

18
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 296 Abs. 1

Zu den rechtlichen Voraussetzungen der Nichtzulassung
verspäteten Verteidigungsvorbringens.

BGH, Urt. v. 5. März 1990 - II ZR 109/89 - OLG München
LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 109/89

URTEIL

Verkündet am:
5. März 1990
Boppel
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Christoph von B. [REDACTED], Am W. [REDACTED], M. [REDACTED]
S. [REDACTED]

Beklagter
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
u. [REDACTED] -

g e g e n

A. [REDACTED] Deutschland GmbH, gesetzlich vertreten durch
den Geschäftsführer Bryan M. L. [REDACTED], Ar. [REDACTED]straße [REDACTED],
Mü. [REDACTED],

Klägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
u. [REDACTED] -

WV

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 1990 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Boujong und die Richter Dr. Hesselberger, Röhricht, Dr. Henze und Stodolkowitz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 17. April 1989 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte zur Zahlung von mehr als 89.853,72 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 29. Dezember 1987 verurteilt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Der Beklagte ist der ehemalige Geschäftsführer der Klägerin, einer GmbH. Das Anstellungsverhältnis des Beklagten ist am 10. Juli 1986 einverständlich gelöst worden. In der an diesem Tage getroffenen Vereinbarung verpflichtete sich der Beklagte, die Klägerin von sämtlichen Verbindlichkeiten aus einer von dem Beklagten im Namen der Klägerin zu seinen Gunsten eingegangenen Bankbürgschaft freizustellen sowie der Klägerin alle von ihm geschuldeten Beträge, "einschließlich Vorschüsse auf Reisekosten oder Spesen" zu erstatten. Ferner verzichtete er mit Ausnahme der im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung bereits erworbenen Rechte auf sämtliche Ansprüche gegen die Klägerin; zugleich erhielt er von der Klägerin einen Mitarbeitervertrag.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten die Erstattung zu Unrecht in Anspruch genommener Spesen im Gesamtbetrag von 102.801,37 DM sowie die Zahlung weiterer 126.562,48 DM, die sie inzwischen zur Abgeltung der Bürgschaftsverpflichtung entrichtet hat. In seiner Erwiderung auf die Klage hat der Beklagte gegenüber der Bürgschaftsregreßforderung, die er nach Grund und Höhe nicht bestritten hat, die Aufrechnung mit Pensionsansprüchen in Höhe von 104.069,13 DM, auf die Vergütung aus dem Mitarbeitervertrag in Höhe von 153.900 DM und auf die Restvergütung aus dem aufgelösten Anstellungsverhältnis in Höhe von 34.200 DM erklärt. Hinsichtlich der restlichen Klageforderung, die er bestritten hat, hat er die Nachreichung einer detaillierten Begründung in einem weiteren Schriftsatz angekündigt, der

erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht eingegangen ist.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt, indem es den nachgereichten Schriftsatz gemäß § 296 a ZPO unberücksichtigt gelassen und das übrige Vorbringen des Beklagten gemäß §§ 296 Abs. 1, 275 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen hat. Mit der hiergegen gerichteten Berufung hat der Beklagte geltend gemacht, das Landgericht habe in unrichtiger Anwendung der Präklusionsvorschriften seinen gesamten Vortrag, mit dem er die Schadensersatzforderung bis auf einen Betrag von 26.229,96 DM bestritten und gegen den nicht bestrittenen Teil der Schadensersatzforderung sowie gegen die Bürgschaftsregreßforderung mit den genannten Gegenansprüchen aufgerechnet habe, unberücksichtigt gelassen. Die Berufung führte nur in bezug auf zwei Schadensersatzpositionen im Gesamtbetrag von 357 DM nebst anteiliger Zinsen zur Abweisung der Klage. In Höhe von 229.006,85 DM nebst Zinsen blieb das Rechtsmittel ohne Erfolg.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen in der Berufungsinstanz gestellten Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat in dem aus dem Urteilsausspruch ersichtlichen Umfang Erfolg.

I. Die Revision muß zunächst Erfolg haben, soweit sie geltend macht, das Berufungsgericht, das den Beklagten zum Ersatz eines Betrages von 884 DM aus dem Gesichtspunkt fehlender Spesenabrechnung verurteilt habe, habe dabei übersehen, daß das Flugticket für die Ehefrau des Beklagten von der Klägerin unmittelbar bei dem Reisebüro bezahlt worden ist.

Das Berufungsgericht unterstellt im Ergebnis, daß die Ehefrau des Beklagten an der Tagung in Malaga auf Weisung der Klägerin oder ihrer amerikanischen Muttergesellschaft teilgenommen hat. Dementsprechend verurteilt es den Beklagten zur Erstattung der Flugkosten seiner Ehefrau auch nur aus dem Gesichtspunkt, daß der Beklagte die Kosten nicht ordnungsgemäß bei der Klägerin abgerechnet habe. Es übersieht dabei jedoch, wie die Revision zu Recht rügt, daß der Beklagte den für die Bestreitung der Flugkosten erforderlichen Betrag nicht etwa als Vorschuß erhalten oder entnommen hat, sondern daß die Klägerin das Flugticket nach ihrem eigenen Vortrag unmittelbar selber bei dem Reisebüro bezahlt hat. Bei dieser Sachlage wird nicht erkennbar, inwiefern für den Beklagten eine Veranlassung oder auch nur die Möglichkeit bestanden haben sollte, der Klägerin eine Abrechnung über den von ihr selber beglichenen Flugpreis zu erteilen. Ebensowenig enthält das Berufungsurteil Ausführungen darüber, wie eine solche Abrechnung hätte aussehen sollen und welche nicht bereits bei der Klägerin vorhandenen Angaben sie hätte enthalten sollen, die etwa für die Geltendmachung des Betrages als Betriebsausgabe gegenüber dem Finanzamt erforderlich gewesen wären. Angesichts der zu unterstellenden Tatsache, daß die Ehefrau des Beklagten die Reise auf Weisung der Klägerin oder ihrer Muttergesellschaft machte,

benötigte die Klägerin auch keinen Beleg über die unternehmensbedingte Veranlassung dieser Reise, ganz davon abgesehen, daß eine entsprechende Begründung nur von ihr selber und nicht von dem Beklagten hätte beigebracht werden können und müssen.

Damit das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt mit den Parteien erörtern kann, ist das Urteil in Höhe dieses Betrages nebst anteiliger Zinsen aufzuheben und die Sache insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die Zurückverweisung ist im übrigen auch deshalb erforderlich, weil das Berufungsgericht die von dem Beklagten unter Beweisantritt behauptete, aber von der Klägerin bestrittene dienstliche Veranlassung der Reise seiner Ehefrau bisher nur zugunsten des Beklagten unterstellt hat.

II. 1. Ferner ist der Revision der Erfolg nicht zu versagen, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht die Gegenforderungen in Höhe von 104.069,13 DM (Pensionsansprüche) und 34.200 DM (Restvergütung aus Geschäftsführervertrag), mit denen der Beklagte gegen die Klageforderungen aufgerechnet hat, unberücksichtigt gelassen hat. Das Berufungsgericht begründet sein Ergebnis damit, der Schriftsatz vom 19. Mai 1988, der das der Substantiierung dieser Gegenforderungen dienende Vorbringen des Beklagten enthalte, sei erst am 20. Mai 1988 nach Ablauf der vom Landgericht gesetzten Fristen zur Erwidern auf die Klage eingereicht worden. Da die Berücksichtigung dieses Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögert hätte und der Beklagte die Verspätung auch nicht genügend entschuldigt habe, habe das Landgericht das den Gegenforderungen zugrundelie-

gende Vorbringen des Beklagten gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zu Recht nicht zugelassen. Infolgedessen bleibe der Beklagte mit diesem Vorbringen auch in der Berufungsinstanz ausgeschlossen. Dies hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

2. a) Die Nichtzulassung von Verteidigungsvorbringen wegen Verspätung gemäß § 296 Abs. 1 ZPO setzt eine wirksame Fristsetzung durch das Gericht voraus. Daran fehlte es im vorliegenden Fall. Die Frist nach § 275 Abs. 1 Satz 1 ZPO wird wie die anderen in § 296 Abs. 1 ZPO aufgeführten Fristen nur durch eine förmliche Zustellung (§ 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO) einer beglaubigten Abschrift der ordnungsgemäß unterzeichneten Verfügung des Vorsitzenden in Lauf gesetzt (ständige Rechtsprechung, vgl. BGHZ 76, 236, 238 ff.; 86, 218, 225; Urt. v. 17. April 1980 - VII ZR 114/79, NJW 1980, 1960; v. 9. März 1981 - VIII ZR 38/80, JZ 1981, 351; v. 21. September 1982 - VI ZR 272/80, WM 1982, 1281, 1282). Im vorliegenden Fall hat der Vorsitzende der zuständigen Zivilkammer des Landgerichts bei Niederschrift seiner Verfügung vom 14. April 1988 jedoch nur Übersendung der Abschriften des Schriftsatzes der Klägerin vom 13. April 1988 sowie der ihm als Anlage beigefügten Übersetzungen per EB verfügt (dort Ziffer 1); hinsichtlich der von ihm gesetzten Frist zur Klageerwiderung binnen zwei Wochen ab Zugang seiner Verfügung, die am 3. Mai 1988 abgelaufen wäre, hat er dagegen weder die Übermittlung einer beglaubigten Abschrift seiner Verfügung noch deren förmliche Zustellung, sondern ausdrücklich lediglich formlose Mitteilung an die Parteivertreter angeordnet (dort Ziffer 2 und 3). Im Gegensatz zu der Ansicht der Revisionserwiderung handelte es sich bei der durch die Verfügung vom 14. April 1988 gesetzten Frist auch nicht

lediglich um eine Fristverlängerung, bei der eine förmliche Zustellung für entbehrlich gehalten wird, weil durch sie keine Frist i.S. des § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO in Lauf gesetzt wird (vgl. BGHZ 93, 300, 305; Baumbach/Lauterbach/Hartmann, ZPO 48. Aufl. § 329 Anm. 6. Ab; Zöller/Vollkommer, ZPO 15. Aufl. § 329 Rdnr. 46). Zwar war dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten bereits am 9. März 1988 zusammen mit der Terminsbestimmung eine Verfügung des Kammervorsitzenden vom 4. März 1988 mit Frist zur Erwidern auf das Klagevorbringen von drei Wochen zugestellt worden. Gleichwohl kann die am 14. April 1988 verfügte Fristbestimmung unter den im vorliegenden Fall gegebenen besonderen Umständen nicht lediglich als Verlängerung dieser Frist gelten. Die am 4. März 1988 verfügte Frist war auf den Widerstand des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten gestoßen. Dieser hatte geltend gemacht, die zur Klagebegründung dienenden zahlreichen in englischer Sprache verfaßten Anlagen bedürften deutscher Übersetzung, und hatte dies mit dem Antrag verbunden, die dem Beklagten gesetzte Frist angemessen nach Eingang der Übersetzung zu bemessen. Dieses Vorbringen kann sinnvollerweise nur so verstanden werden, daß er die Aufhebung der bisherigen Fristbestimmung und die Setzung einer neuen Klageerwidernungsfrist begehrte, die erstmals mit dem Zugang der in die deutsche Sprache übersetzten Anlagen zur Klage zu laufen beginnen sollte. An seiner Weigerung, auf die nahezu ausschließlich durch fremdsprachige Urkunden substantiierte Klagebegründung zu erwidern, hielt der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten in der Folge auch dann noch mit Nachdruck fest, nachdem ihn der Vorsitzende durch Verfügung vom 22. März 1988 darauf hingewiesen hatte, die unter Umständen fehlende Verwertbarkeit von Anlagen entbinde den Beklagten

nicht von der Pflicht, innerhalb der gesetzten Frist zum fraglos deutschsprachigen Klagevorbringen Stellung zu nehmen. Wenn der Vorsitzende daraufhin der Klägerin mit Verfügung vom 25. März 1988 die Vorlage der Anlagen in deutscher Übersetzung aufgab und nach deren Eingang am 14. April 1988 eine Frist zur Klageerwiderung von zwei Wochen verfügte, die mit dem Zugang "dieses Schreibens" beginnen sollte, so kann dem nicht der Sinn beigelegt werden, daß der Vorsitzende damit dem Beklagten eine von diesem gar nicht beantragte Fristverlängerung bewilligen wollte. Das gilt umsomehr, als am 14. April 1988 die zunächst gesetzte Frist schon abgelaufen war. Das Verhalten des Vorsitzenden muß vielmehr als Nachgeben gegenüber der Forderung des Prozeßbevollmächtigten des Beklagten verstanden werden, dem Beklagten eine (neue) Frist zur Erwiderung auf das Klagevorbringen zu setzen, deren Lauf erst mit der Übermittlung der jetzt erstmals übersetzten Anlagen in Gang gesetzt wurde. Allein diese Auslegung wird auch dem Wortlaut der Verfügung des Vorsitzenden vom 14. April 1988 gerecht, in der nicht etwa eine Verlängerung der ursprünglichen Frist zur Klageerwiderung angeordnet, sondern ausdrücklich verfügt wurde, "die Frist zur Klageerwiderung wird auf zwei Wochen ab dem Zugang dieses Schreibens festgesetzt".

Spricht mithin schon die anhand von Wortlaut und Sinnzusammenhang als den üblichen Auslegungskriterien vorgenommene Auslegung der fristsetzenden Verfügung vom 14. April 1988 dafür, daß der Vorsitzende keine Verlängerung der von dem Beklagten als fehlerhaft beanstandeten Frist vom 4. März 1988 aussprechen, sondern eine neue, (erstmalig) mit dem Zugang der Anlagen und der Verfügung vom 14. April 1988 in

Lauf gesetzte Frist zur Klageerwiderung anordnen wollte, so muß dies erst recht bei Berücksichtigung des normativen Zusammenhangs und der verfassungsrechtlichen Dimension gelten, in der eine solche Fristsetzung gesehen werden muß. Wie sowohl der Bundesgerichtshof als auch das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgesprochen haben, ist die an den Ablauf der Fristen des § 296 Abs. 1 ZPO geknüpfte Präklusionswirkung unter dem Blickwinkel des Art. 103 Abs. 1 GG nur dann hinnehmbar, wenn von mehreren möglichen Auslegungen einer Präklusionsvorschrift im Zweifel diejenige gewählt wird, die der Grundrechtsnorm die stärkste Wirkung verleiht, d.h. das Recht jeder Partei, ihrem Vorbringen bei Gericht Gehör zu verschaffen, am wenigsten einengt, und überdies bei Anwendung der Präklusionsbestimmungen die Forderung nach Rechtsklarheit strengstens gewahrt wird (BVerfG NJW 1982, 1453, 1454 und 1635; 1989, 706; BGHZ 76, 236, 239 f.; BGHZ 86, 218, 224 f. mit umfangreichen Nachw. zur ständigen Rsprg. des BGH). Präklusionsvorschriften haben, weil sie das Grundrecht auf rechtliches Gehör einschränken, sich zwangsläufig nachteilig auf das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung auswirken und für die säumige Partei einschneidende Folgen nach sich ziehen, strengen Ausnahmecharakter. Ihre Anwendung steht in ganz besonderem Maße unter dem Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. So können den Parteien die schwerwiegenden Folgen der Versäumung richterlicher Erklärungsfristen nur dann zugemutet werden, wenn über Beginn und Ende der Frist bereits zu Beginn der Frist Gewißheit besteht (BVerfG NJW 1982, 1453; BGHZ 76, 236, 239 f.). Zu dem im Bereich des zivilprozessualen Präklusionsrechts ganz besonders strikt zu wahren Gebot der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gehört zugleich die Forderung, daß

sich auch das Gericht selbst bei Erlaß seiner Verfügung sowohl inhaltlich als auch im Hinblick auf die erkennbare Einhaltung der gesetzlichen Form- und Zustellungsvorschriften so klar und eindeutig verhält, daß bei der betroffenen Partei von Anfang an vernünftigerweise keine Fehlvorstellungen über die gravierenden Folgen der mit einer Nichtbeachtung der gesetzten Frist verbundenen Rechtsfolgen aufkommen können. Dabei ist auch hier ein strenger Maßstab anzulegen. Mit diesen Grundsätzen wäre es wegen der Unsicherheit über das Auslegungsergebnis unvereinbar, wenn die Frage nach dem wirklich gewollten Inhalt und mit ihr zusammenhängend diejenige nach der Wirksamkeit einer richterlichen Fristsetzung zunächst in der Schwebe bliebe und erst nachträglich auf Grund einer Auslegung der nicht eindeutig abgefaßten richterlichen Anordnung entschieden werden könnte. Dies schließt es aus, eine ausdrücklich als Fristsetzung zur Klageerweiterung formulierte richterliche Verfügung, die als solche wegen Verfehlung der dafür vorgeschriebenen Formen die beabsichtigte Präklusionswirkung der §§ 296 Abs. 1, 528 Abs. 3 ZPO nicht erzielen konnte, später, nach Fristablauf, zum Nachteil der betroffenen Partei als bloße, nicht der förmlichen Zustellung bedürftige Fristverlängerung mit Ausschlußwirkung auszulegen. Da die mit Verfügung vom 14. April 1988 neugesetzte Frist an die Stelle der ursprünglich bestimmten, am 30. März 1988 abgelaufenen Fristbestimmung treten sollte, verbietet es der Grundsatz der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zugleich, im Hinblick auf die Unwirksamkeit der späteren auf die frühere Festsetzung, auf die das Berufungsgericht vorrangig abstellen will, zurückzugreifen.

b) Die Unwirksamkeit der Fristbestimmung vom 14. April 1988 wäre auch dann nicht nach § 295 Abs. 1 ZPO geheilt, wenn der Beklagte den ihr anhaftenden Mangel in der mündlichen Verhandlung erster Instanz ungerügt gelassen haben sollte. Wie bereits dargelegt, stehen die zivilprozessualen Präklusionsvorschriften in einem ausgeprägten Spannungsverhältnis zu dem in Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verbrieften Gebot der Gewährung rechtlichen Gehörs. Die mit ihnen verbundene Wirkung des endgültigen Rechtsverlustes auch in etwaigen Rechtsmittelinstanzen (§§ 296 Abs. 1, 528 Abs. 3 ZPO) kann nur dann unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten verantwortet werden, wenn ihre gesetzlichen Voraussetzungen tatbestandlich eng umrissen und im Einzelfall strikt gewahrt sind. Über die Erfüllung dieser Voraussetzungen durch das Gericht zu wachen kann nicht Aufgabe der betroffenen Partei sein. Die Einhaltung der strengen Förmlichkeiten, an die das Gesetz die Möglichkeit des Eintritts der in Frage stehenden Präklusionswirkungen knüpft, ist vielmehr von Amts wegen zu beachten; ihre Verletzung ist demgemäß nicht der Heilung nach § 295 Abs. 1 ZPO zugänglich (dahingestellt gelassen von BGH, Urt. v. 21. September 1982, WM 1982, 1281; aber wohl herrschende Meinung, vgl. Stein/Jonas/Leipold, ZPO 20. Aufl. § 296 Rdnr. 33; Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 295 Anm. 3 B; Zöllner/Stephan, ZPO 15. Aufl. § 296 Rdnr. 8 a i.V.m. § 295 Rdnr. 4).

3. Verfahrensfehlerhaft und unwirksam ist auch, wie die Revision zu Recht rügt, die weitere Fristsetzung, die der Kammervorsitzende am 25. April 1988 nach Eingang der Klageerweiterung vom 19. April 1988, mit der die Klägerin erstma-

lig ihren Erstattungsanspruch in Höhe von 126.562,48 DM wegen der von dem Beklagten zu seinen eigenen Gunsten im Namen der Klägerin abgegebenen Bürgschaft in den Prozeß einführte, verfügt hat. Diese Verfügung, mit der dem Beklagten eine Frist von zwei Wochen zur Stellungnahme gesetzt wurde, genügt schon deshalb nicht den Anforderungen des § 329 Abs. 2 Satz 2 ZPO, weil sie nicht mit dem vollen Namen des Vorsitzenden, sondern nur mit einer Paraphe unterzeichnet ist (vgl. BGHZ 76, 236; Urt. v. 21. September 1982, WM 1982, 1281, 1282). Damit scheidet auch die Möglichkeit aus, daß das Vorbringen, mit dem der Beklagte seine zur Aufrechnung gestellten Forderungen substantiiert hat, wenigstens in bezug auf die erweiterte Klageforderung zu Recht ausgeschlossen worden sein kann.

III. Dagegen kann die Revision keinen Erfolg haben, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht der Aufrechnung des Beklagten mit einer Gegenforderung auf Vergütung aus dem Mitarbeitervertrag vom 10. Juli 1986 den Erfolg versagt hat. Insoweit hat das Berufungsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des § 296 Abs. 1 ZPO verneint und die Aufrechnung aufgrund einer sachlichen Prüfung der Gegenforderung als unbegründet bezeichnet. Dies läßt keinen Rechts- oder Verfahrensfehler erkennen.

Da das Berufungsgericht die Aufrechnung an der Unbegründetheit der Gegenforderung in ihrer Gesamtheit scheitern läßt, ist es für das Ergebnis ohne Bedeutung, daß das Berufungsgericht möglicherweise verkannt hat, daß der Beklagte den Gegenanspruch nicht nur gegenüber der als solcher unbestrittenen Erstattungsforderung der Klägerin wegen der in

ihrem Namen übernommenen Bürgschaft, sondern gegenüber der ganzen Klageforderung zur Aufrechnung gestellt hat. Unbegründet sind aber auch die weiteren Angriffe der Revision gegen diesen Teil der Ausführungen des Berufungsgerichts. Nach Ziff. 2 Satz 1 des Beratervertrages vom 10. Juli 1986 sollte der Kläger zwar für seine Beratertätigkeit eine monatliche Mindestvergütung von 15.000 DM auf der Basis von 20 Arbeitstagen à 750 DM erhalten. In Satz 2 dieser Bestimmung wird die Zahlung dieser Vergütung jedoch ausdrücklich von der Erteilung einer Monatsrechnung des Beklagten abhängig gemacht, die u.a. die Projekte, an denen der Beklagte mitgearbeitet haben will, spezifiziert. Wenn das Berufungsgericht diesem Text eines Individualvertrages die Auslegung gegeben hat, daß der Vergütungsanspruch des Beklagten außer der monatlichen Rechnungsstellung zur Voraussetzung haben sollte, daß der Beklagte in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum überhaupt Beraterleistungen für die Klägerin erbracht hatte, so ist dies jedenfalls vertretbar und läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Dieser Auslegung steht es auch nicht entgegen, daß der Beratervertrag eine gewisse Abfindungsfunktion für den Verlust der Stellung des Beklagten als Geschäftsführer gehabt haben mag. Aus einer solchen Abfindungsfunktion wäre nicht zu schließen, daß der Beklagte das ihm für eine Beratertätigkeit, die seine Stellung als Geschäftsführer abgelöst hatte, zugesagte Honorar ohne jede nachweisbare Leistung für die Klägerin erhalten sollte. Bei dieser Sachlage hätte der Kläger zumindest im Sinne der Ziff. 2 Satz 1 des Vertrages ordnungsgemäße Rechnungen für die Monate, für die er eine Honorierung als Berater begehrte, vorlegen und angesichts des Bestreitens der Klägerin unter Beweisantritt entweder darlegen müssen, welche Beraterleistungen er in dem

jeweiligen Zeitabschnitt erbracht haben will, oder vortragen müssen, daß ihm die Klägerin entsprechende, dem Sinn des Vertrages gerecht werdende Beratungsaufträge vorenthielt. Da Rechnungen des Beklagten überhaupt nur für drei Monate vorgelegt worden sind und der Beklagte in keinem Fall vorgetragen hat, welche Leistungen er tatsächlich für die Klägerin erbracht haben will, hat das Berufungsgericht fällige Ansprüche des Beklagten auf Beratungshonorar demgemäß zu Recht verneint. Der Ansicht der Revision, bereits das Verlangen nach einer Vergütung enthalte ohne weiteres die Behauptung, der Beklagte habe eine entsprechende Tätigkeit entfaltet, ist - ganz abgesehen davon, daß es für die meisten Monate darüber hinaus auch bereits an einer Rechnung fehlt -, nicht zu folgen. Sie ist so fernliegend, daß das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision auch keinen Anlaß hatte, den Beklagten auf die offensichtliche Unsubstantiiertheit seines Vorbringens hinzuweisen. Dies gilt um so mehr, als sich die Klägerin mit Schriftsatz vom 10. Juni 1988 nachdrücklich auf diese Mängel des Vorbringens des Beklagten berufen hatte.

IV. Nach alledem läßt sich nach dem gegenwärtigen Sachstand nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht der Klägerin auf ihren Schadensersatzanspruch 884,- DM (oben I.) zu viel zugesprochen hat und daß die Aufrechnung des Beklagten mit Gegenforderungen in Höhe von insgesamt 138.269,13 DM (oben II.) Erfolg haben kann. Da der Beklagte die Gegenforderungen in erster Linie gegen die Bürgschaftsregreßforderung in Höhe von 126.562,48 DM aufgerechnet hat, steht zur Aufrechnung gegen die Schadensersatzforderung nur noch ein Betrag von 11.706,65 DM zur Verfügung, zu dem noch die möglicherweise

zuviel zuerkannten 884,- DM hinzuzurechnen sind, so daß die Verurteilung des Beklagten zur Leistung von Schadensersatz gegenwärtig nur in Höhe von 89.853,72 DM nebst Zinsen aufrechtzuerhalten ist, während die Sache wegen des darüber hinaus zugesprochenen Betrages von insgesamt 139.153,13 DM (oben I. und II.) unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

Boujong

Dr. Hesselberger

Röhricht

RiBGH Dr. Henze
kann wegen Erkrankung
nicht unterschreiben.

Boujong

Stodolkowitz