

VII ZR 199/61

Verkündet
am 21. Januar 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2189 072

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

In dem Rechtsstreit

des Taxenbetriebsinhabers Walter B. in D.
B.straße

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von

gegen

den Zimmermeister Fritz M. in H., H.straße,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1963 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.) vom 31. Mai 1961 wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ in den Jahren 1954/55 auf einem ihm gehörenden Grundstück in D. ein Wohnhaus bauen. Mit den Tischlerarbeiten beauftragte er den Beklagten. Dem Auftrag wurden die Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) zugrunde gelegt. Der Beklagte führte die übernommenen Arbeiten aus. Er erteilte dem Kläger am 5. Februar 1955 eine Rechnung über 3.372 DM für Fenster, Fenstertüren und eine Bodentreppe sowie am 1. Juni 1955 zwei weitere Rechnungen über die anderen von ihm geleisteten Arbeiten.

Mit Schreiben vom 25. April 1956 rügte der bauleitende Architekt im Auftrag des Klägers verschiedene Mängel, insbesondere die Undichtigkeit der Balkonhebetüren und der Geschoßfenster, und bat um Beseitigung der Mängel bis zum 31. Mai 1956. Die Parteien vereinbarten im Mai 1957, daß ein Sachverständiger die Arbeiten begutachten solle. Das Gutachten wurde am 22. August 1957 erstattet. Der Sachverständige hielt verschiedene Nachbesserungen für notwendig. Zu einer Einigung der Parteien kam es nicht.

Der Kläger reichte am 8. Februar 1958 ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für eine von ihm beabsichtigte Schadensersatzklage ein. Das Armenrecht wurde ihm durch Beschlüsse des Landgerichts vom 17. Mai 1958 und des Oberlandesgerichts vom 7. August 1958 mit der Begründung verweigert, daß er nicht arm sei.

Am 27. September 1958 reichte der Kläger die vorliegende Klage ein.

Er macht verschiedene Mängel der Fenster, Fenstertüren und Zimmertüren geltend. Er behauptet, die Mängel ließen sich nicht in handwerksgerechter Weise nachbessern; die von dem

Sachverständigen vorgeschlagenen Arbeiten seien Flickwerk, das er nicht entgegnzunehmen brauche. Er verlangt als Schadensersatz vom Beklagten das Ausbauen der Fenster, Fenstertüren und Zimmertüren einschließlich der Fensterbänke und Kanthölzer sowie die Zahlung des für die Neuerstellung erforderlichen Geldbetrags. Insgesamt hat er mit der Klage - neben dem Ausbauen - die Zahlung von 11.965,10 DM verlangt. Darin ist ein Betrag von 60 DM enthalten, den der Kläger mit der Begründung beansprucht, daß der Beklagte eine Bodentreppe mit 12 Stufen erstellt, ihm aber 14 Treppenstufen berechnet habe.

Der Beklagte bestreitet, daß nennenswerte Mängel vorhanden seien, und erhebt die Einrede der Verjährung.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage insoweit abgewiesen, als sie gerichtet ist auf

- a) den Ausbau von
 - 12 Dachausbaufenstern,
 - 29 zweiflügeligen Fenstern,
 - 4 dreiflügeligen Fenstern,
 - 8,30 m Fensterbänken unter den Dachausbaufenstern,
 - 10 m Kantholz 8 x 10 cm unter den Fenstern,
- b) Zahlung von 7.778,54 DM nebst Zinsen.

Er hat die Ansprüche des Klägers insoweit als verjährt angesehen.

Das Oberlandesgericht hat dem Kläger auf seine Berufung 60 DM wegen des Fehlens von zwei Treppenstufen zugesprochen, im übrigen aber die Berufung zurückgewiesen. Es hält die Verjährungseinrede für unbegründet, ist aber der Ansicht, daß der Kläger den Ausbau der gelieferten Teile und Schadensersatz in Geld nach der VOB nicht verlangen



könne, sondern nur Nachbesserung, die er aber mit der Klage nicht beansprucht habe.

Mit der Revision beantragt der Kläger, das Urteil des Oberlandesgerichts aufzuheben, soweit seine Berufung zurückgewiesen worden ist, und die Sache in diesem Umfang an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen. Der Kläger macht u.a. geltend, das Berufungsgericht sei nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen.

Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Der Senat hat im Hinblick auf die genannte Verfahrensrüge drei Auskünfte des Oberlandesgerichtspräsidenten eingeholt. Über deren Inhalt ist mündlich verhandelt worden.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger hält den Revisionsgrund des § 551 Nr. 1 ZPO aus zwei Gründen für gegeben: Erstens habe in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht kein Senatspräsident den Vorsitz geführt, zweitens habe unzulässigerweise Amtsgerichtsrat Pott als Hilfsrichter mitgewirkt.

1) Der 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts, der die angefochtene Entscheidung erlassen hat, hatte, wie die Revision zutreffend vorbringt, zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung nicht, wie es das Gesetz vorsieht (§§ 117, 62 Abs. 1 Satz 1 GVG), einen Senatspräsidenten zum Vorsitzenden. Oberlandesgerichtsrat K., der im Jahre 1961 den Vorsitz im

12. Zivilsenat geführt hat, ist erst am 31. Juli 1961 mit Wirkung vom 1. Juni 1961 zum Senatspräsidenten ernannt worden. Aus der Tatsache allein, daß vorübergehend kein Senatspräsident^{dent} einem Senat vorsteht, ergibt sich indessen noch keine Verletzung der Vorschriften über die Besetzung der Gerichte. Dieser Zustand läßt sich nicht vermeiden, wenn der Senatspräsident, der bisher den Vorsitz im Senat führte, aus irgendeinem Grunde wegfällt, kein anderer Senatspräsident zur Verfügung steht und ein neuer Senatspräsident, der den Vorsitz übernehmen kann, erst noch ernannt werden muß.

So lagen die Dinge hier.

Bis zum 31. Dezember 1960 war Senatspräsident Wiskott Vorsitzender des 12. Zivilsenats. Er ist am 27. November 1960 zum Vertreter des Oberlandesgerichtspräsidenten bestellt worden und war nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten wegen der ihm obliegenden Aufgaben der Justizverwaltung nicht mehr in der Lage, den Vorsitz im 12. Zivilsenat beizubehalten.

Sein Nachfolger im Vorsitz, Oberlandesgerichtsrat K [REDACTED], war bereits seit dem 13. Juni 1960 für die Einweisung in eine Planstelle als Senatspräsident vorgeschlagen. Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten ist erfahrungsgemäß in der Regel mit einer Ernennung innerhalb von vier Monaten nach Vorlage des Vorschlags zu rechnen. Bei der Beschlußfassung über die Besetzung für das Jahr 1961 konnte deshalb erwartet werden, daß Oberlandesgerichtsrat K [REDACTED] bald nach dem 1. Januar 1961 zum Senatspräsidenten ernannt worden würde. Deshalb durfte die Präsidentenversammlung einstweilen davon absehen, einem Senatspräsidenten den Vorsitz im 12. Zivilsenat zu übertragen. Daß sich die Ernennung weiter hinauszögern würde, war bei der Beschlußfassung nicht vorauszusagen.

Eine vorschriftswidrige Besetzung ist auch nicht darin zu finden, daß die Besetzung, als die Ernennung in den ersten Monaten des Jahres 1961 ausblieb, nicht geändert worden ist. Da diese Ernennung jedenfalls als nahe bevorstehend angesehen werden mußte, war eine Änderung der Besetzung, die nur kurzen Bestand gehabt hätte und dann wieder eine neue Änderung erforderlich gemacht hätte, nicht geboten.

Vor und nach seiner Ernennung war der Senatspräsident K. dem 12. Zivilsenat nur als halbe Kraft zugeteilt; er war im übrigen mit Aufgaben der Justizverwaltung befaßt. Die Revision folgert daraus, daß der Vorsitzende des 12. Zivilsenats nicht in der Lage gewesen sei, die Rechtsprechung seines Senats richtungweisend zu beeinflussen. In diesem Zusammenhang behauptet sie, der 12. Zivilsenat habe laufend 6 beisitzende Richter, darunter laufend 3 Hilfsrichter gehabt.

Beides trifft nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten nicht zu. Vielmehr gehörten dem Senat außer dem Vorsitzenden laufend 2 Planrichter und 1 1/6 Hilfsrichterkräfte an. Die Hilfsrichter, welche die Revision nennt, waren nicht gleichzeitig, sondern zu verschiedenen Zeiten in dem Senat tätig. Landgerichtsrat S. gehörte dem Senat zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr an. Landgerichtsrat Sa. war in diesem Zeitpunkt schon zum Oberlandesgerichtsrat ernannt. Zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung war außer dem Amtsgerichtsrat P., der bei der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, nur noch der Landgerichtsrat Pa. mit einem Sechstel seiner Arbeitskraft als Hilfsrichter dem 12. Senat zugeteilt.

Weder aus der Zahl der Mitglieder des Senats noch aus der Tatsache, daß Senatspräsident K. nur mit halber Kraft dem Senat zugeteilt war, folgt, daß er den gebotenen Einfluß auf die Rechtsprechung des Senats nicht hätte nehmen können. Die Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten vom 16. November 1961 ergibt im Gegenteil, daß er sich in genügendem Maße an der Rechtsprechung des Senats beteiligt hat. Er hat an 84 % der Sitzungstage den Vorsitz geführt und an 87,5 % der streitigen Urteile mitgewirkt. Den Anforderungen, die die höchstrichterliche Rechtsprechung an die Mitwirkung des Vorsitzenden stellt, ist damit genügt worden (vgl. BGHZ 37, 210).

2) Auch die Mitwirkung des Amtsgerichtsrats P. ist nicht zu beanstanden. Die Revision ist der Meinung, daß die Beschäftigung von Hilfsrichtern beim 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts nicht auf die Fälle eines vorübergehenden Bedürfnisses an Hilfsrichterkräften beschränkt worden sei. Sie führt für diese Auffassung lediglich an, daß laufend 3 Hilfsrichter bei dem Senat tätig gewesen seien.

Das trifft aber, wie ausgeführt, nicht zu. Nach der Auskunft des Oberlandesgerichtspräsidenten besteht auch kein Bedenken gegen die Annahme, daß der Amtsgerichtsrat P. dem Oberlandesgericht als Hilfsrichter zugewiesen worden ist, um einem vorübergehenden Bedürfnis an Richterkräften Rechnung zu tragen.

II.

Auch mit ihren sachlichrechtlichen Angriffen kann die Revision keinen Erfolg haben. Ob die von ihr bekämpfte Begründung des Berufungsgerichts das angefochtene Urteil trägt,

kann dahinstehen. Denn dem Landgericht ist im Ergebnis darin beizutreten, daß die vom Kläger geltend gemachten Gewährleistungsansprüche verjährt sind.

Das Berufungsgericht tritt der Ansicht des Landgerichts entgegen, daß die Teilrechnung des Beklagten vom 5. Februar 1955 eine schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung der in der Rechnung angeführten Arbeiten i.S. des § 12 Ziff. 5 Abs. 1 VOB Teil B darstelle, daß die Leistung mit Ablauf von 12 Werktagen nach Zugang der Rechnung als abgenommen gelte und daß damit die zweijährige Verjährungsfrist nach § 13 Ziff. 4 VOB Teil B begonnen habe. Vielmehr habe die Frist erst mit der Abnahme der gesamten Arbeiten des Beklagten begonnen.

Auch wenn dieser Standpunkt des Oberlandesgerichts zugrunde gelegt wird, ist die Verjährung eingetreten.

1) Fehlt es an einer Mitteilung i.S. des § 12 Ziff. 5 Abs. 1 VOB, so greift, was das Oberlandesgericht nicht beachtet hat, der Absatz 2 des § 12 Ziff. 5 VOB ein. Danach gilt, wenn der Auftraggeber die Leistung in Benutzung genommen hat, die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist.

Das Haus des Klägers war nach dessen Vortrag am 15. Mai 1955 bezugsfertig (vgl. S. 2 der Klageschrift, S. 2 des Schriftsatzes vom 17. November 1958). Um diese Zeit oder kurz danach ist es auch bezogen und damit die Leistung des Beklagten "in Benutzung genommen" worden. Das ist ebenfalls dem eigenen Vortrag des Klägers zu entnehmen. Er hat selbst den Beginn der Benutzung auf den 15. Mai 1955 und demgemäß die Abnahme nach § 12 Ziff. 5 Abs. 2, und zwar für die gesamte Leistung des Klägers, unter Berücksichtigung eines Sonntags und eines Feiertags auf den 24. Mai 1955 datiert (vgl.

S. 1 des Schriftsatzes vom 2. Dezember 1958, S. 2 des Schriftsatzes vom 11. Mai 1959, S. 2 des Schriftsatzes vom 27. Juli 1959). Auf welchen Tag genau die Abnahme nach § 12 Ziff. 5 Abs. 2 festzulegen ist, spielt keine Rolle. Denn ohnehin hat die zweijährige Frist, wie das Landgericht zutreffend ausführt mit der schriftlichen Aufforderung zur Mängelbeseitigung vom 25. April 1956 neu zu laufen begonnen (BGH MDR 1963, 42). Die Verjährung wäre danach am 25. April 1958 eingetreten. Die Vollendung der Verjährung hat sich aber, wie das Landgericht rechtsfehlerfrei ausführt, um weitere 102 Tage verzögert; während dieser Zeit war die Verjährung nach § 639 Abs. 2 BGB gehemmt, weil die Parteien einverständlich den Mangel durch einen Sachverständigen haben prüfen lassen. Die Verjährung ist danach am 5. August 1958 eingetreten.

Die Klage ist erst nach diesem Zeitpunkt eingereicht worden und konnte die Verjährung deshalb nicht mehr unterbrechen.

2) Auch sonstige Unterbrechungen und Hemmungen liegen hinsichtlich der im Revisionsverfahren in Streit stehenden Mängel nicht vor.

Das am 8. Februar 1958 eingereichte Armenrechtsgesuch hat die Verjährung nicht unterbrochen (BGHZ 17, 199, 208; Soergel, BGB, 9. Aufl. § 209 Rdz. 3; RGRK BGB 11. Aufl. § 209 Anm. 2).

Das Armenrechtsverfahren hat auch keine Bedeutung für eine Hemmung der Verjährung. Zwar ist die Verjährung nach § 203 Abs. 2 BGB gehemmt, wenn eine arme Partei ein Armenrechtsgesuch eingereicht hat und die Entscheidung darüber aus von der Partei nicht zu vertretenden Umständen verzö-

11

gert wird oder ihr das Armenrecht zu Unrecht versagt wird (Soergel § 203 Rdz. 7; BGHZ 17, 199; BGH LM Nr. 9 zu § 203 BGB). Voraussetzung der Hemmung ist, aber, daß die Partei ein sachlich begründetes Armenrechtsgesuch eingereicht hat, dem das Gericht bei ordnungsgemäßer Behandlung hätte entsprechen müssen (RGZ 151, 129, 134). Voraussetzung ist vor allem, daß die Partei überhaupt arm ist (vgl. RG aaO S. 138 f). Das war hier nicht der Fall. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Armut des Klägers mit zutreffender Begründung verneint.

Der Kläger hat auch selbst nicht geltend gemacht, daß die Verjährung wegen des Armenrechtsverfahrens gehemmt worden sei. Wohl hat er den Standpunkt vertreten, in seinem Armenrechtsgesuch sei wiederum eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung nach § 13 Ziff. 5 VOB zu sehen und es habe deshalb damals eine neue Frist von 2 Jahren zu laufen begonnen, innerhalb deren seine Gewährleistungsansprüche erhalten geblieben seien (vgl. S. 6 der Berufungsbegründung). Diese Auffassung ist aber unrichtig. Nur die erste Aufforderung vom 25. April 1956 setzte die Frist von 2 Jahren neu in Lauf; eine spätere Wiederholung der Aufforderung hatte diese Wirkung nicht (BGH MDR 1963, 42).

3) Das Landgericht hat ohne Rechtsfehler verneint, daß der Beklagte in der Besprechung vom 25. Mai 1957 auf die Einrede der Verjährung verzichtet habe. Neue Behauptungen oder Beweisangebote hierzu hat der Kläger im Berufungsverfahren nicht vorgebracht.

4) Es kommt auch nicht darauf an, ob die Parteien, wie in der Berufungsbegründung behauptet war, im Mai 1956 vereinbart haben, daß noch ein Jahr gewartet werden solle, um das Ausmaß der Schäden beurteilen zu können. Eine solche Abrede be-

wirkte weder eine Unterbrechung noch eine Hemmung der Verjährung. Sie könnte ebenso wie geführte Vergleichsverhandlungen (BGH NJW 1959, 96) den Kläger berechtigen, der Verjährungseinrede den Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenzusetzen, dies aber nur, wenn während des "Wartejahres" inzwischen die Verjährung eingetreten wäre, und auch dann nur, wenn der Kläger nach Ablauf des Jahres binnen einer kurz zu bemessenden Frist geklagt hätte (vgl. BGH NJW 1959, 96 mit Nachweisen). Hier ist aber nach Ablauf dieses Wartejahres noch mehr als ein weiteres Jahr vergangen, ehe die Verjährung eintrat.

5) Es ändert am Eintritt der Verjährung nichts, daß der Kläger seine Ansprüche auch aus positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung herzuleiten versucht.

a) Zwar verjähren Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung bei einem nach den Vorschriften des BGB zu beurteilenden Werkvertrag nicht nach § 638 BGB, sondern erst in 30 Jahren (BGHZ 35, 130). Ersatz von Schaden, der dem Werk unmittelbar anhaftet, weil es wegen des Mangels minderwertig ist, fällt aber unter die Vorschrift des § 635 BGB; insoweit verjährt der Ersatzanspruch innerhalb der Fristen des § 638 BGB.

Es kann dahingestellt bleiben, ob auch bei einem Werkvertrag, auf den die VOB anzuwenden ist, Ersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung erst in 30 Jahren oder in den kurzen Fristen des § 13 Ziff. 4 VOB verjähren (vgl. Hereth-Ludwig-Naschold, VOB, Anm. 26 zu § 13 VOB Teil B). Bei den Klageansprüchen handelt es sich eindeutig um Ersatz des durch angebliche Mängel der Werkleistung hervorgerufenen "Schadens an dem Bauwerk". Diese Ansprüche, die sich gegebenenfalls nach § 13 Ziff. 7 Abs. 1 VOB bestimmen, unterliegen jedenfalls der Verjährung binnen 2 Jahren nach § 13 Ziff. 4 VOB.

b) Ansprüche aus unerlaubter Handlung sollen, wie meist im Schrifttum gesagt wird, durch die Gewährleistungsansprüche nicht verdrängt werden (z.B. Erman, BGB, 3. Aufl., § 635 Anm. 3; Staudinger, BGB, 11. Aufl., Rdz. 23 vor § 459). Einer grundsätzlichen Stellungnahme hierzu bedarf es nicht.

Es ist nicht ersichtlich, daß der Beklagte eine unerlaubte Handlung begangen hat.

Daß er das Eigentum des Klägers verletzt habe (§ 823 Abs. 1 BGB), verneint das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung.

Das Berufungsgericht unterstellt, daß der Beklagte anerkannte Regeln der Baukunst verletzt habe, und scheint diese Regeln als ein Schutzgesetz i.S. des § 823 Abs. 2 BGB anzusehen. Letzteres kann indessen nur insoweit zutreffen, als die Regeln der Baukunst sich in Rechtsvorschriften niedergeschlagen haben oder als gegen diese Regeln mit den in § 330 StGB angeführten Folgen verstoßen worden ist. Insoweit ist aber hier kein Anhaltspunkt gegeben, der die Anwendung des § 823 Abs. 2 BGB rechtfertigen könnte.

III.

Nach allem greift die Einrede der Verjährung durch. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts ist im Ergebnis richtig. Die Revision ist deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO

zurückzuweisen.

Glanzmann Heimann-Trosien Erbel Meyer Finke