

9

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 114/86

URTEIL

Verkündet am:
20. April 1988
Hellmann
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kraftfahrers Hans Hinrich H [REDACTED], S [REDACTED]
[REDACTED] str. 47, L [REDACTED] / M [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

gegen

- 1.
- 2.
- 3.

Der IVa-Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Richter Rottmüller, Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Dr. Zopfs und Dr. v. Ungern-Sternberg auf die mündliche Verhandlung vom 27. Januar 1988

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 9. April 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

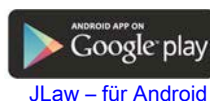
Tatbestand:

Der Kläger war Pächter eines landwirtschaftlichen Betriebes. Wirtschaftliche Schwierigkeiten veranlaßten ihn, der aus den drei Beklagten bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (einer sogenannten "Maklerfirma") die umfassende Betreuung seiner finanziellen Angelegenheiten zu übertragen; zu diesem Zwecke erteilte er auch zusammen mit seiner Ehefrau dem Beklagten zu 1) am 24. Oktober 1972 eine notarielle Generalvollmacht. Im vorliegenden Rechtsstreit machen beide Parteien gegenseitige Ansprüche aus der Vermögensverwaltung geltend. Der Kläger hatte zunächst als

- 3 -

Teilbetrag von den Beklagten 100.000 DM gefordert. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 1978 (Bl. 403, 405 d.A.) einigten sich die Parteien dahin, daß sowohl die Verbindlichkeiten des Klägers gegenüber den Beklagten als auch das Guthaben des Klägers bei den Beklagten mit 10% verzinst werden sollen. Die Beklagten übernahmen es, unter Berücksichtigung dieser Zinsabsprache eine neue Abrechnung aufzustellen. Diese wurde mit Schriftsatz vom 16. Oktober 1979 (Bl. 412 ff. der Akten) vorgelegt (Tasche im hinteren Aktendeckel Bd. II der Akten); sie schloß mit einem Guthaben von 5.110,60 DM zugunsten des Klägers. Mit Schriftsatz vom 4. August 1980 (Bl. 416 d.A.) ergänzten sie die Abrechnung; sie schloss nunmehr mit einem Saldo zugunsten der Beklagten in Höhe von 25.124,89 DM. Diesen Betrag machten sie im Wege der Widerklage geltend. Der Kläger kam nach Überprüfung der Abrechnung zum Ergebnis, daß ihm noch eine Forderung von ungefähr 165.000 DM zustehe; er erhöhte seine Klageforderung auf diesen Betrag.

Das Landgericht hat die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 42.294,06 DM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen Klage und Widerklage abgewiesen. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt; sie haben mit ihr vollständige Klageabweisung und Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 23.588,66 DM nebst Zinsen begehrt. Das Oberlandesgericht hat die Klage im vollen Umfang abgewiesen und den Kläger auf die Widerklage hin verurteilt, den Beklagten 2.733,83 DM nebst Zinsen zu zahlen. Gegen dieses Urteil hat der Kläger Revision eingelegt, mit der er eine Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erstrebt.



Entscheidungsgründe:

I. 1. Die von den Beklagten erstellte Abrechnung enthält unter dem Datum des 1. Dezember 1972 eine Belastung von 18.121 DM mit folgendem Buchungstext:

"An Belastung des Wechsels V [REDACTED], der nicht mehr angekauft wurde"

Das Berufungsgericht hält den Ansatz dieses (vom Kläger bestrittenen) Postens für gerechtfertigt. Es hat dazu bereits mit Beschluß vom 9. Oktober 1985 (Bl. 645 d. A.) auf Seite 4 f. (Bl. 648 f. d. A.) ausgeführt: Bei der Erstellung der Abrechnung vom 16. Oktober 1979, aber auch in der Antragsbegründung seien den Beklagten Verwechslungen unterlaufen, die mit ihrem ursprünglichen Vortrag in der Klagebeantwortung nicht vereinbar seien. Den Wechsel über 18.121 DM, der per 1. Dezember 1972 in der Abrechnung belastet worden sei, habe es in der Tat nicht in dem Sinne gegeben, daß aus ihm der Beklagte zu 1) in Anspruch genommen worden wäre; das ergebe sich ja gerade aus dem Vortrag, daß die Volksbank B [REDACTED] es abgelehnt habe, den Wechsel zu diskontieren. Anstelle des Betrages von 18.121 DM hätte der Betrag von 17.381 DM aus dem Wechsel vom 1. September 1972, zahlbar am 1. Dezember 1972 bei der Kreissparkasse W [REDACTED] [REDACTED], gebucht werden müssen. Dieser Wechsel sei fälschlicherweise bereits unter dem Datum des 1. November 1972 in die Abrechnung eingestellt worden. Dann stelle sich aber die Frage, welcher Wechsel am 1. November 1972 fällig geworden sei. Es könne sich hierbei nur um den von den Beklagten mit der Klagebeantwortung zu den Akten gereichten, am 1. August 1972 ausgestellten und am 1. November 1972 bei der Kreis-

sparkasse W [REDACTED] zahlbar gestellten Wechsel über 19.570 DM (Bl. 141 d. A.) gehandelt haben. Dieser Wechsel laute über 19.570 DM, decke also allemal die fehlerhafte Buchung der 18.121 DM. An diesem Gedankengang wollte das Berufungsgericht ersichtlich auch bei der abschließenden Entscheidung des Rechtsstreits festhalten, auch wenn es ihn im Berufungsurteil nicht mit der gleichen Klarheit zum Ausdruck gebracht hat wie im prozeßleitenden Beschluß.

