

BUNDESGERICHTSHOF**IM NAMEN DES VOLKES**VII ZR 129/65**URTEIL****Verkündet am**

15. Januar 1968

H c r n

**Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Stadt D [REDACTED] vertreten durch den Magistrat,
dieser vertreten durch den Bürgermeister,

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisions-
klägerin und Revisionsbeklagte,

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

gegen

die Firma Otto J [REDACTED], Alleininhaber Horst K [REDACTED],
D [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisions-
beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Parteien gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main) vom 14.7.1965 werden zurückgewiesen; jedoch wird die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts aufgehoben.

Die Kosten des gesamten Rechtsstreits hat die Klägerin zu 4/5, die Beklagte zu 1/5 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat in D [REDACTED] von den Stahlwerken Südwestfalen bis zum Anschluß an das Kanalnetz der Klägerin in deren Auftrag einen Schmutzwassersammler verlegt. Dem Vertrag lagen die Bestimmungen der VOB und "Besondere Vertragsbedingungen" zugrunde. Die Arbeiten waren im Oktober 1959 beendet. Danach wurde die gesamte Kanalstrecke von Beauftragten der Klägerin und der Beklagten besichtigt und überprüft; dabei wurden einige Mängel festgestellt. Die Klägerin nahm den Kanal in Benutzung und bezahlte die Schlußrechnung vom 15. Oktober 1959.

- 3 -

Mit Schreiben vom 21. Juni 1960 forderte die Klägerin die Beklagte auf, eine bestimmte Teilstrecke des Kanals neu zu verlegen. Diese Aufforderung wiederholte sie am 15. Februar 1961. Am 7. April 1961 schrieb sie der Beklagten, auch eine andere Teilstrecke müsse erneuert werden. Die Beklagte lehnte mit Schreiben vom 30. Mai 1961 sämtliche Ansprüche ab. Nach einem weiteren Schriftwechsel nahm sie im September 1961 Ausbesserungen an dem Kanal vor, die sie jedoch nach 3 Wochen wieder einstellte.

Inzwischen hatte die Klägerin das Wasserwirtschaftsamt D. um Abnahme des Kanals ersucht, das ihr am 21. August 1961 erwiderte, der Kanal könne erst nach Auswechslung bestimmter Rohre von dem Wasserverband "Obere Dill" übernommen werden. Als das Wasserwirtschaftsamt die Klägerin am 23. Oktober 1961 auf weitere Mängel des Kanals hinwies, verlangte diese mit Schreiben vom 26. Oktober 1961 auch insoweit Nachbesserung.

Im März 1962 übertrug die Klägerin die Ausbesserungsarbeiten an der im Schreiben vom 21. Juni 1960 bemängelten Strecke der Firma E., die hierfür 70.555,26 DM berechnete. Die Klägerin hat mit der Klage 60.000 DM nebst Zinsen von der Beklagten verlangt und die Feststellung begehrt, daß diese ihr allen weiteren Schaden aus der mangelhaften Verlegung des Schmutzwasserkanals zu ersetzen habe.

Das Landgericht hat auf Grund der von der Beklagten erhobenen Verjährungseinrede die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat der Feststellungsklage zum Teil entsprochen, im übrigen die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin



die Klagansprüche weiter, soweit diese abgewiesen worden sind. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die volle Abweisung der Feststellungsklage. Jede Partei beantragt, die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision der Klägerin

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß die Klägerin im Herbst 1959 den von der Beklagten erbauten und fertiggestellten Kanal abgenommen habe. Die damit in Lauf gesetzte zweijährige Verjährungsfrist (Ziff. 19 der "Besonderen Vertragsbedingungen" i.V. mit § 13 Ziff. 4 VOB (B)) habe auf Grund des Mängelbeseitigungsverlangens der Klägerin vom 21. Juni 1960 neu zu laufen begonnen. Darin habe die Klägerin die Beseitigung der Mängel verlangt, auf die sich die Leistungsklage beziehe. Der Lauf dieser neuen Frist sei nicht durch Mängelbeseitigungszusagen der Beklagten gehemmt worden (§ 639 Abs. 2 BGB). Bei Einreichung der Leistungsklage am 3. Januar 1963 sei der Anspruch somit verjährt gewesen.

