

Verkündet am 30. April 1959
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 Firma M [REDACTED] Brotfabrik Heinrich Ö [REDACTED] GmbH.,
M [REDACTED], E [REDACTED] straße, vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Heinrich Ö [REDACTED] sen.,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Karl R [REDACTED] & Co., GmbH., Bauunternehmung,
M [REDACTED], D [REDACTED] straße [REDACTED], vertreten durch
ihre Geschäftsführer Paul K [REDACTED] und Dipl.-Ing. Horst
I [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. April 1959 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Erbel und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf
vom 21. März 1958 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die in N- R- eine Brotfabrik betreibt, beschloß im Jahre 1949, ihr Unternehmen zu verlegen und zu diesem Zweck einen Neubau zu errichten. Sie vergab die Arbeiten in verschiedenen Abschnitten und durch jeweils besondere Aufträge zunächst an die Beklagte, später an einen anderen Unternehmer. Die Verträge für den Hauptbau (I), das Bürogebäude (IIa), den Treppenhausturm (IIb) und das Brotlager (III) schloß sie mit der Beklagten in den Jahren 1949 und 1950, den Vertrag über den Erweiterungsbau (IV) im Jahre 1952.

In der Vorbemerkung zum ersten Kostenanschlag der Beklagten vom 10. September 1949 war u.a. vorgesehen, daß die statischen Berechnungen von der Klägerin besorgt und der Beklagten kostenlos zur Verfügung gestellt werden sollten. Der Architekt der Klägerin, B-, nahm dieses Angebot am 17. September 1949 an; sein Schreiben enthält jedoch einige Sonderbestimmungen, darunter die folgende:

"Dem Angebot und den Ausführungen liegen die Bestimmungen der VOB, sowie die Vorbemerkung zum Angebot zu Grunde. Entgegen diesen Ausführungen ist die Aufstellung der statischen Berechnung, mit den dazugehörigen statischen Zeichnungen, Sache der ausführenden Firma und ohne besondere Vergütung zu liefern".

Die Klägerin nahm die Bauteile I bis III alsbald nach ihrer Fertigstellung zu verschiedenen Zeitpunkten des Jahres 1950 und den Erweiterungsbau (IV) am 31. Oktober 1952 in Benutzung.

Am 30. September 1954 teilte B- der Beklagten mit, daß sich zwischen dem Treppenhaus (IIb) und dem Bürogebäude (II a) Spannungen und Risse gezeigt hätten. Er bat um Be-

- 3 -

sichtigung und Stellungnahme. Die Beklagte antwortete am 26. November 1954, daß es sich nach ihrer Ansicht um Folgen der unvermeidlichen Setzung gehandelt habe, die aber jetzt zur Ruhe gekommen sei. Aus "Kulanz" sei sie jedoch bereit, eine einmalige Beseitigung von Rißschäden durchzuführen. Eine Einigung der Parteien kam jedoch nicht zustande.

Die Klägerin behauptet, der Baugrund sei von schlechter Beschaffenheit und nicht tragfähig gewesen; das habe die Beklagte bei der ihr obliegenden statischen Berechnung nicht hinreichend berücksichtigt. Sie habe ferner ordnungswidrig keine Trennungsfugen zwischen den unterschiedlich belasteten und zeitlich getrennt ausgeführten Bauten gelassen. Diese hätten sich verschieden stark gesenkt, so daß Risse und andere Schäden entstanden seien. Um ein weiteres Absinken der Fundamente zu verhindern, seien Arbeiten mit einem Kostenaufwand von 50.000,— DM erforderlich. Die Klägerin hat daher mit der am 9. Mai 1955 zugestellten Klage Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen davon verlangt. Ferner hat sie die Feststellung erbeten, daß die Beklagte zum Ersatz allen weiteren Schadens und des Minderwertes verpflichtet sei, der durch die unsachgemäße Gründung entstanden sei und noch entstehen werde.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat in erster Linie die Einrede der Verjährung erhoben. Vorsorglich hat sie bestritten, daß ihr bei den Arbeiten Fehler unterlaufen seien.

Beide Vorinstanzen haben die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß die Forderungen gemäß § 13 Nr. 4 VOB Teil B a.F. verjährt seien.



Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Das Oberlandesgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) in der vor 1952 geltenden Fassung zum Bestandteil aller zwischen den Parteien geschlossenen Verträge gemacht worden ist. Das gelte auch, so legt es dar, für die statischen Arbeiten, die untrennbar mit den Bauaufträgen verbunden gewesen seien. Der ausdrückliche Hinweis auf die VOB fehle nur in dem Angebot vom 10. Februar 1950, das sich auf den Treppenhausturm (IIb) beziehe; auch insoweit müsse aber "angesichts der gesamten Gestaltung des Vertragsverhältnisses" angenommen werden, daß die Bestimmungen der Verdingungsordnung maßgebend sein sollten.

Danach habe die Verjährungsfrist gemäß § 13 Nr. 4 VOB Teil B zwei Jahre betragen. Sie habe für jedes Bauwerk gesondert zu laufen begonnen, da es sich um verschiedene Einzelbauten gehandelt habe, die von der Beklagten nacheinander - z.T. in längeren Abständen - auf Grund gesonderter Verträge mit jeweils neuen Ausschreibungen und neuen Baugesuchen ausgeführt worden seien. Die Klägerin habe die Bauten zu I bis III sämtlich im Jahre 1950 in Benutzung genommen, so daß die Verjährungsfrist hierdurch gemäß § 13 Nr. 4 in Verbindung mit § 12 Nr. 5 VOB Teil B in Lauf gesetzt worden und 1952 verstrichen sei. Demgegenüber habe die Klägerin die Arbeiten erstmals am 30. September 1954 bemängelt. Zwar sei die Verjährungsfrist für den Erweiterungsbau (IV) erst

am 6. November 1954 abgelaufen; auf diesen habe sich aber das Schreiben vom 30. September 1954 nicht bezogen.

Die Frage, ob auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung von der kurzen Verjährungsfrist der VOB erfaßt würden, brauche nicht entschieden zu werden, weil es sich hier nicht um solche Forderungen handle. Ein arglistiges Verschweigen der Fehler sei nicht dargetan. Die Klägerin könne sich auch nicht auf die Gegeneinrede der unzulässigen Rechtsausübung berufen.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

I. Zu den Bauabschnitten I bis III:

1.) Die Revision stellt nicht in Abrede, daß die zwischen den Parteien über die Abschnitte I - III geschlossenen Bauverträge der VOB in ihrer vor 1952 gültigen Fassung unterstanden. Sie ist jedoch der Ansicht, daß dies nicht für die statischen Berechnungen zu gelten habe, auf deren Unrichtigkeit der Mangel in erster Linie zurückzuführen sei.

Die Rüge geht fehl. Der Tatrichter hat die Vereinbarungen der Parteien dahin ausgelegt, daß die VOB und damit auch deren Bestimmungen über die Verjährung auf den ganzen Auftrag einschließlich der statischen Berechnungen anwendbar sein sollten. Diese Würdigung kann von dem Revisionsgericht nur dahin nachgeprüft werden, ob sie gegen anerkannte Auslegungsregeln verstößt oder sonst aus Rechtsgründen zu beanstanden ist. Das ist nicht der Fall.

B. hat namens der Klägerin in dem Schreiben vom 17. September 1949, dessen Inhalt Vertragsbestandteil geworden ist, verlangt, daß die VOB maßgebend sein sollte. Das Schreiben enthält zwar auch eine Einschränkung; dem Oberlandesgericht kann aber nicht entgegengetreten werden, wenn es sie nicht auf die Anwendbarkeit der VOB bezieht. Denn B. verweist an jener Stelle auch auf die Vorbemerkungen zum Angebot vom 10. September 1949, in denen die Beklagte die Lieferung und Bezahlung der statischen Arbeiten durch die Klägerin vorgesehen hatte; er sagt weiter, die Berechnungen sollten "entgegen diesen Ausführungen" von der Beklagten kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Wenn das Oberlandesgericht hieraus schließt, jene einschränkenden Worte des Architekten B. hätten sich allein auf die Fertigung und Bezahlung der statischen Arbeiten, nicht jedoch auf deren Herausnahme aus der Anwendbarkeit der VOB bezogen, so lag eine solche Würdigung nach dem Wortlaut des Schreibens und seinem Sinn nahe, wenn sie nicht überhaupt die allein mögliche war. Jedenfalls hat sie das Revisionsgericht hinzunehmen.

Damit entfallen auch die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Einwände des Dissenses und der Arglist.

2.) Die Revision macht ferner geltend, es habe sich um ein einheitliches Abkommen gehandelt, so daß die Verjährungsfrist für alle Bauten erst 6 Werktage nach dem Zeitpunkt abgelaufen sei, zu dem die Klägerin den Erweiterungsbau (IV) in Benutzung genommen habe. Das sei der 6. November 1954 gewesen. Vor diesem Zeitpunkte habe aber die Klägerin bereits durch das Schreiben des Architekten B. vom 30. September 1954 die Abstellung der Mängel verlangt; gemäß der

Entscheidung des Senats vom 29. Oktober 1956 - VII ZR 6/56 - (NJW 1957, 344) sei daher die Verjährung für sämtliche Mängel noch nicht abgelaufen.

Auch diese Rüge geht fehl. Der Umstand, daß alle Verträge, soweit es sich um die Anwendung der VOB handelt, nach dem Inhalt des den Hauptbau betreffenden Schreibens vom 17. September 1949 zu beurteilen sind, hat nicht zur Folge, daß es sich auch um ein "Gesamtbauwerk" handelt, wie die Revision meint. Dieses Schreiben diene nur der Ermittlung des Vertragswillens für die späteren Abkommen; maßgebliche Anhaltspunkte dafür, daß der Beklagten ein einheitlicher Bauauftrag erteilt worden ist, der nicht in seine Bestandteile zerlegt werden konnte, brauchte das Oberlandesgericht daraus nicht zu entnehmen. Seine bedenkenfreien Feststellungen zeigen im Gegenteil, daß es sich um tatsächlich und rechtlich deutlich voneinander geschiedene Aufträge gehandelt hat.

Abgesehen hiervon beachtet die Revision nicht, daß gemäß § 12 Nr. 5 VOB auch bei Teilleistungen eines einheitlichen Bauvorhabens eine Abnahme und damit der Beginn einer besonderen Verjährungsfrist in Betracht kommen kann.

3.) Die Revision greift die von der Klägerin im zweiten Rechtszuge vertretene Auffassung wieder auf, die Beklagte hätte die Klägerin über die Anwendung der VOB auf die statischen Arbeiten und die sich aus den kurzen Verjährungsfristen ergebenden Gefahren aufklären müssen. Wegen der Unterlassung hafte die Beklagte aus Verschulden bei Vertrags-schluß oder positiver Vertragsverletzung.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob auch solche Schadensersatzansprüche der kurzen Verjährung des § 13 Nr. 4 VOB unterliegen würden. Denn der Annahme des Oberlandesgerichts, daß eine solche Belehrungspflicht gegenüber der durch einen sachkundigen Architekten vertretenen Klägerin nicht bestanden hat (S. 13 d. Urteils), ist zuzustimmen.

4.) Die Klägerin ist der Ansicht, daß die Rechtsgrundlage für ihre Ansprüche in erster Linie eine positive Vertragsverletzung der Beklagten sei; sie meint, daß für solche Forderungen die kurze Verjährungsfrist der VOB nicht gelte.

Das Oberlandesgericht hat dahingestellt gelassen, ob § 13 Nr. 4 VOB auch in einem derartigen Falle anzuwenden ist. Es hält Ansprüche der Klägerin aus positiver Vertragsverletzung schon deswegen für ausgeschlossen, weil es sich um einen dem Werk unmittelbar anhaftenden Mangel handle, der nur nach den Gewährleistungsvorschriften beurteilt werden könne.

