

BUNDESGERICHTSHOF

094

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 68/69

URTEIL

Verkündet am

10. Dezember 1970
Horn,
Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Diplom-Volkswirts Werner L [REDACTED],
G [REDACTED], O [REDACTED] [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungs-
klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die unbekannten Erben des am [REDACTED] 1965 verstorbenen
Hausmaklers Wilhelm R [REDACTED] in H [REDACTED], vertreten
durch den Nachlaßpfleger Rechtsanwalt Dr. Walter La [REDACTED],
H [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten, Berufungs-
beklagten und Revisionsbeklagten,

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

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 9. Januar 1969 aufgehoben, soweit der Beklagte zur Zahlung von 3.918,21 DM verurteilt und die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 4. April 1959 in Höhe von 2.575,86 DM für unzulässig erklärt worden ist.

Die Klage wird in Höhe von 3.918,21 DM abgewiesen. Wegen der weiteren 2.575,86 DM (Vollstreckungsgegenklage) wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung in Höhe von 1.500 DM an das Oberlandesgericht und in Höhe von 1.075,86 DM an das Landgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision haben der Kläger 3/15, der Beklagte 11/15 zu tragen. Über das restliche 1/15 wird das Oberlandesgericht zu entscheiden haben.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der nach Erlaß des erstinstanzlichen Urteils verstorbene Hausmakler Wilhelm R[REDACTED], dessen unbekannte Erben jetzt durch den Rechtsanwalt Dr. La[REDACTED] als Nachlaßpfleger vertreten werden, ließ 1957/1958 als sog. "Bauträger" auf seinem Grundstück in G[REDACTED] Reihen- häuser errichten. Das Bauvorhaben wurde von der Deutschen Hy[REDACTED]bank AG in Ha[REDACTED] finanziert. Der Beklagte wurde als Treuhänder bestellt.

Der Beklagte betreute damals noch weitere Bauvorhaben, so u.a. solche in Friedrichsgabe und in Plambeck.

Architekt des Bauvorhabens R[REDACTED] war der Architekt Leonhardt. Der ehemalige Bürgermeister Goldschmidt wirkte zur Unterstützung des Beklagten, insbesondere bei der Buchführung mit. Hauptunternehmer für die verschiedenen Bauvorhaben war die Firma Hans F[REDACTED]. Nachdem diese in Konkurs gefallen war, wurden Nachtragsarbeiten noch von Arbeitnehmern der Firma auf eigene Rechnung durchgeführt (Baukolonne Sc[REDACTED]).

Rüther (im folg., auch für die Zeit nach seinem Tode kurz als Kläger bezeichnet), behauptet, der Beklagte habe in seiner Eigenschaft als Treuhänder die Baugelder nicht ordnungsgemäß verwaltet. Er habe sich von ihm Beträge erstatten lassen, die nicht verauslagt worden seien, und Gelder zweckwidrig verwendet. Er verlangt mit der Klage, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars Dr. Carl Si[REDACTED] vom 4. April 1959 für unzulässig zu erklären (Aufrech-



nung gegen einen unstreitigen Titel des Beklagten in Höhe von 4.792,39 DM), sowie Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 134.896,39 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte verlangt mit der Widerklage Zahlung von 16.500 DM nebst Zinsen, weil ihm noch Honorar und Ersatz von Auslagen zustünden.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Zwangsvollstreckung aus dem Titel vom 4. April 1959 für unzulässig erklärt, den Beklagten unter Berücksichtigung unbestrittener oder festgestellter Gegenansprüche des Beklagten zur Zahlung von 23.988,75 DM verurteilt und seine Widerklage abgewiesen.

Auf die Berufung des Beklagten wurde das landgerichtliche Urteil dahin abgeändert, daß der Beklagte zur Zahlung von nur noch 3.918,21 DM verurteilt wurde. Wegen weiterer 3.070,54 DM wurde die Klage abgewiesen. In Höhe von 17.000 DM wurde die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Im übrigen wurde die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, das Urteil aufzuheben, soweit er zur Zahlung von 3.918,21 DM verurteilt, die Zwangsvollstreckung aus dem Titel von 4.792,39 DM für unzulässig erklärt und die Widerklage in Höhe von 14.103,07 DM abgewiesen worden ist (zusammen 22.813,67 DM).

