

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

12

ZPO § 528

Zur Frage, wann neues Vorbringen nicht nach § 528 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen werden darf, weil das Gericht des ersten Rechtszuges mitzuverantworten hat, daß die Voraussetzungen des § 528 Abs. 2 ZPO an sich eingetreten sind.

BGH, Urt. v. 10. November 1988 - VII ZR 272/87 - OLG München
LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

12

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 272/87

Verkündet am
10. November 1988
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Hausfrau Elisabeth A [REDACTED], Al [REDACTED] Straße [REDACTED], K [REDACTED]
S [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Architekten Mathias W [REDACTED], L [REDACTED] Straße [REDACTED], G [REDACTED]-
P [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Obenhaus, Prof. Quack, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 28. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 10. August 1987 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die auf Zahlung von 72.000 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Bauherrengemeinschaft L.-Straße in G.-P. ließ einen Neubau von zwei Doppelhäusern mit Tiefgarage errichten. An den Doppelhäusern wurde Wohnungseigentum begründet, die Tiefgarage steht im gemeinschaftlichen Eigentum der Bauherren. Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft sind die Klägerin und zwei weitere Eigentümer.

Im Mai 1979 beauftragte die Baubetreuerin, die Firma R., den Beklagten im Namen der Bauherrengemeinschaft mit der Planung, Bauleitung und Bauüberwachung des Bauvorhabens zu einem Pauschalhonorar von insgesamt 39.937,50 DM. Das Bauvorhaben wurde mit Ausnahme der Außenanlagen am 29. April 1981 fertiggestellt. Am selben Tage wurde die Wohnung der Klägerin förmlich abgenommen.

Mit ihrer am 24. April 1986 bei Gericht eingegangenen und am 6. Mai 1986 zugestellten Klage verlangte die Klägerin Zahlung der Kosten in Höhe von insgesamt 72.000 DM nebst Zinsen als Schadensersatz, die für die Sanierung der an ihrem Sondereigentum und dem Gemeinschaftseigentum angeblich bestehenden Mängel erforderlich seien. Zusätzlich verlangte sie Mietausfall in Höhe von 500 DM monatlich ab 1. Januar 1986 bis zur Sanierung des Bauvorhabens.

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Außerdem bestreitet er die einzelnen Mängel sowie seine Verantwortlichkeit dafür. Hilfsweise rechnet er mit seiner von der Klägerin dem Grund und der Höhe nach bestrittenen Honorarforderung auf.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin für die geltend gemachten Ansprüche aus Mängeln am Gemeinschaftseigentum nicht sachbefugt sei und die auf die Beseitigung von Mängeln an ihrem Sondereigentum entfallenden Kosten nicht aufgeschlüsselt habe. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und dabei neuen Vortrag der Klägerin zur Ursächlichkeit von Pflichtverletzungen des Beklagten für die eingetretenen Schäden gem. § 528 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen.

Dagegen hat die Klägerin zunächst in vollem Umfang Revision eingelegt. Der Senat hat das Rechtsmittel durch Beschluß vom 23. Juni 1988 jedoch nur im Kostenpunkt und insoweit angenommen, als die auf Zahlung von 72.000 DM nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen worden ist. In diesem Umfang verfolgt die Klägerin die Revision weiter, die der Beklagte zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hat den ergänzenden Sachvortrag der Klägerin im Berufungsverfahren zu den Ursachen für die behaupteten Mängel an dem Bauvorhaben mit im wesentlichen folgenden Erwägungen nach § 528 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen:

Die erstmals in zweiter Instanz substantiierte Behauptung der Klägerin, die erforderlichen Isolierungen und Entwässerungseinrichtungen seien von dem Beklagten weder geplant noch ausgeschrieben worden, sei verspätet. Es sei kein Grund dafür ersichtlich, warum die Klägerin diese Behauptung nicht schon in erster Instanz aufgestellt habe. Die Zulassung dieses Vortrags im Berufungsverfahren würde den Rechtsstreit verzögern, denn falls diese Behauptung sich als zutreffend erweise, müsse über die von der Klägerin behaupteten Schäden Beweis erhoben werden. Der verspätete Vortrag beruhe auf grober Nachlässigkeit, denn die Klägerin habe auf die Verspätungsrüge des Beklagten in zweiter Instanz hin keinen Grund dafür angegeben, warum sie diesen Sachvortrag nicht bereits in erster Instanz gebracht habe.

2. Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin mit Erfolg.

Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 528 Abs. 2 ZPO zum Nachteil der Klägerin verkannt und deren neuen Vortrag zu Unrecht nicht zugelassen. Nach § 528 Abs. 2 ZPO kann das Gericht erstmals in zweiter Instanz vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel nur dann zurückweisen, wenn dieses neue Vorbringen im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 und 2 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder mitgeteilt worden ist, die Zulassung des neuen Vorbringens das Verfahren verzögern würde, und wenn die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der einhelligen Ansicht im Schrifttum setzt die Nichtzulassung nach § 528 Abs. 2 ZPO kumulativ sowohl die Verzögerung des Rechtsstreits als auch die grobe Nachlässigkeit voraus (vgl. BGHZ 86, 198, 203 m.w.N.; BGH NJW 1987, 502 = BGHR ZPO § 528 Abs. 2 "Beweismittel 1"; Thomas/Putzo, ZPO, 15. Aufl., § 528 Anm. 5; Zöllner/Schneider, ZPO, 15. Aufl., § 528 Rdn. 18; vgl. a. BVerfG NJW 1987, 1621 Nr. 3).

a) Das Berufungsgericht geht allerdings - entgegen der Ansicht der Revision - zu Recht davon aus, daß es sich bei dem ergänzenden Vortrag der Klägerin um neuen Vortrag i.S.d. § 528 Abs. 2 ZPO handelt. Neu ist jeder Vortrag, der - gleichgültig aus welchem Grunde - bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug nicht vorgebracht worden ist (Thomas/Putzo aaO § 528 Anm. 2 b). Das ist hier der Fall.

b) Das Berufungsgericht hat ferner rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die Klägerin ihrer allgemeinen Prozeßförderungspflicht nach § 282 Abs. 1 ZPO nicht genügt hat.

§ 282 Abs. 1 ZPO verpflichtet die Parteien zum rechtzeitigen Vorbringen in der mündlichen Verhandlung. Jede Partei hat danach ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen, "soweit es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Verfahrensförderung bedachten Prozeßführung entspricht" (BVerfGE 54, 117, 126 = NJW 1980, 1737, 1738). Diesen Anforderungen genügte der Vortrag der Klägerin im

ersten Rechtszug nicht. Da sie mit ihrer Klage Schadensersatzansprüche geltend macht, hätte sie alle ihr bekannten oder zugänglichen Tatsachen vortragen müssen, aus denen sich die Pflichtverletzung des Beklagten und deren Ursächlichkeit für die behaupteten Baumängel ergibt.

c) Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, daß ein Verstoß gegen die Prozeßförderungspflicht dann kein hinreichender Grund für eine Präklusion neuen Vorbringens ist, wenn das Landgericht aufgrund eines Verfahrensfehlers mit dazu beigetragen hat, daß die Voraussetzungen der Präklusion nach § 528 Abs. 2 ZPO an sich eingetreten sind (BVerfGE 75, 183, 188 ff = NJW 1987, 2003 m.w.N.; Thomas/Putzo aaO § 296 Anm. 1 g; Zöllner/Stephan aaO § 296 Rdn. 3 m.w.N.; Zöllner/Schneider aaO § 528 Rdn. 16, 24 m.w.N.). Hat das Gericht des ersten Rechtszuges die Verspätungsfolgen in zweiter Instanz mitzuverantworten, ist das Berufungsgericht verpflichtet, die Verfahrensfehler des Gerichts erster Instanz dadurch auszugleichen, daß es die Sache entweder gemäß § 539 ZPO zurückverweist oder seinerseits durch sachdienliche Hinweise und eine entsprechende Verfahrensgestaltung die Folgen der Fehler aus erster Instanz behebt (vgl. etwa BVerfGE 49, 252, 256 = NJW 1979, 538; 75, 183, 188 ff = NJW 1987, 2003 m.w.N.).

So ist es hier.

