

2188 061

Verkündet
am 2. Mai 1963
Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Eheleute Zahnarzt Dr. Rudolf S. [REDACTED] und Frau Margarete
geb. D. [REDACTED], B. [REDACTED], U. [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Architekten Lothar K. [REDACTED], B. [REDACTED], O. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 2. Mai 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Heimann-Trosien, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.)
vom 30. Mai 1961 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als zum Nachteil der Kläger erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisions-
instanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Anschlußrevision wird zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Im Jahre 1954 betrauten die Kläger den Beklagten mit den Architektenaufgaben, einschließlich örtlicher Bauaufsicht, für den Bau eines Einfamilienhauses in B[REDACTED]. Von November bis Dezember 1954 wurde der Rohbau von einem Bauunternehmer errichtet. Dieser erhielt dafür von den Klägern Abschlagszahlungen von 23.000 DM.

Im März 1955 kündigten die Kläger ihre Verträge mit dem Bauunternehmer und dem Beklagten, weil der Rohbau unbrauchbar sei und der Beklagte das durch mangelnde Bauaufsicht mitverschuldet habe. Sie verlangten Schadensersatz. In zwei Vorprozessen erwirkten der Kläger gegen den Bauunternehmer und beide Kläger gegen den Beklagten rechtskräftige Urteile über einen Teilbetrag von 3.000 DM nebst Zinsen; der Beklagte wurde dabei "als Gesamtschuldner" mit dem Bauunternehmer verurteilt. Außerdem wurden 1955 und 1960 Beweissicherungsverfahren durchgeführt.

1956 fiel der Bauunternehmer in Konkurs.

Im jetzigen Prozeß haben die Kläger vom Beklagten zunächst Zahlung weiterer 2.000 DM nebst Zinsen begehrt. Später haben sie die Klage auf 17.000 DM nebst Zinsen erweitert.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Er hat geltend gemacht: Die ursprünglichen Mängel seien unbedeutend und leicht zu beheben gewesen. Mängel, die später eingetreten seien, weil der Rohbau jahrelang ungedeckt gestanden habe, seien von ihm nicht zu vertreten. Etwaige Mängelansprüche der Kläger seien größtenteils durch Verzicht erloschen oder verjährt.

Im Laufe des Rechtsstreits haben die Kläger den Rohbau abbrochen lassen. Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, das sei nicht erforderlich gewesen.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfange stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten nur zur Zahlung von 2.000 DM an beide Kläger und von weiteren 1.000 DM an den Kläger (jeweils mit Zinsen) verurteilt. Die weitergehende Klage hat es wegen Verjährung abgewiesen.

Mit der Revision verlangen die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, mit der Anschlußrevision der Beklagte die volle Abweisung der Klage. Jede Partei hat beantragt, die Revision des Gegners zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Zur Mängelhaftung des Beklagten:

Das Berufungsgericht stellt fest, der Beklagte habe den Rohbau bewußt ohne Kenntnis der Kläger mit wesentlich schwächeren Fundamenten ausführen lassen, als er in seinem Entwurf vorgesehen und den Klägern vertraglich zugesichert gehabt habe. Außerdem habe er durch mangelnde Bauaufsicht verschuldet, daß das Mauerwerk im Verband mangelhaft gewesen sei und zu breite Fugen gehabt habe. Es seien nämlich zu kleine Steinbrocken verwendet worden, auch seien übereinanderliegende Stoßfugen ohne Versprung angeordnet.

1) Weitere Mängel des Rohbaus hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen, weil die Kläger im vorliegenden Rechtsstreit im Ortstermin vom 14. Februar 1959 vertraglich darauf verzichtet hätten, hieraus Ansprüche gegen den Beklagten herzuliten. Es handelt sich um falsche Mischung des



- 4 -

Mörtels, das Durchschimmern der Moniereisen auf der Unterseite der Betondecken, zu schwache Keller- und Erdgeschoßdecken sowie zu dünnen Kellerunterbeton und Kellerestrich.

Die Kläger meinen, ihre in der Niederschrift vom 14. Februar 1959 enthaltenen Erklärungen stellten keinen Rechtsverzicht, auch kein Geständnis, sondern lediglich die Mitteilung einer Rechtsauffassung dar.

Darauf braucht jedoch nicht eingegangen zu werden. Denn die Revision der Kläger hat ohnehin aus anderen Gründen Erfolg, wie noch auszuführen ist. Das Berufungsgericht hat daher in der neuen Verhandlung Gelegenheit, seine Auslegung der Niederschrift vom 14. Februar 1959 zu überprüfen.

2) Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe sein (des Beklagten) Verschulden nicht ausreichend begründet.

Das trifft nicht zu. Soweit es sich um die schwächeren Fundamente handelt, hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bewußt, also vorsätzlich gehandelt. Zur Begründung der Fahrlässigkeit des Beklagten bei der Bauaufsicht hat das Berufungsgericht in zulässiger Weise auf die Ausführungen auf Seite 9 - 10 seines Urteils vom 31. Januar 1958 Bezug genommen, das im Vorprozeß des Klägers gegen den Beklagten ergangen ist. Dort hat es die Fahrlässigkeit des Beklagten rechtsfehlerfrei dargetan.

Der Beklagte macht geltend, er habe zu der Zeit, als er die Abschlagszahlungen der Kläger an den Bauunternehmer veranlaßte, nicht voraussehen können, daß dieser später in Konkurs fallen werde.

Darauf kommt es jedoch nicht an. Es genügt, daß der Beklagte nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die Mängel, u.a. durch Verletzung seiner Bauaufsichtspflicht, mit verschuldet hat.

3) Der Beklagte glaubt, die Kläger könnten mangels Fristsetzung (§ 634 BGB) keinen Schadensersatz fordern; der Beklagte habe eine Nachbesserung nicht verweigert.

Das geht fehl. Die Kläger brauchten hier keine Frist zur Nachbesserung zu setzen. Denn dem Beklagten war eine Nachbesserung seines Architektenwerks, soweit es sich um die Sorge für plangerechte und ordnungsmäßige Bauausführung handelt, nicht mehr möglich, nachdem der Rohbau planwidrig und fehlerhaft hergestellt war (BGH NJW 1962, 390 und 1499).

Es kann den Klägern hier auch nicht nach § 254 Abs. 2 BGB der Vorwurf gemacht werden, sie hätten dem Beklagten keine Gelegenheit gegeben, die Fehler des Rohbaus abzustellen (vgl. BGH aaO). Denn der Beklagte hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts niemals eine Bereitschaft gezeigt, die Mängel des Rohbaus auf seine Kosten beseitigen zu lassen. Er hat vielmehr stets den Standpunkt vertreten, etwaige Mängel gingen nicht zu seinen Lasten.

4) Das Berufungsgericht begründet die Verurteilung des Beklagten gemäß dem ursprünglichen Klageantrag (2.000 DM) damit, daß die Kläger wegen der der Zusicherung des Beklagten nicht entsprechenden Fundamente, der zu breiten Stoßfugen und des mangelhaften Verbands des Mauerwerks sich nicht auf eine technisch vielleicht mögliche Abhilfe hätten einzulassen brauchen sondern das Werk des Beklagten als Ganzes hätten ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Werks hätten fordern dürfen (vgl. BGHZ 27, 215).

Der Schaden der Kläger bestehe mindestens darin, daß sie unstreitig auf Anweisung des Beklagten dem Bauunternehmer für den mangelhaften Rohbau 23.000 DM bezahlt hätten und diesen Betrag von ihm wegen seines Konkurses nicht zurückerlangen könnten. Auch unter Berücksichtigung der im Vorprozeß bereits zuerkannten 3.000 DM sei daher die ursprüngliche Klageforderung der Kläger in Höhe von weiteren 2.000 DM begründet.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

a) Das Berufungsgericht hat allerdings an anderer Stelle dargelegt, die Mauerwerksmängel allein (ohne die Fundamentmängel) hätten die Kläger nicht berechtigt, die Abnahme des Rohbaus abzulehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Architektenvertrages zu verlangen. Diese Ausführungen stehen aber im Zusammenhang mit der Beurteilung des erweiterten Klageantrages.

Der Beklagte findet das widerspruchsvoll. Er übersieht aber, daß das Berufungsgericht bei seinen Ausführungen zum ursprünglichen Klageantrag die Fundamentmängel einbezieht, diese für den erweiterten Klageantrag aber nicht berücksichtigen zu können glaubt, weil es der Auffassung ist, die Ansprüche wegen der Fundamentmängel seien inzwischen verjährt. Dadurch ist der Beklagte nicht beschwert.

b) Das Berufungsgericht hatte die Tatsache, daß die Fundamente schwächer als zugesichert ausgeführt worden sind, als Mangel des Architektenwerks zu beurteilen (§ 633 BGB). Es war daran nicht dadurch gehindert, daß der Rohbau über die Dauer von 5 Jahren keine Setzrisse gezeigt hat.