Der Kläger beantragt die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte greift folgende Beträge an:

1. Erstattung betr. Le [REDACTED]	1.500,-- DM
2. Vergütung G [REDACTED] (10.500 DM)	7.750,-- DM
3. Vergütung Baukolonne Sc [REDACTED] (Friedrichsgabe) von 10.560,60 DM	8.569,60 DM
4. Bürgschaft von Gi [REDACTED]'s Erben	<u>4.994,07 DM</u>
	22.813,67 DM

Seine Revision ist nur zum Teil begründet.

1. Erstattung betr. Architekt Le [REDACTED], 1.500 DM:

Unstreitig hat der Kläger am 2. Mai 1957 an den Beklagten 1.500 DM überwiesen. Bei der Eintragung im Baukontobuch ist hierzu vermerkt: "Erstattung L [REDACTED]". Der Kläger behauptet, diese Überweisung sei ohne Rechtsgrund erfolgt; tatsächlich habe der Beklagte diesen Betrag nicht im Interesse des Bauvorhabens verwendet.

a) Der Beklagte behauptet, er habe dem Architekten Le [REDACTED] Ende April 1957 ein für das Bauvorhaben des Klägers gewährtes Darlehen zurückbezahlt. Die Zahlung des Klägers von 1.500 DM habe der Erstattung dieser Rückzahlung gedient.

Das Berufungsgericht hat dem Kläger insoweit einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zugebilligt (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB). Es sieht den dem Kläger obliegenden Beweis, daß die Zahlung ohne Rechtsgrund erfolgt sei, als erbracht an, weil Le [REDACTED] das vom Beklagten behauptete Darlehen nicht gegeben habe.

Die hiergegen gerichteten Revisionsrügen des Beklagten sind begründet. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung, daß Le [REDACTED] keinen Vorschuß (Darlehen) gegeben habe, darauf, daß etwaige Bauvorschüsse stets nur von Le [REDACTED] und dem Makler R [REDACTED] gemeinsam gegeben worden seien; deshalb könne auch ein Vorschuß nicht an Le [REDACTED] allein zurückbezahlt worden sein.

Diese Begründung ist nicht haltbar. Aus dem Umstand, daß etwaige Vorschüsse nur von Le [REDACTED] und R [REDACTED] (möglicherweise als Gesamtgläubiger) gegeben worden sind, kann noch nicht der Schluß gezogen werden, daß die Rückzahlung nicht an Le [REDACTED] allein habe vorgenommen werden können. Auch bei einer Gesamtgläubigerschaft kann an jeden einzelnen Gläubiger mit schuldbefreiender Wirkung bezahlt werden (§ 428 BGB). Auch sonst ist das im Einvernehmen der Beteiligten möglich.

b) Das Berufungsgericht sieht es auch nicht als erwiesen an, daß die 1.500 DM dem Architekten Le [REDACTED] als Honorar bezahlt worden seien. Es meint, daß insoweit der Beklagte beweispflichtig sei, weil er sich ursprünglich auf einen anderen Rechtsgrund berufen habe.

Auch insoweit kann dem Berufungsgericht aus Rechtsgründen nicht gefolgt werden. Für das Nichtvorhandensein oder den Wegfall des Rechtsgrundes ist grundsätzlich der Bereicherungsgläubiger beweispflichtig. Das muß - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auch gelten, wenn der Bereicherungsschuldner hilfsweise einen anderen als den ursprünglich angegebenen Rechtsgrund vorträgt. Es muß einem Schuldner grundsätzlich unbenommen bleiben,

seine Rechtsverteidigung auf andere als die bisher vortragenen Tatsachen zu stützen. Das muß umsomehr gelten, wenn sich wie hier auf Grund einer Beweiserhebung ein anderer Sachverhalt ergibt.

c) Das angefochtene Urteil kann deshalb zu diesem Punkt mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Dieses wird daher unter Berücksichtigung der vorstehend aufgezeigten Gesichtspunkte den Anspruch des Klägers erneut zu prüfen haben. Dabei wird es gegebenenfalls auch zu prüfen haben, ob nicht - was es bisher offen gelassen hat - zwischen den Parteien ein Geschäftsbesorgungsvertrag bestand, auf Grund dessen der Beklagte die richtige Verwendung der empfangenen Gelder darzulegen hätte, wobei dann auch die Beweislast bei ihm läge (vgl. §§ 667, 670, 675 BGB).

2. Zahlung Go [REDACTED], 7.750 DM:

Unstreitig sind an Go [REDACTED] 10.500 DM aus dem Baukonto des Klägers bezahlt worden.

a) Das Berufungsgericht stellt fest, daß davon 5.000 DM als Vergütung für Go [REDACTED] Tätigkeit bei dem den Kläger nicht berührenden Bauvorhaben P [REDACTED] gedient habe. Der Beklagte müsse dem Kläger also diesen Betrag in jedem Fall erstatten.

Insoweit richtet sich die Revision des Beklagten in unzulässiger Weise gegen die rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts. Entgegen der mit der Revision vertretenen Auffassung brauchte das Berufungsgericht aus der von ihm berücksichtigten Empfangs-

bestätigung Go [REDACTED] über die 5.000 DM vom 7. Oktober 1958, in welcher er erklärt, daß weitere Forderungen gegen den Beklagten und den Kläger nicht bestünden, nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

b) Die weiteren 5.500 DM sind allerdings unstrittig an Go [REDACTED] für seine Bemühungen bei dem Bauvorhaben des Klägers bezahlt worden.

Das Berufungsgericht läßt offen, ob Go [REDACTED] zu dem Kläger in einem Vertragsverhältnis gestanden habe; jedenfalls sei Go [REDACTED] auch im Interesse des Klägers tätig gewesen. Die Zahlung sei auch im Einverständnis des Klägers geleistet worden. Unter diesen Umständen müsse angenommen werden, daß nach dem Willen der Parteien die Kosten der Tätigkeit Go [REDACTED] von ihnen zu gleichen Teilen getragen werden sollten. Dem entspreche die Angabe des Beklagten im Strafverfahren, als "Rohplanung" sei vorgesehen gewesen, daß Go [REDACTED] sowohl von ihm selbst als auch von Rüther (wenn es in dem Berufungsurteil (S. 30 Zeile 14) heißt "als auch von dem Beklagten", so ist das ein offensichtliches Schreibversehen) anteilig zur Hälfte bezahlt werden sollten. Außerdem stützt sich das Berufungsgericht auf die Erklärung des Beklagten im Termin vom 30. September 1968.

Demnach steht dem Kläger nach Ansicht des Berufungsgerichts insoweit nur ein Erstattungsanspruch von 2.750 DM gegen den Beklagten zu.

Diese Feststellung des beiderseitigen Parteiwillens läßt keinen Rechtsfehler erkennen und ist deshalb für das Revisionsgericht bindend.

Der Beklagte rügt noch, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß der Kläger in seinem Schriftsatz vom 21. März 1963 S. 6 seine Forderung auf Erstattung der Zahlung an Go [REDACTED] auf 5.000 DM wegen des Vorhabens Plambeck beschränkt habe.

Daraus kann der Beklagte aber nichts für sich herleiten, denn nach dem Tatbestand beider Instanzurteile hat der Kläger jedenfalls Ersatz der gesamten 10.500 DM begehrt.

3. Erstattung der Zahlungen an Sc [REDACTED] wegen des Bauvorhabens F [REDACTED], 8.569,66 DM:

Unstreitig sind der Baukolonne Sc [REDACTED] für Arbeiten an dem Bauvorhaben F [REDACTED], das den Kläger nichts angeht, 10.560,60 DM bezahlt worden.

Der Beklagte stellt an sich nicht in Abrede, daß er hierfür ersatzpflichtig ist, soweit die in dieser Aufstellung vermerkten Beträge aus dem Baukonto des Klägers bezahlt worden sind. Er behauptet jedoch, daß die nachstehenden Posten nicht aus Mitteln des Klägers, sondern aus seinen eigenen bezahlt worden seien:

12. 9.1958	280,-- DM
19. 9.1958	700,-- DM
21.11.1958	180,-- DM
28.11.1958	<u>909,66 DM</u>
	2.069,66 DM

Ferner habe er zur Begleichung seiner Ersatzpflicht am 19. September 1958 6.500 DM auf das Baukonto des Klägers einbezahlt.

a) Das Berufungsgericht sieht es als bewiesen an, daß die Zahlungen an So [REDACTED] von dem Kläger vorgenommen worden sind.

Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten ist nicht begründet. Das Ergebnis des Berufungsgerichts liegt im Rahmen der ihm obliegenden Würdigung des Beweises. Auch wenn der Kläger an sich für das Bestehen seines Ersatzanspruches beweispflichtig ist, so trifft doch, worauf schon das Landgericht (aaO S. 49 f) zutreffend hinweist, bei der hier gegebenen Sachlage den Beklagten die Beweislast dafür, daß die beanstandeten Beträge aus seinen Mitteln und nicht denen des Klägers bezahlt worden sind. Der Beklagte betreute nicht nur das Bauvorhaben des Klägers sondern auch das Bauvorhaben Friedrichsgabe. Als Betreuer war er gehalten, diese Vorhaben streng zu trennen, um jegliche Verwirrung zu vermeiden. Wenn er entgegen der gebotenen kaufmännischen Sorgfalt dies nicht tat und damit, wie es hier geschehen ist, ein Durcheinander schuf, aus dem niemand mehr klar werden konnte, dann gehen diese Unklarheiten zu seinen Lasten.

b) Das Berufungsgericht sieht auch nicht als erwiesen an, daß die Einzahlung der 6.500 DM am 19. September 1958 von dem Beklagten stammt.

Auch insoweit ist die Revision nicht begründet. Was er dazu vorträgt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung des Berufungsgerichts. Die hierzu erhobenen Verfahrensrügen des Beklagten hat der Senat geprüft und für unbegründet befunden.

4. Gegenforderung des Beklagten aus Bürgschaft für Fi [REDACTED], 4.994,07 DM:

Der Beklagte hatte gegenüber der Baustoffhandlung v. G [REDACTED]'s Erben im Februar 1958 eine Bürgschaft für Forderungen aus Baustofflieferungen an die Firma Fi [REDACTED] übernommen. Nach dem Konkurs der Firma Fi [REDACTED] ist er auf Grund dieser Bürgschaft in Höhe von 9.000 DM, davon 4.994,07 DM für Lieferungen zu Gunsten des Bauvorhabens des Klägers, in Anspruch genommen worden. Er verlangt von dem Kläger die Rückerstattung dieses Betrags.

Das Berufungsgericht sieht es als nicht erwiesen an, daß der Kläger den Beklagten gebeten hat, insoweit für die Durchführung des Bauvorhabens einzuspringen, oder daß er sich mit der Übernahme der Bürgschaft nachträglich einverstanden erklärt hat. Einen Ersatzanspruch des Beklagten aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) verneint es, da ein solch riskantes Geschäft wie die Übernahme einer Bürgschaft für Fi [REDACTED] nicht im Interesse des Klägers gelegen habe.

Die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten ist begründet.

In Ermangelung einer gegenteiligen Behauptung des Klägers ist davon auszugehen, daß die Firma Fi [REDACTED] ohne die von dem Beklagten übernommene Bürgschaft von der Baustofffirma v. G [REDACTED]'s Erben nichts erhalten hätte, und daß die auf Grund der Bürgschaft an Fi [REDACTED] gelieferten Baustoffe auch für das Bauvorhaben des Klägers verwendet worden sind. Dann ist aber nicht ersichtlich, warum die Übernahme der Bürgschaft nicht im Inter-

esse des Klägers gelegen haben soll und für diesen, auch wenn er letztlich dafür in Anspruch genommen wird, ein Risiko bedeutete. Die an Fi [REDACTED] gelieferten Baustoffe sind dem Kläger zugutegekommen. Hätte die Firma Fi [REDACTED] sie nicht geliefert, dann hätte sie der Kläger sich über einen anderen Unternehmer beschaffen und ebenfalls bezahlen müssen. Es konnte für ihn deshalb gleichgültig sein, ob er nun die Baustoffe, die er in jedem Fall für sein Bauvorhaben benötigte, auf dem Wege über die Bürgschaft des Beklagten an den Lieferanten v. G [REDACTED]'s Erben oder an einen anderen Unternehmer bezahlte. Hinzu kommt, daß durch die Notwendigkeit, die Baustoffe über einen anderen Unternehmer zu beziehen, in jedem Fall mit gewissen Verzögerungen und Unannehmlichkeiten verbunden gewesen wäre.

Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang noch ausführt, der Beklagte habe nicht vorgetragen, ob und welche Schritte er unternommen habe, um Fiddike zu veranlassen, einen Teil der überzahlten Gelder für die Beschaffung der Baustoffe zu verwenden, so geht das fehl. Das würde voraussetzen, daß Fiddike dieses Geld noch zur freien Verfügung gehabt hätte. Eine solche Annahme ist aber angesichts seines damals schon bestehenden Vermögensverfalls lebensfremd.

Inwiefern sich das Risiko des Klägers dadurch erhöht haben sollte, daß der Beklagte sich noch für weitere den Kläger nicht berührende Materiallieferungen verbürgt hat, ist nicht verständlich.

Die Übernahme der Bürgschaft war daher entgegen der Meinung des Berufungsgerichts im Interesse des Klägers und entsprach deshalb im Zweifel auch seinem mutmaßlichen

Willen, denn sie diene, wie ausgeführt, einer zügigen Fortführung des Bauvorhabens ohne das Risiko einer Doppelzahlung. Der auf die §§ 683, 670 BGB gestützte Erstattungsanspruch des Beklagten ist daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts begründet.

Die Höhe der Gegenforderung hat der Kläger nicht bestritten.

5. Auf die Revision des Beklagten ist daher das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit der Beklagte zur Zahlung von 3.918,21 DM verurteilt und die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 4. April 1959 in Höhe von 2.575,86 DM (= 4.994,07 + 1.500,-- abz. 3.918,21 DM) für unzulässig erklärt worden ist.

Die Klage ist infolgedessen in Höhe von 3.918,21 DM abzuweisen. Eine Abweisung der Klage, soweit die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in Höhe von (4.994,07 abz. 3.918,21 =) 1.075,86 DM erstrebt wird, ist dagegen noch nicht möglich, da der Kläger gegen diesen Titel noch mit weiteren Forderungen aufrechnet, über die das Landgericht noch nicht befunden hat. Insoweit ist die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

Wegen der weiteren 1.500 DM (Zahlung Leonhardt) ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Im übrigen ist die Revision des Beklagten als unbegründet zurückzuweisen.

Bei einem Streitwert von 22.813,67 DM hat der Beklagte durch die Zuerkennung seines Gegenanspruchs von 4.994,07 DM (trotz teilweiser Zurückverweisung an das Landgericht) zu etwa 3/15 obgesiegt, mit 7.750 + 8.569,60 = 16.319,60 DM = etwa 11/15 ist er unterlegen, 1.500 DM = etwa 1/15 stehen noch zur Entscheidung des Oberlandesgerichts an. Dementsprechend sind die Kosten der Revision zu verteilen (§§ 97, 92 ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Schmidt

Girisch