

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 26/66

URTEIL

Verkündet am

10. Juni 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

Beklagten, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

1. a)

b)

2.

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 9. Dezember 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin H[REDACTED] und die im Laufe des Rechtsstreits verstorbene Klägerin Hü[REDACTED] (beerbt von der Klägerin zu 1 a und b) errichteten im Jahre 1959 auf zwei ihnen gehörigen Grundstücken einen Bau. Hierbei gerieten sie in finanzielle Schwierigkeiten und beauftragten den Beklagten mit der Regelung. Am 30. Juli 1959 erteilten sie ihm folgende Vollmacht:

"Wir bevollmächtigen Herrn Dr. K[REDACTED]
.... uns in allen Angelegenheiten zu vertreten,
die unsere Grundstücke betreffen.

Der Bevollmächtigte ist insbesondere berechtigt, sämtliche Verhandlungen für uns mit Behörden,

- 3 -

Banken und Privaten, insbesondere Mietern und Gläubigern zu führen. ... Diese Vollmacht erstreckt sich insbesondere auch auf alle Sanierungsmaßnahmen, die unser Vermögen betreffen."

Über das dem Beklagten zustehende Honorar wurde zunächst nichts vereinbart. Jedoch bestätigten die Klägerinnen dem Beklagten am 29. Dezember 1959, daß er für seine Tätigkeit als Hausverwalter vorläufig monatlich 300 DM erhalten und daß er berechtigt sein sollte, für seine über die reine Hausverwaltung hinausgehende Tätigkeit die übliche Entschädigung anzusetzen, die der aufgewendeten Zeit und dem Wert der in Frage stehenden Objekte entspreche.

Der Beklagte verhandelte u.a. mit Bauhandwerkern, Mietern und Finanzierungsinstituten; er schloß Vergleiche mit 32 Gläubigern, in denen diese ihre Forderungen um insgesamt rund 65.000 DM ermäßigten; schließlich verkaufte er die Grundstücke für 1.200.000 DM, da sich die Finanzierungslücke anders nicht schließen ließ.

Als Honorar berechnete er zusammen 68.650,89 DM. Er setzte im einzelnen folgende Posten an:

- | | |
|--|--------------|
| a) Für die Sanierung (Fertigstellung des Baus, Zwischenfinanzierung, laufende Verhandlungen mit Banken und Handwerkern sowie anderen Gläubigern, Stillhaltevereinbarungen usw) einschließlich 2,89 DM Auslagen | 14.402,89 DM |
| b) Für die Verwaltung des Grundstücks zunächst 4.450 DM, später | 4.200,-- DM |
| c) Für den Abschluß von Vergleichen mit Gläubigern | 14.048,-- DM |
| d) 3 % Maklerprovision für den Verkauf der Grundstücke | 36.000,-- DM |
| | 68.650,89 DM |

Hievon zog er	50.614,29 DM
ab, die er aus Einnahmen zurückbehalten hatte, so daß eine Restforderung von	18.036,60 DM
verblieb.	



Die Klägerinnen halten diese Forderung für übersetzt. Sie haben mit der Klage 30.000 DM nebst Zinsen hiervon verlangt.

Der Beklagte ist der Auffassung, daß seine Abrechnung eher zu niedrig als zu hoch ist. Er hat mit der Widerklage den Rest von 18.036,60 DM nebst Zinsen begehrt.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 24.161,40 DM nebst Zinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat das Urteil zur Widerklage bestätigt und den Beklagten auf die Anschlußberufung der Klägerinnen zur Zahlung von insgesamt 29.929,96 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seine Anträge zur Klage und Widerklage weiter. Die Klägerinnen bitten, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Landgericht hat den Diplom-Kaufmann Renger schriftlich als Sachverständigen gehört. Der Beklagte hatte die Ladung des Gutachters zur mündlichen Verhandlung beantragt, um an ihn Fragen stellen zu können. Das Landgericht hat dem nicht stattgegeben, weil es der Ansicht des Sachverständigen über die Anwendbarkeit der VO über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem

2. Wohnungsbaugesetz vom 17. Oktober 1957 (BGBl I, 1719) nicht folgt.

In der Berufungsbegründung hat der Beklagte seinen Antrag auf Ladung des Sachverständigen für den Fall wiederholt, daß das Gericht das Gutachten für bedeutsam ansehe. Auch das Berufungsgericht ist dem nicht nachgekommen; es begründet dies ähnlich wie das Landgericht (S. 19 BU).

