

70. Findet gegen denjenigen, der auf Grund eines nur mündlichen Vertrages über Handlungen diese sämtlich geleistet hat, ein Entschädigungsanspruch wegen nicht gehöriger Erfüllung der mündlichen Vereinbarungen statt?

VL Zivilsenat. Urt. v. 14. Januar 1895 i. S. R. (Bekl.) w. Kl. (Kl.)
Rep. VI. 281/94.

I. Landgericht Essen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den folgenden
Gründen:

„Der Kläger hat im Jahre 1889 für den Beklagten auf Grund eines mündlichen Vertrages gegen ein vereinbartes Honorar von 1800 *M* einen Neubau geleitet, namentlich die Skizzen, Zeichnungen und Kostenschätzungen angefertigt, die Unternehmerrechnungen abgenommen und festgestellt. Er beansprucht jetzt den noch rückständigen Rest des Honorars von 325 *M* nebst Zinsen. Der Beklagte beantragte jedoch Abweisung der Klage und zugleich im Wege der Widerklage Verurteilung des Klägers zur Zahlung von 6149,40 *M* nebst Zinsen. Während der erste Richter unter Abweisung der Klage dem Widerklagantrage entsprach, hat das Berufungsgericht den Beklagten zur Zahlung von 325 *M* nebst Prozeßzinsen verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Bezüglich dieser Abweisung kann die Revision einen Erfolg nicht erzielen.“ (Zunächst wird hier ein prozessualer Angriff verworfen.)

„Anlangend die Sache selbst, hatte der Beklagte zur Begründung der Widerklage . . . vorgetragen: erst nachdem ihm vom Kläger ein

Kostenanschlag für den Neubau mit einer Berechnung der Grunderwerbs- und Baukosten, sowie der Mietwerte und des danach aufzubringenden und zu verzinsenden Kapitals überreicht worden sei, habe er dem Kläger die Bauleitung übertragen, und zwar unter der ausdrücklichen, vom Kläger genehmigten Bedingung, daß jener Kostenanschlag nicht überschritten würde, und seine Rentabilitätsberechnung, soweit sie von der Höhe der Baukosten abhängt, zutreffend sei; die Kosten des vom Kläger geleiteten Baues hätten nun aber den Anschlag erheblich überschritten; während nach dem Anschlage die Aufnahme und Verzinsung eines Darlehens von nur 35 000 *M* nötig gewesen wäre, habe sich infolge der Überschreitung des Anschlages das aufzunehmende und mit 4½ Prozent zu verzinsende Kapital um rund 7000 *M* höher gestellt; danach entgehe ihm durch vertretbare Schuld des Klägers jährlich ein Gewinn von 315 *M*, der einem Kapitalverluste von 7000 *M* entspreche, und diesen Betrag habe ihm der Kläger nach Abzug der Klageforderung zu ersetzen. Demgegenüber erwägt das Berufungsgericht, daß zwar der Kläger gemäß § 165 A. O. R. I. 5 für die von ihm geleisteten Handlungen den noch ausstehenden Vergütungsrest fordern dürfe, daß aber der Beklagte nicht berechtigt sei, auf Grund des mündlichen Vertrages die widerklagend geltend gemachte Forderung aufzustellen, da der von ihm behauptete Vertrag zu seiner Gültigkeit der schriftlichen Form bedürft hätte.

Nun ist zwar der Revision zuzugeben, daß die vom Beklagten behauptete Vereinbarung nicht als ein selbständig für sich bestehender Vertrag, sondern als ein Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages über die Bauleitung aufzufassen ist; daraus läßt sich indessen zu Gunsten des Widerklagenspruches nichts folgern. Mündliche Verträge über Handlungen, deren Gegenstand sich über 150 *M* beläuft, begründen nach der Vorschrift des § 165 A. O. R. I. 5 für den Übernehmer der Handlungen, sofern diese sämtlich geleistet worden, den Anspruch auf die mündlich vereinbarte Vergütung. Dagegen findet aus solchen Verträgen gemäß §§ 131, 155 A. O. R. I. 5, §§ 869, 877 I. 11 eine Klage auf Erfüllung gegen den Übernehmer der Handlungen nicht statt. Hat der Übernehmer den mündlichen Vertrag nicht vollständig erfüllt, hat er bei den von ihm geleisteten Handlungen besondere Vereinbarungen unbeachtet gelassen, so kann dies den Wegfall des Anspruches auf die bedungene Vergütung, nicht aber zur Folge

haben, daß nunmehr der andere Teil auf vollständige Erfüllung des mündlichen Übereinkommens oder auf Ersatz des durch die Unvollständigkeit der Erfüllung erwachsenen Schadens klagen dürfte. Denn der § 165 I 5 bestimmt nicht, daß ein an sich ungültiger Vertrag über Handlungen durch Leistung der Handlungen in allen seinen Teilen verbindlich werden soll; er will vielmehr nur eine Bereicherung des Empfängers der Handlungen, die nicht ungeschehen gemacht werden können, mit dem Schaden des Handelnden verhüten und findet einen gerechten Maßstab der Ausgleichung in der Gewährung der von den Kontrahenten selbst mündlich vereinbarten Vergütung. In diesem Sinne hat sich bereits der Plenarbeschluß des vormaligen preussischen Obertribunales,

vgl. Entsch. des Obertribunals Bd. 12 S. 31 flg. 46, unter Hinweisung auf die Entstehungsgeschichte des § 165 I 5 ausgesprochen.

Vgl. auch Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 31 S. 374; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 316 flg., Bd. 8 S. 231.

Soweit es sich nicht um die Vergütung der geleisteten Handlungen handelt, steht somit der Widerklage nicht bloß der allgemeine Grundsatz des § 155, sondern auch die besondere Bestimmung des § 168 A.L.R. I 5 entgegen.

Mit Unrecht glaubt der erste Richter, die Entschädigungspflicht des Klägers aus den §§ 921. 954 A.L.R. I 11 herleiten zu können. Wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn dem Kläger ohne Rücksicht auf die angeblich mündlich getroffene Vereinbarung bei der Bauleitung Fehler gegen die Regeln seiner Kunst zur Last fielen, kann ganz dahingestellt bleiben. Denn solche Fehler hatte der Beklagte dem Kläger nicht vorgeworfen; vielmehr fand er das Versehen des Klägers nur darin, daß dieser eine besondere Vereinbarung und Bedingung des mündlichen Vertrages nicht erfüllt habe. Wie aber die Erfüllung der angeblichen Vereinbarung nicht erzwungen werden konnte, so ist auch ein wegen ihrer Nichterfüllung erhobener Entschädigungsanspruch für unstatthaft zu erachten.

Vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. 9 S. 237. . . .

Die höchstrichterlichen Entscheidungen, welche die Revision für sich zu verwerten sucht, stehen ihr nicht zur Seite. In dem Präjudiz 1645 (Präjud.-S. S. 12) hat das vormalige preussische Obertribunal aller-

dings ausgesprochen, daß durch die Vorschrift des § 168 U. V. R. I. 5 der wegen nicht gehöriger Erfüllung des einen Kontrahenten von dem anderen erhobene Anspruch auf Entschädigung nicht ausgeschlossen werde, wenn in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloß mündlich geschlossen, aber von beiden Teilen erfüllt worden ist. Die Gründe, auf welchen dieses Präjudiz beruht, sind nicht vollständig bekannt. Aus den von Bornemann in seinen „Erörterungen im Gebiete des preussischen Rechts“ (S. 204. 205) gemachten Mitteilungen läßt sich jedoch entnehmen, daß der damals entschiedene Fall wesentlich anders lag als der gegenwärtige. Damals wurde bei einem beiderseits erfüllten mündlichen Vertrage der eine der Kontrahenten nicht etwa deshalb für entschädigungspflichtig erachtet, weil er besondere mündliche Vertragsabreden oder Bedingungen unerfüllt gelassen, sondern deshalb, weil er Verpflichtungen nicht erfüllt habe, die ihm nach dem Wesen des mündlich errichteten Vertrages kraft Gesetzes obgelegen hätten. Inwiefern unter solchen Umständen der § 168 U. V. R. I. 5 mit Recht als unanwendbar angesehen worden ist, braucht hier, wo es sich nur um die Nichterfüllung besonderer mündlicher Vereinbarungen handeln kann, nicht untersucht zu werden. Auch in dem Präjudiz 693 (Präjud.-S. S. 12), wonach der § 168 a. a. D. sich nicht auf eine geforderte Vergütung behaupteter Gewährsmängel bei einem seinem Hauptgegenstande nach bereits erfüllten Vertrage beziehen soll, findet der Revisionsangriff keine Stütze, da der Widerklage ein Gewährleistungsanspruch nicht zu Grunde liegt. Es bedarf deshalb auch keiner weiteren Prüfung, ob dem gedachten Präjudize beizupflichten oder der entgegengesetzten Ansicht des Reichsoberhandelsgerichtes in dessen Entscheidungen Bd. 9 S. 237 flg. der Vorzug zu geben wäre, und ob nicht der Grundsatz des Präjudizes 693 jedenfalls bei Gewährleistungsansprüchen wegen ausdrücklich vorbedingener Eigenschaften außer Anwendung bleiben müßte.

Vgl. Bornemann, a. a. D. S. 204a.

Eventuell meint die Revision, es müsse der Widerklagensanspruch mindestens im Rahmen der *condictio ob causam datorum* für gerechtfertigt erachtet werden. Dieser Ausführung würde der Umstand, daß sie einen neuen rechtlichen Gesichtspunkt enthält, nicht entgegenstehen, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Rückforderung der geleisteten Zahlungen aus dem früheren Vorbringen des Beklagten zu

entnehmen wären. Dies ist indessen nicht der Fall. Der Beklagte hat in den Vorinstanzen den Betrag von 325 *M* als rückständig bezeichnet, ohne Angaben darüber zu machen, ob der übrige Teil des Honorars durch Barzahlung oder in anderer Weise getilgt worden ist. Er hat weder erklärt, die etwa vorausgegangenen Zahlungen zurückfordern zu wollen, noch auch behauptet, daß er bei früheren Zahlungen die Erfüllung der mündlichen Vereinbarung oder die Einhaltung des ersten Kostenanschlages erwartet oder vorausgesetzt habe. Was nach dieser Richtung in der Revisionsinstanz vorgebracht ist, kann gemäß §§ 511, 524 C.P.O. keine Berücksichtigung finden.

Dagegen mußte der Revision in Ansehung der Klageforderung stattgegeben werden. Denn in dem Vorbringen des Beklagten war nach den angeführten Thatsachen nicht bloß die Erhebung eines Entschädigungsanspruches, sondern zugleich die Behauptung zu finden, daß der Kläger seinerseits den mündlichen Vertrag nicht erfüllt habe, und daß die Bedingungen, unter welchen nach der mündlichen Abrede die Vergütung erfolgen sollte, nicht eingetreten seien. Wäre die Übertragung der Bauleitung und das Versprechen einer Vergütung von 1300 *M* an den Kläger auf Grund der Vereinbarung und unter der ausdrücklichen Bedingung erfolgt, daß die Baukosten den Anschlag nicht übersteigen dürften, so würde daraus zu folgern sein, daß der Kläger die noch rückständige Vergütung nicht beanspruchen kann, wenn die der Abrede beigefügte Bedingung nicht erfüllt, der Anschlag vielmehr durch die Baukosten um mehr als den noch rückständigen Betrag der Vergütung überstiegen ist. Von diesem Gesichtspunkte aus hat das Berufungsgericht den dem Klageanspruch entgegengesetzten Einwand bisher nicht geprüft. Demgemäß war das Berufungsurteil, soweit es den Beklagten zur Zahlung von 325 *M* nebst Zinsen und zur Tragung der Kosten verurteilt, aufzuheben und insoweit die Sache in die Instanz zurückzuverweisen.“ . . .