Die Revision wendet sich vergeblich gegen diese Ausführungen. Es ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum zwar anerkannt, daß Forderungen aus positiver Vertragsverletzung auch neben Gewährleistungsansprüchen erhoben werden können. Das gilt aber nicht für Ansprüche, die bereits in den Gewährleistungsvorschriften ihre Rechtfertigung finden. Insoweit sind diese allein maßgebend; demgemäß gelten für solche Ansprüche nur die im Gesetz oder in vertraglichen Vereinbarungen vorgesehenen kurzen Verjährungsfristen (u.a. RGZ 161, 330 ff; RG JW 1938, 1646; vgl. ferner Urteil des Senats vom 7. November 1957 - VII ZR 26/57).

Die Abgrenzung zwischen den genannten Anspruchsarten richtet sich danach, ob der Schuldner dem Gläubiger einen über das Erfüllungsinteresse hinausgehenden Schaden verursacht hat (BGHZ 23, 288; RGZ 161, 330, 337 f). Ist dies nicht der Fall und ist der Anspruch nur in einem dem Werk unmittelbar anhaftenden Mangel begründet, so entfällt die Haftung des Schuldners aus positiver Vertragsverletzung.

Das Oberlandesgericht gelangt zutreffend zu dem Ergebnis, daß es sich hier nur um einen solchen, dem Werk unmittelbar anhaftenden Mangel handelt. Zu den von der Beklagten ausdrücklich übernommenen Vertragspflichten gehörte es, eine richtige statische Berechnung aufzustellen und demgemäß ordnungsmäßige und haltbare Fundamente auszuführen. Dieser Verpflichtung soll sie nach der Behauptung der Klägerin zuwidergehandelt und dadurch unmittelbar die Schäden an dem von ihr errichteten Bauwerk herbeigeführt haben. Auch die Nichtanbringung der Dehnungsfugen würde einen unmittelbaren Fehler des Werkes darstellen. Diese Mängel wären auch schon bei der Abnahme vorhanden gewesen; darauf, daß sie sich im Laufe der Zeit vergrößert haben sollen, kommt es in diesen Zusammenhänge nicht an (RG JW 1938, 1646). Unter diesen Umständen entfällt für die Klägerin nach dem Gesagten die Möglichkeit, ihre Forderungen auf eine positive Vertragsverletzung zu stützen. Das gilt auch für die Feststellungsklage; denn dem Vorbringen der Klägerin kann nicht entnommen werden, daß sich ihr dahingehendes Verlangen auf Schäden beziehen soll, die über ihr unmittelbares Erfüllungsinteresse hinausgehen.

Die Revision beruft sich zu Unrecht auf die Entscheidung des Reichsgerichts Warn. 1920, 33. Dort waren die Schäden, im Gegensatz zum vorliegenden Fall, gerade nicht

an dem von dem Unternehmer hergestellten Werk aufgetreten; dieses selbst war vielmehr ordnungsmäßig ausgeführt worden. Das Reichsgericht hat in dem bereits erwähnten Urteil JW 1938, 1646 ausdrücklich auf diesen Unterschied hingewiesen.

5.) Das Oberlandesgericht hält die Behauptung der Klägerin, die Beklagte habe den Mangel arglistig verschwiegen, nicht für erwiesen.

Die gegen diese Würdigung gerichteten Angriffe der Revision haben ebenfalls keinen Erfolg. Das Berufungsgericht begründet seine Ansicht im Einzelnen. Es hat dabei ohne Rechtsverstoß auch den Umstand verwertet, daß die gesamte Ausführung "mit Wissen und unter sachverständiger Beratung der Klägerin erfolgt" sei. Die Beweisanträge der Klägerin darüber, daß der Fehler erkennbar gewesen sei, hat es nicht übergangen. Aus seinen Ausführungen S. 17 des Urteils ergibt sich vielmehr, daß es dieses Vorbringen als wahr unterstellt, es aber nicht für geeignet erachtet hat, die Kenntnis der Beklagten von dem etwaigen Mangel und seiner Erheblichkeit darzutun. Diese Beurteilung liegt auf tatsächlichem Gebiet und bindet das Revisionsgericht.

6.) Das Oberlandesgericht lehnt die von der Klägerin erhobene Gegeneinrede der unzulässigen Rechtsausübung mit zutreffender Begründung ab (S. 21 f d. Urteils). Eines weiteren Eingehens hierauf bedarf es nicht, zumal die Revision ins Einzelne gehende Einwendungen insoweit nicht mehr erhebt.

7.) Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Verjährung für die von der Klägerin behaupteten Mängel an den Bauabschnitten I bis III bereits im Jahre 1952 abgelaufen war.

Das Schreiben des Architekten B. vom 30. September 1954 war somit nicht geeignet, der Klägerin ihre Rechte gemäß der Entscheidung des Senats NJW 1957, 344 zu erhalten.

II. Zum Erweiterungsbau (IV):

1.) Diesen Bauabschnitt hat die Klägerin erst im Jahre 1952 in Auftrag gegeben. In dem gleichen Jahre ist die neue Fassung der VOB beschlossen und veröffentlicht worden. Sie enthält in § 13 Nr. 7 Abs. 3 insofern eine bedeutsame Änderung, als die kurze Verjährung nicht gilt, soweit sich der Auftragnehmer durch eine Haftpflichtversicherung geschützt hatte oder hätte sichern können.

Die Klägerin hatte im ersten Rechtszuge behauptet, daß diese Voraussetzungen gegeben seien. Das Oberlandesgericht hat sich nicht damit befaßt. Es brauchte dies auch nicht zu tun, denn es nimmt an, daß alle Verträge, also auch der den Erweiterungsbau betreffende, der VOB in der alten Fassung unterstehen sollten.

Gegen diese Würdigung bestehen keine Bedenken. Es ist davon auszugehen, daß die Parteien das Rechtsverhältnis der VOB in der Fassung unterstellen wollten, die zur Zeit des Vertragsschlusses galt (Urteil des Sen. I. VOB Tl. B § 13 Abs. 1). Vorliegend ist das Abkommen über den Ergänzungsbau im Sommer 1952 getroffen worden; die Arbeiten waren spätestens im Oktober desselben Jahres beendet, wie sich daraus ergibt, daß die Klägerin nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts bereits am 31. Oktober 1952 eingezogen ist. Damals kam als Vertragsgrundlage nur die alte Fassung der VOB in Betracht; denn der Wortlaut der neuen Fassung ist

erst im November 1952 veröffentlicht worden (vgl. Weilbier in "Neue Bauwelt" 1952, S. 401, 402 und 779 sowie das bei Hereth-Ludwig-Nascholds 11-13 abgedruckte Vorwort des Vorsitzenden des DVA, Weil).

2.) Die Verjährungsfrist für den Ergänzungsbau richtete sich somit ebenfalls nach der Vorschrift des § 13 Nr. 4 VOB alter Fassung. Sie ist, wie das Oberlandesgericht ohne Rechtsirrtum feststellt, am 6. November 1954 abgelaufen.

Vor diesem Zeitpunkt hat zwar die Klägerin durch Schreiben ihres Architekten vom 30. September 1954 der Beklagten angezeigt, daß Mängel bestehen. Diese Mitteilung enthielt aber nach seinem unmißverständlichen Inhalt keine Aufforderung zur Schädenbeseitigung an dem Ergänzungsbau. Es bezog sich vielmehr nach den rechtsirrtumsfreien Darlegungen des Berufungsgerichts allein auf die Bauabschnitte II a und b. Danach war es nicht geeignet, den Ablauf der Verjährung hinsichtlich des Bauabschnittes IV zu hindern (vgl. insoweit auch LM § 477 BGB Nr. 1).

3.) Unter diesen Umständen kommt es auf die Hilfsbegründung des Oberlandesgerichts nicht mehr an, in der es darlegt, daß die Beklagte die Fundamente des Ergänzungsbaus in jedem Falle ordnungsmäßig ausgeführt habe.

III. Die auf die Verletzung des § 13 Nr. 7 VOB n.F. gestützte Rüge der Revision geht, wie bereits ausgeführt, schon deswegen fehl, weil alle Verträge nach der alten Fassung der VOB zu beurteilen sind. Diese enthielt keine dem § 13 Nr. 7 der neuen Fassung entsprechende Bestimmung.

IV. Die Revision ist somit, da auch sonst kein die Klägerin beschwerender Rechtsirrtum zu erkennen ist, mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Glanzmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Vogt