

Verkündet
am 10. Januar 1957
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Willi I. [REDACTED] in D. [REDACTED]-W. [REDACTED], B. [REDACTED]-
weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Witwe Hilde M. [REDACTED] geb. Z. [REDACTED] in D. [REDACTED], H. [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1957 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann sowie der Bundesrichter
Scheffler, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Erbel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom
16. Februar 1955, soweit der Beklagte zur Zahlung von
3910.- DM nebst Zinsen hiervon verurteilt worden ist,
sowie im Kostenpunkt aufgehoben. In diesem Umfange wird
die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch
über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision des Beklagten zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Eigentümerin eines Grundstücks in D [REDACTED]; das darauf befindliche Haus ist im Kriege zerstört worden. Im Jahre 1950 beauftragte sie den Beklagten, der ein Vetter ihres verstorbenen Ehemannes ist, sich um den Wiederaufbau zu bemühen. Der Beklagte führte die hierzu erforderlichen Verhandlungen. Zu seinen Aufgaben gehörte es u.a., die Baukosten mit den ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellten Mitteln zu begleichen.

Die Klägerin behauptet, der Beklagte habe 7.531,84 DM einbehalten und nicht für den Bau verwandt. Sie hat deswegen die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung dieses Betrages erbeten.

Der Beklagte bestreitet die Entnahme mindestens zum Teil nicht. Er rechnet jedoch mit Gegenansprüchen in Höhe von 10.206,53 DM auf, die er, wie er angibt, als Entgelt für seine Tätigkeit und als Aufwendungsersatz verlangen könne.

Die Klägerin ist der Ansicht, daß dem Beklagten keine solche Forderung zustehe, weil er sich im Hinblick auf das verwandtschaftliche Verhältnis zur unentgeltlichen Arbeit verpflichtet habe. Vorsorglich hat sie die Gegenansprüche nach Grund und Betrag bestritten.

Das Landgericht hat den Beklagten nach dem Klageantrage verurteilt. Das Oberlandesgericht hat dessen Gegenansprüche in Höhe von 758.- DM für begründet erachtet, seine Berufung jedoch im übrigen zurückgewiesen. Mit der Revision erstrebt der Beklagte die vollständige Klageabweisung. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht würdigt die Beweisaufnahme dahin, daß sich der Beklagte zur entschädigungslosen Tätigkeit verpflichtet habe. Die Klägerin habe ihm, wie das Oberlandesgericht darlegt, nur versprochen, daß sie ihm eine Darlehns-hypothek bis zur Höhe von 10.000.- DM gewähren werde, wenn es ihm gelingen sollte, die Gesamtfinanzierung entsprechend niedriger durchzuführen. Sie habe ihm daher nur die notwendigen Auslagen zu erstatten, die sich auf 785.- DM beliefen. Dagegen seien die von dem Beklagten wegen seines Verdienstauffalls und als Provision für die Geldbeschaffung erhobenen Ansprüche von 3.910,- und 3.090,- DM unbegründet.

Die Revision macht geltend, das Oberlandesgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO die angetretenen Beweise nicht erhoben und sei deswegen zu unrichtigen Ergebnissen gelangt. Diese Rüge ist zum Teil begründet.

I. Verdienstauffall:

Das Oberlandesgericht sagt nicht ausdrücklich, nach welchen rechtlichen Grundsätzen es die Beziehungen der Parteien beurteilt. Ersichtlich geht es aber davon aus, daß es sich um einen unter § 675 BGB fallenden Dienstvertrag handelte, bei dem das Entgelt in der unter gewissen Voraussetzungen zugesagten Darlehns-gewährung bestehen sollte. Das folgt sowohl aus den allgemeinen Darlegungen in dem Urteil, wie auch aus dem besonderen Hinweise auf die §§ 675, 670 BGB.

Gegen diese Würdigung bestehen keine rechtlichen Bedenken. Es ist auch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den Verdienstauffall nicht zu den gemäß § 670 BGB zu erstattenden Aufwendungen rechnet. Ob etwas anderes zu gelten hat, wenn Dienste zu leisten sind, die zu dem Beruf oder Gewerbe des Beauftragten gehören (vgl. u.a. RGZ 149,



121 (1247)), bedarf keiner Erörterung, weil ein solcher Fall hier nicht in Betracht kommt.

Der Beklagte hat nun aber einen Sachverhalt unter Beweis gestellt, aus dem eine nachträgliche abändernde Vereinbarung entnommen werden könnte. Er hat unter Zeugenbenennung behauptet, er habe die Klägerin vor Beendigung des Baues darauf aufmerksam gemacht, daß er durch seine Tätigkeit für sie zwei Vertretungen verloren habe und mit seiner Familie vor dem Nichts stehe; die Klägerin habe darauf erwidert, daß sie ihm selbstverständlich alle Ausfälle ersetzen wolle.

Das Oberlandesgericht hat diesen Beweis nicht erhoben, weil es die dahingehenden Behauptungen des Beklagten für unerheblich hält. Es ist der Ansicht, daß auch aus einer etwaigen nachträglichen Zusicherung der Klägerin, sie werde dem Beklagten alle Ausfälle erstatten, nicht gefolgert werden könne, daß sie ihn über den vereinbarten Rahmen hinaus für seine Arbeit habe entlohnen wollen; vielmehr müsse angenommen werden, daß sie sich lediglich habe verpflichtet wollen, dem Beklagten die notwendigen Aufwendungen zu ersetzen.

Die Revision macht mit Recht geltend, daß das Berufungsgericht mit diesen Erörterungen das Beweisangebot nicht erschöpft hat. Es hat zwar die Antwort der Klägerin als wahr unterstellt, hat aber den Zusammenhang außer acht gelassen, in dem ihre Worte gefallen sein sollen. Dadurch können diese einen anderen Sinn erhalten haben. Nach der Behauptung des Beklagten soll die Zusage gerade im Hinblick auf die von dem Beklagten zur Sprache gebrachten Verdienstaufälle erfolgt sein. Dann hätte das Berufungsgericht aber auch auf diese Hinweise eingehen müssen; denn bei deren Berücksichtigung konnte die etwaige Zusage einen anderen, weitergehenden

Inhalt haben als es das Oberlandesgericht angenommen hat. Das gilt umso mehr, als es nach dem Sprachgebrauch nicht sehr wahrscheinlich ist, daß mit dem Ausdruck "Ausfälle" nichts anderes als die in § 670 BGB erwähnten Aufwendungen gemeint waren.

Somit könnte, wenn das gesamte Vorbringen des Beklagten erwiesen würde, daraus tatsächlich geschlossen werden, daß sich die Klägerin bereit erklärt hat, dem Beklagten in Abänderung des ursprünglichen Vertrags seinen Verdienstaussfall zu erstatten. Das Urteil kann auf dem Fehler beruhen, so daß es in Höhe der insoweit von dem Beklagten geltend gemachten Forderung von 3.910,- DM aufgehoben werden muß. Gegen die Höhe könnten zwar schon im Hinblick darauf Bedenken bestehen, daß der Beklagte den Ausfall zunächst mit nur 750,- DM (Bl 10 d. A.), später mit 1.325,- DM (Bl 15) und schließlich mit 3.910,- DM (Bl 65) angegeben hat. Dem Revisionsgericht ist aber eine tatsächliche Würdigung in dieser Richtung versagt.

II. Dagegen ist die Revision im übrigen unbegründet.

1) Provision.

Der Beklagte hat behauptet, er habe die für den Bau erforderlichen Kredite beschafft; hierfür könne er eine Vermittlungsgebühr in Höhe von 3.090,- DM verlangen.

Das Berufungsgericht lehnt diesen Anspruch mit der Begründung ab, daß sich der Beklagte verpflichtet habe, ohne eigene Kostenberechnung tätig zu werden.

Gegen diese Würdigung bestehen keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere wird sie auch durch die Nichtbeachtung des unter I erwähnten Beweisantrages nicht berührt. Denn die dort erörterte Behauptung des Beklagten bezog sich ihrem

Wortlaut und Sinn nach nur auf den etwaigen Verdienstausfall. Würde sie erwiesen, so käme also als Folge nur eine Abänderung des Vertrages in diesem Punkte, nicht jedoch, wie die Revision meint, eine Kündigung sowie der Neuabschluß auf völlig anderer Grundlage in Betracht.

2) Unkosten.

Der Beklagte hat behauptet, daß er zur Durchführung der Bauaufsicht mit seinem Auto zahlreiche Fahrten zwischen seiner Wohnung und der Baustelle gemacht habe. Er hat als Ersatz hierfür 2.700,- DM verlangt. Das Oberlandesgericht hält diesen Betrag für erheblich übersetzt. Nach seiner Auffassung hätte es, zumal der Architekt C. [REDACTED] die Bauaufsicht gehabt habe, ausgereicht, wenn der Beklagte die Baustelle jeden zweiten Werktag einmal aufgesucht hätte. Der von dem Beklagten beanspruchte Satz von 0,25 DM je km sei zu hoch; denn einen Ersatz seiner allgemeinen Unkosten könne er nicht verlangen, weil er grundsätzlich unentgeltlich hätte tätig werden müssen. Das Berufungsgericht billigt ihm daher insoweit nur 500,- DM zu.

Die Revision wendet sich gegen die tatsächlichen Grundlagen dieser Schätzung und rügt die Verletzung des § 286 ZPO.

a) In erster Linie macht sie geltend, das Oberlandesgericht habe den Beweisantritt des Beklagten im Schriftsatz vom 10. Januar 1955 übergangen. Dort sei unter Zeugenbenennung vorgetragen worden, daß der Architekt C. [REDACTED] damals noch studiert habe, monatelang von Düsseldorf abwesend gewesen sei und in der Zwischenzeit nur kurz nach dem Bau gesehen habe. Es seien ferner Zeugen dafür benannt worden, daß sich der Beklagte jeden Tag vor- und nachmittag auf der Baustelle aufgehalten habe.

Die Rüge ist unbegründet. Es ist zwar richtig, daß der Tatrichter, bevor er von der Möglichkeit des § 287 Abs 2 ZPO Gebrauch macht, die Tatsachen, auf denen die Schätzung beruht, hinreichend zu ermitteln hat (RGZ 130, 108 [112]; BGHZ 3, 162 [175]). Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz ist jedoch nicht zu erkennen.

Gemäß § 670 BGB kann der Beauftragte Ersatz der Aufwendungen verlangen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Seinem persönlichen Ermessen wird danach ein gewisser Spielraum gewährt (vgl insoweit u.a. RGZ 149, 205 [207]). In jedem Fall hat er aber die ihm zuzumutende Sorgfalt aufzuwenden und muß jede Ausgabe unterlassen, die er als vermeidbar oder unnötig erkennen kann.

Das Oberlandesgericht ist zwar auf diese Rechtsgrundsätze nicht ausdrücklich eingegangen. Es hat sie aber ersichtlich im Auge, wenn es meint, es hätte genügt, daß sich die Beklagte jeden zweiten Werktag zur Baustelle begeben hätte. Hierbei hat es dessen Behauptung, C. habe die Baustelle nur recht selten aufgesucht, erkennbar weitgehend Rechnung getragen. Das ergibt sich schon daraus, daß es eine häufige Beaufsichtigung durch den Beklagten überhaupt für erforderlich erachtet hat. Wäre es davon ausgegangen, daß C. nur einigermaßen regelmäßig erschien, so hätte es nicht die Ansicht vertreten können, daß auch der Beklagte seine Anwesenheit an jedem zweiten Werktag für erforderlich halten durfte. Unter diesen Umständen brauchte es nicht mehr die in der gleichen Richtung liegenden, von dem Beklagten angetretenen Beweise zu erheben.

Ebensowenig brauchte es auf die von dem Beklagten unter Beweis gestellte Tatsache einzugehen, daß er in Wirklichkeit noch viel häufiger auf der Baustelle gewesen sei. Rechtlich erheblich war nur, ob er Anlaß hatte, eine solche häufige

Anwesenheit für notwendig zu halten. Das verneint das Berufungsgericht, ohne daß sich insoweit ein Rechtsirrtum erkennen läßt.

b) Die Revision bekämpft ferner die Annahme des Oberlandesgerichts, der Beklagte könne nicht den üblichen Satz von 0,25 DM je km verlangen, weil er grundsätzlich unentgeltlich habe tätig werden müssen. Sie meint, auch insoweit hätte der Beweisantritt dafür beachtet werden müssen, daß das Abkommen hinsichtlich der Unentgeltlichkeit später geändert worden sei.

Auch diese Rüge greift nicht durch. Der unter I bereits behandelte Beweisantritt über die nachträgliche Abmachung zwischen den Parteien bezog sich nur auf den etwaigen Verdienstausschlag. Auch wenn der von dem Beklagten insoweit behauptete Sachverhalt erwiesen würde, könnten sich somit keine Rückwirkungen hinsichtlich der von dem Beklagten für seine Fahrkosten aufgewendeten Beträge ergeben.

Das Rechtsmittel ist daher, da auch sonst kein Rechtsfehler zu erkennen ist, zurückzuweisen, soweit es sich gegen die Verurteilung in Höhe des den Verdienstausschlag übersteigenden Betrages richtet. Es erscheint angebracht, die

Kostenentscheidung in vollem Umfange dem Urteile des
Oberlandesgerichts vorzubehalten.

Glanzmann Heimann-Trosien Scheffler Erbel Rietschel