

Verkündet
am 21. Oktober 1963
Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der W [REDACTED]-L [REDACTED] H [REDACTED] GmbH, vertreten durch
ihre Geschäftsführer Dipl. Volkswirt Wilhelm Sch [REDACTED] und
Richard I [REDACTED], D [REDACTED]-H [REDACTED], Willem van V [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

die Firma Heinrich T [REDACTED] KG., M [REDACTED], V [REDACTED]-
straße [REDACTED], vertreten durch ihren persönlich haftenden Ge-
sellschafter Heinrich T [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 21. Oktober 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Dr. Heimann-Trosien,
Erbel und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.)
vom 5. Juni 1962 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin baute im Jahr 1953 in M [REDACTED] verschiedene Siedlungshäuser. Die Maurer- und Betonarbeiten für acht dieser Häuser übertrug sie der Beklagten. Dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag lagen die "Besonderen Vertragsbedingungen" der Klägerin zu Grunde, die u.a. folgende Bestimmungen enthielten:

"Teil A Ziff. 3: -

Die vertragliche Abnahme der geleisteten Arbeiten hat der Unternehmer rechtzeitig bei der Bauleitung zu beantragen, die einen Termin hierfür bestimmt. Es ist eine schriftliche Verhandlung aufzunehmen und durch Unterschrift der Beteiligten zu bestätigen. Die Abnahme wird durch frühere Benutzung oder Inbetriebnahme nicht ersetzt.

Teil B Ziff. 1:

Mündliche Abmachungen sind unwirksam. Alle Vereinbarungen haben nur Rechtsgültigkeit, wenn sie vom Auftraggeber und Auftragnehmer schriftlich bestätigt sind.

Teil B Ziff. 4 Abs. 1:

Wegen der Gewährleistung für die mit der Auftrags Erfüllung zusammenhängenden Leistungen und Lieferungen finden einzig und allein die Vorschriften des BGB Anwendung.

Teil B Ziff. 9:

..... Die Schlußrechnung ist durch den Auftragnehmer innerhalb einer Frist von einem Monat nach Schlußabnahme vorzulegen. Rund 5 % der gesamten Rechnungssumme werden als Sicherheitsbetrag bis zu einem Jahre nach der vertraglichen Abnahme einbehalten.... Durch die vorstehenden Bestimmungen über die Sicherheitsleistung wird die gesetzliche Gewährleistung nicht berührt."

Die Beklagte führte die ihr übertragenen Arbeiten im Jahre 1953 aus. Am 17. August 1953 leistete die Klägerin die Schlußzahlung. Als Ersatz für die Einbehaltung des Sicherheitsbetrages übergab die Beklagte der Klägerin einen Sichtwechsel

über 3.560 DM. Mit Schreiben vom 28. Juli 1954 sandte die Klägerin den Wechsel an die Beklagte zurück. Das Schreiben lautete:

"Der anliegende Sichtwechsel ist durch Fristablauf ungültig geworden. Wir reichen ihn zu unserer Entlastung zurück."

Die Siedlungshäuser wurden bezogen. Im August 1958 stellte sich heraus, daß in den acht von der Beklagten errichteten Häusern das Baustahlgewebe der Kellerdecken und des Treppenhauses teilweise offenlag und der Beton größtenteils abgesprengt war. Mit Schreiben vom 11. Dezember 1958 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Mängel zu beseitigen. Die Beklagte lehnte dies unter Hinweis auf die Verjährung der Gewährleistungsansprüche ab. Darauf ließ die Klägerin die Schäden durch eine andere Firma beheben, die hierfür 3.345 DM in Rechnung stellte.

Mit Schreiben vom 21. März 1960 teilte die Stadtverwaltung (Bauaufsichtsbehörde) in M. der Klägerin mit, daß infolge der Mängel an den Kellerdecken deren Tragfähigkeit vermindert sei. Sie forderte jährliche Zustandsberichte; im Jahre 1966 sollte dann nach Begutachtung durch einen Sachverständigen ein Abschlußbericht vorgelegt werden.

Mit der am 9. Dezember 1960 erhobenen Klage begehrte die Klägerin die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 3.345 DM nebst Zinsen, sowie Feststellung, daß die Beklagte auch für allen weiteren Schaden aus ihrer mangelhaften Arbeit hafte.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie hat bestritten, daß die Mängel durch unsachgemäße Ausführung der ihr übertragenen Arbeiten entstanden seien. Im übrigen sei der Anspruch der Klägerin verjährt. Eine Abnahme in der Form, wie sie im Vertrag vorgesehen gewesen sei, habe zwar nicht stattgefunden. Doch hindere das nicht den Ablauf der Verjährungsfrist; denn bei der vertraglich



vereinbarten Form habe es sich nur um eine Beweiserleichterungsbestimmung gehandelt. Die Klägerin habe das Werk überdies abgenommen, was sich insbesondere auch aus der Zahlung der Schlußrechnung und der Rückgabe des Wechsels ergebe.

Das Landgericht hat (bis auf die Abweisung eines geringfügigen Zinsbetrages) der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten wurde die Klage abgewiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1) Das Berufungsgericht unterstellt, daß die Beklagte die ihr übertragenen Betonierungsarbeiten nicht ordnungsgemäß ausgeführt habe, daß die festgestellten Schäden hierauf zurückzuführen seien und daß die Beklagte deshalb gemäß § 633 Abs. 3 BGB zum Ersatz der für die Mängelbeseitigung erforderlichen Aufwendungen der Klägerin verpflichtet sei; es ist aber der Auffassung, daß dieser Anspruch verjährt sei.

Hierzu stellt es fest, daß die Abnahme des Werks zwar nicht in der vertragsmäßig vereinbarten Form einer schriftlichen Verhandlung erfolgt sei, daß die Klägerin aber durch ihr Verhalten, insbesondere durch die Bezahlung der Schlußrechnung im August 1953 und die Rückgabe des Sichtwechsels im Juli 1954 zu erkennen gegeben habe, an den von ihr selbst geschaffenen Vertragsbedingungen nicht festhalten zu wollen; jedenfalls habe sie den Anschein erweckt, als ob sie unter Verzicht auf die vertraglich vorgesehene Form der Abnahme ihrer Abnahmepflicht formlos habe genügen wollen. Darauf habe die Beklagte vertrauen dürfen, und es verstoße gegen

Treu und Glauben, wenn die Klägerin sich jetzt gegenüber der Verjährungseinrede der Beklagten noch auf die fehlende Abnahme berufe.

Ein möglicherweise noch nicht verjährter Anspruch wegen arglistiger Verschweigung der Mängel, positiver Vertragsverletzung oder aus unerlaubter Handlung stehe der Klägerin nicht zu.

2) Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Klägerin sind nicht begründet.

a) Nach der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin durch die Bezahlung der Schlußrechnung im August 1953 und die vorbehaltlose Rückgabe des ihr übergebenen Sichtwechsels ihrem Willen Ausdruck gegeben, daß sie an den von ihr aufgestellten Formvorschriften für die Abnahme nicht festhalten wolle, das Werk vielmehr als abgenommen betrachte.

Diese Auslegung des Verhaltens der Klägerin läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie findet ihre Stütze auch in den Vertragsbedingungen, wonach die Klägerin erst nach der Abnahme zur Zahlung der Schlußrechnung und erst ein Jahr nach der Abnahme zur Rückgabe des Sicherheitsbetrages verpflichtet war.

Darauf durfte sich die Beklagte verlassen und mit Recht annehmen, daß damit die an die Abnahme geknüpften Rechtsfolgen eingetreten seien, und sie ihrerseits es nicht mehr nötig habe, die Vornahme einer förmlichen Abnahmeverhandlung zu beantragen.

Die Klägerin kann sich deshalb nicht auf die Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Formvorschriften berufen.