Die Revision rügt mit Recht die Übergehung der Anträge auf Ladung des Sachverständigen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muß einem solchen Verlangen grundsätzlich stattgegeben werden, wenn es in dem Termin gestellt wird, in dem das Gutachten erstmals vorgetragen wird (BGHZ 6, 398, 401; 24, 9, 14; 35, 370). Das ist hier geschehen.

Das Landgericht hätte danach ebenso wie das Oberlandesgericht dem Antrage stattgeben müssen.

Dessen wären sie nur dann enthoben gewesen, wenn sie das Gutachten nicht verwertet hätten oder wenn der Beklagte durch die Verwertung nicht beschwert wäre. Eine solche Möglichkeit ist aber nicht auszuschließen. Das Berufungsgericht sagt zwar S. 19 d. Urt., es komme nicht auf das Gutachten an, weil die Ansicht des Sachverständigen über die Anwendbarkeit des Wohnungsbaugesetzes und der dazu ergangenen Verordnungen unrichtig sei. An anderer Stelle beruft es sich aber doch auf das Gutachten. So hat es S. 12/13 des Urteils darauf abgestellt, daß der Sachverständige einen üblichen Vergü-

tungssatz für alle Tätigkeiten des Beklagten nicht habe ermitteln können; auch bei Behandlung der Frage, wie die Bemühungen des Beklagten bei den Verhandlungen mit den Gläubigern zu entschädigen seien (S. 20 BU), folgt es zum Teil den Ausführungen des Sachverständigen.

Unter solchen Umständen ist die Ablehnung des Antrags auf persönliche Vernehmung des Sachverständigen als Verfahrensverstoß anzusehen. Es ist auch nicht auszuschließen, daß das Urteil darauf beruht. Deswegen ist es bereits aus diesem Grunde aufzuheben.

B.

Aber auch die Sachentscheidung ist nicht rechtsfehlerfrei begründet.

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Verstoß gegen Art. 1 § 1 des Gesetzes zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung vom 13. Dezember 1935 (RGBl I, 1478). Das ist nicht zu beanstanden.

1.) Es behandelt die Frage an zwei Stellen.

a) S. 11 d. Urt. sagt es, Hauptaufgabe des Beklagten sei nicht die "Sanierung der Schulden" gewesen. Vielmehr habe er in erster Linie das Bauvorhaben zu fördern gehabt. Hierbei hätte sich zwar auch die Notwendigkeit ergeben, Rechtsangelegenheiten zu behandeln. Ohne dies sei ihm aber die Ausübung der Vermögensverwaltung nur unzureichend oder gar nicht möglich gewesen. Es habe

sich also insoweit um Nebenaufgaben gehandelt, die der Beklagte gemäß Art. 1 § 5 Nr. 3 RBerG ohne behördliche Erlaubnis habe erledigen dürfen.

b) S. 21 d. Urt. behandelt es die Bemühungen des Beklagten, die sich auf die Herbeiführung eines außergerichtlichen Vergleichs mit den Gläubigern bezogen. Es verkennt nicht, daß es sich insoweit um genehmigungspflichtige Rechtsbesorgungen gehandelt hat, meint aber, daß diese Tätigkeit ebenfalls nur eine Nebenaufgabe im Verhältnis zu dem als Hauptaufgabe anzusehenden Grundstücksverkauf gewesen sei.

2.) Es kann dahinstehen, ob diese Ausführungen mit den nicht widerlegten Behauptungen der Klägerinnen stets im Einklang stehen; das gilt insbesondere für die Annahme, der Beklagte habe den Bau zu fördern gehabt. Denn die Betrachtungsweise des Berufungsgerichts ist zu eng.

Es ist nicht angängig, die Tätigkeit des Beklagten in einzelne Bereiche aufzuspalten und danach zu beurteilen, ob es sich jeweils um eine Haupt- und Nebenaufgabe gehandelt hat. Vielmehr ergeben die Feststellungen des Berufungsgerichts und das unstreitige Parteivorbringen, daß der Beklagte einen einheitlichen Auftrag hatte. Er ging dahin die Vermögenslage der Klägerinnen zu ordnen, wie sie im Schreiben vom 29. Dezember 1959 ausdrücklich bestätigen.