Das Landgericht hat verfahrensfehlerhaft die Klageabweisung wegen der Ansprüche aus Mängeln am Gemeinschaftseigentum auf die fehlende Sachbefugnis der Klägerin ge-

stützt, ohne die Klägerin gemäß § 139 i.V.m. § 278 Abs. 3 ZPO auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen und ihr Gelegenheit zu geben, ihren Sachvortrag entsprechend zu ergänzen. Das Gericht ist nach den genannten Vorschriften dazu verpflichtet auf einen von der Partei übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt, auf den es seine Entscheidung stützen will, hinzuweisen und ihr Gelegenheit zu geben, die gegebenenfalls erforderlichen Tatsachen vorzutragen (Zöllner/Stephan aaO § 139 Rdn. 10, § 278 Rdn. 5 f m.w.N.; Thomas/Putzo aaO § 139 Anm. 2 a-c, § 278 Anm. 3). Der Umstand, daß eine Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, führt jedenfalls dann nicht zu einer Einschränkung der Hinweispflicht des Gerichts, wenn der Prozeßbevollmächtigte die Rechtslage ersichtlich falsch beurteilt (Zöllner/Stephan aaO § 139 Rdn. 10, § 278 Rdn. 7; weitergehend OLG Schleswig NJW 1986, 3146, 3147 f m.w.N.; vgl. im übrigen auch Senatsurteil BGHZ 86, 180).

Der Hinweis auf den unzureichenden Vortrag der Klägerin zu den Voraussetzungen ihrer Sachbefugnis in erster Instanz war hier geboten, weil der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin ohne weiteres davon ausgegangen ist, daß die Klägerin sachbefugt sei. Er hatte in einem Schriftsatz dargelegt, daß nach seiner Ansicht der einzelne Wohnungseigentümer uneingeschränkt befugt sei, alle Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums im eigenen Namen geltend zu machen. Der Verstoß des Landgerichts gegen die Hinweispflicht hat sich auf seine Entscheidung auch ausgewirkt, denn die Klägerin hat in der Berufung vorgetragen und belegt, daß sie bereits bei Klageerhebung im Einvernehmen

mit dem anderen Wohnungseigentümer gehandelt habe. Demgegenüber hat das Landgericht der Ursächlichkeit von Pflichtverletzungen des Beklagten für die eingetretenen Schäden untergeordnete Bedeutung beigemessen, denn es hat die Klage aus ganz anderen Gründen abgewiesen. Ergänzender Sachvortrag der Klägerin zur Ursächlichkeit der Pflichtverletzungen des Beklagten hätte im ersten Rechtszug also gar nichts genützt.

d) Die Revision rügt ferner zu Recht, daß das Berufungsgericht die notwendigen Feststellungen für die weitere Voraussetzung einer Präklusion nach § 528 Abs. 2 ZPO, die grobe Nachlässigkeit, nicht getroffen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 86, 198, 203 m.w.N.) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG NJW 1987, 1621 Nr. 3 m.w.N.) ist notwendige Voraussetzung für eine Präklusion nach § 528 ZPO, daß die Parteien das Vorbringen im ersten Rechtszug aus grober Nachlässigkeit unterlassen haben. Dabei muß das Gericht die für die Annahme der groben Nachlässigkeit erforderlichen Tatsachen in seinem Urteil feststellen. Die Feststellung der notwendigen Tatsachen setzt wiederum voraus, daß das Gericht der Partei Gelegenheit gibt, sich zu den Gründen für den verspäteten Vortrag zu äußern (BVerfG NJW 1987, 485 Nr. 1).

Weder das Verfahren im zweiten Rechtszug noch die Gründe des Berufungsurteils genügen diesen Anforderungen. Das Berufungsgericht hat ohne hinreichende Anhaltspunkte zu Lasten der Klägerin unterstellt, ihr Schweigen auf die Verspätungsrüge des Beklagten habe die Bedeutung, daß sie Gründe für den unterlassenen Vortrag in erster Instanz nicht

vortragen könne. Für die Klägerin bestand aber in Hinblick auf die vorbereitende Verfügung des Berufungsgerichts, durch die sie zu ergänzendem Sachvortrag und zwar gerade "zur Kausalität, d.h. zur Verantwortlichkeit des Beklagten für den jeweilig auftretenden Mangel" aufgefordert worden ist, kein Anlaß auf die Verspätungsrüge des Beklagten zu reagieren. Das Berufungsgericht hätte der Klägerin die beabsichtigte Präklusion eröffnen und sie auffordern müssen, den verspäteten Vortrag zu entschuldigen.

Nach Lage des Falles kommt grobe Nachlässigkeit der Klägerin hier aber gar nicht in Betracht. Denn wenn - wie dargelegt - die Frage der Ursächlichkeit der dem Beklagten vorgeworfenen Pflichtverletzungen für die Entscheidung des Landgerichts unerheblich war, kann es zumindest nicht als grob nachlässig angesehen werden, wenn die Klägerin ergänzende Angaben dazu im ersten Rechtszug unterlassen und erst im Berufungsrechtszug nachgeholt hat.

II.

1. Das Berufungsgericht hat das Vorbringen der Klägerin zur Verantwortlichkeit des Beklagten für die aufgetretenen Mängel weiterhin deshalb als unschlüssig angesehen, weil ihr Antrag auf Vorlage des vom Beklagten erstellten Leistungsverzeichnisses, mit dem die fehlerhafte Planung und Ausschreibung bewiesen werden solle, nicht den Erfordernissen des § 424 ZPO entspreche. Die Behauptung der Klägerin, das Leistungsverzeichnis befinde sich im Besitz des Beklagten,

genüge nicht, es fehle die Angabe der Umstände, auf die die Klägerin diese Behauptung stütze, sowie die Bezeichnung des Grundes, der die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergebe.

2. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Das Berufungsgericht hat den Zweck der Regelungen des § 424 Nr. 4 und 5 ZPO verkannt und die formalen Anforderungen an den Vorlegungsantrag der Klägerin überspannt. Der Sinn und Zweck der Regelung besteht darin, dem Gericht durch die Angaben zu ermöglichen, die Entscheidungserheblichkeit, die Beweiserheblichkeit und Beweiseignung der Urkunde sowie die Verpflichtung zur Vorlage zu prüfen (Zöller/Stephan aaO § 424 Rdn. 2). Die Angaben der Klägerin zu ihrem Antrag waren hier ausreichend, weil dem Gericht die Prüfung der Voraussetzungen für die Vorlegung aufgrund des unstreitigen Sachverhalts ohne weitere ergänzende Informationen durch die Klägerin möglich war. Der Beklagte war nach dem Architektenvertrag verpflichtet, das Leistungsverzeichnis zu erstellen, zu verwahren und es der Klägerin zumindest zur Einsichtnahme zu überlassen. Da der Beklagte nicht bestritten hat, im Besitz des Leistungsverzeichnisses zu sein, genügte als "Umstand" i.S.d. § 424 Nr. 4 ZPO die Tatsache, daß der Beklagte zur Erstellung des Leistungsverzeichnisses nach dem Architektenvertrage verpflichtet war. In Hinblick auf diese Sach- und Rechtslage hätte das Berufungsgericht den Vorlegungsantrag nicht als unzulässig ansehen dürfen.

III.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht bestehen bleiben. Es ist in dem aus dem Urteilsspruch ersichtlichen Umfang aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zur abschließenden Entscheidung gem. § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ist der Senat nicht in der Lage. Im weiteren Verfahren wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben:

1. Die Klägerin verfügt über die notwendige Prozeßführungs- und Sachbefugnis, um die der Wohnungseigentümergeinschaft zustehenden Ansprüche geltend zu machen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes darf jemand ein fremdes Recht im eigenen Namen im Prozeß geltend machen, wenn ihm der Berechtigte eine entsprechende Ermächtigung erteilt hat und er an der Durchsetzung des Rechts ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (sog. gewillkürte Prozeßstandschaft; vgl. BGHZ 100, 217, 218 m.w.N. = BGHR ZPO § 51 Abs. 1 "Prozeßstandschaft, gewillkürte 1"). Stehen einer Wohnungseigentümergeinschaft wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum Minderungs- oder Schadensersatzforderungen zu, kann die Wohnungseigentümergeinschaft den Verwalter nur dann wirksam ermächtigen die Forderung einzuklagen, wenn die Wahl, ob Minderung oder Schadensersatz verlangt werden soll, von den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich getroffen worden ist (zuletzt Senatsurteil NJW 1988, 1718, 1719 m.w.N.).

Die für die Ermächtigung des Verwalters zum Schutze des Schuldners entwickelten Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall anwendbar, denn die Interessenlage des Schuldners ist in beiden Fällen gleich. Durch die Ermächtigung eines Mitglieds der Wohnungseigentümergeinschaft anstatt des Verwalters wird die zum Schutze des Schuldners erforderliche gemeinschaftliche Verfolgung der Gewährleistungsrechte der Minderung und des Schadensersatzes gleichermaßen gesichert. Auch in diesem Fall ist der Schuldner vor der doppelten Inanspruchnahme prozeßrechtlich weitgehend geschützt. Der weiteren Klage eines anderen Wohnungseigentümers stünde der Einwand der anderweitigen Rechtshängigkeit (§ 261 Abs. 3 Nr. 1 ZPO) oder der materiellen Rechtskraft (§ 325 ZPO) entgegen (BGHZ 78, 1, 7 m.w.N.; 94, 117, 123).

Hier ist die Prozeßführungs- und Sachbefugnis der Klägerin durch das zwischen der Klägerin und dem zweiten Wohnungseigentümer erzielte Einvernehmen über die Erhebung der Schadensersatzklage begründet worden. Der möglicherweise später in die Wohnungseigentümergeinschaft eingetretene dritte Eigentümer hat mit seiner erklärten Zustimmung zu dem vorsorglich am 9. April 1987 von der Wohnungseigentümergeinschaft gefaßten Entschluß, der inhaltlich mit der ursprünglichen Vereinbarung übereinstimmt, mittelbar sein Einverständnis zu der ursprünglichen Vereinbarung erklärt. Mit diesem auf die tatsächlich erhobene Klage gerichtete Einvernehmen haben die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft ohne weiteres die Ermächtigung zur Prozeßführung mit der Entscheidung verbunden, daß von dem Beklagten Schadens-

ersatz gefordert werden solle. Das eigene rechtliche Interesse der Klägerin ergibt sich schon daraus, daß sie als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft zusammen mit den anderen Mitgliedern Trägerin des materiellen Rechts ist. Als in gewillkürter Prozeßstandschaft klagende Einziehungsberechtigte kann die Klägerin auch Leistung an sich selbst verlangen (BGHZ 74, 258, 267 m.w.N.).

2. Der Sachvortrag der Klägerin zum Aufsichts- und Planungsverschulden des Beklagten sowie zur Ursächlichkeit der behaupteten Pflichtverletzungen für die angeblichen Mängel ist schlüssig.

a) Für einen schlüssigen Vortrag des Bauherren zu einer etwaigen Aufsichtspflichtverletzung genügt es, wenn er - wie hier - die sichtbaren Symptome der Mängel an den Gewerken beschreibt, die der Bauaufsicht des Architekten unterlagen. Damit hat der Bauherr zunächst seine Substantiierungspflicht erfüllt, weil er nach den ihm zugänglichen Tatsachen einen Sachverhalt geschildert hat, der eine Verursachung der Mängel durch eine Aufsichtspflichtverletzung als möglich erscheinen läßt. Ob dem Architekten in Hinblick auf die Mängel eine Aufsichtspflichtverletzung vorzuwerfen ist, muß im Wege der Beweisaufnahme geklärt werden (vgl. a. Senatsurteile vom 12. Juni 1980 - VII ZR 270/79 = ZfBR 1980, 231, 232 = BauR 1980, 574, 576 und vom 7. März 1985 - VII ZR 60/83 = ZfBR 1985, 171, 172 = BauR 1985, 355, 357; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 5. Aufl., Rdn. 1028-1030 m.w.N.).

b) Der Vortrag der Klägerin, der Beklagte habe gegen seine Verpflichtung zur sachgerechten Planung dadurch verstoßen, daß er möglicherweise die notwendigen Isolierungsarbeiten und Entwässerungen nicht ausgeschrieben habe, genügt ebenfalls den an einen schlüssigen Vortrag zu stellenden Anforderungen. Die Klägerin hat in prozessual zulässiger Weise nach den ihr zugänglichen Informationen, die sie von den Handwerkern erhalten hatte, ein Planungsverschulden des Beklagten vermutet. Weitergehender Sachvortrag war ihr in der gegebenen Prozeßlage nicht möglich und nicht zumutbar, weil sie nicht im Besitz des von dem Beklagten erstellten Leistungsverzeichnisses ist.

c) Der Sachvortrag der Klägerin ist auch nicht deshalb un schlüssig, weil sie keine Tatsachen zu den sog. Sowieso-Kosten vorgetragen hat.

Eine Partei genügt den Anforderungen an einen schlüssigen Sachvortrag grundsätzlich dann, wenn sie die Tatsachen vorträgt, für die sie darlegungspflichtig ist. Die sog. Sowieso-Kosten, deren Anrechnung sich nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung richtet (Senatsurteil BGHZ 91, 206, 211), hat aber der Beklagte darzulegen und zu beweisen (BGH NJW 1983, 1053; Baumgärtel, Handbuch der Beweislast, Band 1, § 249 BGB Rdn. 26; Werner/Pastor, aaO, Rdn. 1737).

