



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

III ZR 260/05

Verkündet am:  
15. März 2007  
K i e f e r  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2007 durch den Vorsitzenden Richter Schlick und die Richter Dr. Wurm, Dr. Kapsa, Dörr und Dr. Herrmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 2 wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. Oktober 2005 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Entscheidung über die Pflicht des Beklagten zu 1 zur Erstattung außergerichtlicher Kosten - und insoweit aufgehoben, als es die mit der Hilfsaufrechnung geltend gemachte Gegenforderung für unbegründet gehalten hat.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

- 1 Der Beklagte zu 2 (im Folgenden: Beklagter) war unter anderem mit dem inzwischen aus dem Rechtsstreit ausgeschiedenen vormaligen Beklagten zu 1, Stephan S. , bis zum 31. Dezember 1999 Gesellschafter der W. -St. -R. -Gesellschaft SHS (im Folgenden: SHS),

einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die SHS betrieb Steuerberaterbüros in Sachsen. Der Kläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen der W.

GmbH Steuerberatungsgesellschaft i.L. (im Folgenden: WBD). Diese erbrachte von 1990 bis 1999 Leistungen für die SHS und verauslagte verschiedene Geldbeträge. Die WBD stellte der SHS hierüber fortlaufend Rechnungen. Die SHS nahm hierauf unter anderem Akontozahlungen vor, die nach ihren Beträgen keinen bestimmten Forderungen zuzuordnen waren.

2 Die Leistungen der SHS verrechnete die WBD, soweit nicht ausdrücklich oder wegen der betragsmäßigen Übereinstimmung zwischen einer von ihr erteilten Rechnung und der Zahlung eine Tilgungsbestimmung enthalten war, auch auf pauschale Kostenumlagen für die Jahre 1991 bis 1993. Diese Verbuchungen führten dazu, dass die von der WBD geltend gemachten Ansprüche auf die Kostenumlagen für 1991 bis 1993 nach Auffassung des Klägers getilgt sind, jedoch aus den Jahren 1995 bis 1999 ein Saldo in Höhe von 327.039,94 DM zugunsten der WBD offen steht. Hiervon hat der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit je ein Viertel gegenüber den Beklagten geltend gemacht.

3 Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Leistungen der SHS seien nicht auf die von der WBD berechneten Kostenumlagen für 1991 bis 1993 zu verrechnen gewesen, sondern auf die übrigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft, so dass der geltend gemachte Saldo aus den Jahren 1995 bis 1999 nicht bestehe. Hilfsweise hat er für den Fall, dass die Leistungen gleichwohl wie von der WBD vorgenommen zu verrechnen waren, mit einem Bereicherungsanspruch aufgerechnet. Er macht geltend, die WBD habe auf die von ihr berechneten Kostenumlagepauschalen keinen Anspruch gehabt. Er behauptet, eine Abrede über die Berechnung einer Kostenpauschale sei erst für die Jahre

ab 1994 getroffen worden. Für 1990 bis 1993 sei hingegen die Einzelabrechnung vereinbart gewesen.

- 4 Das Berufungsgericht hat den Beklagten und Stephan S. zur Zahlung von jeweils 40.374,18 € verurteilt. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Senat zugelassenen Revision.

#### Entscheidungsgründe

- 5 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils, soweit es zum Nachteil des im Verfahren verbliebenen Beklagten die mit der Hilfsaufrechnung geltend gemachte Gegenforderung für unbegründet erklärt hat, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

#### I.

- 6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Leistungen der SHS, insbesondere die hier in Rede stehenden Akontozahlungen, seien ausschließlich als Zahlungen auf die in den Jahren bis 1995 entstandenen Verbindlichkeiten anzusehen; mithin als auch auf die Umlageforderungen der WBD für Personal- und Sachkosten in den Jahren 1991 bis 1993 erbracht zu betrachten. Die Beklagten hätten nicht dargetan, welche von der WBD zur Tilgung dieser Forderungen verbuchten Leistungen anderweitig zu verrechnen seien. Demzufolge seien die Forderungen gegen die SHS für die Folgezeit nicht getilgt.

7 Die Hilfsaufrechnung der Beklagten sei unbegründet. Die Voraussetzungen einer rechtsgrundlosen Bereicherung der WBD seien nicht dargetan worden. Dies folge daraus, dass sich die Behauptung der Beklagten, die auf die Kostenumlagen für die Jahre 1991 bis 1993 verrechneten Akontozahlungen sowie weitere Leistungen seien auf die Kostenumlagen der Jahre ab 1994 erbracht worden, als so nicht zutreffend erwiesen habe. Die Beklagten hätten nicht konkret und nachvollziehbar dargelegt, in welcher Weise die von der WDB zur Tilgung der Kostenumlagen für die Jahre 1991 bis 1993 verbuchten Zahlungen anderweitig zu verrechnen seien.

## II.

8 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

9 Die Revision nimmt hin, dass die (Voraus-)Zahlungen der SHS Leistungen der WDB bis zum Jahr 1995 entgelten sollten. Mit Recht rügt die Revision jedoch die Überlegungen des Berufungsgerichts zur Hilfsaufrechnung.

10 1. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand ist nicht auszuschließen, dass der Beklagte der Zahlungsforderung des Klägers einen Kondiktionsanspruch (§ 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB) der SHS entgegensetzen kann.

11 a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Leistungen der SHS auch auf die jeweils unter dem 31. Dezember 1991, 1992 und 1993 in Rechnung gestellten Kostenumlageforderungen der WBD erbracht wurden. Für diese Leistungen fehlte jedoch der erforderliche Rechtsgrund, wenn, wie der Beklagte

behauptet, zwischen der SHS und der WBD für die Jahre 1991 bis 1993 keine Abrede über die pauschale Berechnung der Kosten bestand, sondern eine Einzelabrechnung vereinbart war, zu der der Kläger nichts vorgetragen hat. Das Berufungsgericht hätte deshalb dem Vorbringen des Beklagten, zu dem beide Parteien Beweis durch Benennung des Dr. Jürgen H. als Zeugen angetreten haben, nachgehen müssen.

12            b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanz war der Beklagte nicht gehalten, zur Darlegung des Fehlens eines rechtlichen Grundes für die Leistungen vorzutragen, in welcher Weise diese anderweitig zu verrechnen gewesen seien. Gäbe es andere Forderungen, auf die die Leistungen zu verbuchen gewesen wären, bestünde vielmehr ein rechtlicher Grund für die Bereicherung der WDB, der den Kondiktionsanspruch der SHS gerade ausschließen würde.

13            c) Dem Beklagten kann aber auch nicht abverlangt werden - wie das Berufungsgericht möglicherweise gemeint, aber mit seinen Ausführungen nur unvollkommen zum Ausdruck gebracht hat -, dass er umgekehrt im Einzelnen vorträgt, die WDB habe keine anderen Forderungen gegen die SHS gehabt, auf die die Leistungen zu verrechnen waren. Zwar trägt derjenige, der einen Bereicherungsanspruch aus Leistungskondiktion geltend macht, grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsachen, aus denen er die von ihm begehrte Rechtsfolge herleitet, somit auch für die Umstände, aus denen sich das Nichtbestehen eines Rechtsgrundes für die erbrachte Leistung ergibt (z.B.: BGHZ 154, 5, 8; Senatsurteile vom 8. Juli 2004 - III ZR 435/02 - NJW 2004, 2897 und vom 6. Oktober 1994 - III ZR 165/93 - NJW-RR 1995, 130, 131 m.w.N.; BGH, Urteil vom 14. Juli 2003 - II ZR 335/00 - NJW-RR 2004, 556).

- 14 Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn die Leistung lediglich als Abschlag oder Vorauszahlung in Erwartung einer Feststellung der Forderung erbracht wird (Senatsurteil vom 8. Juli 2004 aaO; BGH, Urteile vom 9. März 1989 - IX ZR 64/88 - NJW 1989, 1606, 1607 und vom 8. Juni 1988 - IVb ZR 51/87 - NJW 1989, 161, 162). In diesen Fällen hat der Empfänger darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass die Feststellung zu seinen Gunsten erfolgt ist oder erfolgen muss (BGH, Urteile vom 9. März 1989 und vom 8. Juni 1988 aaO). Es ist in Betracht zu ziehen, dass die Akontozahlungen der SHS solche Abschlags- oder Vorauszahlungen waren. Dies kann aber auf sich beruhen, da der Beklagte, selbst wenn dies nicht der Fall ist, nicht gehalten ist, jeden theoretisch denkbaren rechtfertigenden Rechtsgrund für die Leistungen der SHS auszuschließen. Derjenige, der einen Kondiktionsanspruch geltend macht, kann sich regelmäßig darauf beschränken, die vom Empfänger - auch hilfsweise - behaupteten Rechtsgründe auszuräumen (ständige Rechtsprechung: z.B.: BGHZ aaO S. 9; Senatsurteil vom 6. Oktober 1994 aaO; BGH, Urteil vom 14. Juli 2003 aaO jew. m.w.N.). Der Kläger behauptet als Rechtsgrund für die auf die Kostenumlagen für 1991 bis 1993 verrechneten Leistungen der SHS lediglich einen Anspruch auf Begleichung der entsprechenden, jeweils unter dem 31. Dezember der betreffenden Jahre in Rechnung gestellten Pauschalen. Gelingt es dem Beklagten, diesen Rechtsgrund auszuräumen, besteht, jedenfalls nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand, kein weiterer, so dass der Kondiktionsanspruch der SHS begründet ist.
- 15 2. Das tatsächliche Vorbringen des Beklagten zur Hilfsaufrechnung ist entscheidungserheblich, obgleich er die Aufrechnung mangels Gegenseitigkeit (§ 387 BGB) nicht erklären kann.

- 16 Sämtliche Leistungen an die WDB erbrachte die SHS. Sollten die Umlageforderungen der WDB für 1991 bis 1993 nicht bestanden haben, stünde der von dem Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Kondiktionsanspruch der SHS als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu, mithin ihren Gesellschaftern zur gesamten Hand, zu (§ 719 Abs. 1 BGB). Ein Gesellschafter, der - wie hier - persönlich wegen einer gegen die Gesellschaft gerichteten Forderung in Anspruch genommen wird, kann mit einer Forderung, die die Gesellschaft gegen den Gläubiger hat, dann aufrechnen, wenn er gemäß § 714 BGB vertretungsbefugt ist (Palandt/Sprau, BGB, 66. Aufl., § 714 Rn. 15; vgl. auch BGHZ 38, 122, 123 f; BGH, Versäumnisurteil vom 6. Oktober 2004 - XII ZR 323/01 - NJW-RR 2005, 375, 376 jeweils zu Miterben). Da der Beklagte - ebenso wie sein früherer Mitbeklagter - aus der Gesellschaft per 31. Dezember 1999 ausgeschieden war und überdies gemäß § 7 des Sozietätsvertrags vom 4. Dezember 1991 nur Gesamtvertretungsbefugnis bestand, war er bei der Abgabe der Aufrechnungserklärung im Prozess nicht vertretungsbefugt.
- 17 Gleichwohl ist das Hilfsvorbringen des Beklagten erheblich. Der zur Begleichung einer Gesellschaftsschuld persönlich in Anspruch genommene BGB-Gesellschafter kann analog § 129 Abs. 3 HGB, § 770 Abs. 2 BGB gegenüber dem Gläubiger die Leistung verweigern, wenn zwischen diesem und der Gesellschaft eine Aufrechnungslage besteht (Bamberger/Roth/Timm/Schöne, BGB, § 719 Rn. 7; Palandt/Sprau aaO; Palandt/Grüneberg, aaO, § 387 Rn. 5; so auch BGHZ aaO S. 126 ff für Miterben und die Erbengemeinschaft). Entgegen dem wohl auf einem Redaktionsversehen beruhenden Wortlaut von § 129 Abs. 3 HGB, der darauf abstellt, ob der Gläubiger gegenüber der Gesellschaft aufrechnen an, kann der Gesellschafter die Leistung verweigern, wenn die Gesellschaft mit einer Forderung gegenüber dem Gläubiger aufrechnen kann (z.B.: BGHZ 42, 396, 397 f; MünchKommHGB/Karsten Schmidt, § 129 Rn. 17, 24 f

m.w.N). Dies gilt auch für ausgeschiedene Gesellschafter (vgl. Münch-KommHGB/Karsten Schmidt aaO Rn. 15). Hat die SHS gegen den Kläger die geltend gemachte Kondiktionsforderung, kann sie mit dieser gegen den vom Berufungsgericht zuerkannten Anspruch auf Begleichung der Forderungen für die Zeit ab 1995 aufrechnen. Dementsprechend hat der Beklagte in diesem Fall das analog § 129 Abs. 3 HGB, 770 Abs. 2 BGB bestehende Leistungsverweigerungsrecht.

- 18 3. Da die Sache mit Rücksicht auf die noch nachzuholenden Feststellungen zu dem Bereicherungsanspruch, der der zuerkannten Forderung des Klägers entgegengesetzt wird, noch nicht entscheidungsreif ist, war die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1, 3 ZPO).

Schlick

Wurm

Kapsa

Dörr

Herrmann

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.05.2004 - 36 O 122/99 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 11.10.2005 - I-21 U 113/04 -