

Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§ 826 BGB; § 138 ZPO

- 1. Der Kläger, der Schadensersatzansprüche auf eine ohne sein Wissen von seinem Bevollmächtigten getroffene Schmiergeldabrede stützt, genügt seiner Darlegungslast, wenn er ausreichende Anhaltspunkte für den Abschluss einer derartigen Vereinbarung darlegt. Von ihm können im Rechtsstreit keine näheren Darlegungen hierzu mit der Begründung verlangt werden, er müsse sich die Kenntnis des Bevollmächtigten zurechnen lassen.**
- 2. Hat der Kläger hinreichende Anhaltspunkte für eine Schmiergeldabrede vorgetragen, trägt der Beklagte die sekundäre Darlegungslast für seine Behauptung, eine solche Schmiergeldabrede habe nicht vorgelegen.**
- 3. Ein von dem Sachvortrag des Klägers abweichendes Vorbringen des Beklagten, das der Klage ebenfalls zur Schlüssigkeit verhilft, kann zugunsten des Klägers nur verwertet werden, wenn er es sich hilfsweise zu eigen macht und seine Klage hierauf stützt.**
- 4. Der Kläger, der geltend macht, eine bestimmte Person habe als sein Beauftragter zu seinen Lasten überhöhte Vergütungen verabredet, macht sich das Vorbringen der Beklagtenseite, eine andere Person habe die beanstandeten Vereinbarungen getroffen, nicht zu eigen, wenn er deren Behauptung bestreitet.**
- 5. Grundsätzlich ist die Würdigung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist, Sache des Tatrichters, der nach § 286 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden hat. Der Tatrichter ist bei einem auf Indizien gestützten Beweis grundsätzlich frei, welche Beweiskraft er den Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst.**

BGH, Urteil vom 28.01.2018, I ZR 150/15

Tenor:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg - 6. Zivilsenat - vom 9. Juli 2015 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin handelte mit Möbeln. Sie vertrieb über ihr Tochterunternehmen, die C. GmbH (im Folgenden: C.), aus Asien importierte Möbel. Alleiniger Geschäftsführer der C. war T. L. . Die C. wurde mit Wirkung zum 1. Januar 2000 auf die Klägerin verschmolzen. Über das Vermögen der Klägerin wurde am 13. Februar 2002 das Insolvenzverfahren eröffnet; sie befindet sich im Stadium der Liquidation. Mit Schreiben vom 26. August 2010 gab der Insolvenzverwalter Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte wegen zu Unrecht gezahlter Frachtvergütungen frei.

2

Die Beklagte betreibt eine Spedition. Die C. beauftragte die Beklagte in den Jahren 1994 bis 2000 mit dem Transport von Möbeln aus Asien nach Europa. Hauptlieferant der C. für diese Möbel war der inzwischen verstorbene Dr. K. . Teile der von der Klägerin an die Beklagte für Transporte gezahlten Vergütungen, insgesamt 1.886.200 €, überwies die Beklagte über ihre Niederlassung in Hongkong an Firmen, für die Dr. K. Vollmacht hatte.

3

Die Klägerin hat behauptet, sie habe Dr. K. bevollmächtigt, für sie und die C. Speditionsleistungen für Warenlieferungen aus Asien zu verhandeln und im laufenden Geschäft gegenüber der Beklagten zu betreuen. Dr. K. habe ohne ihr Wissen und ohne ihre Zustimmung mit der Beklagten eine Erhöhung der eigentlich geschuldeten Frachtvergütung (Nettofrachtrate) um einen bestimmten Aufschlag (Bruttofrachtrate) vereinbart. Nach Zahlung der Bruttofrachtraten durch die Klägerin an die Beklagte habe die Beklagte die an sich nicht geschuldeten Beträge an Dr. K. gezahlt. Diese Zahlungen hätten dem Zweck gedient, dass Dr. K. weiterhin für Frachtaufträge der Klägerin sorgte. Im Jahr 2002 sei bei einer bei der Beklagten intern durchgeführten Revision festgestellt worden, dass die Beklagte der Klägerin Frachtvergütungen in Höhe von 1.886.200 € zu Unrecht in Rechnung gestellt habe. Diesen Betrag müsse die Beklagte ihr erstatten. Es gebe konkrete Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Schaden noch um etwa 1.678.540 € höher sei.

4

Mit ihrer am 8. Februar 2011 zugestellten Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 1.886.200 € nebst Zinsen zu zahlen und festzustellen, dass die Beklagte ihr alle weiteren, darüber hinausgehend entstandenen Schäden und noch entstehenden Schäden aus vorsätzlich unerlaubter Handlung zu erstatten hat.

5

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung der Ansprüche abgewiesen (LG Hamburg, Urteil vom 21. November 2011 - 328 O 525/10, juris). Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Auf die Revision der Klägerin hat der Senat die Entscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urteil vom 8. Mai 2014 - I ZR 217/12, BGHZ 201, 129).

