

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 117/70

URTEIL

Verkündet am
28. Mai 1973
Werner,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Dr. Dr. Helmuth B [REDACTED], H [REDACTED],
D [REDACTED] Str. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Edith G [REDACTED] geb. B [REDACTED] N [REDACTED] üb. O [REDACTED]
Am F [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Mai 1973 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Tidow

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird unter deren Zurückweisung im übrigen das Teilurteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Juni 1970 aufgehoben, soweit es die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 10. Juli 1969 zu mehr als 24.443,79 DM nebst Zinsen zurückweist.

Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens trägt der Beklagte 12/19. Über die weiteren Kosten entscheidet das Berufungsgericht.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Geschwister. Sie waren mit ihrer Mutter zu je 1/3 Anteil Miteigentümer der Grundstücke

- 3 -

A [REDACTED] Str. [REDACTED] und V [REDACTED] str. [REDACTED] in K [REDACTED]
Das Miteigentum A [REDACTED] Str. [REDACTED] hatte ihnen
die Mutter auf Grund eines Vertrages vom 25. Juni 1960
übertragen, in welchem sie sich ihr gegenüber ver-
pflichtet hatten, das Grundstück zu bebauen. Die Bau-
arbeiten waren im Jahre 1962 beendet. Zu den Baukosten
hat die Klägerin 110.000 DM beigetragen. Die Beiträge
des Beklagten sind ihrem Umfang nach streitig.

Bis Ende 1968 hat der Beklagte die Grundstücke
verwaltet, und zwar das an der A [REDACTED] Straße seit
der Bebauung, das an der V [REDACTED] Straße seit 1964.
Aus den Mietüberschüssen der Jahre 1964 bis 1968 hat er
nach den der Klägerin erteilten Abrechnungen 153.205,19 DM
für Zwecke entnommen, für die er nach ihrer Ansicht nichts
hätte entnehmen dürfen. Die Klägerin meint, daß 1/3
dieses Betrages ihr zustehe, während der Beklagte seine
Entnahmen für gerechtfertigt hält.

Das Landgericht hat ihn antragsgemäß verurteilt,
50.000 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. Das
Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung
des Beklagten in Höhe von 38.209,25 DM nebst Zinsen
zurückgewiesen. In diesem Umfang verfolgt der Beklagte
mit der Revision seinen Klagabweisungsantrag weiter.
Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechts-
mittels.



Entscheidungsgründe:

Der Beklagte hat aus dem Überschuß der von ihm verwalteten Mieteinnahmen unstreitig unter anderem entnommen:

1. in den Jahren 1967 bis 1968 für sog. Eigenleistungen 108.127,76 DM, und zwar
 - a) 66.831,38 DM zum teilweisen Ausgleich seiner, die Einlage der Klägerin von 110.000 DM angeblich weit übersteigenden Leistungen bei der Bebauung des Grundstücks A [REDACTED] Straße und
 - b) 41.296,38 DM zum Ausgleich einer angeblich eigenen Zahlung an die Deutsche Bank in O [REDACTED];
2. in den Jahren 1964 bis 1968 über die ihm von der Klägerin zugebilligten 1.000 DM hinaus 6.500 DM als Auslagenpauschale für die Verwaltung des Grundbesitzes.

Das Berufungsgericht hält jedenfalls wegen dieser Entnahmen - über die anderen hat es noch nicht entschieden - den Beklagten für verpflichtet, 1/3 der insgesamt 114.627,76 DM = 38.209,25 DM gemäß §§ 667, 743 Abs. 1 BGB an die Klägerin zu zahlen.

Die Revision ist nur in Höhe von 1/3 der zu 1 b erwähnten 41.296,38 DM begründet.

1. Das Berufungsgericht legt dar, zwischen den Parteien und ihrer Mutter hätten hinsichtlich der Grundstücke Bruchteilsgemeinschaften bestanden; daneben hätten die Parteien eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Bebauung des Grundstücks A [REDACTED] Straße gebildet; der Beklagte sei Geschäftsführer der Gesellschaft und Verwalter der Grundstücke gewesen. Diese Unterscheidung zwischen einer Gesellschaft zur Bebauung des Grundstücks A [REDACTED] Straße mit dem Beklagten als Geschäftsführer einerseits und Bruchteilsgemeinschaften hinsichtlich beider Grundstücke mit dem Beklagten als Verwalter andererseits ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und daher für das Revisionsgericht bindend.

Die von dem Beklagten entnommenen Beträge stammten aus den Mieteinnahmen und waren Vermögen der Bruchteilsgemeinschaften. Sie gehörten daher grundsätzlich gemäß § 743 Abs. 1 BGB zu 1/3 der Klägerin. Dagegen richtete sich der angebliche Anspruch des Beklagten auf Ausgleich seiner für die Bebauung des Grundstücks Aachener Straße erbrachten Leistungen, auf die er die oben 1a erwähnten 66.831,38 DM verrechnet hat, gegen die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Mitglied der Aufbaugesellschaft. Der Beklagte durfte sich daher insoweit nicht aus den Überschüssen des den Parteien und ihrer Mutter gehörenden Grundbesitzes befriedigen. Es kann sich nur fragen, ob er den Anspruch der Klägerin auf Auszahlung von 1/3 der unbefugt entnommenen Mietüberschüsse mit einem Ausgleichsanspruch verrechnen konnte. Das ist zu verneinen.

Die Gesellschaft, deren Zweck in der Bebauung des Grundstücks A [REDACTED] Straße bestand, ist zwar seit Erreichung dieses Zwecks im Jahre 1962 aufgelöst. Daß noch Gesellschaftsvermögen - in der Form eines Aufwendungsersatzanspruchs gegen die Mutter der Parteien - vorhanden sei, hält das Berufungsgericht zwar für möglich, stellt das aber nicht fest. Ist das nicht der Fall, wofür die Sachlage spricht, müssen die Parteien nur noch ihre beiderseitigen Beiträge untereinander ausgleichen. Danach könnte der Beklagte, hätte er mehr aufgewandt als die Klägerin, Ausgleich von ihr verlangen. Er hat aber über seine Aufwendungen bisher nicht abgerechnet. Er behauptet, diese Aufwendungen nicht einzeln belegen, sondern nur schätzen zu können. Es kann dahingestellt bleiben, ob das richtig ist und ob er sich darauf berufen kann; denn das vom Beklagten vorgelegte Gutachten kann nicht als Grundlage für eine solche Schätzung dienen. In ihm wird lediglich ermittelt, welche Baukosten - Kosten des Gebäudes, Kosten der Außenanlagen und Baunebenkosten - entstanden wären, wenn der Bau in üblicher Weise von Architekten und Fachingenieuren geplant und geleitet und von qualifizierten Fachfirmen ausgeführt worden wäre, während der Beklagte nur Ersatz seiner - wenn auch vielleicht lediglich geschätzten - tatsächlichen Aufwendungen fordern kann. Solange der Beklagte der Klägerin keine nachprüfbare Aufstellung dieser ihm gutzubringenden Leistungen, zu der er allein in der Lage gewesen wäre und die er als geschäftsführender Gesellschafter längst zu erbringen gehabt hätte, vorgelegt hat, widerspricht

es Treu und Glauben, wenn er der Klägerin die ihr gebührenden Anteile an den Mietüberschüssen in unkontrollierbarer Höhe vorenthält. Ein etwaiger Ausgleichsanspruch wäre daher vorerst mangels Fälligkeit nicht aufrechenbar.

Sollte dagegen, was das Berufungsgericht bisher nicht festgestellt hat, noch Gesellschaftsvermögen vorhanden sein, dann wäre ohnehin nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zunächst eine Gesamtabrechnung, unter Umständen auch eine Auseinandersetzung, erforderlich. Der Beklagte könnte daher auch in diesem Falle seine "Eigenleistungen" dem Klaganspruch nicht entgegenhalten.

In Höhe von 22.277,13 DM nebst Zinsen (= 1/3 von 66.831,38 DM) hat das Berufungsgericht danach den Klaganspruch zu Recht für begründet erachtet.

2. Die Revision ist auch unbegründet, soweit das Berufungsgericht der Klägerin einen 1/3 Anteil (= 2.166,66 DM) an einem vom Beklagten als "Auslagenpauschale" entnommenen Betrag von 6.500 DM zugesprochen hat. Gegen die Begründung, der Beklagte habe nicht unter Beweis gestellt, daß die Miteigentümer vereinbart hätten, er solle für die Grundstücksverwaltung statt seiner tatsächlichen Auslagen eine ortsübliche Pauschale erhalten, bestehen keine Bedenken.

Die Revision macht demgegenüber geltend, der Beklagte sei Kaufmann, habe die Verwaltung im Rahmen seines kaufmännischen Betriebes durchgeführt und könne daher auch ohne besondere Abrede ein Entgelt nach den üblichen Sätzen fordern.

Der Angriff ist unbegründet. Wer in Ausübung seines Handelsgewerbes einem anderen Geschäfte besorgt oder Dienste leistet, kann dafür nach § 354 HGB zwar Provision fordern und für Auslagen Zinsen berechnen. Seine Auslagen zu pauschalisieren, ist er jedoch nach dieser Vorschrift nicht ohne weiteres berechtigt. Davon abgesehen hat der Beklagte nicht "in Ausübung seines Handelsgewerbes" gehandelt. Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten nach § 344 Abs. 1 HGB **zwar** im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörend. Diese Vermutung greift hier jedoch nicht durch, weil es sich um einen Vorgang im engsten Familienkreise gehandelt hat.

3. Die Revision meint, daß sich das Berufungsgericht schon in seinem Teilurteil auch mit den Ansprüchen des Beklagten auf Verwaltergebühren sowie auf Erstattung von Rechtsberatungs- und Reparaturkosten (vgl. BU S. 9 Ziff. 2, 4 und 5) hätte befassen müssen. Das ist nicht richtig. Der Beklagte hat sich wegen dieser angeblichen Ansprüche, die insgesamt 38.577,43 DM ausmachen, gleichfalls durch die Entnahme von Mietüberschüssen befriedigt. Er hat nämlich nicht nur die den Gegenstand des Revisionsverfahrens bildenden 114.627,76 DM, sondern 153.209,19 DM entnommen. Er kann mithin die Ansprüche von insgesamt 38.577,43 DM, über die noch im Berufungsverfahren gestritten wird, nicht mehr verwenden, um wenigstens nachträglich die Entnahme der 114.627,76 DM zu rechtfertigen.

Soweit sich die Revision in diesem Zusammenhang noch auf die Kosten des Umbaus V[REDACTED]straße in Höhe von angeblich 59.545,88 DM und auf die Ausführungen dazu im Schriftsatz vom 19. Dezember 1970 beruft, übersieht sie, daß der Beklagte diesen Schriftsatz erst nach der mündlichen Verhandlung eingereicht hat, auf der das Berufungsurteil beruht.

Danach muß das Berufungsurteil bestehen bleiben, soweit der Klägerin 1/3 von 66.831,38 + 6.500, also 24.443,79 DM nebst Zinsen zugesprochen worden sind.

4. Soweit sich der Beklagte darauf beruft, aus Mitteln, die seine Mutter ihm persönlich zur Verfügung gestellt habe, 41.296,38 DM an die Deutsche Bank in O[REDACTED] für einen abgelösten Zwischenkredit gezahlt zu haben (Schriftsätze vom 24. November 1969, S. 6 = GA Bl. 116, und vom 21. Januar 1970, S. 18 f = GA Bl. 180 f), ist dagegen die Verurteilung (in Höhe von 13.765,46 DM) nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht gerechtfertigt. Die Revision rügt zu Recht, daß sich das Berufungsgericht hiermit jedenfalls nicht ausdrücklich auseinandergesetzt hat, obwohl das erforderlich gewesen wäre. Es mag allerdings sein, daß es gemeint hat, wegen dieser Zahlung - wenn sie der Beklagte überhaupt selbst geleistet haben sollte - habe dieser allenfalls einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft, den er vor Vorlage einer End- oder Auseinandersetzungsrechnung ebensowenig dem Klageanspruch entgegenhalten könne wie einen Ausgleichsanspruch wegen der Eigenleistungen.

Das ist aber zumindest sehr zweifelhaft. Denn hier stellt sich die Vorfrage, ob der Beklagte nicht insoweit befugt war, jenen Betrag aus der Gemeinschaftskasse zu entnehmen. Nach der tatsächlichen Handhabung, wie sie sich nach dem Parteivortrag bisher darstellt, haben die Überschüsse aus den Mieteinnahmen nach dem Aufbau der Grundstücke zunächst dazu gedient und wohl auch vereinbarungsgemäß dazu dienen sollen, die aufgenommenen Kredite zu verzinsen und zu tilgen. Deshalb könnte der Beklagte grundsätzlich berechtigt gewesen sein, auch jene Forderung der Deutschen Bank aus den Mietüberschüssen zu begleichen. In diesem Falle hätte er sie ebensogut zunächst aus eigenen Mitteln befriedigen und alsdann Mieteinnahmen in entsprechender Höhe für sich behalten dürfen. Es käme dann aber auch noch auf das Vorbringen der Klägerin im Schriftsatz vom 9. Januar 1970 S. 14 (GA Bl. 146) an, die Forderung würde nicht entstanden sein, wenn der Beklagte die von ihm übernommene Aufgabe der Kreditbeschaffung und der Hausverwaltung ordnungsmäßig erfüllt hätte, und die Mutter der Parteien, aus deren Vermögen die 41.296,38 DM unstreitig stammten, habe nicht zugunsten des Beklagten, sondern zu ihren eigenen Gunsten gezahlt.

In diesem Punkte ist eine abschließende Entscheidung ohne erneute tatrichterliche Beurteilung nicht möglich. Das angefochtene Urteil ist daher insoweit aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die beantragte Zurückverweisung an einen anderen Senat des Oberlandesgerichts erschien insbesondere deshalb nicht für angebracht, weil der übrige Teil des Rechtsstreits noch beim 12. Zivilsenat anhängig ist.

Stempel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Dr. Tidow