Dieser Auftrag erfaßte alle für die "Sanierung" erforderlichen Maßnahmen. Ihr Schwerpunkt lag auf wirtschaftlichem Gebiete. Vor allem war es Aufgabe des Be-

klagten, für die Beschaffung von Geldmitteln zu sorgen. Er hatte ferner die Beziehungen zu den Handwerkern und Mietern zu ordnen, die Grundstücke laufend zu verwalten und sie schließlich zu verkaufen. Wenn es sich in diesem Rahmen schließlich als notwendig erwies, mit den Gläubigern auch wegen eines Nachlasses zu verhandeln, dann kann das in der Tat als eine Nebenaufgabe angesehen werden, die noch unter die Bestimmung von Art. 1 § 5 Nr. 3 RBerG fällt.

II.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Beklagte die übliche Vergütung gemäß § 612 Abs. 2 BGB erhalten sollte. Es meint aber, daß sie sich nicht feststellen lasse. Das entnimmt es dem Gutachten des Sachverständigen sowie dem eigenen Verhalten des Beklagten, der selbst die verschiedensten Berechnungsarten angewandt habe. Es legt ferner dar, daß weder die Allgemeine Gebührenordnung für die wirtschaftsprüfenden sowie wirtschafts- und steuerberatenden Berufe (ALLGO), noch die Gebührenordnung der Vereinigung beratender Betriebs- und Volkswirte (VBV) zur Ermittlung des üblichen Entgelts herangezogen werden könnten.

Hiergegen wendet sich die Revision mit verschiedenen Rügen. Sie sind jedoch unbegründet.

1.) Sie scheitern bereits daran, daß die Tätigkeit des Beklagten einheitlich zu werten ist. Es müßte also eine übliche Vergütung für den ganzen Bereich gefunden werden, die alle Einzelaufgaben mit erfaßte.

Daß es eine solche übliche Vergütung nicht gibt, hat das Oberlandesgericht in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen festgestellt. Auch die Revision scheint S. 7 und 13 der Begründungsschrift zu demselben Ergebnis zu gelangen.

Daraus folgt, daß schon aus diesem Grunde auf die §§ 315, 316 BGB zurückzugreifen ist, und daß demgemäß der Beklagte das Entgelt nach billigem Ermessen zu bestimmen hatte. Es ist Sache des Gerichts, diese Bestimmung gemäß § 315 Abs. 3 BGB nachzuprüfen.

2.) Aber auch die Revisionsrügen, die sich auf die Einzelheiten beziehen, sind unbegründet.

a) Das Berufungsgericht war nicht genötigt, dem Sachverständigen zu folgen, soweit er die oben erwähnte Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen anwendet. Sie betrifft den sozialen Wohnungsbau, um den es sich hier nicht handelt.

Zudem weist die Revision nicht nach, daß sich die Anwendung dieser Verordnung zu Gunsten des Beklagten auswirken würde. Das ist umso weniger anzunehmen, als das Berufungsgericht dem Beklagten den von ihm für diesen Tätigkeitsbereich verlangten Betrag von 14.400 DM voll zuerkannt hat.

b) Letzteres gilt auch wegen des Honorars für die Grundstücksverwaltung. Der Beklagte soll nach dem Urteil den von ihm hierfür ursprünglich eingesetzten Betrag von 4.450 DM erhalten.

c) Daß die Sätze der ALLGO und der VBV nicht als übliche Vergütung zu gelten haben, stellt der Tatrichter fest. Das Revisionsgericht ist daran gebunden (§ 561 ZPO).

Die weiteren von dem Beklagten hierzu angetrotenen Beweise brauchte das Oberlandesgericht nicht zu erheben. Es handelte sich um die Erstattung von Gutachten, deren Einholung im Ermessen des Gerichts stand. Von diesem Ermessen hat es keinen rechtsfehlerhaften Gebrauch gemacht, wenn es sich insoweit auf seine eigene Sachkunde und die in anderen Prozessen gewonnenen Kenntnisse (vgl. § 291 ZPO) verlassen hat.

Dem Senat ist übrigens bekannt, daß auch das Oberlandesgericht in Hamm im Urteil vom 27. September 1963 - 12 U 74/62 - die Sätze der ALLGO nicht als die üblichen i.S. des § 612 Abs. 2 BGB bezeichnet hat.

f) Auf das Urteil des Senats NJW 1962, 2010, 2011 (in EGHZ 37, 258 insoweit nicht abgedruckt) beruft sich das Oberlandesgericht allerdings zu Unrecht.

