

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 26. April 2012 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin ist Großhändlerin für ausländische Presseerzeugnisse. Der Streithelfer des Beklagten war ihr Vertriebsleiter. Er veräußerte im Namen der Klägerin in den Jahren 2005 bis 2009 etwa 294.300 Zeitschriften aus deren Beständen an den Beklagten zu Preisen von zunächst 1 € und ab Mitte 2007 von 0,12 € je Zeitschrift. Einen weiteren Betrag von 0,05 € je Heft zahlte der Beklagte auf ein Privatkonto des Streithelfers. Der Beklagte bot diese Zeitschriften u.a. auf einer Internetplattform zum Kauf an; er verkaufte auf diesem Weg 39.843 Zeitschriften und erzielte daraus einen Erlös von insgesamt 266.748,07 €.

2 Bei den an den Beklagten veräußerten Zeitschriften handelte es sich nach dem Vortrag der Klägerin um sog. Remissionsware, also um Zeitschriften, welche sie im normalen Vertrieb über den Zeitschriftenhandel nicht zu den üblichen Preisen von 10 bis 18 € je Heft hatte veräußern können und für die sie von den amerikanischen Lieferanten ihren Einkaufspreis von ca. 3,90 € (nach ihrer Darstellung insgesamt 1.173.220 €) rückvergütet erhalten hatte. Die Lieferungen an den Beklagten endeten Anfang 2010, nachdem die Klägerin den - nach ihrem Vortrag - unrechtmäßigen Vertrieb durch den Streithelfer festgestellt und das Angestelltenverhältnis mit diesem gekündigt hatte.

3 Die Klägerin verlangt von dem Beklagten jetzt noch: 1. Auskunft über den Verbleib der nach ihrer Aufstellung an den Beklagten gelieferten Zeitschriften (Vernichtung oder Verkauf, insoweit unter Angabe des Erlöses), 2. die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz aller Schäden aus dem Vertrieb der Zeitschriften, 3. die Auszahlung des durch den Verkauf erzielten Erlöses von 266.748,07 € zzgl. Zinsen und 4. die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Herausgabe der durch den Vertrieb außerhalb des Internet-Accounts von ihm erzielten Veräußerungserlöses. Das Landgericht hat die Klage insoweit abgewiesen, die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

4 Das Berufungsgericht meint, den geltend gemachten Ansprüchen stünde entgegen, dass die Zeitschriften wirksam an den Beklagten übereignet worden seien. Der Streithelfer habe mit Anscheinsvollmacht gehandelt. Ein kollusives Zusammenwirken des Beklagten mit dem Streithelfer könne nicht festgestellt werden. Die Verträge seien auch nicht wegen der Zahlungen an den Streithelfer nichtig gewesen. Der Beklagte habe den subjektiven Tatbestand einer Bestechung nicht erfüllt. Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, dass die Verträge

über die Belieferung des Beklagten gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hätten oder sittenwidrig gewesen seien.

II.

5 Die Entscheidung des Berufungsgerichts, das die Begründetheit der
Klage nicht anhand von Anspruchsgrundlagen geprüft hat, hält rechtlicher
Überprüfung nicht stand.

6 A. Der Antrag festzustellen, dass der Beklagte der Klägerin den Schaden
zu ersetzen hat, der ihr daraus entstanden ist oder noch entstehen wird, dass
sie - weil der Beklagte nicht mehr zum Verkauf bestimmte Zeitschriften (sog.
Remissionsware) wieder in den Verkehr gebracht hat - von ihren Lieferanten
wegen zu Unrecht erstatteter Einkaufspreise in Anspruch genommen worden ist
oder werden wird (im Folgenden als Vertriebschaden bezeichnet), ist rechts-
fehlerhaft abgewiesen worden. Er kann mit der von dem Berufungsgericht
gegebenen Begründung nicht verneint werden.

7 1. Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ergibt sich allerdings nicht
aus § 990 Abs. 1, § 989 BGB; denn sie hat ihr Eigentum an den Zeitschriften
durch Übereignung an den Beklagten verloren (§ 929 Satz 1 BGB).

8 a) Die Revision stellt zu Unrecht eine Übergabe von der Klägerin an den
Beklagten in Frage. Die Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB stellt einen tatsäch-
lichen Vorgang dar, nämlich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die
Sache (BGH, Urteil vom 9. Februar 1955 - IV ZR 188/54, BGHZ 16, 259, 263).
Dieser muss ein Konsens über den Wechsel im Eigenbesitz zugrunde liegen,
um die Übergabe von einer Besitzverschaffung durch verbotene Eigenmacht
(§ 858 Abs. 2 BGB) abzugrenzen (vgl. RGZ 137, 23, 25). Ein solcher Konsens
liegt nach den von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen
Feststellungen im erstinstanzlichen Urteil darin, dass die von dem Streithelfer
im Namen der Klägerin verkauften Zeitschriften dem Beklagten in Kartons mit
dem Firmenstempel und mit Lieferscheinen der Klägerin zugesandt wurden.

9 b) Die Parteien haben sich auch über den Übergang des Eigentums geeinigt. Die Klägerin wurde bei dem Abschluss der dinglichen Verträge durch den Streithelfer nach § 164 Abs. 1, 3 BGB vertreten.

10 aa) Der Streithelfer hatte als ihr Vertriebsleiter Handlungsvollmacht nach § 54 Abs. 1 Fall 2 HGB. Diese wird nämlich konkludent bereits dadurch erteilt, dass einem Angestellten Zuständigkeiten und Aufgaben zur eigenverantwortlichen Erledigung in einem Unternehmen übertragen werden (vgl. BGH, Urteile vom 25. Februar 1982 - VII ZR 268/81, NJW 1982, 1389, 1390 und vom 16. Dezember 2010 - 4 StR 492/10, NStZ 2011, 280, 281).

11 bb) Zweifelhaft ist allerdings, ob die Veräußerung nicht aktueller, sondern retournierter Zeitschriften noch von der Handlungsvollmacht des Streithelfers gedeckt gewesen ist. Das bedarf hier jedoch keiner Entscheidung. Die Frage, ob sich der Handlungsbevollmächtigte bei dem Abschluss des Rechtsgeschäfts noch im Rahmen seiner Handlungsvollmacht bewegt hat, kann nämlich dahinstehen, wenn der Inhaber des Handelsgeschäfts sich das Rechtsgeschäft nach den Grundsätzen über die Duldungs- oder die Anscheinsvollmacht zurechnen lassen muss (Preuß/Grooterhorst, aaO, 4. Kapitel Rn. 17; Roth in Koller/Roth/Morck, aaO, § 54 Rn. 20 f.; Staub/Joost, HGB, 5. Aufl., § 54 Rn. 93). Die Grenzen zwischen rechtsgeschäftlich erteilter Handlungsvollmacht mit einer gesetzlich geregelten Rechtscheinhaftung nach § 54 HGB (Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 54 Rn. 9) und der allgemeinen Haftung des Vertretenen aus veranlasstem Rechtsschein sind nicht immer trennscharf zu ziehen (Roth in Koller/Roth/Morck, aaO, § 54 Rn. 20).

12 cc) Bei der Anscheinsvollmacht kann sich der Vertretene auf den Mangel der Vertretungsmacht seines Vertreters nicht berufen, wenn er schuldhaft den Rechtsschein einer Vollmacht veranlasst hat, so dass der Geschäftsgegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von einer Bevollmächtigung ausgehen darf und auch von ihr ausgegangen ist (BGH, Urteil vom 5. März 1998 - III ZR 183/96, NJW 1998, 1854, 1855). Beides liegt hier vor.