3. Die vom Beklagten erhobene Einrede der Verjährung wird keinen Erfolg haben können. Weder der Anspruch hinsichtlich der Mängel an dem Sondereigentum noch der hinsichtlich der Mängel am Gemeinschaftseigentum ist verjährt.

a) § 12 des zwischen der Baubetreuerin und dem Beklagten abgeschlossenen Architektenvertrages, der für die Haftung des Beklagten eine Verjährungsfrist von 5 Jahren vorsieht, wird durch eine Fußnote mit folgendem Wortlaut ergänzt:

"Soll von der gesetzlichen Gewährleistungspflicht von fünf Jahren abgewichen werden, so ist sie individuell auszuhandeln. Für Bauleistungen gilt gemäß § 13 Ziff. 4 VOB/B eine Gewährleistungspflicht von zwei Jahren."

Aus dieser Fußnote ergibt sich entgegen der Ansicht des Beklagten nicht, daß für Mängel am Bauwerk eine Verjährungsfrist von zwei Jahren vereinbart worden ist. Der nicht eindeutige Text der Fußnote läßt zwei Auslegungen zu, die beide keine Grundlage für die vom Beklagten vertretene Ansicht bieten. Der Satz 2 der Fußnote läßt sich im Zusammenhang mit Satz 1 als bloßer Hinweis auf die Regelung des § 13 Nr. 4 VOB/B deuten. Sollte der Satz 2 diesen Sinn haben, wäre eine Vereinbarung einer zweijährigen Verjährungsfrist nur im Wege der Individualvereinbarung nach Satz 1 der Fußnote möglich. Eine derartige Vereinbarung haben die Parteien nicht getroffen. Sollte der Satz 2 der Fußnote einen selbständigen Regelungsgehalt haben, kann er sich nur auf Bauleistungen i.S.d. § 1 VOB/A beziehen, die der Architekt selbst erbringt (vgl. a. Senatsurteil BGHZ 101, 369, 374). Derartige Leistungen sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits. Keinesfalls können unter "Bauleistungen" etwa Baumängel verstanden werden, die ihre Ursache in der fehlerhaften Planung oder Bauaufsicht des Architekten haben.

b) Die Verjährung der Ansprüche hinsichtlich des Sondereigentums der Klägerin begann gemäß § 8 der Allgemeinen Vertragsbedingungen zum Architektenvertrag mit der Abnahme am 29. April 1981. Die Bestimmung ist jedenfalls hier wirksam, weil der Formularvertrag unstreitig von der für die Wohnungseigentümer handelnden Baubetreuerin gestellt worden ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 99, 160). Da die Klage am 24. April 1986 bei Gericht eingegangen und am 6. Mai 1986 zugestellt worden ist, ist die Verjährung gemäß § 270 Abs. 3 ZPO i.V.m. § 209 BGB wirksam unterbrochen worden.

Die Verjährung der das Gemeinschaftseigentum betreffenden Ansprüche ist ebenfalls nicht eingetreten, weil die möglicherweise laufende Verjährungsfrist jedenfalls durch die Erhebung der Klage unterbrochen worden ist. Ob und gegebenenfalls wann das Gemeinschaftseigentum abgenommen worden ist, bedarf deshalb in diesem Zusammenhang keiner Klärung; die Abnahme hat frühestens mit der Fertigstellung des Bauvorhabens am 29. April 1981 vorgenommen werden können.

4. Der Vortrag der Klägerin zur Höhe ihrer Klagforderung ist ebenfalls ausreichend. Die Klägerin hat die Schadenssumme anhand der ihr zur Verfügung stehenden Informationen dem Sachverständigengutachten aus dem Beweissicherungsverfahren gegen die Handwerker und aus einem weiteren Gutachten desselben Sachverständigen entnommen sowie im einzelnen spezifiziert. Die Klagforderung liegt insgesamt unter der Haftungssumme von 150.000 DM, auf die die Haftung des Beklagten gemäß § 11 des Architektenvertrages i.V.m. § 3 Abs. 1 Satz 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen hier wirksam beschränkt ist.

5. Das Berufungsgericht hat in den Gründen seines Urteils ausgeführt, daß der von der Klägerin geltend gemachte Mietausfall für den Zeitraum vom 29. April 1980 bis 29. April 1981 in Höhe von 28.800 DM unschlüssig sei. Das war überflüssig, denn über diese Forderung hat das Berufungsgericht nicht entschieden. Der Klageantrag erfaßt diese Forderung auf Erstattung des Mietausfalls gar nicht. Die Klägerin hat sie vielmehr nur zur Verteidigung gegen die vom Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung in das Verfahren eingeführt.

Girisch

Obenhaus

Quack

Thode

Haß