

16. 1. Ist bei Anwendung des Art. 169 Satz 1 Einf.-Ges. zum B.G.B. auf einen vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstandenen, zu diesem Zeitpunkte noch nicht verjährten Anspruch für Ausführung von Arbeiten oder Beforgung fremder Geschäfte die für die Anwendung der Nr. 1 statt der Nr. 7 des § 196 Abs. 1 B.G.B. maßgebende Frage, ob der Anspruch der eines Kaufmanns ist, nach dem früheren oder dem jetzt geltenden Rechte zu beurteilen?

2. Fällt ein Vertrag wegen Übernahme von Bohrungen für bergbauartige Zwecke unter die in Art. 275 des früheren Handelsgesetzbuchs bezeichneten Verträge?

III. Zivilsenat. Ur. v. 31. Januar 1905 i. S. Kl. (Kl. u. Widerbkl.)
w. Kr. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. III. 301/04.

I. Landgericht Hannover.

II. Oberlandesgericht Celle.

Die Beklagte hatte Anfang Oktober 1902 in einem an den Kläger gerichteten Briefe behauptet, daß ihr aus der Übernahme einer Bürgschaft des Klägers für die Verbindlichkeiten des Dr. Sch. in S. gegen sie aus der Ausführung von Bohrungen ein Anspruch von insgesamt 4443,88 M gegen ihn, den Kläger, zustehe. Der Kläger bestritt das Bestehen eines solchen Anspruchs und erhob Klage auf Feststellung dahin, daß der Beklagten keine Forderung, insbesondere keine in Höhe jenes Betrages aus Bohrungen, gegen ihn zustehe.

Die Beklagte behauptete hiergegen, sie habe vom Dezember 1898 bis April 1899 im Auftrage des Dr. Sch. in R.-B. Bohrungen ausgeführt, und Anfang 1899 habe dieser ihr Bohrungen nach Steinlohlen in der Gemarkung D. übertragen. Für diese Arbeiten habe sie mit Einschluß der Kosten zweier im April 1899 und im Dezember 1900 gegen Sch. erwirkter Zahlungsbefehle von diesem an

vereinbartem und angemessenem Lohn insgesamt 4092,90 *M.* zu fordern. Wegen dieser Schuld nahm sie auf Grund der behaupteten Bürgschaftsübernahme, da Sch. gänzlich vermögenslos sei, den Kläger in Anspruch und beantragte widerlegend, ihn zur Zahlung jenes Betrages nebst Zinsen zu 4 Prozent seit dem 13. Februar 1903 zu verurteilen.

Der Kläger verteidigte sich hiergegen unter anderem mit der Einrede der Verjährung, da die Forderungen der Beklagten nach ihrer eigenen Angabe 1899 entstanden seien, die Widerklage aber erst am 13. Februar 1903 erhoben, mithin damals die sowohl nach dem hannoverschen Verjährungsgesetze wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zwei Jahre betragende Verjährungsfrist abgelaufen gewesen sei.

Die Beklagte hielt die Einrede der Verjährung nicht für begründet. Sie selbst sei als Kaufmann oder doch als Handwerker gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 1 B.G.B. zu betrachten. Ihr Geschäft bestehe darin, daß sie in nicht unerheblichem Umfange Bohrungen für andere übernehme. Ihre Firma sei mindestens schon seit 1897 im Handelsregister eingetragen. Die Bohrungen für Dr. Sch. seien aber für dessen Gewerbebetrieb, der in bergbaulichen Unternehmungen zur Gewinnung von Kali, Steinkohlen, Eisenerzen und Erdöl bestanden habe, ausgeführt. Ihre Forderungen unterlägen deshalb nicht der zwei-, sondern der vierjährigen Verjährung.

Das Landgericht wies, indem es die Einrede der Verjährung für durchgreifend erachtete, die Widerklage ab und stellte auf die Klage fest, daß der Beklagten gegen den Kläger keine Ansprüche aus Bohrungen in D. und N.-B. zuständen.

Zur Begründung der hiergegen eingelegten Berufung machte die Beklagte noch geltend, sie halte auch ein Lager von Pumpen aller Art, Feuer- und Gartensprizen u., sie kaufe diese Waren gewerbmäßig in der Absicht ein, sie weiter zu veräußern; andererseits sei sie zur Zwangsinnung der Klempner herangezogen worden.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Die hiergegen von der Beklagten und Widerklägerin eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat in wesentlicher Übereinstimmung mit dem Landgericht die Einrede der Verjährung dem Widerklaganprüche

gegenüber für durchgreifend erachtet, indem es angenommen hat, daß die angebliche Hauptschuld des Dr. Sch. der zweijährigen Verjährung unterworfen, diese aber schon vor der Erhebung der Widerklage abgelaufen gewesen sei, und hierauf auch der als Bürge in Anspruch genommene Kläger sich einredeweise zu berufen befugt sei. Die Begründung des angefochtenen Urteils läßt keinen Rechtsirrtum erkennen.

Da die Forderungen der Beklagten gegen Sch. nach ihrer Behauptung spätestens im Jahre 1899 entstanden waren, so unterlagen sie zunächst auch in Ansehung der Verjährung dem früheren Rechte, und zwar fanden darauf, wie das Berufungsgericht annimmt, § 2 Nr. 1 und § 5 des hannoverschen — nicht revidirten — Gesetzes über die Verjährung vom 22. September 1850 Anwendung, wonach „die Forderungen der Handel- und Gewerbetreibenden“... „für Waren und Arbeiten in zwei Jahren verjährten, und die Verjährung „mit dem auf den festgesetzten Zahlungstag“... folgenden letzten Dezember, und, wenn ein Zahlungstag nicht verabredet war, mit dem letzten Dezember desjenigen Jahres, in welchem die Klage entstanden“ war, zu laufen begann. Die Ansprüche der Beklagten gegen Sch. hatten demnach, wie auch das Berufungsgericht weiter annimmt, zwar gerade noch vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verjähren begonnen, die Verjährung war aber in diesem Zeitpunkte noch nicht vollendet. Es griff deshalb in bezug auf sie von da ab der Art. 169 Einf.-Ges. zum B.G.B. Platz, wonach die Vorschriften dieses Gesetzbuchs über die Verjährung auf die vor dessen Inkrafttreten entstandenen, noch nicht verjährten Ansprüche Anwendung finden. Demgemäß bestimmte sich vom 1. Januar 1900 ab die Verjährung der Ansprüche der Beklagten nach den Vorschriften des § 196 B.G.B. Bei deren Anwendung kommen nun zwei Bestimmungen denkbarerweise in Betracht. Nach Abs. 1 Nr. 1 verjähren „die Ansprüche der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker und derjenigen, welche ein Kunstgewerbe betreiben, für Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte“ in zwei Jahren, „es sei denn, daß die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt“, ein Fall, in welchem nach Abs. 2 die Ansprüche erst in vier Jahren verjähren. Die Nr. 7 dagegen unterwirft die Ansprüche „derjenigen, welche, ohne zu den in Nr. 1 bezeichneten Personen zu gehören, die

Beforgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten gewerbmäßig betreiben, wegen der ihnen aus dem Gewerbebetriebe gebührenden Vergütungen“ der zweijährigen Verjährung schlechthin, also ohne jene bei Nr. 1 gemachte Ausnahme zuzulassen.

Das Berufungsgericht hat nun für die mögliche Anwendung der Nr. 1 in Abs. 1 des § 196 B.G.B. zuvörderst geprüft, ob die Beklagte als Fabrikant, Handwerker oder Kunstgewerbetreibender zu betrachten sei, und ist ohne ersichtlichen Rechtsirrtum zur Verneinung dieser Fragen gelangt, indem es namentlich die Handwerkerseigenschaft der Beklagten deshalb geleugnet hat, weil nach ihren eigenen Ausführungen ihr Betrieb über den Umfang des Handwerks hinausgehe. Die Revision hat hiergegen auch keinen besonderen Angriff gerichtet. Sodann hat das Gericht untersucht, ob die Beklagte als Kaufmann im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1 anzusehen sei, und hat mit Rücksicht darauf, daß dieser Begriff im neuen Handelsgesetzbuche durch die Vorschriften seiner §§ 2 und 3 eine beträchtliche Erweiterung gegenüber demjenigen nach dem früheren Handelsgesetzbuche erfahren hat, und die Beklagte sich für ihre Kaufmannseigenschaft gerade auf den § 2 des neuen Handelsgesetzbuchs berufen hat, erörtert, ob für den vorliegenden Fall der Begriff nach dem früheren, oder dem jetzt geltenden Handelsgesetzbuche zu bestimmen sei. Es hat diese Frage zugunsten der ersten Alternative entschieden, und auch darin ist ihm, entgegen den Ausführungen der Revision, beigetreten. Um die Bedeutung der Worte des Gesetzes: „In zwei Jahren verjähren die Ansprüche der Kaufleute . . . für Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten und Beforgung fremder Geschäfte“ a. a. O. für den vorliegenden Fall richtig zu würdigen, muß zunächst ermittelt werden, welcher Sinn dieser Vorschrift für die Fälle zukommt, die ausschließlich nach dem neuen bürgerlichen Rechte zu beurteilen sind, bei denen also die Frage, ob und inwieweit etwa das frühere Recht anzuwenden ist, gar nicht aufgeworfen werden kann. Für diese Fälle aber läßt sich nicht daran zweifeln, daß der Anspruch eines Kaufmanns für Leistungen jener Art nur dann vorliegt, wenn der Leistende zur Zeit der Lieferung der Waren, zur Zeit der Ausführung der Arbeiten oder der Beforgung fremder Geschäfte, also zur Zeit der Entstehung der Forderung, Kaufmann war. Denn die besondere gesetzgeberische Behandlung dieser

Ansprüche beruht eben wesentlich mit darauf, daß der Leistende gerade zu dieser Zeit einer der in der Nr. 1 bezeichneten Gruppen von Gewerbetreibenden angehörte, weil es sich nur bei solchen Forderungen regelmäßig um Ansprüche des täglichen Verkehrs handelt, die eine rasche Abwicklung erheischen. Der nachträgliche Erwerb der Kaufmannseigenschaft durch den, der zur Zeit der Lieferung der Waren oder der Ausführung der Arbeiten noch nicht Kaufmann war, kann nicht rückwirkend die Forderung zu einer solchen eines Kaufmanns machen; denn es gehört eben zum rechtlichen Charakter der Forderung im Sinne des § 196 Abs. 1 Nr. 1, daß sie als die eines Kaufmanns entstanden ist. Was aber hiernach von dem nachträglichen Erwerbe der Kaufmannseigenschaft in Fällen der soeben bezeichneten Art auf Grund einer und derselben Gesetzgebung gilt, das muß auch von der nachträglichen Erlangung dieser Eigenschaft Geltung haben, die erst durch einen Wechsel in der Gesetzgebung ermöglicht worden ist. Denn entscheidend muß immer bleiben, daß für die Kaufmannseigenschaft im Sinne jener Vorschrift die Zeit der Entstehung des Anspruchs maßgebend ist. Daraus folgt, daß die rechtlichen Erfordernisse zur Erfüllung des Begriffes „Kaufmann“ nach dem zur Zeit der Entstehung der Ansprüche in Geltung gewesenen Rechte zu bestimmen sind. Wollte man hierbei die Änderung der Gesetzgebung, die — wie im vorliegenden Falle — später eintrat, und vermöge deren der Gläubiger die ihm bis dahin fehlende Eigenschaft eines Kaufmanns erlangte, berücksichtigen, so würde damit, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, auch den außerhalb der Lehre von der Verjährung stehenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sofern sie nur zu jener in irgendwelcher Beziehung stehen, rückwirkende Kraft für die Zeit vor Eintritt der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs beigelegt werden. Daß dies nicht der Absicht entspräche, die bei Aufstellung der Vorschrift des Art. 169 Einf.-Ges. zum B.G.B. obgewaltet hat, ergibt eine Bemerkung aus der Begründung zu Art. 102 des Entwurfs des Einführungsgesetzes, der — und darauf beruht die Verwertbarkeit dieser Bemerkung auch für die Absicht des Gesetzes selbst — demnächst in der Hauptsache unverändert zu Art. 169 des Einführungsgesetzes erhoben ist:

„Der unter der Herrschaft des bisherigen Rechts abgelaufene Teil

der Verjährung kann, soweit er überhaupt zu berücksichtigen ist, worüber das neue Recht entscheidet, nur so Berücksichtigung finden, wie er gemäß dem bisherigen Rechte sich gestaltet hat. Dem Bürgerlichen Gesetzbuche darf nicht Geltung für eine Zeit beigelegt werden, in welcher es nicht gegolten hat."

Demgemäß ist die für die Anwendung des § 196 Abs. 1 Nr. 1 B.G.B. maßgebende Frage, ob die Ansprüche der Beklagten gegen Sch. als Ansprüche eines Kaufmanns zu betrachten sind, nach dem früheren, nicht nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen. Auch in bezug auf die Beantwortung der Frage selbst aber ist den Ausführungen des Berufungsgerichts durchweg beizupflichten. Daß die Ausführung von Bohrungen für bergbauliche Zwecke sich insbesondere weder als Betrieb eines sog. absoluten Handelsgeschäfts nach Art. 271, noch als der eines sog. relativen nach Art. 272 des früheren Handelsgesetzbuchs darstellt, bedarf keiner Ausführung. Daß die Beklagte ferner zwar in Ansehung des von ihr betriebenen Handels mit Pumpen, Feuer- und Gartensprizen u. dgl. als Kaufmann anzusehen war, hat auch das Berufungsgericht mit Recht angenommen. Es hat aber zugleich zutreffend ausgeführt, daß hieraus noch nicht ihre Eigenschaft als Kaufmann auch für das von ihr betriebene Tiefbohrgeschäft folge, daß vielmehr hiernach die Beklagte mehrere Gewerbe betrieben habe, das eines Bohrunternehmers und das eines Händlers mit Geräten verschiedener Art, und daß sie nur für dieses, nicht aber auch für jenes als Kaufmann anzusehen gewesen sei.

Vgl. Staub, 4. Aufl., § 4 zu Art. 4 des früheren Handelsgesetzbuchs. Diese rechtliche Auffassung entspricht ersichtlich um so mehr der Sachlage, als hiernach das Tiefbohrgeschäft gerade den Hauptteil des ganzen Gewerbebetriebes der Beklagten bildete.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch die Frage verneint, ob etwa mit Rücksicht darauf, daß hiernach die Beklagte für das eine der beiden von ihr betriebenen Gewerbe die Eigenschaft als Kaufmann besessen habe, vermöge der gesetzlichen Vermutungen der Artt. 273 und 274 für die hier vorliegenden Ansprüche der Beklagten anzunehmen sei, daß sie aus sog. akzessorischen Handelsgeschäften herrührten und deshalb als Ansprüche eines Kaufmanns zu betrachten seien. Mit Recht hat es in dieser Beziehung den Art. 275

des früheren Handelsgesetzbuchs für entscheidend erklärt, weil hiernach der in Art. 274 vorausgesetzte Zweifel, ob der von einem Kaufmann geschlossene Vertrag zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehöre, überhaupt nicht bestehe, da Verträge über unbewegliche Sachen nach jener Vorschrift absolute Nichthandelsgeschäfte seien. Die Revision hat zwar diese Ausführung als rechtlich unhaltbar angegriffen. Indessen mit Unrecht. Sie meint, es handle sich dabei um die Übernahme von Arbeiten, die für eine unbewegliche Sache nur bestimmt seien, aber nicht um Verträge über eine unbewegliche Sache selbst. Allein in Wirklichkeit stehen dabei Arbeiten an einem Grundstücke in Frage, die, auch wenn ihre Übernahme sich nicht gerade als ein Werkvertrag darstellt, durch die Dienstleistung also kein bestimmter Erfolg herbeigeführt werden soll — wie es bei Bohrungen vielfach der Fall ist, wenn das Maß der Arbeiten lediglich von dem Ermessen des Dienstberechtigten abhängt —, doch in jedem Falle den Zweck verfolgen, die Substanz des Grundstücks, wenn auch nur in geringem Maße, zu verändern.

Vgl. Staub, a. a. O. § 5 zu Art. 275 § 3 zu Art. 272 des früheren Handelsgesetzbuchs.

Dem Umstande endlich, daß die Beklagte, wie sie behauptet, schon seit dem Jahre 1897, und zwar, wie anzunehmen, in bezug auf ihren gesamten Gewerbebetrieb, im Handelsregister eingetragen war, hat das Berufungsgericht mit Recht keine Bedeutung für die Entscheidung der Frage beigelegt, ob die Beklagte zur Zeit der Ausführung der Bohrarbeiten die Eigenschaft als Kaufmann besessen habe. Das maßgebende frühere Handelsgesetzbuch enthielt keine dem § 2 des neuen entsprechende Bestimmung, wonach ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, auch wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 nicht vorliegen, also kein sog. reines Handelsgewerbe betrieben wird, als Handelsgewerbe im Sinne dieses Gesetzes gilt, sofern die Firma des Unternehmers in das Handelsregister eingetragen ist, wonach also unter dieser Voraussetzung auch dem Unternehmer nach § 1 Abs. 1 die Eigenschaft als Kaufmann zukommt. Unbedenklich erlangte zwar in Folge jener schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts erfolgten Eintragung im Handelsregister die Beklagte ohne weiteres mit dem Eintritte der Geltung

des neuen Handelsgesetzbuchs auf Grund des § 2 und des § 1 Abs. 1 des letzteren jene Eigenschaft, und insofern ist der Hinweis der Revision auf das Urteil des I. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 25. Januar 1902,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Zivilf. Bd. 50 S. 154, zutreffend. Allein daraus folgt nicht, daß auch für die hier allein maßgebende frühere Zeit die Beklagte bereits als Kaufmann zu betrachten, oder daß die Frage, ob sie diese Eigenschaft erworben habe, auch für Fälle der vorliegenden Art, wie die Revision meint, nur nach dem neuen Rechte zu beurteilen wäre. Vielmehr war für die frühere Zeit die Eintragung der Beklagten im Handelsregister, soweit es sich dabei um das Tiefbohrgeschäft handelte, rechtlich bedeutungslos und nicht geeignet, ihr die materiell fehlende Kaufmannseigenschaft zu verleihen.

Daraus folgt, daß das Berufungsgericht mit Recht die Anwendung des § 197 Abs. 1 Nr. 1 B.G.B. auf die Ansprüche der Beklagten gegen den Hauptschuldner Sch. für ausgeschlossen, dagegen den Fall der Nr. 7 dort für gegeben erachtet hat. Dann unterlagen aber die Ansprüche, auch wenn die Leistungen für den Gewerbebetrieb des Dr. Sch. erfolgt waren, der zweijährigen Verjährung, und diese war, da sie spätestens mit dem 31. Dezember 1899 begonnen hatte (Art. 169 Abs. 1 Satz 2 Einf.-Ges. zum B.G.B.), vor dem 18. Februar 1903, dem Tage der Erhebung der Widerklage, abgelaufen." . . .