6

Im wiedereröffneten Berufungsverfahren hat die Klägerin den Feststellungsantrag neu gefasst und beantragt festzustellen, dass die Beklagte ihr alle über den Umfang des Zahlungsantrags hinausgehenden Schäden zu ersetzen hat, die ihr aus der Bezahlung verdeckter Frachtaufschläge im Zeitraum vom 1. Oktober 1992 bis zum

30. November 2000 durch die Beklagte an den damaligen Mitarbeiter Dr. K. entstanden sind.

7

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin erneut zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

8

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne die Beklagte nicht gemäß § 826 BGB wegen überhöhter Frachtrechnungen auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

9

Die Klägerin habe ihre Behauptung nicht zu beweisen vermocht, die Beklagte habe hinter ihrem Rücken mit Dr. K. eine Schmiergeldabrede getroffen, um die Geschäftsbeziehung zur C. zu sichern. Der als Zeuge vernommene Geschäftsführer der C. L. habe zwar bekundet, Dr. K. habe die Frachtpreise mit der Niederlassung der Beklagten in Hongkong vereinbart. Es bestünden jedoch Zweifel an der Glaubwürdigkeit dieses Zeugen. Zudem sprächen verschiedene Aspekte gegen die Richtigkeit seiner Aussage. Aus diesem Grund seien sowohl der Zahlungs- als auch der Feststellungsantrag unbegründet.

10

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat Erfolg.

11

1. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Recht als zulässig angesehen.

12

a) Die Klägerin ist im vorliegenden Rechtsstreit wirksam durch die Kommanditistin A. La. vertreten. Insoweit wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die Ausführungen im ersten Revisionsurteil Bezug genommen (BGHZ 201, 129 Rn. 13 bis 22).

13

b) Das Berufungsgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass der von der Klägerin neu formulierte Feststellungsantrag dem Bestimmtheitserfordernis gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entspricht.

14

aa) Der Senat hat im ersten Revisionsurteil den Antrag der Klägerin festzustellen, dass die Beklagte der Klägerin alle weiteren, darüber hinausgehend entstandenen Schäden und noch entstehenden Schäden aus vorsätzlich unerlaubter Handlung zu erstatten hat, als nicht hinreichend bestimmt angesehen, weil die Klägerin mögliche weitere, vom Zahlungsantrag nicht erfasste Frachtaufschläge und überhöhte Rechnungen der Beklagten weder inhaltlich konkretisiert noch zeitlich eingegrenzt hat (BGHZ 201, 129 Rn. 23 bis 26).

15

bb) Der neu gefasste Feststellungsantrag ist hinreichend bestimmt.

16

(1) Die Klägerin hat nunmehr beantragt festzustellen, dass die Beklagte ihr alle über den Umfang des Zahlungsantrags hinausgehenden Schäden zu erstatten hat, die ihr

aus der Bezahlung verdeckter Frachtaufschläge im Zeitraum vom 1. Oktober 1992 bis zum 30. November 2000 durch die Beklagte an den damaligen Mitarbeiter Dr. K. entstanden sind.

17

(2) Unter Heranziehung des Vorbringens der Klägerin zur Begründung dieses Feststellungsantrags ergibt sich, dass die Klägerin damit die Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten für die Differenz zwischen Bruttofrachtraten und Nettofrachtraten begehrt, die sie oder die C. als Vergütung für die Beförderung von Möbeln von Asien nach Europa an die Beklagte gezahlt hat und die diese in dem im Antrag angegebenen Zeitraum an Dr. K. weitergeleitet hat.

18

(3) Zwar hat sich im wiedereröffneten Berufungsverfahren ergeben, dass Dr. K. entgegen der Formulierung im Feststellungsantrag nicht Mitarbeiter der Klägerin oder der C. gewesen ist. Er war vielmehr deren Lieferant und soll nach der Behauptung der Klägerin von dieser und der C. zu Verhandlungen mit der Beklagten bevollmächtigt gewesen sein. Dieser Umstand könnte der Begründetheit des Antrags entgegenstehen. Für die Frage, ob der Feststellungsantrag dem Bestimmtheitsgebot genügt, ist er ohne Bedeutung.

19

2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden.

20

a) Das Berufungsgericht hat angenommen, die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin habe schlüssig vorgetragen, durch Dr. K. und die Beklagte wegen überhöhter Frachtrechnungen in sittenwidriger Weise geschädigt worden zu sein. Dies habe die Beklagte in substantiierter und erheblicher Weise bestritten. Die Beklagte treffe keine sekundäre Darlegungslast. Selbst wenn man eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten annähme, habe die Beklagte ihr genügt. Die Klägerin habe den Sachverhalt einer vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung nicht bewiesen. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

21

b) Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe kein Schadensersatzanspruch gemäß § 826 BGB zu.

22

aa) Nach § 826 BGB ist derjenige zum Schadensersatz verpflichtet, der einem anderen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt.

