

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 151/66

**URTEIL**

**Verkündet am**

19. Dezember 1968

Horn,  
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Marianne W. [REDACTED], W. [REDACTED], H. [REDACTED]  
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma M. [REDACTED] GmbH., gesetzlich vertreten durch  
ihre Geschäftsführer Kaufmann Josef D. [REDACTED] und Bauin-  
genieur Anton D. [REDACTED], H. [REDACTED], [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 16. Juni 1966 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat im Haus der Klägerin in Weißkirchen die Fußböden ausgeführt. Dem Vertrag waren die Bestimmungen der VOB (B) und die Allgemeinen Ausführungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten zugrundegelegt. In deren Ziff. 7 hat die Beklagte die Gewähr für die ausgeführten Arbeiten derart übernommen, daß sie alle nachweisbaren, auf Verwendung ungeeigneten Materials oder unsachgemäße Ausführung zurückzuführenden Mängel auf ihre Kosten zu beseitigen versprach. Die Verjährungsfrist für die Gewährleistung wurde auf 2 Jahre ab Rechnungsdatum festgelegt.

Im Sommer 1960 traten nach dem Einzug der Mieter an dem Belag Mängel auf, die die Klägerin mit Schreiben

- 3 -

vom 16. September 1960 rügte. Nach einer Ortsbesichtigung erkannte die Beklagte mit Schreiben vom 24. November 1960 ihre Mängelbeseitigungspflicht grundsätzlich an und erklärte sich bereit, verschiedene Stellen auszubessern. Die Klägerin bezeichnete dieses Angebot als ungenügend und verlangte von der Beklagten, die Böden ganz zu erneuern. Auch nach einer nochmaligen Ortsbesichtigung am 10. Dezember 1960 beharrte jede Partei auf ihrem Standpunkt; die Beklagte brachte das im Schreiben vom 15. Dezember 1960, die Klägerin im Schreiben vom 29. Dezember 1960 zum Ausdruck.

Über die ausgeführten Arbeiten hat die Beklagte der Klägerin drei Rechnungen über zusammen 12.710,23 DM erteilt; die Klägerin hat hierauf 8.000 DM gezahlt.

Am 5. Juni 1961 klagte die Beklagte vor dem Landgericht in Hanau 3.710,23 DM als restliche Werklohnforderung ein; hinsichtlich der weiteren 1.000 DM gestand sie der Klägerin ein Zurückbehaltungsrecht wegen der erforderlichen Nachbesserung zu. Diese Klage wurde im Berufungsverfahren durch Urteil des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 9. Juli 1963 abgewiesen, weil die Klageforderung durch Aufrechnung der Klägerin mit einer mindestens 4.710,23 DM betragenden Schadensersatzforderung wegen Mängel der Fußböden erloschen sei.

Am 16. Januar 1964 fragte der Anwalt der Klägerin bei der Beklagten an, ob sie bereit sei, die Ausbesserung, so wie die Klägerin sie verlange, auszuführen. Die Kosten gab er mit etwa 20.000 DM an. Er bat um eine verbindliche Stellungnahme bis 31. Januar 1964; nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist werde die Klägerin die Böden erneuern lassen und die Kosten gegen die Beklagte einklagen.



gen. Mit Schreiben vom 24. Januar 1964 lehnte die Beklagte jeglichen Schadensersatzanspruch ab.

Ende Dezember 1964 verklagte die Klägerin die Beklagte beim Amtsgericht in Hanau (31 C 1553/64) auf Zahlung von 556,49 DM. Sie behauptete, sie habe einen Teil der Mängel ausbessern lassen und dafür 5.266,72 DM gezahlt. Unter Berücksichtigung ihrer im Vorprozeß (4 U 244/61) zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzforderung von 4.710,23 DM schulde die Beklagte den eingeklagten Betrag. Diese Klage hat das Landgericht in Hanau im Berufungsverfahren (2 S 66/65) durch Urteil vom 19. Oktober 1965 abgewiesen, weil die behauptete Schadensersatzforderung der Klägerin verjährt sei.

Mit der vorliegenden, am 9. Februar 1965 bei Gericht eingegangenen, der Beklagten am 18. Februar 1965 zugestellten Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihr allen durch die mangelhafte Verlegung der Fußböden entstehenden Schaden zu ersetzen habe.

Die Beklagte hat ihre Schadensersatzpflicht bestritten und unter Hinweis auf Ziff. 7 ihrer Bedingungen die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 16.000 DM nebst Zinsen, ferner die schon vor dem Landgericht verlangte Feststellung begehrt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung wegen Verjährung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klagansprüche weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:  
-----

I.

1. Das Berufungsgericht geht - zugunsten der Klägerin - davon aus, daß die in Ziff. 7 der Ausführungsbedingungen der Beklagten vorgesehene 2-jährige Verjährungsfrist mit der Mängelanzeige der Klägerin vom 16. September 1960 zu laufen begonnen habe. Hierdurch ist die Klägerin nicht beschwert.

Die Verjährungsfrist wurde nach Ansicht des Oberlandesgerichts nicht derart gehemmt oder unterbrochen, daß sie bei Einreichung der vorliegenden Klage am 9. Februar 1965, die der Beklagten am 18. Februar 1965 zugestellt wurde (§ 209 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 261 b Abs. 3 ZPO), noch nicht abgelaufen gewesen wäre. Die Verjährung sei zuletzt durch den Beweissicherungsantrag der Klägerin vom 31. Mai 1961 (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB) unterbrochen gewesen, bis die Klägerin am 26. Juni 1961 das Ruhen des Beweissicherungsverfahrens beantragt habe. Die ab 27. Juni 1961 erneut in Lauf gesetzte Frist sei am 27. Juni 1963, also vor Klagerhebung vollendet gewesen.

Eine weitere Unterbrechung der Verjährung des zur Entscheidung stehenden Anspruchs durch ein Anerkenntnis der Beklagten (§ 208 BGB) erachtet das Berufungsgericht nicht für gegeben. Die Beklagte habe zwar im Schreiben vom 13. April 1961 Nachbesserungsansprüche der Klägerin anerkannt. Auch im Berufungsverfahren des Vorprozesses (4 U 244/61) habe sie am 6. August 1962 die Nachbesserung wiederum angeboten. Aber selbst eine an diesem Tag nochmals in Lauf gesetzte 2-jährige Frist

wäre am 6. August 1964, also ebenfalls vor Erhebung der Klage abgelaufen gewesen.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe sich mit dem Sachvortrag der Klägerin in der Berufungsbegründung (S. 7) nicht auseinandergesetzt (§ 286 ZPO). Danach habe sich die Beklagte bis zum Erlaß des Berufungsurteils vom 9. Juli 1963 in dem Vorprozeß (4 U 244/61) stets darauf berufen, zur Beseitigung der geltendgemachten Mängel bereit zu sein. Sie habe auch auf den Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 12. März 1965 (S. 7) in den Akten 31 C 1553/64 verwiesen, wonach diese sich sowohl im Schreiben vom 15. Dezember 1960 als auch in dem sonstigen Schriftwechsel zur Beseitigung der Mängel bereit erklärt habe. Somit habe die Beklagte auch noch in der 2 Jahre vor Klagerhebung liegenden Zeit, als die Verjährung wegen des erst am 27. Juni 1961 abgeschlossenen Beweissicherungsverfahrens noch lief, den geltendgemachten Anspruch erneut anerkannt, so daß die Verjährung wiederum unterbrochen worden sei.

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Akten der beiden Vorprozesse ergeben nicht, daß die Beklagte zwischen dem 8. Februar und 27. Juni 1963 den Klaganspruch in einer die Verjährung unterbrechenden Weise anerkannt hat.

a) Zwar heißt es im Tatbestand (S. 5) des Berufungsurteils vom 9. Juli 1963 - 4 U 244/61 -, die (jetzige) Beklagte behaupte, sie habe sich stets bereit erklärt, alle erweichten Stellen auszubessern, auch wenn sich solche erst während der Ausbesserungsarbeiten herausstellen sollten. Der in jenem Urteilstatbestand wiedergegebene weitere Sachvortrag der Beklagten und ihre voraufgegangenen Schriftsätze ergeben jedoch eindeutig, daß sie sich

