

4

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

VerglO §§ 43 Abs. 4, 92

Vor Annahme und Bestätigung des Vergleichs kann der Vergleichsverwalter sich grundsätzlich nicht wirksam mit dem Schuldner über die Höhe des Honorars einigen, das ihm als zukünftiger Sachwalter zustehen soll.

BGH, Urt. v. 14. Oktober 1981 - IVa ZR 317/80 OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

IVa ZR 317/80

URTEIL

Verkündet am

14. Oktober 1981

Kühn,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Arno W [REDACTED], R [REDACTED] str. [REDACTED], D [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Beklagten und Revisionsklägers,
Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

g e g e n

die Fa. G [REDACTED] E [REDACTED] - und H [REDACTED] GmbH in
Liquidation, Auf dem H [REDACTED] M [REDACTED], vertreten durch den
Liquidator Heinz S [REDACTED], ebenda,

- Prozeßbevollmächtigter: Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

4

- 2 -

Der IVa - Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Hoegen und die Richter Dehner, Dr. Schmidt-Kessel, Rassow und Dr. Zopfs

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. März 1980 wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision hat der Beklagte zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt vom Beklagten Rückzahlung eines Teiles der Vergütung, die dieser für seine Tätigkeit als Sachwalter (§ 92 VglO) erhalten hat. Sie hält die der Vergütung zugrunde liegende Vereinbarung der Parteien für nichtig.

In dem Vergleichsverfahren über das Vermögen der Klägerin war der Beklagte Vergleichsverwalter. Die Klägerin hatte einen Liquidationsvergleich mit einer Quote von 35% vorgeschlagen. In ihrem Vergleichsvorschlag hatte sie den Beklagten als Sachwalter benannt und ihm Verwertungsvollmacht erteilt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Hinter der Klägerin stand der Zeuge G[REDACTED] als Komplementär einer KG, die einzige Gesellschafterin der Klägerin war. Weil dieser in aussichtsreichen und später mit Erfolg abgeschlossenen Verhandlungen über den Verkauf seines Unternehmens mit einer amerikanischen Firma stand, war ihm daran gelegen, daß ein Konkurs vermieden wurde und ein Vergleich zustandekam. Deshalb garantierte die KG in bestimmtem Umfang den vorgeschlagenen Vergleich.

Vergleichstermin stand am 17. März 1976 an. Am Vortage fand im Büro der Rechtsanwälte des Zeugen G[REDACTED] eine Besprechung zwischen diesem, dem Beklagten als Vergleichsverwalter und dem Geschäftsführer der Klägerin statt. Bei dieser Gelegenheit unterzeichneten die genannten Personen für den Fall des Zustandekommens des Vergleiches einen Sachwaltervertrag und weiter eine vom Beklagten vorbereitete Vereinbarung vom 16. März 1976, wonach seitens der Parteien "für die Sachwalterschaft ... ein Betrag von DM 40.000,- ... plus Mehrwertsteuer als Sachwaltergebühr vereinbart" wurde. Der Vergleichsvorschlag wurde im Vergleichstermin angenommen. Das Vergleichsgericht bestätigte den Vergleich und hob das Vergleichsverfahren auf. Die Gebühr für die Tätigkeit des Beklagten als Vergleichsverwalter setzte es auf 10.096,19 DM fest.

Die Klägerin meint, dem Beklagten stehe allenfalls ein gleich hoher Betrag als Sachwalterhonorar zu. Sie verlangt Rückzahlung von 31.103,81 DM. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat sie dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Beklagte Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist unbegründet, weil die Vergütungsvereinbarung der Parteien nach der zumindest entsprechend anwendbaren Bestimmung des § 43 Abs. 4 VglO nichtig ist.

I.

Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin als nach § 812 BGB gerechtfertigt angesehen. Die Honorarvereinbarung der Parteien vom 16. März 1976 sei nach § 43 Abs. 4 VglO nichtig. Zwar habe es sich bei dem gesamten Betrag nur um die Sachwaltervergütung, nicht etwa um eine verdeckte Erhöhung der allein vom Gericht festzusetzenden Vergleichsverwaltergebühr gehandelt. Weil diese Vereinbarung jedoch vom Beklagten mit der Klägerin getroffen worden sei, als er in der Position des Vergleichsverwalters gewesen sei, verstoße sie gleichwohl gegen das Gesetz. Die für den Konkursverwalter geltenden Grundsätze über die Nichtigkeit privater Vergütungsvereinbarungen müßten für den Vergleichsverwalter wegen der in der Vergleichsordnung ausdrücklich geregelten Nichtigkeit umso mehr gelten. § 43 Abs. 4 VglO bezwecke die Sicherung und Wahrung der Unabhängigkeit des Vergleichsverwalters. Diese werde durch die wirtschaftliche Abhängigkeit von einem Beteiligten gefährdet. Deshalb dürfe die Höhe der Sachwaltervergütung von dem amtierenden Vergleichsverwalter vor der Annahme des Vergleichs mit dem Schuldner ebenso wenig vereinbart werden wie die Zahlung einer besonderen Geschäftsführervergütung, wenn der Vergleichsverwalter

gleichzeitig als Geschäftsführer für den Schuldner tätig sei. Bei Zusage eines großzügigen Honorars sei der Vergleichsverwalter geneigt, sich stärker für die Belange des Schuldners einzusetzen. Vor dem Vergleichstermin sei der am Zustandekommen des Vergleichs interessierte Schuldner zu größeren Zugeständnissen bereit als nachher. Nach der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme sei hier die gesetzlich verbotene Gefährdung der Unabhängigkeit des Vergleichsverwalters auch tatsächlich eingetreten.

II.

Die Angriffe der Revision gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts haben jedenfalls im Ergebnis keinen Erfolg. Vor Annahme und Bestätigung des Vergleichs kann der Vergleichsverwalter sich grundsätzlich nicht wirksam mit dem Schuldner über die Höhe des Honorars einigen, das ihm als zukünftiger Sachwalter zustehen soll.

1. Die Revision stellt in den Vordergrund, die Vergütung sei nicht für die Tätigkeit des Beklagten als Vergleichsverwalter, sondern für die als Sachwalter vereinbart worden, ein Honorar dafür müsse auf jeden Fall gezahlt und könne mit dem Schuldner frei ausgehandelt werden. Wenn dem zu folgen ist, ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision allein daraus aber nicht die Wirksamkeit der Vereinbarung. Vielmehr ist entscheidend, daß der Beklagte den Geschäftsführer der Klägerin und den Zeugen G■■■■, der Komplementär der alleinigen Gesellschafterin der Klägerin war, zur Annahme der von ihm aufgesetzten Honorarvereinbarung

veranlaßt hat, als er die Position des Vergleichsverwalters innehatte. Vereinbarungen des Vergleichsverwalters mit dem Schuldner über die Höhe der Auslagen oder der Vergütung sind nach § 43 Abs. 4 VglO nichtig. Diese Bestimmung findet auch im vorliegenden Fall Anwendung.

a) Das Berufungsgericht will die Vorschrift offenbar unmittelbar anwenden. Es meint, in § 43 Abs. 4 VglO sei die Art "der Auslagen oder der Vergütung" nicht näher erläutert. Deshalb werde der Umfang des gesetzlichen Verbots durch Sinn und Zweck des Gesetzes bestimmt. Der Wortlaut der Bestimmung für sich genommen mag so zu verstehen sein. Der Aufbau und der Gesamtzusammenhang des § 43 VglO in Verbindung mit dem Gebrauch des bestimmten Artikels ("Höhe der Auslagen oder der Vergütung") legen aber nahe, daß die dem Vergleichsverwalter für seine Tätigkeit als solchem zustehende Vergütung gemeint ist. Nach § 43 Abs. 2 Satz 1 VglO setzt das Vergleichsgericht die Höhe der Auslagen und der Vergütung fest. Auch hier wird die Art der Vergütung bzw. der Auslagen nicht näher erläutert und ebenso der bestimmte Artikel gebraucht. Die beiden nächsten Sätze dieses Absatzes sprechen allerdings dafür, daß nur die Vergleichsverwaltervergütung gemeint ist. Der auf die Verbotsvorschrift des Absatz 4 folgende Absatz 5 gibt die Anordnungsermächtigung ausdrücklich für "die dem Verwalter zu gewährende Vergütung".

b) Die Frage, ob § 43 Abs. 4 VglO auch im vorliegenden Fall unmittelbar anzuwenden ist, braucht jedoch nicht abschließend geklärt zu werden. Der Wortlaut der Bestimmung steht nämlich deren entsprechender Anwendung nicht entgegen. Zumindest eine entsprechende Anwendung ist nach dem Regelungszweck aber geboten.

aa) Der Vergleichsverwalter hat im Vergleichsverfahren eine maßgebende Stellung. Das Gesetz verwendet in Bezug auf diese Stellung wie in § 81 Abs. 2 Satz 2 KO für den Konkursverwalter den Begriff Amt (z.B. § 15 Abs. 2, 19 Abs. 4, 41 Abs. 4, 81 Abs. 3 VglO). Allerdings bekleidet der Vergleichsverwalter kein öffentliches Amt. Aber er hat in dem auf staatlich kontrollierter Selbstverwaltung beruhenden Verfahren eine immerhin amtsähnliche Stellung (Bley/Mohrbutter VglO 4. Aufl. § 38 Rdn. 1 u. vor allem 2 m.w.N., vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Februar 1981 - III ZR 66/80 - ZIP 1981, 365). In dem Interessenwiderstreit zwischen den Gläubigern und dem Schuldner soll er sachkundiger und unparteiischer Helfer des Vergleichsgerichts sein (BGH Urteil vom 27. Mai 1963 - III ZR 200/61 - VersR 63, 957, 958). Dabei hat er nach der Haftungsbestimmung des § 42 VglO die schutzwürdigen Interessen aller Beteiligten zu wahren. Deshalb erklärt das Gericht in § 38 VglO neben der Sachkunde die Unabhängigkeit zur wichtigsten Eigenschaft des Verwalters. Diese notwendige Unabhängigkeit setzt neben einer entsprechenden persönlichen Qualifikation und der Auswahl durch das Gesetz insbesondere voraus, daß keiner der Beteiligten Einfluß auf die Höhe der für die Tätigkeit zu zahlenden Vergütung nehmen kann. Demgemäß dient vor allem auch das Vereinbarungsverbot des § 43 Abs. 4 VglO der in § 38 VglO geforderten Unparteilichkeit des Vergleichsverwalters. Mit diesem Verbot wollte der Gesetzgeber "eine weitere Gewähr für die Unabhängigkeit des Verwalters" schaffen (so die Begründung zum Entwurf einer Vergleichsordnung nebst Einführungsgesetz, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium 1933, S. 68). Ähnliche Regelungen finden sich in ausländischen Rechtsordnungen (vgl. Jaeger/Weber KO 8. Aufl. § 85 Anm. 7).

bb) Die Entstehungsgeschichte der Vergleichsordnung belegt, daß es ein wesentliches Anliegen des Gesetzgebers war, diese Unabhängigkeit zu erreichen. In den Vorläufern der Vergleichsordnung wurde der Vergleichsverwalter noch "Aufsichtsperson" (§ 2 der VglO über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. Dezember 1916, RGBI I 1363) bzw. "Vertrauensperson" (§ 40 ff VglO vom 5. Juli 1927, RGBI I 139) genannt. In ihnen war die Notwendigkeit der Unabhängigkeit nicht genügend herausgestellt. So erwies sich z.B. das nach § 41 Abs. 2 VglO von 1927 bestehende Recht der Gläubigermehrheit, eine Vertrauensperson bindend vorzuschlagen, als geradezu schädlich (vgl. Vogels, VglO 1935, Einleitung I 4, S. 13). Die Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen besonderen Voraussetzungen eine Vergütungsvereinbarung zwischen dem Schuldner und dem Verwalter getroffen werden konnte, wurde keineswegs einheitlich beantwortet (zur GeschäftsaufsichtsVO RGZ 116, 318; zur VglO 1927 OLG Königsberg KuT 1933, 159; weiter Sydow/Busch/Krieg, KO, VglO und Anfechtungsgesetz 16. Aufl. 1932 § 46 Anm. 2 einerseits, Weinberg/Manasse VglO 1927 § 46 letzter Satz der Erl. andererseits). Zur Beseitigung eben dieser Zweifel sollte Absatz 4 des § 43 VglO dienen (so die genannte Begründung aaO).

cc) Damit hat diese Vorschrift auch dazu beigetragen, daß die in der Konkursordnung nicht geregelte Frage, ob Vergütungsvereinbarungen mit dem Konkursverwalter unzulässig sind, von der Rechtsprechung endgültig im gleichen Sinne beantwortet wurde. Heute ist das Vereinbarungsverbot so selbstverständlich, daß bereits die Auffassung vertreten wird, ein solches Verbot ergebe sich ohnehin aus dem Zweckgedanken des § 85 KO ebenso wie aus dem des § 43 VglO. Deshalb sei die Nichtigkeit selbst dann anzu-

nehmen, wenn die Regelung des § 43 Abs. 4 VglO fehlen würde (Bley/Mohrbutter aaO § 43 Rdn. 3).

dd) Die gesetzliche Fixierung der Unabhängigkeit hat Klagen über gewerbsmäßige Vergleichsberater (vgl. Warneyer VglO, 1938, § 38 Abs. 4 der Erläuterung) beseitigt und damit das Ansehen und die Bedeutung des Vergleichsverwalters gesteigert (zur heutigen Qualifikation siehe Schmidt KTS 1981, 65, 67). Deshalb ist auch seine Einflußmöglichkeit hoch zu veranschlagen. Die Beteiligten sind häufig geneigt, den Einschätzungen und Ratschlägen eines erfahrenen Vergleichsverwalters als des sachkundigen Fachmannes ohne nähere Prüfung Glauben zu schenken. Damit hat seine Bewertung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners und der Aussichten des Vergleichsvorschlages, zu der der Vergleichsverwalter gemäß § 40 Abs. 3 im Vergleichstermin im Rahmen seines Berichtes verpflichtet ist, außergewöhnliche Bedeutung. Sein Bericht muß den Gläubigern eine umfassende Grundlage für die Frage der Annahme oder der Ablehnung des Vergleichsvorschlages bieten und alle dafür maßgeblichen Gesichtspunkte enthalten (Bley/Mohrbutter aaO § 38 Rdn. 3; Böhle-Stamschräder VglO 9. Aufl. § 40 Anm. 7).

ee) Gerade im Hinblick auf seine Aufgaben im Vergleichstermin müssen deshalb vom Vergleichsverwalter bis zur endgültigen Entscheidung über die Annahme des Vergleichsvorschlages und damit bis zur Aufhebung des Vergleichsverfahrens alle auch nur möglichen Gefährdungen der Unabhängigkeit ferngehalten werden. Schon bei der Bestellung des Vergleichsverwalters soll das Vergleichsgericht grundsätzlich diejenigen Personen als ungeeignet ausscheiden, die den in wirtschaftliche Schwierigkeiten geratenen Schuldner vorher beraten und dafür von ihm eine Vergütung erhalten

haben (Böhle-Stamschräder aaO § 38 Anm. 3; Bley/Mohr-
butter aaO § 38 Rdn. 12). Auch für eine andere Tätig-
keit, die über den gesetzlichen Rahmen der § 39, 40
VglO hinausgeht, darf der im Vergleichsverfahren des
Schuldners tätige Vergleichsverwalter mit diesem keine
Vereinbarung treffen (OLG Düsseldorf KTS 1971, 50;
vgl. auch LG Kaiserslautern MDR 1972, 54). Ebensowenig
wie der Gemeinschuldner dem Konkursverwalter während des
Konkurses versprechen kann, aus konkursfreiem Vermögen
ein zusätzliches Honorar zu zahlen, kann der Vergleichs-
schuldner dem Vergleichsverwalter für zusätzliche Bemühungen
ein gesondertes Honorar zusagen. Mit Recht wird deshalb
auf den Zeitpunkt der Vergütungsregelung zwischen Verwalter
und Schuldner abgestellt (Jaeger/Weber KO 8. Aufl. § 85
Rdn. 1): Nur die nach Verfahrensaufhebung mit einem Ver-
fahrensbeteiligten geschlossene Vereinbarung über ein zu-
sätzliches Honorar kann gültig sein.

2. Nach diesen Grundsätzen ist die von den Parteien
am 16. März 1976 unterzeichnete Vereinbarung über die
"Sachwaltergebühren" schon wegen des Zeitpunkts ihres
Abschlusses nichtig. Deshalb kommt es auf die von der
Revision zur Beweiswürdigung des Berufungsurteils vorge-
brachten Rügen nicht an. Ein Vergleichsverwalter kann mit
einem Verfahrensbeteiligten die Frage einer Vergütung
jedenfalls so lange nicht wirksam regeln, wie er in der
Position des Vergleichsverwalters die Entschlüsse der
Beteiligten nachhaltig zu beeinflussen in der Lage ist.
Das gilt auch und gerade für eine Vereinbarung über die
Sachwaltervergütung. Die Gefahr, daß ein Vergleichsver-
walter schon vor dem Vergleichstermin insbesondere mit
dem Schuldner über Einzelheiten seiner zukünftigen
Stellung als Sachwalter verhandelt und dadurch in Ab-

hängigkeit geraten kann, liegt nämlich besonders nahe. Ihr muß deshalb von vornherein und grundsätzlich begegnet werden. Üblicherweise wird in den Vergleichsvorschlägen der bisherige Vergleichsverwalter als Sachwalter vorgesehen (Bley/Mohrbutter aaO § 92 Rdn. 1). Sein Ansehen als Vergleichsverwalter und seine während dieser Tätigkeit erworbenen Kenntnisse der konkreten Situation lassen ihn als besonders geeignet erscheinen. Vielfach werden Gläubiger ihre Zustimmung zum Vergleichsvorschlag sogar davon abhängig machen, daß der ihnen bekannte Vergleichsverwalter auch Sachwalter wird (vgl. Bley/Mohrbutter aaO § 91 Rdn. 5).

3. Dieser Auslegung des § 43 Abs. 4 VglO steht das Recht auf freie Berufsausübung nicht entgegen. Dem im Insolvenzverfahren qualifizierten und deshalb stark beanspruchten Rechtsanwalt, Steuerberater, Buchprüfer oder sonstigen Treuhänder wird eine angemessene Entschädigung keineswegs vorenthalten. Das verkennt die Revision auch nicht. Sie sieht eine übermäßige Einschränkung der freien Berufsausübung vielmehr darin, daß die Beteiligten das Sachwalterhonorar nicht völlig frei vereinbaren können. Darin kann ihr nicht gefolgt werden. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG stellt die Berufsausübung unter den Gesetzesvorbehalt. Mit ihrem Angriff bekämpft die Revision letztlich die vom Grundgesetz gegebene und vom Bundesverfassungsgericht und vom Bundesgerichtshof vielfach umschriebene Möglichkeit selbst, die Berufsausübung gesetzlich zu regeln. Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zeigt sie indessen weder auf noch ist er sonst ersichtlich. An diesem Grundsatz aber ist die gesetzliche Regelung der Berufsausübung zu messen; sie ist verfassungswidrig erst dann, wenn bei der betreffenden Berufsgruppe generell das Übermaßverbot verletzt ist (BVerfGE 30, 292, 315 ff =

NJW 1971, 1255, 1256 m.w.N.). Davon kann hier keine Rede sein. Vielmehr zeigen die Erwägungen oben unter 1. und 2., daß und warum das Vereinbarungsverbot im dargelegten Umfang sachlich gerechtfertigt, zur Verwirklichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich sowie zumutbar ist.

4. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Klage der Erfolg auch nicht mit der Erwägung versagt werden, daß unabhängig von der Vereinbarung der streitige Betrag als Sachwalterhonorar zu zahlen sei.

a) Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei Fehlen einer Vereinbarung könne der Sachwalter die Vergütung nach §§ 316, 315 BGB selbst bestimmen. Da die Klägerin die jedenfalls im vorliegenden Rechtsstreit vom Beklagten mit 40.000 DM getroffene Bestimmung für unbillig halte, müsse das Prozeßgericht die Bestimmung durch Urteil treffen. Dafür sei jedoch noch die Ermittlung von Tatsachen erforderlich. Zwar könne schon jetzt gesagt werden, daß die angemessene Vergütung unter dem Betrag von 40.000 DM liegen werde. Jedoch sei nicht auszuschließen, daß dem Beklagten mehr zustehe, als die Klägerin ihm zugebilligt habe. Deshalb sei nur ein Grundurteil möglich.

b) Diese Ausführungen sind zwar nicht frei von Rechtsirrtum, im Ergebnis jedoch nicht zu beanstanden.

aa) Mit der Vergütung des in § 91 ff VglO genannten Sachwalters war der Bundesgerichtshof - anders als mit der Vergütung des Vergleichshelfers (vgl. BGHZ 28, 344 und Urteil vom 11. Juni 1980 - VIII ZR 62/79 - KTS 1981,

84) - noch nicht befaßt. Sie ist im Gesetz nicht geregelt. Auf die Vergütungsregelung für den Vergleichsverwalter (§ 43 VglO) wird in § 92 VglO nicht verwiesen. Weil der Sachwalter nicht wie der Vergleichsverwalter der gerichtlichen Aufsicht unterliegt, sondern seinen Auftrag allein vom Vergleichsschuldner herleitet (BGHZ 35, 32, 36 und 62, 1, 2), hat das Vergleichsgericht in der Tat keine Möglichkeit, die Höhe der Vergütung zu bestimmen. Vielmehr kann nach einhelliger Auffassung (vgl. z.B. Bley/Mohrbutter aaO § 43 Rdn. 3 unter c) und § 92 Rdn. 15 m.w.N. sowie Uhlenbruck KTS 1971, 17 ff) nur das Prozeßgericht in einem Rechtsstreit zwischen dem Sachwalter und dem Vergleichsschuldner über die Vergütungshöhe entscheiden.

bb) Ist somit die von den Parteien getroffene Vergütungsregelung nichtig, so greift für den weiter von ihnen geschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag (vgl. BGHZ 62, 1, 3) als gesetzliche Auffangvorschrift § 612 Abs. 2 BGB ein. Erst dann, wenn das Bestehen einer Taxe und weiter auch eine übliche Vergütungshöhe nicht festgestellt werden können, kommt die Bestimmungsregelung der §§ 316, 315 BGB zum Zuge. Das hat das Berufungsgericht übersehen.

cc) Als übliche Vergütung kann durchaus ein Betrag in Frage kommen, der entsprechend der VergütungsVO vom 25. Mai 1960 (BGBl. I 329) festgesetzt wird. Es ist anerkannt, daß deren erhöhbare Regelsätze (vgl. §§ 4, 10) jedenfalls Anhaltspunkte geben können (Bley/Mohrbutter aaO § 92 Rdn. 15 m.w.N.; vgl. weiter Schmidt KTS 1981, 65 ff und vor allem Künne DB 1978, 729, 730 unter 9). Erst wenn eine übliche Vergütung nicht festgestellt werden kann, kommt es darauf an, ob der Beklagte Umstände beweisen

kann (§ 315 Abs. 3 Satz 1 BGB, vgl. BGH Urteile vom 30. Juni 1969 - VII ZR 170/69 - und vom 21. Januar 1976 - VIII ZR 113/74 - LM BGB § 315 Nr. 9 und § 139 Nr. 51 Bl. 2 R), nach denen seine etwaige Bestimmung der Billigkeit entspricht.

dd) Gleichwohl ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären und den Rechtsstreit gemäß § 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO zur Entscheidung über den Betrag an das Landgericht zurückzuverweisen, nicht zu beanstanden. Der Streit über den Betrag des Anspruchs ist zur Entscheidung schon deshalb noch nicht reif, weil jedenfalls noch ungeklärt ist, ob im Bereich der Parteien bestimmte Vergütungen wie z.B. die der VergütungsVO für gleiche oder ähnliche Dienstleistungen üblich sind.

Dr. Hoegen

Rassow

Dehner

Dr. Zopfs

Dr. Schmidt-Kessel