23

bb) Vereinbarungen über die Zahlung eines Schmiergelds für die künftige Bevorzugung bei der Vergabe von Aufträgen, die Angestellte, Bevollmächtigte, Beauftragte oder sonstige Vertreter einer Partei heimlich mit dem anderen Vertragsteil treffen, verstoßen gegen die guten Sitten und sind gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1972 - II ZR 141/71, NJW 1973, 363; Urteil vom 17. Mai 1988 - VI ZR 233/87, NJW 1989, 26; Urteil vom 6. Mai 1999 - VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357, 359; Urteil vom 16. Januar 2001 - XI ZR 113/00, NJW 2001, 1065, 1067; BGHZ 201, 129 Rn. 33). Abreden über die Zahlung von Bestechungsgeld sind zudem unter den Voraussetzungen des § 299 StGB wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB nichtig (vgl. BGHZ 141, 357, 359; 201, 129 Rn. 33). Schadensersatzansprüche bestehen in diesen Fällen nicht nur gegenüber den bestochenen Mitarbeitern oder Beauftragten als unmittelbaren

Zahlungsempfängern, sondern auch gegen den diese Zahlung tätigen Geschäftspartner.

24

Der Vorwurf einer Schmiergeldzahlung besteht im Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils an Angestellte, Bevollmächtigte, Beauftragte oder sonstige Vertreter des Auftraggebers, deren Gegenstand und Ziel die zukünftige unlautere Bevorzugung eines anderen bei dem Bezug von Waren oder gewerblichen Leistungen ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 1968 - I ZR 163/65, GRUR 1968, 587, 588 - Bierexport, zu § 12 UWG aF; BGH, NJW 1989, 26; BGH, Urteil vom 18. Juni 2003 - 5 StR 489/02, NJW 2003, 2996, 2997; OLG Zweibrücken, BeckRS 2009, 10754, jeweils zu § 299 StGB). Dies begründet die sogenannte Unrechtsvereinbarung (vgl. BGH, NJW 2003, 2996, 2997; Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB, 29. Aufl., § 299 Rn. 16; Heger in Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 299 Rn. 5). Unter dem vom Täter gewährten Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Empfänger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (BGH, Urteil vom 11. April 2001 - 3 StR 503/00, NJW 2001, 2558, 2559, zu § 332 StGB; BGH, NJW 2003, 2996, 2997 f.; Heger in Lackner/Kühl aaO § 299 Rn. 4; Schönke/Schröder/Heine/Eisele aaO § 299 Rn. 11). Der Begriff des Beauftragten ist weit zu fassen. Beauftragter ist jeder, der auf Grund seiner Stellung berechtigt und verpflichtet ist, geschäftlich für den Betrieb zu handeln und Einfluss auf die im Rahmen des Betriebs zu treffenden Entscheidungen besitzt, ohne Angestellter oder Inhaber des Betriebs zu sein (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 1952 - 1 StR 670/51, BGHSt 2, 396, 401; BGH, GRUR 1968, 587, 588 - Bierexport, beide zu § 12 UWG aF; BGH, Urteil vom 9. August 2006 - 1 StR 50/06, NJW 2006, 3290, 3298; Beschluss vom 29. März 2012 - GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 Rn. 28, beide zu § 299 StGB). Ob dem Verhältnis des Beauftragten zu dem jeweiligen geschäftlichen Betrieb eine Rechtsbeziehung zu Grunde liegt oder dieser lediglich durch seine faktische Stellung im oder zum Betrieb in der Lage ist, Einfluss auf geschäftliche Entscheidungen auszuüben, ist unerheblich (BGHSt 57, 202 Rn. 28; Heger in Lackner/Kühl aaO § 299 Rn. 2). Für die Annahme der Sittenwidrigkeit einer Schmiergeldzahlung ist es regelmäßig gleichgültig, ob Nachteile für den Geschäftsgegner entstanden sind oder beabsichtigt waren, da bereits die Verheimlichung der Zuwendung den Sittenverstoß begründet (vgl. BGH, NJW 1973, 363; BGH, Beschluss vom 20. März 2014 - 3 StR 28/14, NStZ 2014, 397, zu § 73 StGB; Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 138 Rn. 63 mwN).

25

cc) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin für ihre Behauptung, die Beklagte habe mit Dr. K. zu ihren Lasten Schmiergeldzahlungen vereinbart, darlegungs- und beweibelastet ist. Das Berufungsgericht hat zudem ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Klägerin ihrer Darlegungslast genügt hat.

26

(1) Der Kläger, der die Existenz einer ihn in sittenwidriger Weise schädigenden Schmiergeldabrede behauptet und deshalb einen Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB geltend macht, trägt grundsätzlich die volle Darlegungs- und Beweislast für alle Anspruchsvoraussetzungen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 2000 - IX ZR 121/99, NJW 2000, 2669, 2672 [insoweit in BGHZ 144, 343 nicht abgedruckt]; Urteil vom 18. Dezember 2007 - VI ZR 231/06, BGHZ 175, 58 Rn. 21; Urteil vom 20. Dezember 2011 - VI ZR 309/10, NJW-RR 2012, 404 Rn. 8, mwN; Luckey in Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., Schuldrecht BT III, § 826 Rn. 1; MünchKomm.BGB/Wagner, BGB, 7. Aufl., § 826 Rn. 51, mwN; HK-BGB/Staudinger, BGB, 9. Aufl., § 826 Rn. 12). Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich in Fällen dieser Art nur ausnahmsweise eine ausdrückliche Verabredung der Beteiligten oder eine ausdrückliche Zusage zur

Zahlung von Schmiergeldern feststellen lassen wird. Schmiergeldzahlungen können ihren Zweck nur erfüllen, wenn sie geheim bleiben. Die an einer Schmiergeldabrede Beteiligten machen sich strafbar und riskieren im Falle ihrer Offenlegung eine Strafverfolgung. Der Kläger, der Ansprüche wegen einer behaupteten Schmiergeldabrede geltend macht, genügt seiner Darlegungslast daher, wenn er ausreichende Anhaltspunkte dafür vorträgt, dass eine derartige Vereinbarung getroffen worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 2004 - V ZR 136/03, NJW 2004, 3423, 3425).

27

(2) Die Klägerin hat hinreichende Anhaltspunkte dafür dargelegt, dass die mit der Beklagten geschlossenen Frachtverträge auf einer Schmiergeldabrede beruhen. Die Klägerin hat vorgetragen, Dr. K. sei bevollmächtigt gewesen, für die C. Speditionsleistungen für Warenlieferungen aus Asien zu verhandeln. Dr. K. habe ohne ihr Wissen und ohne ihre Zustimmung mit der Beklagten eine Erhöhung der eigentlich geschuldeten Frachtvergütung (Nettofrachtrate) vereinbart. Die Klägerin habe die ihr von der Beklagten in Rechnung gestellte und um diesen Aufschlag erhöhte Frachtrate (Bruttofrachtrate) bezahlt. Die Differenz zwischen der jeweiligen Nettofrachtrate und der jeweiligen Bruttofrachtrate von mindestens 1.886.200 € habe die Beklagte nicht behalten, sondern an Dr. K. ausgezahlt. Darin liegt ein schlüssiger Vortrag einer Schmiergeldabrede. Es ergeben sich aus diesem Vorbringen ausreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte der C. aufgrund einer mit Dr. K. getroffenen Vereinbarung überhöhte Frachtvergütungen in Rechnung gestellt und den Differenzbetrag zwischen diesen und den allgemeinen Frachtvergütungen an Dr. K. ausgezahlt hat, um Dr. K. zu veranlassen, ihr weiterhin Frachtaufträge der Klägerin und der C. zu erteilen.

28

dd) Da die Klägerin hinreichende Anhaltspunkte dafür vorgetragen hat, dass die Beklagte und Dr. K. zu ihren Lasten eine Schmiergeldabrede getroffen haben, trägt die Beklagte entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine sekundäre Darlegungslast für ihre Behauptung, eine solche Schmiergeldabrede habe nicht vorgelegen.

29

(1) Das Berufungsgericht hat angenommen, die Voraussetzungen für die Annahme einer sekundären Darlegungslast lägen nicht vor. Die Frage, ob die Beklagte die von ihr in Rechnung gestellte Vergütung mit dem Geschäftsführer der C. L. oder mit Dr. K. als Vertreter der C. ausgehandelt habe, falle in den unmittelbaren Wahrnehmungsbereich der Klägerin. Deshalb sei ihr Vortrag hierzu möglich und zumutbar. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

30

(2) Die Annahme einer sekundären Darlegungslast setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass die nähere Darlegung dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 1987 - VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190, 196; Urteil vom 7. Dezember 1998 - II ZR 266/97, BGHZ 140, 156, 158; BGH, NJW 2000, 2669, 2672; BGH, Urteil vom 4. Dezember 2012 - VI ZR 378/11, DStRE 2013, 702 Rn. 16; Urteil vom 4. Dezember 2012 - VI ZR 381/11, NJW-RR 2013, 536 Rn. 13). Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast, ist es Sache des Anspruchstellers, die für seine Behauptung sprechenden Umstände darzulegen und zu beweisen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers dagegen nach § 138 Abs. 3 als zugestanden (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 19. Februar 2014 - I ZR 230/12, GRUR 2014, 578 Rn. 14 = WRP 2014, 697 - Umweltengel für Tragetasche; Urteil vom 12. November

2015 - I ZR 167/14, GRUR 2016, 836 Rn. 111 = WRP 2016, 985 - Abschlagspflicht II). In diesem Fall muss der Anspruchsteller seine Behauptung nicht beweisen.

31

(3) Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten scheide aus, weil die Frage, ob die Beklagte die Transportpreise mit dem Geschäftsführer L. oder mit Dr. K. als Vertreter der C. ausgehandelt habe, im Wahrnehmungsbereich der Klägerin liege.

32

Der Bundesgerichtshof hat in Verfahren, in denen der Kläger geltend gemacht hat, der Beklagte habe ihn durch eine hinter seinem Rücken getroffene Vereinbarung in sittenwidriger Weise geschädigt, wegen der besonderen Schwierigkeiten, derartige Abreden zu beweisen, Beweiserleichterungen zugebilligt und dabei der beklagten Partei eine sekundäre Darlegungslast auferlegt (vgl. BGH, NJW 2000, 2669, 2772).

33

Das Berufungsgericht durfte angesichts des von der Klägerin erhobenen Vorwurfs gegen Dr. K. ihr dessen Kenntnis nicht zurechnen mit der Folge, dass ihr in vollem Umfang die Darlegungslast für von ihm getroffene Vereinbarungen auferlegt wird. Die Klägerin wirft Dr. K. vor, von der Beklagten für die Erteilung von Frachtaufträgen im Namen der C. Zahlungen erhalten zu haben. Macht der klagende Geschäftsherr gegenüber seinem Geschäftspartner geltend, dieser habe mit einem Bevollmächtigten hinter seinem Rücken zu seinen Lasten Schmiergeldzahlungen vereinbart, können von ihm im Prozess keine näheren Darlegungen zu den Vereinbarungen mit der Begründung verlangt werden, die Kenntnis des ungetreuen Bevollmächtigten sei ihm zuzurechnen.

34

Ebensowenig kam in Betracht, von der Klägerin nähere Darlegungen zum Zustandekommen der Vereinbarung über die Frachtvergütung und zum Vorgehen bei der Bezahlung der von der Beklagten gestellten Rechnungen mit der Begründung zu verlangen, die Klägerin müsse sich die Kenntnis des Geschäftsführers der C. L. zurechnen lassen. Nach dem Vortrag der Klägerin waren die Vereinbarungen zwischen der Beklagten und Dr. K. hinter dem Rücken des Geschäftsführers der C. getroffen worden. Deshalb kann von der Klägerin nicht mit der Begründung näherer Vortrag zu Geldabflüssen aus ihrem Vermögen verlangt werden, sie müsse sich die Kenntnis ihres Geschäftsführers zurechnen lassen, die sie gerade in Abrede gestellt hat.

35

ee) Das Berufungsgericht hat jedoch mit Recht angenommen, dass die Beklagte einer sie treffenden sekundären Darlegungslast genügt hat.

36

(1) Die Beklagte hat vorgetragen, weder habe sie mit Dr. K. Absprachen über Speditionsentgelte getroffen noch habe dieser ihr Speditionsaufträge für die C. erteilt. Die C. habe sie vielmehr selbst beauftragt. Die Niederlassung der Beklagten in Bremen habe Anteile der der Klägerin berechnet und von der Klägerin gezahlten Beträge in einem internen Clearingverfahren in Form von sogenannten Häuserverrechnungen ihrer Niederlassung in Nürnberg mit einem Gutschriftvermerk zugunsten der C. gutgeschrieben. Die Niederlassung der Beklagten in Hongkong habe ihrer Niederlassung in Nürnberg Rechnungen in entsprechender Höhe erteilt. Die Niederlassung in Nürnberg habe wiederum in einem internen Clearingverfahren der Niederlassung in Hongkong Gutschriften erteilt. Die Niederlassung in Hongkong habe entsprechende Beträge auf Konten überwiesen, über die Dr. K. Vollmacht gehabt habe. Die Gesamtsumme dieser nachvollziehbar dokumentierten Beträge

belaufe sich auf 1.886.200 €. Dies alles sei nach den Vorgaben der Geschäftsführung der C. geschehen. Bei den in Fernost geleisteten Zahlungen habe es sich um übliche vereinbarte Rabatte gehandelt.

37

(2) Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, die Beklagte habe sich damit nicht auf ein Bestreiten beschränkt und einer sie etwa treffenden sekundären Darlegungslast genügt. Die Beklagte hat nicht lediglich den Vortrag der Klägerin bestritten, sondern einen abweichenden Sachverhalt vorgetragen. Sie hat dargelegt, die Verhandlungen über die Frachtraten unmittelbar mit dem Geschäftsführer der C. L. geführt zu haben; sie hat beispielhaft ein an ihn gerichtetes Schreiben ihrer Niederlassung Nürnberg vom 21. Juni 1999 vorgelegt, aus dem sich die Vergütungen ergeben. Außerdem hat sich die Beklagte auf zwei frühere Mitarbeiter der Klägerin als Zeugen berufen. Die Beklagte ist damit dem Vortrag der Klägerin in hinreichender Weise entgegengetreten, sie habe im Zusammenwirken mit Dr. K. , der für die Vereinbarung von Transportvergütungen für die C. bevollmächtigt gewesen sei, hinter deren Rücken überhöhte Frachtvergütungen vereinnahmt und die Schmiergelder an Dr. K. ausgezahlt.

38

ff) Das Berufungsgericht hat deshalb zu Recht Beweis über die streitige Behauptung der Klägerin erhoben, es sei allein Dr. K. gewesen, der mit der Niederlassung der Beklagten in Hongkong die Frachtpreise ausgehandelt habe, wobei er ohne Wissen der Klägerin und der C. eine Erhöhung der eigentlich geschuldeten Frachtvergütung (Nettofrachtrate) um einen bestimmten Aufschlag (Bruttofrachtrate) als Schmiergeld für sich vereinbart habe. Von der Beweiserhebung konnte nicht deshalb abgesehen werden, weil das Vorbringen der Beklagten der Klage ebenfalls zur Schlüssigkeit verhelfen würde. Das Berufungsgericht durfte das bestrittene Vorbringen der Beklagten nicht zugunsten der Klägerin verwerten.