nur bereit erklärt hat, die Böden in den Wohnungen Maisch und Geier auszubessern, was 1.115,10 DM kosten werde. So schrieb sie in ihrer dem Schriftsatz ihres Anwalts vom 12. September 1962 beigefügten Stellungnahme vom 10. September 1962 (S. 1/2): "Die Berechtigung der Beanstandungen (in den Wohnungen M. [REDACTED] und G. [REDACTED]) haben wir von Anfang an ... anerkannt ... . Wir waren weiterhin bereit, ohne einen Rechtsanspruch anzuerkennen, sondern lediglich aus Kulanzgründen, auch in anderen Wohnungen kleine Nachbesserungen vorzunehmen ... . Wir stehen auch heute noch zu diesen Zusagen ... . Wir befinden uns daher im wesentlichen in Übereinstimmung mit dem Gutachten ... Dr. Malchow ...". Die Kosten der Erneuerung der Böden in den beiden Wohnungen errechnete sie alsdann mit 1.115,10 DM.

Nur in dieser Höhe hat sie im Vorprozeß der (jetzigen) Klägerin eine aufrechenbare Gegenforderung eingeräumt. Das ist im Schriftsatz ihres Anwalts vom 12. September 1962 (S. 2/3) nochmals klargestellt. So hat auch das Oberlandesgericht den Vortrag der Beklagten verstanden. Im Berufungsurteil 4 U 244/61 (Bl. 8) ist ausgeführt, sie habe in ihrem Schriftsatz vom 10. September 1962 ausdrücklich erklärt, alle anderen Schäden, außer jenen . in den Wohnungen M. [REDACTED] und G. [REDACTED], seien lediglich Schönheitsfehler; sie habe demgemäß der Beklagten allenfalls einen Anspruch von 1.115,10 DM zuerkannt und damit zum Ausdruck gebracht, nur für die Fehler dieser beiden Wohnungen eintreten zu wollen. Weiter sagt das Oberlandesgericht auf Bl. 12 seines Urteils: Die Klägerin habe es wiederholt abgelehnt, zu einer Nachbesserung außer in den Wohnungen M. [REDACTED] und G. [REDACTED] verpflichtet zu sein; sie habe sich geweigert, darüber hinausgehende Mängel auszubessern. Ihre allgemeine Erklärung, "aus Kulanzgründen",

jedoch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, im Einzelfall bereit zu sein, auch weitere Fehler auszubessern, stehe der grundsätzlichen Weigerung, weitere Fehler auszubessern, nicht entgegen.

b) Zu Beginn des von der Revision angeführten Schriftsatzes der Beklagten vom 12. März 1965 in den Akten 31 C 1553/64 heißt es, die Nachprüfung der geltendgemachten Klageforderung habe ergeben, daß bereits Verjährung eingetreten sei. Das wird auf den folgenden Seiten begründet. Im Schriftsatz vom 12. März 1965 selbst ist demnach der Anspruch der Klägerin nicht anerkannt. Zudem war zu diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist schon abgelaufen, nämlich bereits am 27. Juni 1963. Zwar findet sich dann auf S. 7 dieses Schriftsatzes der von der Revision angeführte Satz, sowohl in dem Schreiben vom 15. Dezember 1960 als auch in der sonstigen Korrespondenz habe die Beklagte sich bereit erklärt, "die bestehenden Mängel" zu beseitigen. Daraus folgt aber nicht, daß die Beklagte zwischen dem 8. Februar und 27. Juni 1963 die nunmehr eingeklagte Forderung anerkannt hätte.

c) Dem Berufungsgericht kann nicht zugestimmt werden, daß das im Schreiben des Rechtsanwalts Dr. B. vom 13. April 1961 (4 U 244/61 Bl. 36) ausgesprochene Anerkenntnis die Verjährung nicht unterbrochen habe, weil es "nicht neu und selbständig" gewesen sei. Auch die spätere Bestätigung eines bereits erklärten Anerkenntnisses unterbricht nach § 208 BGB abermals die Verjährung. Diesem Anerkenntnis vom 13. April 1961 kommt jedoch angesichts der Verjährungsunterbrechung durch den Beweissicherungsantrag vom 31. Mai 1961 keine Bedeutung zu.

d) Zwar wird die Verjährung, wenn der Verpflichtete die Forderung dem Grunde nach anerkennt, hinsichtlich des ganzen Betrags unterbrochen. Das gilt sogar dann, wenn der Verpflichtete sich gegen eine Anerkennung der Höhe des Betrags verwahrt (RGZ 73, 132, 133; 63, 382, 389; BGH VI ZR 227/64 vom 17. September 1965 = VRS 29, 326). Hier hat jedoch die Beklagte ihr Anerkenntnis ausdrücklich auf einen bestimmten Teil des von der Klägerin geltendgemachten Anspruchs eingeschränkt, nämlich auf die Kosten für die Instandsetzung der Böden in den Wohnungen M [REDACTED] und G [REDACTED] bis zum Betrag von 1.115,10 DM. Eine derart bestimmte und abgrenzbare Anerkennung wirkt nur so weit als sie reicht. So wie die Verjährung eines Anspruchs nur in der Höhe unterbrochen wird, in der der Anspruch eingeklagt ist, so bewirkt auch das Anerkenntnis des Schuldners die Unterbrechung nur in dem Umfang, wie der Anspruch anerkannt wird, wenn dieser Umfang genau bezeichnet wird (RG WarnRspr 1908 Nr. 192; 1910 Nr. 416; RGZ 63, 389; BGH VII ZR 96/62 vom 28. Oktober 1963).

3. Nicht verjährt könnte die Forderung der Klägerin somit nur in Höhe des Betrags von 1.115,10 DM sein, den die Beklagte als zur Instandsetzung der Böden in den Wohnungen M [REDACTED] und G [REDACTED] erforderlich anerkannt hat.

Insoweit ist die Forderung jedoch bereits durch Aufrechnung erloschen. Von der Werklohnforderung der Beklagten ist sowohl der in dem Vorprozeß eingeklagte Teilbetrag von 3.710,23 DM als auch der nicht eingeklagte Teilbetrag von 1.000,-- DM, - den die Beklagte der Klägerin als zur Ausbesserung der von ihr anerkannten Schäden zugestanden hatte -, ausweislich des Berufungsurteils vom 9. Juli 1963 - 4 U 244/61 - durch Auf-

rechnung mit einer mindestens 4.710,23 DM ausmachenden Schadensersatzforderung der Klägerin erloschen. Von dieser Aufrechnung ist die Klägerin auch in ihrer Klage vor dem Amtsgericht in Hanau - 31 C 1553/64 - ausgegangen, denn sie hat von den nach ihrer damaligen Behauptung bereits 5.266,72 DM ausmachenden Nachbesserungskosten nur noch (5.266,72 DM - 4.710,23 =) 556,49 DM geltend gemacht. Zu diesen Ausbesserungskosten gehörten insbesondere die bereits vorher von der Beklagten zugestandenen Kosten für die Instandsetzung der Böden in den Wohnungen M [REDACTED] und G [REDACTED].

## II.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Beklagte verstoße mit der Verjährungseinrede nicht gegen Treu und Glauben, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat von Anfang an klar zu erkennen gegeben, in welchem Umfang sie dem Nachbesserungsverlangen der Klägerin entsprechen wollte.

## III.

Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnis, daß die Parteien nicht abweichend von Ziff. 7 der Allgemeinen Bedingungen der Beklagten nachträglich die Verjährungsfrist auf 5 Jahre festgelegt haben. Diese tatrichterlichen Erwägungen stellt die Revision ohne besondere Rüge zur Nachprüfung. Sie lassen jedoch keinen Rechtsfehler erkennen.

## IV.

Die Revision meint, aus dem Feststellungsantrag ergebe sich, daß die Klägerin auch Ansprüche aus positiver

Vertragsverletzung geltend mache, die erst in 30 Jahren verjähren.

Sie räumt jedoch ein, daß die Klägerin für einen solchen Anspruch nichts vorgetragen hat. Aus dem Feststellungsantrag selbst folgt lediglich, daß die Klägerin sich eines höheren Anspruchs als des eingeklagten berührt. Mietausfälle während der Instandsetzungsarbeiten, von denen die Revision spricht, wären jedenfalls keine aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzende Mangelfolgeschäden, sondern zählen zum entgangenen Gewinn. Ein darauf gerichteter Ersatzanspruch unterliegt der 2-jährigen Verjährung (BGHZ 46, 238, 240).

V.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Glanzmann

Vogt

Erbel

Meyer

Bundesrichter Dr. Finke  
ist erkrankt und kann  
deshalb nicht unterschreiben.

Glanzmann