Das Berufungsgericht erwähnt in diesem Zusammenhang noch, daß es sich um einen bloßen Rohbau ohne Dach gehandelt habe und die Fundamente noch längst nicht die Lasten des bewohnten fertigen Hauses aufzunehmen gehabt hätten. Das ist eine bloße Hilfservägung. Sie hat die Entscheidung des Berufungsgerichts im Ergebnis nicht beeinflußt. Es braucht daher nicht erörtert zu werden, ob es, wenn es auf diesen Punkt entscheidend angekommen wäre, mangels eigener Sachkunde darüber einen Sachverständigen hätte hören müssen, wie der Beklagte meint.

c) Das Berufungsgericht brauchte sich angesichts der Vielzahl und des Umfangs der beigebrachten Gutachten und der zwischen ihnen bestehenden Widersprüche nicht mit jedem Einzelpunkt auseinanderzusetzen. Es genügt, wenn seine Beweiswürdigung insgesamt eine sachgerechte Beurteilung ergibt (BGHZ 3, 162, 175). Das ist der Fall.

Unter diesen Umständen brauchte es nicht ausdrücklich auf das Gutachten W. einzugehen, zumal es sich um ein Privatgutachten handelt, das der am vorliegenden Rechtsstreit nicht beteiligte Bauunternehmer in dem gegen ihn gerichteten Vorprozeß vorgelegt hatte.

II.

Zur Verjährung:

Das Berufungsgericht hat die durch Klageerweiterung vom 9. Mai 1960 geltend gemachten weiteren 15.000 DM nebst Zinsen zum größten Teil wegen Verjährung abgewiesen, gegen die Klägerin in vollem Umfang, gegen den Kläger mit Ausnahme eines Betrages von 1.000 DM nebst Zinsen.

Es ist dabei zutreffend davon ausgegangen, daß der Architektenvertrag der Parteien ein Werkvertrag ist (BGHZ 31, 224; BGH VII ZR 58/59 vom 25. April 1960, VersR 1960, 738). Deswegen hat es die 5-jährige Verjährungsfrist des § 638 BGB angewandt (vgl. BGHZ 32, 206).

1) Die Kläger meinen, es handele sich hier um Schäden aus positiver Vertragsverletzung, so daß nicht § 638 BGB, sondern die 30-jährige Verjährung gemäß § 195 BGB in Betracht komme. Die Anweisung des Beklagten an den Bauunternehmer, die Fundamente schwächer als vorgesehen auszuführen, sein Verheimlichen der schwächeren Fundamente vor den Bauherren sowie seine "Freigabe" der Abschlagszahlungen der Kläger an den später in Konkurs gefallenen Bauunternehmer hätten Schäden bewirkt, die weder auf Unmöglichkeit noch auf Leistungsverzug der Beklagten beruhten, sondern auf "Schlechterfüllung" seiner Vertragspflichten und Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten.

Die Rüge ist im Ergebnis nicht begründet.

Der kurzen Verjährung des § 638 BGB unterliegen die Ersatzforderungen wegen aller Schäden, die dem Werk unmittelbar anhaften, weil es wegen Mängeln unbrauchbar, wertlos oder minderwertig ist. Wenn zwischen dem Mangel und dem Schaden ein so enger, unmittelbarer Zusammenhang besteht wie hier, ist nur eine Ersatzforderung aus § 635 BGB gegeben, welche in der kurzen Frist des § 638 BGB verjährt. Dagegen kommen für eine positive Vertragsverletzung solche Nachteile in Betracht, die dem Besteller als weitere Folge der Mängel außerhalb des Werks erwachsen sind, sog. Folgeschäden (BGHZ 35, 130; 37, 341 sowie die weiteren Entscheidungen des Senats VII ZR 205/60 vom 22. Februar 1962, VII ZR 193/61 vom 13. Dezember 1962 und VII ZR 199/61 vom 21. Januar 1963).

Hier hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Rohbau vertragswidrig mit zu schwachen Fundamenten ausführen lassen sowie unter schuldhafter Verletzung seiner Bauaufsichtspflicht verschiedene Mängel des Mauerwerks nicht bemerkt und nicht abstellen lassen. Dieses Verhalten des Beklagten hat nicht nur dazu geführt, daß der Rohbau Mängel hat, sondern auch dazu, daß das Architektenwerk des Beklagten ebenfalls Mängel hat, die diesem unmittelbar anhaften. Denn Bauwerk und Architektenwerk hängen ihrerseits unmittelbar zusammen (BGHZ 37, 341, 343-344).

Die Ansprüche wegen der hier in Betracht kommenden Schäden gründen sich daher nicht auf positive Vertragsverletzung, sondern auf § 635 BGB und fallen damit unter die kurze Verjährung des § 638 BGB.

a) Es kommt nicht darauf an, daß hier nicht Unmöglichkeit oder Leistungsverzug, sondern sonstige Vertragsverletzungen des Beklagten vorliegen. Denn mit dieser Unterscheidung kann man den Schadensersatzanspruch aus Gewährleistung (§ 635 BGB) überhaupt nicht von dem aus positiver Vertragsverletzung abgrenzen. Beide beruhen nämlich nicht auf Unmöglichkeit oder Verzug, sondern auf "sonstiger Vertragsverletzung" (Schlechterfüllung). Für die Frage der Verjährung ist daher nicht auf das schadenstiftende Ereignis, sondern auf die Art des Schadens abzustellen.

b) Das Verheimlichen der schwächeren Fundamente durch den Beklagten hat zu keinem höheren Schaden geführt, als er jetzt dem Rohbau und somit auch dem Architektenwerk des Beklagten unmittelbar anhaftet (vgl. BGHZ 35, 130, 134). Daran ändert sich auch dadurch nichts, daß die Kläger möglicherweise bei alsbaldiger Kenntnis der schwächeren Fundamente den Rohbau gar nicht auf diesen hätten aufführen lassen.

c) Dadurch, daß der Beklagte die Kläger zu Abschlagszahlungen an den Bauunternehmer veranlaßt hat und von diesem wegen seines Konkurses keine Rückzahlung mehr zu erlangen ist, ist ebenfalls kein weiterer Schaden eingetreten als der, welcher dem Werk des Bauunternehmers und damit auch dem Architektenwerk des Beklagten unmittelbar anhaftet. In der zu Unrecht erfolgten Zahlung der 23.000 DM durch die Kläger an den Bauunternehmer drückt sich gerade der dem Architektenwerk anhaftende Schaden aus. Es ist derselbe Schaden, gleichviel, ob man ihn darin sieht, daß das von den Klägern an den Bauunternehmer bezahlte Werk mangelhaft ist, oder darin, daß die Kläger das mangelhafte Werk an den Bauunternehmer bezahlt haben.

Ob die Kläger durch Verweigern oder alsbaldige Rückforderung ihrer Abschlagszahlungen den Schaden hätten verhüten oder mindern können, ist ohne Bedeutung für die hier allein entscheidende Tatsache, daß der Schaden der Kläger, so wie er jetzt besteht, mit den Mängeln des Rohbaus und damit auch mit den Mängeln des Architektenwerks des Beklagten unmittelbar zusammenhängt. Denn wäre der Rohbau mängelfrei gewesen, so hätten die Kläger die Abschlagszahlungen an den Bauunternehmer leisten müssen. Nur die Mängel des Rohbaus gaben ihnen die Möglichkeit und das Recht, die Abschlagszahlungen zu verweigern oder zurückzufordern.

2) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte, ohne den Klägern etwas davon zu sagen, die Fundamente des Rohbaus bewußt erheblich schwächer ausführen lassen, als das nach seinen eigenen Plänen vorgesehen und von ihm zugesichert war. Trotzdem ist das Berufungsgericht der Auffassung, der Beklagte habe diesen Umstand den Klägern nicht arglistig verschwiegen (§ 638 BGB); denn er habe sich zu der eigenmächtigen Abänderung der Fundamente für befugt gehalten und auch angenommen, diese schwächeren Fundamente würden statisch ausreichen.

Das greifen die Kläger mit Recht an.

"Arglistig verschweigt", wer sich bewußt ist, daß ein bestimmter Umstand für die Entschliebung seines Vertragsgegners von Erheblichkeit ist, nach Treu und Glauben diesen Umstand mitzuteilen verpflichtet ist und ihn trotzdem nicht offenbart (vgl. RGRK BGB 11. Aufl., § 460 Anm. 7; Staudinger, BGB, 11. Aufl. § 460 Rz. 13, beide mit Rechtsprechungsnachweisen).

Das Berufungsgericht führt an anderer Stelle seines Urteils aus: Die Kläger hätten ausdrücklich ein gutes, solides und festes Haus verlangt. Sie hätten dem Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht, daß sie ganz sicher gehen, jedes Risiko vermeiden wollten und auf vorsichtige, solide Bauweise besonderen Wert legten. Deswegen müsse angenommen werden, daß er die in den Bauvorlagen angegebenen Fundamente hier vertraglich bindend zugesichert habe. Die Beschaffenheit der Fundamente habe hier besondere Bedeutung gehabt. Die Bauvorlagen mit ihren Angaben über die Art der Fundamente hätten nicht nur die Grundlage für die Stellungnahme der B. Bergbau AG gebildet, ob (auf deren Kosten) zusätzliche Sicherungen gegen Bergschäden eingebaut werden sollten. Die Fundamente hätten vielmehr auch einen einheitlichen Ring zu bilden gehabt, um bei dem zerklüfteten Gestein des Untergrundes ein gleichmäßiges Setzen des Hauses zu gewährleisten. Es seien deshalb nicht irgendwelche den statischen Erfordernissen noch genügende Fundamente, sondern vielmehr die besonderen in der Baubeschreibung und den Bauvorlagen genau angegebenen vertraglich zugesichert worden. Der Beklagte habe daher nicht eigenmächtig eine schwächere Ausführung anordnen dürfen, ohne die Zustimmung der Kläger einzuholen.

Das Berufungsgericht hat dann noch "insbesondere das recht eigenartige Verhalten des Beklagten bei der eigenmächtigen, den Klägern lange Zeit hindurch verheimlichten Abschwächung der Fundamente" hervorgehoben, ohne jedoch dieses von ihm beanstandete Verhalten näher darzulegen.

Angesichts dieser seiner eigenen Feststellungen durfte das Berufungsgericht ein arglistiges Verschweigen des Beklagten in Bezug auf die schwächeren Fundamente nicht mit der von ihm gegebenen Begründung verneinen.

Wer bewußt verschweigt, daß seinem Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, handelt in der Regel arglistig. Wenn der Beklagte genau wußte, welchen großen Wert die Kläger mit Recht darauf legten, daß gerade die in seinen Plänen vorgesehenen Fundamente ausgeführt wurden, und wenn er gerade deswegen die Ausführung gemäß seinen Plänen den Klägern ausdrücklich vertraglich zugesichert hatte, so konnte er nicht annehmen, er dürfe die Fundamente ohne Wissen und Willen der Kläger eigenmächtig schwächer ausführen lassen. Seine Arglist ist dann auch nicht etwa deswegen ausgeschlossen, weil er angenommen hätte, die schwächeren Fundamente würden statisch noch ausreichen. Denn das genügte ja den Klägern nach den Feststellungen des Berufungsgerichts gerade nicht, und zwar aus triftigen Gründen, wie dem Beklagten bekannt war.

Dieser Widerspruch im Berufungsurteil zwingt zu seiner Aufhebung, soweit zum Nachteil der Kläger erkannt ist. Denn wenn der Beklagte die schwächere Ausführung der Fundamente arglistig verschwiegen hat, so gilt insoweit nicht die 5-jährige, sondern die 30-jährige Verjährung (§§ 638, 195 BGB), und das Berufungsgericht durfte bei der Beurteilung des erweiterten Klageantrags beider Kläger dann die mangelhaften Fundamente nicht außer Betracht lassen, wie es das getan hat.

Es wird in der neuen Verhandlung auch klären müssen, ob der Bauunternehmer, obwohl er schwächere und damit wahrscheinlich billigere Fundamente ausgeführt hat, sich den höheren Preis für die im Plan vorgesehenen stärkeren Fundamente von den Klägern hat bezahlen lassen, sowie, ob der Beklagte das erkannt und geduldet hat. Sollte das festgestellt werden, so könnte eine Arglist des Beklagten nicht verneint werden.

3) Das Berufungsgericht meint, das vom Kläger im Jahre 1955 beantragte Beweissicherungsverfahren habe die Verjährung nur insoweit zugunsten des Klägers unterbrochen (§§ 639, 477 Abs. 2 BGB), als dieser in seinem Antrag vom 22. März 1955 einzelne Mängel des Rohbaus aufgezählt hat, also nur wegen der Mauerwerksmängel, nicht aber wegen der Fundamentmängel.

Das greifen die Kläger mit beachtlichen Gründen an.

Hierauf braucht jedoch nicht eingegangen zu werden. Denn auch wenn das Berufungsgericht in der Frage der Verjährung wegen der Fundamentmängel Recht haben sollte, so dürfte es bei der Beurteilung des erweiterten Klageantrags doch nicht davon ausgehen, der Kläger könne nur Schadensersatz wegen Schlechterfüllung, nicht aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter Ablehnung des ganzen Werks des Beklagten fordern.

a) Der Besteller hat bei Mängeln des Werks grundsätzlich die Wahl, ob er es ablehnen oder behalten, ob er Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder wegen Schlechterfüllung verlangen will. Das gilt sogar bei unerheblichen Mängeln, es sei denn, daß der Besteller gegen Treu und Glauben verstößt (BGHZ 27, 215, 220).

b) So ist es auch hier. Das Berufungsgericht folgert allerdings aus der Höhe der gemäß der Gebührenordnung für Architekten vereinbarten, von ihm für niedrig gehaltenen Gebühr des Beklagten für die Bauaufsicht, die Kläger hätten das Werk des Beklagten nur bei seiner völligen Unbrauchbarkeit oder bei erheblichen Mängeln ablehnen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen können. Dieser Schluß ist jedoch verfehlt.

c) Es kann dahinstehen, ob hier nicht schon die festgestellten Mauerwerksmängel für sich allein ausreichen würden, um den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Architektenwerks zu begründen, selbst wenn der Rohbau sonst keinerlei weitere Mängel aufgewiesen hätte. Denn tatsächlich hatte der Rohbau erhebliche weitere Mängel. Diese dürfte das Berufungsgericht bei der von ihm nach § 242 BGB vorzunehmenden Abwägung nicht außer Betracht lassen. Von einem Verstoß der Kläger gegen Treu und Glauben kann bei der Vielzahl und Schwere der dem Rohbau und dem Architektenwerk insgesamt anhaftenden Mängel keine Rede sein. Der Beklagte mag (wegen Verzicht und Verjährung) nicht mehr für sämtliche Mängel seines Werks verantwortlich gemacht werden können. Das hindert aber nicht, das Vorhandensein der weiteren Mängel bei der Beurteilung der Frage zu berücksichtigen, ob das Verlangen des Bestellers nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegen Treu und Glauben verstößt.

Es bleibt dabei, daß der Besteller grundsätzlich das Recht hat, auch bei geringfügigen Mängeln das Werk als Ganzes abzulehnen; er braucht sich im allgemeinen nicht mit Flickwerk abspeisen zu lassen. Nur in Fällen eines Rechtsmißbrauchs ist das anders. Ein Rechtsmißbrauch liegt aber hier keinesfalls vor, wenn der Rohbau wegen der ihm insgesamt anhaftenden Mängel als Ganzes nicht brauchbar war und abgerissen werden mußte oder wenn es dem Besteller wegen der Gesamtmängel des Rohbaus nach Treu und Glauben nicht zuzumuten war, ihn zu behalten.

4) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beweissicherungsantrag des Klägers habe nur für ihn, nicht aber zugleich für die Klägerin die Verjährung unterbrochen. Das läßt keinen Rechtsfehler erkennen.

Die von den Klägern hiergegen erhobenen Rügen gehen fehl.

a) Ob der Kläger bei Stellung seines Beweissicherungsantrags geglaubt hat, der nach Art. 117 Abs. 2 GG damals (seit dem 1. April 1953) bereits außer Kraft gesetzte § 1380 BGB a.F. gelte noch fort, ist unerheblich. Eine Verletzung des § 139 ZPO ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich.

b) Das Berufungsgericht hat, obwohl es § 429 BGB zitiert, nicht erörtert, ob die Kläger Teilgläubiger (§ 420 BGB), Gesamtgläubiger (§§ 428 - 430 BGB) oder Gesamthandsgläubiger (§ 432 BGB) sind. Es hat auch die zur Beurteilung dieser Frage erforderlichen Feststellungen nicht getroffen. Sie kann jedoch auf sich beruhen; denn eine Unterbrechung der Verjährung wirkt auf jeden Fall nur zu Gunsten des Gläubigers, in dessen Person die Voraussetzungen dafür gegeben sind. Da nur der Kläger damals das Beweissicherungsverfahren beantragt hat und nicht auch die Klägerin, wirkt also eine dadurch herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung nur zu Gunsten des Klägers und nicht zu Gunsten der Klägerin (§§ 429 Abs. 3 i.V. mit 425 Abs. 2, § 432 Abs. 2 BGB; RGRK aaO § 420 Anm. 2).

c) Die Annahme der Kläger, der klagende Ehemann habe seine unverjährt gebliebene Forderung in der Weise auf die Klägerin mitübertragen, daß beide nebeneinander die Leistung zu fordern berechtigt wären, findet schon im Sachverhalt keine Stütze, so daß sich rechtliche Erwägungen hierzu erübrigen.

5) Das Berufungsgericht läßt die 5-jährige Verjährungsfrist (abgesehen von der oben erörterten Unterbrechung) mit der Kündigung des Architektenvertrages durch die Kläger beginnen.

Das beanstanden die Kläger.

a) Sie machen geltend, der Architekt hafte nur hilfsweise hinter dem Bauunternehmer. Sie meinen damit anscheinend, solange für sie die Möglichkeit bestanden habe, vom Bauunternehmer Ersatz zu verlangen, hätten sie gegen den Beklagten noch keine oder nur aufschiebend bedingte Ersatzansprüche gehabt und habe deren Verjährung daher noch nicht beginnen können (§ 198 BGB).

Dem kann nicht gefolgt werden.

aa) Zu Unrecht berufen sich die Kläger darauf, daß eine hilfsweise Haftung des Architekten in einem häufig benutzten Architektenmustervertrag vorgesehen ist (vgl. § 12 Ziff. 2 aaO, abgedruckt bei Roth-Gaber GOA 6. Aufl. S. 21). Die Kläger haben nicht behauptet, daß sie den Vertrag mit dem Beklagten nach diesem Muster abgeschlossen hätten.

bb) Mangels entsprechender Vereinbarung haftet der Beklagte als Architekt hier neben und nicht hilfsweise nach dem Bauunternehmer. Die Annahme einer grundsätzlich subsidiären Haftung des Architekten ist zwar gelegentlich in Rechtsprechung und Schrifttum vertreten worden (vgl. z.B. OLG Hamm MDR 1957, 419; Roth-Gaber, aaO S. 197). Eine gesetzliche Grundlage für diese Auffassung ist jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr steht es dem Bauherrn grundsätzlich frei, ob er sich wegen Mängeln des Bauwerks an den Bauunternehmer oder wegen der damit zusammenhängenden Mängel des Architektenwerks an den Architekten halten will, wenn beide für die Mängel ihres Werks verantwortlich sind.

cc) Es läßt sich im vorliegenden Falle auch nicht feststellen, daß die Kläger nach den §§ 242, 254 BGB verpflichtet gewesen wären, sich zunächst an den Bauunternehmer zu halten, ehe sie den Beklagten als Architekten in Anspruch nahmen (vgl. die zur Veröffentlichung bestimmte Entscheidung des Senats VII ZR 171/61 vom 2. Mai 1963). Denn sie haben ja versucht, vom Bauunternehmer Ersatz zu verlangen, jedoch ohne Erfolg. Die Entstehung und der alsbaldige Beginn der Verjährung ihres Ersatzanspruchs gegen den Beklagten wäre im übrigen auch dann nicht ausgeschlossen gewesen, wenn sie nicht versucht hätten, gegen den Bauunternehmer vorzugehen.

b) Unerheblich ist für den Beginn der Verjährung, ob die Kläger die Mängel im Zeitpunkt ihrer Kündigung des Architektenvertrages bereits in vollem Umfange kannten, oder ob ihnen die Fehler an den Fundamenten damals noch verborgen waren. Die Kenntnis des Ersatzberechtigten ist nur für die Verjährung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung von Bedeutung (§ 852 BGB). Hier handelt es sich aber um vertragliche Ansprüche.

c) Eine Abnahme des Architektenwerks, woran § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB den Beginn der Verjährung knüpft, hat hier nicht stattgefunden. Deswegen ist der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die Kläger das Architektenwerk des Beklagten und seine Abnahme endgültig abgelehnt haben (RGZ 165, 41, 54; Staudinger, BGB, 11. Aufl. § 638, 15; Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht, 15. Bearb. § 151 II 4 c). Das ist der Zeitpunkt, in dem sie den Architektenvertrag mit dem Beklagten gekündigt haben. Mit dieser Kündigung war klar, daß das Werk des Beklagten künftig endgültig in dem Zustand verbleiben werde, den es damals erreicht hatte. Es konnte daher von da ab von den Klägern abschließend beurteilt werden.

d) Die Kläger meinen, der Beklagte könne sich nicht auf Verjährung berufen, da er die Abschlagsrechnungen des Bauunternehmers nicht beanstandet und dadurch selbst verursacht habe, daß die Kläger die Fehler der Fundamente nicht bemerkt hätten.

Das geht schon deswegen fehl, weil, wenn die Kläger die Klage nicht rechtzeitig vor Verjährung erweitert haben sollten, das genannte Verhalten des Beklagten dafür nicht ursächlich gewesen sein könnte. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren den Klägern die Mängel an den Fundamenten bereits längere Zeit bekannt, bevor die vom Berufungsgericht angenommene Verjährung eintrat.

6) Das Berufungsgericht führt aus: Die Verjährung sei nicht wegen höherer Gewalt nach § 203 Abs. 2 BGB gehemmt gewesen. Selbst wenn man zu Gunsten der Kläger unterstelle, sie hätten auf Grund der damaligen Rechtsprechung darauf vertrauen dürfen, daß der Architektenvertrag nicht Werk-, sondern Dienstvertrag sei und daher nicht die 5-jährige, sondern die 30-jährige Verjährung in Betracht komme, so sei doch ein solcher Irrtum der Kläger für den Eintritt der Verjährung hier nicht ursächlich geworden.

Das greifen die Kläger an unter Berufung auf die Entscheidung BGH LM Nr. 5 zu § 203 BGB = NJW 1960, 283 Nr. 1.

Die Rüge hat im Ergebnis keinen Erfolg. Denn im vorliegenden Fall scheitert eine Hemmung der Verjährung schon daran, daß vor Bekanntwerden der Entscheidung BGHZ 31, 224 in Rechtsprechung und Schrifttum durchaus nicht die einhellige und unbestrittene Auffassung galt, der Architektenvertrag sei Dienstvertrag. So hatten z.B. das Oberlandesgericht Düsseldorf

(Entscheidung vom 16. Mai 1958 = JMB1NW 1958, 175) ferner Staudinger BGB 11. Aufl. (1958) vor § 631 Rz 20 sowie Roth-Gaber GOA Ausgabe 1959 S. 52-53, 170 den die Planung mitumfassenden Architektenvertrag als Werkvertrag aufgefaßt. Unter diesen Umständen durften die Kläger nicht auf den Fortbestand der damaligen Rechtsprechung des Berufungsgerichts in dieser streitigen Frage vertrauen. Sie waren hier keineswegs durch höhere Gewalt daran gehindert, die Klage rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist zu erweitern.

7) — Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Beklagte verstoße mit seiner Verjährungseinrede nicht gegen Treu und Glauben.

Das ist frei von Rechtsirrtum.

Der Beklagte würde mit seiner Berufung darauf, daß die Forderung verjährt sei, dann gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoßen, wenn er den Klägern durch sein Verhalten verständigen Anlaß zu dem Vertrauen gegeben hätte, eine Klageerweiterung sei nicht erforderlich, der Beklagte werde die Verjährungseinrede nicht erheben, und wenn die Kläger durch dieses Vertrauen veranlaßt worden wären, die rechtzeitige Klageerweiterung zu unterlassen (BGHZ 9, 1, 5; BGH NJW 1959, 241 sowie die Entscheidungen des Senats VII ZR 284/56 vom 11. Februar 1957, VII ZR 227/58 vom 21. Dezember 1959, VII ZR 140/60 vom 27. November 1961 und VII ZR 199/61 vom 21. Januar 1963).

Das ist hier nicht der Fall.

III.

Die Begründung, mit welcher das Berufungsgericht dem Kläger allein weitere 1.000 DM als Schadensersatz wegen Schlechterfüllung zuerkannt hat, ist nach dem oben zu II 3 Gesagten nicht haltbar.

Dennoch braucht das angefochtene Urteil deswegen insoweit nicht aufgehoben zu werden. Denn diese Verurteilung ist im Ergebnis zu Recht geschehen (§ 563 ZPO). Da nämlich der Kläger, wie oben ausgeführt, auch bei Verjährung der Fundamentmängel wegen der nichtverjährten Mauerwerksmängel Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Architektenwerks vom Beklagten fordern kann, so deckt der dem Kläger aus der Zahlung der 23.000 DM an den Bauunternehmer entstandene Schaden auch die Verurteilung wegen der weiteren 1.000 DM. Durch die bisher zuerkannten 3.000 DM (im Vorprozeß) sowie 2.000 DM und 1.000 DM (im gegenwärtigen Prozeß) ist dieser Schaden noch nicht ausgeglichen.

Nach alledem hat die Revision der Kläger Erfolg, während die Anschlußrevision des Beklagten zurückzuweisen ist. Da es noch weiterer tatrichterlicher Feststellungen bedarf, ist die Sache im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten neu befinden muß.

Glanzmann Rietschel Heimann-Trosien Dr. Vogt Finke