

VII ZR 108/60

Verkündet
am 9. November 1961
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das
Land Nordrhein-Westfalen, dieses vertreten durch die
Oberfinanzdirektion K [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagter, Berufungsbeklagter
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

gegen

den Malermeister Otto H [REDACTED], K [REDACTED],
B [REDACTED]-Str. [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]-

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. November 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln
vom 10. März 1960 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision, an
das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im Oktober und November 1955 an einem der Klägerin gehörenden Wohnblock in B [REDACTED] [REDACTED] den Anstrich der Holzfenster erneuert. Nach dem Leistungsverzeichnis waren an den Fenstern innen und außen die alte Farbe gründlich zu entfernen, die Rahmen gegen Blaufäule zu imprägnieren, zu grundieren, auszuspachteln, zu schleifen, zweimal mit Ölfarbe zu streichen und zu lackieren.

Der Beklagte hat die noch feststehende alte Farbe an den Fensterrahmen belassen. Er hat die Farbe nur, soweit sie sich gelöst hatte, entfernt und nur an diesen Stellen das freigelegte Holz mit "Antiblauf-Firnis" behandelt, einem Mittel, das nach seiner Behauptung zugleich imprägniert und grundiert.

Die Klägerin hat dem Beklagten 12.000 DM angezahlt. Dessen Schlußrechnung lautet über 19.463,30 DM.

Bald nach Beendigung der Arbeiten blätterte stellenweise die Farbe ab. Darauf ließ die Klägerin die Arbeiten durch den Malermeister B [REDACTED] begutachten und holte auf dessen Veranlassung noch ein Gutachten des "Instituts für Anstrichstoffe im Bauwesen" ein. Darin ist festgestellt, daß die Blaufäulepilze dort, wo die alte Farbe entfernt und das Holz imprägniert worden war, überwiegend abgetötet, unter der alten Farbe dagegen weiterhin vorhanden waren; ferner besagt das Gutachten, ein zweiter Voranstrich sei entgegen dem Leistungsverzeichnis nicht ausgeführt worden; das Abblättern des Anstrichs könne zum Teil durch die ungünstige Witterung während des Anstreichens bedingt sein.

- 3 -

Die Klägerin übersandte das Gutachten am 26. Oktober 1956 dem Beklagten und forderte ihn auf, die Fenster auf seine Kosten neu zu streichen. Das lehnte der Beklagte in seinem Schreiben vom 8. November 1956 ab. Am 13. Juli 1957 verlangte die Klägerin die angezahlten 12.000 DM von ihm zurück, was der Beklagte in seinem Schreiben vom 31. Juli 1957 verweigerte. Im Jahre 1959 ließ die Klägerin die Fenster von einem anderen Maler neu streichen.

Die Klägerin hält die Arbeit des Beklagten für wertlos. Sie hat auf Rückzahlung der 12.000 DM und Erstattung der 680 DM betragenden Kosten des Sachverständigengutachtens, insgesamt auf Zahlung von 12.680 DM nebst Zinsen geklagt.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er meint, er habe nur die lose Farbe entfernen müssen. Sein Anstrich habe deshalb nicht gehalten, weil das Holz schlecht gewesen sei. Er hat ferner die Einrede der Verjährung erhoben.

Widerklagend hat der Beklagte eine restliche Werklohnforderung von 7.327 DM nebst Zinsen geltend gemacht.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat auch die Klage abgewiesen, weil der Anspruch verjährt sei. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Klagsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob der Beklagte, wie die Klägerin behauptet, die vertraglich vorgesehene Leistung nicht erbracht hat und seine Arbeit wertlos ist. Auch wenn man dies unterstelle, stehe der Klägerin

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



ein erst in 30 Jahren verjährender Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 BGB) auf die angezahlten 12.000 DM nicht zu.

Hierin ist dem Berufungsgericht zuzustimmen. Fordert der Besteller von dem Unternehmer wegen mangelhafter Erfüllung einen gezahlten Vorschuß zurück, so macht er keinen Bereicherungsanspruch geltend. Seine Anzahlung hat er nicht ohne Rechtsgrund, sondern auf Grund des Werkvertrags geleistet; dieser ist auch nicht nachträglich entfallen (RGRKomm. 11. Aufl. § 638 Anm. 2).

II.

Ob die Klägerin die angezahlten 12.000 DM auf Grund der Vorschriften über die Gewährleistung vom Beklagten zurückverlangen kann oder ob ein solcher Anspruch verjährt ist, braucht nur anhand des § 13 VOB (B), nicht auch der §§ 633 - 635, 638 BGB geprüft zu werden. Die Parteien haben die Anwendung der Vorschriften der VOB (B) vereinbart. Das ergibt sich eindeutig aus dem Angebot des Beklagten vom 20. September 1955, für das dieser ein von dem Finanzbauamt Köln, das für die Klägerin die Verhandlungen geführt hat, entworfenes Formular verwendet hat.

1.) Bei dem Fensteranstrich an dem bereits errichteten Gebäude handelt es sich um bloße Ausbesserungs- und Instandhaltungsarbeiten. Mit solchen Arbeiten wird kein Bauwerk, auch nicht der Teil eines solchen, errichtet. Das bestehende Bauwerk selbst wird nicht verändert, und es wird auch nicht ein einzelner erheblicher Bauwerksteil erneuert (BGHZ 19, 319, 324). Deshalb stellt der erneuerte Fensteranstrich nicht ein "Bauwerk" dar, vielmehr handelt es sich um "Arbeiten an einem Grundstück" i.S. des § 13 Ziffer 4 VOB (B).

Die Frist, innerhalb deren Gewährleistungsansprüche der Klägerin wegen Mängeln des Anstrichs verjähren, beträgt daher nach § 13 Ziffer 4 VOB (B) - übrigens auch nach § 638 BGB - ein Jahr. Hiervon geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

2.) Dem angefochtenen Urteil ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob das Berufungsgericht für festgestellt erachtet, daß die Klägerin die Arbeit des Beklagten abgenommen hat. Das Berufungsgericht hält aber auch dann, wenn eine Abnahme nicht erfolgt ist, Gewährleistungsansprüche der Klägerin und deshalb auch den eingeklagten Anspruch auf Rückzahlung der 12.000 DM für verjährt. Dann komme es nämlich entweder darauf an, wann die Klägerin die Leistung des Beklagten in vollem Umfange habe beurteilen können, oder darauf, wann sie sie endgültig abgelehnt habe. Volle Klarheit habe die Klägerin spätestens durch das Gutachten des Instituts für Anstrichstoffe vom 10. Oktober 1956 erhalten. Endgültig abgelehnt habe sie den Anstrich, wenn nicht schon durch ihr Schreiben vom 26. Oktober 1956, in dem sie die völlige Erneuerung des Anstrichs verlangte, so jedenfalls am 13. Juli 1957, als sie die Abschlagszahlung zurückforderte. Spätestens am 13. Juli 1957 habe deshalb die einjährige Verjährungsfrist zu laufen begonnen. Der Antrag der Klägerin auf Erlass des Zahlungsbefehls sei aber erst am 9. September 1958 bei Gericht eingegangen.

Das Berufungsgericht läßt weiter dahingestellt, ob der Beklagte trotz der Überwachung seiner Arbeit durch Angestellte der Klägerin dieser arglistig verschwiegen hat, daß er nur dort, wo sich die alte Farbe gelöst hatte, diese entfernt und das Holz imprägniert hat. Es meint, die Klägerin könne sich auf ein arglistiges Verschweigen deshalb nicht berufen, weil sie am 13. Juli 1957, als sie die Arbeit endgültig ablehnte, durch die beiden

Gutachten alle Mängel gekannt habe; demnach sei sie seit diesem Zeitpunkt durch ein etwaiges Verschweigen der Beklagten nicht von der Erhebung der Klage abgehalten worden.

a) Diese letzte Erwägung ist rechtlich nicht haltbar. Es kommt nicht, wie das Berufungsgericht meint, darauf an, ob der Beklagte die Klägerin durch Arglist von der Erhebung der Klage abgehalten hat. Wenn der Beklagte die Mängel seiner Arbeit der Klägerin im Zeitpunkt der Abnahme arglistig verschwiegen hat, so verjähren die Gewährleistungsansprüche erst in 30 Jahren von der Abnahme ab (§§ 638 Abs. 1, 195 BGB). Die Klägerin kann also gegebenenfalls die angezahlten 12.000 DM aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Gewährleistung des Schadensersatzes zurückverlangen.

Das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob der Beklagte der Klägerin dadurch, daß er ihr in seinem Schreiben vom 21. Dezember 1955 der Wahrheit zuwider bestätigte, die Malerarbeiten entsprechend dem Leistungsverzeichnis ausgeführt zu haben, oder in anderer Weise den Mangel arglistig verschwiegen hat. Zwecks Nachholung dieser Prüfung war das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

b) Sollte der Beklagte der Klägerin den Mangel des Anstrichs nicht arglistig verschwiegen haben, so ist folgendes zu erwägen:

Falls die Klägerin die Arbeiten nicht förmlich angenommen hat, so galten diese 12 Werktage nach der schriftlichen Mitteilung des Beklagten vom 21. Dezember 1955,

daß er die Arbeit fertiggestellt habe, als abgenommen (§ 12 Ziff. 5 Abs. 1 VOB (B)). Die einjährige Verjährungsfrist hat dann in der ersten Januarhälfte 1956 zu laufen begonnen. Daß sie die Abnahme bis dahin ausdrücklich abgelehnt habe, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

Vor Ablauf dieser im Januar 1957 endenden Frist hat, worauf die Revision hinweist, die Klägerin mit Schreiben vom 26. Oktober 1956 dem Beklagten die durch die Gutachten festgestellten Mängel angezeigt und ihn aufgefordert, den Fensteranstrich auf seine Kosten zu erneuern.

Ob darin ein Verlangen nach Beseitigung von Mängeln im Sinne des § 13 Ziffer 5 VOB (B) lag oder die Klägerin damit, worauf sie jedenfalls nach der Abnahme keinen Anspruch mehr hatte, eine Neuherstellung des Werks verlangte, kann dahingestellt bleiben. Auch wenn das Schreiben der Klägerin den Voraussetzungen des § 13 Ziffer 5 VOB (B) entsprach, hat sich die Klägerin zwar dadurch über den Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist hinaus Gewährleistungsansprüche erhalten (BGH NJW 1957, 344; 1959, 142). Die rechtzeitige schriftliche Aufforderung der Klägerin zur Mängelbeseitigung hatte aber nur zur Folge, daß von neuem die nach dem Willen der Parteien durch die vereinbarte Anwendbarkeit der Bestimmungen der VOB (B) für das Vertragsverhältnis geltende einjährige Verjährungsfrist des § 13 Ziff. 4 VOB (B) zu laufen begann (vgl. hierzu Hereth NJW 1957, 344). Ob die neue Frist von der schriftlichen Aufforderung ab lief und deshalb am 26. Oktober 1957 endete, oder ob etwa die ursprüngliche Verjährungsfrist um ein weiteres Jahr verlängert wurde, braucht nicht entschieden zu werden. Im letzteren Falle wäre sie in der ersten Januarhälfte 1958 abgelaufen. Auch dann konnte durch den am 9. September 1958 gestellten

Antrag auf Erlaß des Zahlungsbefehls (§ 209 Abs. 2 Ziff. 1 BGB, § 693 Abs. 2 ZPO) die bereits abgelaufene Verjährung nicht mehr unterbrochen werden. Einen aus dem rechtlichen Gesichtspunkt der Gewährleistung hergeleiteten Anspruch auf Rückzahlung der 12.000 DM kann die Klägerin daher nicht mehr geltend machen.

III.

Einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung auf Erstattung der 680 DM betragenden Kosten des Sachverständigengutachtens hat das Berufungsgericht der Klägerin ebenfalls versagt. Es meint, daß ein solcher Anspruch neben dem aus Gewährleistung folgenden Schadensersatzanspruch (§ 13 Ziff. 7 VOB (B)) nur gegeben sei, wenn der Schaden nicht oder nicht nur durch die mangelhafte Erfüllung, sondern erst durch Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses entstanden sein; hier komme nur der Gewährleistungsansprüche auslösende Mangel des Anstrichs, also kein weiteres selbständiges Ereignis in Betracht.

Darin kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden. Das von ihm vermißte besondere Ereignis liegt in der Bestellung des Gutachtens durch die Klägerin. Hierdurch sind der Klägerin nicht als unmittelbare Folge des Mangels, sondern außerhalb des Werks Nachteile, nämlich die Kosten des Gutachtens entstanden (vgl. BGHZ 35, 130). Das die Klage abweisende Urteil ist deshalb auch in diesem Punkt nicht zu halten.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke