

Nachschlagewerk: ja nur II 2a bis c) aa)
BGHZ: ja

BGB § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2; HGB § 344 Abs. 1

Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB gilt auch für den Nachweis, daß eine Forderung gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB in v i e r Jahren verjährt, weil die Leistung f ü r d e n G e w e r b e b e t r i e b eines Schuldners erfolgt ist, welcher Kaufmann ist.

BGH, Urt. v. 10. Juni 1974 - VII ZR 44/73 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 44/73

URTEIL

Verkündet am

10. Juni 1974

Horn,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Gastwirts J. Gerd M [REDACTED], K [REDACTED],
G [REDACTED] N [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

den Bauunternehmer Helmut K [REDACTED],
K [REDACTED], M [REDACTED] Straße [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Schmidt, Meise, Dr. Recken und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 29. November 1972 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

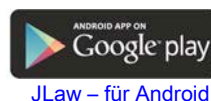
Tatbestand:

Durch Vertrag vom 30. Juli 1963 übernahm der Kläger die Erd-, Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten am Neubau des Hauses des Beklagten in K■■■■, S■■■■■■■■■■, zum Pauschalpreis von 158.000 DM. Die Geltung der VOB war vereinbart. In der Folge erhielt er für dasselbe Bauvorhaben noch Zusatzaufträge.

Am 13. August 1964 kündigte der Beklagte den Vertrag. Am 20. August 1964 nahm er die bis dahin geleisteten Arbeiten des Klägers ab.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Mit der Klage hat der Kläger vor dem Landgericht zuletzt restlichen Werklohn in Höhe von 69.698,72 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat die Klageforderung bestritten, sich auf Verjährung berufen und mit Gegenforderungen aufgerechnet.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat zunächst durch Zwischenurteil (veröffentlicht in MDR 1972, 865) die Einrede der Verjährung verworfen und alsdann, nachdem der Kläger die Klage auf 66.954,55 DM nebst Zinsen ermäßigt hatte, durch weiteres Urteil die Klage, unter Teilabweisung von 851,45 dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt sowie die Sache für das Betragsverfahren an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Klagabweisung weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Kläger seinen Anspruch auf Vergütung nur deshalb nicht verloren, weil der Beklagte den Auftrag nicht nach § 8 Nr. 3 VOB/B entzogen habe und die Voraussetzungen dieser Bestimmung auch nicht vorgelegen hätten. Das Schreiben des Architekten K. vom 13. August 1964 könne lediglich als ordentliche Kündigung im Sinne des § 8 Nr. 1 VOB/B behandelt werden, so daß der Kläger sich nach § 8 Nr. 1 Satz 3 VOB/B neben den bereits geleisteten Zahlungen nur das-

jenige anrechnen lassen müsse, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Kosten erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft und seines Betriebes erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen habe.

Die Revision macht geltend, die an sich nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B erforderliche Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und zur Vertragserfüllung sowie eine damit verbundene Ankündigung des Auftragsentzuges seien hier entbehrlich gewesen.

Das liegt neben der Sache. Darauf, ob der Beklagte zur Entziehung des Auftrags berechtigt war oder nicht, kommt es gar nicht an. Die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen sind in jedem Falle zu vergüten. Mehr als diese Vergütung beansprucht der Kläger nicht. Er macht nämlich geltend, daß er die ihm obliegenden Arbeiten nahezu vollständig ausgeführt habe, und nur dafür verlangt er Bezahlung. Er fordert nicht den gesamten Pauschalpreis und die entsprechende Vergütung der Zusatzaufträge; er berücksichtigt vielmehr, daß sich die Kosten der Mängelbeseitigung und der von ihm nicht erledigten sonstigen Arbeiten nach seiner Behauptung auf 5.744,17 DM belaufen, und kürzt seine Forderung um diesen Betrag.

II.

Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt davon ab, ob, wie der Beklagte meint, die Einrede der Verjährung durchgreift oder nicht. Das Berufungsgericht hat die Frage in seinem Zwischenurteil zutreffend verneint.

1. Die Revision meint, die Klage müsse auch bei Zugrundelegung einer vierjährigen Verjährungsfrist abgewiesen werden. Das trifft nicht zu.

Die durch Klageerhebung eingetretene Unterbrechung der Verjährung endigte zwar gemäß § 211 Abs. 2 Satz 1 BGB, als der Prozeß nach Erlaß des Auflagenbeschlusses des Landgerichts vom 25. März 1965 in Stillstand geriet (BGH NJW 1968, 692, 694). Zumindest der mit diesem Auflagenbeschluß sich eingehend beschäftigende, am 30. Januar 1967 bei Gericht eingegangene Schriftsatz des Beklagten vom 27. Januar 1967 hat aber dann die Verjährung gemäß § 211 Abs. 2 Satz 2 BGB erneut unterbrochen. Der am 6. März 1970 bei Gericht eingereichte Antrag des Klägers auf Fortsetzung der mündlichen Verhandlung hat schließlich zu einer weiteren Unterbrechung geführt.

2. Zutreffend geht das Berufungsgericht - im Gegensatz zur Revision - davon aus, daß für den Anspruch die vierjährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 2 BGB gilt. Der Kläger gehört zu dem von § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfaßten Kreis von Gläubigern (vgl. BGHZ 39, 255, 259, 260). Er hat die im letzten Halbsatz dieser Vorschrift erwähnte Ausnahme, nämlich Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners, zu beweisen.

Das Berufungsgericht sieht diesen Beweis als erbracht an, weil der Beklagte zur Zeit der Planung und Errichtung des Neubaus als Gastwirt "Gewerbetreibender" gewesen sei. Damit hätte er - der Beklagte - die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB widerlegen müssen, wonach die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum

Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten. Das sei ihm - wie das Berufungsgericht im einzelnen ausführt - nicht gelungen. Er habe nicht dargetan, daß der Kläger den privaten Charakter des Bauvorhabens bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können.

Was die Revision dagegen vorbringt, bleibt ohne Erfolg.

a) Wird ein Haus gebaut, das - wie die Revision hervorhebt - demnächst vermietet werden soll, so ist dessen Errichtung in der Regel allerdings nicht als Gewerbebetrieb, sondern als nicht gewerbliche Kapitalanlage anzusehen. Das gilt auch für Bauten, die von dem Mieter oder Pächter des Schuldners gewerblich genutzt werden sollen. Von einem Gewerbebetrieb im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB kann nur gesprochen werden, wenn der Schuldner beabsichtigt, sich aus der Vermietung eine auf Gewinn gerichtete, dauernde und berufsmäßige Erwerbsquelle zu verschaffen (vgl. insbesondere die Senatsurteile NJW 1963, 1397; 1967, 2353 und 1968, 1962; allgemein: BGHZ 49, 258, 260 und 53, 222, 223). Diese Absicht muß bereits bei der Auftragserteilung bestanden haben (Senatsurteil vom 4. April 1966 - VII ZR 67/64 = Schäfer/Finnern Z 2.331 Bl. 43; RG JW 1905, 110 Nr. 1; Staudinger/Coing, 11. Aufl., § 196 Anm. 15; Enneccerus/Nipperdey, 15. Aufl., § 233 N 15). Gleichgültig ist dabei, ob die Leistung für einen bereits vorhandenen oder für einen erst einzurichtenden Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt (BGHZ 58, 251, 255).

b) Gegen diese Grundsätze hat das Berufungsgericht nicht verstoßen. Ihm beizupflichten ist auch darin, daß der Kläger den ihm obliegenden Beweis mit Hilfe der Ver-

mutung des § 344 Abs. 1 HGB führen konnte. Daß diese Bestimmung für die Verjährung Bedeutung haben kann, hat das Reichsgericht schon in seiner frühen Rechtsprechung unter Hinweis auf einige Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts angenommen (RGZ 5, 273) und später bekräftigt (JW 1904, 77; RGZ 130, 233, 235). Das Schrifttum ist dem gefolgt (vgl. Düringer/Hachenburg/Werner, 3. Aufl., § 344 Anm. 1; Staub/Koenige, 12. und 13. Aufl., § 344 Anm. 7; Koenige/Teichmann/Koehler, 4. Aufl., § 344 Anm. 2; Ritter, 2. Aufl., § 344 HGB Anm. 2; Schlegelberger/Hefermehl, 4. Aufl., § 344 Anm. 20; Heymann/Kötter, 21. Aufl., § 344 Anm. 1; Ratz in Großkomm. HGB, 3. Aufl., § 344 Anm. 6 im Ergebnis ebenso Soergel/Augustin, 10. Aufl., § 196 Anm. Palandt/Danckelmann, 33. Aufl., § 196 Anm. 4 b, wo auf das Urteil des Berufungsgerichts Bezug genommen wird).

Daran ist festzuhalten. Ist der Schuldner Kaufmann, so gelten nach § 344 Abs. 1 HGB die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Diese Vermutung tritt entgegen der Ansicht der Revision nicht hinter die im letzten Halbsatz des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB zum Ausdruck gelangte Beweislastverteilung zurück. Grundsätzlich bleibt zwar der Gläubiger dafür beweispflichtig, daß er für den Gewerbebetrieb des Schuldners geleistet hat. Hat er aber bewiesen, daß der Schuldner Kaufmann ist, so ist es dessen Sache, nunmehr im einzelnen darzulegen und notfalls zu beweisen, daß die Leistung nicht zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörte. Der gesetzgeberische Grund für die Ausdehnung der zweijährigen Verjährungsfrist auf vier Jahre liegt darin, daß Gewerbetreibenden anders als Privatpersonen Buchführung und Aufbewahrung von Belegen

für längere Zeit zuzumuten ist (vgl. BGHZ 58, 251, 256). Dieser Grund wird durch die Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB nicht beeinträchtigt.

Hier ist unstreitig, daß der Beklagte zur fraglichen Zeit Gastwirt und damit Kaufmann war.

c) Keinen Bedenken begegnet die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Beklagte die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegt habe.

Zum Betriebe eines Handelsgewerbes im Sinne der §§ 343, 344 HGB gehören nicht nur die für dieses Handelsgewerbe üblichen, dafür typischen Geschäfte, sondern auch alle Geschäfte, die sich mittelbar auf das Handelsgewerbe beziehen, d.h. mit ihm noch in einem entfernten, lockeren Zusammenhang stehen (BGH NJW 1960, 1852, 1853). Auch der Bau eines Hauses kann als Haupt- oder Hilfgeschäft dem Handelsgewerbe zuzurechnen sein. Die Vermutung braucht nur dann nicht widerlegt zu werden, wenn die Sachlage schon an sich zweifelsfrei erkennen läßt, daß eine Beziehung zum Handelsgewerbe nicht besteht (RG WarnR 1929 Nr. 38).

aa) Davon, daß der Gegenbeweis hier entbehrlich gewesen wäre, kann keine Rede sein. Der Beklagte war Gastwirt. Er hatte ein Hotel mit Gastwirtschaft gebaut. Mit Recht betont das Berufungsgericht, daß die äußeren Umstände für die Zugehörigkeit des dem Kläger erteilten Auftrags zum Gewerbebetrieb des Beklagten sprechen. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB wirkt auch dort, wo bestehende Beziehungen zum Gewerbebetrieb nicht offensichtlich sind (RG HRR 1932 Nr. 1645; Staub/Koenige aaO Anm. 3; Ratz aaO Anm. 4).

bb) Die Frage, ob auch der Bau eines Appartementhauses von dieser Vermutung erfaßt worden wäre, durfte das Berufungsgericht offen lassen. Zum einen ist durchaus denkbar, daß auch der Betrieb eines "Appartement- und Geschäftshauses", wie es in der Aufstellung des Architekten K. vom 26. November 1963 heißt, als Handelsgeschäft im Sinne des § 344 Abs 1 HGB anzusehen ist. Zum anderen - und das ist hier entscheidend - sollte das Appartementhaus gleichfalls mit einer Gastwirtschaft ausgestattet werden (vgl. den Schriftsatz des Beklagten vom 30. März 1972 S. 2).

cc) Unter diesen Umständen genügte es zur Widerlegung der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht, daß der Beklagte das Hotel in dem Neubau erst übernommen hat, als seine Pächter versagt hatten, und daß er ursprünglich nicht die Absicht gehabt haben mag, Hotel und Gastwirtschaft selbst zu betreiben. Es kommt nicht auf die subjektiven Absichten des Auftraggebers an, sondern darauf, wie sich das Geschäft bei Vertragsschluß dem Auftragnehmer aus dessen Sicht darstellen mußte. Der Beklagte hätte deshalb darlegen und beweisen müssen, daß der Kläger die Absicht, den Neubau demnächst zu verpachten, schon bei Erteilung des Auftrags, also nicht erst während der Rohbauarbeiten, kannte oder bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt doch hätte kennen müssen (RG JW 1905, 110 Nr. 1; Ratz aaO; Baumbach/Duden, 20. Aufl., § 345 HGB Anm. 2 C). Hierfür hatte der Beklagte erhebliche Beweise in seinem Schriftsatz vom 3. Mai 1972 nicht angetreten. Die Zeugen L. und E. sind lediglich für Gespräche benannt, die erst während der Rohbauzeit geführt worden sind. Auf diese Beweisangebote brauchte das Berufungsgericht nicht einzugehen.

d) Der Kläger hatte Teile des Klageanspruchs an den Baustoffhändler F[REDACTED] und an die K[REDACTED] Bank von 1867 abgetreten und dies in seinem Klageantrag berücksichtigt. Die Revision meint, die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB greife jedenfalls insoweit nicht ein; denn diese Gläubiger hätten die Kaufmannseigenschaft des Beklagten nicht gekannt.

Darauf kommt es jedoch nicht an. Für die Frage, ob der Beklagte die Vermutung des § 344 HGB gegen sich gelten lassen muß, ist allein entscheidend, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift bei Abschluß des Werkvertrages gegeben waren. Die späteren Abtretungen sind hierauf ohne Einfluß.

III.

Die Revision des Beklagten ist nach alledem mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenentscheidung zurückzuweisen.

Vogt

Schmidt

Meise

Recken

Doerry