Das Feststellungsbegehren habe die Klägerin im Wege der Klagerweiterung erst am 30. Mai 1963 geltend gemacht. Soweit es die im Schreiben vom 7. April 1961 gerügten Mängel betreffe, stehe ihm ebenfalls die Einrede der Verjährung entgegen, da die mit dem Schreiben in Lauf gesetzte neue Frist am 30. Mai 1963 bereits abgelaufen gewesen sei.

Die Klägerin wendet sich mit ihrer Revision gegen die Ansicht des Berufungsgerichts, die Arbeiten der Beklagten seien im Herbst 1959 abgenommen worden.

1.) Sie rügt, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Beklagte damals den Kanalgraben noch nicht verfüllt gehabt habe.

Ihr ist zuzustimmen, daß die Abnahme die Fertigstellung des Werks voraussetzte und daß dazu die Verfüllung des Grabens gehörte. Es ist ferner davon auszugehen, daß die Beklagte die Voraussetzungen der Verjährung, auf die sie sich beruft, darzulegen und zu beweisen hat. Dazu gehört, daß sie das Werk fertiggestellt, also den Rohrgraben wieder aufgefüllt hat.

Sie hat hierzu in der Berufungserwiderung vom 19. August 1964 (Bl. 2) vorgetragen, bei der Begehung und Abnahme im Oktober 1959 durch ihren Bauführer Weigel und den Stadtbaumeister P. sowie den Bauingenieur K. der Klägerin sei die Leitung, wie im Leistungsbeschrieb vorgesehen, mit Erdreich abgedeckt gewesen. Die Klägerin hatte in den von der Revision angeführten Schriftsätzen vom 2. November 1963 und 22. Mai 1964 lediglich bestritten, daß bei den während der Arbeiten durchgeführten Besichtigungen die Rohrgräben schon verfüllt gewesen seien, und sich dagegen gewandt, daß in den Besichtigungen vor der Verfüllung eine Abnahme gesehen werde. Sie hatte im Schriftsatz vom 2. November 1963 (Bl. 6) selbst behauptet, daß die Beklagte die Rohrgräben verfüllt habe, allerdings beanstandet, daß dies mit einer Planierraube geschehen sei. Im Beweistermin vom 5. November 1964 hat der Zeuge W. bekundet, der

Bauingenieur K. der Klägerin habe jede fertiggestellte Strecke zwischen zwei Schächten besichtigt; wenn dies ausnahmsweise nicht geschehen sein sollte, habe er vor dem Verfüllen die Genehmigung des Stadtbauamtes hierzu eingeholt. Nach der Aussage des Bauingenieurs K. ist die Rechnung der Beklagten nach der normalen Fertigstellung der Arbeiten bezahlt worden. Der Stadtbaumeister P. hat ausgesagt, der Kanalbau sei bei der Rechnungserstellung im Herbst 1959 beendet gewesen. Die beiden Prozeßbevollmächtigten der Klägerin haben den Beweistermin vom 5. November 1964 nicht zum Anlaß genommen, die Zeugen darüber zu befragen, ob bei der von diesen erwähnten gemeinsamen Begehung des Kanals im Herbst 1959 der Kanal etwa noch offen gewesen sei. Die Klägerin hat auch in ihren weiteren Schriftsätzen eine solche Behauptung nicht aufgestellt. Das Berufungsgericht bezeichnet es als unstreitig, daß die Begehung im Herbst 1959 "nach Fertigstellung des Kanals" stattgefunden hat. Dabei geht es ersichtlich davon aus, daß damals die Rohrgräben bereits aufgefüllt waren. Das im angefochtenen Urteil noch ausdrücklich festzustellen, hatte es in Anbetracht des Sachvortrags der Parteien keinen Anlaß.

