

Verkündet
am 28. Juni 1956

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

Versäumnisurteil!

In dem Rechtsstreit

der W[REDACTED]-Aktiengesellschaft Wa[REDACTED]-S[REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand, den Ministerialrat a.D.
August Sch[REDACTED] und Dr. Gerhard Wi[REDACTED] in S[REDACTED]-
L[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Gemeinde V[REDACTED], vertreten durch den Rat der Gemeinde,
Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter 2. Instanz: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]
[REDACTED] in [REDACTED],
[REDACTED] Str. [REDACTED] -

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 1956
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Canter
und der Bundesrichter Dr. Delbrück, Dr. Fischer, Artl und
Dr. Winkelmann

durch Versäumnisurteil

für Recht erkannt:

I. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom
22. Oktober 1953 aufgehoben.

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der
3. Zivilkammer des Landgerichts in Hildesheim vom 8. No-
vember 1951 aufgehoben. Der Klageanspruch wird dem
Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs und über die gesamten Kosten des Verfahrens wird der Rechtsstreit an das Landgericht in Hildesheim zurückverwiesen.

II. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Zusammenhang mit der Erweiterung der Reichswerke Wa[REDACTED]-S[REDACTED] auf das Gelände westlich der Stadt P[REDACTED], wo ein neuer Schacht angelegt wurde, ergab sich die Notwendigkeit der Errichtung einer Arbeitersiedlung im Gebiet der beklagten Gemeinde. Im Frühjahr 1939 begann die Klägerin, eine zur Durchführung der Siedlungsvorhaben gegründete Tochtergesellschaft der Reichswerke, mit dem Bau einer Siedlung für 240 Wohnungen. Die hierzu erforderlichen Aufschliessungsarbeiten, wie Anlegung von Straßen, Wasserleitungen, Klär- und Abwässerbeseitigungsanlagen, plante sie, vergab sie an Unternehmer und beaufsichtigte ihre Ausführung. Bis zum 31. Oktober 1942 führte die Klägerin die Planung und Bauleitung selbst aus. Vom 1. November 1942 an ging diese Tätigkeit auf die M[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH in L[REDACTED] über.

Die Klägerin hat behauptet, sie sei seit Beginn der Aufschliessungsarbeiten als Ingenieur der Beklagten tätig gewesen. Sie habe, da die Erschliessungsmaßnahmen die Mittel der Beklagten überstiegen und die auf die Anträge der Beklagten vom Reich gewährten Finanzierungshilfen nicht ausgereicht hätten, auch die Forderungen der Unternehmer beglichen. Die Kosten der Erschliessungsmaßnahmen hätten 258.920 RM betragen. Hiervon seien durch eine Finanzierungshilfe des Reichs 65.000 und durch Anliegerbeiträge 55.748,48 RM aufgebracht worden. Den im Verhältnis 10 : 1 auf Deutsche Mark umgestellten Rest von 138.172 RM hat die Klägerin auf Grund eines ihr von der Beklagten erteilten Auftrages, notfalls aus den Gesichtspunkten der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung, ersetzt verlangt. Hilfsweise hat die Klägerin die Abnahme der Erschliessungsmaßnahmen begehrt. Sie hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 13.817,20 RM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. Dezember 1950 zu zahlen,
2. hilfsweise die Beklagte zu verurteilen,



- a) die durch Vermittlung der Klägerin im Gebiet der Beklagten in den Jahren 1937 - 1942 im Zuge des Aufbaus der Siedlung erstellten Erschließungsmaßnahmen (Straßenbau, Entwässerungs-, Bewässerungsanlagen usw) abzunehmen,
- b) Zug um Zug gegen Abnahme der Anlagen an die Klägerin 13.817,20 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 18. Dezember 1950 zu zahlen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat die Zulässigkeit des Rechtswegs in Abrede gestellt, die Klageforderung nach Grund und Betrag bestritten und geltend gemacht, sie habe jede Beteiligung an den Kosten der Erschließung abgelehnt. Einen Auftrag zur Vornahme der damit zusammenhängenden Arbeiten habe sie der Klägerin nicht erteilt. Anträge auf Zahlung von Finanzierungshilfen habe sie erst auf Drängen der Reichswerke und nach wiederholter Zusicherung unterzeichnet, daß es sich nur um eine Formsache handle und der Gemeinde daraus keine geldlichen Verpflichtungen erwüchsen. Verträge, durch die der Beklagten Verbindlichkeiten entstünden, bedürften zudem der Schriftform. Die Errichtung der Siedlung habe nicht in ihrem, sondern ausschließlich im Interesse der Reichswerke gelegen. Sie habe die Anlagen auch nicht abgenommen, da sie sämtlich untauglich seien. Im übrigen sei die Klageforderung verjährt.

Die Klägerin hat erwidert, Trägerin der Aufschliessungsmaßnahmen sei allein die Beklagte. Diese habe mit den Anträgen zur Gewährung von Finanzierungshilfen sowie bei zahlreichen Verhandlungen und Besprechungen anerkannt, daß die Aufschliessung Sache der Beklagten und daß die Klägerin nur betreuender Ingenieur oder Architekt sei. Die Aufträge an die Unternehmer seien namens der Beklagten und in ihrem Einvernehmen erteilt worden. Die Beklagte habe sich über den Fortgang der Arbeiten unterrichtet, teilweise selbst Material dazu geliefert oder Einrichtungen bestellt. Sie habe drei Personen

zur Bedienung der Kläranlage eingestellt und die baldige Abnahme der Anlagen zugesagt. Unter diesen Umständen verstoße ihre Berufung auf die Formvorschrift des § 36 Abs 2 DGO 1935 gegen Treu und Glauben. Der Anspruch auf Erstattung der für die Beklagte verauslagten Beträge unterliege nicht der kurzen Verjährung.

Das Landgericht hat die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Es hält die Klageforderung für verjährt. Hiergegen richtet sich die Revision, mit der die Klägerin den Klageanspruch weiter verfolgt.

Im Verhandlungstermin am 28. Juni 1956 ist für die Beklagte niemand erschienen. Ausweislich der Akten ist die Ladung zu diesem Termin dem Prozeßbevollmächtigten zweiter Instanz der Beklagten, Rechtsanwalt Dr. H. [REDACTED] in C. [REDACTED], am 4. Mai 1956 zugestellt worden. Die Klägerin hat beantragt, gegen die Beklagte durch Versäumnisurteil zu erkennen.

Entscheidungsgründe:

I. Im Gegensatz zum Landgericht hat das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Rechtswegs bejaht. Es ist der Meinung, die Aufschließung des Siedlungsgeländes sei eine öffentliche Aufgabe der Beklagten. Die Anlegung von Straßen, die Zuführung von Wasser und Strom, die Einrichtung der Kanalisation usw. liege im öffentlichen Interesse und könne grundsätzlich nicht der privaten Initiative überlassen bleiben. Das ergebe sich nicht nur aus der tatsächlichen Handhabung in den Gemeinden, sondern sei auch gesetzlich festgelegt (z.B. in VII und VIII der Anlage A der 1. Ausführungsanweisung vom 10. Juli 1947 zum Niedersächsischen Gesetz zur vorläufigen Regelung einiger Punkte des Selbstverwaltungsrechts vom 28. Mai 1947 - Amtsbl 1947, 128 -). Auch bei den Siedlungsvorhaben der

Reichswerke habe sich an diesem Rechtszustand nichts geändert. Dem Umstand, daß kleine und leistungsschwache Landgemeinden zur Aufbringung der Kosten der Erschließungsmaßnahmen bei so großen Siedlungen nicht in der Lage gewesen wären, sei in den Runderlassen des Reichsarbeitsministers vom 17. Dezember 1938 - IV c 5 Nr 8101/248 -, 27. Juni 1941 - IV c 5 Nr 8101/48 - und 4. März 1942 - IV b 5 Nr 8101/93 - betr Finanzierungshilfe des Reichs zu den Aufschließungsarbeiten und Gemeinschaftseinrichtungen in Gemeinschaftssiedlungen Rechnung getragen. Diese Erlasse sähen unter Aufrechterhaltung des Grundsatzes, daß die Kosten der Erschließung von den Gemeinden zu tragen seien, die Gewährung von Zuschüssen in Gestalt der Finanzierungshilfen des Reichs vor. Die endgültige Verteilung der Kosten sei nach dem Erlaß vom 17. Dezember 1938 (Ziff 7) zwar vorbehalten. Für sie kämen aber außer den Gemeinden nur die Betriebe in Betracht, durch welche die Errichtung der Gemeinschaftssiedlung veranlaßt worden sei, ferner die Kreise, Zweckverbände, Versorgungsbetriebe usw, nicht aber die Siedlungsträger, weil diesen nur solche Leistungen aufzuerlegen seien, die sich im Rahmen einer tragbaren Belastung der Wohnungen hielten; weil die von der Klägerin zu den Kosten der Aufschließung zu leistenden Beiträge durch Beschluß des Regierungspräsidenten in Hildesheim vom 22. August 1939 festgesetzt worden seien und eine zusätzliche Belastung der Siedlungsträger auf Grund der endgültigen Kostenverteilung ausgeschlossen sei.

Diesen Ausführungen läßt sich aus Rechtsgründen nicht entgegentreten. Sind aber die Kosten der Erschließung - vorbehaltlich der endgültigen Lastenverteilung - von der beklagten Gemeinde zu tragen, und gehört die Klägerin als Trägerin der Siedlung nicht zu dem Personenkreis, dem die Kosten der Erschließungsmaßnahmen zur Last fallen, oder der zu mehr als den bereits festgesetzten Beiträgen daran zu beteiligen ist, so beruht der Klageanspruch nicht auf einem öffentlichen

Rechte- und Pflichtenverhältnis. Die Klageforderung läßt sich nur auf ein vertragliches oder gesetzliches Privatverhältnis stützen. Damit aber ist für die Klage auf Erstattung der von der Klägerin behaupteten Auslagen der ordentliche Rechtsweg gegeben.

II. Das Berufungsgericht sucht zunächst die Wirksamkeit und den rechtlichen Charakter der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen festzustellen.

1. Es geht davon aus, daß die Beklagte die Klägerin zwar mit der Aufschließung des Siedlungsgeländes beauftragt, jedoch mit ihr keine schriftliche Vereinbarung über ihre Tätigkeit getroffen habe. Die Unterzeichnung der Anträge auf Gewährung von Finanzierungshilfen habe die nach § 36 Abs 2 Satz 1 DGO 1935 erforderliche Schriftform nicht ersetzen können. Es lägen ferner keine schriftlichen Einzelanweisungen der Beklagten vor, die eine Bindung in dem von der Klägerin behaupteten Sinne erkennen liessen. Auch daß der Landrat des Kreises Peine oder der Regierungspräsident in Hildesheim die Klägerin im Auftrage der Beklagten zu den von ihr bewirkten Leistungen oder Auslagen veranlaßt hätten, verneint das Berufungsgericht. Gleichwohl ist es der Auffassung, daß die Beklagte sich der Klägerin gegenüber nicht auf die fehlende Schriftform berufen könne, weil die näheren Umstände ergäben, daß die Tätigkeit der Klägerin mit Wissen und Billigung des vertretungsberechtigten Organs der Beklagten aufgenommen und jahrelang fortgesetzt worden sei und weil der Einwand, eine etwaige Vereinbarung sei wegen Formverstosses unwirksam, im Hinblick auf das Gesamtverhalten der Beklagten und ihres Bürgermeisters bei der Durchführung der Erschließungsmaßnahmen gegen Treu und Glauben und gegen das Rechtsempfinden verstosse und deshalb unbeachtlich sei.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, gegenüber dem Hin-

weis auf die fehlende Schriftform des § 36 Abs 2 Satz 1 DGO sei unter besonderen Voraussetzungen der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegeben, ist jedenfalls dann beizutreten, wenn die von der Gemeinde geltend gemachte Unwirksamkeit eines Vertrages auf einer bloßen Formverletzung beruht. Wie der erkennende Senat wiederholt entschieden hat (Urteile vom 20. Januar 1954 - II ZR 155/52 - und - für den hier gleichliegenden Fall des § 37 Abs 2 Satz 1 rev DGO - vom 21. Juni 1956 - II ZR 188/55 -), kann der Hinweis einer öffentlichrechtlichen Körperschaft auf die Unwirksamkeit vertraglicher Abreden wegen fehlender Schriftform mit Rücksicht auf die Grundsätze von Treu und Glauben unbeachtlich sein, sofern weder die öffentlichrechtliche Zuständigkeitsregelung noch die Bestimmungen über die Vertretung der Gemeinden, sondern lediglich die für die Form der Eingehung von Verbindlichkeiten getroffenen Anordnungen verletzt sind. Sinn und Zweck der in § 36 Abs 2 Satz 1 DGO vorgesehenen Form ist es, die öffentliche Hand vor unbedachtsamen und übereilten Handlungen ihrer Vertretungsorgane zu schützen und alle Verpflichtungen nach Gegenstand und Umfang für sie klarzustellen (Wild NJW 1955, 694). In dieser Hinsicht besteht kein Unterschied zu dem in anderen Formvorschriften, z.B. dem § 313 BGB, verfolgten Gesetzeszweck. Hier wie dort muß es dem Geschäftsgegner unter Umständen erlaubt sein, der Berufung auf die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften mangels Einhaltung der vorgeschriebenen Form mit dem auf § 242 BGB beruhenden Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu begegnen. Das Berufungsgericht hat nach einer eingehenden, rechtlich einwandfreien Würdigung des Parteivorbringens, der Beweisaufnahme, der von den Parteien beigebrachten schriftlichen Unterlagen, der Verlautbarungen der beteiligten Behörden sowie der Aktenvermerke über Besprechungen und Verhandlungen zwischen den an den Aufschließungsmaßnahmen Beteiligten festgestellt, die Beklagte habe bei der Klägerin den berechtigten Eindruck entstehen lassen, daß sie die Tätigkeit der Klägerin billige und daß sie mit den zur Erschließung des Siedlungsgeländes getroffenen Maßnahmen der

Klägerin einverstanden sei. Der Bürgermeister der Beklagten habe den Fortgang der Aufschließungsarbeiten durch häufige Besichtigungen verfolgt, ihre Ausführung zum Teil beanstandet, sie durch Materiallieferung unterstützt und Anträge auf Gewährung von Finanzierungshilfen gestellt. Er habe die auf Veranlassung der Klägerin hergestellten und durch ihre Zuschüsse ermöglichten Erschließungsanlagen in Betrieb genommen und genutzt. Bei dieser Sachlage läßt sich die Auffassung des Berufungsgerichts, der Hinweis der Beklagten auf die Formvorschrift des § 36 Abs 2 DGO sei rechtsmißbräuchlich, die Beklagte müsse sich nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als sei ein bindender Vertrag über die Mitwirkung der Klägerin bei der Aufschliessung des Siedlungsgeländes geschlossen worden, nicht beanstanden.

2. Das Berufungsgericht meint, das rechtliche Verhältnis zwischen den Parteien könne nur im Zusammenhang mit den Rechtsbeziehungen der Beklagten zu der M[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH beurteilt werden. Denn die Klägerin habe bis zum 31. Oktober 1942 für die Beklagte nicht nur Kosten verauslagt, sondern auch die - später von der M[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH übernommene - Planung und Bauleitung vorgenommen. Diese aber verlange eine Vergütung für die von der Klägerin und ihr geleisteten Planungs-, Vermessungs- und Überwachungsleistungen. Der Vertrag zwischen den Parteien sei gemischter Natur. Er umfasse einmal die Planung und Bauleitung und enthalte insofern die Elemente eines Dienst- oder eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages, sodann aber auch die Beauftragung von Unternehmungen und die vorläufige Verauslagung der dadurch entstandenen Kosten. Die Klägerin habe damit als Kaufmann (§ 6 HGB, § 3 AktG) die Ausführung von Arbeiten und die Besorgung fremder Geschäfte übernommen. Die hieraus erwachsenen Ansprüche unterlägen der zweijährigen Verjährung des § 196 Abs 1 Nr 1 BGB.

Dem tritt die Revision entgegen. Sie ist der Ansicht,

die an die M[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH abgetretene Forderung sei nur ein intern berechneter Betrag für die vom Tiefbaubüro der Klägerin geleistete Arbeit. Der Umfang der von der Klägerin für die Beklagte entfalteten Tätigkeit zeige, daß die in Ansatz gebrachte Summe über den Charakter tatsächlicher Aufwendungen nicht hinausgegangen sei. Die Hauptaufgabe der Klägerin sei nicht ihre Tätigkeit als Ingenieur der Beklagten, sondern der Aufbau der Siedlung gewesen. Um diese fertigzustellen, habe die Klägerin die Kosten der Aufschließung teilweise vorgeschossen. Zur Verauslagung dieser Kosten habe im Rahmen des Ingenieurvertrages keine Veranlassung bestanden. Vielmehr habe die Klägerin insoweit als Geschäftsführer ohne Auftrag gehandelt. Wollte man aber mit dem Berufungsgericht einen einheitlichen, entgeltlichen Vertrag annehmen, so handle es sich nicht um einen Dienst-, sondern um einen Werkvertrag. In diesem Falle habe die Verjährung noch nicht zu laufen begonnen, weil die Beklagte das Werk bisher nicht abgenommen habe (§ 196 Abs 1 Nr 1 in Verbindung mit § 641 BGB).

In der Beurteilung des für die Frage der Verjährung maßgebenden Rechtscharakters der zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden. Die Klägerin verlangt - im Unterschied zu der M[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH in dem Parallelprozeß 3.0.58/51 des Landgerichts in Hildesheim - im wesentlichen den Ersatz der Aufwendungen, die sie durch Bezahlung der Unternehmer für deren Arbeiten an der Aufschließung des Siedlungsgeländes gemacht hat. Inwiefern diese Aufwendungen mit dem zwischen den Parteien als vereinbart geltenden Ingenieurvertrag so eng zusammenhängen, daß sie rechtlich ebenso zu behandeln seien wie die von der Klägerin und der M[REDACTED]-B[REDACTED] GmbH zur Erschließung geleisteten eigenen Arbeiten, hat das Berufungsgericht nicht weiter ausgeführt. Die Ansicht des Berufungsgerichts, es handle sich um einen einheitlich zu bewertenden Vertrag, widerspricht auch der Lebenserfahrung wie der

Interessenlage. Es ist ganz ungewöhnlich, daß der bauleitende Ingenieur oder Architekt die Baukosten für den Bauherrn vorschießt. Im allgemeinen ist die Finanzierung eines Bauvorhabens Sache des Bauherrn. Die Tätigkeit des Architekten beschränkt sich vorwiegend auf die technische und geschäftliche Seite der Planung und Bauleitung. Der wirkliche Grund für die teilweise Bezahlung der Unternehmer durch die Klägerin liegt vielmehr in der Interessenlage. Die Klägerin ist auf Veranlassung der Reichswerke eigens zum Zwecke des Baues neuer Arbeiter- und Angestelltenwohnungen ins Leben gerufen worden. Als solche war sie daran interessiert, die für die Durchführung des Vierjahresplans und der Aufrüstung erforderliche Erweiterung der Industrieanlagen der Reichswerke durch Errichtung neuer Siedlungen möglichst tatkräftig zu unterstützen. Es lag ihr daran, die mit dem Siedlungsbau notwendig verbundenen Erschliessungsarbeiten nicht dadurch ins Stocken geraten zu lassen, daß die an sich hierzu verpflichteten Gemeinden keine ausreichenden Mittel besaßen oder die Gewährung von Finanzierungshilfen des Reichs sich infolge der Beteiligung zahlreicher Behörden verzögerte. Der Anlaß für die Verauslagung der Unternehmerkosten durch die Klägerin war also nicht der mit der Beklagten vereinbarte Ingenieurvertrag, sondern ihre Tätigkeit als Siedlungsunternehmen der Reichswerke. Das Interesse der Klägerin an der Durchführung der Erschließungsmaßnahmen, um die von ihr geschaffene Siedlung möglichst bald beziehbar zu machen, hätte auch dann bestanden, wenn die Erschließung nicht von der Klägerin, sondern von einem Dritten geplant und geleitet worden wäre. Die Klägerin hat ja auch noch unstreitig Zahlungen an die Unternehmer geleistet, nachdem die Bauleitung bereits auf die Montanblock-Baustab GmbH übergegangen war.

Hieraus folgt, daß die Bezahlung der Unternehmerkosten durch die Klägerin unabhängig von dem Auftrage geschah, die Erschließungsmaßnahmen als Ingenieur der Beklagten zu leiten

und zu überwachen und daß zwischen der Betrauung mit dieser Tätigkeit und der Verauslagung der Unternehmerkosten wohl ein tatsächlicher, jedenfalls aber kein rechtlicher Zusammenhang besteht. Der Ansicht des Berufungsgerichts, das Rechtsverhältnis der Beklagten zu der Klägerin und der M-B GmbH könne nur einheitlich betrachtet werden, die Vereinbarung zwischen den Parteien sei ein gemischter Vertrag eigener Art, kann somit nicht gefolgt werden. Bei vollständiger Würdigung der Zusammenhänge ergibt sich vielmehr, daß die Tätigkeit der Klägerin für die Beklagte auf zwei verschiedenen Rechtsgründen beruht. Einmal erforderte die Eigenart und Größe der geplanten Siedlung angesichts des Fehlens von Fachkräften bei der Beklagten für die dieser obliegende Erschließung eine fachkundige Beratung. Da die der Beklagten vorgesetzten Dienststellen hierzu anfänglich nicht geneigt waren, die Reichswerke aber auf eine schnelle Durchführung der Baupläne drängten, wurde im Einvernehmen mit den beteiligten Behörden der Klägerin gemäß Ziffer 11 des Runderlasses des Reichsarbeitsministers vom 17. Dezember 1938 die Planung und Durchführung der Erschließungsarbeiten übertragen (vgl. auch RdErl vom 4. März 1942 Ziffer 3). Davon unabhängig aber übernahm es die Klägerin, damit die Siedlung möglichst bald bezogen werden konnte, die Unternehmer wegen ihrer Forderungen anstelle der Beklagten zu befriedigen, weil diese für die Bezahlung der Erschließungsarbeiten keine genügenden Mittel hatte und die beim Reich beantragte Finanzierungshilfe nicht schnell genug ausgezahlt wurde.

III. Bei dieser Sachlage kann der Auffassung des Berufungsgerichts, der Geltendmachung des Klageanspruchs stehe die Einrede der Verjährung entgegen, nicht gefolgt werden.

1. Die Ansprüche der Klägerin auf Erstattung ihrer Auslagen für die Erschließungsarbeiten einschließlich der mit 1 % berechneten anteiligen Unkosten sind nicht verjährt.

Dieser Teil der Klageforderung kann mit dem Anspruch aus dem Ingenieurvertrage rechtlich nicht gleich behandelt werden. Es bedarf in dieser Hinsicht keiner näheren Prüfung, ob der Anspruch der Klägerin auf Ersatz der Auslagen auf einem Auftrag, der eine Geschäftsbesorgung enthält (§§ 670, 675), oder auf einer Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683, 679 BGB) beruht. In jedem Falle finden die Vorschriften über die kurzen Verjährungsfristen auf dieses Rechtsverhältnis keine Anwendung. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, daß die Ansprüche der Unternehmer, wenn sie unmittelbar gegen sie erhoben worden wären, verjährt gewesen wären; denn die Klägerin macht keine Ansprüche der Unternehmer geltend, sondern der Erstattungsanspruch ist in ihrer Person entstanden, da sie eine unverjährte Schuld der Beklagten gegenüber den Unternehmern getilgt hat. Er verjährt daher, gleichgültig, ob das Vorliegen eines Auftrags oder einer Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen ist, erst in 30 Jahren (§ 195 BGB; ebenso Erman, Kom z BGB Anm 3 b; Palandt 14. Aufl Anm 1 zu § 196; RGZ 86, 97 f).

2. Soweit die Klageforderung in einer Vergütung der Vermessungskosten der Klägerin nebst anteiligen Auslagen besteht - nach der Abrechnung der M [REDACTED] - B [REDACTED] GmbH vom 24. Januar 1949 sind das 1.240,73 RM -, ist sie rechtlich anders zu behandeln. Die Übernahme der Planungs- und Vermessungsarbeiten stellt nach überwiegender und zutreffender Auffassung (RGZ 86, 77; RG JW 1934, 2762 Nr 2; Palandt 14. Aufl Einf vor § 611 BGB Anm 6; RGRK BGB 10. Aufl Vorbem IV 2 zu § 611; aA Staudinger-Kober 10. Aufl Vorbem 20 (S 1375) vor § 631 BGB) einen Dienstvertrag dar, weil der Schwerpunkt der Tätigkeit als planender und bauleitender Ingenieur in der Arbeitsleistung als solcher, nicht in dem durch die Arbeit herbeigeführten Erfolg besteht. Der Annahme eines Dienstvertrages steht auch Ziffer 11 des Runderlasses des Reichsarbeitsministers vom 17. Dezember 1938 nicht entgegen, wie die Revision meint. Die dortige Nebeneinanderstellung des übergeordneten

Gemeindeverbandes mit dem Verfahrensträger, der die Siedlung betreut, bezieht sich nicht auf die Klägerin, sondern auf die Reichswerke, die sich der Klägerin nur zum Bau der Siedlung bedient hatten (vgl. auch den Antrag der Beklagten auf Gewährung einer Finanzierungshilfe vom 16. August 1943). Liegt aber in der Betrauung mit der Planung und Vermessung der Aufschließungsarbeiten ein Dienstvertrag, so verjähren die hieraus erwachsenden Ansprüche der Klägerin, die nach § 6 Abs 1 HGB in Verbindung mit § 3 AktG Kaufmann ist, gemäß § 196 Abs 1 Nr 1 BGB an sich in zwei Jahren.

Gleichwohl kann sich die Beklagte auch insoweit nicht auf eine Verjährung der Klageforderung berufen. Nach der von der Klägerin in Bezug genommenen Abrechnung der M- B- GmbH vom 24. Januar 1949 betrug die Gesamtforderung der Klägerin 258.920,01 RM. Hierauf sind auf Grund des ersten Finanzierungshilfe-Antrags der Klägerin seitens des Reichs 65.000 RM gezahlt, ferner sind durch Anliegerbeiträge weitere 55.748,48 RM aufgebracht worden. Um diese Zahlungen haben sich die ursprünglichen Forderungen der Klägerin verringert. Da aber bei der Zahlung von keiner Seite eine Bestimmung darüber getroffen worden ist, welche der Klageforderungen damit getilgt werden sollte, ist für das Erlöschen dieser Ansprüche die Vorschrift des § 366 Abs 2 BGB maßgebend. Danach wird durch eine zur Begleichung aller Schulden nicht ausreichende Zahlung zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen aber diejenige Schuld getilgt, die dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet. Ob von den Forderungen der Klägerin bei Eingang der Zahlungen die eine oder die andere oder beide fällig gewesen sind, läßt sich aus dem Parteivorbringen nicht feststellen. Dagegen muß die Forderung auf Zahlung der Vermessungskosten nebst anteiligen Auslagen für die Klägerin als weniger sicher angesprochen werden, da sie nach § 196 Abs 1 Nr 1 BGB in zwei Jahren seit dem Ende des Jahres ihrer Entstehung verjährte (§§ 198, 201 BGB), ihre Verjährung also

bei Eingang der zur Tilgung aller Verbindlichkeiten der Beklagten nicht ausreichenden Zahlungen bevorstand (Planck-Siber 4. Aufl Bem 4 b; Staudinger-Werner 9. Aufl Bem II 2 b zu § 366 BGB). Die Ansprüche der Klägerin und damit auch ihr Vergütungsanspruch hinsichtlich der Vermessungskosten sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts spätestens im Jahre 1944 entstanden. Der Vergütungsanspruch ist daher vor Eintritt seiner Verjährung durch die für die Beklagte geleisteten Zahlungen getilgt worden.

Hiernach unterliegt der Klageanspruch im Gegensatz zu der Auffassung des Berufungsgerichts nicht der Verjährung. Diese Feststellung führt zur Aufhebung des angefochtenen sowie des die Klage ebenfalls abweisenden landgerichtlichen Urteils.

IV. Da die Beklagte den Klageanspruch auch der Höhe nach bestritten hat, konnte über die geltend gemachte Forderung noch nicht abschließend entschieden werden. Der Klageanspruch war vielmehr vorerst dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Zur Verhandlung und Entscheidung über den Betrag des Anspruchs war der Rechtsstreit zurückzuverweisen, und zwar gemäß den §§ 565 Abs 1 Satz 1, 538 Abs 1 Nr 3 ZPO an das Landgericht in Hildesheim (vgl auch Rosenberg, Lehrb 6. Aufl § 143 II 1 a). Diesem war auch, da die Endentscheidung noch nicht feststeht, die Entscheidung über die bisher entstandenen Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten der Revision vorzubehalten.

Mit dieser Maßgabe war dem Antrage der Klägerin auf Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die Beklagte stattzugeben, da die Beklagte trotz ordnungsmäßiger und rechtzeitiger

Ladung zum Verhandlungstermin am 28. Juni 1956 nicht erschienen ist (§§ 557, 331 Abs 2 ZPO).

Dr.Canter Dr.Delbrück Dr.Fischer Artl Dr.Winkelmann