

26

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 209/75

URTEIL

Verkündet am
25. November 1976
Kaufmann
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Installateurs Franz S c h [REDACTED] ,
E[REDACTED]straße [REDACTED], F[REDACTED] (M[REDACTED]),

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

die I [REDACTED] & Co. GmbH, gesetzlich vertreten
durch ihre Geschäftsführer Werner F[REDACTED], Niels Ro[REDACTED]
und Wolfgang Te[REDACTED], K[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED] Na[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. h. c. [REDACTED] -

- 2 -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. November 1976 durch den Vorsitzenden Richter Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Bundschuh

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 18. September 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien und die Firma H. [REDACTED] sind die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts), die unter der Federführung der Klägerin von der D. [REDACTED] Bank damit betraut worden war, in deren Verwaltungsneubau in Fr. [REDACTED]/M. [REDACTED] die sanitären Installationsarbeiten auszuführen. Nach einer Anweisung der Bauleitung hatte die Arbeitsgemeinschaft dabei von einer Firma R. [REDACTED] vorgefertigte Installationswände

- 3 -

einzubauen, in denen zwischen Spanplatten sämtliche (Kunststoff-)Rohrleitungen mit Außenanschlüssen bereits verlegt waren und an die nur noch die Hauptsteig- und Abflußleitungen sowie die sanitären Objekte usw. angeschraubt zu werden brauchten. Der Beklagte hat für den ihm zugedachten Teil der Arbeiten neun solcher Wände bei der Firma R. abgerufen, nachdem sie zuvor von der Klägerin bestellt worden waren. Die Wände wurden später nach einer Absprache der Gesellschafter auch insoweit, als sie auf den Beklagten entfielen, von der Klägerin montiert, jedoch in diesem Umfang - wie von Anfang an vorgesehen - von der Firma R. dem Beklagten in Rechnung gestellt und von diesem der Bank weiterberechnet.

Die sanitären Einrichtungen wurden im August 1968 in Gebrauch genommen. Schon zwei Monate später zeigten sich undichte Stellen. Auf die sofortige Mängelrüge der Bank unternahmen die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft während mehrerer Jahre Nachbesserungsversuche, die jedoch keinen dauernden Erfolg brachten. Mit Schreiben vom 7. Dezember 1971 setzte die Bank eine letzte Frist zur Mängelbeseitigung. Daraufhin ließ der Sachverständige Doranth im Einverständnis aller Beteiligten im Jahre 1972 eine der Installationswände öffnen und stellte in seinem Gutachten vom 5. September 1972 zusammenfassend fest, daß diese Wände in Konstruktion und statischer Berechnung deutliche Mängel aufwiesen, für die das Herstellerwerk voll verantwortlich sei.



In einer Besprechung am 25. Oktober 1972 versuchten die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft, ihre Haltung gegenüber der Bank zu klären. Noch am gleichen Tage verhandelte die Klägerin mit der Bank. Dabei einigten sich beide Seiten dahin, daß die Arbeitsgemeinschaft kostenlos die Fliesen abschlagen, die Wände öffnen, die Kunststoff- durch Gußrohre ersetzen und die Halterungen verstärken werde, während die Bank die übrigen Arbeiten übernahm. Am 18. Dezember 1972 verhandelten sodann die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft darüber, wer die einzelnen Arbeiten ausführen solle. Die Klägerin faßte das Ergebnis in einer Aktennotiz vom 3. Januar 1973 zusammen, die sie auch dem Beklagten übersandte. Dieser antwortete erst mit Anwaltsschreiben vom 9. Februar 1973, er werde die in Aussicht genommenen Arbeiten nur gegen volle Bezahlung durchführen, da etwaige Gewährleistungsansprüche der Bank verjährt seien und er auch keine Mängel zu vertreten habe. Da die Firma H. dieselbe Haltung einnahm, die Bank aber auf der vereinbarten Mängelbeseitigung bestand und hierfür eine Frist setzte, verrichtete die Klägerin die Arbeiten allein. Hierfür verlangt sie vom Beklagten anteiligen Ausgleich. Dazu hat sie behauptet, der Beklagte habe sowohl am 25. Oktober wie auch am 18. Dezember 1972 zugesichert, daß er die Nachbesserungsarbeiten an neun Installationswänden unentgeltlich ausführen werde.

Die Vorinstanzen haben den Beklagten antragsgemäß verurteilt, 38.736,23 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt aus: Der Klägerin stehe der geltend gemachte Anspruch schon deshalb zu, weil sie als einer der mehreren Gesamtschuldner die Nachbesserungsarbeiten ausgeführt habe und darum nach § 426 BGB Ausgleich fordern könne. Dem kann, wie die Revision zutreffend rügt, aus dem nachstehend zu 1 b) dargelegten Grund nicht ohne weiteres gefolgt werden.

1. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich offen gelassen, ob sich bei den Besprechungen innerhalb der Arbeitsgemeinschaft am 25. Oktober und 18. Dezember 1972 auch der Beklagte zur Gewährleistung bereit erklärt hatte oder ob diese Bereitschaft wenigstens seinem vorübergehenden Schweigen auf die Aktennotiz der Klägerin vom 3. Januar 1973 entnommen werden mußte. Für die Revisionsinstanz ist deshalb beides zu verneinen. Damit fragt es sich, ob die Arbeitsgemeinschaft ursprünglich und - bejahendenfalls - auch noch bei Abschluß der Nachbesserungsvereinbarung mit der Bank am 25. Oktober 1972 dieser gegenüber zur Mängelbeseitigung noch verpflichtet gewesen wäre; denn hätte die Klägerin die Nachbesserungsarbeiten ohne eine solche Verpflichtung und ohne Zustimmung des Beklagten vorgenommen, so könnte sie von ihm keinen Ersatz verlangen.

a) Der Umstand, daß die Bauleitung die Verwendung vorgefertigter Installationswände eines bestimmten Fabrikats vorgeschrieben hatte, schloß - darin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen - die Nachbesserungspflicht

der Arbeitsgemeinschaft nicht aus. Zwar beruhte die Notwendigkeit einer Nachbesserung nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht auf einem Montagefehler der Klägerin, sondern darauf, daß die Wände in ihrer Konstruktion und statischen Berechnung "deutlich sichtbare Mängel" aufwiesen. Deshalb könnte sich die Arbeitsgemeinschaft, wären keine abweichenden Vereinbarungen getroffen worden, grundsätzlich auf § 13 Nr. 3 der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teil B (VOB/B) berufen, wonach in der Regel der Auftragnehmer von der Gewährleistung für diejenigen Mängel frei ist, die auf die von dem Auftraggeber vorgeschriebenen Bauteile zurückzuführen sind. Demgegenüber verweist das Berufungsgericht jedoch mit Recht auf § 4 der gleichfalls zum Vertragsinhalt gewordenen allgemeinen Vertragsbedingungen der Bank, wonach "alle Ausführungsunterlagen . . . vom Auftragnehmer auf ihre Richtigkeit zu überprüfen" waren, der Auftragnehmer "die volle Verantwortung für die . . . Betriebssicherheit . . . der technischen Anlagen" trug und "für alle Mängel, die nach neuestem Stande der Technik zu vermeiden waren", haftete. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, durch diese Bedingungen sei § 13 Nr. 3 VOB/B abbedungen worden, so daß die Arbeitsgemeinschaft auch für die Installationswände als solche Gewähr habe leisten müssen, bestehen keine rechtlichen Bedenken. Auch die Revision zeigt solche nicht auf. Auf die Hilfs-erwägung des Berufungsgerichts, die Arbeitsgemeinschaft hafte auch schon nach § 13 Nr. 3 VOB/B, und zwar deshalb, weil die Konstruktionsmängel der Wände nach dem Gutachten des Sachverständigen derart gravierend gewesen seien,

daß sie den Installationsfirmen bei sorgfältiger Prüfung, zu der sie verpflichtet gewesen wären, hätten auffallen müssen, kommt es deshalb in diesem Zusammenhang nicht an.

b) Begründet ist dagegen die Ansicht der Revision, daß der Anspruch der Bank bei Abschluß der Nachbesserungsvereinbarung am 25. Oktober 1972 verjährt gewesen sein könnte. Insoweit führt das Berufungsgericht aus: Zwar sei die Gewährleistungspflicht auf zwei Jahre, beginnend mit der endgültigen Abnahme, begrenzt gewesen, und diese Frist möge an sich zur Zeit der Nachbesserung im Jahre 1973 abgelaufen gewesen sein. Die Bank habe jedoch schon im Oktober 1968 die Mängel angezeigt, und es sei seitdem zu wiederholten, wenn auch vergeblichen Nachbesserungsversuchen gekommen. Der Beklagte habe nicht dargelegt, daß diese Nachbesserungsarbeiten erneut abgenommen worden seien. Das hätte er aber tun müssen, um sich mit Erfolg auf Verjährung berufen zu können; denn die Verjährungsfrist würde gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B erst mit der Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung wiederbegonnen haben. Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Recht:

Zutreffend geht das Berufungsgericht von § 13 Nr. 4 VOB/B aus, wonach Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln an Bauwerken in zwei Jahren verjähren und diese Frist mit der Abnahme der Leistung beginnt. Da für eine frühere Abnahme nichts vorgetragen ist, greift ergänzend § 12 Nr. 5 VOB/B ein, wonach die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung (August 1968)

als erfolgt gilt. Die Frist kann danach frühestens im August 1970 geendet haben.

