

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 812 Abs. 1 Satz 1

Zur Frage, ob sich der Bereicherungsanspruch des Schuldners einer abgetretenen Forderung, auf die er zuviel gezahlt hat, gegen den Abtretenden oder den Abtretungsempfänger richtet.

ZPO § 282

Zur Darlegungs- und Beweislast für eine Überzahlung, die als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert wird.

BGH, Urteil vom 8. Juni 1988 - IVb ZR 51/87 - OLG Frankfurt/M.
LG Frankfurt/M.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVb ZR 51/87

URTEIL

Verkündet am:
8. Juni 1988
Ernst
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

24

- 2 -

Der IVb - Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 1988 durch den Vorsitzenden Richter Lohmann und die Richter Dr. Blumenröhr, Dr. Krohn, Dr. Zysk und Nonnenkamp

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Frankfurt am Main vom 24. März 1987
wird auf Kosten der Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine Investitions- und Finanzierungs-
gesellschaft, schloß am 11. Dezember 1978 mit dem inzwischen
verstorbenen Eberhard L. einen Vertrag, wonach dieser an
einem ca. dreißig Eigenheime umfassenden Bauvorhaben in M.
als "stiller Partner" beteiligt wurde und bestimmte Gewinn-
anteile erhalten sollte. Durch Vereinbarung vom 21. Dezember
1978 trat L. seine Ansprüche aus dem Beteiligungsvertrag an
die Beklagte ab. Diese hatte gegen eine GmbH, deren Ge-
schäftsführer L. war, eine titulierte Forderung über ca.
690.000 DM, auf die aufgrund der Abtretung geleistete Zah-
lungen verrechnet werden sollten.

WIV



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 3 -

Das Bauvorhaben wurde in der Folgezeit in drei Abschnitten durchgeführt und entsprechend abgerechnet. Als Gewinnanteil des L. aus den ersten beiden Bauabschnitten zahlte die Klägerin der Beklagten einen Betrag von 59.709,13 DM aus.

Mit Schreiben ihres Bevollmächtigten vom 14. Juli 1983 teilte die Klägerin der Beklagten mit:

"... mittlerweile ist das Bauvorhaben nahezu abgeschlossen. Es ist lediglich noch eine Fertiggarage zu verkaufen. Es stehen allerdings noch eine Reihe von Käuferzahlungen aus. Die Schlußrechnungen liegen noch nicht alle vor, da verschiedene Handwerker diese noch nicht eingereicht haben. Trotz allem wird nunmehr meine Mandantschaft eine Schlußabrechnung vorlegen ... Hierzu ist allerdings zu bemerken, daß es sich lediglich um eine vorläufige Schlußabrechnung handeln kann, da, wie bereits ausgeführt, noch nicht alle Maßnahmen zur endgültigen Abrechnung erledigt werden konnten."

Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 1. September 1983 gebeten hatte, ihr "alsbald eine vorläufige Schlußabrechnung" zu übersenden, übermittelte ihr die Klägerin eine als "Schlußabrechnung per 31.12.82" bezeichnete, auf den 20. Juli 1983 datierte Aufstellung, die einen Gewinnanteil des L. von 180.192,27 DM auswies. Im Anschreiben ihres Bevollmächtigten vom 9. September 1983 heißt es:

"... Es stehen jedoch noch verschiedene Schlußrechnungen einzelner Unternehmer aus, ebenso die Abrechnungen der Landeshauptstadt M. für Erschließungskosten und die Abrechnung des ... für die Anschlußkosten an den Privatrohrkanal.

Insoweit sind die noch ausstehenden Beträge in der beiliegenden Aufstellung in Höhe der vertraglich vereinbarten Summe abzüglich geleisteter Zahlungen aufgeführt.

...



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Bevor ich nunmehr meine Mandantschaft veranlassen kann, den Betrag in Höhe von DM 180.192,27 DM zu Gunsten Ihrer Mandantschaft auszuführen, muß ich zunächst die Stellungnahme des Herrn L. zu der beiliegenden Abrechnung abwarten und insbesondere von diesem die Erklärung erhalten, ob und inwieweit der Abtretungsvertrag zwischen diesem und Ihrer Mandantschaft noch rechtsverbindliche Gültigkeit besitzt."

Mit Schreiben vom 19. Oktober 1983 forderte die Beklagte die Klägerin auf, den Betrag von 180.192,27 DM "zur Vermeidung der Klageerhebung" spätestens bis zum 28. Oktober 1983 zu zahlen. Mit Schreiben von diesem Tage teilte die Klägerin ihr mit, L. und die GmbH widersprächen einer Zahlung, und schlug vor, den Betrag bis zur endgültigen Klärung auf Rechtsanwaltsanderkonto zu hinterlegen. In ihrem Antwortschreiben vom 31. Oktober 1983 lehnte die Beklagte eine Hinterlegung ab, da der Widerspruch gegen die Zahlung offensichtlich unbegründet sei, und kündigte an, sie werde ohne weitere Mahnung einen Rechtsanwalt mit der Einreichung der vorbereiteten Klage beauftragen, wenn die Zahlung nicht bis zum 10. November 1983 eingehe. Der Bevollmächtigte der Klägerin erwiderte darauf mit Schreiben vom 3. November 1983, er habe seiner Auftraggeberin die Überweisung des Betrages angeraten. Die Zahlung erfolge allerdings "unter Vorbehalt der jederzeitigen Rückforderung für den Fall, daß sich im nachhinein ergeben sollte, daß diese Zahlung ganz oder teilweise nicht mit schuldbefreiender Wirkung erfolgt" sei. Die Klägerin selbst teilte mit Schreiben vom 8. November 1983 mit, sie habe veranlaßt, daß der geforderte Betrag "unter Vorbehalt" überwiesen werde. Die Beklagte bestätigte mit Schreiben vom 24. November 1983, von dem Vorbehalt der Klägerin in den Schreiben vom 3. und 8. November 1983 Kenntnis genommen zu haben, und wies darauf hin, die Überweisung sei nach ihrer Ansicht mit schuldbefreiender Wirkung erfolgt.



Im Oktober 1984 teilte die Klägerin der Beklagten mit, daß sich gegenüber der für den dritten Bauabschnitt übersandten Abrechnung eine "Kostenmehrung" in Höhe von 79.690,40 DM ergeben habe mit der Folge, daß der Gewinnanteil des L. sich auf 117.731,47 DM vermindere. Sie legte eine entsprechende neue Abrechnung vor und verlangte die Rückzahlung des überzahlten Betrages von 62.460,80 DM. Da die Beklagte dem nicht nachkam, erhob die Klägerin hierwegen Klage.

Das Landgericht hat dieser unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von 62.460,80 DM nebst 4% Zinsen seit 15. Oktober 1984 verurteilt. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision bleibt erfolglos.

1. Das Berufungsgericht legt zunächst dar, daß in der Zahlung des Betrages von 180.192,27 DM ein deklaratorisches Anerkenntnis der Klägerin nicht zu sehen sei, weil diese in der vorausgegangenen Korrespondenz mit der Beklagten die Vorläufigkeit der zugrundeliegenden Abrechnung für den dritten Bauabschnitt hinreichend klargestellt habe. Auch könne nicht angenommen werden, daß nach dem Willen der Klägerin Kostenmehrungen über die in der Abrechnung enthaltenen



Rückstellungen hinaus keinen Einfluß auf den Gewinnanspruch des L. haben sollten. Dafür sei kein konkreter Anhaltspunkt vorhanden. Die Klägerin möge davon ausgegangen sein, daß es zu höheren Kosten als den in den Rückstellungen enthaltenen Beträgen nicht kommen werde, sie habe sich aber in dieser Hinsicht nicht festlegen wollen.

Diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und werden von der Revision auch nicht angegriffen.

2. Der Senat teilt die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin eine Überzahlung des abgetretenen Gewinnanspruchs des L. von der Beklagten rückfordern kann (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, "condictio indebiti") und sich hierwegen nicht an die Erben des L. halten muß.

a) Für den Fall der Zahlung auf eine abgetretene, in Wahrheit nicht bestehende Forderung ist im Schrifttum umstritten, ob der (Putativ-)Schuldner einen Bereicherungsanspruch unmittelbar gegen den Abtretungsempfänger (Zessionar) hat oder ob die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung so zu vollziehen ist, als ob der Schuldner an den Abtretenden (Zedenten) gezahlt und dieser die Zahlung an den Abtretungsempfänger weitergegeben hätte (Abwicklung "über's Dreieck" mit der Folge, daß sich der Bereicherungsanspruch des Schuldners gegen den Zedenten richtet). Die wohl herrschende Lehre, die sich auch die Revision zu eigen macht, vertritt die letztere Lösung aufgrund der Erwägung, die rechtliche Stellung des Schuldners dürfe sich durch die Abtretung der Forderung



nicht verschlechtern, so daß er auch nicht das Insolvenzrisiko für eine Person tragen müsse, die er sich nicht als Vertragspartner ausgesucht habe und deren Bonität er nicht beurteilen können (vgl. MünchKomm/Lieb 2. Aufl. § 812 Rdn. 121 ff; Staudinger/Lorenz BGB 12. Aufl. § 812 Rdn. 41; Erman/Westermann BGB 7. Aufl. § 812 Rdn. 36; Canaris in Festschrift Larenz I S. 834 ff und WM 1980, 354, 367; D. König in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts - 1981 - Bd. II S. 1587 f; Kupisch, Gesetzespositivismus im Bereicherungsrecht - 1978 - S. 83 f). Die Gegenmeinung verweist darauf, daß sich der Schuldner gegen den Gläubigerwechsel als solchen nicht oder nur durch die Vereinbarung eines Abtretungsausschlusses (§ 399 BGB) wehren könne, und hält den rechtsdogmatischen Ansatz der herrschenden Lehre auch im übrigen nicht für tragfähig (vgl. Soergel/Mühl BGB 11. Aufl. § 812 Rdn. 129; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung - 1983 - § 12 VI 3 S. 489 ff; Larenz Schuldrecht II 12. Aufl. § 68 III i S. 549 ff; Schnauder, Grundfragen zur Leistungskondiktion bei Drittbeziehungen - 1981 - S. 208 f; Köndgen in Festgabe J. Esser "Dogmatik und Methode" S. 66 f). Nach Jauernig/Schlechtriem (BGB 4. Aufl. § 812 Anm. I 5 c ee) soll danach zu differenzieren sein, ob der Schuldner seine Leistung auf das Schuldverhältnis zum Abtretenden bezogen hat, z.B. bei einer Sicherungszession (dann Kondiktion gegen diesen), oder ob der Abtretende nach den Absichten der Beteiligten vollständig aus den Rechtsbeziehungen, in deren Erfüllung die Leistung erbracht wird, hat ausscheiden sollen (dann Kondiktion gegen den Zessionar).



b) Hier ist zunächst von Bedeutung, daß die Klägerin auf einen tatsächlich bestehenden Gewinnanspruch des L. gezahlt hat und lediglich eine nach ihrer Behauptung aufgetretene Überzahlung zurückfordert. Es handelt sich also nicht um einen Fall der Leistung auf eine überhaupt nicht bestehende Forderung, den die herrschende Lehre vornehmlich im Auge hat. Soweit Fälle der Überzahlung einer bestehenden Forderung in Betracht gezogen werden (Hauptbeispiel: infolge eines Irrtums oder Versehens des Schuldners), machen auch deren Vertreter eine Ausnahme und befürworten den Bereicherungsausgleich unmittelbar zwischen dem Schuldner und dem Abtretungsempfänger (Zessionar), weil es sich um einen Mangel handle, der mit der Rechtsbeziehung des Schuldners zu dem Zedenten und der durch diese geschaffenen "Risikoverteilung" nichts zu tun habe (Canaris in Festschrift Larenz I S. 836), oder weil der Zedent insoweit die geleistete Zahlung nicht veranlaßt habe (König aaO; vgl. dazu auch Reuter/Martinek aaO S. 492). Eine Kondiktion gegen den Zessionar hat auch das Reichsgericht in einem Falle bejaht, in dem ein Werkbesteller auf die Werklohnforderung Überzahlungen an die Bank geleistet hatte, der der Werkunternehmer die Forderung als Sicherheit für einen ihm gewährten Kredit abgetreten hatte (JW 1938, 1329, 1331; der Entscheidung stimmt Canaris aaO zu, während Staudinger/Lorenz aaO sie ablehnen).

c) Nicht nur dann, wenn die Überzahlung einer bestehenden Forderung auf einem Irrtum oder Versehen des Schuldners beruht, sondern auch, wenn sie, wie hier, im wesentlichen auf ein Verhalten des Zessionars zurückzuführen ist, muß sich nach Auffassung des Senats der Schuldner wegen des Bereicherungsausgleichs an den Zessionar halten. Zu dem



unter a) dargestellten Meinungsstreit braucht dabei nicht grundsätzlich Stellung genommen zu werden. Eine Zuvielzahlung der Klägerin ist nicht ihrer Rechtsbeziehung zu L. zuzurechnen. Wie in der vorausgegangenen Korrespondenz mit der Beklagten zum Ausdruck kommt, hat diese mit großer Intensität - unter Fristsetzung und Klageandrohung - auf eine Zahlung auf den Gewinnanteil des L. für den dritten Bauabschnitt aufgrund einer lediglich vorläufigen Abrechnung gedrängt. Als einer Baugesellschaft muß ihr klar gewesen sein, daß bei der endgültigen Abrechnung eines größeren Bauvorhabens auch unvorhergesehene Kostensteigerungen auftauchen können. Sie ging daher das Risiko ein, daß der ihr abgetretene Anspruch niedriger war als der sich aus der vorläufigen Abrechnung ergebende Gewinnanteil des L.. Die Klägerin hat schließlich unter einem an die Beklagte gerichteten, von dieser nicht beanstandeten Vorbehalt Zahlung geleistet; der Vorbehalt bezog sich - darin stimmt der Senat dem Oberlandesgericht bei - bei einer Gesamtbetrachtung der Korrespondenz nicht nur auf die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung, sondern auch auf die Vorläufigkeit der Abrechnung. Wenn der Zessionar auf solche Weise eine Vorauszahlung auf die abgetretene Forderung erzwingt und es dadurch zu einer Überzahlung kommt, ohne daß der Zedent dazu etwas beigetragen hat, kann jedenfalls die Zuvielzahlung nicht als "Leistung des Zedenten durch seinen Schuldner an den Zessionar" (MünchKomm/Lieb aaO § 812 Rdn. 122 a) angesehen werden.

Schon der früher für Rechtsstreitigkeiten über ungerechtfertigte Bereicherung zuständige VII. Zivilsenat hat in ständiger Rechtsprechung darauf hingewiesen, daß sich bei der bereicherungsrechtlichen Behandlung von Vorgängen, an



denen mehr als zwei Personen beteiligt sind, jede schematische Lösung verbietet, daß vielmehr die Besonderheiten des Einzelfalles zu beachten sind (vgl. BGHZ 50, 227, 229; 58, 184, 187; 61, 289, 292; 66, 363, 364; 67, 75, 77; 72, 246, 250; 87, 393, 396; 89, 376, 378 u.a.). Insoweit ist hier von Bedeutung, daß die Beklagte nicht darauf vertrauen konnte, die Zahlung der Klägerin in voller Höhe behalten zu können. Vielmehr hatte sie aufgrund des vorläufigen Charakters der zugrundliegenden Abrechnung und des bei der Zahlung gemachten Vorbehalts allen Anlaß, sich auf weitere Auseinandersetzungen mit der Klägerin über den endgültigen Gewinnanteil des L. einzustellen. Die Klägerin nimmt nach allem den richtigen Beklagten in Anspruch.

d) Soweit die Revision geltend macht, unter allen Beteiligten habe Einigkeit bestanden, daß die Beklagte nur formal und als Zahlstelle nach außen hin Inhaberin des Gewinnanspruchs des L. habe werden sollen, entspricht dies schon nicht dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt (§ 561 ZPO). Danach hat die Klägerin auf Vorlage des schriftlichen Abtretungsvertrages vom 21. Dezember 1978 in der Annahme geleistet, die in der Abtretungsurkunde ausgewiesene Rechtsstellung der Beklagten als uneingeschränkte Neugläubigerin der Forderung entspreche den Tatsachen. Etwas anderes hat die Beklagte im Rechtsstreit auch nicht unter Beweis gestellt, so daß ein Verfahrensfehler des Berufungsgerichts insoweit nicht ersichtlich ist.



e) Da die Klägerin unter Vorbehalt bezahlt hat, ohne daß die Beklagte dem widersprochen hätte, ist eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) in entsprechender Anwendung des § 820 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen (vgl. dazu etwa MünchKomm/Lieb aaO § 820 Rdn. 6; s.a. BGHZ 83, 293, 299 ff).

3. Was die Höhe der Überzahlung betrifft, so geht das Berufungsgericht im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts (DR 1943, 1068), die im Schrifttum Zustimmung gefunden hat (Palandt/Thomas BGB 47. Aufl. § 812 Anm. 8 a; Baumgärtel/Strieder Beweislast § 812 BGB Rdn. 9), davon aus, daß nicht die Klägerin, sondern die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, auf welchen Betrag sich der Gewinnanspruch des L. für den dritten Bauabschnitt tatsächlich beläuft. Dem tritt der Senat bei. In der angeführten Entscheidung hat das Reichsgericht ausgesprochen, daß der aus ungerechtfertigter Bereicherung Rückzahlung fordernde Kläger das Nichtbestehen der Forderung zu beweisen hat, wenn er die Forderung durch die Zahlung oder vorher anerkannt hat; ist die Zahlung aber lediglich in Erwartung der Feststellung der Forderung geleistet worden, so hat der Beklagte zu beweisen, daß die Feststellung zu seinen Gunsten erfolgt ist oder erfolgen muß. Das Oberlandesgericht hat hier rechtsfehlerfrei einen Fall angenommen, in dem danach die Beklagte die Beweislast trifft. Die Klägerin hat weder vor noch mit ihrer Zahlung einen entsprechenden Gewinnanspruch des L. für den dritten Bauabschnitt anerkannt, vielmehr deutlich gemacht, daß dieser erst durch die endgültige Abrechnung festgestellt werde. Daher obliegt es der Beklagten zu beweisen, daß die endgültige Feststellung den Betrag ergibt, den sie erhalten



hat, nämlich 180.192,27 DM. Es kann dahinstehen, ob das gleiche auch aus dem von der Klägerin bei der Zahlung gemachten Vorbehalt zu folgern ist. Ein solcher Vorbehalt kann nämlich - allerdings nur ausnahmsweise - dahin zu verstehen sein, daß der Schuldner die Leistung ohne Veränderung der den Gläubiger treffenden Beweislast erbringen will (vgl. BGHZ 86, 267, 269). Der Gläubiger braucht die Leistung dann nicht anzunehmen, unterwirft sich aber dem Vorbehalt, wenn er sie gleichwohl annimmt (vgl. nur Soergel/Zeiss BGB 11. Aufl. § 362 Rdn. 18, 19 m.w.N.).

Das Berufungsgericht hat sodann erwogen, ob aus dem Umstand, daß die anspruchbegründenden Vorgänge sich im Informationsbereich der Klägerin abgespielt haben und sich bei ihr auch die einschlägigen Geschäftsunterlagen befinden, eine besondere prozessuale Obliegenheit der Klägerin zur Aufklärung der für den Gewinnanspruch erheblichen Tatsachen abzuleiten ist. Es hat dazu die Auffassung vertreten, daß bei Bejahung einer solchen Obliegenheit von der Klägerin nicht mehr habe verlangt werden können, als sie getan habe. Sie habe nämlich zum einen eine detaillierte neue Abrechnung des Gewinnanspruchs vorgenommen und zum anderen - wie bereits in erster Instanz - der Beklagten Einsicht in die umfangreichen schriftlichen Unterlagen angeboten. Die Beklagte sei daher nicht in der Situation gewesen, ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht nachkommen zu können.

Auch dem ist im Ergebnis beizupflichten.

a) Soweit die Revision in diesem Zusammenhang eine Verletzung des § 138 Abs. 4 ZPO rügt, wonach eine Erklärung mit Nichtwissen über Tatsachen zulässig ist, die weder eigene



Handlungen der Parteien noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind, geht die Rüge fehl. Die Erklärung mit Nichtwissen im Sinne des § 138 Abs. 4 ZPO ist eine besondere Form des Bestreitens (vgl. Stein/Jonas/Leipold ZPO 20. Aufl. § 138 Rdn. 34; Thomas/Putzo ZPO 15. Aufl. § 138 Anm. IV 2). Soweit eine Partei ihr günstige Tatsachen darzulegen und notfalls zu beweisen hat, nützt ihr das Bestreiten nichts, sondern sie hat die Tatsachen unabhängig davon vorzutragen, ob sie eigene Handlungen betreffen oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung waren. Welche der widerstreitenden Ausführungen der Parteien zu einem Tatsachenkomplex prozessuales Behaupten und welche prozessuales Bestreiten darstellen, ergibt sich erst aus den Regeln über die Darlegungs- und Beweislast (vgl. Rosenberg Beweislast 5. Aufl. S. 51, 75; Huber MDR 1981, 95, 97). Hier trägt die Beklagte, wie ausgeführt, für die Höhe des Gewinnanspruchs des L. die Beweislast und damit auch die Darlegungslast (vgl. Rosenberg aaO S. 49). Der zugrundeliegende Vortrag ist daher prozessuales Behaupten, für das § 138 Abs. 4 ZPO nicht gilt.

b) Nach dem auch das Prozeßrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben kann allerdings geboten sein, den besonderen Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, die sich daraus ergeben, daß die darlegungs- und beweisbelastete Partei außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und den rechtserheblichen Sachverhalt von sich aus nicht ermitteln kann, während die Gegenpartei die erforderlichen Informationen hat oder sich leicht beschaffen kann (vgl. etwa für die Darlegung sogenannter negativer Tatsachen BGH, Urteil vom 5. November 1980 - VIII ZR 280/79 - NJW 1981, 577; weitere Rechtsprechungshinweise bei Zöllner/Stephan ZPO



15. Aufl. Rdn. 22 vor § 284 und Huber aaO). Da hier die für den Umfang des Gewinnanspruchs des L. maßgebenden Umstände im Informationsbereich der Klägerin liegen, während die Beklagte insoweit als Außenstehende zu betrachten ist, ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Klägerin sich insoweit keinesfalls auf einfaches Bestreiten beschränken durfte, sondern sich in zumutbarer Weise an der Aufklärung des Sachverhalts zu beteiligen hatte. Daß es zu der tatrichterlichen Überzeugung gelangt ist, die Klägerin habe insoweit das ihr Zumutbare getan, ist aber rechtlich nicht zu beanstanden. Die Klägerin hat zunächst eine nach den üblichen Kostenpositionen aufgegliederte endgültige Abrechnung des dritten Bauabschnitts vorgelegt, die von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aufgestellt worden ist. Sie hat weiterhin zwei der wesentlichen Kostensteigerungen gegenüber der vorläufigen Abrechnung im einzelnen erläutert. Zum einen hätten sich die Kosten für die Außenanlagen um 49.910,70 DM erhöht, weil die Landeshauptstadt M. nachträglich die Errichtung eines Kinderspielfeldes gefordert habe. Zum anderen seien Zinsen in Höhe von 24.081,92 DM neu angefallen, weil im Zeitpunkt der vorläufigen Abrechnung Kaufpreise von insgesamt 1.181.319 DM noch offengestanden hätten und erst nach und nach eingegangen seien. Weiterhin hat sie darauf hingewiesen, daß - entgegen einer von der Beklagten geäußerten Vermutung - Minderungsansprüche von Käufern und Regressansprüche gegenüber Handwerkern das Abrechnungsergebnis nicht wesentlich beeinflussen hätten. Schließlich hat sie der Beklagten wiederholt angeboten, Einsicht in die umfangreichen schriftlichen Unterlagen zu nehmen, um sich Aufschlüsse über den Sachverhalt zu verschaffen.



Bei dieser Sachlage hätte die Beklagte als beweisbelastete Partei zunächst den Vortrag der Klägerin über die beiden wesentlichen Kostensteigerungen zu widerlegen gehabt. Insoweit genügte es nicht, die entsprechenden Darlegungen der Klägerin als "nicht nachvollziehbar" zu bezeichnen, worauf sich die Beklagte aber beschränkt hat. Auch im übrigen kann aufgrund des Angebots der Klägerin, Einsicht in die schriftlichen Unterlagen zu nehmen, nicht angenommen werden, die Beklagte sei zur Ermittlung des rechtserheblichen Sachverhalts nicht in der Lage gewesen, während sich die Klägerin die erforderlichen Informationen leicht habe verschaffen können. Nach Lage der Dinge war offenbar die Durchsicht und Auswertung umfangreicher schriftlicher Unterlagen angezeigt, möglicherweise unter Hinzuziehung einer sachkundigen Person und unter Aufwendung entsprechender Kosten. Die



Grundsätze von Treu und Glauben verlangten in dieser Situation nicht, daß sich gerade die Klägerin dieser Aufgabe unterzog, sondern dies war Sache der darlegungs- und beweisbelasteten Beklagten. Sie muß es daher hinnehmen, daß das Berufungsgericht eine Überzahlung in der sich aus der endgültigen Abrechnung ergebenden Höhe als hinreichend dargetan angesehen hat.

Lohmann

Blumenröhr

Krohn

Zysk

Nonnenkamp

