
Datum: 22.12.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-22 U 37/02
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2004:1222.I22U37.02.00

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 24. Februar 2004 verkündete Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Der Kläger begehrt vom Beklagten Rückzahlung von Werklohn in Höhe von 20.000 DM bzw. 10.225,85 EUR aufgrund einer Minderung wegen seiner Behauptung nach mangelhafter Restaurierungsarbeiten.

Der Kläger ist Eigentümer eines PKW Citroen, Modell CX, 2,5 l Turbo Diesel Break. Im Februar 2001 wurde bei einem Treffen in der Wohnung des Klägers zwischen den Parteien besprochen, welche Restaurierungsarbeiten an diesem Fahrzeug notwendig seien und welchen Kostenaufwand diese erforderten. Anschließend holte der Beklagte das klägerische Fahrzeug ab und brachte es vereinbarungsgemäß zu einer in Polen gelegenen Werkstatt zur Restaurierung. Da sich der Kläger über den Fortschritt der Arbeiten ein Bild machen wollte, begleitete er Ende März 2001 den Beklagten nach Polen. Im Dezember 2001 erhielt der Kläger das Fahrzeug zurück. Auf der Grundlage einer Aufstellung des Beklagten (Bl. 21 GA) zahlte der Kläger insgesamt 28.000 DM, und zwar zunächst 10.000 DM auf das Konto der Lebensgefährtin des Beklagten. Weitere 5.000 DM wurden durch die Lebensgefährtin des Beklagten vom klägerischen Konto abgebucht. Nach Rückgabe des Fahrzeugs überwies der Kläger an diese weitere 13.000 DM.

Am 23.1.2002 erstellte der Kläger eine "Mängelliste", wegen deren weiteren Inhalts zunächst auf Bl. 22 GA Bezug genommen wird. In einer Spalte oben rechts finden sich auf dieser unter dem einzigen dort stehenden Text "zu reparieren bis zum 06.02.02" die Unterschriften der Parteien.

Der Kläger hat behauptet, zur Kontaktaufnahme der Parteien sei es infolge einer Anzeige des Beklagten in der Zeitschrift "Oldtimer Markt" im Dezember 2000 oder Januar 2001 mit dem Wortlaut "CX-Restauration, neue Lederausstattung, günstig, Tel. 0..... und 0....." gekommen. Der Beklagte habe ihm geschildert, in welcher Weise er als Restaurator tätig sei und welche Fahrzeuge er bereits restauriert habe. Das Treffen Anfang Februar 2001 habe stattgefunden, damit sich der Beklagte das klägerische Fahrzeug ansehen und die Restaurierungskosten habe schätzen können. Der Beklagte habe ihm dabei zahlreiche Lichtbilder der von ihm bearbeiteten Fahrzeuge gezeigt und mindestens 70 verschiedene Ledermuster in allen Farbqualitäten vorgelegt. Nach Besichtigung des Fahrzeuges habe man die erforderlichen Arbeiten wie auf Bl. 20 GA ersichtlich stichwortartig festgehalten und sich auf einen Zeitrahmen von drei Monaten, Verbringung des Fahrzeugs nach Polen durch den Beklagten sowie einen Festpreis von 16.000 DM geeinigt, auf die er die unstreitig gezahlten 10.000 DM angezahlt habe. In Polen habe er sein Fahrzeug nicht in einer Fachwerkstatt, sondern in einem ungeheizten Holzschuppen komplett ausgeschlachtet vorgefunden. Da jedoch die anschließend besichtigte Lackiererei einen ausgezeichneten Eindruck gemacht habe, habe er der Fortsetzung der Arbeiten zugestimmt. Der Beklagte habe ihn anschließend um eine weitere Anzahlung in Höhe von -unstreitig gezahlten- 5.000 DM gebeten, da sich einer seiner Kunden im Zahlungsverzug befinde und er das Geld benötige, um seine Mitarbeiter weiter beschäftigen und Material zahlen zu können. Nach Rückgabe des Fahrzeugs im Dezember 2001 habe er zahlreiche Mängel entdeckt. Auf seine entsprechende Rüge hin habe ihm der Beklagte zunächst vorgerechnet, mehr als 1.000 Arbeitsstunden verwandt zu haben und unter Überreichung einer Kostenaufstellung (Bl. 21 GA) für die gesamte Restaurierung 28.000 DM gefordert. Da der Beklagte die kurzfristige Beseitigung der Mängel zugesagt habe, habe er die weiteren 13.000 DM überwiesen. Da die Mängel entgegen der Zusage nicht bzw. nicht ordnungsgemäß beseitigt worden seien, sei der Werklohn auf 8.000 DM zu mindern, so dass der Beklagte in Höhe von 20.000 DM überzahlt worden sei.