Die in diesem Zusammenhang erhobene Rüge der Klägerin, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Beklagte ja selbst nicht einen Verzicht oder den Anschein eines Verzichts der Klägerin auf die Einhaltung der vereinbarten

Form der Abnahme geltend gemacht habe, geht fehl. Es ist zwar richtig, daß die Beklagte ihre Rechtsauffassung in den Vordergrund gestellt hat, es habe sich bei der Vertragsbestimmung in Teil A Ziff. 3 nur um eine Beweiserleichterung gehandelt. Doch hat sie - insbesondere in ihrer Berufungsbegründung - mit hinreichender Deutlichkeit darauf hingewiesen, daß die Klägerin das Werk durch konkludentes Verhalten abgenommen habe. Es stand dem Berufungsgericht also frei, den vorgetragenen und nicht bestrittenen Sachverhalt wie geschehen zu würdigen.

Unrichtig ist auch die mit der Revision vertretene Auffassung der Klägerin, die Beklagte könne die Einrede der Verjährung nicht erheben, weil sie selbst vertragsuntreu gewesen sei. Die Verjährungsvorschrift des § 638 BGB gilt auch für den vertragswidrig handelnden, d.h. schuldhaft mangelhaft arbeitenden Unternehmer, sofern er nicht den Mangel arglistig verschwiegen hat.

Der Anspruch der Klägerin, soweit er aus dem Recht der Gewährleistung hergeleitet wird, war daher bei Erhebung der Klage im Dezember 1960 verjährt.

b) Das Berufungsgericht sieht es als nicht erwiesen an, daß die Beklagte ihre (nach seiner Unterstellung) mangelhafte Arbeit arglistig verschwiegen habe. Es stellt auf Grund der Vernehmung des Maurerpoliers der Beklagten, M., fest, daß dieser von der Vertragsmäßigkeit seiner Arbeit überzeugt gewesen sei, und daß er habe annehmen dürfen, seine Arbeitsweise werde dem Bauführer der Klägerin, A., nicht verborgen bleiben. Damit entfällt der Vorwurf eines arglistigen Verschweigens. Was die Klägerin hiergegen vorbringt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt. Zur Vernehmung eines Sachverständigen hatte das Berufungsgericht

keinen Anlaß.

Schon aus diesem Grunde ist dann aber auch dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch wegen Verletzung der Pflicht zur Aufklärung über die vorhandenen Mängel der Boden entzogen.

c) Eine positive Vertragsverletzung der Beklagten ist nicht erkennbar. Der Zahlungsanspruch der Klägerin wird ausschließlich auf § 633 Abs. 3 BGB gestützt. Auch zur Begründung ihrer Feststellungsklage hat die Klägerin lediglich vorgetragen, daß später möglicherweise noch weitere Reparaturen notwendig seien und daß ein Minderwert der Häuser eintreten könne. Hierbei handelt es sich aber ausschließlich um Schäden, die nur Ansprüche aus § 635 BGB geben könnten.

d) Ansprüche aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung des Eigentums (§ 823 Abs. 1 BGB) oder Verletzung von Schutzgesetzen (§ 823 Abs. 2 BGB in Verb. mit §§ 330 und 367 Ziff. 14 StGB) hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler verneint. Die mangelhafte Herstellung eines Bauwerks ist keine Verletzung des Eigentums des Bauherrn, und die genannten Strafbestimmungen dienen nicht dem Schutze der vertraglichen Ansprüche des Bauherrn auf Herstellung eines mangelfreien Bauwerks. Es kann insoweit auf die inzwischen ergangene Entscheidung des Senats in BGHZ 39, 366 verwiesen werden, von der abzuweichen kein Anlaß besteht. Für die Verletzung des Besitzes hat nichts anderes zu gelten, als von dem Senat in dem erwähnten Urteil für die Verletzung des Eigentums ausgeführt worden ist.

3) Die Revision der Klägerin ist somit als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Heimann-Trosien

Erbel

Dr. Finke