

112

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 137/72

URTEIL

Verkündet am

6. März 1975

Schorm,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. März 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft sowie die Richter Gähtgens, Dr. Tidow, Peetz und Lohmann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des 6. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 23. Juni 1972 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß Ziffer II des angefochtenen Urteils teilweise aufgehoben und dahin neu gefaßt wird:

Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 40.261,22 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. März 1971 zu zahlen; der Beklagte zu 1) wird darüber hinaus verurteilt, 4 % Zinsen aus dem genannten Betrag für die Zeit vom 1. Februar bis 19. März 1971 zu zahlen.

Die Beklagten haben die Kosten des Revisionszuges zu tragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Testamentsvollstrecker für den Nachlaß des am 28. September 1969 verstorbenen Kaufmanns und Hauseigentümers Fritz [REDACTED].

Der Erblasser hatte mit dem Beklagten zu 1) (im folgenden: der Beklagte), seinem Großneffen, im Jahre 1966 eine offene Handelsgesellschaft unter der Firma Wohnbau-gesellschaft [REDACTED] & [REDACTED] errichtet. Nach der Auflösung der Gesellschaft im Dezember 1968 führte der Beklagte die Firma mit der Bezeichnung Wohnbau [REDACTED] & [REDACTED] als Alleininhaber fort. Der Erblasser blieb mit Einlagen beteiligt und gewährte dem Beklagten weiterhin finanzielle Hilfe. Als die Firma Wohnbau [REDACTED] & [REDACTED] mit der Finanzierung mehrerer Bauvorhaben in Schwierigkeiten geraten war, schloß der Erblasser mit dem Beklagten und dessen Eltern, den Beklagten zu 2) und 3) (im folgenden: die Eltern), am 27. August 1969 einen Darlehnsvertrag. Zur Zwischenfinanzierung von acht Bauvorhaben in Pfullingen und Reutlingen gewährte der Erblasser ein unverzinsliches, spätestens nach Abrechnung der acht Bauvorhaben zurück-zuzahlendes Darlehn von 150.000 DM. Diesen Betrag überwies er vereinbarungsgemäß auf das im Vertrag bezeichnete Konto der Eltern, die das Darlehn treuhänderisch verwalten sollten und "für den Fall der Leistungsunfähigkeit" des Beklagten "eine selbstschuldnerische Bürgschaft" für die Rückzahlung des Darlehns übernahmen. Auf das im Vertrag bezeichnete Konto der Eltern sollte das Wohnbau-unternehmen [REDACTED] & [REDACTED] alle Abschlags- und Endzahlungen



gutbringen, denen Bauleistungen zugrundeliegen, die mit dem Darlehn "vorfinanziert wurden". Der Erblasser sollte für die Darlehnsgewährung als Gewinnbeteiligung ein Drittel des überschlägig auf 200.000 DM geschätzten Gewinns aus den acht Bauvorhaben erhalten. Über die Prüfungsrechte des Darlehnsgebers vereinbarten die Vertragspartner in Ziffer 7 des Darlehnsvertrags:

"Zur Prüfung des Gewinnanteils sind Herrn Fritz [REDACTED] prüfungsfähige Unterlagen zu übergeben bzw. ist ihm Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren. Ihm sind auch auf Anfrage die erforderlichen Auskünfte über die Ertrags- und sonstigen Verhältnisse der ... Bauvorhaben zu geben".

Ziffer 8 des Vertrags lautet:

"Herr Fritz [REDACTED] kann das Darlehn sofort kündigen, wenn die Vertragspartner ihren Verpflichtungen nicht nachkommen, die Wohnbau [REDACTED] & [REDACTED] Konkurs anmeldet oder ihre Zahlungen einstellt".