2. Die Revision beanstandet diese Überlegungen des Berufungsgerichts mit Recht. Es durfte nicht davon ausgehen, daß das Konto des Beklagten zu 1) mit dem Gegenwert des Wechsels über 19.570 DM belastet worden sei; denn dies wurde - jedenfalls in der letzten mündlichen Verhandlung - vor dem Berufungsgericht von keiner Seite behauptet. Die Entscheidung des Berufungsgerichts verstößt daher insoweit gegen die Verhandlungsmaxime.

Das Berufungsgericht stützt sich zu Unrecht auf den Sachvortrag, den die Beklagten in der Klagebeantwortung gebracht hatten. Dort war in der Tat behauptet worden, daß das Konto des Beklagten zu 1) mit dem Gegenwert der beiden, vom Berufungsgericht erwähnten Wechsel über 17.381 und 19.570 DM belastet worden sei (Bl. 77-80 d. A.). Diese Sachdarstellung war jedoch dadurch gegenstandslos geworden, daß die Beklagten es unternommen hatten, dem Kläger eine neue Abrechnung zu erstellen; diese Abrechnung sollte zur Grundlage für die weitere Auseinandersetzung zwischen den Parteien werden. Die in der Klagebeantwortung behaupteten Lastschriftposten sind daher nur insoweit zu berücksichtigen, als sie die Beklagten in ihre neue Abrechnung aufgenommen haben. In ihr erscheint zwar eine Wechselbelastung in Höhe von 17.381 DM, allerdings

nicht unter dem Datum des 1.12.1972, sondern unter dem des 1.11.1972. Dagegen ist der Posten von 19.570 DM nicht in die Abrechnung - auch nicht unter einem anderen Buchungsdatum - übernommen worden. Daraus muß geschlossen werden, daß die Beklagten ihre Behauptung, das Konto des Beklagten zu 1) sei mit dem Wechselbetrag von 19.570 DM belastet worden, fallen lassen wollten. Das Landgericht hat sie daher mit Recht bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt.

Auch in der Berufungsinstanz haben die Beklagten ihren alten Sachvortrag aus der Klagebeantwortung nicht wieder aufgegriffen. Sie haben eingeräumt, daß die Belastung des Klägers mit dem Betrag von 18.121 DM fehlerhaft war; denn dieser Wechsel sei der Volksbank B [REDACTED] zwar angeboten, von ihr aber nicht hereingenommen worden. Aus diesem Grunde sei das Konto des Beklagten zu 1) bei der Kreissparkasse W [REDACTED] mit dem Wechselbetrag von 17.381 DM zuzüglich der Domizilprovision von 8,70 DM belastet worden. Die Beklagten hätten deshalb in ihrer Abrechnung unter dem Datum des 1. Dezember 1972 nicht einen Betrag von 18.121 DM, sondern nur einen solchen von 17.389,70 DM zu Lasten des Klägers aufführen dürfen (Schriftsatz vom 9. Mai 1984 S. 2-5 Bl. 508 ff. d. A.). Auf den Hinweis des Klägers, der Wechselbetrag von 17.381 DM erscheine in der Abrechnung der Beklagten bereits unter dem 1. November 1972 als Sollposten, erwiderten die Beklagten, hierbei handele es sich um einen anderen Wechsel, der "rein zufällig" über den gleichen Betrag gelautet habe (Schriftsatz vom 7. August 1984 S. 2 und 3 Bl. 580/581 d. A.). Es war demnach unstreitig, daß ein am 1.12.1972 fälliger Wechsel über 17.381 DM existierte, daß dieser Wechsel vom Beklagten zu 1) (durch Lastschriftbuchung auf seinem Konto) bezahlt wurde und daß daher die Beklagten

vom Kläger die Erstattung der Wechselsumme samt der Domizilprovision verlangen können. Streitig war dagegen, ob noch ein weiterer Wechsel über 17.381 DM existierte, der am 1. November 1977 fällig geworden und ebenfalls vom Beklagten zu 1) bezahlt worden sein sollte. Dagegen behaupten die Beklagten nicht mehr, daß am 1. November 1972 von ihnen ein Wechsel über 19.570 DM eingelöst worden sei; sie bezeichnen diesen Wechsel vielmehr ausdrücklich als einen "Vorläufer" des am 1. November 1972 fälligen Wechsels über 17.381 DM (Schriftsatz vom 7. August 1984 S. 3 Bl. 581 d. A.). Das kann nur dahin verstanden werden, daß der Wechsel über 19.570 DM bei Fälligkeit nur teilweise bezahlt und im übrigen durch einen neuen Wechsel über 17.381 DM ersetzt wurde. Auch nach dem Erlaß des Beschlusses vom 9. Oktober 1985 (Bl. 645 d. A.) haben die Beklagten ihren Sachvortrag nicht geändert. Sie haben vielmehr in ihrem Schriftsatz vom 24. Oktober 1985 (Bl. 679 ff. d.A.) unter Ziff. II und VI ihren früheren Vortrag ausdrücklich wiederholt. Wenn sie im Anschluß an die Bezugnahme auf ihre bisherigen Schriftsätze erklären, daß sie sich "ferner" die "Ausführungen" des Beschlusses vom 9. Oktober 1985 zu eigen machen, so ist dies unbeachtlich, zumindest aber widersprüchlich, weil diese Ausführungen auf tatsächlichen Annahmen beruhen, die mit dem - ausdrücklich wiederholten - Sachvortrag in den Schriftsätzen vom 9. Mai und 7. August 1984 nicht zu vereinbaren sind. An diesem Sach- und Streitstand hat sich auch in der Schlußverhandlung vor dem Berufungsgericht nichts geändert. Im Tatbestand des Berufungsurteils, der gemäß § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen liefert und der gemäß § 561 ZPO Grundlage der Entscheidung des Revisionsgerichts ist, wird auf die erwähnten Schriftsätze Bezug ge-

nommen; der Tatbestand selbst enthält keine Feststellung über das mündliche Parteivorbringen, das mit diesen Schriftsätzen in Widerspruch stünde. Mit diesem Sachvortrag der Beklagten stimmt ihre Antragstellung überein. Sie haben nicht etwa, wie es der Auffassung des Berufungsgerichts entsprochen haben würde, ihre Widerklage um die Differenz zwischen 18.121 und 19.570 DM erhöht, sondern um die Differenz zwischen 18.121 DM und 17.389,70 DM = 731,30 DM vermindert (S. 27 des Schriftsatzes vom 27. April 1984 Bl. 533 d. A. unter IV).

3. Eine Tatsache, die von keiner Partei behauptet wird, darf das Gericht auch dann nicht berücksichtigen, wenn es sie für erwiesen hält. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob die Gründe, die das Berufungsgericht für seine Annahme gegeben hat, der Wechselbetrag von 19.570 DM sei dem Konto des Beklagten zu 1) belastet worden, einer rechtlichen Nachprüfung standhalten. Jedoch bestehen auch insoweit Bedenken: Wie sich aus dem eigenen Vortrag der Beklagten ergibt, sind die vom Kläger ausgestellten Wechsel vielfach prolongiert worden. Der Umstand, daß sich ein Wechsel über 19.570 DM heute in der Hand der Beklagten befindet, besagt demnach noch nicht, daß die Wechselsumme von den Beklagten bezahlt oder durch Belastung des Kontos des Beklagten zu 1) getilgt worden ist; es kann vielmehr auch so sein, daß das Kreditinstitut zur Tilgung der Wechselverbindlichkeit einen neuen Wechsel entgegengenommen hat. Unrichtig ist ferner die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagte zu 1) habe in der wechselfähigen Haftung gestanden. Der Wechsel ist vom Aussteller, dem Kläger unmittelbar an die Kreissparkasse Wesermünde indossiert und von dieser nicht weiter indossiert

worden. Das Blankoindossament, das der Beklagte zu 1) unter das Indossament an die Kreissparkasse W [REDACTED] gesetzt hatte, ist nichtig, weil dieser nicht durch ein vorausgehendes Indossament wechselfähig legitimiert war; abgesehen davon kann ein Wechselinhaber gegen einen Indossanten nur dann Rückgriff nehmen, wenn dieser vor ihm in der Indossamentenkette steht. Ebensowenig haftet der Kläger als Wechselbürge. Als Wechselbürgschaft kann eine auf die Rückseite des Wechsels gesetzte Unterschrift nur dann aufgefaßt werden, wenn sie mit dem Zusatz "als Bürge" oder einem gleichbedeutenden Vermerk versehen ist (Art. 31 Wechselgesetz); daran fehlt es hier.

4. Es bedarf nach alledem einer tatrichterlichen Prüfung, ob außer dem am 1. Dezember 1972 fällig gewordenen Wechsel über 17.381 DM noch ein weiterer Wechsel über den gleichen Betrag existiert hat und ob der Beklagte zu 1) diesen Wechsel durch Belastung seines Kontos bei der Kreissparkasse W [REDACTED] bezahlt hat. Dabei wird das Berufungsgericht nicht übersehen dürfen, daß ein solcher Wechsel bisher nicht zu den Akten gereicht wurde und daß auch der Vortrag der Beklagten über den Anlaß der Wechselbegebung nicht widerspruchsfrei ist. Sie behaupten, der Wechsel über 19.570 DM sei der "Vorläufer" des am 1. November 1972 fälligen Wechsels über 17.381 DM gewesen. Das kann sich aber offenbar nicht auf den bei den Akten (Bl. 141) befindlichen Wechsel über 19.570 DM beziehen; denn dieser wurde ebenfalls am 1. November 1972 fällig.

II. Die weiteren Einwendungen, die der Kläger gegen die Wechselabrechnung der Beklagten erhebt, hält das Berufungsgericht für unsubstantiiert ("ohne Substanz") und deshalb für unbeachtlich. Das beanstandet die Revision mit Recht.

1. Die Beklagten sind für ihre Behauptung, sie hätten Wechselverbindlichkeiten des Klägers getilgt, darlegungs- und beweispflichtig. Dabei kann es dahinstehen, ob ihr Vortrag dahin zu verstehen ist, sie hätten die Mittel, die ihnen aus der Verwaltung des Vermögens des Klägers zugeflossen waren, bestimmungsgemäß zur Erfüllung der Verbindlichkeiten des Klägers benutzt, oder ob sie behaupten wollen, sie hätten eigene Mittel zugeschossen. Im ersteren Falle würden sie gegenüber dem auf § 667 BGB gestützten Herausgabeanspruch den Einwand der rechtmäßigen Verwendung erheben, für den sie beweispflichtig sind (RGZ 90,129,134; BGH-Urteil vom 21. Oktober 1982 - VII ZR 369/80 - BB 1983, 335, 336 unter Ziff. II 2b bb; weitere Nachweise bei Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Bd. I § 667 BGB Fn. 5; vgl. auch ebenda § 669 BGB Fn. 1). Soweit sie den Wechselbetrag aus eigenen Mitteln bezahlt haben, steht ihnen ein Anspruch aus § 670 BGB zu, für dessen Voraussetzungen sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ebenfalls die Beweislast tragen (vgl. Baumgärtel aaO § 670 BGB Fn. 1). Es ist daher in erster Linie zu prüfen, ob die Beklagten in dieser Hinsicht ihrer Darlegungspflicht genügt haben.

Diese Frage kann nicht schon deshalb bejaht werden, weil die Beklagten den Kläger lediglich mit den Wechselsummen belastet haben, die sich aus den von ihnen vorgelegten Wechseln ergeben. Wie bereits oben ausgeführt, haben mehrfach Wechselprolongationen stattgefunden. Der Umstand, daß das Kreditinstitut die Wechsel dem Beklagten zurückgegeben hat, besagt daher noch nicht, daß die Wechselsumme von ihnen aus eigenen Mitteln oder mit Mitteln des Klägers bezahlt worden sei; es ist auch möglich, daß zur völligen oder teilweisen Abdeckung der Verbindlichkeit aus dem alten

Wechsel ein neuer Wechsel hingegeben wurde. Da die meisten zu den Akten gereichten Wechsel zunächst vom Kläger mit einem Blankoindossament und sodann von dem Beklagten zu 1) mit einem Indossament auf die Kreissparkasse W[REDACTED] versehen worden sind, stellt die Hingabe der Wechsel aus der Sicht der Sparkasse keine Leistung des Klägers, sondern eine solche des Beklagten zu 1) dar; aus diesem Grunde kommt auch dem von der Sparkasse auf die Wechsel gesetzten Vermerk "bezahlt, nicht vom Bezogenen" keine entscheidende Bedeutung zu. Die Beklagten müssen daher vortragen und erforderlichenfalls auch beweisen, daß der Beklagte zu 1) mit dem Wechselbetrag auf seinem Konto bei der Kreissparkasse W[REDACTED] belastet worden ist. Unzulänglich substantiiert ist die unter dem Datum des 31. Juli 1972 vorgenommene Belastung in Höhe von 5.622 DM. Der Buchungstext lautet hier:

"An Belastung der nicht eingelösten Schecks
als Abzahlung auf verschiedene Wechsel"

Es hätte angegeben werden müssen, auf welche Wechsel Zahlungen geleistet wurden.

2. Wie allgemein anerkannt ist, kann auch die nicht beweispflichtige Partei verpflichtet sein, ihr Bestreiten zu substantiieren (vgl. BGHZ 12, 49, 50; 86, 23, 30; BGH-Urteile vom 20. Januar 1961 - I ZR 79/59 - NJW 1961, 826, 828; vom 28. Juni 1974 - I ZR 62/72 - NJW 1974, 1822; vom 17. März 1987 - VI ZR 282/85 - BGHR ZPO § 138 Abs. 3 "Bestreiten, substantiiertes" 2)). Wie der Senat jedoch bereits an anderer Stelle ausgesprochen hat (BGHZ 96, 290, 292), hängt das Maß der erforderlichen Substantiierung von dem

Kenntnisstand und den Erkenntnismöglichkeiten der betreffenden Partei ab. Da der Kläger über die Verwaltungsmaßnahmen der Beklagten, insbesondere auch über die Kontenbewegungen auf dem Konto des Beklagten zu 1) keine eigenen Erkenntnisse besitzt, sondern auf die Auskunft der Beklagten (§ 666 BGB) angewiesen ist, konnte er sich damit begnügen, bestimmte Belastungen ohne nähere Begründung zu bestreiten; ein solches Bestreiten ist in der Erklärung zu sehen, die Wechselbelastungen würden nicht "anerkannt". Hierdurch nötigte er die Beklagten zum Beweise, daß das Konto des Beklagten zu 1) tatsächlich mit diesen Beträgen belastet worden war; dieser Beweis kann von den Beklagten unschwer durch Vorlage der Kontoauszüge geführt werden.

3. Unter dem 15. Oktober 1972 haben die Beklagten den Kläger mit einem Wechsel über 11.105 DM belastet, der "nicht mehr" angekauft wurde; mit derselben Begründung wurde ihm unter dem 1. November 1972 ein Betrag von 10.078 DM ins Soll gestellt. Wie das Berufungsgericht in seinem Beschluß vom 9. Oktober 1985 (vgl. oben Ziff. I) zutreffend ausgeführt hat, liegt in einem solchen Buchungstext keine schlüssige Begründung eines Erstattungsanspruchs gegen den Kläger. Der Umstand, daß ein Kreditinstitut es abgelehnt hat, einen ihm angebotenen Wechsel des Klägers hereinzunehmen, begründet noch keinen Erstattungsanspruch der Beklagten. Was insbesondere den Wechsel über 10.078 DM betrifft, so scheint es nach dem Schreiben des Bankhauses von T. [REDACTED] vom 18. Januar 1973 (Bl. 140 d. A.) so gewesen zu sein, daß diese Bank den ihr angebotenen Wechsel zunächst diskontiert hat, später aber ungünstige Auskünfte über den Kläger erhielt und deshalb eine Prolongation dieses am 1. Februar 1973 fälligen Wechsels ablehnte. Wenn das richtig sein sollte, wäre auf

jeden Fall die Belastung per 1. November 1972 fehlerhaft gewesen. Die Beklagten wären allerdings berechtigt gewesen, den Kläger per 1. Februar 1973 mit diesem Betrag zu belasten, wenn sie an diesem Tage die Wechselsumme bezahlt hätten. Dies geht jedoch aus der von ihnen erstellten Abrechnung nicht hervor; auf den Vortrag aus der Klagebeantwortung kommt es aus den oben dargelegten Gründen nicht an. Selbst wenn aber eine Belastung per 1. Februar 1973 zulässig wäre, würde sich das unterschiedliche Buchungsdatum auf die Zinsberechnung auswirken.

4. Unter dem 27. Februar 1973 haben die Beklagten den Kläger mit 96,90 DM für Wechselspesen belastet. Insoweit trifft die Annahme des Berufungsgerichts nicht zu, die Beklagten würden keine anderen Beträge als die Wechselsumme selbst geltend machen.

III. Es ist unstreitig, daß die Beklagten dem Kläger ein Darlehen von 20.000 DM gewährt haben und daß dieser darauf Abzahlungen in einer Höhe von (mindestens) 2.850 DM geleistet hat. Weitere Tilgungsleistungen sieht das Berufungsgericht als nicht erwiesen an. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind im wesentlichen ungegründet.

Mit Recht läßt das Berufungsgericht diejenigen Zahlungen außer Betracht, die die Beklagten aus Mitteln des Klägers an Klaus P. geleistet haben. Diese Beträge sind nicht an den Beklagten zu 2) geflossen und können daher auch nicht als Tilgung des Darlehens angesehen werden. Der Kläger ist der Behauptung der Beklagten, auch Klaus P. habe einen

Zahlungsanspruch gehabt, nicht entgegengetreten; aus diesem Grunde kann den Beklagten auch nicht der Vorwurf gemacht werden, sie hätten durch diese Zahlungen ihre Verwalterpflichten verletzt. Von den nicht an Klaus P. [REDACTED] gegangenen Zahlungen haben die Beklagten 2.850 DM als Darlehenstilgung anerkannt; das Berufungsgericht hat sie in seinem Urteil entsprechend berücksichtigt. Offen bleibt demnach nur noch eine vom Kläger behauptete Zahlung von 250 DM, die am 15. Februar 1977 stattgefunden haben soll (Schriftsatz vom 3. Dezember 1985 S. 3 Bl. 700 d. A.). Die Beklagten bestreiten diesen Zahlungsvorgang (Schriftsatz vom 11. Februar 1986 S. 5 Bl. 756 d. A. unter d)). Insoweit wären tatrichterliche Feststellungen erforderlich gewesen. Nur in diesem beschränkten Umfang hält die Entscheidung über den Darlehensanspruch einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

IV. Den Anspruch auf Vergütung für ihre Verwaltungstätigkeit, den die Beklagten in Höhe von 26.000,53 DM geltend gemacht hatten, hat das Landgericht nur in Höhe von 15.677,52 DM für berechtigt erklärt. Die Frage, ob den Beklagten überhaupt eine Vergütung zustand, konnte der Kläger demnach nur dann in der Berufungsinstanz zur Nachprüfung stellen, wenn er insoweit das landgerichtliche Urteil angriff; dazu genügte die Einlegung einer Eventualanschlußberufung. Von diesem Rechtsbehelf hat der Beklagte Gebrauch gemacht. Er hat in der Berufungserwiderung vom 3. Dezember 1985 auf S. 4 (Bl. 701 d.A.) erklärt, daß er das landgerichtliche Urteil insoweit nicht anerkenne, als in ihm den Beklagten eine Verwaltungsgebühr zugebilligt werde. Er wollte also ersichtlich für den Fall, daß sich die Angriffe der

Berufung ganz oder teilweise als berechtigt herausstellen sollten, auf seine erstinstanzlichen Einwendungen gegen die Verwaltergebühr zurückgreifen, um auf jeden Fall die Abweisung der Widerklage und die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 42.294,06 DM aufrechtzuerhalten. Die Anschlußberufung ist formgerecht eingelegt; der Gebrauch des Wortes Anschließung oder Anschlußberufung ist hierzu nicht erforderlich; es genügt vielmehr, daß der Wille, (evtl.) eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu erreichen klar zum Ausdruck kommt. Der Kläger hat seine Anschlußberufung im selben Schriftsatz (§ 522a Abs. 2 ZPO) begründet; er hat angegeben, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang er das erstinstanzliche Urteil angreifen will, und dargelegt, aus welchen Gründen er die für ihn nachteilige Entscheidung des Landgerichts für falsch halte. Das Berufungsgericht hatte daher den Anspruch der Beklagten auf Verwaltergebühr im vollen Umfang nachzuprüfen. Es hat dies auch nicht verkannt.

2. Die Beklagten haben behauptet, daß sie mit dem Kläger eine Verwaltungsgebühr von 300 DM pro Monat vereinbart hätten. Das Landgericht hat dies nicht als erwiesen angesehen. Es hat deshalb dem Beklagten nur die übliche Vergütung zugebilligt, die es mit 150 DM monatlich angenommen hat. Das Berufungsgericht bezeichnet es als fraglich, ob sich für die von den Beklagten ausgeübte Tätigkeit überhaupt eine übliche Vergütung ermitteln lasse. Das könne jedoch dahingestellt bleiben; denn wenn die Beklagten keinen Anspruch auf die übliche Vergütung hätten, hätten sie nach den §§ 316, 315 Abs. 3 BGB das Recht, ihre Vergütung im Rahmen der Billigkeit selbst zu bestimmen. Das Berufungsgericht

scheint der Ansicht zu sein, daß die Beklagten sich im Rahmen des billigen Ermessens gehalten hätten; denn es führt aus, daß für eine beratende Tätigkeit in wirtschaftlichen Dingen in den siebziger Jahren auch schon Vergütungen von 30 DM pro Stunde verlangt worden seien; wenn man einen derartigen Stundensatz zugrunde lege, wäre damit ein Zeitaufwand von durchschnittlich 10 Stunden im Monat abgegolten. Diese Erwägungen halten aus mehreren Gründen einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand:

a) Das Berufungsgericht hat ebensowenig wie das Landgericht feststellen können, daß die Parteien die von den Beklagten behauptete Vergütungsvereinbarung getroffen haben. Ein Anspruch auf Vergütung für die von ihnen geleistete Verwaltertätigkeit konnte den Beklagten daher nur aufgrund von § 612 Abs. 1 BGB zustehen. Ob die Voraussetzungen dieser Gesetzesvorschrift vorliegen, hat jedoch das Berufungsgericht ebensowenig geprüft wie das Landgericht. Wenn die Beklagten ausschließlich im Interesse des Klägers tätig geworden wären, wäre zwar die Zubilligung einer Verwaltervergütung unproblematisch gewesen; in diesem Falle wäre das Fehlen einer ausdrücklichen Begründung unschädlich gewesen. So war es jedoch nicht. Die Beklagten gehörten zu den Gläubigern des Klägers; sie haben selbst vorgetragen, daß sich gegen das Jahresende 1972 ihre Forderungen gegen ihn auf etwa 60.000 DM belaufen haben und daß ihre Tätigkeit für den Kläger die einzige Möglichkeit war, diesem die weitere Wirtschaftsführung auf seinem Hof zu ermöglichen und damit die Voraussetzung zu schaffen, unter denen sie ihre eigenen Forderungen gegen ihn durchsetzen konnten (Schriftsatz vom 28. März 1978, Seite 4, Bl. 85 d.A.). Dieser Umstand

schließt zwar angesichts des Umfangs und der Dauer der Verwaltungstätigkeit die Anwendung des § 612 Abs. 1 BGB nicht von vornherein aus; es hätte jedoch einer tatrichterlichen Abwägung der dafür und der dagegen sprechenden Gesichtspunkte bedurft.

Sollte das Berufungsgericht bei der erforderlichen erneuten Prüfung zu dem Ergebnis kommen, daß die Voraussetzungen des § 612 Abs. 1 BGB gegeben seien, so wird den Beklagten eine Vergütung nicht mit der Begründung versagt werden können, die von den Beklagten für den Kläger geleistete Arbeit sei mangelhaft, unbrauchbar und daher wertlos gewesen. Die Rechtsausführungen, mit denen das Berufungsgericht diesen Einwand zurückgewiesen hat (Berufungsurteil Ziff. II 1c bb - S. 17, 2. Abs.), sind zutreffend.

b) Das Berufungsgericht bezeichnet es als zweifelhaft, ob sich für die von den Beklagten ausgeübte Tätigkeit eine übliche Vergütung ermitteln lasse; es hält eine Klärung dieses Punktes jedoch nicht für erforderlich, weil die Beklagten auf jeden Fall gemäß §§ 315, 316 BGB berechtigt gewesen seien, eine Vergütung in Höhe von 300 DM zu verlangen. Diese Überlegung ist rechtsfehlerhaft. § 612 BGB enthält eine Sonderregelung, die für ihren Bereich die Vorschrift des § 316 BGB verdrängt. Ein Recht, die Vergütung selbst zu bestimmen, kann dem Dienstverpflichteten daher nur dann zustehen, wenn keine Taxe besteht und sich auch eine übliche Vergütung nicht feststellen läßt. Es gilt insoweit das gleiche wie für den Werk- und den Maklervertrag (BGHZ 94, 98, 99; BGH Urteile vom 19. Dezember 1953 - II ZR 189/52 -

LM BGB Nr. 1 zu § 316; vom 29. November 1965 - VII ZR 265/63 - NJW 1966, 539; vom 3. Juli 1969 - VII ZR 105/67 - Warn. Rspr. 1969 Nr. 224). Das Berufungsgericht hätte daher die Frage, ob für eine Verwaltungstätigkeit der von den Beklagten ausgeübten Art eine übliche Vergütung besteht, nicht offenlassen dürfen.

c) Auch im übrigen begegnen die Ausführungen des Berufungsgerichts zu der Höhe der Vergütung Bedenken.

aa) Das Berufungsgericht beachtet nicht hinreichend, daß unter den Begriff "beratende Tätigkeit in wirtschaftlichen Dingen" sehr verschiedenartige Tätigkeiten fallen können. Es mag sein, daß für die Erledigung schwieriger Aufgaben pro Stunde 30 DM berechnet worden sind. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Beklagten einen Stundensatz in gleicher Höhe verlangen dürften. Zunächst einmal handelt es sich bei der von ihnen ausgeübten Tätigkeit nicht um eine Beratung, sondern um Vermögensverwaltung, also um Geschäftsführung. Die Tätigkeit war - soweit ersichtlich - verhältnismäßig einfach; sie erforderte keine besondere berufliche Qualifikation, über die die Beklagten auch nicht verfügten. Zum Vergleich sei darauf hingewiesen, daß die am 17. Dezember 1981 erlassene Steuerberatergebührenverordnung (BGBl I 1442) in § 13 eine Zeitgebühr von 20 DM bis 60 DM für die halbe Stunde, die am 17. September 1976 erlassene Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (BGBl I 2805) in § 6 einen Stundensatz von 45 DM bis 70 DM vorsieht, und zwar jeweils für Leistungen, die nur von Personen mit besonderen, in der Regel auf Hochschulen oder Fachhochschulen erworbenen Fachkenntnissen erbracht werden können.

bb) Für die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagten monatlich durchschnittlich 10 Stunden für den Kläger tätig waren, fehlt eine ausreichende Begründung.

cc) Im übrigen war es verfehlt, hier die Entscheidung überhaupt darauf abzustellen, wie hoch die Stundensätze waren, die in den siebziger Jahren verlangt wurden. Wenn nach Stundensätzen abzurechnen ist, müssen die tatsächlich geleisteten Stunden festgehalten und in die Abrechnung eingesetzt werden. Das ist hier nicht geschehen; die Beklagten verlangen vielmehr eine Pauschalvergütung. Die Honorarabrechnung nach Stunden wird in allen Gebührenordnungen als Ausnahmefall angesehen. Vor allem bei länger dauernden Vermögensverwaltungen ist es weder sachgerecht noch üblich, die Vergütung nach Stunden zu bemessen. Der übliche oder angemessene Stundensatz läßt sich auch nicht als Berechnungsfaktor für die übliche oder angemessene Pauschalvergütung verwenden; denn eine Pauschalvergütung ist regelmäßig niedriger als die bei einer Berechnung nach Stunden zu zahlende Gesamtvergütung.

V. Der Kläger hat in der Berufungsinstanz geltend gemacht, daß in der Abrechnung der Beklagten Milchgeldeinnahmen aus dem Jahre 1973 bis 1978 in einer Gesamthöhe von 6.500 DM nicht erfaßt worden seien. Das Berufungsgericht meint, dieser Vortrag sei "mangels Substanz nicht nachvollziehbar". Die Revision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht dadurch ein rechtlich erhebliches und ausreichend substantiiertes Vorbringen ohne ausreichende Rechtfertigung unbeachtet gelassen hat.

Der Kläger hat als Anlage zu seinem Schriftsatz vom 3. Dezember 1985 (Bl. 698 d. A.) eine ins einzelne gehende Berechnung der Milchgelddifferenz vorgelegt (Bl. 746 d. A.). Unter Ziff. I hat er die Milchgeldzahlungen der Milchwerke Unterweser GmbH aufgelistet. Er wollte damit ersichtlich behaupten, daß die Milchwerke Zahlungen in dieser Höhe an die Beklagten geleistet haben. Im Parteivortrag fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß der Abnehmer der Milch den von ihm selbst errechneten Kaufpreis nicht ordnungsgemäß ausgezahlt hätte; wenn dies tatsächlich geschehen wäre, wäre es im übrigen Sache der Beklagten gewesen, den Milchgeldanspruch durchzusetzen. Unter Ziff. III hat der Kläger die tatsächliche Verwendung des Milchgelds dargestellt; bei der Gegenüberstellung mit den Werten aus Ziff. I ergibt sich eine Differenz von 6.500 DM. Für die Richtigkeit seiner Aufstellung hat sich der Kläger auf das Zeugnis des Steuerberaters E. [REDACTED] sowie auf ein Sachverständigengutachten bezogen; außerdem hat er die Vorlage der in seinem Besitz befindlichen Milchgeldabrechnung angeboten. Damit hatte der Kläger einen Anspruch aus § 667 BGB schlüssig begründet und unter Beweis gestellt.

Die Beklagten sind der substantiierten Darstellung des Klägers nicht in der prozessual gebotenen Weise entgegengetreten. Sie haben sich mit der von ihm vorgelegten Berechnung nicht auseinandergesetzt, sondern sich damit begnügt, für die pauschale Behauptung, "daß sämtliche Überweisungen der Milchwerke Unterweser den Klägern gutgebracht....., d.h..... in der Buchhaltung der Beklagten erfaßt worden" seien, den Molkereileiter A. [REDACTED] als Zeugen zu benennen und das Gutachten eines Buchsachverständigen zu beantragen.

Bei diesem Sach- und Streitstand hätte das Berufungsgericht die Behauptung des Klägers, die Beklagten hätten Milchgeldeinnahmen in Höhe von 6.500 DM in ihrer Abrechnung nicht erfaßt, als unstreitig behandeln müssen. Durch die Zurückverweisung erhalten die Beklagten Gelegenheit, sich zu der Abrechnung des Klägers näher zu erklären, insbesondere darüber, ob sie die Richtigkeit der Aufstellung des Klägers über die Milchgeldabrechnungen (Ziff. I) bestreiten oder ob sie behaupten wollen, daß sie die dort aufgeführten Beträge zu Zahlungen für den Kläger verwendet oder dem Kläger bei der Abrechnung gutgebracht haben.

VI. Dem Vorwurf des Klägers, die Beklagten hätten den Betrag von 290.966,24 DM im November 1977 nicht auf ihr Geschäftskonto überweisen dürfen, brauchte das Berufungsgericht - entgegen der Auffassung der Revision - nicht nachzugehen. Zu den Aufgaben der Beklagten gehörte es, die Ansprüche der Gläubiger des Klägers - und damit auch ihre eigenen Ansprüche - zu befriedigen. Sie brauchen daher die Beträge, die sie für den Kläger eingenommen haben, insoweit nicht an ihn herauszugeben, als sie zur Tilgung der Schulden des Klägers gegenüber den Beklagten benötigt werden. Die den Beklagten zugeflossene Darlehensvaluta muß daher in der Endabrechnung dem Kläger gutgebracht werden. Das ist auch geschehen. Inwieweit damals tatsächlich bestehende Verbindlichkeiten des Klägers gegen die Beklagten getilgt wurden, ist eine Frage, die bei der Prüfung der Abrechnung der Beklagten (vgl. dazu oben die Abschnitte I-IV) notwendigerweise miterledigt wird. Der Kläger kann nicht neben dem Saldo aus seiner Abrechnung gesondert die Erstattung des Betrages, um den der auf das Geschäftskonto der Beklagten

überwiesene Betrag von 290.966,24 DM die damals bestehenden Ansprüche der Beklagten gegen den Kläger überstieg, gesondert gemäß § 669 BGB verlangen; dies würde dazu führen, daß dem Kläger ein und derselbe Betrag doppelt gutgebracht würde. Daß die Beklagten bei der Befriedigung der Gläubiger nicht die vereinbarte Reihenfolge eingehalten haben, könnte allenfalls einen Schadensersatzanspruch begründen; ein solcher wird jedoch im vorliegenden Verfahren nicht geltend gemacht (vgl. aber das gleichzeitig verkündete Senatsurteil in der Parallelsache IVa ZR 115/86).

VII. Obwohl die Revision nicht mit sämtlichen Rügen Erfolg hatte, muß das Berufungsurteil im vollem Umfang aufgehoben werden; denn die Summe der Posten, die das Berufungsgericht aus rechtsfehlerhaften Erwägungen zu Ungunsten des Klägers entschieden hat, übersteigt die Beschwer des Klägers.

Rottmüller

Dehner

Richter am BGH
Dr. Schmidt-Kessel
kann wegen Urlaubs
nicht unterschreiben.
Rottmüller

Dr. Zopfs

Dr. v. Ungern-Sternberg