2.) Die Klägerin rügt mit der Revision weiter, die Voraussetzungen der in Ziff. 35 der "Besonderen Vertragsbedingungen" vorgesehenen förmlichen Abnahme seien nicht festgestellt. Nach dieser Bestimmung waren die Arbeiten im Beisein eines Vertreters des Auftragnehmers und der Aufsichtsbehörde spätestens 14 Tage nach Fertigstellung und Berechnung abzunehmen; über die Abnahme sollte eine Abnahmeverhandlung aufgestellt werden, die von Unternehmer und Auftraggeber unter Gegenzeichnung der technischen

Aufsichtsbehörde und der Bauleitung zu vollziehen war.

Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Klägerin unter Verzicht auf eine schriftliche Abnahmeverhandlung den Kanal abgenommen habe. Die Abnahme erblickt es in der nach der Fertigstellung des Kanals für die Klägerin von den Zeugen K [REDACTED] und P [REDACTED] und für die Beklagte von dem Zeugen W [REDACTED] durchgeführten Besichtigung und Überprüfung der gesamten Kanalstrecke, bei der sämtliche Schächte geöffnet und auf Mängel untersucht wurden. Daß die Klägerin danach den Kanal in Benutzung genommen und vorbehaltlos die Schlußrechnung der Klägerin bezahlt hat, spricht nach seiner Ansicht ebenfalls für die erfolgte Abnahme. Es erwähnt weiter, daß die Klägerin in ihrem am 21. Juni 1960 und 15. Februar 1961 an die Beklagte gerichteten Schreiben von den "trotz der Abnahme des Kanals" festgestellten Mängeln gesprochen hat.

Diese Auslegung des Verhaltens der Beauftragten der Klägerin durch das Berufungsgericht kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden.

a) Ob die Parteien mit einer schriftlichen Abnahmeverhandlung überhaupt nur die Schaffung einer für die Wirksamkeit der Abnahme nicht wesentlichen Beweisurkunde bezweckt haben, kann dahinstehen. Die Feststellung des Berufungsgerichts, sie hätten auf die Einhaltung dieser Förmlichkeit verzichtet, ist jedenfalls rechtlich nicht zu beanstanden.

Mit dem Fehlen eines Vertreters der Aufsichtsbehörde, worunter die Revision des Wasserwirtschaftsamt versteht, bei der Abnahme hat sich das Berufungsgericht allerdings nicht ausdrücklich befaßt. Auf dessen Mitwirkung konnten die Parteien jedoch ebenfalls verzichten, denn die Abnahme oblag der Klägerin als Auftraggeberin, nicht dem Wasserwirtschaftsamt. Das Verhalten der Klägerin in den Monaten nach der Fertigstellung und Begehung des Kanals, insbesondere dessen Ingebrauchnahme und die volle Bezahlung des Werklohns konnte die Beklagte nur so deuten, daß die Klägerin das Werk im wesentlichen als die vertragsgemäße Leistung gelten lassen wollte, es also ohne Mitwirkung eines Vertreters des Wasserwirtschaftsamts abgenommen hatte.

b) Darin, daß die Klägerin als in Bausachen erfahrene Partei im Schreiben vom 21. Juni 1960 und nochmals im Schreiben vom 15. Februar 1961 von den "bei Abnahme des Kanals" festgestellten Mängeln gesprochen hat, durfte das Berufungsgericht ein Beweisanzeichen für die erfolgte Abnahme erblicken.

3.) Das Berufungsgericht hält für erwiesen, daß die Beklagte und deren Bauführer W. nicht die Beseitigung von Mängeln zugesagt haben, wodurch die Verjährung von Ansprüchen der Klägerin hätte gehemmt werden können.

Die Revision verweist demgegenüber auf die Bekundung des Zeugen F., aus der sich eindeutig das Versprechen W.'s ergebe, die Arbeiten in Ordnung zu bringen. Das Berufungsgericht hat jedoch unter Darlegung sei-

ner Gründe die Bekundung Flicks nicht für überzeugend gehalten und ist der Aussage W. [REDACTED] gefolgt, der eine Instandsetzungszusage verneint hat. Ein Rechtsfehler kann in dieser Beweiswürdigung nicht gefunden werden. Es steht dem Revisionsgericht nicht zu, die beiden Zeugenaussagen anders zu würdigen.

4.) Die Revision der Klägerin erweist sich demnach als unbegründet.

II. Die Revision der Beklagten

Das Berufungsgericht hat der Feststellungsklage dahin entsprochen, daß die Beklagte der Klägerin die Aufwendungen zu ersetzen habe, die zur Behebung der zwischen den Schächten 31 a und 32 a, 33 a und 35 a sowie 56 a und 58 a, 59 a und 60 a vorhandenen, im Schreiben des Wasserwirtschaftsamts D. [REDACTED] vom 23. Oktober 1961 aufgeführten Mängel des Kanals erforderlich sind. Hinsichtlich dieser von der Klägerin erstmals mit Schreiben vom 26. Oktober 1961 gerügten Mängel sei, so führt es aus, der dem Feststellungsbegehren zugrunde liegende Anspruch nicht verjährt. Durch dieses Schreiben habe die Klägerin die ursprünglich im Herbst 1961 ablaufende Verjährungsfrist um zwei Jahre verlängert; sie sei also im Zeitpunkt der Klageerweiterung vom 30. Mai 1963 noch nicht abgelaufen gewesen. Der genaue Zeitpunkt der Abnahme stehe zwar nicht fest. Das gehe aber zu Lasten der Beklagten, die beweisen müsse, daß die Verjährung eingetreten, die Abnahme also vor dem 26. Oktober 1959 liege.

1.) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Parteien veranlassen müssen, den Zeitpunkt der Abnahme genau anzugeben (§ 139 ZPO), ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat hierüber, was es im angefochtenen Urteil betont, sogar Beweis erhoben, jedoch haben die vernommenen Zeugen nur anzugeben vermocht, die vom Berufungsgericht als Abnahme gewertete Begehung und Überprüfung der Kanalleitung sei im Herbst 1959 erfolgt. Seine Folgerung, dies könne sowohl vor als auch nach dem 26. Oktober 1959 geschehen sein, ist demnach nicht zu beanstanden. Die auf § 139 ZPO gestützte Rüge ist zudem schon deshalb unbegründet, weil die Beklagte auch in der Revisionsbegründung nicht angibt, an welchem Tag im Herbst 1959 die Abnahme stattgefunden haben soll (RG JW 31, 1795).

2.) Das Berufungsgericht hat im Tatbestand des angefochtenen Urteils (Bl. 3/4) festgestellt, auf welche Kanalabschnitte sich die Rügeschreiben der Klägerin vom 21. Juni 1960, 7. April 1961 und 26. Oktober 1961 beziehen. Diese Feststellung greift die Revision nicht an. Aus ihr ergibt sich, daß jedes dieser Schreiben einen anderen Teil des Kanals betrifft. In dem Schreiben vom 26. Oktober 1961, das auf die beigelegte Mitteilung des Wasserwirtschaftsamts vom 23. Oktober 1961 Bezug nimmt, sind demnach keine bereits früher gerügten Mängel genannt. Die Ansicht des Berufungsgerichts, daß hinsichtlich der am 26. Oktober 1961 gerügten Mängel die Verjährungsfrist an diesem Tag neu zu laufen begonnen habe, ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden.

Inwiefern das Berufungsgericht die in BGH VII ZR 68/61 vom 25. Oktober 1962 (= NJW 1963, 810) vom erkennen- den Senat entwickelten Grundsätze verkannt haben soll, führt die Revision nicht näher aus und ist auch nicht ersichtlich.

3.) Auch die Revision der Beklagten erweist sich demnach in der Sache als unbegründet.

III.

Der Senat hat den Streitwert der Feststellungs- klage auf 40.000,- DM festgesetzt. Im Hinblick hierauf ist die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils aufzuheben und sind die Kosten des gesamten Rechts- streits der Klägerin zu 4/5 und der Beklagten zu 1/5 aufzuerlegen (§§ 92, 97 ZPO).

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke