

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**

VII ZR 103/64

URTEIL

Verkündet am
31. Januar 1966
Horn
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Herbert L [REDACTED],
O [REDACTED], A [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Fabrikanten Dr. Erich K [REDACTED],
Bad N [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Januar 1966 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann sowie der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 7. März 1963 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte erteilte im Jahre 1955 dem Kläger den Auftrag, für ihn in Bad N [REDACTED] ein Wohnhaus schlüsselfertig zu errichten. In dem ursprünglichen Angebot des Klägers waren die Kosten mit 35.000,-- DM angegeben. Infolge weiterer Vereinbarungen erhöhte sich die Bausumme mehrfach. Am 4. Juni 1956 verbot der Beklagte dem Kläger das weitere Betreten der Baustelle.

Der Kläger hat in einem früheren Rechtsstreit einen Teilbetrag von 15.000,-- DM der ihm angeblich aus seinen Leistungen für den Hausbau des Beklagten noch zustehenden Ansprüche geltend gemacht, ist aber rechtskräftig abgewiesen worden.

- 3 -

Im vorliegenden durch Antrag auf Erlaß eines Zahlungsbefehls am 31. Dezember 1960 eingeleiteten Rechtsstreit hat der Kläger vorgetragen: Er sei für den Beklagten als Generalunternehmer tätig geworden, dieser habe ihm auch die Fertigung der Baupläne, ferner die Inneneinrichtung und sonstige Holzarbeiten im Hause übertragen und in der Zeit von Januar bis Oktober 1956 Holzlieferungen und Holzarbeiten für insgesamt 61.065,-- DM von ihm aus seiner Tischlerwerkstatt in Stadt R[REDACTED] entgegengenommen.

Der Kläger hat hieraus einen Teilbetrag von 6.100,-- DM mit Zinsen geltend gemacht, den er gemäß der Gesamtaufstellung vom 3. September 1962 und seinem Schriftsatz vom 14. September 1962 auf einzelne ihm nach seiner Behauptung zustehende Ansprüche verteilt hat.

Der Beklagte hat geltend gemacht: Er habe die Holzlieferungen und Holzarbeiten nicht dem Kläger, sondern dem Tischlermeister Kr[REDACTED] übertragen. Vom Kläger habe er seit Ende Mai 1956 kein Holz mehr bezogen. Der Klageanspruch sei im übrigen verjährt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Parteien streiten in erster Linie darüber, ob der Beklagte den Auftrag zur Innenausstattung des Hauses dem Kläger oder dem Tischlermeister Kr[REDACTED] erteilt hat.



Mit Recht rügt die Revision die Nichterhebung vom Kläger hierzu angetretener Beweise.

1) Der Kläger hat in der Berufungsbegründung Seite 11 (GA 200) unter Beweis gestellt, Kr[REDACTED] habe dem Beklagten ausdrücklich erklärt, alles was er tue, tue er im Namen des Klägers und für diesen. Das Berufungsgericht hat diesen Antrag mit rechtlich nicht haltbarer Begründung als unerheblich angesehen (BU 15).

Es bedurfte keiner Erklärung des Klägers, warum die als Zeugin benannte Ehefrau Kr[REDACTED] von der Äußerung ihres Mannes Kenntnis habe. Der Kläger brauchte auch nicht unbedingt anzugeben, wann Kr[REDACTED] diese Äußerung getan haben soll. Den Umständen nach konnte nicht zweifelhaft sein, daß Kr[REDACTED] sich nach der Behauptung des Klägers in diesem Sinne zu der Zeit geäußert haben soll, als er die Arbeiten im Hause des Beklagten übernahm.

Auch die Meinung des Berufungsgerichts, selbst wenn Kr[REDACTED] eine derartige Erklärung gegenüber dem Beklagten abgegeben habe, sei damit noch nicht dargetan, daß die vom Beklagten vorgelegten schriftlichen Erklärungen Kr[REDACTED] auch im Namen des Klägers abgegeben seien, ist rechtlich nicht zu billigen. Wollte Kr[REDACTED] alle Arbeiten für den Beklagten im Namen des Klägers ausführen, so drängt sich der Schluß auf, daß er auch schriftliche Erklärungen gegenüber dem Beklagten im Namen des Klägers abgegeben hat. Das brauchte aus diesen nicht in jedem Falle ausdrücklich hervorzugehen, wenn er es dem Beklagten mündlich eindeutig zum Ausdruck gebracht hatte. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, daß der Beklagte behauptet hat, der Kläger habe

ihn gebeten, Kr[REDACTED] als selbständigem Meister die Holzarbeiten zu übertragen, da er - der Kläger - infolge gegen ihn ausgebrachter Pfändungen an der Übernahme weiterer Aufträge nicht interessiert sei. Es ist hiernach möglich, daß die Parteien übereinstimmend Kr[REDACTED] nur zum Schein einschalten wollten.

Das Berufungsgericht hat auch nicht etwa dargelegt, daß die Vernehmung der Ehefrau Kr[REDACTED] ein ganz untaugliches Beweismittel darstelle. Wenn es ausgeführt hat, aus einem Schreiben der Frau an den Beklagten sei zu erkennen, daß diese selbst von einem selbständigen Auftragsverhältnis zwischen dem Beklagten und ihrem Mann ausgegangen sei, so liegt darin eine unzulässige Vorwegwürdigung der beantragten Beweisaufnahme.

2) Der Kläger hat ferner unter Beweis gestellt, er habe alles für die Innenausstattung des Hauses des Beklagten benötigte Holz auf seinen Namen eingekauft, die Arbeiten seien in der von ihm gepachteten Tischlerei von seinen von ihm entlohten Angestellten Kr[REDACTED], He[REDACTED] und B[REDACTED] ausgeführt worden, diese Verhältnisse seien dem Beklagten immer bekannt gewesen.

Auch diesem Beweiserbieten hätte das Berufungsgericht entsprechen müssen. Es durfte sich nicht ohne weiteres auf den Standpunkt stellen, selbst wenn dem Beklagten diese Verhältnisse bekannt gewesen seien, werde damit weder dargetan, daß er dem Kläger die Innenausstattung übertragen habe, noch werde dadurch widerlegt, daß er Kr[REDACTED] damit beauftragt habe. Dieser Vortrag war jedenfalls zusammen mit dem unter a) erörterten geeignet, die Sachdarstellung des Klägers zu bestätigen.

3) Auch die Vereinbarung der Parteien vom 24. Mai 1956, wonach die restlichen Ansprüche des Klägers mit einer Zahlung von 8.800,-- DM abgegolten werden sollten, braucht einem Erfolg der Klage nicht entgegenzustehen. Das Berufungsgericht weist selbst darauf hin (BU 18), der Beklagte habe in seinem Schreiben vom 17. Mai 1956 hervorgehoben, die mit Kr. [REDACTED] vereinbarten Lieferungen und Leistungen seien in den dem Kläger bisher geleisteten Zahlungen nicht enthalten. Ist Kr. [REDACTED] aber im Namen des Klägers und für diesen aufgetreten, so konnten sich aus seinen Arbeiten weitere Ansprüche des Klägers ergeben. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts (BU 19) ist nicht vereinbar mit seinem vorerwähnten Hinweis auf das Schreiben des Beklagten vom 17. Mai 1956.

4) Mit Recht rügt die Revision auch, daß der Zeuge C. [REDACTED] nicht vernommen worden ist. Dieser soll mit angehört haben, daß der Beklagte im Laufe der Besprechung am 24. Mai 1956 dem Kläger weitere Aufträge, insbesondere die Holzlieferungen und Holzarbeiten für die Inneneinrichtung, übertragen habe, worüber später gesondert abgerechnet werden sollte.

Das Berufungsgericht meint, wenn man die Behauptungen, zu denen C. [REDACTED] gehört werden solle, als richtig unterstelle, könne daraus nur geschlossen werden, daß der Beklagte dem Kläger weitere Aufträge in Aussicht gestellt, nicht aber, daß es sich um eine für den Bestand der Vereinbarung vom 24. Mai 1956 bedeutsame Zusicherung oder Bedingung gehandelt habe. Damit wird es dem Sachvortrag des Klägers nicht gerecht. Dieser ist dahin zu verstehen, daß der Beklagte eine verbindliche Zusage gegeben habe, deren Wirksamkeit auch nicht von

der vorgesehenen schriftlichen Festlegung abhängen sollte. Es liegt auch insoweit eine unzulässige Vorwegwürdigung einer beantragten Beweisaufnahme vor.

5) Das angefochtene Urteil ist hiernach aufzuheben, ohne daß es noch weiterer Erörterungen bedarf.

Bei der Zurückverweisung der Sache hat der Senat von der Vorschrift des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Sollte sich ergeben, daß der Beklagte dem Kläger oder Kr[REDACTED] mit Wirkung für den Kläger die Innenausstattung übertragen hat, so genügen die Ausführungen im angefochtenen Urteil (BU 6, 7) auch nicht, um Ansprüche des Klägers für die Zeit nach dem 4. Juni 1956 zu verneinen. Das Berufungsgericht hat es dahingestellt sein lassen, ob die an diesem Tag erfolgte Kündigung der vertraglichen Beziehungen durch den Kläger gerechtfertigt gewesen sei oder nicht. Dabei hat es die Vorschrift des § 649 BGB übersehen. Danach kann der Unternehmer nach einer Kündigung des Bestellers grundsätzlich die vereinbarte Vergütung verlangen, es sei denn, daß der Besteller wegen eines Verhaltens des Unternehmers gekündigt hat, das den Vertragszweck gefährdete (BGHZ 31, 224, 229 und ständige Rechtsprechung des erkennenden Senats). Diese Voraussetzung darzutun und zu beweisen, wäre Sache des Beklagten.

Abgesehen davon wird, sofern erwiesen werden sollte, daß Kr[REDACTED] für den Kläger aufgetreten ist, die Sach- und Rechtslage, die sich nach dem 4. Juni 1956 ergeben hat, nochmals zu überprüfen sein, insbesondere nach der Richtung, ob die weitere Hinnahme der Arbeiten Kr[REDACTED] durch den Beklagten dahin zu würdigen sein könnte, daß dieser insoweit die vertraglichen Beziehungen zum Kläger aufrechterhalten hat.

II.

Das angefochtene Urteil kann auch nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, daß die Klageforderung verjährt wäre. Das Berufungsgericht hat sich mit dieser Frage nicht befaßt; es fehlt daher insoweit an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen. Dazu genügen auch nicht die Ausführungen in dem Schlußurteil des Oberlandesgerichts vom 18. Februar 1965 in dem anderen Rechtsstreit der Parteien, abgesehen davon, daß dort neu getroffene tatsächliche Feststellungen hier nicht ohne weiteres verwendet werden können.

1) Es bedarf noch der weiteren Prüfung, ob der Kläger, wie es zur Anwendung des § 196 Abs. 1 BGB, insbesondere der Nummern 1 und 7 erforderlich ist, damals einen Gewerbebetrieb geführt hat. Unter einem Gewerbebetrieb ist jeder auf Erzielung dauernder Einnahmen gerichtete berufsmäßige Geschäftsbetrieb zu verstehen (LM Nr. 9 zu § 196 BGB).

Der Kläger bezeichnet sich als Ingenieur. Obwohl ihm nach seiner Behauptung vom Beklagten auch die Aufgaben eines Architekten übertragen worden sind, hat er keine Architekturausbildung erhalten, sondern nach der Feststellung in dem Urteil vom 18. Februar 1965 Abschlußprüfungen in Maschinenbau, Elektrotechnik und Statik abgeleistet.

Ungeklärt ist, ob er in der hier in Betracht kommenden Zeit selbständiger Gewerbetreibender war, wofür seine Ausführungen in der seinem Schriftsatz vom 18. Januar 1961 beigelegten eidesstattlichen Versicherung sprechen könnten, oder ob er sich, abgesehen vom Bau von zwei eigenen Häusern

und eines Hauses für die Schwiegereltern, auf dem Bausektor damals etwa nur als Angestellter betätigt hat. (vgl. dazu seine Ausführungen im Schriftsatz vom 15. Januar 1960 in den Akten 1 U 117/59 S. 105 und andererseits die Angaben in seinem Schriftsatz vom 13. April 1964 S. 9 und 10 im Revisions-Armenrechtsverfahren).

Das Berufungsgericht wird die erforderlichen weiteren Feststellungen zu treffen und danach diese Frage zu entscheiden haben.

2) Sofern es die Frage bejahen sollte, wird weiter zu prüfen sein, ob die Ansprüche des³ Klägers unter die kurze Verjährung nach § 196 Abs. 1 BGB fallen.

Das Oberlandesgericht hat im Urteil vom 18. Februar 1965 angenommen, daß der Kläger handwerkliche Arbeiten im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 geleistet habe. Dieser hat jedoch geltend gemacht, er habe als "Generalunternehmer" die Bauarbeiten am Hause des Beklagten jedenfalls zum größten Teil an selbständige Unternehmer vergeben. Es ist zweifelhaft, ob er unter solchen Umständen auch bei Berücksichtigung der Grundsätze, die der erkennende Senat in dem Urteil vom 2. Mai 1963, BGHZ 39, 255 aufgestellt hat, als Handwerker im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 angesehen werden könnte, und zwar insbesondere deshalb, weil es dann an einem von dem Kläger geführten handwerklichen Betriebe fehlen würde.

Es braucht aber darauf nicht näher eingegangen zu werden. Hatte der Kläger beim Hausbau des Beklagten die von ihm behauptete Stellung eines "Generalunternehmers", so handelt es

sich bei dem Vertragsverhältnis der Parteien im wesentlichen um eine Geschäftsbesorgung, worunter eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zu verstehen ist, die für einen anderen und in dessen Interesse ausgeübt wird (vgl. dazu RG in HRR 1931, Nr. 2032 und BGH in BB 1959 S. 134). In diesem Falle wird der § 196 Abs. 1 Nr. 7 anwendbar sein. Die im allgemeinen von einem Architekten wahrgenommenen Aufgaben des Klägers beim Hausbau des Beklagten treten nach seiner eigenen Darstellung hinter seiner Geschäftsbesorgungstätigkeit stark zurück; es wird ihnen daher bei der verjährungsrechtlichen Beurteilung keine Bedeutung zukommen. Bei Mischverträgen ist auch die Verjährung nach den Leistungen zu beurteilen, die bei weitem überwiegen und dem Vertragsverhältnis seine charakteristische Note geben.

Andererseits bestehen Anhaltspunkte dafür, daß dem Kläger die Innenausstattung des Hauses in tatsächlicher und rechtlicher Selbständigkeit von dem Generalvertrag übertragen worden ist. Er verlangt dafür eine besonders berechnete Vergütung und hat, wie er angibt, für die Herstellung der Holzarbeiten eine eigene, von einem Dritten gepachtete Tischlerei geführt. Wenn auch ein Gewerbebetrieb vorliegen sollte (vgl. Nr. 1), wird sich die Verjährung der hier allein eingeklagten Ansprüche des Klägers aus diesen Arbeiten als handwerklichen Leistungen nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB regeln. Dem würde auch nicht entgegenstehen, daß der Kläger in seiner Gesamtaufstellung vom 3. September 1962 im Rahmen seiner Forderung für die Lieferungen und Leistungen zur Innenausstattung in Höhe von 61.065 DM ein Honorar von 4.000 DM für die Fertigung der künstlerischen Entwürfe zur Innenausstattung berechnet hat. Dieses spielt bei der Gesamtforderung nur eine unbedeutende Rolle und ist im übrigen in diesem Rechtsstreit weder ganz noch zum Teil geltend gemacht.

Das Berufungsgericht wird auch insoweit die Sach- und Rechtslage abschließend zu beurteilen und dabei ferner den Vortrag des Klägers zu würdigen haben, das Haus sei für den Gewerbebetrieb des Beklagten gebaut worden, sofern der Kläger diesen Vortrag aufrechterhalten sollte.

III.

Für den Fall, daß sich Verjährung der vertraglichen Ansprüche des Klägers ergeben sollte, steht es ihm frei, sein Vorbringen, das eine außervertragliche Begründung des Klageanspruchs rechtfertigen soll, zu ergänzen (vgl. BU S. 22).

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke