

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 98/89

URTEIL

Verkündet am
6. Dezember 1990
Henco
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Ingenieurs Richard H [REDACTED], W [REDACTED], N [REDACTED],
2. der Firma A [REDACTED]-S [REDACTED]-H [REDACTED]-T [REDACTED]-I [REDACTED] GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Ing. Richard H [REDACTED], F [REDACTED] Straße [REDACTED], N [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger,
Anschlußberufungsbeklagten
und Revisionskläger,

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

g e g e n

die Gemeinde K [REDACTED], vertreten durch den Gemeindevorstand,
K [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Anschlußberufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Haß und Hausmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 14. Zivilsenat in Kassel - vom 21. Februar 1989 aufgehoben, soweit die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt worden sind, mehr als 270.940,31 DM nebst 7,1 % Zinsen aus 235.421,94 DM vom 23. November 1984 bis 8. Dezember 1985 und aus 270.940,31 DM seit 9. Dezember 1985 zu zahlen sowie mehr als 3/4 der in den beiden Vorinstanzen angefallenen Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagten haben die Kosten der Revision zur Hälfte zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

11

Tatbestand:

Der Beklagte zu 1 war aufgrund eines Ingenieurvertrages für die Klägerin mit der Aufnahme und Beseitigung von Manöverschäden in deren Gemeindegebiet befaßt. Seine Aufgabe bestand u.a. darin, die Schadensbeseitigung durch die Unternehmer durch Vornahme von Ausschreibungen und Ermittlung des günstigsten Angebots vorzubereiten, sodann nach Auftragserteilung durch die Klägerin die Schadensbeseitigung zu überwachen und schließlich die Rechnungen der Unternehmer zu überprüfen.

Während die Klägerin die Beseitigung der Manöverschäden bis zum Jahre 1979 den ausführenden Unternehmen direkt übertrug, wurde auf Vorschlag des Beklagten zu 1 für die in den Jahren 1980 und 1981 anfallenden Arbeiten die Beklagte zu 2 als Generalunternehmerin zwischengeschaltet. Gesellschafter der Beklagten zu 2 waren der Beklagte zu 1 und seine Ehefrau, alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin seinerzeit die Ehefrau.

Über die Beseitigung der Manöverschäden für die Jahre 1980/1981 erstellte die Beklagte zu 2 der Klägerin zwei von dem Beklagten zu 1 geprüfte Rechnungen, und zwar vom 15. Dezember 1981 über 1.081.545,24 DM und vom 20. August 1982 über 26.266,52 DM, die jeweils ohne einen Hinweis auf einzelne Subunternehmer nach Massen und Einheitspreisen aufgegliedert sind und die die Klägerin bis auf 54 DM bezahlte. Der Rechnung vom 15. Dezember 1981 war eine handschriftliche Aufstellung von Subunternehmerrechnungen bei-



gefügt, die sich auf insgesamt 1.037.353,96 DM beliefen und zuzüglich 4 % daraus sowie weiteren 6,5 % MWSt von diesen 4 % ebenfalls den Betrag von 1.081.545,24 DM ergaben. Auch zu der Rechnung vom 20. August 1982 fertigte der Beklagte zu 1 eine mit diesem Datum versehene Zusammenstellung von Subunternehmerrechnungen, die zuzüglich 4 % von deren Gesamtbetrag und 13 % MWSt aus der daraus folgenden Summe wiederum mit 26.266,52 DM abschloß.

In den Jahren 1983 und 1984 beanstandete das Rechnungsprüfungsamt die vorgenannten Zahlungen der Klägerin, die daraufhin den Beklagten zu 1 um prüffähige Unterlagen zum Nachweis der Richtigkeit der Rechnungen ersuchte.

Mit zwei Begleitschreiben vom 20. Juni 1984 übersandte der Beklagte zu 1 der Klägerin eine Aufstellung, die durch Zusammenfassung von Rechnungen der Subunternehmer und Berücksichtigung von Zahlungen der Klägerin sämtliche Leistungen der Beklagten zu 2 für die Klägerin belegen sollte. Diese Zusammenstellung der Fremdunternehmerrechnungen weicht in einigen Punkten von den Zusammenstellungen ab, die den Rechnungen vom 15. Dezember 1981 und 20. August 1982 beigelegt waren.

Die Klägerin hat mehrere Positionen aus der Zusammenstellung vom 20. Juni 1984 beanstandet und von der Beklagten zu 2 Rückzahlung von 343.125,22 DM nebst Zinsen gefordert sowie den Beklagten zu 1 in gleicher Höhe auf Schadensersatz in Anspruch genommen.

11

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 294.812,90 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Auf die Anschlußberufung der Klägerin wurden die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung weiterer 33.112,64 DM nebst Zinsen verurteilt. Die weitergehende Anschlußberufung wurde zurückgewiesen.

Gegen das Urteil haben die Beklagten im Umfang ihrer Beschwer Revision eingelegt. Der Senat hat das Rechtsmittel nur angenommen, soweit die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt worden sind, mehr als 270.940,31 DM nebst 7,1 % Zinsen aus 235.421,94 DM vom 23. November 1984 bis 8. Dezember 1985 und aus 270.940,31 DM seit 9. Dezember 1985 zu zahlen sowie mehr als 3/4 der in den beiden Vorinstanzen angefallenen Kosten des Rechtsstreits zu tragen. Sachlich bleibt damit nur noch zu entscheiden, ob das Berufungsgericht der Klage auch hinsichtlich des von der Beklagten zu 2 geltend gemachten Aufschlags von 4 % auf die Subunternehmerrechnungen im Umfang von 39.041,23 DM sowie eines Betrags von 17.944 DM aus den Rechnungen des Subunternehmers W., jeweils nebst Zinsen, stattgeben durfte.

Die Beklagten verfolgen insoweit ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung des Rechtsmittels bittet.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt im Umfang der Annahme zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Aufschlag von 4 % (geforderter Betrag:
45.201,52 DM).

Das Berufungsgericht geht insoweit zwar davon aus, daß die Behauptung der Beklagten, mit dem damaligen Bürgermeister der Klägerin, M., sei ein entsprechender Aufschlag vereinbart worden, schlüssig ist. Es meint aber, die Beklagten hätten insoweit einen anderen als den zunächst behaupteten Rechtsgrund behauptet und trügen deshalb auch die Beweislast. Da der von der Beklagten benannte und vom Landgericht schriftlich vernommene Zeuge M. erklärt habe, sich an eine derartige Vereinbarung nicht mehr erinnern zu können, und auch der Zeuge U. zu diesem Fragenbereich nichts habe sagen können, seien die Beklagten beweisfällig geblieben.

Das hält der Nachprüfung nicht stand.

a) Allerdings hat sich das Berufungsgericht nicht mit dem Einwand der Klägerin befaßt, die von den Beklagten behauptete Vereinbarung sei bereits nach den Vertretungsvorschriften der landesrechtlichen Gemeindeordnung unwirksam.

Nach § 71 Abs. 2 Hessische Gemeindeordnung (HGO) bedürfen Erklärungen, durch die die Gemeinde verpflichtet werden soll, der Schriftform. Sie sind nur rechtsverbindlich, wenn sie vom Bürgermeister oder seinem allgemeinen Vertreter sowie von einem weiteren Mitglied des Gemeindevorstandes handschriftlich unterzeichnet und mit dem Dienstsiegel versehen sind. Das gilt jedoch nicht für Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde von nicht erheblicher Bedeutung sind.

Auf diesen Ausnahmetatbestand berufen sich die Beklagten. Ob ein Geschäft der laufenden Verwaltung vorliegt, bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalles. Es hängt von den örtlichen Verhältnissen, insbesondere von der Finanzkraft der Gemeinde ab, aber auch von eventuellen diesbezüglichen Regelungen des Gemeindevorstandes (vgl. Schneider/Jordan, Hessische Gemeindeordnung, 10. Lieferung, Stand Februar 1989, § 71 Erläuterungsziffer 4; Muntzke/Schlempp, Kommentar zur Hessischen Gemeindeordnung, Band 1, S. 779 ff; vgl. zu diesem Fragenbereich auch BGHZ 92, 164, 173 ff und Senatsurteil vom 6. März 1986 - VII ZR 235/84 = BauR 86, 444).

Da zu all dem die notwendigen Feststellungen fehlen, ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß die HGO der Wirksamkeit eines etwa zustande gekommenen Vertrages nicht entgegensteht.

b) Soweit das Berufungsgericht der Klage auch hinsichtlich des Aufschlags mit der Erwägung stattgibt, die Beklagten seien beweisfällig geblieben, begegnen diese Erwägungen durchgreifenden Bedenken.

Grundsätzlich trägt der Gläubiger eines Bereicherungsanspruches die Beweislast für seine Behauptung, seine Leistung sei ohne Rechtsgrund erfolgt. Dabei kann er sich darauf beschränken, die vom Schuldner behaupteten Rechtsgründe auszuräumen. Er trägt aber auch dann die Beweislast, wenn der Bereicherungsschuldner hilfsweise einen anderen als den ursprünglich angegebenen Rechtsgrund vorträgt (Senatsurteil

vom 21. Oktober 1982 - VII ZR 369/80 = NJW 1983, 626, 627 = WM 1983, 14 = BB 83, 335 = DB 1983, 874 m.N.).

Nach diesen Grundsätzen trägt nicht die Beklagte zu 2, sondern die Klägerin die Beweislast. Inwieweit die Beklagte zu 2 mit den Begleitschreiben des Beklagten zu 1 vom 20. Juni 1984 überhaupt plausibel einen anderen Rechtsgrund für die bereits erfolgten Zahlungen nachgeschoben hat, ist unerheblich. Denn nunmehr beruft sie sich jedenfalls wieder auf die ursprünglichen Zusammenstellungen vom 15. Dezember 1981 und 20. August 1982, die auch den Aufschlag von 4 % enthalten. Auf diese Abrechnungen hat schließlich die Klägerin gezahlt, so daß sie zu beweisen hat, die Zahlung des Aufschlags sei rechtsgrundlos erfolgt. Die Beklagten berufen sich darauf, dieser Aufschlag habe seinen Rechtsgrund in der genannten Vereinbarung mit dem damaligen Bürgermeister der Klägerin. Es oblag danach der Klägerin, diesen Rechtsgrund auszuräumen. Auch für den vom Berufungsgericht angenommenen Schadensersatzanspruch aus positiver Forderungsverletzung trägt die Beweislast für ein pflichtwidriges Handeln des Beklagten zu 1 die Klägerin. Das Berufungsurteil beruht demnach insoweit auf einer Verkennung der Beweislast.

c) Von der somit gebotenen Aufhebung wird jedoch nicht der gesamte in das Rechenwerk der Beklagten eingestellte Betrag erfaßt. Vielmehr steht der Aufschlag von 4 % zuzüglich MWSt der Beklagten zu 2 nicht zu, soweit sie erhaltene Zahlungen für einzelne Rechnungsbeträge zurückzahlen muß. Das betrifft Positionen der Firma G. über 108.681,42 DM und Positionen der Firma K. über 34.784,70 DM sowie 1.075,82 DM.

Damit sind 6.160,29 DM von dem Aufschlag abzusetzen, so daß das angefochtene Urteil im Umfang von 39.041,23 DM nebst Zinsen aufzuheben ist.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls dem Beweisantrag der Klägerin auf Vernehmung des Zeugen M. (GA II, 171) nachgehen müssen. Dabei wird es Gelegenheit haben, entsprechend dem Beweisantritt der Beklagten den Zeugen M. darüber zu vernehmen, der Beklagte zu 1 habe die mit dem Zeugen getroffene Vereinbarung schriftlich bestätigt (GA II, 133, 134). Da sich dieser Antrag auf ein neues, erhebliches Beweisthema bezieht, liegt insoweit kein (bloßer) Fall des § 398 Abs. 1 ZPO vor.

2. Positionen aus den Rechnungen der Fa. W. über 6.079,40 DM, 8.695,35 DM und 3.169,65 DM (geforderter Betrag: 17.944 DM).

Nach der Behauptung der Klägerin sind die drei in beiden Abrechnungen aufgeführten Rechnungen der Firma W. fingiert. Die ausgewiesenen Leistungen seien nicht erbracht worden.

Das Berufungsgericht ist dem gefolgt, da die drei Rechnungen in dem Rechnungsausgangsbuch der Firma W. nicht eingetragen seien. Sie trügen im übrigen falsche Rechnungsnummern und seien auch nicht von der zuständigen Schreibungskraft ausgefertigt worden.

Die dagegen gerichtete Verfahrensrüge der Revision hat Erfolg.

a) Die Beklagten rügen vor allem, das Berufungsgericht habe den durch Vorlage der Kontoauszüge und Schecks untermauerten Vortrag unberücksichtigt gelassen, die Rechnungen der Firma W. seien von der Beklagten zu 2 durch Schecks bezahlt worden. Dieser Vorwurf trifft zu.

Zwar gebietet § 286 Abs. 1 Satz 2 ZPO nicht eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit allen denkbaren Gesichtspunkten; die Gründe müssen aber ergeben, daß eine sachentsprechende Beurteilung stattgefunden hat (BGH Urteil vom 11. Februar 1987 - IVb ZR 23/86 = NJW 1987, 1557, 1558; BGH Urteil vom 19. Januar 1990 - V ZR 241/88 = VersR 90, 872). Das ist hier nicht der Fall. Dem Urteil ist nicht zu entnehmen, ob das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten berücksichtigt hat, daß Zahlungen an die Firma W. erfolgt seien. Damit hätte sich das Berufungsgericht aber auseinandersetzen müssen, weil in diesem Fall die bisherigen Erwägungen den Schluß des Oberlandesgerichts, es lägen fingierte Rechnungen vor, nicht tragen. Immerhin ist denkbar, daß Rechnungen an der Buchhaltung vorbei erteilt wurden oder aber auch nachträgliche Rechnungen geschrieben wurden, um den Beklagten den Nachweis gegenüber der Klägerin zu ermöglichen. In beiden Fällen kann nicht von fingierten Rechnungen gesprochen werden, wenn die berechneten Leistungen tatsächlich erbracht worden sein sollten.

b) Wie die Revision im übrigen zu Recht geltend macht, lagen hier zudem Anhaltspunkte für eine Zahlung an die Firma W. vor, nämlich die Abbuchungen vom Konto der Beklagten zu 2 (GA I, 197 f) sowie die entsprechenden Schecks

11

(GA I, 196). Auch das hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen.

3. Damit ist das Urteil im Umfang der Annahme aufzuheben. Insoweit ist die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Bliesener

Quack

Haß

Hausmann