Hatte die Bank im Oktober 1968 - was das Berufungsgericht allerdings nicht ausdrücklich feststellt - die Mängelbeseitigung schriftlich verlangt, so konnten ihre Ansprüche überdies nicht vor Oktober 1970 verjähren. Damals bestimmte der einzige - heute erste - Satz von § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B zwar nur, daß der Auftragnehmer verpflichtet sei, alle während der Verjährungsfrist hervorgetretenen, auf vertragswidriger Leistung beruhenden Mängel zu beseitigen, "wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt". Der Satz, wonach bei Bauwerken der Anspruch auf Beseitigung schriftlich gerügter Mängel erst zwei Jahre nach Zugang des schriftlichen Verlangens verjährt, ist erst im Jahre 1973 als Satz 2 angefügt worden. Es wurde aber schon vorher in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß der Auftraggeber, um wegen seiner Beseitigungsansprüche eine neue Verjährungsfrist in Lauf zu setzen, nicht etwa zu klagen, sondern nur die Mängelbeseitigung schriftlich zu verlangen brauchte (vgl. u. a. BGHZ 53, 122, 126; 58, 7, 10; 58, 332, 336; 59, 323, 324; 62, 293, 294 und BGH Urt. v. 18. 3. 1976 - VII ZR 35/75 = WM 1976, 716; BGB-RGRK, § 639 Anm. 28 und Ingenstau/Korbion, Verdingungsordnung für Bauleistungen, 6. Aufl., VOB/B § 13 Anm. 65, und 7. Aufl., VOB/B § 13 Anm. 123 und 124). Andererseits hatte der Auftraggeber nur ein einziges Mal die Möglichkeit, durch schriftliche Aufforderung, einen Mangel zu beseitigen, eine neue Frist in Lauf zu setzen. Bei mehreren, selbst auf lange Zeiträume verteilten schriftlichen Anzeigen rechnete also

die neue Zweijahresfrist nur von der ersten Anzeige an (vgl. außer den vorstehend genannten Entscheidungen BGH Urt. v. 25. 10. 1962 - VII ZR 68/61 = NJW 1963, 810 Abschn. I 3). Deshalb würde, sieht man von anderen Möglichkeiten der Unterbrechung oder Hemmung ab, der Beseitigungsanspruch der Bank bei schriftlicher Mängelrüge zwar nicht im August, wohl aber im Oktober 1970 verjährt gewesen sein.

§ 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B bestimmt seit 1973 in einem damals gleichfalls angefügten Satz 3 zwar weiter, daß "nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung" für diese Leistung bei Bauwerken im allgemeinen eine neue Zweijahresfrist beginnt. Diese Folgerung ist jedoch aus dem ersten, bis 1973 einzigen Satz von § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B, soweit ersichtlich, nie gezogen worden und ließ sich auch bei weiterer Auslegung nicht ziehen.

Es kommt zwar noch in Betracht, in den jeweiligen Mängelbeseitigungsleistungen ein die Verjährung unterbrechendes Anerkenntnis zu erblicken (vgl. BGHZ 48, 108, 115 und BGH Urt. v. 29. 10. 1956 - VII ZR 6/56 = Schäfer-Finnern Z 2.414 - Bl. 26 sowie BGB-RGRK § 639 Anm. 3 und 17). Außerdem ist in diesem Zusammenhang § 639 Abs. 2 BGB zu beachten, wonach dann, wenn sich der Unternehmer "der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels" unterzieht, die Verjährung vorübergehend gehemmt ist (vgl. BGHZ 48, 108, 111 und BGH Urt. v. 25. 10. 1962 - VII ZR 68/61 = NJW 1963, 810 Abschn. III; BGB-RGRK, § 639 Anm. 15 ff, insbesondere Anm. 22). Daraus könnte herzuleiten sein, daß die auf solche Weise jeweils eingetretenen Hemmungen

oder Unterbrechungen im vorliegenden Falle die Verjährungsfrist bis zum 25. Oktober 1972 oder darüber hinaus ausgedehnt haben. Ob hier die Verjährung unterbrochen oder gehemmt gewesen ist, hat das Berufungsgericht in der Annahme, nach dem Beginn von Nachbesserungsversuchen würde erst mit der "Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung" die neue Verjährungsfrist begonnen haben, jedoch nicht geprüft. Darlegungspflichtig dafür wäre im Verhältnis der Parteien zueinander übrigens die Klägerin; denn sieht man von etwaigen, bisher nicht festgestellten Vereinbarungen der Gesellschafter ab, so gehört zur Schlüssigkeit der Klage auch die Behauptung, die Arbeitsgemeinschaft sei noch im Oktober 1972 zur Mängelbeseitigung verpflichtet, der Gewährleistungsanspruch damals also noch nicht verjährt gewesen.

2. Da es somit entweder zur Verjährung oder zur Bereitschaft des Beklagten, unabhängig von einer solchen an der Mängelbeseitigung unentgeltlich mitzuwirken, weiterer

tatsächlicher Feststellungen bedarf, muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Auf die weiteren Revisionsangriffe kann der Beklagte gegebenenfalls erst in der neuen mündlichen Verhandlung zurückkommen.

Stimpel Dr. Schulze Fleck Dr. Bauer Bundschuh