Von dem Darlehnsbetrag erhielt der Beklagte bis zum 26. Januar 1970 unstreitig 109.738,78 DM. Der Restbetrag (40.261,22 DM) verblieb auf dem Konto der Eltern. Der Kläger forderte die Beklagte zu 3) durch Anwaltschreiben vom 4. Dezember 1969 auf, die auf ihr Konto überwiesene Darlehnsvaluta an den Beklagten nicht auszusahlen, weil dieser die in dem Darlehnsvertrag vereinbarten Bedingungen nicht erfüllt habe. Die Beklagte zu 3) machte mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 21. Januar 1970 geltend, daß das Auszahlungsverbot nicht gerechtfertigt sei.

Der Kläger kündigte mit dem Schreiben seiner Prozeßbevollmächtigten vom 21. Januar 1971 das Darlehn gegenüber dem Beklagten mit der Begründung, daß dieser prüfungsfähige Unterlagen zur Prüfung des Gewinns nicht vorgelegt habe. Der Beklagte widersprach der Kündigung mit dem Schreiben seiner Bevollmächtigten vom 2. Februar 1971.

Der Kläger hat vorgetragen:

Schon bis zum 4. Dezember 1969 habe der Beklagte das Darlehn in Höhe von 137.728,78 DM in Anspruch genommen; er habe Abschlagszahlungen der Bauherren erhalten, jedoch nicht auf das vereinbarte Konto weitergeleitet, sondern für seine Zwecke in Anspruch genommen. Die Kündigung des Darlehns sei daher berechtigt.

Sämtliche acht im Darlehnsvertrag aufgeführten Bauvorhaben seien inzwischen beendet. Der Beklagte habe mit den Bauherren abgerechnet.

Der Kläger hat Verurteilung des Beklagten zur Auskunft über die Höhe des Gewinnanteils, zur Vorlegung prüfungsfähiger Abrechnungen mit den Bauherren, zur Auskunft über die Verhältnisse der im Darlehnsvertrag bezeichneten Bauvorhaben und zur Gewährung von Einsicht in die Geschäftsbücher begehrt sowie sich vorbehalten, den sich aus den überprüften Auskünften ergebenden Betrag geltend zu machen. Er hat weiter beantragt, die Beklagten zur Zahlung von 150.000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Februar 1971 zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt und sein Vorbringen in der Berufungsbegründung dahin ergänzt, daß der Beklagte vor dem Auszahlungsverbot eigenmächtig die weitere Ausführung der Bauvorhaben Dritten überlassen habe; der Beklagte habe die Bauhandwerker nicht bezahlt; diese hätten mit der Einstellung der Arbeit gedroht; deshalb habe der Beklagte die Bauverträge mit den Bauherren aufgelöst oder abgeändert und die Bauherren ermächtigt, die Bauhandwerker unmittelbar zu entlohnen.

Der Beklagte hat im Berufungsrechtszug gegenüber der Klage auf Rückzahlung des Darlehns hilfsweise die Aufrechnung mit angeblichen Gegenforderungen erklärt und vorgetragen:

Wegen der vom Kläger verfüzten unberechtigten Auszahlungssperre habe er einen Kontokorrentkredit in Anspruch nehmen und dafür mindestens 10 % Zinsen im Jahr zahlen müssen; ihm sei ein Schaden von 8.880 DM entstanden.

Die Auszahlungssperre und die dadurch erforderlich gewordenen Abänderungsverträge mit den Bauherren hätten Mehrarbeiten bei der Betreuung der Bauvorhaben verursacht; der Kläger schulde ihm deshalb 8.348,86 DM.

Aus Aufträgen des Erblassers (u.a. Aufwendungen für die Fertigstellung eines Einfamilienhauses in Kohlberg, Vergütung für die Aufsicht und Wartung des Hauses sowie für die Zuführung von Kaufinteressenten; Vergütung der Leistungen und Ersatz der Auslagen für die Errichtung eines Hauses in Reutlingen; Vergütung der Änderungspläne für ein Haus in Berlin) stünden ihm noch erhebliche Forderungen gegen den Nachlaß zu; ihm gebühre auch Ersatz der von ihm aufgewandten, auf den Erblasser entfallenden Unkosten der Wohnbaugesellschaft.

Seine zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen beliefen sich auf insgesamt 106.709,15 DM.

Der Kläger hat in die Aufrechnung nicht eingewilligt.

Das Kammergericht hat durch Teilurteil den Beklagten verurteilt, dem Kläger die in der Berufungsinstanz noch begehrten Auskünfte zu erteilen, ihm die Abrechnungen mit den Bauherren vorzulegen und ihm Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren, und alle Beklagten - die Eltern als Gesamtschuldner - verurteilt, an den Kläger 40.261,22 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 1. Februar 1971 zu zahlen.

Die Beklagten verfolgen mit ihrer Revision den Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat eine vertragliche Verpflichtung des Beklagten bejaht, dem Kläger die geforderten Auskünfte über die vertraglich bezeichneten Bauvorhaben zu erteilen, ihm Abrechnungen vorzulegen und ihm Einsicht in die Geschäftsbücher zu gewähren. Diese Entscheidung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung auf eine Auslegung des Vertrags vom 27. August 1969 gestützt. Einen Rechtsfehler läßt die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung dieser Individualvereinbarung nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat bei der ihm obliegenden Feststellung des Vertragsinhalts durch Auslegung weder gegen Auslegungsregeln noch gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstoßen. Zutreffend ist es von der Vermutung ausgegangen, daß die Vertragsurkunde das Vereinbarte vollständig und richtig wiedergibt. Bei der Auslegung hat es rechtsirrtumsfrei auf den Wortlaut des Vertragstextes und den Zweck der vereinbarten Kontrollrechte abgestellt. Die Erwägung des Berufungsgerichts, daß die in Ziffer 7 der Vertragsurkunde vorgesehenen Kontrollmöglichkeiten dem Darlehnsgeber die Prüfung ermöglichen sollen, ob und gegebenenfalls welchen Gewinn der Beklagte aus den im Vertrag bezeichneten Bauvorhaben erzielt hat, ist logisch widerspruchsfrei und verstößt nicht gegen einen allgemeinen Erfahrungssatz. Nach dieser rechtsfehlerfreien

Auslegung des Vertrags kommt es für die Verpflichtung des Beklagten, dem Kläger Auskunft zu erteilen, Abrechnungen vorzulegen und Einsicht in die Geschäftsbücher zu gestatten, gerade nicht darauf an, ob der Beklagte schon einen Gewinn erzielt hat oder gar ob der Anspruch auf Auszahlung eines Gewinnanteils schon fällig ist. Die dem Kläger zustehende Ausübung der in Ziffer 7 des Vertrags vereinbarten Rechte soll dem Darlehnsgeber vielmehr erst die zur Beantwortung dieser Fragen erforderlichen Unterlagen verschaffen. Die in Ziffer 7 des Darlehnsvertrags vereinbarten Hilfsansprüche für die Geltendmachung des Gewinnanspruchs setzen daher nicht voraus, daß die Bauvorhaben vollständig abgerechnet oder daß sämtliche von dem Beklagten zu erwartenden Zahlungen eingegangen oder daß alle Prozesse des Beklagten mit Bauherren oder Bauhandwerkern abgeschlossen sind. Rechtsstreitigkeiten können zwar den Beklagten zu Rückstellungen nötigen. Sie schließen aber nicht aus, daß der Beklagte trotz dieser Rückstellungen schon einen feststellbaren Gewinn in einer bestimmten Mindesthöhe erzielt hat, von dem er den vertraglich bestimmten Anteil nach Ziffer 6 des Vertrags unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) jedenfalls nach dem Ablauf einer angemessenen Zeit seit der Gewährung des Darlehns an den Kläger abführen muß, obwohl noch nicht alle Prozesse erledigt sind. Das Berufungsgericht ist somit ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, daß ein schon vor der Erledigung aller Prozesse mit Bauherren und Bauhandwerkern zu erfüllender Anspruch auf Gewinn in Betracht kommt. Denn es hat es für "denkbar" - nach dem Textzusammenhang:

für möglich - gehalten, daß der Beklagte einen anteilmäßig an den Kläger abzuführenden Gewinn erzielt hat, und hat auf die Möglichkeit hingewiesen, daß der Beklagte mit seinen Klagen gegen die Bauherren nur einen noch höheren Gewinn erstrebt.

Im Gegensatz zur Auffassung der Revision steht die Regelung für den Rechnungsabschluß und die Gewinn- und Verlustverteilung bei einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft (§ 721 BGB) der vom Berufungsgericht vorgenommenen Auslegung des Individualvertrags zwischen dem Erblasser und dem Beklagten nicht entgegen. Die Auslegung dieses Vertrags über die Gewährung und Sicherung eines Beteiligungsdarlehns (partiarischen Darlehns) mit einer Vereinbarung über bestimmte Kontrollrechte für den Darlehnsgeber braucht sich nicht nach dieser abdingbaren Vorschrift für Gesellschaftsverträge zu richten. Abgesehen davon, daß ein Anspruch auf Rechnungsabschluß und Verteilung des Gewinns nach § 721 BGB bei Gesellschaften von längerer Dauer auch vor der Auflösung der Gesellschaft in Betracht kommt (vgl. BGB-RGRK, 12. Aufl., § 721 Rdn 1) und daß diese Vorschrift bei einem partiarischen Darlehn allenfalls entsprechend anwendbar sein kann, hatte das Berufungsgericht zunächst den Inhalt des Vertrags durch eine Auslegung nach Wortlaut, Sinn und Zweck festzustellen (§ 157 BGB). Die Vorschrift des § 721 BGB steht auch der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entgegen, daß der Beklagte schon vor der Erledigung aller Prozesse mit Bauherren und Bauhandwerkern zur Auszahlung eines schon jetzt feststehen-

den Gewinnanteils (unter Berücksichtigung des Grundsatzes von Treu und Glauben) verpflichtet sein kann.

II.

1. Das Berufungsgericht hat ferner die Verpflichtung der Beklagten bejaht, an den Kläger die Darlehnsvaluta in Höhe von 40.261,22 DM zurückzuzahlen. Die Entscheidung hält auch insoweit einer rechtlichen Überprüfung stand.

Das Berufungsgericht hat die von dem Erblasser mit den Eltern vertraglich begründeten Rechtsbeziehungen zutreffend als Treuhandverhältnis angesehen, auf das die Regeln über den Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB) Anwendung finden. Ohne Rechtsirrtum hat es aus diesem Rechtsverhältnis die Verpflichtung der Eltern abgeleitet, die nicht zur Vor- und Zwischenfinanzierung verwendete Darlehnsvaluta auf ihrem Konto an den Kläger zurückzuzahlen.

Nach den rechtsirrtumsfreien Darlegungen des Berufungsgerichts hat der Erblasser den Beklagten das Darlehn in der vereinbarten Weise durch Überweisung der Darlehnsvaluta auf das vertraglich bezeichnete Konto der Treuhänder, der Eltern, gewährt. Er ist gleichfalls verpflichtet, den nicht in Anspruch genommenen Teil des Darlehns zurückzuzahlen, weil der vereinbarte Verwendungszweck nicht mehr erreicht werden kann.

Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die vom Erblasser zur Verfügung gestellte Darlehnsvaluta nur zur Vor- und Zwischenfinanzierung der im Vertrag genannten Bauvorhaben, und zwar für Abschlagszahlungen an die Bauhandwerker, verwendet werden durfte. Es steht mit den Auslegungsregeln, den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang, daß das Berufungsgericht dem Vertrag zwischen dem Erblasser und den Beklagten diese Vereinbarung über den Verwendungszweck des Darlehns entnommen hat. Eine Vor- oder Zwischenfinanzierung der im Vertrag vorgesehenen Art kommt nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts nicht mehr in Betracht, weil für Abschlagszahlungen an die Bauhandwerker nach dem jetzigen Stand der Abwicklung der Bauvorhaben kein Raum mehr ist.

Ohne Rechtsirrtum hat es das Berufungsgericht deshalb als unerheblich angesehen, daß noch nicht alle Prozesse des Beklagten mit Bauherren oder Bauhandwerkern abgeschlossen und noch nicht alle Zahlungen der Bauherren eingegangen sind.

Ohne Erfolg beruft sich die Revision demgegenüber darauf, daß das Berufungsgericht bei der Bejahung der Voraussetzungen für einen Rückzahlungsanspruch das vom Kläger angeordnete angeblich unberechtigte Auszahlungsverbot nicht berücksichtigt habe: Es habe übersehen, daß dieses Verbot den Beklagten nach seinem Vorbringen vor dem Berufungsgericht zur zusätzlichen Aufnahme eines Kontokorrentkredits genötigt habe. Den Feststellungen

des Berufungsgerichts und dem Vorbringen der Beklagten vor dem Berufungsgericht ist jedoch nicht zu entnehmen, daß der Beklagte diesen Kontokorrentkredit für Abschlagszahlungen an Bauhandwerker in Anspruch nehmen mußte und einen für diesen Zweck aufgenommenen Kredit zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch nicht abgetragen hatte, aber mit dem Rest der Darlehnsvaluta auf dem Konto der Eltern ablösen konnte und wollte. Vielmehr hat sich der Beklagte im Berufungsrechtszug nur auf die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe der angeblichen Mehrkosten des Kontokorrentkredits berufen. Für das Berufungsgericht war es somit nicht erforderlich, sich bei seiner Entscheidung über das Bestehen eines Rückzahlungsanspruchs in Höhe der noch nicht an den Beklagten weitergeleiteten Darlehnsvaluta mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Verwendung der Restdarlehnsvaluta zur Abtragung eines Kontokorrentkredits der Zweckvereinbarung zwischen dem Erblasser und dem Beklagten entspricht.

2. Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten erklärte Aufrechnung für unzulässig gehalten und ausgeführt, daß ihm und den Eltern auch ein Zurückbehaltungs- oder sonstiges Leistungsverweigerungsrecht nicht zustehe, weil die strenge Zweckbindung des Darlehns mit einer treuhänderischen Sicherung ihrem Wesen nach den Ausschluß eines jeden Aufrechnungs-, Zurückbehaltungs- und sonstigen Leistungsverweigerungsrechts bedeute. Einen Rechtsfehler lassen diese Vertragsauslegung und die aus ihr gezogenen Folgerungen nicht erkennen. Die

Auslegung hält sich im Rahmen der Auslegungsregeln und verstößt weder gegen Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungssätze.

Die Revision rügt demgegenüber, daß die Berufung des Klägers auf den vertraglichen Ausschluß des Aufrechnungsrechts wegen der - jedenfalls für den Revisionsrechtszug als ungerechtfertigt zu unterstellenden - Auszahlungssperre gegen Treu und Glauben verstoße und daher unzulässig sei.

Diese Rüge bleibt erfolglos.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Berufung auf ein vertragliches Aufrechnungsverbot je nach den Umständen des Einzelfalles treuwidrig und daher unzulässig sein kann (vgl. BGHZ 14, 61, 63; 23, 17, 26; 35, 248, 254; BGH in NJW 1966, 1452; VersR 1969, 734).

Dabei ist insbesondere auch der Zweck des Aufrechnungsverbots zu berücksichtigen. Ein vertragliches Aufrechnungsverbot, das die zügige Durchsetzung einer Forderung gewährleisten soll, kann etwa zurücktreten, wenn die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung den Rechtsstreit nicht verzögert. Eine Aufrechnung ist trotz eines vertraglichen Aufrechnungsverbots nach Treu und Glauben zulässig, wenn sonst die Durchsetzung einer mit der Forderung des Gläubigers zusammenhängenden Gegenforderung des Schuldners - etwa bei einem nachträglichen Vermögensverfall des Gläubigers - vereitelt würde.

Der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt und das Vorbringen der Beklagten vor dem Berufungsgericht rechtfertigen nicht den Schluß, daß das vertragliche Aufrechnungsverbot nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zurücktreten muß.

Die vom Beklagten erstmals im Berufungsrechtszug zur Aufrechnung gestellten erheblichen Gegenforderungen werden vom Kläger nicht anerkannt. Über sie könnte erst nach weiterer Sachaufklärung entschieden werden. Die Durchbrechung des Aufrechnungsverbots für die noch nicht zur Endentscheidung reifen Gegenforderungen würde dem Sinn des Aufrechnungsverbots widersprechen, die Rückzahlung des zweckgebundenen Darlehns ohne Rücksicht auf mögliche Gegenforderungen zu sichern.

Der vertragliche Ausschluß der einseitigen Aufrechnung gilt auch, soweit der Beklagte mit der vom Kläger geltend gemachten Forderung zusammenhängende Schadensersatzansprüche zur Aufrechnung gestellt hat. Nur die zur Aufrechnung gestellten angeblichen Gegenforderungen wegen der behaupteten Mehrkosten in Höhe von 8.880 DM und 8.348,86 DM infolge der vom Kläger verfügten Auszahlungssperre entspringen demselben Rechtsverhältnis wie der vom Berufungsgericht zuerkannte Anspruch auf Rückzahlung der noch nicht verwendeten Darlehnsvaluta. Dem Beklagten, der das vom Erblasser gewährte unverzinsliche Darlehn in Höhe von 109.738,78 DM in Anspruch genommen hat, droht weder nach den Feststellungen des Berufungsgerichts noch nach dem Vorbringen der Beklagten vor dem

Berufungsgericht ein Verlust der Möglichkeit, die zweifelhaften Schadensersatzansprüche auch ohne Aufrechnung in angemessener Weise zu realisieren.

Es verstößt bei dieser Sachlage nicht gegen Treu und Glauben, daß dem Beklagten entsprechend dem vertraglichen Aufrechnungsverbot die Aufrechnung mit den angeblichen Schadensersatzansprüchen verwehrt ist.

3. Alle Beklagten haften im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts als Gesamtschuldner (§ 421 BGB). Die Forderungen des Klägers gegen den Beklagten als Darlehnsnehmer und gegen die Eltern als Treuhänder brauchen nicht auf derselben Anspruchsgrundlage zu beruhen, um ein Gesamtschuldverhältnis annehmen zu können. Der Beklagte und die Eltern haften jeweils für die Rückzahlung der noch nicht in Anspruch genommenen Darlehnsvaluta. Zwischen ihnen besteht eine objektive Zweckgemeinschaft, die auf dem einheitlichen Vertrag zwischen dem Erblasser und den Beklagten beruht. Die Schuld des Beklagten und die der Eltern ist daher durch eine innere Abhängigkeit gekennzeichnet, die alle Beklagten zu einer Tilgungsgemeinschaft zusammenfaßt (vgl. BGHZ 43, 229).

4. Die Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben nicht, daß die Eltern verpflichtet sind, schon ab 1. Februar 1971 Verzugszinsen zu zahlen. Insoweit ist der Rechtsstreit noch nicht zur abschließenden Entscheidung reif. Die Mahnung gegenüber dem Beklagten

setzt die Eltern, soweit sie als Treuhänder aufgrund der Regeln über den Geschäftsbesorgungsvertrag zur Herausgabe des von ihnen Erlangten verpflichtet sind, noch nicht in Verzug. Dagegen hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen, daß der Beklagte durch die Mahnung vom 21. Januar 1971 in Verzug geraten ist. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß sich der Beklagte gegenüber dieser Mahnung nicht darauf berufen kann, die Bevollmächtigten des Klägers hätten eine Vollmachtsurkunde nicht vorgelegt. Denn der Beklagte hatte im Schriftwechsel zuvor nicht gerügt, daß den Bevollmächtigten des Klägers eine Vollmacht fehle.

5. Den Beklagten sind die Kosten des Revisionsrechtszuges aufzuerlegen, weil ihr Rechtsmittel im wesentlichen ohne Erfolg geblieben ist (§§ 97, 92 Abs. 2 ZPO).

Kreft

Gähtgens

Richter Dr. Tidow
ist beurlaubt und
an der Beifügung
seiner Unterschrift
verhindert.

Kreft

Peetz

Lohmann