

12. 1. Darf die Vorschrift des § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB. auch auf Dienstverträge angewendet werden, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben?

2. Welche Anforderungen sind an den Begriff der Übertragung der Ausführung eines Auftrags an einen Dritten zu stellen?

BGB. §§ 278, 414, 415, 613, 664, 675.

VII. Zivilsenat. Ur. v. 4. Juli 1939 i. S. L. u. a. (Rl.) w. S.-Heimstätten-Genossenschaft e. G. m. b. H. (Bekl.). VII 4/39.

I. Landgericht Leipzig.

II. Oberlandesgericht Dresden.

Die verklagte Genossenschaft, die ihren Sitz in Dr. hat, befaßt sich mit der Errichtung von Siedler- und sonstigen Eigenheimen für ihre Genossen. Insbesondere ist nach § 1 ihrer Satzung Gegenstand „des Unternehmens“ die „gemeinnützige, auf Grund besonders abzuschließender Verträge und auf Grund der vom Vorstand und Aufsichtsrat beschlossenen Grundsätze . . . (zu besorgende) Vermittlung von Bauland für Heimstätten, (ferner) die Einleitung von Bauvorhaben, die Finanzierung und Durchführung derselben auf eigene Rechnung und auch als Treuhänder für die Mitglieder“. Nach § 17 der erwähnten „Grundsätze“ übernimmt die Genossenschaft u. a. „die Bearbeitung von Bauvorhaben von Genossen und zwar die fachmännische Bearbeitung durch die von der Genossenschaft bestellten Sachverständigen, die fachmännische Bearbeitung der Anträge der Genossen für die Einleitung bzw. Durchführung von Bauvorhaben und die weitere technische Bearbeitung und Übernahme der Oberleitung des Bauvorhabens bis zur schlüsselfertigen Übergabe der Heimstätte, d. h. die Bauoberleitung, nämlich die Beaufichtigung während der Bauausführung . . .“.

Die Kläger sind Genossen der Beklagten und wohnen in L. Dort unterhielt die Beklagte eine „Zentralstelle“, die von dem Architekten Dr.-Ing. M. geleitet wurde. M. hatte als Bevollmächtigter der Beklagten in einem Teilbezirk des Tätigkeitsfeldes der Beklagten, insbesondere in L., die nötigen Arbeiten für die Genossen zu leisten, insbesondere die Durchführung der Bauten zu beaufsichtigen und die Bauarbeiten im Auftrage der Beklagten an die Bauhandwerker zu vergeben. Die Kläger haben die Beklagte den vorerwähnten Be-

Stimmungen des § 17 der Grundzüge entsprechend mittels schriftlicher Erklärungen beauftragt und sie zu allen notwendigen Eingaben und rechtsverbindlichen Verhandlungen behufs Durchführung des Baues von Heimstätten in L. bevollmächtigt. Sie erhielten durch die Vermittlung der Beklagten zur Anschaffung und Bebauung der Grundstücke aus öffentlichen Mitteln Baudarlehen in Höhe von je 14000 RM. zur Verfügung gestellt. Dieser Betrag sollte zur Fertigstellung je eines „einwandfreien und soliden Hauses“ ausreichen. Die einzelnen Häuser für die Kläger wurden in den Jahren 1930 bis 1932 errichtet.

Mit der Behauptung, die Häuser wiesen erhebliche Mängel auf, haben die Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an jeden von ihnen 3000 RM. Schadensersatz zu bezahlen. Sie haben insbesondere vorgetragen, M. habe durch mangelnde Sorgfalt in der Beaufsichtigung der Bauausführung den mangelhaften Zustand der Bauten verschuldet; die Beklagte selbst habe es an der ihr obliegenden Überwachung des M. fehlen lassen. Da sie trotz wiederholter Aufforderung die Mängel nicht habe abstellen lassen, sei sie Schadensersatzpflichtig. Die Beklagte hat die behaupteten Mängel ebenso wie ihre Verantwortlichkeit für etwa vorhandene Mängel bestritten; sie sei nur Treuhänderin der Kläger gewesen. Bei der Auswahl des M. habe sie die erforderliche Sorgfalt angewendet; weiter reiche ihre Pflicht, für ihn einzutreten, nicht.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Mehrforderungen den Klägern Teile der von ihnen geforderten Beträge zugesprochen. Es hat ihr Vertragsverhältnis zur Beklagten als Werkvertrag betrachtet, erhebliche Mängel der Häuser festgestellt, aber eine Fristsetzung nach dem Verhalten der Beklagten den Beanstandungen der Kläger gegenüber für entbehrlich erklärt; für die Höhe des den einzelnen Klägern entstandenen Schadens hat es sich auf das Gutachten eines Sachverständigen gestützt. Auf die Berufung nur der Beklagten hin hat das Oberlandesgericht die Klage ganz abgewiesen. Die Revision der Kläger führte zur Aufhebung und Zurückverweisung aus folgenden

Gründen:

Der Berufungsrichter sieht in den von den Klägern mit der Beklagten abgeschlossenen Verträgen keine Werkverträge, sondern Aufträge gemäß § 17 der den Satzungen der Beklagten beigelegten, von ihrem Vorstand und Aufsichtsrat aufgestellten „Grundzüge“, also

Aufträge auf Geschäftsbeforgung im Sinne der §§ 662 flg. BGB. Zwar ist dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß kein Werkvertrag, auch nicht ein auf Geschäftsbeforgung gerichteter, den Gegenstand des Vertragsverhältnisses bildet; denn es fehlt an einem nach dem Vertragsinhalt den Gegenstand der Geschäftsbeforgung bildenden Erfolge; der Erfolg der Herstellung von Heimstätten bildet wohl den letzten Zweck, aber nicht den vertraglichen Inhalt des Geschäftsbeforgungsvertrags. Gleichwohl stellt sich dieser nicht als Auftragsverhältnis, sondern als Dienstvertrag im Sinne des § 675 BGB. dar. An der vom Berufungsrichter vermißten Entgeltlichkeit fehlt es nicht. (Dies wird nach Maßgabe von Sazung und Verträgen dargetan.) Auf solche Dienstverträge findet § 664 BGB. keine Anwendung. § 675 BGB. zählt ausdrücklich auf, welche den Auftrag betreffenden Vorschriften auf einen Dienst- (oder Werk-)vertrag, der eine Geschäftsbeforgung zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung finden sollen; darunter werden u. a. die §§ 663 und 665 genannt, § 664 aber nicht. Das ist nicht anders zu verstehen, als dahin, daß diese Vorschrift keine Anwendung zu finden hat. Die gegenteilige Meinung, wie sie in dem Urteile des I. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 2. März 1912, RGZ. Bd. 78 S. 310 (S. 313), vertreten und begründet und seither mit geringen Ausnahmen in das Schrifttum übernommen worden ist, kann nicht überzeugen. Es ist nicht einzusehen, weshalb gerade der Rechtsatz des § 664 Abs. 1 Satz 2 auch bei Dienstverträgen, die eine Geschäftsbeforgung zum Gegenstande haben, sollte gelten müssen, obwohl, wie jenes Urteil selbst erwähnt, die Vorschriften des § 664 in Abs. 1 Satz 1 und in Abs. 2 das, worin das Schwergewicht des Inhalts des § 664 liegt, für den Dienstvertrag in § 613 inhaltlich wiederholt sind und obwohl auch dort davon abgesehen worden ist, die Bestimmung des § 664 Abs. 1 Satz 2 zu wiederholen. Aus dem Umstande, daß die in dem genannten Urteil und ihm folgend im Schrifttum wenig glücklich mit „Substitution“ bezeichnete Weitergabe des Auftrags im ganzen an einen Dritten etwas wesentlich anderes ist als die Heranziehung eines Erfüllungsgehilfen, kann kein Grund für die Anwendbarkeit des § 664 Abs. 1 Satz 2 auf die Fälle des § 675 BGB. hergeleitet werden. An die Entscheidung des I. Zivilsenats vom 2. März 1912 ist der Senat gemäß Art. 2 des Gesetzes vom 28. Juni 1935 (RGBl. I S. 844) nicht gebunden.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht insofern aus-

ausschließlich auf der Anwendung von § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB., als es angenommen hat, die Beklagte habe die Ausführung des ihr von den Klägern erteilten Geschäftsbesorgungsauftrags nach dem Inhalte dieses Vertragsverhältnisses auf M. übertragen dürfen und habe sie auch auf diesen übertragen. Deshalb habe die Beklagte, so meint der Vorderrichter, den Klägern nur für ein Verschulden einzustehen, das ihr etwa bei der Übertragung des Auftrags auf M. zur Last falle. Ein derartiges Verschulden, das höchstens in der Auswahl M.s oder in Mängeln seiner Unternehmung zu finden sein könnte, hätten die Kläger aber nicht einmal schlüssig behauptet, geschweige denn unter Beweis gestellt. Für Verschulden M.s und für seine Beaufsichtigung hafte die Beklagte dagegen nicht.

☛ Mit dem Wegfall der Anwendbarkeit der Vorschrift des § 664 Abs. 1 Satz 2 ist diesen Erwägungen der Boden entzogen. Denn die Übertragung der Ausführung eines Auftrags im Sinne des § 664 Abs. 1 BGB. konnte dann ebensowenig in Frage kommen, wie die Vereinbarung ihrer Zulässigkeit. Vielmehr konnte es sich nur darum handeln, ob unter Anwendung der Bestimmungen des § 613 Satz 1 und der §§ 414, 415 BGB. ein Eintritt M.s in die Dienstverpflichtungen der Beklagten mit befreiender Wirkung für sie festgestellt werden konnte. Dies ist aber auf Grund der tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts aus denselben Erwägungen zu verneinen, aus denen sich ergibt, daß der Vorderrichter zu Unrecht angenommen hat, die Auftragsausführung sei auf M. übertragen worden und dies sei nach dem Vertragsinhalte zulässig gewesen. Deshalb ist sein Gedankengang auch dann unhaltbar, wenn man seine Beurteilung der Rechtsbeziehungen der Parteien umdeutet in eine solche als Dienstvertrag (auf Geschäftsbesorgung) und wenn man demgemäß an die Stelle des vom Berufungsrichter angewendeten Begriffs der Übertragung der Auftragsausführung den Begriff der Übertragung und Übernahme der Verpflichtungen der Beklagten aus dem Geschäftsbesorgungsdienstvertrag an und durch M. setzt.

Der Vorderrichter meint nämlich, eine Übertragung der Auftragsausführung auf M. daraus entnehmen zu können, daß die gesamte der Beklagten nach den schriftlichen Verträgen in Verbindung mit § 17 der Grundzüge übertragene Tätigkeit von dem in D. ortsansässigen Architekten M. tatsächlich ausgeführt worden sei. Er habe die einzelnen Unternehmer von sich aus mit der Durchführung der erforderlichen

Arbeiten beauftragt und entsprechend dem erwähnten § 17 die Bauoberleitung gehabt, er habe also die gesamte der Beklagten nach den Verträgen mit den Klägern obliegende Tätigkeit im Auftrage der Beklagten ausgeübt. Darin sei eine Übertragung der Ausführung des Auftrages seitens der Beklagten auf M. zu erblicken. Diese Übertragung sei auch nach dem zwischen den Klägern und der Beklagten bestehenden Vertragsverhältnis gestattet gewesen. Bei der ganzen Sachlage könne nicht zweifelhaft sein, daß die Beklagte zu dieser Übertragung befugt gewesen sei; denn sie sei in Dr. ansässig und außerdem eine Genossenschaft, die schon deshalb die einzelnen den Gegenstand des Auftrages bildenden Arbeiten (§ 17 der „Grundsätze“) in U. nicht selbst habe durchführen können, sondern sie einem Dritten habe übertragen müssen. Es sei auch davon auszugehen, daß M. den gesamten Auftrag übertragen erhalten habe und nicht etwa nur als Gehilfe der Beklagten tätig geworden sei; denn er habe, wie schon erwähnt, alle Arbeiten tatsächlich durchgeführt und nicht etwa nur unterstützend im Auftrage der Beklagten bei der Durchführung der Arbeiten mitgewirkt.

Bei diesen Ausführungen hat der Berufungsrichter den Rechtsbegriff der Übertragung eines Auftrages verkannt, von der er annimmt, daß ihre Zulässigkeit Inhalt der Vereinbarung der Parteien gewesen sei; weiter hat er nicht beachtet, daß, auch wenn eine Übertragung des Auftrages vorläge und wenn ihre Zulässigkeit als vereinbart anzusehen wäre, doch als weiter vereinbart gelten müßte, daß der Erstbeauftragte den von ihm weiter Beauftragten ständig zu überwachen und zu beaufsichtigen habe (vgl. Pland. Lobe BGB. Bem. 1 c Abs. 2 zu § 664 — S. 1185 —). Der Berufungsrichter, der sich auf das Urteil des Reichsgerichts vom 2. März 1912, RGZ. Bd. 78 S. 310 (hier S. 312 unten, S. 313) bezieht, stützt seine Annahme einer Übertragung des gesamten Auftrages an M. und seine Ablehnung der bloßen Gehilfeneigenschaft des M. (§ 664 Abs. 1 Satz 3 BGB.) im wesentlichen darauf, daß M. „die gesamten Arbeiten“ tatsächlich durchgeführt und nicht etwa nur unterstützend im Auftrage der Beklagten bei ihrer Durchführung mitgewirkt habe. Dabei erwähnt er von der „gesamten der Beklagten nach § 17 der Grundsätze obliegenden Tätigkeit“ als dem M. übertragen nur die Vergabung der Einzelarbeiten an die Unternehmer und die Bauoberleitung. In § 17 der „Grundsätze“ und dementsprechend in den einzelnen „Aufträgen“

Erklärungen der Kläger ist aber eine viel weitergehende und umfassendere Tätigkeit der Beklagten für die „Auftraggeber“-Genossen vorgesehen, von der das, was der Berufungsrichter als dem M. übertragen erwähnt, immerhin nur einen Teil darstellt. Aber der Unterschied zwischen einem bloßen Gehilfen des Beauftragten und einem von diesem weiter mit der Ausführung des Auftrages selbst Beauftragten liegt überhaupt nicht in dem Umfang des Aufgabenkreises jenes Dritten allein; dieser Umfang mag wohl nicht ohne Bedeutung sein für die Frage, auf die es allein ankommt, er erschöpft sie aber nicht. Maßgebend ist vielmehr, ob der an zweiter Stelle Beauftragte die Geschäfte nunmehr als Selbstbeauftragter in der Art zu besorgen hat, daß er an die Stelle des (zuerst) von dem Auftraggeber Beauftragten tritt, ob also der zuerst Beauftragte die Auftragsausführung so an ihn weitergegeben hat, daß er seinerseits aus ihr ausscheiden und den von ihm weiter Beauftragten an seine Stelle setzen wollte, und ob dergleichen nach dem Inhalte des Vertrages vorgesehen und sonach vom Auftraggeber (Dienstberechtigten) gebilligt war. Dies muß auch dann gelten, wenn der zuerst Beauftragte die Ausführung so übertragen hat, daß er dem nunmehr neu Beauftragten die Besorgung in seinem eigenen Namen übertragen hat (vgl. Pland-Lobe a. a. O. Bem. 1a Abs. 2 und Bem. 1d Abs. 1; Staudinger-Rober BGB. Bem. 2b Abs. 2 S. 1089; Urteil des Reichsgerichts III 26/19 vom 4. Juli 1919 im „Recht“ 1920 Nr. 2371). Ob eine solche Übertragung vorgenommen und insbesondere ob ihre Zulässigkeit vertraglich vereinbart worden ist, muß ganz wesentlich nach der Verkehrssitte beurteilt werden. Daß die Verkehrssitte im vorliegenden Falle entschieden gegen eine solche Annahme spricht, kann nicht zweifelhaft sein. Weiter müßte, um diese Annahme bejahen zu können, als zulässig vereinbart gewesen sein, daß die Genossenschaft ihre eigene (nicht bloß im Vertrage, sondern auch in ihren Satzungen als ihre eigentliche Aufgabe begründete) Geschäftsbesorgungspflicht selbst an einen Dritten weiter übertrug (vgl. Staudinger-Rober Bem. 2b zu § 664, und zwar völlig (Soergel BGB. 6. Aufl. [1937] Bem. I zu § 664 BGB.; Rb. a. a. O. im „Recht“ 1920 Nr. 2371). Ob dem hier so war, ob also ein solcher nach dem Vertragsinhalte keinesfalls zu vermutender (§§ 267, 613 und, vom Standpunkt des Berufungsrichters aus, § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB.) Vertragswille nachgewiesen ist, ist freilich an sich Lafrage (vgl. RbUrt. IV 279/30 vom 5. März 1931

in WarnRspr. 1931 Nr. 57); ihre Beantwortung muß aber von dem richtig verstandenen Begriff der Übertragung eines Geschäftsbesorgungsauftrages und (entsprechend) von dem richtig verstandenen Begriff der Übernahme dienstvertraglicher Verpflichtungen durch einen Dritten an Stelle des ursprünglichen Dienstverpflichteten ausgehen.

Zunächst kann für die Annahme einer Auftragsübertragung oder einer Verpflichtungsübernahme des dargelegten Inhalts nicht etwa die Vorschrift des § 27 Abs. 3 BGB. herangezogen werden. Denn im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um die satzungsmäßige Befugnis der gesetzlichen Vertreter der Beklagten, sondern, wie auch der Vorderrichter annimmt, um die Auslegung vertraglicher Bestimmungen und um die Anwendung vertraglichen Rechts, worauf die Bestimmung des § 27 Abs. 3 BGB. überhaupt keine Anwendung findet. Aber auch die Tatsache, daß die Beklagte eine Genossenschaft ist und ihren Sitz in Dr. hat, und die sonstigen vom Berufungsrichter, wie oben wiedergegeben, herangezogenen Umstände können hierfür nicht verwertet werden. Jede juristische Person, die einen Auftrag oder einen Dienstvertrag (eine Geschäftsbesorgung) auszuführen hat, muß sich dazu natürlicher Personen bedienen. Bedient sie sich aus Zweckmäßigkeitsgründen dabei anderer natürlicher Personen als derjenigen, die ihre gesetzliche Vertretung bilden, so ist daraus ebensowenig für die Annahme einer „Übertragung“ des Geschäftsbesorgungsauftrages im Sinne des § 664 BGB. und für die vertragliche Vereinbarung der Zulässigkeit einer solchen Übertragung wie für die einer befreienden Dienstverpflichtungsübernahme und für die vertragliche Vereinbarung ihrer Zulässigkeit zu entnehmen. Treu und Glauben und insbesondere die Verkehrssitte sprechen vielmehr in solchen Fällen für die Auffassung, daß solche Personen, soweit sie nicht Organe der juristischen Person sind und als solche unmittelbar für diese handeln, als Gehilfen der juristischen Person tätig werden, so daß diese nach § 278 BGB. für sie einzustehen hat. Das gilt, wie erwähnt, auch dann, wenn die juristische Person einen geschlossenen Teil der Geschäftsbesorgung, nicht bloß Einzelheiten davon, einer solchen Person überträgt, mag dieser Teil auch den Kern jener Geschäftsbesorgung bilden. Es wäre verfehlt, daraus, daß der Auftraggeber (Dienstberechtigte) damit einverstanden ist, sein Einverständnis mit einer Abgabe des Geschäftsbesorgungsauftrages (der Übertragung der Dienstleistungs-

verpflichtung mit befreiender Wirkung) an einen Dritten zu entnehmen. Daß eine solche Annahme insbesondere im vorliegenden Falle verfehlt wäre, zeigt schon § 17 Nr. 1 der „Grundsätze“, wo von fachmännischer Beratung durch den von der Genossenschaft bestellten Sachverständigen die Rede ist. Die Genossenschaft ist es also, die fachmännische Beratung durch den von ihr bestellten Sachverständigen erteilt. Nicht anders verhält es sich in den Fällen von § 17 Nr. 2 und Nr. 3 der „Grundsätze“, welche Bestimmungen für das hier vorliegende Vertragsverhältnis maßgebend sind. Danach übernimmt die Genossenschaft nicht bloß die „fachmännische Bearbeitung der Anträge der Genossen für die Einleitung bzw. Durchführung von Bauvorhaben des Antragstellers (insbesondere die Ausarbeitung von Plänen usw.)“, sondern sie hat auch „die weitere technische Bearbeitung und Übernahme der Oberleitung des Bauvorhabens bis zur schlüsselfertigen Übergabe der Heimstätte“, d. h. u. a. nach IV: „Bauoberleitung, nämlich Beaufsichtigung während der Bauausführung, wobei sie, ohne Gewinnberechnung, (nur) ihre Selbstkosten in Rechnung stellt“. Diese Vertragsbestimmungen lassen unter Anwendung der Grundsätze der §§ 157, 242 BGB. weder die Auslegung zu, daß eine Übertragung des Geschäftsbeforgungsauftrags — richtig: der Dienstleistungsverpflichtungen aus dem Geschäftsbeforgungsdienstvertrage — überhaupt stattgefunden habe, noch die, daß eine solche Übertragung als zulässig vereinbart worden sei. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, daß, wie die Kläger mit Recht betont hatten, der Fortbestand einer Überwachungsspflicht der Beklagten den Umständen nach selbst dann noch als vereinbart hätte angesehen werden müssen, wenn die Übertragung und die Vereinbarung ihrer Zulässigkeit rechtsfehlerfrei hätten angenommen werden können.

Aus den gleichen Erwägungen, aus denen sonach folgt, daß eine Übertragung der Ausführung des erteilten Auftrages nicht stattgefunden hat, daß eine solche nach dem Vertragsinhalt auch nicht vorgeesehen war und deshalb auch nicht zulässig gewesen wäre, ergibt sich aber auch in Anwendung der Bestimmungen der §§ 613, 414, 415 BGB., daß eine Übertragung der Pflichten aus dem Dienstvertrage (Geschäftsbeforgungsaufträge) seitens der dienstverpflichteten Beklagten auf M. und ihr entsprechend eine Übernahme dieser Pflichten durch M. weder stattgefunden hat noch als zulässig vereinbart gewesen ist. Vielmehr hat sich die Beklagte des M. als ihres Erfüllungsz-

gehilfen bedient, für dessen etwaiges Verschulden sie nach § 278 BGB. einzustehen hat. Nach diesem rechtlichen Gesichtspunkte wird der Berufungsrichter bei der erneuten mündlichen Verhandlung die Sach- und Rechtslage zu prüfen haben. Unabhängig davon wird zu erörtern sein, ob die Beklagte auch selbst durch Unterlassung der erforderlichen Überwachung schuldhaft gegen ihre Vertragspflichten verstoßen hat.