- 13 (1) Die Würdigung der Umstände, aus denen das Berufungsgericht einen von der Klägerin veranlassten Rechtsschein einer Vollmacht des Streithelfers zur Veräußerung auch dieser Zeitschriften bejaht (die Dauer der Geschäftsbeziehung, deren Volumen und die Art der Abwicklung der Lieferungen), lässt keinen Rechtsfehler erkennen. Es ist der Klägerin zuzurechnen, dass die Veräußerungen den Anschein erweckt haben, von der Handlungsvollmacht des Streithelfers als Vertriebsleiter umfasst zu sein.
- 14 Das Berufungsgericht ist zu Recht dem Vorbringen der Klägerin nicht nachgegangen, dass der Streithelfer geschickt die internen Kontrollen umgangen habe und allein deswegen die Geschäfte mit dem Beklagten ihrer Geschäftsführung unbekannt geblieben seien. Die Klägerin hätte - selbst wenn es sich so verhalten haben sollte - den Rechtsschein einer Vollmacht des Streithelfers nicht unverschuldet veranlasst, weil die nach außen in Erscheinung getretenen Umstände, die den Rechtsschein ordnungsgemäßer Veräußerungen hervorriefen (Auslieferung vom Lager mit Lieferscheinen und Rechnungen; Bezahlung durch Lastschrifteinzug unter Erfassung durch die Buchhaltung der Klägerin), aus der Sphäre ihres Unternehmens stammten. Der Geschäftsinhaber muss sich den Anschein einer Vollmacht seines Angestellten zurechnen lassen, den er selbst hervorgerufen hat (vgl. Hopt, AcP 183, 608, 697). Diese Verteilung der Risiken beruht darauf, dass der kaufmännische Verkehr Rechtsicherheit sowie einfache und klare Verhältnisse erfordert und dass es dem Geschäftspartner nicht zugemutet werden kann, über die Ermächtigung des für den Geschäftsinhaber Auftretenden genaue Ermittlungen anzustellen, solange er nach dem äußeren Anschein anzunehmen berechtigt ist, dass der Geschäftsinhaber das Verhalten des in seinem Namen handelnden Angestellten billigt (vgl. RGZ 100, 48, 49).
- 15 (2) Der Beklagte hat auf die Vertretungsmacht des Streithelfers vertraut und durfte auf diese nach den Umständen gemäß dem Grundsatz von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auch vertrauen. Die Feststellungen des Berufungsgerichts, dass der Beklagte den Streithelfer auf Grund seiner

Stellung als Vertriebsleiter im Unternehmen der Klägerin als den für die Veräußerung von Zeitschriften zuständigen und bevollmächtigten Mitarbeiter angesehen hat und dass er vor dem Hintergrund der Abwicklung der Geschäfte (mit Lieferscheinen und Rechnungen) auch nicht habe erkennen müssen, dass der Streithelfer zur Veräußerung dieser Zeitschriften nicht berechtigt gewesen sei, sind rechtsfehlerfrei. Soweit die Klägerin etwas anderes vorbringt, unterstellt sie Kenntnisse des Beklagten von den Besonderheiten des Handels mit Zeitschriften, die dieser nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht hatte.

16 c) Die Übereignungen sind wirksam und für die Klägerin bindend.

17 aa) Die dinglichen Verträge sind nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Anders verhielte es sich zwar, wenn der Beklagte mit dem Streithelfer bewusst in arglistiger Weise zum Nachteil der Klägerin zusammengewirkt hätte, um nicht mehr zum Verkauf bestimmte Remissionsware zu erwerben. An einem solchen kollusiven Vorgehen fehlt es hier jedoch, weil der Beklagte nicht erkannt hat, dass der Streithelfer nicht zum Vertrieb bestimmte Ware an ihn veräußerte, sondern er von einem „regulären“ Verkauf von Restposten durch den für den Verkauf zuständigen Vertriebsleiter der Klägerin ausging. Die gegen diese Feststellungen des Berufungsgerichts erhobene Verfahrensrüge erachtet der Senat für nicht durchgreifend; von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

18 bb) Die Berufung des Beklagten auf die Wirksamkeit der mit dem Streithelfer vereinbarten Übereignungen stellt sich auch nicht als eine nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unzulässige Rechtsausübung dar. Der Vertretene muss von seinem Vertreter abgeschlossene Rechtsgeschäfte allerdings dann nicht gegen sich gelten lassen, wenn der andere Vertragsteil den Missbrauch der Vertretungsmacht zwar nicht erkannt hat, aber nach den Umständen hätte erkennen müssen (BGH, Urteil vom 28. Februar 1966 - VII ZR 125/65, NJW 1966, 1911; Urteil vom 25. März 1968 - II ZR 208/64, BGHZ 50, 112, 114). Da jedoch grundsätzlich der Vertretene das Risiko eines Vollmachtsmissbrauchs

zu tragen hat (BGH, Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718, 1719 Rn. 23 mwN), setzt der Einwand einer unzulässigen Rechtsausübung gegenüber dem Geschäftsgegner eine auf massiven Verdachtsmomenten beruhende Evidenz des Missbrauchs der Vertretungsmacht voraus (BGH, Urteil vom 25. März 1968 - II ZR 208/64, BGHZ 50, 112, 114; Urteil vom 25. Oktober 1994 - XI ZR 239/93, BGHZ 127, 239, 241; Urteil vom 29. Juni 1999 - IX ZR 277/98, NJW 1999, 2883; Urteil vom 1. Februar 2012 - VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718, 1719 Rn. 23).

19 Das verneint das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler. Diese tatrichterliche Würdigung ist im Revisionsverfahren nur darauf überprüfbar, ob der Begriff der objektiven Evidenz verkannt wurde oder ob bei der Beurteilung wesentliche Umstände außer Betracht gelassen wurden (BGH, Urteil vom 29. Juni 1999 - IX ZR 277/98, aaO). Einer solchen Prüfung hält das Berufungsurteil stand. Die tatrichterliche Würdigung, dass sich dem Beklagten der Vollmachtmissbrauch des Streithelfers nicht habe aufdrängen müssen, wenn selbst kaufmännische Mitarbeiter der Klägerin in dem Verkauf von „alter Ware“ oder von „Restbeständen“ nichts Besonderes erkannten oder sich mit einfachen Erklärungen des Streithelfers zufrieden gaben, lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

20 cc) Die Übereignungen der Zeitschriften waren auch nicht im Hinblick auf die Vereinbarung über zusätzliche, an den Streithelfer zu leistende Zahlungen nichtig. Aus diesem Grund sind zwar die Kaufverträge (dazu unten 2. a) bb)), aber nicht die Übereignungen unwirksam. Die Nichtigkeit des schuldrechtlichen Vertrags nach § 138 Abs. 1 BGB hat nicht ohne weiteres auch die Nichtigkeit des Erfüllungsgeschäfts zur Folge. Dieses ist nur dann ebenfalls nichtig, wenn die Unsittlichkeit gerade im Vollzug der Leistung liegt, wenn also mit dem dinglichen Rechtsvorgang sittenwidrige Zwecke verfolgt werden oder in ihm die Sittenwidrigkeit begründet ist (Senat, Urteile vom 24. Mai 1985 - V ZR 47/84, NJW 1985, 3006, 3007 und vom 20. Januar 2006 - V ZR 214/04, NJW-RR 2004, 888, 889; BGH, Urteil vom 22. Januar 1992 - VIII ZR 374/89, NJW-RR

1992, 593, 594). So verhält es sich hier nicht. Die Abrede über die an den Streithelfer zusätzlich zu leistenden Zahlungen betraf allein das schuldrechtliche Geschäft; sie erhöhte die Summe des von dem Beklagten für den Erwerb der Zeitschriften zu zahlenden Entgelts.

21 2. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch auf Ersatz des Vertriebschadens kann sich jedoch aus der verschärften Haftung des Bereicherungsschuldners nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB ergeben.

22 a) Der Beklagte war der Klägerin nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zur Herausgabe der Zeitschriften verpflichtet. Er hatte diese ohne rechtlichen Grund erlangt, weil die von ihm mit der Klägerin geschlossenen Kaufverträge nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind.

23 aa) Die Abrede zwischen dem Beklagten und dem Streithelfer über ein zusätzlich an diesen zu zahlendes Entgelt ist unwirksam. Derartige Vereinbarungen eines Angestellten, Bevollmächtigten oder sonstigen Vertreters einer Partei mit dem Geschäftsgegner zum eigenen Vorteil hinter dem Rücken und zum Schaden des Geschäftsherrn verstoßen gegen die guten Sitten und sind daher nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig (BGH, Urteil vom 17. Mai 1988 - VI ZR 223/87, NJW 1989, 26, 27; Urteil vom 18. Februar 2003 - X ZR 245/00, BauR 2004, 337, 340). Sie widersprechen einfachsten und grundlegenden Regeln geschäftlichen Anstandes und kaufmännischer guter Sitte (BGH, Urteil vom 17. Mai 1988 - VI ZR 223/87, aaO).

24 An der Sittenwidrigkeit der Abrede änderte es nichts, wenn der Beklagte davon ausgegangen ist, dass die Zahlungen auf das Konto des Streithelfers in eine „Teamkasse“ erfolgten und somit teilweise auch anderen Mitarbeitern der Klägerin zugutekommen sollten. Für die unter § 299 StGB fallenden Schmiergeldzahlungen hat der Gesetzgeber ausdrücklich klargestellt, dass es für eine Bestechung unerheblich ist, ob der Vorteil dem Angestellten oder Beauftragten selbst oder einem Dritten zugutekommt (BT-Drucks. 13/5584,

S. 15). Für „belohnende“ Zahlungen an den Vertreter hinter dem Rücken und zum Nachteil des Geschäftsherrn gilt nichts anderes.

25 bb) Die Vereinbarung über die zusätzlichen Zahlungen an den Streithelfer hat die Nichtigkeit der abgeschlossenen Kaufverträge zur Folge. Zwar führen sittenwidrige Abreden über an den Vertreter zu leistende Zahlungen nur dann zur Nichtigkeit des Hauptvertrags nach § 138 Abs. 1 BGB, wenn sie auch zu einer für den Geschäftsherrn nachteiligen Gestaltung geführt haben (BGH, Urteil vom 1. Januar 1990 - VIII ZR 337/88, NJW-RR 1990, 442, 443; Urteil vom 6. Mai 1999 - VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357, 361). Bei den sittenwidrigen Absprachen über besondere Zuwendungen an den Vertreter ist das jedoch zu vermuten (BGH, Urteil vom 17. Mai 1989 - VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 27). Diese Vermutung ist insbesondere dann begründet, wenn die Zahlungen an den Vertreter dem Vertretenen als (zusätzlicher) Kaufpreis hätten gewährt werden können und der Vertreter dadurch - für den Vertragspartner erkennbar - seiner Pflicht zuwiderhandelt, Verträge zu den für den Vertretenen günstigsten Preisen abzuschließen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2005 - 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 315).

26 b) Der Beklagte haftet verschärft nach § 819 Abs. 1 BGB.

27 aa) Die verschärfte Haftung setzt allerdings voraus, dass der Bereicherungsschuldner sowohl die die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen als auch die sich daraus ergebende Rechtsfolge der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kennt (Senat, Urteil vom 12. Juli 1996 - V ZR 117/95, BGHZ 133, 246, 250). Kennenmüssen und Zweifel des Schuldners genügen nicht. Den Mangel des Rechtsgrunds kennt aber auch derjenige, der, um sich die Vorteile aus dem Geschäft zu sichern, sich bewusst der Einsicht verschließt, dass das Verpflichtungsgeschäft nichtig ist. Der sittenwidrig handelnde Bereicherungsschuldner, der die Tatsachen kennt, aufgrund derer sich die Rechtsgrundlosigkeit seines Erwerbs aufdrängt, verdient keinen Schutz (Senat, Urteil vom 12. Juli 1996 - V ZR 117/95, aaO, S. 251).

28 bb) Davon ist hier nach dem eigenen Vortrag des Beklagten auszugehen, auf den die Revision zutreffend verweist. Dieser hat in der Klageerwiderung eingeräumt, ihm sei bekannt gewesen, dass der Streithelfer eine Nebenkasse für private Rechnung führte, von der er vermutet habe, dass es sich um eine „Schwarzkasse“ gehandelt habe. Diese Vorgehensweise sei ungewöhnlich und für ihn insofern nachteilig gewesen, als er diese Zahlungen mangels Rechnung nicht habe steuerlich nutzbar machen können. Auf die Lieferungen der Klägerin, die jedenfalls beim Aufbau seines Geschäfts eine tragende Säule dargestellt hätten, sei er jedoch angewiesen gewesen. Daher habe er versucht, sich in jeder Hinsicht mit dem Streithelfer gut zu stellen, um die Geschäftsbeziehung ungestört fortsetzen zu können.

29 Der Beklagte kannte danach alle den Treubruch des Streithelfers begründenden und zur Nichtigkeit der Verträge führenden Tatsachen. Ein redlich Denkender, der nicht vom Gedanken an den eigenen Vorteil beeinflusst gewesen ist (zu diesem Maßstab: Senat, Urteil vom 12. Juli 1996 - V ZR 117/95, aaO, S. 250 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 25. Februar 1960 - II ZR 125/58, BGHZ 32, 76, 92), wäre vor diesem Hintergrund zu der Überzeugung gelangt, dass die für die Klägerin nachteiligen Kaufverträge nichtig sind. Wenn der Beklagte das nicht erkannt haben will, kann das nur darauf beruhen, dass er - um sich die Vorteile aus den Lieferungen zu sichern - sich bewusst dieser Einsicht versperrt hat.

30 c) Der Beklagte hat gemäß § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB, § 292 Abs. 1, § 989 BGB der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entsteht, dass infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann.

31 aa) Der Beklagte hat es zu vertreten, dass er die Zeitschriften infolge der Veräußerungen an Dritte nicht an die Klägerin herausgeben kann. Die freiwillige Veräußerung der Sache durch den verschärft haftenden Bereicherungsschuldner, der nach § 292 Abs. 1 BGB einem auf Herausgabe der Sache verklagten Besitzer gleichgestellt ist, stellt eine schuldhaft

Verletzung seiner Herausgabepflicht dar (zu § 989 BGB: RGZ 56, 313, 326; NK-BGB/Schanbacher, 3. Aufl., § 989 Rn. 13; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 989 Rn. 18; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 989 Rn. 12; zu der Verweisung in § 347 Satz 1 BGB a.F. auf § 989 BGB: Senat, Urteil vom 29. Januar 1993 - V ZR 160/91, NJW-RR 1993, 626, 627).

32 bb) Der Beklagte schuldet nach § 989 BGB der Klägerin den Ersatz des Vertriebschadens, obwohl die zu ersetzende Vermögenseinbuße nicht in dem Verlust des Werts der herauszugebenden Sache besteht.

33 (1) Nach der früher im Schrifttum herrschenden Auffassung haftete der Besitzer nach § 989 BGB allerdings nicht auf den Ersatz des subjektiven Interesses des Eigentümers, sondern - anstelle der ihm nicht möglichen Herausgabe - allein auf den objektiven Verkehrswert der Sache (Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 3, S. 410 Fn. 25; Hedemann, Sachenrecht, 3. Aufl., S. 193; Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation, S. 147 Fn. 506; Planck/Brodmann, BGB, 5. Aufl., § 989 Anm. 3). Der Besitzer sollte aus dem Eigentümer-Besitzerverhältnis nicht zum Ersatz weitergehender Schäden - wie eines dem Eigentümer entgangenen Gewinns - verpflichtet sein (Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., S. 152; Westermann/Pinger, Sachenrecht, 6. Aufl., S. 217; Wieling, MDR 1972, 645, 646 f.).

34 (2) Nach heutiger Auslegung der Vorschrift hat der auf Herausgabe verklagte Besitzer dem Eigentümer jedoch sämtliche Vermögensschäden zu ersetzen, die diesem daraus entstehen, dass er die Sache nicht herausgeben kann. Der Eigentümer kann den vollen Ersatz seines Schadens einschließlich eines entgangenen Gewinns verlangen (BGH, Urteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1751; Senat, Urteil vom 29. Januar 1993 - V ZR 160/91, NJW-RR 1993, 626, 627; Bamberger-Roth/Fritzsche, 3. Aufl., § 989 Rn. 14; NK-BGB/Schanbacher, 3. Aufl., § 989 Rn. 18; Soergel/Stadler, BGB, 13. Aufl., § 989 Rn. 16; Staudinger/Löwisch/Feldmann, BGB [2009], § 292 Rn. 10; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 989 Rn. 24). Dem verklagten Besitzer ist die Pflicht auferlegt, sich als Verwalter einer fremden Sache zu betrachten und

dafür zu sorgen, dass sie an den Eigentümer herausgegeben werden kann (Motive III, 3. 408 und Denkschrift zum Sachenrecht, S. 132 = Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III S. 227 und S. 978). Verletzt der Besitzer diese Pflicht, haftet er - wie bei der Verletzung anderer schuldrechtlicher Pflichten - dem Eigentümer auf den Ersatz der diesem daraus entstandenen Vermögensschäden. Der Besitzer hat danach beispielsweise auch Ersatz für eine dem Eigentümer entgangene staatliche Subvention (Milchprämie) zu leisten, die der Eigentümer erhalten hätte, wenn der Besitzer ihm die Sache (Viehbestand) hätte herausgeben können (Senat, Urteil vom 29. Januar 1993 - V ZR 160/91, NJW-RR 1993, 626, 627). Gemessen daran hat der Beklagte der Klägerin nach § 989 BGB auch den auf den besonderen Verhältnissen des Zeitschriftenvertriebs beruhenden Vertriebschaden zu ersetzen, welcher daraus entsteht, dass die Klägerin - weil der Beklagte die von ihm verkauften Zeitschriften nicht herausgeben kann - von ihren Lieferanten auf Rückvergütung der erstatteten Einkaufspreise wegen erneuten Vertriebs dieser Zeitschriften in Anspruch genommen wird.

35 cc) Die Schadensersatzpflicht des Beklagten ist schließlich nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Klägerin von ihm den Ausgleich der Vermögenseinbuße verlangt, die auf dem Missbrauch der Handlungsvollmacht des Streithelfers durch die Veräußerung nicht mehr zum Verkehr bestimmter Zeitschriften beruhte, von dem der Beklagte nichts wusste. Der Umstand, dass die Verhältnisse im Unternehmen der Klägerin die Entstehung des Vertriebschadens erst ermöglicht haben, ist allerdings nicht unbeachtlich, sondern kann gegenüber dem Schadensersatzanspruch nach § 989 BGB den Einwand unzulässiger Rechtsausübung (§ 242 BGB) sowie des Mitverschuldens an der Schadensentstehung (§ 254 Abs. 1 Satz 1 BGB) begründen (dazu unten III.1.).

36 B. Ebenfalls rechtsfehlerhaft ist die Abweisung der Klageanträge zu 3 und zu 4, mit denen die Klägerin von dem Beklagten die Herausgabe des Erlöses aus dem Verkauf dieser Zeitschriften verlangt.

37 1. Ein Anspruch der Klägerin aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht allerdings nicht, weil der Beklagte das Eigentum an den Zeitschriften erworben hatte (siehe oben A. 1) und daher als Berechtigter verfügte.

38 2. Ein Anspruch auf Herausgabe des von dem Beklagten erzielten Erlöses aus der Veräußerung der Zeitschriften kann sich jedoch ebenfalls aus der verschärften Bereicherungshaftung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 285 Abs. 1 BGB ergeben. Der verschärft haftende Bereicherungsschuldner hat, wenn ihm die Herausgabe des Empfangenen infolge einer Veräußerung an einen Dritten nach § 275 Abs. 1 BGB unmöglich geworden ist, dem Gläubiger auf dessen Verlangen das rechtsgeschäftlich erlangte Surrogat herauszugeben (BGH, Urteil vom 11. Oktober 1979 - VII ZR 285/78, BGHZ 75, 203, 205 ff. und Urteil vom 25. März 1982 - VII ZR 60/81, BGHZ 83, 293, 300 beide zu § 281 BGB a.F.).

III.

39 Die Sache ist nicht entscheidungsreif und deshalb an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen zu den Einwendungen des Beklagten getroffen hat.

40 1. Zum Schadensersatzanspruch:

41 a) Ein Anspruch auf Ersatz des Vertriebschadens bestünde nicht, wenn die Geschäftsführer der Klägerin über die Veräußerungen der Remissionsware durch den Streithelfer - wie von dem Beklagten und von dem Streithelfer behauptet - informiert gewesen wären und diese gebilligt hätten. Das Verlangen der Klägerin auf Ersatz dieses Schadens stellte sich dann als ein mit dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) unvereinbarer Rechtsmissbrauch dar. Eine Rechtsausübung kann unzulässig sein, wenn sich objektiv das Gesamtbild eines widersprüchlichen Verhaltens ergibt, weil das frühere Verhalten mit dem späteren sachlich unvereinbar ist und die Interessen der

Gegenpartei im Hinblick darauf vorrangig schutzwürdig sind (BGH, Urteil vom 12. November 2008 - XII ZR 134/04, NJW 2009, 1343 Rn. 41; Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 103/11, NJW-RR 2013, 757 Rn. 12).

42 b) Der Anspruch auf Ersatz des Vertriebschadens nach § 989 BGB kann auch nach § 254 Abs. 1 BGB gänzlich wegfallen oder zu mindern sein. § 254 BGB ist auf den Schadensersatzanspruch nach § 989 BGB anzuwenden (BGH, Urteil vom 8. Juli 1954 - IV ZR 31/54, LM Nr. 4 zu § 366 HGB; Urteil vom 21. Februar 1962 - VIII ZR 190/60, WM 1962, 507, 509; Staudinger/Gursky, BGB [2013], § 989 Rn. 34 mwN). Nach dem Grundgedanken dieser Vorschrift ist es nicht statthaft dass der Geschädigte den Schädiger zur Rechenschaft zieht, ohne dabei zu berücksichtigen, dass er selbst die gefährliche Lage geschaffen oder mitgeschaffen hat, in der sich der von dem Schädiger zu vertretende Beitrag zur Schadensentstehung auswirken konnte (BGH, Urteil vom 21. Februar 1962 - VIII ZR 190/60, aaO). Insoweit wird unter Abwägung der von den Parteien dazu vorgetragenen Umstände zu berücksichtigen sein, ob der Schaden, der der Klägerin durch das unerlaubte Inverkehrbringen von Remissionsware entstanden ist oder noch entstehen wird, ganz oder zu einem erheblichen Teil auf Organisationsmängel im Haus der Klägerin zurückzuführen und daher von ihr zu verantworten ist.

43 2. Zum Anspruch auf Herausgabe des Erlöses:

44 a) Dieser Anspruch setzt die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners nach § 819 Abs. 1 BGB voraus. Sie entfällt grundsätzlich, wenn der Leistende den Mangel des Rechtsgrunds kennt oder der Empfänger eine solche Kenntnis bei ihm annimmt (RGZ 137, 171, 179; 151, 361, 376; jurisPK-BGB/Martinek, § 819 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Schwab, 6. Aufl., § 819 Rn. 5; aA Bamberger-Roth/Wendehorst, 3. Auflage, § 819 Rn. 4). Beruht die Nichtigkeit des Vertrags aber auf einem kollusiven Zusammenwirken mit dem Vertreter des Leistenden, ist das Vertrauen des Empfängers, die Leistung behalten zu dürfen, nicht schutzwürdig. Hat der Empfänger einer Leistung mit einem Vertreter des Leistenden in sittenwidriger Weise

zusammengewirkt, haftet er nur dann nicht verschärft nach § 819 Abs. 1 BGB, wenn die Leistung auch in Kenntnis des Vertretenen vom Mangel des Rechtsgrunds erfolgt ist und von diesem deswegen nach § 814 BGB nicht kondiziert werden kann. Hierfür wäre von dem Beklagten die Kenntnis der Geschäftsführer von seinen Zahlungen an den Streithelfer nachzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 1980 - II ZR 271/79, WM 1980, 1451, 1452).

45 b) Auch dieser Anspruch der Klägerin kann nach dem Rechtsgedanken des § 254 Abs. 1 BGB begrenzt sein, wenn ihre Geschäftsführer - obwohl sie Anlass dazu gehabt hätten, gegen den Streithelfer einzuschreiten - fünf Jahre lang nichts gegen die von diesem vorgenommenen Verkäufe unternommen haben (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1968 - II ZR 208/64, BGHZ 50, 112, 115). Der in § 254 BGB enthaltene Ausgleichsgedanke ist auf andere als Schadensersatzansprüche anzuwenden, wenn sich das Verlangen eines vollen Ausgleichs angesichts der eigenen Verantwortung des Gläubigers als unzulässige Rechtsausübung darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 1971 - VII ZR 313/69, BGHZ 57, 137, 152). So verhielte es sich, wenn die Geschäftsführer der Klägerin - wie von dem Beklagten und dem Streithelfer unter Beweisantritt vorgetragen - über die Veräußerungen unterrichtet waren oder aber diese bei der gebotenen Kontrolle des Streithelfers hätten erkennen müssen.

46 3. Die Klägerin kann den Anspruch auf Schadensersatz nach § 989 BGB neben dem Anspruch auf Herausgabe des von dem Beklagten erzielten Veräußerungserlöses nach § 285 BGB geltend machen. Allerdings mindert sich ihr Schadensersatzanspruch nach § 285 Abs. 2 BGB um den Wert des von dem Beklagten erlangten Ersatzes (vgl. BGH, Urteil vom 17. April 1958 - II ZR 355/56, NJW 1958, 1040, 1041). Das ist bei der beantragten Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Ersatz des Vertriebschadens auszusprechen.

47 4. Zum Auskunftsanspruch:

48 Dem Klageantrag zu 1 auf Auskunft ist - weil dem Auskunftsanspruch lediglich eine Hilfsfunktion für die Durchsetzung des Leistungsanspruchs zukommt (BGH, Beschluss vom 16. Juni 2000 - BLw 30/99, WM 2000, 2555) - stattzugeben, wenn nach dem Ergebnis der noch durchzuführenden Beweisaufnahme einer der beiden geltend gemachten Ansprüche (ggf. nur in Höhe eines Anteils) dem Grunde nach besteht.

Stresemann

Lemke

Czub

Weinland

Kazele

Vorinstanzen:

LG Hanau, Entscheidung vom 15.11.2010 - 9 O 831/10 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 26.04.2012 - 6 U 271/10 -