

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 144/73

URTEIL

Verkündet am

7. Februar 1974

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Gerhard B [REDACTED], H [REDACTED],
A [REDACTED] damm [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Bauunternehmer Anton W [REDACTED] sen. und
Anton W [REDACTED] jun., B [REDACTED], A [REDACTED]
als Gesellschafter bürgerlichen Rechts,

Kläger, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Februar 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Schmidt, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 8. Februar 1973 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kauffrau Margarete V. [REDACTED] und der Beklagte schlossen sich durch notariellen Vertrag vom 20. April 1965 zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen, um ein Grundstück in B. [REDACTED], das sie gemeinsam gekauft hatten, mit Wohnhäusern zu bebauen und diese zu verkaufen. In notarieller Urkunde vom selben Tag bevollmächtigte der Beklagte Frau V. [REDACTED], alle zur Erreichung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Geschäfte vorzunehmen. Die Kläger erhielten Anfang Januar 1966 den Rohbau-Auftrag für 17 Häuser. Im Mai 1966 wurden die Bauarbeiten eingestellt, da das bei dem Bankhaus H. [REDACTED] in B. [REDACTED] geführte Baukonto erschöpft war.

- 3 -

Frau V [REDACTED] hat auf die 147.689,89 DM betragende
Werklohnforderung der Kläger von Januar bis Mai 1965
folgende Zahlungen geleistet:

5.500,--	DM	durch Scheck	am	11. 1.1966
30.000,--	DM	überwiesen	am	8. 3.1966
30.000,--	DM	"	"	11. 3.1966
30.000,--	DM	"	"	4. 4.1966
15.500,--	DM	"	"	12. 4.1966
<u>16.000,--</u>	DM	"	"	4. 5.1966
127.000,--	DM	.		

Die Kläger halten ihre Forderung nur in Höhe von
94.000 DM für getilgt, weil sie in der fraglichen Zeit
folgende Beträge an Frau V [REDACTED] zurückgezahlt haben:

5.500,--	DM	am	11. 1.1966
10.000,--	DM	"	16. 3.1966
5.500,--	DM	"	16. 4.1966
<u>12.000,--</u>	DM	"	10. 5.1966
33.000,--	DM		

Die Kläger haben beantragt, den Beklagten (als Gesamt-
schuldner mit der bereits rechtskräftig verurteilten Frau
V [REDACTED]) zur Zahlung von (147.689,89 DM - 94.000,-- DM =)
53.689,89 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Das Berufungsgericht hat durch Urteil vom 19. Dezem-
ber 1968 den Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfert-
tigt erklärt. Der Senat hat dieses Urteil bestätigt (Be-
schluß vom 18. Januar 1971 - VII ZR 75/69 -).

Im Betragsverfahren hat das Landgericht durch Teilur-
teil vom 25. November 1971 den Beklagten als Gesamtschuldner



neben Frau V[REDACTED] zur Zahlung von (53.689,89 DM - 33.000,-- DM =) 20.689,89 DM nebst Zinsen und durch Schlußurteil vom 16. März 1972 zur Zahlung weiterer 33.000 DM nebst Zinsen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten gegen das Urteil vom 16. März 1972 zurückgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, wendet sich der Beklagte weiterhin gegen die Verurteilung zur Zahlung von 33.000 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht (S. 11) gelangt auf Grund der Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, daß die Kläger die Teilbeträge von insgesamt 33.000 DM nicht als Erfüllung angenommen, sondern zu ihrer Entlastung an die aus Frau V[REDACTED] und dem Beklagten bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts zurücküberwiesen haben und daß Frau V[REDACTED] dieses Geld für das Bauvorhaben verwendet hat.

Daß die Kläger die Beträge von (5.500 + 10.000 + 5.500 + 12.000 =) 33.000 DM zurückgezahlt haben, hat der Beklagte in den Vorinstanzen nicht mehr bestritten. Auch mit der Revision wendet er sich nur gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, diese Rückzahlungen seien als an die Gesellschaft und nicht bloß an Frau V[REDACTED] geleistet anzusehen, ferner gegen die Feststellung, daß Frau V[REDACTED] damit Baukosten beglichen hat.

II.

Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß die Rückzahlungen der Kläger ungewöhnlich waren. Es hebt auch hervor, daß sie nicht auf das Baukonto der Gesellschaft bei der H[REDACTED]-Bank, sondern an Frau V[REDACTED] erfolgten, auch daß einige Rechnungen mit der Art und Weise der Rückzahlungen nicht in Einklang stehen. Anhaltspunkte für eine Manipulation der Kläger zu Frau V[REDACTED]' Gunsten hält es jedoch nicht für gegeben. Nach seiner Ansicht hätte es jeder wirtschaftlichen Vernunft widersprochen, wenn die Kläger in der Annahme, die Gesellschaft befinde sich in Geldschwierigkeiten, Frau V[REDACTED] für persönliche Zwecke vom Baukonto Geld beschafft hätten. Daß Frau V[REDACTED] bevollmächtigt war, die Rückzahlungen auch im Namen des Beklagten entgegenzunehmen, entnimmt es der Frau V[REDACTED] vom Beklagten erteilten notariellen Vollmacht, ihn in allen mit dem Bauvorhaben zusammenhängenden Geschäften zu vertreten. Darüber hinaus stellt es fest, die Kläger hätten gewußt, daß Frau V[REDACTED] zugleich im Namen des Beklagten handelnd auftrat. Die Rücküberweisungen wertet es als sich im Rahmen des Bauvorhabens haltende Geschäfte, die allein dessen Abwicklung dienten. Unerheblich sei, daß Frau V[REDACTED] nach dem notariellen Vertrag vom 20. April 1965 im Innenverhältnis zum Beklagten die Baukosten allein zu tragen hatte.

III.

Die Revision greift ausschließlich die Würdigung der unstreitigen Umstände und der erhobenen Beweise durch das Berufungsgericht an. Ein Rechtsfehler ist jedoch insoweit nicht erkennbar.

1. Unrichtig ist die Ansicht der Revision, die Kläger treffe in Anbetracht ihres für Bauunternehmer unüblichen Verhaltens die Beweislast dafür, daß den Rückzahlungen keine unlautere Manipulation zugunsten von Frau V. zugrunde lagen und daß sie den Bauten zugute gekommen seien.

Die von Frau V. an die Kläger geleisteten Zahlungen und die Rückzahlung an Frau V. stehen fest. Die die Rücküberweisungen betreffenden Schreiben der Kläger vom 7. Januar 1966, 16. März 1966, 6. April 1966 und 5. Mai 1966 waren an Frau V. zu Händen des Architekten gerichtet mit der Bitte, die Rücküberweisungen dem Baukonto der Kläger gutzubringen. Die an den Architekten gerichteten Mitteilungen oder Rückzahlungen betrafen die von ihm betreute Gesellschaft. Bei dieser Sachlage muß der Beklagte seine Behauptung beweisen, die Kläger hätten mit den Rückzahlungen unlautere Manipulationen zugunsten von Frau V. bezweckt. Das Landgericht hat ihn bereits in der Verhandlung vom 2. Juli 1971 darauf hingewiesen, daß seine erst fünf Jahre nach Prozeßbeginn erhobene dahingehende Behauptung nicht substantiiert sei.

2. Die erste Rückzahlung von 5.500 DM am 11. Januar 1966 (BU S. 4) betrifft den zur Einrichtung der Baustelle von den Klägern mit Schreiben vom 7. Januar 1966 angeforderten Betrag von 5.500 DM. Auftretender Frost verhinderte diese Vorarbeit. Den Klägern wurde dieser Betrag vom 11. Januar 1966 auf ihrem Konto gutgeschrieben. Am selben Tag stellten sie Frau V. einen Scheck über 5.500 DM aus.

Die Revision findet es ungewöhnlich, daß die Kläger den Betrag von 5.500 DM, bevor der Architekt ihnen mit

Schreiben vom 8. Januar 1966 den Bauauftrag erteilt hatte, bereits angefordert hatten, ferner daß sie ihn am selben Tag, an dem er auf ihrem Konto gutgeschrieben wurde, schon wieder mittels des Schecks zurückerstatteten. Nach Ansicht der Revision folgt aus dem Verhalten der Kläger, daß sie mit dem am 11. Januar 1966 ausgehändigten Scheck Frau V[REDACTED] persönlich ein Darlehen gewährt haben, das nicht zu Lasten des Beklagten gehe.

Diese Folgerung der Revision ist nicht zwingend.

a) Das Schreiben des Architekten vom 8. Januar 1966 ergibt, daß die Erteilung des Bauauftrags an die Kläger schon am Tage zuvor besprochen worden ist. Die Kläger haben somit den Vorschuß von 5.500 DM für die Einrichtung der Baustelle nicht schon vor Erteilung des Bauauftrags angefordert.

b) Das Berufungsgericht hält es für einfacher, einen angewiesenen, aber noch nicht gutgeschriebenen Betrag durch Aushändigung eines Schecks zurückzuzahlen als die Anweisung anzuhalten. Es findet es deshalb nicht auffallend, daß die Kläger den Scheck über die Rückzahlung am selben Tag ausgestellt haben, an dem die Gutschrift auf ihrem Konto erfolgte. Diese tatrichterliche Erwägung kann nicht aus Rechtsgründen beanstandet werden.

c) Das Berufungsgericht folgt der vom Architekten G[REDACTED] bei seiner Vernehmung am 2. Juli 1971 bestätigten Behauptung der Kläger, daß sie den zunächst als Vorschuß für die Einrichtung der Baustelle am 7. Januar 1966 vereinbarten Betrag von 5.500 DM deshalb mittels Scheck an Frau V[REDACTED] wieder zurückgezahlt hätten, weil diese Arbeiten

wegen des inzwischen eingetretenen Frostes aufgeschoben werden mußten. Es glaubt den Klägern auch, daß diese Rückzahlung ihrer Geschäftspraxis entsprach. Einen durchgreifenden Einwand vermag die Revision dieser Würdigung nicht entgegenzuhalten. Sie bindet deshalb das Revisionsgericht.

3. Als Adressat der weiteren Rückzahlungen vom 16. März 1966 über 10.000 DM, vom 6. April 1966 über 5.500 DM und vom 10. Mai 1966 über 12.000 DM, die der Gesellschaft zugeflossen und für das Bauvorhaben verbraucht worden sind, sieht das Berufungsgericht ebenfalls die Gesellschaft an, denn die Kläger hätten diese Rückzahlungen mit Begleitschreiben zu Händen des Architekten angezeigt und um entsprechende Berichtigung des Baukontos gebeten.

Inwiefern diese Feststellung, wie die Revision meint, in Widerspruch zu den Bekundungen des Architekten G. und der Frau V. stehen soll, ist nicht ersichtlich. Frau V. hat die angeforderten Beträge an die Kläger gezahlt und diese haben die Rückzahlungen an Frau V. geleistet unter Benachrichtigung des Architekten G. und mit der Bitte, das Baukonto zu berichtigen. Alle diese Maßnahmen waren durch die vom Beklagten Frau V. erteilte Vollmacht gedeckt und gingen daher auch zugunsten und zu Lasten des Beklagten.

4. Die Feststellung, daß Frau V. die von den Klägern zurückgezahlten Beträge für das Bauvorhaben verbraucht hat, stützt das Berufungsgericht auf deren Bekundung vom 8. Februar 1972, die es für glaubwürdig hält.

a) Dem kann die Revision nicht entgegenhalten, Frau V[REDACTED] habe bei ihren früheren Vernehmungen vom 20. Oktober 1967 und 4. November 1968 davon nicht gesprochen. Dazu bestand damals kein Anlaß. Die Kläger hatten zwar bereits dem Schriftsatz vom 7. November 1966 eine Aufstellung der Zahlungen und Rückzahlungen beigelegt. Der Beklagte hat jedoch erst nachdem das Grundurteil rechtskräftig geworden war und nachdem das Landgericht (im Auflagen- und Beweisbeschuß vom 15. April 1971) von den Klägern Belege für die Rückzahlungen angefordert hatte, im Schriftsatz vom 27. Mai 1971 erstmals behauptet, die Kläger hätten überhöhte Baurechnungen eingereicht, um die überschießenden Beträge Frau V[REDACTED] zukommen zu lassen. Bis dahin bestand weder für das Landgericht ein Anlaß, Frau V[REDACTED] bei ihren beiden vorausgegangenen Vernehmungen über die Verwendung der an sie zurückgezahlten Beträge zu befragen, noch ist ein Grund ersichtlich, warum Frau V[REDACTED] sich von sich aus dazu hätte äußern sollen.

b) Frau V[REDACTED] hat nach ihrer Bekundung, der das Berufungsgericht folgt, die an sie zurücküberwiesenen Beträge zur Abdeckung von Auslagen für das Bauvorhaben verwendet. Damit sind diese Beträge an die Gesellschaft zurückgeflossen, denn es macht keinen Unterschied, ob Frau V[REDACTED] die Auslagen unmittelbar aus dem Baukonto beglichen oder die an sie zurückgelangten Beträge dafür verwendet hat.

V.

Nach § 97 ZPO hat der Beklagte die Kosten seiner unbegründeten Revision zu tragen.

Vogt

Erbel

Schmidt

Recken

Doerry