

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 253/69

URTEIL

Verkündet am

27. Mai 1971

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Margret W [REDACTED] geb. A [REDACTED],
[REDACTED] H [REDACTED], Ho [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hans-Heinrich L [REDACTED], Allein-
inhaber der handelsgerichtlich eingetragenen Firma
Matthias L [REDACTED], Ha [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 5. Mai 1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Oberlandesgericht zum Nachteil der Klägerin erkannt hat.
2. In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist seit dem Tode seines Vaters, des Hausmaklers Matthias I., Alleininhaber der eingetragenen Firma Matthias I.. Im Jahre 1958 beabsichtigte der Vater des Beklagten, das Gelände Han- in Ha, das im Eigentum von drei verschiedenen Grundeigentümern, darunter dem Vater der Klägerin, steht, zu bebauen. Mit Einverständnis der Eigentümer ließ er

- 3 -

für alle 24 Teilgrundstücke des gesamten Geländes Erbbaurechte bestellen. Von Anfang an war jedoch vorgesehen, daß eines der Grundstücke der Klägerin zur Erstellung eines mehrgeschossigen Wohnhauses oder eines Hochhauses überlassen werden sollte. Als sich herausstellte, daß L. nicht in der Lage war, das geplante Bauvorhaben mit einem Gesamtvolumen von etwa 40 Millionen DM selbst durchzuführen, übernahm der Kaufmann Essen das Projekt, unbeschadet der Rechte der Klägerin auf Freigabe eines Grundstücks zur Bebauung durch sie. Die Erbbaurechte wurden auf verschiedene Kommanditgesellschaften des Kaufmanns E. übertragen.

Da die Klägerin ohne Einschaltung der E.-Firmen bauen wollte, errichtete sie in eigener Regie das Wohnhaus Han. mit 103 Mietwohnungen. Das Erbbaurecht wurde nachträglich am 18. November 1965 auf sie übertragen.

In der Zeit von 1963 bis zum 31. Dezember 1965 übte der Beklagte die Verwaltung des Hauses aus. Auf Veranlassung der Firma E. wurde die Hausverwaltung mit Wirkung vom 1. Januar 1966 der Firma Kommanditgesellschaft Wohnungsunternehmen Ernst-B.-Weg GmbH & Co, einer Tochtergesellschaft der Firma E.-Finanz-Wolfgang E., übertragen. Die Klägerin hat sich mit der Übertragung der Verwaltung einverstanden erklärt, und zwar, wie sie behauptet, nachträglich, nachdem sie praktisch insoweit vor eine vollendete Tatsache gestellt gewesen sei. Die Überschüsse aus der fast dreijährigen Verwaltung durch den Beklagten betrugen unstreitig insgesamt 58.103,09 DM.



Diese hat der Beklagte in seinen Abrechnungen wie folgt aufgegliedert:

Reparaturenrücklage	33.799,16 DM
Rücklage für Tilgung der Mietdarlehen	9.339,-- DM
Eigengeldverzinsung	<u>14.964,93 DM</u>
	58.103,09 DM.

Die Klägerin verlangt mit der Klage u.a. die Auszahlung dieses Betrags.

Der Beklagte hat seine Passivlegitimation bestritten; er hat vorgetragen, die Klägerin habe die Hausverwaltung nicht ihm, sondern der Firma E[REDACTED] übertragen; er sei lediglich deren Unterbeauftragter gewesen. Im übrigen hat er sich darauf berufen, daß er die Überschüsse an die neue Verwalterin ausgekehrt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, daß der Beklagte nicht passiv legitimiert sei. Das Oberlandesgericht hat die Passivlegitimation des Beklagten bejaht und ihn zur Zahlung von 14.964,93 DM (Eigengeldverzinsung) sowie zur Herausgabe der Belege verurteilt. Wegen des Mehranspruchs von 43.138,16 DM hat es die Klage abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung der weiteren 43.138,16 DM. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Oberlandesgericht kommt im Wege einer rechtsfehlerfreien Beweiswürdigung zu der Feststellung, daß der Beklagte nicht als Unterbeauftragter der Firma E■■■■, sondern seine Tätigkeit auf Grund eines mit der Klägerin unmittelbar geschlossenen Verwaltungsvertrages ausgeübt hat, demnach also auch passiv legitimiert ist.

Die verfahrensrechtlichen Einwände, die der Revisionsbeklagte gegen die Feststellung des Berufungsgerichts vorgetragen hat, hat der Senat geprüft; sie sind nicht begründet.

Das Berufungsgericht ist jedoch der Auffassung, daß ein Herausgabeanspruch der Klägerin gem. §§ 666, 667 BGB nicht mehr bestehe, da der Beklagte die Überschüsse und die Belege der neuen Verwalterin ausgefolgt habe und damit die Herausgabe unmöglich geworden sei. Er hafte jedoch auf Schadensersatz, soweit er die Unmöglichkeit der Herausgabe der Überschüsse zu vertreten habe. Das sei hinsichtlich des Betrags von 14.964,93 DM (Eigengeldverzinsung) zu bejahen. Anders verhalte es sich jedoch mit den weiteren 43.138,16 DM. In der unstreitig von der Klägerin erteilten Zustimmung zum Übergang der Hausverwaltung sei nach ihrem objektiven Erklärungsinhalt (§ 133 BGB) zugleich die Genehmigung zur Übertragung derjenigen finanziellen Mittel zu sehen, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Hausverwaltung notwendig waren. Dazu gehörten aber die Rückstellungen für Reparaturen und zur Tilgung der Mieterdarlehen. Insoweit handle es sich um zweckgebundene Rücklagen, die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Haus-

verwaltung notwendig seien, wie auch nach den hier anzuwendenden Vorschriften über den öffentlich geförderten Wohnungsbau der Hauseigentümer zur Bildung von Rücklagen verpflichtet sei. Zwar sei der Hauseigentümer nicht gehindert, trotzdem von dem Verwalter die Auskehrung der zur Bildung der Rücklagen erforderlichen Mittel an sich zu fordern. Die Klägerin habe aber nicht bewiesen, daß sie den Beklagten angewiesen habe, der neuen Verwalterin keinerlei Gelder auszuhändigen.

Auch habe sich der Beklagte unter den gegebenen Umständen für befugt halten dürfen, die notwendigen finanziellen Mittel an die neue Verwalterin herauszugeben, so daß er die Unmöglichkeit der Herausgabe nicht zu vertreten habe.

2. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin ist begründet.

Das Berufungsgericht läßt eine eindeutige Feststellung dazu vermissen, ob die Klägerin durch die Firma E [REDACTED] oder den Beklagten von der Übertragung der Hausverwaltung auf die andere Firma vorher unterrichtet worden ist und sich damit einverstanden erklärt hat oder ob sie, wie sie behauptet, hiervon keine Kenntnis gehabt und die Übertragung der Hausverwaltung nur nachträglich hingenommen hat, weil sie vor eine vollendete Tatsache gestellt worden war (vgl. BU S. 14 und 55).

Diese Feststellung wäre aber erforderlich gewesen.

a) Hätte sich nämlich die Klägerin schon vor der Übertragung der Hausverwaltung damit einverstanden er-

klärt, so war das Berufungsgericht befugt, diesem Einverständnis auch den Erklärungsinhalt beizumessen, daß sie zugleich mit der Übertragung der Gelder an die neue Hausverwalterin einverstanden war. In der Tat wäre nichts näher gelegen, als daß sie bei dieser Gelegenheit von dem Beklagten eine Abrechnung und die Herausgabe der vorhandenen Gelder verlangt und ihm untersagt hätte, die Gelder an die neue Hausverwalterin zu übertragen. Dazu hat sie nichts vorgetragen, viel weniger einen Beweis erbracht. Damit wären dann aber auch ihre Herausgabeansprüche gem. § 667 BGB entfallen.

b) Anders würde es sich jedoch verhalten, wenn die Klägerin, wie sie behauptet, erst nachträglich vor eine vollendete Tatsache gestellt worden wäre, die sie dann hingenommen hätte.

b. 1) In diesem Falle könnte dem Verhalten der Klägerin - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht der Erklärungsinhalt beigemessen werden, daß sie damit auch die Übertragung der Rücklagen an die neue Verwalterin genehmige, also der Tatsache zustimme, daß eine ihr selbst gebührende Leistung (§ 667 BGB) an einen Dritten erbracht war.

Grundsätzlich ist es, worauf die Klägerin in ihrer Revisionsbegründung zutreffend hinweist, allein Sache des Hauseigentümers, etwa notwendige Mittel, die die Unterhaltung des Hauses erfordert, zur Verfügung zu stellen und die Art und Weise, wie das geschieht, zu bestimmen. Das gilt umsomehr, als das Haus unstreitig in der Zeit der Verwaltung durch den Beklagten erheb-

liche Überschüsse abgeworfen hat und solche Überschüsse auch für die weitere Zeit zu erwarten waren, mit denen neue Rücklagen gebildet werden konnten. Es muß der Klägerin als Erbbauberechtigter die Möglichkeit gegeben werden, wegen der Verwaltung und Verwendung der Überschüsse selbst mit der neuen Hausverwalterin eine ihr sachgemäß erscheinende Vereinbarung zu treffen. Dafür hätte im vorliegenden Fall umsomehr Anlaß bestanden, als die Firma Essen angebliche Ansprüche gegen die Klägerin an die neue Verwalterin, ihre Tochtergesellschaft, abgetreten hat und diese nun mit diesen Ansprüchen gegen die Forderungen der Klägerin auf Herausgabe der Überschüsse aufzurechnen versucht, wodurch die zweckgebundenen Überschüsse ihrem Zweck entfremdet würden (vgl. das Schreiben der neuen Verwalterin an die Firma Franz Köpp OHG in Hamburg vom 14. November 1967).

b. 2) Der Beklagte wäre dann verpflichtet gewesen, der Klägerin auch die Überschüsse, soweit sie zweckgebundene Rücklagen waren, herauszugeben (§ 667 BGB).

Dem könnte der Beklagte nicht entgegenhalten, daß die Erfüllung dieser Verpflichtung unmöglich geworden sei, weil er die Gelder an die neue Verwalterin abgeführt hat, und daß er diese Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe, weil er sich ohne Verschulden hierzu für berechtigt habe halten dürfen. Das Berufungsgericht hat nämlich verkannt, daß der Fall der Unmöglichkeit hier nicht gegeben, zumindest nicht nachgewiesen ist, sich die Frage des Verschuldens also überhaupt nicht stellt. Das kann zwar nicht schon aus der Bestimmung des § 279 BGB hergeleitet werden, da die von dem Beklagten erzielten

Überschüsse ein von seinem Privatvermögen getrenntes Sondervermögen bilden (vgl. BGHZ 28, 123, 128). Eine nachträgliche Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung ist aber auch dann nicht gegeben, wenn der Schuldner den Leistungsgegenstand (hier das Sondervermögen) an einen Dritten gegeben hat, sofern und solange er in der Lage ist, den Leistungsgegenstand von dem Dritten sich wieder zu beschaffen. Nur dann, wenn ihm die Wiederbeschaffung nicht möglich oder unzumutbar ist - was er zu beweisen hat - tritt der Fall der Unmöglichkeit ein (Staudinger BGB, 11. Aufl., Anm. 6 zu § 275 BGB; RG Warn.Rspr. 1918 Nr. 158 und 1923/24 Nr. 125; NJW 1924, 292).

Der Beklagte hat nichts dafür vorgetragen, daß es ihm unmöglich wäre, die Gelder - möglicherweise auf Grund eines Bereicherungsanspruchs gem. § 812 BGB gegen die neue Hausverwalterin - wiederzubeschaffen.

Aber selbst wenn ihm das nicht möglich sein sollte, würde er der Klägerin jedenfalls wegen schuldhafter Verletzung des zwischen den Parteien bestehenden Geschäftsbesorgungsvertrags auf Schadensersatz haften, weil er über ihren Kopf hinweg die Gelder an die neue Hausverwalterin übertragen hat, ohne der Klägerin Gelegenheit zu geben, etwaige Ansprüche auf Abrechnung und Herausgabe geltendzumachen.

3. Das angefochtene Urteil ist deshalb im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als zu Lasten der Klägerin entschieden worden ist. Die Sache ist in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzu-

verweisen. Dieses wird nunmehr aufzuklären haben, ob die Klägerin schon vor der Übertragung der Hausverwaltung hiervon unterrichtet und damit einverstanden war oder ob sie, wie sie behauptet, die Übertragung der Hausverwaltung erst nachträglich als vollendete Tatsache hingenommen hat, und wird auf Grund seiner Feststellung nach den zu 2) aufgezeigten Gesichtspunkten seine Entscheidung zu treffen haben. Übrigens ist das Berufungsgericht in seiner Beurteilung der Tatsachen an frühere Feststellungen auch sonst nicht gebunden.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Girisch