

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
-----

2035 096

ZPO § 286 B; BGB § 393

- a) Vereitelt der Gegner des Beweisführers die Wahrheitsfindung durch ungerechtfertigte Ausnutzung des Bankgeheimnisses, so kann das Gericht hieraus in der Sache Schlüsse zu seinem Nachteil ziehen.
- b) Gegenüber dem Anspruch auf Ersatz veruntreuter Verwahrgelder kann ein Rechtsanwalt nicht mit Gebühren aufrechnen, die in anderen Angelegenheiten desselben Auftraggebers erfallen sind.

BGH, Urt. v. 20. Juni 1967 - VI ZR 201/65 - OLG Celle  
LG Hannover

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 201/65

URTEIL

Verkündet am

20. Juni 1967  
Kriegl,  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des früheren Rechtsanwalts Carl-Heinrich F [REDACTED]  
in H [REDACTED], L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers  
und Revisionsklägers,

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

gegen

den Landwirt Karl B [REDACTED] in B [REDACTED]  
B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Mai 1967 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Engels und der Bundesrichter Dr. Bode, Dr. Hauß, Dr. Pfretzschner und Dr. Nüßgens

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. Oktober 1965 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Gegen den Kläger lief seit 1963 ein Verfahren auf Entmündigung u.a. wegen Verschwendung. Der Kläger ließ sich dieserhalb und in anderen Angelegenheiten von Ende Januar bis April 1964 von dem Beklagten beraten und vertreten. Am 21. und 24. Februar 1964 überwies er insgesamt 38.000,-- DM zur treuhänderischen Verwaltung auf das Praxiskonto des Beklagten bei der Sparkasse des Landkreises Hannover. Als Verwendungszweck gab er auf den beiden Überweisungsvordrucken "Sonderkonto B [REDACTED]" an. Von dem Betrag forderte und erhielt er alsbald 5.000,-- DM zurück. Am 18. März 1964 übertrug der Kläger dem Beklagten seine gesamte Vermögensverwaltung. Er widerrief



diesen Vertrag und zugleich die sonstigen Mandate mit Schreiben vom 10. April 1964. Unter dem 27. April 1964 ließ er den Beklagten auffordern, den Bestand des Sonderkontos zurückzugeben. Der Beklagte antwortete am 11. Mai 1964, er rechne gegenüber diesem Anspruch mit seiner Gebührenforderung in Höhe von insgesamt 38.705,75 DM auf.

Der Kläger hat sowohl die Höhe dieser Forderung wie die Befugnis des Beklagten zur Aufrechnung bestritten. Er hat behauptet, der Beklagte habe sich den seiner Verwahrung anvertrauten Betrag von 33.000,-- DM widerrechtlich angeeignet. Nach Abzug von 8.000,-- DM wegen der allenfalls geschuldeten Gebühren hat der Kläger beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 25.000,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Der Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Er hat behauptet, seine Gebührenforderung entspreche den ausdrücklich getroffenen Vereinbarungen. Die erklärte Aufrechnung sei zulässig und wirksam. Der Kläger habe nicht verlangt, daß die überwiesenen Beträge auf einem besonderen Konto zu verwahren seien. Er habe sich überdies nach Erhalt einer vorläufigen Gebührenrechnung vom 18. Februar 1964 über 12.463,10 DM damit einverstanden erklärt, daß der Beklagte diesen Betrag von dem noch bestehenden Guthaben abhob. Bei den später abgerechneten Gebühren habe er, der Beklagte, sich für berechtigt halten dürfen, ebenso zu verfahren, so daß insgesamt von einer unstatthaften Aneignung des Guthabens keine Rede sein könne.

Das Landgericht hat den Beklagten bis auf eine Kürzung des Zinsanspruchs antragsgemäß verurteilt. Seine Berufung ist zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat als zugestanden angesehen, daß der Beklagte die auf sein Praxiskonto gelangte Klagesumme bereits für sich verbraucht hatte, als er am 11. Mai 1964 die Aufrechnung mit seiner Gebührenforderung erklärte. Der Tatrichter ist zu dieser Beurteilung gelangt, weil der Beklagte die Kreissparkasse nicht von ihrer Schweigepflicht entbunden und dadurch die angeordnete Beweiserhebung durch Einholung der Kontoauszüge unmöglich gemacht hat. Eine solche Würdigung des Parteiverhaltens war entgegen den Rügen der Revision zulässig und möglich.

Die Revision verkennt nicht, daß das Gericht aus der Beweisvereitelung durch die nicht beweispflichtige Partei in der Sache selbst Schlüsse zu ihrem Nachteil ziehen kann (Urteil des erkennenden Senats vom 12. Januar 1960 - VI ZR 220/58 = LM Nr. 11 zu § 286 (B) ZPO). Sie meint nur, was etwa für die verweigerte Bereitstellung eines Augenscheinsobjekts gelte, lasse sich nicht ohne weiteres auf die versagte Einwilligung in eine Bankauskunft übertragen. Darin ist ihr in dem Sinne zuzustimmen, daß es jeweils auf die Stichhaltigkeit der Weigerungsgründe ankommt, die in beiden Fällen naturgemäß andersartig und von verschiedenem Gewicht sein können. Wenn die nicht beweispflichtige Partei mit der geforderten Einwilligung gegen ihre höherwertigen, über den Rechtsstreit hinausgreifenden Interessen handeln müßte, kann ihre

Weigerung aus diesen Gründen gerechtfertigt erscheinen und deshalb für eine nachteilige Würdigung in der Sache nichts hergeben. Die Revision verkennt jedoch, daß der Beklagte überhaupt keine Gründe für sein Verhalten genannt hat. Er hat die verlängerte Frist zur Befreiung der Sparkasse von der Schweigepflicht wortlos verstreichen lassen und auch in der mündlichen Verhandlung nichts hierzu erklärt. Dem Berufungsgericht waren somit keine Tatsachen bekannt, die zu der Feststellung hätten führen können, der Beklagte habe nach den Umständen ein vordringliches Interesse an der Wahrung des Bankgeheimnisses, das seine Treupflicht im Prozeß überwiege. Aus allgemeinen Erwägungen, wie sie die Revision zu bedenken gibt, brauchte das Berufungsgericht nicht dieser Meinung zu sein. Die Umsätze auf dem Konto konnten, soweit sie nicht den vorliegenden Streit betrafen, durchaus unverfänglich und ohne Belang für Dritte sein, zumal der Beklagte seine Tätigkeit als Rechtsanwalt demnächst aufgeben wollte. Jedenfalls hat der Beklagte nichts für das Gegenteil dargetan; er kann dies in der Revisionsinstanz nicht nachholen. Dem Gesichtspunkt der möglichsten Schonung hat das Berufungsgericht dadurch Rechnung getragen, daß es die angeordnete Einholung eines Bankauszuges bewußt auf das Praxiskonto des Beklagten und den in Betracht kommenden Zeitraum begrenzt hat. Die Meinung der Revision, daß die hier berücksichtigten Bedenken der Beweiserhebung im ganzen hätten entgegenstehen müssen, kann nicht geteilt werden. Das Bankgeheimnis erlaubt es dem Gegner des Beweisführers nicht schlechthin, die Wahrheitsfindung im Prozeß zu vereiteln.

Überdies trifft die Offenbarungspflicht den Beklagten hier verstärkt und aus besonderem Grunde. Er hat für die auf sein Praxiskonto überwiesenen Summen kein Sonderkonto einrichten lassen, obwohl dies bei treuhänderisch zu ver-

waltenden Geldern selbst dann seine Pflicht gewesen wäre, wenn es der Kläger nicht noch ausdrücklich auf den Überweisungsdruck verlangt hätte. Daß sich der Beklagte dessen bewußt gewesen ist, zeigen seine mehrfachen Schreiben, in denen er das Bestehen eines Sonder- oder Anderkontos vorgespiegelt hat. Hätte der Beklagte die bankmäßige Trennung der Treugelder seiner Pflicht entsprechend bewirkt, dann hätten nur die Auszüge dieses Sonderkontos vorgelegt zu werden brauchen. Es geht mithin auf sein unstatthaftes Verhalten zurück, daß zur Aufklärung des Sachverhalts die zeitweise Offenlegung des Praxiskontos angeordnet werden mußte. Unter diesen Umständen hatte der Beklagte vermehrten Anlaß, etwa damit verbundene Unannehmlichkeiten zu dulden oder ernsthaft entgegenstehende Gründe darzulegen. Sein Stillschweigen und seine nachträgliche Berufung auf das Bankgeheimnis im allgemeinen laufen darauf hinaus, den Kläger mittels der begangenen Pflichtwidrigkeit überdies in Beweisnot zu bringen. Denn anders als durch die begehrte Vorlage des Bankauszuges konnte der Kläger den behaupteten Verbrauch der Treugelder nicht überzeugend dartun. Die in das Wissen der Frau H. gestellte Äußerung des Beklagten, das Geld sei weg, würde hierzu schwerlich ausgereicht haben, zumal der Beklagte wiederholt vorgebracht hatte, Frau H. betreibe den vorliegenden Rechtsstreit und sei die eigentlich Interessierte am Obsiegen des Klägers. Die Bemerkung des Berufungsgerichts, daß der Kläger nach der vereitelten Bankauskunft des weiteren Beweises enthoben sei, ist entgegen der Auffassung der Revision nicht dahin zu verstehen, daß dem Kläger weitere Beweismittel zur Verfügung gestanden hätten. Sie besagt nur, daß das Berufungsgericht von dem behaupteten Sachverhalt bereits überzeugt war und nicht etwa den Kläger als beweisfällig ansah.

Daß der Beklagte die Beweisvereitelung verschuldet hat, war offenkundig und brauchte vom Berufungsgericht nicht besonders dargelegt zu werden. Der Beklagte kann als Rechtsanwalt nur fahrlässig nicht erkannt haben, daß es gegen seine Pflicht als Prozeßgegner wie als Treunnehmer des Klägers verstieß, den einzigen Weg zur Sachaufklärung durch stillschweigende Ausnutzung des Bankgeheimnisses zu versperren.

2. Das Berufungsgericht hat in dem Verbrauch der Treugelder eine strafbare Handlung im Sinne von § 266 StGB erblickt, die den Beklagten zum Schadensersatz nach § 823 Abs. 2 BGB verpflichtete. Gegenüber diesem Anspruch, so hat es entschieden, sei die erklärte Aufrechnung nach § 393 BGB unzulässig gewesen, so daß dem Kläger die Klagesumme zuzuerkennen sei, ohne daß es auf die umstrittenen Gebührenforderungen des Beklagten ankomme.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe eine vorsätzliche Handlungsweise des Beklagten nicht festgestellt. Das Berufungsgericht hat jedoch den Tatbestand der strafrechtlichen Untreue schlechthin, also nach der objektiven wie der subjektiven Seite, als erfüllt angesehen und bei der eindeutigen Sachlage lediglich darauf verzichtet, die Merkmale einzeln zu erörtern. Es konnte auch ohne besondere Darlegung die Kenntnis des Beklagten als selbstverständlich ansehen, daß ein Rechtsanwalt die ihm in Verwahrung gegebenen Gelder eines Mandanten nicht für sich verbrauchen darf. Daraus folgte im Fall der Zuwiderhandlung der Vorsatz. Das hatte der Beklagte auch nicht in Abrede gestellt; er hatte nur ersichtlich darauf vertraut, die Feststellung seiner unstatthaften Verfügung werde an der Schweigepflicht der Sparkasse scheitern. Im übrigen hatte sich die - von der Revision als übersehen gerügte - Verteidigung des Beklagten gegen

den Vorwurf einer unerlaubten Handlung auf den Versuch beschränkt, die Einrichtung eines Sonderkontos für die Verwahrgelder als entbehrlich hinzustellen. Hierauf brauchte das Berufungsgericht nicht mehr einzugehen, nachdem es festgestellt hatte, daß der Beklagte das Treugeld schon vor der erklärten Aufrechnung für seine Zwecke verbraucht hatte. Denn für die hierin liegende Untreue war es unerheblich, ob sich der Betrag überdies auf einem Sonderkonto hätte befinden müssen.

Daß dies der Fall war, wurde schon ausgeführt. Der Beklagte hat den Kläger auch in dem Glauben gehalten, daß das Sonderkonto weisungsgemäß eingerichtet sei. Die angeblich erbetene und erhaltene Teilerlaubnis des Klägers könnte mithin nur dahin gelaute haben, der Beklagte dürfe den Betrag seiner vorläufigen Gebührenrechnung über 12.463,10 DM vom Bestand dieses separaten Kontos abheben. Da der Beklagte in Wahrheit die gesamte Hinterlegungssumme auf seinem Praxiskonto belassen und dort bereits mit seinen eigenen Mitteln vermischt hatte, ließ sich eine solche "Abhebung" gar nicht mehr durchführen. Der Beklagte könnte die fragliche Erlaubnis, sollte sie ihm erteilt worden sein, nicht in eine einverständliche Teilverrechnung gegen die Ansprüche umdeuten, die dem Kläger ohne sein damaliges Wissen aus dem treuwidrigen Verhalten des Beklagten erwachsen waren. Er könnte mithin nicht geltend machen, der Kläger müsse die erklärte Aufrechnung zumindest in Höhe von 4.463,10 DM hinnehmen, nachdem er 8.000,-- DM im Hinblick auf seine Gebührenschuld von vornherein nicht eingeklagt habe. Das Berufungsgericht brauchte deshalb weder der Frage nachzugehen, ob die vorläufige Gebührenforderung von 12.463,10 DM in voller Höhe gerechtfertigt war, noch ob sich der Kläger damit einverstanden erklärt hatte, daß der Beklagte die Summe von dem tatsächlich nicht bestehenden Verwahrkonto abhob.

Die Anwendung von § 393 BGB begegnet auch sonst keinen rechtlichen Bedenken. Die Vorschrift versagt zwar die Aufrechnung nur gegenüber Ansprüchen aus Delikt, nicht auch aus Vertrag. Wird der Klageanspruch indessen aus einer Vertragsverletzung hergeleitet, die in einer unerlaubten Handlung besteht, so greift das Aufrechnungsverbot durch (RGZ 154, 334, 338). So liegt es hier. Der Beklagte hat der vertraglich übernommenen Verpflichtung, die ihm anvertrauten Gelder treuhänderisch zu verwahren, durch deren Veruntreuung positiv zuwidergehandelt, und damit durch dieselbe Handlung sowohl einen deliktischen wie einen vertraglichen Ersatzanspruch des Klägers begründet. Gegenüber der hierauf gestützten Klageforderung war die erklärte Aufrechnung nicht zulässig.

Die mit § 393 BGB gewollte Besserstellung des Gläubigers der aus Delikt hergeleiteten Forderung besteht darin, daß dem Schuldner das sonst mögliche Entgegenhalten von Ansprüchen aus anderen Sachverhalten verwehrt wird. Um eine solche Hereinnahme weiterer Rechtsbeziehungen handelt es sich freilich nicht, wenn der Schuldner verlangt, daß die aus seiner unerlaubten Handlung selbst hervorgegangenen Vor- und Nachteile gegenübergestellt werden. Deren Abgleichung ist zur Ermittlung des verbleibenden Schadens erforderlich und stellt keine Aufrechnung dar (BGB-RGRK 11. Aufl., § 393 Anm. 4). So liegt es zumal bei der Rückgewähr der beiderseitigen Leistungen auf Grund eines wegen arglistiger Täuschung angefochtenen Vertrages (vgl. RGZ 54, 137, 139; RG LZ 1909, 310 Nr. 9; RG SeuffA 82 Nr. 47). Die Besserstellung des Gläubigers geht nicht so weit, daß er seinen Aktivposten uneingeschränkt geltend machen und dem Schuldner im übrigen das Aufrechnungsverbot entgegenhalten könnte.

Etwas derartiges liegt jedoch in dem Klagebegehren nicht. Der Kläger verlangt unter Beschränkung auf einen Teilbetrag Ersatz des veruntreuten Verwahrgeldes. Inso- weit ist nichts zur Schadensermittlung abzugleichen; ins- besondere kann der Beklagte wegen der nicht ausgeführten Verwahrung keine Gebühren beanspruchen. Der Schaden ist mit dem entzogenen Betrag identisch. Soweit der Beklagte Gebührenforderungen aus den ihm sonst erteilten Auf- trägen geltend macht, handelt es sich um eine echte Auf- rechnung; denn diese Ansprüche sind nicht in dem Komplex der unerlaubten Handlung entstanden, sondern anderen Grundlagen entsprungen. Es wäre weder gerechtfertigt noch zur Ermittlung des Schadens erforderlich, die Gesamt- heit aller erteilten Mandate als ein einheitliches Ge- schäft anzusehen und auf diesem Wege den aus einer uner-laubten Handlung hergeleiteten Anspruch des Klägers von einer Generalabrechnung abhängig zu machen.

Schließlich spielt es auch keine Rolle, ob es dem Beklagten gestattet gewesen wäre, die fraglichen Gebühren dem Sonderkonto zu entnehmen, falls er es pflichtgemäß eingerichtet hätte. Wenn diese Befugnis unterstellt wird (entgegen § 35 Nr. 5 der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs, abgedr. bei Kalsbach, Bundes- rechtsanwaltsordnung, nach § 43), so hat sie der Beklagte jedenfalls durch die begangene Untreue verloren. Denn durch sie hat sich der vertragliche Anspruch des Klägers auf Rückgewähr des Verwahrgeldes, gegen den die Auf- rechnung möglicherweise zulässig gewesen wäre, in einen Deliktsanspruch verwandelt, der durch § 393 BGB hiergegen geschützt ist. Daß der Beklagte die Aufrechnung mit den strittigen Gebührenforderungen erst erklärt hat, nach- dem er das Treugeld bereits für sich verbraucht hatte, hat das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht bindend festgestellt.

3. Nach alledem ist die Revision des Beklagten ungegründet. Sie mußte mit der Kostenfolge nach § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Engels

Dr. Bode

Dr. Hauß

Dr. Pfretzschner

Dr. Nüßgens