

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 231/71

URTEIL

Verkündet am
9. November 1972
Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der noch unbekannten Erben des am 24. Juli 1971 in B [REDACTED]
verstorbenen Dipl.-Kaufmanns Dr. Günther Br [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den Nachlaßpfleger Erwin Ka [REDACTED]
[REDACTED] in B [REDACTED] ([REDACTED]), R [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

Frau Johanna L [REDACTED] in B [REDACTED],
H [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]-

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. November 1972 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Erbel, Dr. Finke, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 27. Mai 1971 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Verurteilung der Beklagten zur Rückübertragung der Grundschuld Abt. III Nr. 16 und zur Herausgabe des hierüber erteilten Grundschuldbriefes nicht von einer Zug- um Zugleistung bis zur Höhe von 26.900 DM abhängig gemacht hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 16. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin bestellte den nach Erlaß des Berufungsurteils am 24. Juli 1971 in B[REDACTED] verstorbenen Erblasser der jetzigen Beklagten - im folgenden weiter Beklagter genannt - gemäß ihrem Schreiben vom 9. Januar 1968 zum Wirtschaftsleiter des ihr gehörenden Krankenhauses R[REDACTED] in B[REDACTED] und erteilte ihm Generalvollmacht

- 3 -

zu ihrer Vertretung in allen Geschäftsangelegenheiten, auch hinsichtlich des Wohnheims H■■■■■straße ■■■. Der Beklagte entfaltete in der Folgezeit eine Tätigkeit, über deren Art und Umfang zwischen den Parteien Streit besteht. Gemäß dem Schreiben des Beklagten vom 10. Juli 1969 vereinbarten die Parteien eine Verlängerung der Tätigkeit des Beklagten bis zum 31. Dezember 1971. Mit Schreiben vom 4. September 1969 kündigte die Klägerin jedoch das Vertragsverhältnis fristlos.

Die Klägerin hat mit der Klage vom Beklagten Rückzahlung angeblich von ihm entnommener Beträge in Höhe von 61.925 DM und Rückübertragung von vier ihm treuhänderisch übertragenen Grundschulden im Nennwert von zusammen 150.000 DM (Abt. III Nr. 16 - 19) begehrt. Der Beklagte hat mit Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht einen Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit in Höhe von monatlich 3.900 DM für die Zeit vom 1. Januar 1968 bis 31. Dezember 1971 erhoben, zusammen unter Anrechnung von ihm bereits einbehaltener 51.100 DM noch 136.100 DM.

Das Landgericht hat zunächst durch Teilurteil die Klägerin mit ihrem Zahlungsanspruch abgewiesen, indem es Gegenansprüche des Beklagten mindestens in Höhe der Klageforderung bejaht hat. Mit Schlußurteil hat es den Beklagten zur Rückübertragung der vier Grundschulden Zug um Zug gegen Zahlung von 136.100 DM verurteilt.

Das Kammergericht hat auf die Berufung der Klägerin gegen das Teilurteil durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom 9. November 1970 den Beklagten verurteilt, der Klägerin 11.100 DM nebst Zinsen zu zahlen, und die



weitergehende Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit Urteil vom 27. Mai 1971 hat es sodann den Beklagten zur Rückübertragung der Grundschulden ohne Zug um Zugleistung verurteilt.

Mit der Revision beantragen die Beklagten, das Urteil teilweise aufzuheben und sie zur Rückübertragung der Grundschuld Abt. III Nr. 16 nur Zug um Zug gegen Zahlung von 26.900 DM zu verurteilen. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagten haben das Urteil des Kammergerichts nicht angefochten, soweit dieses sie zur Rückübertragung der Grundschulden verurteilt und die fristlose Kündigung der Klägerin für gerechtfertigt erachtet, daher ihnen Ansprüche für die Zeit seit dem 1. September 1969 versagt hat. Sie haben sich vielmehr in der Revisionsinstanz auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts wegen einer Forderung von 26.900 DM beschränkt. Sie leiten diese Forderung daraus her, daß sie für die Tätigkeit des Beklagten in der Zeit vom 1. Januar 1968 bis 31. August 1969 (20 Monate) nicht nur, wie vom Kammergericht zugebilligt, monatlich 2.000, sondern monatlich 3.900 DM zu beanspruchen hätten, also $20 \times 1.900 = 38.000$ DM mehr. Hiervon haben sie die 11.100 DM abgesetzt, zu deren Zahlung ihr Erblasser durch das rechtskräftig gewordene Urteil des Kammergerichts vom 9. November 1970 verurteilt worden ist.

Die in diesem Umfang eingelegte Revision hat Erfolg.

1. Das Landgericht hatte ein Gutachten über die Höhe des angemessenen Entgeltes für die Tätigkeit des Beklagten eingeholt. Der Sachverständige Werner hat in dem Gutachten die vom Beklagten geforderte monatliche Vergütung von 3.900 DM "durchaus noch als angemessen" bezeichnet. Das Berufungsgericht hält das Gutachten als Grundlage seiner Entscheidung für ungeeignet. Darin kann ihm aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Das Gutachten läßt insbesondere eine Prüfung des Umfanges der vom Beklagten ausgeübten Tätigkeit vermissen.

2. Das Berufungsgericht durfte aber unter diesen Umständen die Höhe der dem Beklagten zustehenden Vergütung nicht festsetzen, ohne zuvor den Versuch einer weiteren Klärung des Sachverhalts zu machen. Da es sich nicht um die Entscheidung über die Höhe eines Schadens handelt, durfte es eine Schätzung nur unter den Voraussetzungen des § 287 Abs. 2 ZPO vornehmen. Es meint nun, die Tätigkeit des Beklagten für die Klägerin sei "von so untypischer, außerhalb jeder vergleichbaren Tarife liegender Art" gewesen, daß die Einholung eines weiteren Gutachtens eine zusätzliche Aufklärung nur verspräche, wenn der neue Sachverständige alle vorhandenen Unterlagen sichten und mit ihrer Hilfe die gesamte Tätigkeit des Beklagten im einzelnen aufschlüsseln würde. Das würde aber einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern, ohne letztlich zu einer abschließenden Klärung zu führen.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Der erkennende Senat hält den Versuch einer weiteren Klärung des Sachverhalts, gegebenenfalls auch gemäß den

Beweisanträgen des Beklagten im Schriftsatz vom 12. Mai 1971 für nicht so schwierig und kostspielig, daß der Tatrichter befugt gewesen wäre, alsbald in Anwendung des § 287 Abs. 2 ZPO selbst die Höhe der dem Beklagten zustehenden Vergütung zu schätzen. Dagegen würden gerade dann Bedenken bestehen, wenn die Tätigkeit des Beklagten, wie das Berufungsgericht meint, von ganz untypischer Art gewesen sein sollte. Es liegt dann nämlich nahe, daß dem Berufungsgericht die hinreichende eigene Sachkunde fehlte, um gegen das vorliegende Gutachten ohne weitere Aufklärung selbst im Wege der Schätzung die Vergütung des Beklagten festzusetzen. Ein hinreichend zuverlässiger Anhaltspunkt für die Schätzung kann entgegen der Annahme des Berufungsgerichts auch nicht darin gesehen werden, daß der Beklagte in der Zeit von Januar 1968 bis August 1968 vorläufig Beträge in einer Höhe für sich entnommen hat, die sich im Durchschnitt auf etwa 2.000 DM monatlich beliefen. Die Parteien hatten, wie auch die Klägerin vorgetragen hat, die Festsetzung der Höhe der dem Beklagten zu zahlenden Vergütung einer späteren Vereinbarung vorbehalten; eine solche ist unstreitig nicht zustande gekommen.

3. Das angefochtene Urteil ist daher gemäß dem Antrag der Revision aufzuheben, soweit es den Beklagten zur Rückübertragung der Grundschuld Abt. III Nr. 16 nicht nur Zug um Zug gegen Zahlung von 26.900 DM verurteilt hat. Die Sache ist insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Sollte das Berufungsgericht etwa wiederum zu der Auffassung kommen, die Dienste des Beklagten seien ganz untypisch gewesen, und eine übliche Vergütung nach § 612 Abs. 2 BGB lasse sich nicht feststellen, so wäre die Vergütung gegebenenfalls gemäß den §§ 315, 316 BGB zu bestimmen.

Vogt

Erbel

Finke

Meise

Recken