39

(1) Es ist anerkannt, dass für einen Klageantrag in tatsächlicher Hinsicht widersprechende Begründungen gegeben werden können, wenn das Verhältnis dieser Begründungen zueinander klargestellt ist, sie also nicht als ein einheitliches Vorbringen geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 25. Januar 1956 - V ZR 190/54, BGHZ 19, 387, 391). Nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit des Parteivorbringens kann sich der Kläger danach die von seinem Sachvortrag abweichenden Behauptungen des Beklagten hilfsweise zu eigen machen und seine Klage darauf stützen (BGH, Urteil vom 10. Januar 1985 - III ZR 93/83, NJW 1985, 1841, 1842). Aber nur wenn der Kläger dies auch tut, darf das Vorbringen des Beklagten der Entscheidung zugrunde gelegt werden (BGH, Urteil vom 23. Juni 1989 - V ZR 125/88, NJW 1989, 2756 mwN; Urteil vom 14. Februar 2000 - II ZR 155/98, NJW 2000, 1641, 1642). Wenn der Kläger den Vortrag des Beklagten bestreitet oder ein ihm günstiges Beweisergebnis nicht gegen sich gelten lassen will, ist es nicht zulässig, ihm einen Erfolg aufzunötigen, den er mit dieser tatsächlichen Begründung nicht beansprucht (BGH, NJW 1989, 2756).

40

(2) Es kann nicht festgestellt werden, dass sich die Klägerin das Vorbringen der Beklagten hilfsweise zu eigen gemacht hat, so dass es unter dem Gesichtspunkt des gleichwertigen Parteivorbringens berücksichtigt werden konnte. Die Klägerin hat ihre Klage nicht allgemein damit begründet, die Beklagte habe die C. durch überhöhte Frachtrechnungen geschädigt. Sie hat auch nicht geltend gemacht, bei der Vereinbarung der Vergütung für von der Beklagten durchzuführende Transporte sei eine Schmiergeldabrede, mit wem auch immer, getroffen worden. Sie hat im Rechtsstreit vielmehr durchgängig vorgetragen, die Beklagte habe mit Dr. K. Schmiergeldzahlungen vereinbart, damit dieser ihr Aufträge der C. beschaffe. Sie

hat zudem ausdrücklich, auch noch in der mündlichen Verhandlung im vorliegenden Revisionsverfahren, in Abrede gestellt, dass der Geschäftsführer der C. L. den von ihr geltend gemachten Schaden verursacht hat.

41

(3) Die Revision rügt daher ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe wesentlichen Sachvortrag der Klägerin übergangen. Die Möglichkeit, dass sich die Beklagte bewusst an einem unrechtmäßigen und unlauteren Geschäftsmodell beteiligt hat, verhilft der Klage nicht zum Erfolg. Da die Klägerin eine Beteiligung des Geschäftsführers der C. L. an der Verursachung des behaupteten Schadens ausgeschlossen hat, hat das Berufungsgericht zu Recht eine Beweiserhebung über die Behauptung der Klägerin angeordnet, der Schaden sei durch ein Verhalten von Dr. K. verursacht worden, der den Aufschlag auf die Frachtentgelte für sich selbst vereinbart habe.

42

gg) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Klägerin habe ihre Behauptung nicht bewiesen, Dr. K. habe mit der Niederlassung der Beklagten in Hongkong die Frachtraten ausgehandelt und ohne Wissen der Klägerin und der C. die Erhöhung der eigentlich geschuldeten Frachtraten um einen bestimmten Aufschlag als Schmiergeld für sich vereinbart, hält den Angriffen der Revision nicht stand.

43

(1) Das Berufungsgericht hat angenommen, der als Zeuge vernommene Geschäftsführer der C. L. habe zwar bei seiner Vernehmung bekundet, Dr. K. habe die Frachtpreise mit der Niederlassung der Beklagten in Hongkong vereinbart, weil er in Asien einen besseren Überblick gehabt habe und besser beurteilen könne, ob die Seefracht für einen Container angemessen sei. Die Dr. K. erteilte Vollmacht vom 18. Januar 1994 sei jedoch weder von der C. ausgestellt noch von deren Geschäftsführer L. unterzeichnet worden. Zudem habe Dr. K. in seiner telefonischen Vernehmung durch die Kriminalpolizei am 5. September 2003 den Vortrag der Klägerin nicht bestätigt. Er habe zwar ausgesagt, er sei als Betreuer der Klägerin und der C. aufgetreten und mit einem bestimmten Betrag an der Seefracht beteiligt worden. Er habe jedoch lediglich die Rückleitung von Teilbeträgen an ihn als Kommissionsgelder geschildert und ansonsten bekundet, der Geschäftsführer L. habe die Frachtvereinbarungen mit der Beklagten getroffen. Dr. K. habe weiter erklärt, er habe die als Kommissionsgelder deklarierten und an ihn gezahlten Beträge zunächst auf sein Bankkonto überwiesen und schließlich an den Zeugen L. weitergegeben. Aus der Niederschrift der Staatsanwaltschaft über die Vernehmung des Abteilungsleiters Seefracht der Beklagten B. ergebe sich nichts anderes. Gegen die Richtigkeit der Aussage des Zeugen L., er habe die Aushandlung der Preise für den Seetransport der Container von Asien nach Deutschland Dr. K. überlassen, sprächen zudem die Aussagen der ehemaligen Mitarbeiter der C. G. und F.. An der Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen und ihrer Glaubwürdigkeit bestünden keine Zweifel. Dies sei bei dem Zeugen L. anders. Das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren sei vom Gericht gemäß § 153a StPO eingestellt worden. Die vom Zeugen L. abgegebene Erklärung, er habe die Preisverhandlungen Dr. K. wegen erheblicher Preisschwankungen überlassen, überzeuge nicht, weil die Frachtraten für einen Zeitraum von einem Jahr fest vereinbart worden seien und es unüblich sei, dass der Importeur dem Exporteur das Aushandeln der Transportpreise überlasse. Gegen die Darstellung der Klägerin spreche zudem, dass die Zeugen L. und G. bekundet hätten, die Preise der Beklagten seien anhand von Konkurrenzangeboten überprüft worden. Die Preise der Beklagten hätten allenfalls 100 bis 200 US-Dollar über den Marktpreisen gelegen und seien wegen der von dieser angebotenen Zusatzleistungen und wegen der besonderen Zuverlässigkeit der Beklagten akzeptiert worden. Der von der Klägerin behauptete Spielraum für Schmiergelder von um 700 bis 800 US-Dollar überhöhte Frachtrechnungen der Beklagten für ein hinter ihrem Rücken vereinbartes

Schmiergeld habe nicht zur Verfügung gestanden. Nicht nachvollziehbar sei zudem der Vortrag der Klägerin, auch die Transportpreise für den Transport über Land seien in die behauptete Schmiergeldabrede einbezogen worden. Der unstrittige Umstand, dass von den seitens der Klägerin gezahlten Vergütungen für Transportleistungen Teilbeträge in Höhe von 1.886.200 € an Dr. K. zurückgeflossen seien, beweise den Vortrag der Klägerin nicht. Hieraus ergebe sich nicht, dass die Beklagte ohne Wissen des Geschäftsführers der C. L. mit Dr. K. überhöhte Frachtpreise vereinbart habe, um diesem zu Lasten der C. Schmiergelder zukommen zu lassen. Deshalb brauche den weiteren und zudem verspäteten Beweisantritten der Klägerin nicht nachgegangen zu werden, bei den Zahlungen habe es sich nicht um Rabatte gehandelt.

44

(2) Grundsätzlich ist die Würdigung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten ist, Sache des Tatrichters, der nach § 286 ZPO unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden hat. Der Tatrichter ist bei einem auf Indizien gestützten Beweis grundsätzlich frei, welche Beweiskraft er den Indizien im Einzelnen und in einer Gesamtschau für seine Überzeugungsbildung beimisst (vgl. BGH, NJW 2004, 3423, 3424 mwN; BGH, Urteil vom 11. Juni 2015 - I ZR 19/14, GRUR 2016, 176 Rn. 19 = WRP 2016, 57 - Tauschbörse I). Das Revisionsgericht ist an seine Feststellungen nach § 559 ZPO gebunden und überprüft die Beweiswürdigung lediglich dahin, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 Abs. 1 ZPO mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt (vgl. BGH, GRUR 2016, 176 Rn. 32 - Tauschbörse I, mwN; Urteil vom 27. Juli 2017 - I ZR 68/16, GRUR-RR 2017, 484 Rn. 20 = WRP 2017, 1222). Allerdings kann das Revisionsgericht uneingeschränkt überprüfen, ob ein Verhalten als sittenwidrig anzusehen ist und das Berufungsgericht die Gesamtumstände des Falls insoweit in erforderlichem Umfang gewürdigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2003 - VI ZR 175/02, BGHZ 154, 269, 274 f.; BGH, NJW 2004, 3423, 3425 mwN). Den in dieser Hinsicht bestehenden Anforderungen hält die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts nicht stand.

45

(3) Die Revision beanstandet zu Recht, dass das Berufungsgericht in der ursprünglichen Fassung des Berufungsurteils Zweifel an der Glaubwürdigkeit des als Zeugen vernommenen Geschäftsführers der C. L. damit begründet hat, das gegen ihn eingeleitete Strafverfahren sei zwar vorläufig eingestellt, könne jedoch wieder aufgenommen werden. Tatsächlich war das Strafverfahren endgültig eingestellt. Diese fehlerhafte Feststellung hat das Berufungsgericht zwar mit dem Berichtigungsbeschluss vom 11. März 2016 beseitigt. Damit ist der Beurteilung des Berufungsgerichts aber die Grundlage entzogen, der Aussage des Geschäftsführers der C. L. könne wegen einer diesem weiterhin drohenden strafrechtlichen Verfolgung kein Glaube geschenkt werden.

46

(4) Die Revision wendet sich außerdem mit Erfolg gegen die Überlegung des Berufungsgerichts, der von der Klägerin behauptete Spielraum für ein hinter ihrem Rücken vereinbartes Schmiergeld habe nicht zur Verfügung gestanden. Das Gegenteil ergibt sich aus dem unstrittigen Umstand, dass die Beklagte Teile der von der C. gezahlten Transportvergütungen nicht behalten, sondern an Firmen weitergeleitet hat, für die Dr. K. Vollmacht gehabt hat.

47

(5) Zwar haben die von der Beklagten benannten Zeugen G. und F., ehemalige Mitarbeiter der C., bekundet, die Geschäftsführung sei für die Preisverhandlungen für die Transporte zuständig gewesen und damit den Vortrag der Beklagten bestätigt, nicht Dr. K., sondern der Geschäftsführer der C. L. habe die Vereinbarungen mit der Beklagten über die Höhe der Frachtvergütungen geschlossen. Es kann jedoch nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Beweiswürdigung durch das Berufungsgericht anders ausgefallen wäre, wenn es zutreffend berücksichtigt hätte, dass der Geschäftsführer der C. L. nach endgültiger Einstellung des gegen ihn geführten Strafverfahrens eine strafrechtliche Verfolgung nicht mehr zu befürchten hatte und die Frachtvergütungen genügend Spielraum für Schmiergelder in der von der Klägerin behaupteten Höhe boten.

48

III. Danach ist das Berufungsurteil auf die Revision der Klägerin aufzuheben. Der Rechtsstreit ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

49

Für das wiedereröffnete Berufungsverfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

50

Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob der Klägerin gegen die Beklagte ein Anspruch in Höhe der Klageforderung aus ungerechtfertigter Bereicherung zusteht, weil die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge ganz oder teilweise nichtig sein könnten. Dies wird es im wiedereröffneten Berufungsverfahren nachzuholen haben.

51

1. Die Revision macht ohne Erfolg geltend, die zwischen der C. und der Beklagten geschlossenen Transportverträge seien insoweit teilweise unwirksame Scheingeschäfte gemäß § 117 BGB, als die vereinbarten Frachtraten über die gewollten Frachtraten hinausgingen.

52

a) Ein bloßes Scheingeschäft liegt vor, wenn die Parteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäfts hervorrufen, dagegen die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten lassen wollen (BGHZ 36, 84, 87 f.; BGH, Urteil vom 24. Januar 1980 - III ZR 169/78, NJW 1980, 1572, 1573; Urteil vom 20. Juli 2006 - IX ZR 226/03, ZIP 2006, 1639, 1640).

53

b) Es ist nicht ersichtlich, dass die nach der Behauptung der Klägerin von Dr. K. für die C. mit der Beklagten abgeschlossenen Transportverträge von beiden Vertragsteilen mit dem Ziel abgeschlossen worden wären, die damit verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten zu lassen. Nach dem Vortrag der Klägerin war es vielmehr Ziel von Dr. K. und der Beklagten, die C. und die Klägerin wirksam zur Zahlung der Frachtvergütung zu verpflichten, um Teile der Vergütung als Schmiergeld für Dr. K. verwenden zu können.

54

2. Sollte der Klägerin der Nachweis gelingen, Dr. K. habe für die C. mit der Beklagten überhöhte Frachtraten zu dem Zweck vereinbart, aus den Frachtvergütungen ein Schmiergeld zu erhalten, wäre diese Vereinbarung wegen Sittenverstößes nach § 138 BGB oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB in Verbindung mit § 299 StGB nichtig (vgl. Rn. 23). Die Nichtigkeit einer Schmiergeldvereinbarung erfasst regelmäßig auch den Hauptvertrag und die im Anschluss daran geschlossenen Folgeverträge, wenn sie - beispielsweise aufgrund

eines Aufschlags auf das ansonsten zu zahlende Entgelt - zu einer für den Geschäftsherrn nachteiligen Vertragsgestaltung geführt hat (vgl. BGH, NJW 1989, 26, 27; BGH, Urteil vom 10. Januar 1990 - VIII ZR 337/88, NJW-RR 1990, 442, 443; BGHZ 141, 357, 361; BGH, NJW 2001, 1065, 1067 mwN; BGHZ 201, 129 Rn. 33). Die Erstreckung der Nichtigkeit einer Schmiergeldvereinbarung auf den durch das Schmiergeld zustande gekommenen Hauptvertrag ist nach der Rechtsprechung des Senats schon deshalb anzunehmen, weil der Vertreter im Zweifel ohne vorherige Information des Vertretenen nicht befugt ist, für diesen einen Vertrag mit dem Verhandlungspartner abzuschließen, der den Vertreter gerade bestochen hat (vgl. BGH, NJW 2001, 1065, 1067; BGHZ 201, 129 Rn. 33).