

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2188 030

49

BGB §§ 812, 818 Abs. 3

Der Grundsatz, daß der bei der Nichtigkeit eines Vertrags entstehende Bereicherungsanspruch von vornherein auf Herausgabe des aus den beiderseits erbrachten Leistungen ermittelten Überschusses geht, gilt sinngemäß auch dann, wenn die Leistungen ungleichartig sind. In einem solchen Falle hat der Bereicherungskläger die ungleichartige Gegenleistung schon im Klageantrag derart zu berücksichtigen, daß er deren Rückgewähr Zug um Zug anbietet. Der Bereicherungsbeklagte ist nicht darauf angewiesen, insoweit ein Zurückbehaltungsrecht geltend zu machen.

BGH, Urt. v. 24. Juni 1963 - VII ZR 229/62 - KG Berlin
LG Berlin

Verkündet
am 24. Juni 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

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 Friedrich E [REDACTED], B [REDACTED]-S [REDACTED], M [REDACTED]
straße [REDACTED],
Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Dr. Heimann-Trosien, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Kammergerichts vom 2. November 1962 aufgehoben.

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

Der Kläger wird verurteilt, dem Beklagten 4.135 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 6. Februar 1963 und weitere 2.821,97 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. Februar 1963 zurückzuzahlen. Der weitergehende Zinsanspruch wird abgewiesen.

Von Rechts wegen

46

Tatbestand:

Der Beklagte hatte sich in einem Vergleich mit dem B. S. in M. (E.) verpflichtet, diesem 62.000 DM spätestens am 20. Juli 1960 zu zahlen. Um sich die hierzu erforderlichen Mittel zu verschaffen, schloß er mit dem Kläger am 18. Juli 1960 einen schriftlichen Darlehensvertrag. Nach diesem Vertrag gewährte der Kläger dem Beklagten ein Darlehen von 62.000 DM; der Beklagte erhielt einen Scheck über 30.000 DM und Wechselakzepte des Klägers über 32.000 DM.

In Ziffer II des Vertrages verpflichtete sich der Beklagte, dem Kläger "über die bereits gegebenen 25.000 DM Akzepte weitere Akzepte über 37.000 DM" zu geben. Der Kläger durfte diese Akzepte diskontieren lassen. Die Diskontspesen gingen zu Lasten des Beklagten. Der Kläger verpflichtete sich, die Wechsel "selbst einzulösen bzw. zu prolongieren", solange der Beklagte seiner Verpflichtung, das Darlehen nebst Zinsen ratenweise zurückzuzahlen, pünktlich nachkam.

Nach Ziffer III des Vertrages hatte der Beklagte 10 v.H. Zinsen jährlich von 62.000 DM = rund 515 DM monatlich zu zahlen, und zwar bis zur völligen Abdeckung der Darlehensschuld - gleichgültig wie hoch der Rest der Hauptsumme war. Der Beklagte war zur vorzeitigen Ablösung berechtigt. Die Zinsen waren erst im Anschluß an die Rückzahlungsraten der Darlehenssumme monatlich zu zahlen. Nach Ziffer IV war die Darlehensschuld einschließlich Zinsen ab 1. Januar 1961 mit 1.000 DM und ab 1. Januar 1962 mit 5.000 DM monatlich zu tilgen.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87 a ff. UrhG geschützt.



Der Beklagte hat auf das erhaltene Darlehen die für das Jahr 1961 vorgesehenen Monatsraten, insgesamt 12.000 DM, zurückgezahlt.

Die erste Rate von 5.000 DM für das Jahr 1962 hat er nicht geleistet. In einem Vorprozeß ist er zur Zahlung dieser Rate nebst Zinsen rechtskräftig verurteilt worden. Er hat auch die folgenden Raten nicht gezahlt.

Der Kläger hat dann im vorliegenden Rechtsstreit die gesamte restliche Darlehensforderung eingeklagt und beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihm 45.000 DM nebst 10 % Zinsen von 62.000 DM seit dem 1. August 1960 zu zahlen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, der Darlehensvertrag sei nützlich, weil der Kläger in sittenwidriger Weise seine Notlage, die sich aus seiner Verschuldung bei dem BSK ergab, ausgenutzt und sich übermäßige Vorteile für das Darlehen habe versprochen lassen. Der Kläger habe ihn auch geschädigt, da er die vom Beklagten akzeptierten Wechsel nicht rechtzeitig eingelöst habe und es dadurch zu Wechselprotesten gekommen sei. Mit dem Anspruch auf Ersatz des dadurch entstandenen Schadens rechnet der Beklagte vorsorglich auf. Er macht ferner ein Zurückbehaltungsrecht geltend, weil der Kläger die ihm ausgehändigten Wechsel nicht zurückgegeben habe.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, 45.000 DM nebst 10 % Zinsen von 62.000 DM für die Zeit vom 1. August 1960 bis zum 31. Dezember 1961 und von 57.000 DM seit dem 1. Januar 1962 zu zahlen; den weitergehenden Zinsanspruch hat es abgewiesen. Das Kammergericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die völlige Abweisung der Klage. Er beantragt ferner, den Kläger zur Zahlung von 4.135 DM und weiteren 2.821,97 DM nebst Zinsen zu verurteilen; diese Beträge hat der Kläger auf Grund des Berufungsurteils vom Beklagten erhalten.

Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß ein wirksamer Darlehensvertrag zustandegekommen und der Beklagte verpflichtet ist, das Darlehen zurückzuzahlen und die vereinbarten Zinsen zu entrichten.

Die Revision meint, einen Anspruch aus Darlehen könne der Kläger nur in Höhe des hingegebenen Schecks über 30.000 DM erheben. Soweit er dem Beklagten Akzepte gegeben habe, also in Höhe von 32.000 DM, kämen nur Ansprüche aus Geschäftsbesorgung (§ 675 BGB) in Betracht.

Indessen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht die gesamte Forderung des Klägers als Darlehensforderung behandelt hat. Die Parteien haben unmißverständlich den ganzen Betrag von 62.000 DM als Darlehen bezeichnet. Dieser Betrag ist dem Beklagten voll zugeflossen und zur Tilgung seiner Schuld bei dem B. verwendet worden (S. 7 BU). Daß ein Teil des Betrages dem Beklagten in Gestalt von Akzepten zugewandt worden ist, ändert nichts daran, daß auch dieser Betrag darlehensweise gewährt worden ist. Der Hinweis der Revision auf die Entscheidung des Bundesgerichts-

hofs in BGHZ 19, 282 rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dort ist nur gesagt, daß der Vertrag mit einer Bank über die Gewährung eines Akzeptkredits je nach den getroffenen Vereinbarungen eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand haben oder eine Darlehensabrede enthalten könne. Der dort entschiedene Fall liegt anders als der vorliegende; die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen lassen kaum einen Zweifel am Darlehenscharakter des Geschäfts; jedenfalls durften sie vom Berufungsgericht als Darlehensvertrag aufgefaßt werden.

II.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist der Vertrag weder nach § 138 Abs. 2 noch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Es legt dar, der sich aus dem Vertrag ergebende Durchschnittszinssatz für die gesamte Laufzeit des Darlehens betrage etwas mehr als 20 %. Das sei zwar viel, halte sich aber noch im Rahmen des Erlaubten.

Es berücksichtigt zugunsten der Wirksamkeit des Vertrags, daß der Beklagte Zinsen erst im Anschluß an die Darlehenssumme habe zu zahlen brauchen und daß ihm damit die Zinszahlungen mehr als zwei Jahre gestundet worden seien. Ferner hebt es hervor, daß der Beklagte berechtigt gewesen sei, das Darlehen jederzeit abzulösen.

Das Kammergericht führt weiter aus, es lasse sich nicht feststellen, daß der Kläger eine Notlage des Beklagten ausgenutzt hätte. Der Kläger habe sich auch nicht Vorteile in einer Weise zubilligen lassen, die dem Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprochen hätte.

III.

Die Revision hält dagegen den Darlehensvertrag für sittenwidrig. Sie macht geltend, das Berufungsgericht habe den Vertragsinhalt nicht erschöpfend gewürdigt. Hierin ist ihr beizutreten.

1) Mit Recht weist die Revision darauf hin, daß der Beklagte außer den Zinsen von mehr als 20 % auch die Diskontspesen für die Wechsel zu tragen hatte, die er dem Kläger nach Ziffer II des Vertrages geben mußte. Diese Bestimmung hatte zwar nicht zur Folge, daß der Kläger eine höhere Verzinsung erzielte. Der "Zwischenzins in Form der Diskontspesen", von dem die Revisionsbegründung spricht, kam nicht dem Kläger, sondern der jeweils diskontierenden Bank zugute. Im Rahmen des § 138 Abs. 2 BGB sind aber auch Vorteile zu berücksichtigen, die einem Dritten versprochen oder gewährt werden. Auch der Kläger selbst zog, wie noch dargelegt wird, Vorteile aus der Regelung in Ziffer II des Vertrags. Durch diese wurde der Beklagte über die schon sehr hohe Verzinsung hinaus zusätzlich in erheblichem Maße belastet. Die Regelung in Ziffer II läßt erkennen, daß der Beklagte, solange das Darlehen lief, Wechselakzepte in Höhe der jeweils noch bestehenden Darlehensschuld zur Verfügung stellen sollte und daß der Kläger dann diese Akzepte diskontieren lassen wollte. Bei der begrenzten Laufzeit, die Wechsel üblicherweise haben, mußten notwendig Prolongationswechsel gegeben werden. So war es in Ziffer II des Vertrags vorgesehen und so ist es auch tatsächlich gehandhabt worden, wie sich aus dem Vorbringen beider Parteien ergibt. Die durch diese Handhabung entstehende Belastung des Beklagten mit Spesen war beträchtlich. Der Kläger hat in den Beiakten 92. O. 78/61 des Landgerichts Berlin für die Zeit vom 15. Oktober 1960 bis zum 3. August 1961 die Höhe der Spesen mit rund 6.500 DM errechnet (S. 2 des Schriftsatzes vom 25. Oktober 1962).

Belastete die Regelung in Ziffer II des Vertrages demnach den Beklagten zusätzlich, so sollte sie andererseits dem Kläger zusätzliche Vorteile verschaffen. Er erhielt zwar, wie schon bemerkt, auf diese Weise keinen höheren Zins, aber er konnte und wollte durch die vorgesehene Diskontierung sich die Mittel für den Kredit, den er dem Beklagten gewährte, seinerseits beschaffen und es vermeiden, eigenes Kapital für das Darlehen aufzuwenden. Daß dieser Zweck mit der Bestimmung in Ziffer II des Vertrages von ihm verfolgt wurde, hat der Kläger in dem Rechtsstreit 92. O. 78/61 selbst vorgetragen. Nach dem Schriftsatz vom 13. Juni 1962 (S. 1) hat er beim Vertrags-schluß dem Beklagten erklärt, er sei nicht willens, die Beträge aus seinem Geschäft zu ziehen, er müsse vielmehr dafür Wechsel vom Beklagten bekommen. Im Schriftsatz des Klägers vom 3. September 1962 (S. 4) heißt es, daß dem Kläger durch die Diskontierung die aus dem Betrieb entnommenen Barmittel kurzfristig wieder in bar zugeführt werden sollten. So hat auch das Landgericht in jenem Rechtsstreit festgestellt, Sinn und Zweck der Vereinbarung in Ziffer II des Vertrages sei es gewesen, dem Kläger die für die Gewährung des Darlehens erforderlichen Mittel zu verschaffen.

Ferner hat das Berufungsgericht der Tatsache nicht voll Rechnung getragen, daß der Beklagte "bis zur vollständigen Abwicklung der Darlehensschuld" (Ziff. III des Vertrages) monatlich 515 DM an Zinsen zu zahlen hatte ohne Rücksicht darauf, wieviel er noch am Kapital schuldete. Wenn der Beklagte die im Vertrag für die Rückzahlung festgelegten Raten einhält, ergab sich aus dieser Vertragsbestimmung, wie das Berufungsgericht übereinstimmend mit den Angaben der Parteien feststellt, ein Zinssatz von etwas mehr als 20 %. Aus den Bestimmungen in Ziff. III und V des Vertrages geht aber hervor, daß der Beklagte, auch wenn er in Verzug geriet, den Zinsbetrag von 515 DM monatlich weiter zahlen mußte, bis das Kapital ganz

zurückgezahlt war; anders können die genannten Vertragsbestimmungen kaum ausgelegt werden, und diese Auslegung liegt auch dem Klageantrag zugrunde. Auf diese Weise wuchs bei verzögerter Zahlung die Belastung mit Zinsen ganz erheblich an. Hatte der Beklagte bei vertragsmäßiger Tilgung, für die 27 Monate vorgesehen waren, $27 \times 515 = 13.905$ DM Zinsen zu zahlen, so betrugen z.B. die Zinsen, wenn sich die völlige Tilgung des Kapitals um 8 Monate verzögerte, $35 \times 515 = 18.025$ DM, was einem Zinssatz von über 29 % entspräche. Im Verzugsfall, der bei Verschuldung des Beklagten leicht eintreten konnte, konnte sich so eine sehr drückende Zinslast ergeben, die besonders dann, wenn nur ein verhältnismäßig geringer Rest des Kapitals noch nicht getilgt war, sich als ungebührliche Verschärfung der Verzugsfolgen darstellen konnte.

Berücksichtigt man die angeführten, vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Umstände, so entsteht ein anderes Bild vom Inhalt des Vertrages als das vom Berufungsgericht gezeichnete. Sowohl die Belastung des Beklagten wie die Vorteile für den Kläger waren größer, als das Berufungsgericht angenommen hat. Daraus folgt zwangsläufig, daß auch die Frage eines etwaigen Mißverhältnisses der beiderseitigen Leistungen neu gestellt werden muß. Schließlich können die zusätzliche Belastung des Beklagten und die daraus für den Kläger folgenden Vorteile auch die Beurteilung des subjektiven Tatbestands, insbesondere der Beweggründe des Klägers und des von ihm verfolgten Zwecks, beeinflussen.

Nach allem muß das Berufungsgericht die Frage, ob der Vertrag wucherisch ist (§ 138 Abs. 2 BGB) oder sonst gegen die guten Sitten verstößt (§ 138 Abs. 1 BGB), unter Berücksichtigung der angeführten Umstände von neuem prüfen. Dabei darf allerdings auf der anderen Seite auch nicht außer acht gelassen werden, daß in der Gewährung des Darlehens ein erhebliches Risiko für den Kläger lag.

Soweit der Wuchertatbestand in Betracht zu ziehen ist, wendet sich die Revision mit Recht noch gegen die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Notlage des Beklagten verneint. Das Berufungsgericht hebt in diesem Zusammenhang hervor, daß der Beklagte über erhebliche Einkünfte verfügte. Diese sieht es in dem Provisionseinkommen aus dem Vertrag mit dem B. Hierbei ist überschen, daß dieser Vertrag und die Einkünfte aus ihm für den Beklagten auf dem Spiele standen, als er das Darlehen des Klägers aufnahm. Er war auf dieses Darlehen gerade angewiesen, um den Vergleich mit dem B. erfüllen zu können und sich die Möglichkeit zu erhalten, dort weiterhin tätig zu werden und dadurch Provisionseinnahmen zu erzielen.

2) Die Revision führt noch einen anderen Gesichtspunkt an, aus dem sich nach ihrer Ansicht die Sittenwidrigkeit des Vertrags ergeben soll. Sie weist darauf hin, daß es sich bei den vom Beklagten hingegebenen Akzepten um reine Finanzwechsel gehandelt habe, denen kein Warenumsatz zugrunde gelegen habe. Sie meint, die Hingabe dieser Wechsel habe auch die Gefahr mit sich gebracht, daß Dritte, insbesondere Kreditinstitute, getäuscht und geschädigt würden. Sie hält die Art und Weise, wie sich der Kläger mit den Akzepten des Beklagten Geld beschafft habe, auch wegen dieser Gefährdung Dritter für sittenwidrig und beruft sich für diese Meinung auf die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in BGHZ 27, 172 und LM § 138 BGB, C a 3 = WM 1959, 786.

Bei den dort entschiedenen Fällen handelte es sich um Geldbeschaffung durch laufenden Austausch von Akzepten zur Diskontierung. Ob ein solcher Fall auch hier gegeben ist, läßt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen. Der Kläger hat einen Teil des Darlehens in Form von Wechselakzepten gegeben. Diese sollten vom Beklagten dem B. in Zahlung gegeben werden. Es ist nichts darüber festgestellt, ob vorgesehen war, daß durch Diskontierung dieser Akzente Geld beschafft werden sollte.

Immerhin ist der Revision zuzugeben, daß das Verfahren, wie hier das gewährte Darlehen "refinanziert" wurde, auch unter dem Gesichtspunkt der möglichen Schädigung Dritter nicht unbedenklich ist. Bei der Verschuldung des Beklagten war eine Einlösung der Wechsel durch ihn recht unsicher. Zwar war der Kläger selbst, solange der Beklagte die Darlehensraten zahlte, zur Einlösung verpflichtet und anscheinend auch dazu in der Lage. Doch mußte bei den ungünstigen Verhältnissen des Beklagten in Betracht gezogen werden, daß er auch mit den Darlehensraten in Rückstand geriet. Für diesen Fall lag die Gefahr von Wechselprotesten nahe; zu solchen ist es denn auch nach der Behauptung des Beklagten gekommen (S. 3 BU).

Nach allem wird das Berufungsgericht bei der ohnehin notwendigen neuen Prüfung der Wirksamkeit des Vertrages Anlaß haben, auch den Gesichtspunkt der möglichen Schädigung Dritter zu beachten.

IV.

Bei etwaiger Nichtigkeit des Vertrags kann der Kläger das Kapital gleichwohl nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern. Die Bestimmung des § 817 Satz 2 BGB steht dem nicht entgegen. Sie versagt nicht die Rückforderung von Zuwendungen, die nur zu einem vorübergehenden Zweck gemacht werden und nicht endgültig im Vermögen des Empfängers verbleiben sollen (BGHZ 28, 255, 257). Um eine solche Zuwendung handelt es sich auch bei der Überlassung eines Kapitals als Darlehen (vgl. RGZ 161, 152; BGH in WM 1956, 459 und 1962, 112).

Die Revision stellt eine Bereicherung des Beklagten auf Kosten des Klägers zu Unrecht in Abrede. Seine Schulden bei dem B sind mit Mitteln des Klägers getilgt worden. Eine Be-

reicherung kann nicht deshalb verneint werden, weil der Beklagte dem Kläger Akzepte gegeben hat. Diesem Umstand ist dadurch Rechnung zu tragen, daß der Kläger gegen Rückzahlung des restlichen Darlehenskapitals die Akzepte dem Beklagten herauszugeben hat. Das Berufungsgericht verneint die Verpflichtung des Klägers hierzu mit der Begründung, der Kläger dürfe die Wechsel wegen der von ihm verauslagten Unkosten zurückhalten. Diese Begründung versagt, wenn der Vertrag sich als sittenwidrig erweisen sollte und ein Anspruch des Klägers auf Erstattung der Unkosten deshalb nicht besteht.

Das Berufungsgericht verneint ferner ein "Zurückbehaltungsrecht" des Beklagten, weil er nicht im einzelnen dargetan habe, welche Wechsel er dem Kläger gegeben und welche dieser ihm zurückzugewähren habe. Auch diese Begründung versagt, wenn der Vertrag nichtig ist. In diesem Falle stehen sich nicht wechselseitige, aus der Nichtigkeit folgende Rückgewähransprüche gegenüber, die jeder für sich geltend zu machen wären oder dem Anspruch des anderen Teils nur durch Aufrechnung oder Zurückbehaltung entgegengesetzt werden könnten. Vielmehr wird durch Vergleich der durch den Bereicherungsvorgang hervorgerufenen Vorteile und Nachteile ermittelt, für welchen Beteiligten sich ein Überschuß (Saldo) ergibt. Dieser Beteiligte ist dann Gläubiger eines einheitlichen, von vornherein durch Abzug der ihm zugeflossenen Vorteile beschränkten Bereicherungsanspruchs; ein Bereicherungsanspruch steht also nur einem Teil zu (vgl. u.a. RGZ 137, 324, 336; BGHZ 1, 75, 81; RGRK BGB 11. Aufl. Anm. 19 vor § 812; Staudinger, BGB, 11. Aufl. § 818 Randziff. 47). Eine Beurteilung des Ausgleichs nach den für die Aufrechnung und Zurückbehaltung geltenden Grundsätzen kommt nicht in Betracht (RG aaO; RGZ 105, 29, 32; RG Warn 1915 Nr. 190; Staudinger aaO). Wer vielmehr auf Grund eines nichtigen Vertrages einen Bereicherungsanspruch hat und diesen, d.h. also den Anspruch auf den Überschuß, einklagt, darf sich

nicht darauf beschränken, das von ihm auf Grund des nichtigen Vertrages Geleistete zurückzuverlangen, sondern muß im Rahmen der ihm obliegenden Pflicht, die Bereicherung des Beklagten darzulegen, gleich das mit berücksichtigen, was etwa der Beklagte hingegeben hat, um den Vertrag zu erfüllen (vgl. RGZ 137, 324, 336; RG JW 1936, 1950).

Das wird von der heute in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden "Saldotheorie" fast allgemein anerkannt, sofern sich die beiderseits gemachten Zuwendungen, genauer die nunmehr auszugleichenden Gewinn- und Verlustposten, in Geld ausdrücken und abrechnen lassen (oder soweit andere gleichartige Leistungen auszugleichen sind).

Im vorliegenden Falle läßt sich aus den Verpflichtungen zur Rückgewähr des Darlehenskaptals einerseits und zur Rückgewähr der vom Beklagten hergegebenen Wechsel andererseits ein Überschuß nicht in der Weise ermitteln, daß das Ergebnis der Abrechnung sich in einem vom Kläger zu beanspruchenden Geldbetrag ausdrücken ließe. Gleichwohl bleibt es dabei, daß der Kläger nicht einfach das Darlehenskapital zurückverlangen kann, sondern die vom Beklagten gegebenen Wechsel bei der Feststellung der Bereicherung berücksichtigt werden müssen; sonst würde der Kläger mehr erhalten, als die Bereicherung des Beklagten ausmacht. Der "Überschuß", den allein der Kläger verlangen kann, ist im vorliegenden Falle in der Weise zu beanspruchen, daß er Rückgewähr des Darlehenskaptals Zug um Zug gegen Herausgabe der Wechsel fordert. Da nur in diesem Umfang eine Bereicherung besteht und dem Kläger von vornherein nicht mehr als deren Herausgabe zusteht, muß er - bei Nichtigkeit des Vertrages - von sich aus den Klageantrag auf Zahlung Zug um Zug gegen Rückgabe der Wechsel beschränken.

Der gegenteiligen Auffassung, die in Fällen, wo ungleichartige Leistungen auszugleichen sind, es dem Beklagten auferlegt, seinen Gegenanspruch einredeweise geltend zu machen,

(RG JW 1936, 1950; Staudinger § 818 Randziff. 45 c; Palandt BGB 22. Aufl. § 818 Anm. 6 D), kann nicht beigetreten werden. Sie gibt den Grundsatz, daß sich die Verpflichtung des Bereicherungsschuldners von vornherein auf die Höhe der Bereicherung beschränkt, auf, ohne daß dazu eine Notwendigkeit bestünde. Auch bei ungleichartigen Leistungen ist es dem Bereicherungsgläubiger, ebensowohl wie bei gleichartigen, möglich, die vom Beklagten erbrachte Gegenleistung von vornherein bei der Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs zu berücksichtigen. Es ist kein Grund erkennbar, aus dem ihm das nicht anzusehen wäre, wenn man sich vor Augen hält, daß er oben nur die wirkliche Bereicherung des Beklagten herausverlangen kann. Dieser braucht also auch in solchen Fällen nicht erst eine Einrede zu erheben (so auch Erman BGB 3. Aufl. § 818 Anm. 6 C a; RG JW 1914, 301). Die Rechtslage gleicht ganz derjenigen, die sich für die Berücksichtigung von anzurechnenden ungleichartigen Vorteilen beim Schadensersatzanspruch ergibt (vgl. dazu BGHZ 27, 241, 249).

Da demnach der Beklagte nicht darauf angewiesen ist, ein Zurückbehaltungsrecht wegen der Wechsel geltend zu machen, kann die Verpflichtung des Klägers zu deren Herausgabe nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie der Beklagte nicht näher bezeichnet hat. Vielmehr wäre es, da der eigene Vortrag des Klägers ergibt, daß er dem Beklagten Wechsel herauszugeben hat, Sache des Klägers gewesen, von sich aus nur Verurteilung zur Zahlung Zug um Zug gegen Rückgabe der Wechsel zu beantragen. Seinem nur auf Zahlung gerichteten Antrag, der mehr als die Herausgabe der Bereicherung begehrt, kann nicht entsprochen werden, wenn der Vertrag nichtig ist.

V.

Daraus folgt, daß das Urteil, da die Nichtigkeit des Darlehensvertrages für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, in vollem Umfange aufgehoben werden muß. Eines Eingehens auf

die von der Revision nicht angegriffenen Ausführungen, in denen das Berufungsgericht das Bestehen des vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs verneint, bedarf es nicht mehr.

Die Sache ist, da noch weitere Feststellungen durch den Tatrichter zu treffen sind, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Antrag auf Erstattung der Beträge, die der Kläger auf Grund des angefochtenen Urteils im Wege der Vollstreckung oder durch Zahlung des Beklagten erhalten hat, ist nach § 717 Abs. 3 Satz 2 ZPO begründet. Die Höhe der Beträge ist unstreitig. Der Anspruch auf 4 % Zinsen ist nach § 717 Abs. 3 Satz 4 ZPO, §§ 291, 288 Abs. 1 Satz 1 BGB begründet. Einen Anspruch auf 5 % Zinsen hat der Beklagte nicht dargelegt. § 352 HGB, auf den sich die Revision beruft, ist nicht anwendbar, da der Rückerstattungsanspruch nicht aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft herrührt, sondern auf der gesetzlichen Vorschrift des § 717 Abs. 3 ZPO beruht (BGH VIII ZR 41/62 v. 1. April 1963; vgl. RGZ 96, 53, 57; RG Warn 1921 Nr. 58; a.A. anscheinend Wicczorek ZPO § 717 C IV b 1).

Glanzmann Dr. Winkelmann Heimann-Trosien Meyer Finko