Der Kläger hat beantragt, 7
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 10.225,85 EUR nebst 5 % Zinsen über dem 8
Basiszinssatz seit dem 25.8.2003 zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 9
die Klage abzuweisen. 10

Er hat bestritten, mit dem Kläger einen Werkvertrag über die Restaurierung des Fahrzeugs geschlossen zu haben. Grundlage der Kontaktaufnahme der Parteien sei nicht eine Anzeige mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt gewesen. Solche Anzeigen habe er erst später, ab ca. Mitte 2001, geschaltet. Der Kläger habe sich vielmehr auf eine Anzeige gemeldet, mit der er, der Beklagte, seinen Citroen CX zum Verkauf angeboten habe. Da der eigene Citroen des Klägers reparaturbedürftig gewesen sei, habe er ein neues Fahrzeug gesucht. Bei dem vereinbarten Termin zur Besichtigung seines zum Verkauf stehenden Citroen habe er, der Beklagte, gegenüber dem Kläger erwähnt, dass er zuvor das Fahrzeug in Polen von der Firma H.-Service habe herrichten lassen und zur näheren Erläuterung einen Fotoband mit Lichtbildern vorgelegt. Daraufhin habe der Kläger gefragt, ob es nicht möglich sei, auch sein 11

Fahrzeug in Polen instand setzen zu lassen und sich nach den Kosten erkundigt. Da ihm, dem Beklagten, die zuvor von ihm gezahlten Beträge noch geläufig gewesen seien, habe er in der Übersichtsskizze (Bl. 20 GA) die am klägerischen Fahrzeug notwendigen Arbeiten festgehalten. Auf dieser Grundlage hätten die Parteien überschlägig einen Preis von 16.000 DM errechnet. Anschließend habe er den Auftrag zwischen dem Kläger und der Firma H.-Service vermittelt, die Vertragspartner des Klägers sei und mit der er für seine Vermittlungstätigkeit eine Provision vereinbart habe. Da der Kläger keine Zeit gehabt habe, habe er für diesen das Fahrzeug nach Polen überführt. Nachdem sich nach Teilerlegung dort herausgestellt habe, dass der Zustand des Fahrzeugs wesentlich schlechter war als angenommen, habe er den Kläger gebeten, mit nach Polen zu kommen, um sich selbst ein Bild zu machen, da sich seiner, der Ansicht des Beklagten, nach eine Restaurierung nicht mehr lohnte. Entgegen seinem Rat, die Arbeiten zu stoppen, habe der Kläger gleichwohl eine vollständige Herrichtung seines Fahrzeuges gewünscht. Die in Polen erbrachte Leistung sei ordnungsgemäß gewesen. Der Kläger habe diese auch als ordnungsgemäß anerkannt, da er den noch verbleibenden Werklohn in Höhe von 13.000 DM vorbehaltlos überwiesen habe. Entgegen der klägerischen Behauptung sei kein Festpreis vereinbart worden. Durch die Unterzeichnung der Mängelliste habe er diese nur zur Kenntnis genommen, jedoch keine Rechtspflichten mit seiner Unterschrift anerkannt. Nach Unterzeichnung der Mängelliste habe er sich mit der Firma H.-Service in Verbindung gesetzt und, wie von dieser gewünscht, den Wagen zur Überprüfung zu einer Firma R. in Z. gebracht. Diese habe die Mängel überprüft und die vorgefundenen Mängel mit Ausnahme dreier kleinerer Mängel beseitigt. Soweit der Kläger behauptete, dass noch Mängel bestünden, werde dies bestritten. Selbst bei Vorliegen der Mängel sei die klägerische Rückforderung übersetzt, da allein Ersatzteile für 18.041 DM eingebaut worden seien.

Das Landgericht hat durch Vernehmung der Zeugin K. darüber Beweis erhoben, welche Vereinbarungen die Parteien hinsichtlich der Restaurierung des klägerischen PKW getroffen haben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 14.1.2004 (Bl. 84 ff. GA) Bezug genommen.

12

Mit Urteil vom 24.2.2004 hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass nach den von den Parteien mitgeteilten Umständen und dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen sei, dass der Beklagte erkennbar als Vermittler für die in Polen ansässige Firma H. -Service aufgetreten sei, so dass kein Werkvertrag zwischen den Parteien zustande gekommen sei. Der Beklagte habe sich in seiner Zeitungsanzeige nicht als Fachwerkstatt für Oldtimer-Reparaturen bezeichnet. Selbst wenn er, wie von der Zeugin bekundet, beim Treffen im Februar 2001 von "seiner" Werkstatt und "seinen" Leuten in Polen gesprochen habe, folge daraus nicht, dass er als Werkunternehmer aufgetreten sei. Zweifel an einem Eigengeschäft des Beklagten habe der Kläger auch deshalb haben müssen, weil für ihn auf der Hand gelegen habe, dass es sich um ein Schwarzgeschäft gehandelt habe, das am Finanzamt vorbei abgewickelt werden sollte. Zudem hätte dem Kläger auffallen müssen, dass die von ihm besichtigte Werkstatt keinen Hinweis auf den Beklagten als Inhaber erkennen ließ. Da für den Kläger offensichtlich gewesen sei, dass der Beklagte die Arbeiten zur Wiederherstellung des Fahrzeugs auch nicht teilweise persönlich ausführen würde, habe ihm auch nicht daran gelegen sein können, ausschließlich den Beklagten als Vertragspartner zu gewinnen.

13

Mit seiner am 23.3.2004 eingelegten und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 26.5.2004 an diesem Tag begründeten Berufung wendet sich der Kläger gegen das ihm am 26.2.2004 zugestellte Urteil unter Bezugnahme auf sein erstinstanzliches Vorbringen und unter Zueigenmachung der Zeugenaussage. Die Annahme des Landgerichts, zwischen

14

den Parteien sei kein Werkvertrag zustande gekommen, da der Beklagte nur als Vermittler aufgetreten sei, sei unzutreffend. Aus der Aussage der Zeugin K. folge im Gegensatz zur landgerichtlichen Beweiswürdigung, dass der Beklagte im eigenen Namen einen Werkvertrag habe abschließen wollen. Der Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt darauf hingewiesen, dass die Reparatur bei einer Firma H.-Service durchgeführt werden soll oder wird. Seiner Ansicht nach habe er den Beklagten deshalb für seinen Vertragspartner halten dürfen, weil dieser der einzige Ansprechpartner gewesen sei, Lichtbilder und Lederproben vorgelegt, für Citroen-Restaurationen geworben, ihn beraten und mit ihm die Einzelheiten der durchzuführenden Arbeiten und Preise durchgesprochen habe, ohne zuvor mit einer anderen Werkstatt Rücksprache zu halten.	
Der Kläger beantragt,	15
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Krefeld vom 24. Februar 2004, Az.: 4 O 146/03, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 10.225,84 EUR nebst 5 vom Hundert Zinsen über dem Basiszinssatz nach §§ 288 Abs. 1, 247 BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	16
Der Beklagte beantragt,	17
die Berufung zurückzuweisen.	18
Der Beklagte verteidigt das erstinstanzliche Urteil als zutreffend. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe er nicht mit einem Zeitungsinserat "Citroen-Reparaturen" geworben.	19
Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	20
II.	21
Die zulässige Berufung ist unbegründet. Dem landgerichtlichen Urteil ist zwar nicht in der Begründung, wohl aber im Ergebnis zu folgen.	22
Der Kläger hat gegenüber dem Beklagten keinen Anspruch auf Minderung des Werklohns aus §§ 633, 634, 472 BGB a. F., da es an einer wirksamen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung fehlt.	23
1.	24
Der streitgegenständliche Werkvertrag ist zwischen den Parteien geschlossen worden. Soweit der Beklagte seine Passivlegitimation bestreitet und behauptet, lediglich als Vermittler für die Firma H. -Service aufgetreten zu sein, die Vertragspartnerin des Klägers sei, vermag der Senat dem - entgegen dem Landgericht - insbesondere auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht zu folgen.	25
a) Gemäß § 164 Abs. 2 BGB a .F. kommt der Mangel des Willens in eigenem Namen zu handeln, nicht in Betracht, wenn ausdrücklich oder nach Auslegungsgrundsätzen objektiv in eigenem Namen gehandelt wurde (Schramm in MüKo, BGB, 4. Aufl., § 164 Rn. 62). Dies gilt auch dann, wenn eine Erklärung mehrdeutig ist, also sowohl als Handeln in eigenem als auch als Handeln im fremden Namen verstanden werden kann (Heinrichs in Palandt, BGB, 61. Aufl., § 164 Rn. 16; Schramm a.a.O. Rn. 63). Hat der Empfänger die Erklärung, die in fremden Namen gemeint war, als eine solche in eigenem Namen verstanden, ist der Erklärende hieran gebunden. Unklarheiten gehen zu Lasten des Erklärenden (Schramm	26

a.a.O.). Dass der Beklagte behauptet, als Vermittler tätig geworden zu sein, steht der Anwendbarkeit vorstehender Grundsätze nicht entgegen. Zwar handelt der Vermittler nicht als Vertreter in fremdem Namen, sondern vermittelt ein fremdes Geschäft. Da aber unstreitig der gesamte Kontakt zwischen dem Kläger und der polnischen Werkstatt über den Beklagten lief und er den Auftrag und die Zahlungen nach seinem Vorbringen für diese entgegennahm, ist es gerechtfertigt, ihn insoweit dem mit Vertreterwillen Handelnden des § 164 Abs. 2 BGB a. F. gleichzustellen.

b) Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er entgegen dem gesetzlichen Regelfall nicht in eigenem Namen gehandelt hat, trägt der Beklagte. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, hat der Erklärende zu beweisen, dass er entweder ausdrücklich im Namen eines Dritten gehandelt hat oder sein Vertreterwille erkennbar aus den Umständen zu entnehmen war (BGH NJW 1975, 775; NJW 1989, 1675; NJW-RR 1992, 1010). Dies hat der Beklagte nicht zu beweisen vermocht. Soweit das Landgericht abweichend festgestellt hat, dass der Beklagte erkennbar als Vermittler der H.-Service aufgetreten sei, sieht sich der Senat hieran gemäß § 529 Abs. 1 Nr.1 ZPO nicht gebunden. Denn die durchgeführte Beweisaufnahme trägt dieses Ergebnis nicht. 27

Soweit das Landgericht aus dem Umstand, dass sich der Beklagte im zugrunde gelegten Anzeigentext nicht als Fachwerkstatt bezeichnet, schließt, dass er nicht Vertragspartner ist, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Denn gerade im Oldtimer-Bereich werden Restaurierungen nicht nur durch -entsprechend teure- "Fachwerkstätten" durchgeführt, sondern auch durch kleine Ein-Mann-Betriebe. Vor diesem Hintergrund konnte der unbefangene Leser der Anzeige nicht erkennen oder vermuten, dass es sich um das bloße Angebot einer Vermittlung handeln würde, sondern durfte vielmehr davon ausgehen, dass sich hinter den angegebenen Nummern der Restaurator selbst verbirgt. 28

Auch der sich aus den Bekundungen der Zeugin K. ergebende Inhalt des Gesprächs in der Wohnung des Klägers beweist nicht, dass der Beklagte erkennbar nicht in eigenem Namen handelte. Soweit das landgerichtliche Urteil ausführt, aus diesem folge nicht, dass der Beklagte den Vertrag in eigenem Namen geschlossen habe, die Äußerungen seien nicht als Auftreten als Betriebsinhaber zu verstehen, verkennt dies die an der Beweislast orientierte Fragestellung. Maßgeblich ist hiernach, ob bewiesen ist, dass der Beklagte den Vertrag **nicht** in eigenem Namen geschlossen hat und seine Äußerungen so zu verstehen sind, dass er **nicht** Betriebsinhaber ist. Dies ist nicht der Fall. 29

Nach der Aussage der Zeugin erklärte der Beklagte, sich schon längere Zeit mit der Restaurierung von Oldtimer-Citroen zu befassen und eine Werkstatt in Polen zu haben, bei der es sich um seine Werkstatt und seine Leute handle, die die Arbeiten einwandfrei ausführen würden. Allein der Umstand, dass der Beklagte nicht selbst in Polen wohnt, spricht nicht dagegen, dass er Inhaber einer dortigen Werkstatt ist. Die Begriffswahl "meine ..." ist zumindest mehrdeutig, was zu Lasten des Beklagten geht. Zwar sind die Ausführungen des Landgerichts dazu, was im allgemeinen Sprachgebrauch gemeint sein kann, wenn jemand von "seiner" Werkstatt spricht, durchaus zutreffend. Jedoch spricht auch der Inhaber von "seiner" Werkstatt. Ob aber ein Kunde die Mitarbeiter "seiner" Werkstatt noch als "seine" Leute bezeichnen würde, erscheint fraglich. Erklärt zudem jemand, sich seit längerer Zeit mit der Reparatur von Citroen-Fahrzeugen, insbesondere von Oldtimern zu befassen und spricht dann von "seinen" Leuten in "seiner" Werkstatt klingt jedenfalls dies wie die Aussage des Betriebsinhabers. 30

Zudem lassen sich diese Äußerungen auch noch durch eine dritte mögliche Variante erklären, nämlich der, dass sich der Beklagte der polnischen Werkstatt als Subunternehmerin 31

bedient.

Soweit das Landgericht daraus, dass der Beklagte angab, auch sein Fahrzeug sei in der polnischen Werkstatt restauriert worden, folgert, er habe die Arbeiten nicht persönlich ausgeführt, steht dies seiner Passivlegitimation nicht entgegen. Denn fraglich ist nicht, ob die Restaurierung durch den Beklagten persönlich durchzuführen war, sondern, ob er Vertragspartner des Klägers im Hinblick auf die durchzuführende Restaurierung ist. 32

Auch die weiteren Umstände des Zusammentreffens ließen ein Handeln des Beklagten für einen Dritten bzw. als bloßer Vermittler nicht erkennen. Nach der Darstellung des Beklagten hatte das Zusammentreffen den Zweck, dem an einem Ankauf interessierten Kläger den Citroen des Beklagten zu zeigen. Warum der Beklagte hierzu nach der Aussage der Zeugin K. Lederproben dabei hatte und Fotos von restaurierten Fahrzeugen, also nicht nur seines eigenen, wird von ihm nicht erklärt. Auch die Kalkulation der Preise und die von der Zeugin bestätigte Angabe eines Zeitrahmens sprechen eher für ein Eigengeschäft. Jedenfalls lassen sie eine bloße Vermittlertätigkeit nicht sicher erkennen. 33

Auch das Fehlen eines schriftlichen Vertrags sowie Art und Weise der Zahlungsmodalitäten mussten entgegen der Ansicht des Landgerichts keine Zweifel an einem Eigengeschäft des Beklagten wecken. Warum -der Argumentation des Landgerichts folgend- nicht der Beklagte selbst, wohl aber die polnische Werkstatt ein Schwarzgeschäft abschließen sollte, ist nicht plausibel. 34

Soweit der Beklagte meint, gerade daraus, dass an seine Lebensgefährtin und nicht an ihn gezahlt worden sei, folge, dass er nicht Vertragspartner sei, ist dies nicht überzeugend. Denn dass diese in einer näheren Beziehung zur polnischen Werkstatt steht, ist nicht dargetan. Dass die Zahlungen an eine dem Beklagten nahe stehende Person geleistet wurden, spricht nicht gegen, sondern für ein Eigengeschäft des Beklagten. 35

Ob in der polnischen Werkstatt Hinweise auf den Beklagten zu finden waren, ist, wie der Kläger zutreffend in der Berufung ausführt, unerheblich. Denn dies kann keine Rückwirkung auf die bei Vertragsschluss erkennbaren Umstände entfalten. 36

c) 37

Der Senat sieht sich nicht veranlasst, aufgrund vorstehender Erwägungen die Beweisaufnahme zu wiederholen. Denn diese kann mit anderem Ergebnis verwertet werden. Ist eine Tatsachenfeststellung durch das Berufungsgericht geboten, beurteilt sich die Frage, ob und inwieweit das Berufungsgericht zu einer Wiederholung der erstinstanzlichen Beweisaufnahme verpflichtet ist, nach denselben Grundsätzen wie aus der Zeit vor der Geltung des Zivilprozessreformgesetzes (BGH NJW 2004, 1876), so dass auf die hierzu ergangenen Entscheidungen zurückgegriffen werden kann. Auf dieser Grundlage ist eine Wiederholung der Beweisaufnahme nicht erforderlich. Die nochmalige Vernehmung eines Zeugen kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann unterbleiben, wenn sich das Berufungsgericht für seine von der Vorinstanz abweichende Würdigung auf solche Umstände bezieht, die weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen (BGH NJW 1998, 2222). Geht es darum, ob der Inhalt der protokollierten Aussage objektiv für die Beweisfrage ergiebig ist, kann das Berufungsgericht prinzipiell die Aussage ohne erneute Vernehmung des Zeugen anders beurteilen als die erste Instanz (BGH NJW-RR 1986, 285). Eine vom Zeugen bekundete Willenserklärung darf gemäß § 389 ZPO auch ohne erneute Beweisaufnahme in zweiter 38

Instanz anders als in erster ausgelegt werden, wenn deren objektiver Erklärungswert vom Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) aus zu ermitteln ist und das Berufungsgericht bei der Auslegung vorausgehenden Feststellung des Erklärungstatbestandes von demselben Beweisergebnis ausgeht wie der Vorderrichter (BGH NJW 1998, 384). Bei der Auslegung als Akt rechtlicher Würdigung ist das Berufungsgericht grundsätzlich nicht an die Ansicht des Erstrichters gebunden (BGH a.a.O., 385; BGH Urteil vom 14.7.2004 -VIII ZR 164/03-). Der vorliegende Fall ist damit vergleichbar. Auch hier geht es um die Auslegung des Erklärungsverhaltens des Beklagten. Der Senat hat -ebenso wie das Landgericht- keine Zweifel am Inhalt der Zeugenaussage und legt diesen in gleicher Weise zugrunde. Lediglich im Rahmen der nächsten Stufe der Wertung dieser Erklärungen und Umstände ergibt sich ein abweichendes Ergebnis, da sich aus dem landgerichtlich festgestellten Erklärungstatbestand gerade nicht entnehmen lässt, dass sich erkennbar aus den Umständen ergab, dass der Beklagte kein Eigengeschäft abschließen wollte.

2. 39

Der geschlossene Vertrag ist nicht wegen Verstoßes gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit gemäß § 134 BGB nichtig. Dies wäre nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats dann anzunehmen, wenn beide Vertragsparteien gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verstoßen haben (vgl. BGH NJW-RR 2002, 557 m.w.N.; Senatsurteil vom 07.11.2003, -22 U 62/03-; Senat in NJW-RR 1998, 1710, NJW-RR 1993, 884). Ein einseitiger Verstoß des Auftragnehmers soll nur dann zur Nichtigkeit des § 134 BGB führen, wenn der Auftraggeber diesen kennt und ihn bewusst zu seinem Vorteil ausnutzt (BGH NJW 1985, 2403, 2404; Senat in NJW-RR 1993, 884; Heinrichs a.a.O § 134 Rn. 22). Beide Konstellationen liegen nicht vor.

Ein zur Nichtigkeit führendes Schwarzgeschäft im Sinne des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ist durch das Landgericht nicht festgestellt worden. Das Landgericht hat zur Begründung eines Fremdgeschäftes des Beklagten u.a. angeführt, dass es für den Kläger auf der Hand gelegen habe, dass es sich um ein Schwarzgeschäft gehandelt habe, das am Finanzamt vorbei abgewickelt werden sollte. Der Senat geht davon aus, dass das Landgericht mit "Schwarzgeschäft" ein Geschäft "ohne Mehrwertsteuer" meinte. Ob hierin ein Verstoß gegen Steuergesetze liegt und das Geschäft überhaupt im Inland umsatzsteuerpflichtig war, bedarf keiner Entscheidung. Denn ein solcher führt nicht zur Nichtigkeit nach § 134 BGB.

Selbst wenn man der Ansicht sein sollte, der Beklagte habe als Inhaber der polnischen Werkstatt durch seine Vorgehensweise gegen § 1 SchwarzArbG in der Fassung vom 16.12.1997 verstoßen, weil er das Fahrzeug in Deutschland zur Restaurierung angenommen hat, bestehen jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass dem Kläger ein solcher Verstoß bei Auftragsvergabe bekannt war und von ihm bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt wurde. Es ist schon nicht ersichtlich, dass sich der Kläger hierüber überhaupt Gedanken machte oder dies zwischen den Parteien thematisiert wurde.

3. 43

Ob die erbrachten Restaurierungsarbeiten mangelhaft waren, was zwischen den Parteien streitig ist, bedarf keiner weiteren Aufklärung. Denn es mangelt jedenfalls an der gemäß § 635 BGB a. F. erforderlichen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Zwar hatte der Kläger hinsichtlich der auf der Mängelliste aufgeführten und seiner Behauptung nach noch vorhandenen Mängel ausweislich der Mängelliste (Bl. 22 GA) eine Frist "zur Reparatur" bis zum 06.02.2002 gesetzt, allerdings ohne Ablehnungsandrohung. Nach Rückerhalt des nach

der klägerischen Darstellung weiterhin mangelbehafteten Fahrzeugs ist weder eine weitere Fristsetzung noch eine Ablehnungsandrohung erfolgt. Dies steht der erfolgreichen Geltendmachung eines Minderungsanspruchs entgegen. Denn eine Fristsetzung **mit** Ablehnungsandrohung bezüglich aller nunmehr gerügten Mängel war nicht gemäß § 634 Abs. 2 BGB entbehrlich. Zwar ist die Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung dann überflüssig, wenn sie nur eine nutzlose Förmerei wäre, etwa weil der Auftragnehmer seine Gewährleistungspflicht schlechthin bestreitet oder die Beseitigung verweigert (BGH BauR 1985, 198,199). Dabei ist sein gesamtes Verhalten zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozess (BGH a.a.O.). Allerdings lässt allein das bloße Bestreiten der Mangelhaftigkeit im Prozess keine Rückschlüsse auf vorprozessuales Verhalten zu, da ihm auch prozesstaktische Erwägungen zugrunde liegen können (OLG Düsseldorf OLGR 1999, 153 sowie OLGR 1995, 107). Erforderlich ist vielmehr, dass eine Haltung des Unternehmers erkennbar wird, aus der der Schluss gezogen werden kann, dass mit ihm über die Berechtigung eines Mängelbeseitigungsverlangens nicht gesprochen werden kann. Dies ist nicht der Fall. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beklagte weitere Mängelbeseitigungsarbeiten vorprozessual verweigert hätte. Zwar leugnet der Beklagte, Vertragspartner des Klägers zu sein. Gleichwohl hat er auf die erste Rüge des Klägers das von diesem erstellte Mängelprotokoll unterzeichnet und den Wagen zur Überprüfung der Mängel entgegengenommen. Diese muss auch erfolgt sein, da die jetzt nach der klägerischen Behauptung noch vorliegenden Mängel nicht völlig deckungsgleich mit den auf der Mängelliste genannten sind. Nach Rückerhalt des Wagens scheint es zwischen den Parteien keinen Kontakt mehr gegeben zu haben. Soweit der Kläger behauptet, der Beklagte sei für ihn weder telefonisch noch schriftlich erreichbar gewesen, ist dies nicht ausreichend substantiiert, da nicht dargetan ist, welche -erfolglosen - Versuche der Kläger unternommen haben will. Auch inhaltlich ist dies nicht überzeugend, da der Mahnbescheid ausweislich der Akten problemlos zugestellt werden konnte.

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung war auch nicht deshalb entbehrlich, weil die erste Nachbesserung nach der klägerischen Behauptung nicht zum Erfolg geführt hatte. Der Kläger wäre hier nach Treu und Glauben gehalten gewesen, zumindest eine weitere Nachbesserung zuzulassen. Soweit der Kläger meint, zu einer erneuten Fristsetzung nach dem seiner Behauptung nach fehlgeschlagenen Reparaturversuch nicht verpflichtet gewesen zu sein, weil er das Vertrauen verloren habe, verkennt er, dass der ersten Nachbesserung zwar eine Fristsetzung, aber keine Ablehnungsandrohung zugrunde lag. Dem Beklagten war damit noch nicht, wie von § 634 BGB a. F. vorgesehen, vor Augen geführt worden, welches Risiko er eingeht, falls er die Mängel nicht behebt. Insbesondere die Ablehnungsandrohung verdeutlicht dem Unternehmer, dass er im Falle der nicht erfolgten Mängelbeseitigung den mit erheblich höherem Kostenrisiko verbunden Ansprüchen des § 634 BGB a. F. ausgesetzt ist, ohne diese noch durch Nachbesserung abwenden zu können.

45

Das Vorbringen des Klägers im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 6.9.2004 gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Denn selbst wenn der Beklagte schon bei Unterzeichnung der Mängelliste behauptet haben sollte, nicht Vertragspartner zu sein, ließe dies das Erfordernis einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht entfallen. Dies wäre nur dann gerechtfertigt, wenn hierin eine ernsthafte und endgültige Verweigerung der Mängelbeseitigung durch den Beklagten zu sehen wäre, was sich nach den Gesamtumständen des Einzelfalls beurteilt (vgl. Sprau in Palandt, § 634 Rn. 4). Nach diesen konnte der Kläger hiervon nicht ausgehen, weil der Beklagte -wie ausgeführt- gleichwohl tätig wurde, die Mängelliste abzeichnete und das Fahrzeug mitnahm.

46

III.

47

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Grundlage in den §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. 48

Streitwert: 10.225,85 EUR 49

a. M.-P. Dr. F. 50