Dort hatte der Senat die Anwendung der ALLGO abgelehnt, weil der Vertretungsauftrag nichtig war und die Bereicherung des Auftraggebers nur in den ersparten Gebühren bestehen konnte, die sie sonst hätten aufwenden müssen. Diese Gebühren hatten sich unter den dort gegebenen Umständen nach denen zu richten, die ein zugelassener Rechtsberater hätte berechnen dürfen. Solche Gedanken sind vorliegend nicht zu verwerten.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht aber nicht auf diesem Irrtum. Es faßt das Urteil NJW 1962, 2010 nur als Bestätigung für seine bereits auf andere Weise gewonnene Überzeugung auf.

g) Der Beklagte hat behauptet, die von ihm für die "Sanierung" angesetzten Beträge von monatlich 1.500 DM seien nur als "à conto" Zahlungen gedacht gewesen.

Dem steht entgegen, daß sich diese Ansätze in seiner Schlußrechnung befinden. Abgesehen hiervon weist die Revision nicht nach, daß den Klägerinnen dies erkennbar war. Sie unterläßt es zudem anzugeben, inwiefern sich die Abrechnung bei einer Berücksichtigung der Rügen ändern würde.

h) Schließlich ist es auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht aus den verschiedenen Berechnungsarten des Beklagten geschlossen hat, daß er selbst keinen allgemein gültigen (üblichen) Berechnungsmaßstab kennt.

III.

Das Oberlandesgericht hat also ohne Rechtsirrtum darauf abgestellt, ob der Beklagte seine Vergütung nach billigem Ermessen bestimmt hat und welcher Betrag angemessen ist, wenn man dies verneint.

Es führt aus: Der Beklagte habe die Vergütung für die Sanierungstätigkeit auf monatlich 1.500 DM, insgesamt 14.400 DM bestimmt. Das sei angemessen. Diese Bestimmung müsse er gegen sich gelten lassen und dürfe nicht einwenden, daß es sich nur um "à conto-Zahlungen" gehandelt habe.

Für die Verwaltung der Grundstücke dürfe er die von ihm angesetzten 4.450 DM verlangen.

Der Abschluß der Vergleiche sei zwar ein Teilstück der wirtschaftlichen Gesamtaufgaben des Beklagten gewesen; trotzdem habe er hierfür ein besonderes Honorar zu beanspruchen, da die Notwendigkeit dazu ursprünglich nicht voraussehbar gewesen sei. Ihm stünden hierfür nur die Gebühren eines zugelassenen Rechtsbeistandes mit 1.831,44 DM zu.

Die Maklerprovision von 36.000 DM sei ihm abzusprechen, da der Hausverkauf von Anfang an ins Auge gefaßt worden und somit ein Teil der Sanierungstätigkeit gewesen sei.

1.) Bei dieser Beurteilung hat das Berufungsgericht nicht hinreichend berücksichtigt, daß es sich um einen Gesamtauftrag gehandelt hat, wie er oben gekennzeichnet worden ist. Der Beklagte hat dafür auch einen Gesamtbetrag in Rechnung gestellt; seine Teilrechnungen für die einzelnen Tätigkeiten hat er durch das Begleitschreiben vom 7. Juni 1961 zusammengefaßt.

a) Es bestehen zwar keine Bedenken, bei der Bestimmung der angemessenen Vergütung auf die in den einzelnen Abschnitten geleistete Tätigkeit zurückzugreifen; insoweit ist dem Berufungsgericht zuzustimmen (S. 17 BU). Dabei darf aber nicht außer acht gelassen werden, daß es sich nur um Rechnungsposten handelt und daß sich die von dem Beklagten getroffene Honorarbestimmung auf den Gesamtbetrag von 68.650,89 DM bezieht; nur an diese Bestimmung ist er gebunden (ebenso Urt. d. Senats vom 29. November 1965 - VII ZR 265/63 -).

Es ist deswegen nicht angängig, den Beklagten einerseits an den für die "Sanierung" angesetzten Betrag von

14.400 DM festzuhalten, ihm andererseits aber ein Honorar für den Verkauf der Grundstücke mit der Begründung abzusprechen, daß er in jenen 14.400 DM enthalten sei. Denn die von dem Beklagten angesetzten Rechnungsposten stehen mindestens überwiegend in einem engen Verhältnis zueinander und müssen einheitlich gesehen und beurteilt werden. Das Berufungsgericht hätte also prüfen müssen, ob die Bestimmung der Vergütung von 1.500 DM monatlich, die zugleich mit der Anforderung des Maklerlohns erfolgte, noch maßgebend blieb, wenn dieser Maklerlohn entfiel.

Allerdings sagt es S. 25 d. Urt., daß die Bemühungen des Beklagten um den Verkauf mit der für die "Sanierung" angesetzten Vergütung von 14.400 DM angemessen abgegolten seien. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß es zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn es nicht jene 14.400 DM wegen der insoweit getroffenen Bestimmung des Beklagten als Höchstmaß angesehen hätte, wie es das getan hat.

Abgesehen hiervon hätte es insoweit einer näheren Begründung bedurft. Die Monatsbeträge von 1.500 DM hat der Beklagte ohne Einwendung der Klägerinnen von Anfang an angesetzt, als noch keine Verkaufsverhandlungen schwebten. Es spricht manches dafür, daß diese Verhandlungen zu einer ins Gewicht fallenden Mehrtätigkeit geführt haben, die eine angemessene zusätzliche Vergütung rechtfertigen.

Das Berufungsgericht wird also erneut zu prüfen haben, ob hierfür nicht ein Zuschlag angebracht ist. Damit ist aber nicht gesagt, daß sich die Höhe dieses etwaigen Zuschlags nach der üblichen Maklergebühr zu

richten hat; jedenfalls ist der Annahme des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht entgegenzutreten, wenn es die Verkaufsbemühungen als Teil der "Sanierungstätigkeit" auffaßt.

b) Bei der neuen Prüfung wird die Behauptung der Klägerinnen nicht unerörtert bleiben dürfen, daß der Beklagte im Zusammenhange mit den Verkaufsverhandlungen vom Vertragsgegner bereits 5.000 DM erhalten habe (S. 11 des Schriftsatzes vom 20. August 1961). Die Erwiderung des Beklagten hierauf (u.a. Schriftsätze vom 10. Oktober 1961 S. 8 und vom 24. Juni 1964 S. 10) wird zu beachten sein.

2.) Es ist zwar nicht wahrscheinlich, daß der dem Beklagten möglicherweise zustehende Mehrbetrag so hoch ist, daß die ganze Klageforderung entfällt und die Widerklage berechtigt ist.

Der Senat hält es aber nicht für zulässig, dem Tatrichter insoweit vorzugreifen. Er hat deswegen das Urteil in vollem Umfange aufgehoben.

3.) Auf die übrigen Revisionsrügen kommt es danach nicht mehr an. Sie sind zudem unbegründet. Einer Erörterung bedürfen nur folgende:

a) Den Zeitaufwand des Beklagten hat das Berufungsgericht S. 12 d. Urt. ausdrücklich erwähnt. Die Berechnungsart des Beklagten brauchte es nicht zu übernehmen.

b) Das gleiche gilt für die Bürounkosten und die Schwierigkeit der gestellten Aufgaben.

c) Auf die Frage, wann sich die Notwendigkeit für neue Maßnahmen herausgestellt hat, kommt es nicht an. Denn sie sind alle nur Ausflüsse des Gesamtauftrags, wie oben dargelegt worden ist.

d) Es lag im tatrichterlichen Ermessen, wenn das Berufungsgericht bei Bemessung der Gebühren für den Abschluß der Vergleiche von dem Honorar eines zugelassenen Rechtsberaters ausgegangen ist.

Sollte man dafür den ganzen vom Beklagten in Ansatz gebrachten Betrag zu Grunde legen, so könnten sich Bedenken aus Art. 1 § 1 RBerG ergeben, weil man dann kaum noch von einer Nebenaufgabe sprechen könnte.

e) Nach der Behauptung des Beklagten haben die Gläubiger nur unter der Voraussetzung auf einen Teil ihrer Forderung verzichtet, daß den Klägerinnen kein Vorteil daraus erwachse. Der Beklagte meint, daß deswegen höchstens die Gläubiger, nicht jedoch die Klägerinnen für die Geltendmachung des Anspruchs sachlich befugt seien.

Das Berufungsgericht hat diesen Einwand nicht anerkannt, weil nach seiner Ansicht ein sich daraus ergebender Anspruch nur den Gläubigern zustehen könne; keinesfalls sei der Beklagte berechtigt, mit einer solchen Begründung die Forderungen der Klägerin gegen ihn abzuwehren.

Dem ist zuzustimmen. Für die Annahme einer doppelten Treuhänderschaft, die der Beklagte gegenüber den Klägerinnen und den Gläubigern im allseitigen Einverständnis übernommen haben will, bieten die Feststellungen

des Berufungsgerichts keinen Anhalt. Es bedarf daher keiner Erörterung, ob sich dadurch an der Rechtslage etwas ändern würde.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke