

BUNDESGERICHTSHOF 2089 001

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 159/64

URTEIL

Verkündet am

31. Mai 1965
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans W [REDACTED], B [REDACTED] (G [REDACTED]),
O [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann und Ingenieur Friedrich E [REDACTED],
B [REDACTED] (Sch [REDACTED]), M [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 9. März 1964 in folgenden Punkten abgeändert:
 1. Von den dem Kläger zugesprochenen Beträgen sind am 6. Februar 1963 gezahlte 4.135 DM und am 18. Februar 1963 gezahlte 2.821,97 DM abzusetzen. Insoweit wird die Klage abgewiesen.
 2. Die vor dem Berufungsgericht und im ersten Revisionsverfahren entstandenen Kosten werden zu 3/10 dem Kläger und zu 7/10 dem Beklagten auferlegt.
- II. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.
- III. Von den Kosten des zweiten Revisionsverfahrens haben der Kläger 2/5 und der Beklagte 3/5 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger gewährte dem Beklagten im Juli 1960 ein Darlehen von 62.000 DM. Der Beklagte zahlte nur einen Teil des Darlehens zurück. Die restliche Darlehensforderung in Höhe von 45.000 DM nebst Zinsen hat der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit eingeklagt.

Für den Sach- und Streitstand wird im übrigen auf das Urteil des erkennenden Senats VII ZR 229/62 vom 24. Juni 1963 (WM 1963, 834) Bezug genommen, durch das der Senat die Sache an das Kammergericht zurückverwiesen hat.

Dieses hat den Beklagten verurteilt, dem Kläger 45.000 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Herausgabe von 42 Wechseln zu zahlen. Die Kosten des ersten Rechtszugs hat es zu 1/4 dem Kläger und zu 3/4 dem Beklagten, die weiteren Kosten des Rechtsstreits zu 1/5 dem Kläger und zu 4/5 dem Beklagten auferlegt.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, die Klage in Höhe von 17.142,31 DM nebst den auf diesen Betrag entfallenden Zinsen abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält den Darlehensvertrag für wucherisch und nichtig, den Beklagten aber zur Zahlung der 45.000 DM unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung für verpflichtet. Von dieser rechtlichen Beurteilung gehen auch beide Parteien im Revisionsverfahren aus. Die Revision meint aber, der Anspruch des Klägers mindere sich um 17.142,31 DM, weil in dieser Höhe die Bereicherung des Beklagten weggefallen sei oder er doch mit Gegenfor-



derungen in dieser Höhe wirksam aufgerechnet habe.

II.

Auf Grund des ersten Berufungsurteils hat der Kläger vom Beklagten Beträge von 4.135 und 2.821,97 DM nebst Zinsen erhalten. Im ersten Revisionsurteil wurde der Kläger nach § 717 Abs. 3 ZPO verurteilt, diese Beträge zurückzuzahlen. Dies ist jedoch nicht geschehen.

Der Beklagte hat im Ergebnis darin recht, daß er jetzt in Höhe der geleisteten 4.135 und 2.821,97 DM nicht mehr verurteilt werden durfte.

Das ergibt sich zwar nicht schon daraus, daß diese Beträge auf Grund des ersten Berufungsurteils von ihm gezahlt oder bei ihm beigetrieben worden sind. Der Empfang dieser Beträge durch den Kläger war nur vorläufiger Art und ergab sich aus der vorläufigen Vollstreckbarkeit des ersten Berufungsurteils. Als solche vorläufige Leistung hat auch der Beklagte diese Zahlungen betrachtet, wie sich daraus ergibt, daß er die Beträge nach Aufhebung des ersten Berufungsurteils gemäß § 717 Abs. 3 ZPO zurückverlangt hat. Die Leistung stellte deshalb weder eine Erfüllung des Bereicherungsanspruchs des Klägers dar noch berührte sie sonst diesen Anspruch in seinem materiellen Bestand.

Das hat sich aber im zweiten Berufungsverfahren geändert. Hier hat der Beklagte im Schriftsatz vom 25. Oktober 1963 (S. 25) eindeutig erklärt, daß die 4.135 und 2.821,97 DM dem Kläger endgültig verbleiben und deshalb von der Klageforderung abgesetzt werden sollen. Danach sollten also die Beträge zur teilweisen Erfüllung der Klageforderung dienen.

Der Kläger hat das nicht zurückgewiesen, sondern sich damit einverstanden erklärt. Zwar hat er zunächst (S. 19 des Schriftsatzes vom 7. Oktober 1963) vorgetragen, alle beim Beklagten beigetribenen Zahlungen seien auf die Kosten, mit denen offensichtlich die Kosten des vorliegenden Rechtsstreits gemeint sind, zu verrechnen. Das konnte der Kläger jedoch nicht beanspruchen, da er z.Zt. dieser Erklärung nur einen aufschiebend bedingten Anspruch auf Kostenerstattung hatte. Als Zurückweisung des Erfüllungsangebots kann das Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 7. Oktober 1963 nicht gewertet werden, nachdem der Kläger im späteren Schriftsatz vom 7. November 1963 (S. 6) unmißverständlich erklärt hat, daß er auf das Angebot des Beklagten eingehe, das Gezahlte endgültig zu behalten, und es ihm gutbringe. Das muß dahin verstanden werden, daß er den Empfang als Teilerfüllung der Ansprüche gelten lasse, die ihm nach materiellem Recht zustanden, nicht als Leistung auf einem damals noch nicht existenten Kostenerstattungsanspruch. Eine andere Auslegung der Erklärung des Klägers wäre mit Treu und Glauben nicht vereinbar; wenn er das Angebot des Beklagten annahm, das Geld endgültig zu behalten, so lag darin aus der Sicht des Beklagten die Einigung, daß durch die früheren Zahlungen nunmehr in deren Höhe die materiellen Ansprüche des Klägers erfüllt sein sollten.

III.

Der Beklagte hatte vor dem Berufungsgericht geltend gemacht, von der Klageforderung seien weitere 43,47 + 102,23 = 145,70 DM abzusetzen, die er in zwei Vollstreckungsverfahren, die der Kläger auf Grund des ersten Berufungsurteils betrieben habe, diesem als Kosten habe erstatten müssen.

Das Berufungsgericht lehnt das ab mit der Begründung, über diese Kosten sei im Vollstreckungsverfahren zu entscheiden.

Die Revision rügt Verletzung des § 788 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift habe der Beklagte, weil das erste Berufungsurteil aufgehoben worden sei, Anspruch auf Erstattung der Kosten.

Ein solcher Anspruch besteht jedoch nicht.

Den Betrag von 102,23 DM mußte der Beklagte zahlen, weil ein von ihm im Offenbarungseidsverfahren gestellter Vollstreckungsschutzantrag auf seine Kosten zurückgewiesen worden war und das Vollstreckungsgericht die hierwegen dem Kläger vom Beklagten zu erstattenden Kosten auf 102,23 DM festgesetzt hatte. Den Antrag auf Erstattung des Kostenbetrags von 43,47 DM leitet der Beklagte nach dem Schriftsatz vom 16. Oktober 1963 (S. 30) daraus her, daß der Kläger auf Grund des ersten Berufungsurteils ein vorläufiges Zahlungsverbot erwirkt habe, daß er, der Beklagte, sich hiergegen erfolglos gewehrt und deshalb dem Gegner 43,47 DM Kosten habe zahlen müssen. Danach ist seinem Vorbringen zu entnehmen, daß ihm in den beiden Verfahren wegen Erfolglosigkeit seiner Rechtsbehelfe die Kosten vom Gericht auferlegt und gegen ihn festgesetzt worden sind.

Bei dieser Sachlage greift § 788 Abs. 2 ZPO nicht zu Gunsten des Beklagten ein.

Es kann auf sich beruhen, ob in § 788 ZPO unter Kosten der Zwangsvollstreckung auch die Kosten besonderer Rechtsbehelfe zu verstehen sind, deren sich der Schuldner gegenüber

der vom Gläubiger betriebenen Vollstreckung bedient (bejahend Wieczorek, ZPO, § 788 D II; anscheinend auch Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., § 788 III; verneinend grundsätzlich Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., § 182 IV; Baumbach, ZPO, 28. Aufl., § 788 Anm. 5; Donau, NJW 1957, 636; OLG Hamm NJW 1957, 28). Es braucht auch nicht auf die besondere Regelung eingegangen zu werden, die § 788 Abs. 3 ZPO für die durch einen Antrag auf Vollstreckungsschutz entstandenen Kosten trifft, die danach grundsätzlich vom Schuldner, auch wenn er im Vollstreckungsschutzverfahren obsiegt, zu tragen sind.

Jedenfalls erfaßt § 788 ZPO^f nur notwendige Kosten der Zwangsvollstreckung. Das wird in Abs. 1 des § 788 ZPO ausdrücklich hervorgehoben, gilt aber nach dem Zusammenhang der Vorschrift auch für Abs. 2. Als notwendige Kosten können aber nicht solche angesehen werden, die durch einen unbegründeten Rechtsbehelf des Schuldners entstehen und ihm demgemäß durch Kostenentscheidung des Vollstreckungsgerichts auferlegt werden. Diese Kosten gehen deshalb nach Ansicht des Senats stets und auch dann, wenn das die Grundlage der Vollstreckung bildende Urteil aufgehoben wird, endgültig zu Lasten des Schuldners.

Auch § 717 Abs. 3 ZPO rechtfertigt den Anspruch des Beklagten auf Erstattung der in Höhe von 145,70 DM entstandenen Vollstreckungskosten nicht. Nach Satz 3 dieser Vorschrift bestimmt sich die Erstattungspflicht des Klägers nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Ohne Rechtsgrund hat aber der Kläger die 145,70 DM nicht erhalten, da sie ihm auf Grund der Kostenentscheidung des Vollstreckungsgerichts zustehen.

IV.

Der Beklagte hat ferner geltend gemacht, von der Klageforderung seien die ihm im vorliegenden Rechtsstreit entstandenen Kosten abzusetzen, die er auf 10.039,64 DM beziffert.

Hiermit kann er, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, keinen Erfolg haben. Die gegenteilige Meinung der Revision, insoweit sei die Bereicherung des Beklagten gemindert oder weggefallen, ist nicht haltbar. Aus ihr würde folgen, daß ein Beklagter, der sich ohne Grund gegen einen Bereicherungsanspruch wehrt und im Rechtsstreit über den Bereicherungsanspruch unterliegt, gleichwohl die Kosten auf den Kläger und Bereicherungsgläubiger abwälzen könnte. Dieses Ergebnis ist offensichtlich unannehmbar. Soweit der beklagte Bereicherungsschuldner sich mit Recht und Erfolg verteidigt, entstehen ihm keine Kosten, und seine Interessen werden insoweit durch die im Rechtsstreit ergehende Kostenentscheidung genügend geschützt.

V.

Nach allem mindert sich die Verurteilung des Beklagten um die Beträge von 4.135 und 2.821,97 DM. Soweit die Revision die Anrechnung weiterer Beträge beansprucht, ist sie unbegründet.

Auch die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts ist nicht in dem von der Revision beantragten Umfange zu ändern.

Zu Unrecht meint sie, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Kläger mit der Klage aus dem Darlehensvertrag nicht durchgedrungen und ihm nur ein Bereicherungsanspruch zuerkannt worden sei. Das geht fehl. Maßgebend ist, daß die Klage auf Zahlung von 45.000 DM Erfolg gehabt hat. Ob der Anspruch aus Darlehen oder ungerechtfertigter Bereicherung zuerkannt worden ist, ist für die Kostenentscheidung ohne Bedeutung.

Dem Umstand, daß der Kläger mit Zinsansprüchen abgewiesen worden ist und nur eine Verurteilung Zug um Zug gegen Herausgabe von Wechseln erzielt hat, hat das Berufungsgericht bei der Kostenentscheidung angemessen Rechnung getragen.

Eine Abänderung der Kostenentscheidung des Berufungsgerichts ist jedoch insoweit geboten, als nunmehr seine Entscheidung zur Sache geändert wird. Da dies erst auf Grund der im Laufe des 2. Berufungsverfahrens eingetretenen Teilerfüllung des Klageanspruchs geschieht, ist es angemessen, es für den ersten Rechtszug bei der Kostenentscheidung des Kammergerichts zu belassen und auch bei den weiteren, bis zum Abschluß des zweiten Berufungsverfahrens entstandenen Kosten den vom Kläger zu tragenden Teil nur gering, von 1/5 auf 3/10, zu erhöhen.

Von den Kosten des 2. Revisionsverfahrens muß der Kläger, der hier mit 6.956,97 DM bei dem Streitwert von 17.142,31 DM unterliegt, 2/5 tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt