

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 221/72

URTEIL

Verkündet am
20. März 1975
Blust,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Ursula S c h [REDACTED], B [REDACTED] (G [REDACTED]),
H [REDACTED]straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -
Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

gegen

1. ...

2. die Firma Albert B a [REDACTED] und Söhne, Inhaber
Maurer- und Stukkateurmeister Walter Ba [REDACTED], Be [REDACTED]
(Schö [REDACTED]), Mo [REDACTED]straße [REDACTED],

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

3. den Malermeister Edgar S e [REDACTED], Be [REDACTED] (Wi [REDACTED])
Ma [REDACTED] Straße [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
und [REDACTED] -
Beklagte, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Meise und Doerry

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Teilurteil des 10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 2. Oktober 1972 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ließ im Jahre 1964 bei Umbau und Renovierung ihrer Altbauvilla in Be [REDACTED] (G [REDACTED]), H [REDACTED]-straße [REDACTED], von der Beklagten zu 2 (im folgenden: Ba [REDACTED]) Außenputzarbeiten ausführen und von dem Beklagten zu 3 (im folgenden: Se [REDACTED]) den Putz anstreichen. Den durch ihren Architekten Bo [REDACTED], Beklagten zu 1, erteilten Aufträgen wurde die VOB (B) zugrunde gelegt.

Nach Beendigung der Arbeiten fand keine förmliche Abnahme statt. Ba [REDACTED] erteilte der Klägerin Rechnung vom 11. November 1964 über 46.367,86 DM, von denen 6.132,17 DM noch offen stehen. Se [REDACTED] übersandte der Klägerin Rechnungen vom 18. und 21. Januar sowie 25. Februar 1965 über

- 3 -

insgesamt 29.887,49 DM, von denen 1.887,49 DM nicht bezahlt sind.

In der Folgezeit traten an den Fassaden Verfärbungen, Ausblühungen und Risse auf; teilweise löste sich die Farbe ab. Die Klägerin machte die Beklagte dafür verantwortlich und verlangte Beseitigung der Mängel. Im Verlauf der Auseinandersetzungen holten die Klägerin sowie Se [REDACTED] und - 1970 im Beweissicherungsverfahren - auch Ba [REDACTED] Gutachten ein. Im Jahre 1971 ließ die Klägerin durch andere Unternehmer Farbe und Putz entfernen und das Haus zum Teil neu verputzen.

Mit ihrer im Jahre 1971 erhobenen Klage hat die Klägerin von den Beklagten als Gesamtschuldnern zuletzt 81.000 DM nebst Zinsen als Ersatz für die Kosten der Mängelbeseitigung und der Gutachten verlangt.

Die Beklagten haben sich auf Verjährung berufen. Sie haben bestritten, mangelhaft gearbeitet oder Aufklärungspflichten verletzt und dadurch Schäden verursacht zu haben.

Das Landgericht hat die - damals auf Feststellung gerichtete - Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der inzwischen zur Zahlungsklage übergegangenen Klägerin durch Teilurteil zurückgewiesen, soweit die Klage sich gegen Ba [REDACTED] und Se [REDACTED] richtet. Mit der Revision, deren Zurückweisung diese Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche gegen sie weiter.



Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Mängel an Putz und Anstrich auf unzulänglichen Leistungen Ba[REDACTED] und Se[REDACTED] beruhen. Darauf gegründete etwaige Ersatzansprüche der Klägerin erachtet es jedenfalls für verjährt.

I.

Das Berufungsgericht geht von der zweijährigen Verjährung des § 13 Nr. 4 VOB (B) aus. Eine Verjährungsfrist von 30 Jahren gemäß § 195 BGB komme hier nicht in Betracht, weil nicht dargetan sei, daß Ba[REDACTED] und Se[REDACTED] Nebenpflichten verletzt und sich dadurch einer positiven Vertragsverletzung schuldig gemacht hätten.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Zutreffend verneint das Berufungsgericht, daß Ba[REDACTED] verpflichtet gewesen sei, Se[REDACTED] vor Beginn der Malerarbeiten auf die "besondere Gestaltung der Putzoberfläche" hinzuweisen, die nach Behauptung der Klägerin durch "Filzen" (d.h. Glätten) und Verwenden von Gips für das Aufbringen vieler Farbarten ungeeignet gewesen sein soll.

Der Unternehmer hat seine Leistungen unter Beachtung der anerkannten Regeln der Technik auszuführen (§ 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB (B)). Dazu gehört es, die Leistung so zu erbringen, daß sie eine geeignete Grundlage für die darauf aufbauenden Leistungen nachfolgender Unternehmer bildet (vgl. BGH Urteil vom 15. Dezember 1969 - VII ZR 8/68 = VersR 1970, 280, 281; Ingenstau/Korbion, 7. Aufl., § 4 VOB (B) Rn. 100).

a) Fehlt es daran, so liegt regelmäßig ein Werkmangel vor, der nach Leistungsabnahme den Unternehmer gemäß § 13 VOB (B) zur Gewährleistung verpflichtet. Diese Mängel und Schäden beruhen also nicht auf der Verletzung einer Nebenpflicht, auf die Mängel hinzuweisen, sondern auf der Verletzung der vertraglichen Hauptpflicht, die versprochene Leistung ordnungsmäßig auszuführen.

Im übrigen wäre es auch dann nicht anders, wenn man von einer Verletzung einer Nebenpflicht ausgehen würde; denn Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten, die das Fehlen zugesicherter Eigenschaften und andere Mängel der Werkleistung oder der Kaufsache betreffen, verjähren in derselben Frist wie Gewährleistungsansprüche, zumindest soweit beide Ansprüche sich decken (vgl. das Urteil des Senats NJW 1974, 1187 mit weiteren Nachweisen).

b) Ist die Leistung des ersten Unternehmers mangelfrei, so darf er sich grundsätzlich darauf verlassen, daß der nachfolgende Unternehmer seine auf der Vorleistung aufbauende Leistung ebenfalls nach den anerkannten Regeln der Technik ausführt. Zu den Pflichten des zweiten Unternehmers gehören auch die sich aus §§ 4 Nr. 3, 13 Nr. 3 VOB (B) ergebenden Pflichten, die Vorleistung auf ihre Eignung als Grundlage der darauf aufbauenden eigenen Leistung zu prüfen und etwaige Bedenken dem Auftraggeber mitzuteilen. Verletzt er diese Pflichten, so stehen dem Auftraggeber wegen der darauf zurückzuführenden Mängel und Schäden Gewährleistungsansprüche gegen den zweiten Unternehmer gemäß § 13 Nr. 3 VOB (B) zu.

c) Neben dieser Prüfungs- und Mitteilungspflicht des zweiten, auf der Vorleistung aufbauenden Unternehmers kann allerdings ausnahmsweise auch eine Pflicht des ersten Unternehmers bestehen, auf die Beschaffenheit seiner Vorleistung hinzuweisen. Ein solcher Hinweis kann nach Treu und Glauben jedoch nur dann verlangt werden, wenn erkennbar die Gefahr besteht, daß der zweite Unternehmer auch bei Anwendung der anerkannten Regeln der Technik nicht zu erkennen vermag, ob die Vorleistung des anderen Unternehmers für ihn eine geeignete Arbeitsgrundlage ist und in welcher Weise er seine eigene Leistung fachgerecht der Vorleistung anzupassen hat, um Mängel zu vermeiden (vgl. BGH aaO; Ingenstau/Korbion aaO).

Die Klägerin hat jedoch nicht behauptet, daß hier die "besondere Gestaltung der Putzoberfläche" für Semler auch bei ihm zumutbarer sachgemäßer Prüfung nicht erkennbar gewesen sei. Vielmehr hat sie diesem zum Vorwurf gemacht, den Putz unzulänglich geprüft und dadurch seine Pflicht schuldhaft verletzt zu haben.

2. Zu Recht sieht das Berufungsgericht in dem Semler vorgeworfenen Verhalten, den Putz unzulänglich geprüft und dies der Klägerin nicht mitgeteilt zu haben, keine positive Vertragsverletzung, sondern die Verletzung der sich aus § 4 Nr. 3 VOB (B) ergebenden Pflichten. Diese Pflichtverletzung hat gemäß § 13 Nr. 3 VOB (B) zur Folge, daß Semler wegen der auf die unzureichende Prüfung des Putzes zurückzuführenden Mängel von seiner Gewährleistung gemäß § 13 Nr. 5 - 7 VOB (B) nicht befreit ist.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe übersehen, daß Semler nach dem Vortrag der Klägerin die unzulängliche Prüfung und den darauf beruhenden Mangel arglistig verschwiegen habe.

Das ist nicht richtig. Auf arglistiges Verschweigen hat sich die Klägerin in den Tatsacheninstanzen nicht berufen. Ein solches Verhalten Se [REDACTED] kann auch nicht dem Vortrag der Klägerin entnommen werden, Se [REDACTED] sei bekannt gewesen, daß verschiedene Putzarten unterschiedliche Oberflächenhaftungen besäßen und unterschiedliche Vorarbeiten für den Anstrich erforderten und daß für bestimmte Putzarten nur bestimmte Anstriche verträglich seien. Es ist jedenfalls nichts dafür vorgetragen, daß Se [REDACTED] (oder sein etwaiger Erfüllungsgehilfe in Bezug auf arglistiges Verschweigen) vorsätzlich den Putz unzureichend untersucht und den Mangel nicht mitgeteilt hat.

II.

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Die Verjährungsfrist von zwei Jahren habe mit der Abnahme begonnen (§ 13 Nr. 4 Satz 2 VOB (B)). Eine förmliche Abnahme sei nicht verlangt worden. Jedoch habe hier eine Abnahme gemäß § 12 Nr. 5 VOB (B) stattgefunden. Sie liege darin, daß die Klägerin die in den Schlußrechnungen der Beklagten enthaltenen Mitteilungen über die Fertigstellung der Arbeiten unwidersprochen hingenommen habe. Die Verjährungsfrist für Ansprüche gegen Ba [REDACTED] habe somit nach Erteilung der Schlußrechnung vom 11. November 1964 Anfang Dezember 1964 begonnen, die Frist für die Ansprüche gegen Se [REDACTED] Anfang Februar 1965, nachdem dieser seine Schlußrechnung vom 18. Januar 1965 erteilt habe.

Das Berufungsgericht "unterstellt", daß ein gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) zur Verjährungsunterbrechung

erforderliches Nachbesserungsverlangen im Schreiben der Klägerin an die Beklagten vom 21. Juli 1966 enthalten sei. Danach habe die Verjährungsfrist mit Zugang dieses Schreibens im Juli 1966 erneut begonnen.

Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Das genannte Schreiben enthält zweifelsfrei ein Nachbesserungsverlangen im Sinne von § 13 Nr. 5 VOB (B). Die Klägerin bezeichnet darin eindeutig die Mängel (Risse im Putz, Abblättern der Farbe) und bringt nach dem gesamten Inhalt deutlich zum Ausdruck, von Ba[REDACTED] und Se[REDACTED] die Beseitigung der Mängel zu verlangen (vgl. BGHZ 62, 293, 295). Anders konnten die Beklagten das Schreiben gar nicht auffassen. Es ist eindeutig.

2. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die Verjährung sei jedenfalls am 21. Juli 1968 vollendet gewesen. Die wiederholten Nachbesserungsverlangen der Klägerin hätten nicht zur erneuten Unterbrechung geführt. Das angebliche Anerkenntnis Ba[REDACTED] von August oder September 1968 habe die bereits vollendete Verjährung nicht mehr unterbrechen können.

Auch dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis ohne Erfolg.

a) Sie meint, Ba[REDACTED] habe, wie sich aus dem Schreiben des Architekten Bo[REDACTED] vom 3. September 1968 ergebe, die Pflicht zur Mängelbeseitigung anerkannt und damit auf die Einrede der Verjährung verzichtet.

Dem kann nicht gefolgt werden.

Aus den genannten Schreiben ergibt sich weder ein Anerkenntnis Ba [REDACTED], noch ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung. Vielmehr haben die Beklagten, wie Architekt Bo [REDACTED] in dem Schreiben ausdrücklich erklärt, unzulängliche Leistungen "strikt abgestritten". Auch das Bewußtsein Ba [REDACTED], daß die Verjährung bereits vollendet war, und ein Wille, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, sind nicht zu erkennen.

b) Die Revision ist der Ansicht, durch die von den Parteien "wechselseitig" eingeholten Gutachten und durch das von Ba [REDACTED] eingeleitete Beweissicherungsverfahren habe eine die Verjährung hemmende Prüfung der Mängel im Sinne von § 639 Abs. 2 BGB stattgefunden.

Die von Ba [REDACTED] im Juni 1970 beantragte Beweissicherung stellt keine derartige Prüfung des Vorhandenseins von Mängeln dar. Das wird besonders deutlich aus der Begründung des Antrags. Danach lehnte Ba [REDACTED] jede Nachbesserung ab, weil er für die Mängel nicht verantwortlich sei, berief sich auch auf Verjährung der Ansprüche der Klägerin und verlangte die Beweissicherung nur deshalb, weil die Klägerin angekündigt habe, den Putz demnächst beseitigen zu lassen, und folglich der Verlust eines Beweismittels zu befürchten sei.

Es kann dahinstehen, ob die vorausgegangene "wechselseitige" Einholung von Gutachten als Prüfung im Sinne von § 639 Abs. 2 BGB zu werten ist. Selbst wenn nämlich die Verjährung während dieser gesamten Zeit (vom Auftrag an die ersten Gutachter D [REDACTED] und Ho [REDACTED] im April 1968 bis zur Vorlage des Gutachtens De [REDACTED] im Mai/Juni 1970) gehemmt gewesen sein sollte, so sind die Ansprüche der Klägerin doch verjährt. Bis zum April 1968 waren von der

zweijährigen Verjährungsfrist bereits 20 Monate abgelaufen. Seit dem Ende der etwaigen Verjährungshemmung im Juni 1970, als die Beklagten auch nach Vorlage der Gutachten zur Mängelbeseitigung nicht bereit waren, bis zur Einreichung der Klage im Mai 1971 waren mehr als weitere vier Monate abgelaufen. Damit aber war die Verjährung auf jeden Fall vor Klageeinreichung vollendet.

c) Die Einrede der Verjährung ist auch nicht deshalb mißbräuchlich, weil Ba[REDACTED] sie erst nach längerem Streit darüber, wer für die Mängel verantwortlich sei, erhoben hat. Im übrigen übersieht die Revision, daß Ba[REDACTED] bereits im Antrag auf Beweissicherung ausdrücklich darauf hingewiesen hat, sich auf Verjährung der Ansprüche zu berufen und bereits früher berufen zu haben.

III.

Die Revision ist nach alledem zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Vogt

Erbel

Girisch

Meise

Doerry