

BUNDESGERICHTSHOF

4

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 342/88

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1990
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. der Angestellten Astrid K[REDACTED],
2. des Dipl.-Ing. Rainer K[REDACTED],
beide wohnhaft: R[REDACTED] Weg [REDACTED], B[REDACTED],

Beklagten, Widerkläger,
Berufungsbeklagten,
Anschlußberufungskläger
und Revisionskläger,

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

g e g e n

den Rechtsanwalt Werner G[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED],
B[REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten,
Berufungskläger, Anschluß-
berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 14. Dezember 1987 aufgehoben, soweit die Widerklage in Höhe von 57.020 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Die Sache wird insoweit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Kammergericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Kläger, der die Beklagten in dem Vorprozeß vor dem Landgericht Berlin (26 O 510/79) und im Mahnverfahren (27 B 614/83 Amtsgericht Tempelhof/Kreuzberg) anwaltlich vertreten hatte, verlangt von den Beklagten Anwaltsgebühren in Höhe von insgesamt 3.726,39 DM nebst Zinsen.

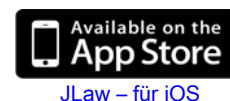
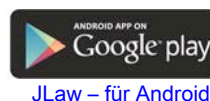
Die Beklagten haben im Wege der Widerklage 78.181,56 DM nebst Zinsen als Schadensersatz verlangt. Ihrer Ansicht nach habe der Kläger Gewährleistungsansprüche aus einem Bauvertrag gegen den Bauunternehmer, die I.-KG, mit deren Durchsetzung er im Vorprozeß beauftragt war, schuldhaft verjähren lassen. Nach Ansicht der Beklagten seien die Gewährleistungsansprüche verjährt gewesen, als der Kläger ihre Vertretung in dem Vorprozeß und im Mahnverfahren Ende November 1983 niedergelegt habe.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 3.709,84 DM nebst Zinsen und der Widerklage in Höhe von 67.193,56 DM nebst Zinsen stattgegeben und die Klage in Höhe von 16,55 DM sowie die Widerklage in Höhe von 10.988 DM nebst Zinsen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Verurteilung der Beklagten durch das Landgericht aufrechterhalten und die Widerklage bis auf einen Betrag von 3.280 DM nebst Zinsen abgewiesen.

Mit ihrer Revision haben die Beklagten ursprünglich die Abweisung der Klage, soweit sie zu mehr als 1.168,81 DM nebst Zinsen verurteilt worden sind, verfolgt, sowie die



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



Verurteilung des Klägers zur Zahlung zusätzlichen Schadensersatzes von 65.802 DM sowie zur Erstattung aufgewendeter Prozeßkosten in Höhe von 2.941,56 DM nebst Zinsen. Der Senat hat die Revision hinsichtlich des mit der Widerklage verfolgten Schadensersatzanspruches in Höhe von 57.020 DM nebst Zinsen angenommen. Mit ihrer nunmehr auf den Umfang der Annahme beschränkten Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, begehren sie die Verurteilung des Klägers zu weiteren 57.020 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

Im Umfang der Annahme hat die Revision der Beklagten Erfolg. Insoweit muß das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Kammergericht zurückverwiesen werden.

I.

1. Das Berufungsgericht meint, die folgenden Gewährleistungsansprüche der Beklagten gegen die I.-KG seien im Zeitpunkt der Mandatsniederlegung durch den Kläger im November 1983 nicht verjährt gewesen:

- Position 3.4 - fehlender Terrassenbelag	410 DM,
- Position 3.11 - unzureichende Bodenplatte am Kellerausgang	80 DM,
- Position 3.24 - fehlende Anschlußleiste am Studiofenster	360 DM,
- Position 3.25 - durch Mörtelreste verätzte Alu-Abschlußschienen	1.020 DM,
- Position 3.33 - Flecken auf den äußeren Fensterbänken	270 DM,
- Position 3.36 - falscher Einbau der Türzarge beim Schlaftrakt	140 DM.

Hinsichtlich dieser Gewährleistungsansprüche sei die vertraglich vereinbarte fünfjährige Verjährungsfrist, die mit der Abnahme am 7. Mai 1977 begonnen habe, durch ein Anerkenntnis, das die I.-KG im Vorprozeß im Schriftsatz vom 22. Mai 1981 erklärt habe, bis zum Abschluß des Vorprozesses unterbrochen worden.

2. Das hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt ein Anerkenntnis i.S.d. § 208 BGB nur dann vor, wenn sich aus dem tatsächlichen Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger klar und unzweideutig ergibt, daß dem Schuldner das Bestehen der Schuld bewußt ist und angesichts dessen der Berechtigte darauf vertrauen darf, daß sich der Schuldner nicht nach Ablauf der Verjährungsfrist alsbald auf Verjährung berufen wird (Senatsurteil v. 3. Dezember 1987

- VII ZR 363/86, NJW 1988, 1259, 1260 m.w.N. = WM 1988, 168, 169 = WuB IV A. § 225 BGB - 1.88 Ott). Die Erklärungen der I.-KG in dem genannten Schriftsatz zu den einzelnen Positionen enthalten entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts keine Anhaltspunkte dafür, daß die I.-KG die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche insgesamt anerkennen wollte. Hinsichtlich der genannten Positionen hat die I.-KG die Ansprüche teilweise dem Grunde nach und teilweise auch der Höhe nach bestritten. Danach kommen allenfalls Anerkenntnisse in der jeweils nicht bestrittenen Höhe in Betracht. Da andere Hemmungs- und Unterbrechungstatbestände nicht gegeben sind, waren etwaige Gewährleistungsansprüche mindestens teilweise verjährt, als der Kläger im November 1983 sein Mandat niederlegte.

II.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, hinsichtlich der folgenden weiteren Schadenspositionen sei die Verjährung durch Hilfsaufrechnung der Beklagten im Vorprozeß bis zur Beendigung dieses Prozesses unterbrochen worden, so daß sie im Zeitpunkt der Mandatsniederlegung durch den Kläger noch nicht verjährt gewesen seien:

- a) Position 3.2 - Rißbildung in der Giebelverbretterung - 6.470 DM.

Diese Mängel hätten die Beklagten erstmals im Schriftsatz vom 21. Oktober 1981 gerügt und mit einem Vorschuß oder Schadensersatz von 22.000 DM hilfsweise gegen die Klagforderung der Werkunternehmerin, der I.-KG, aufgerechnet.

- b) Position 3.6 - Sockelputz, Kelleraußenwände - 8.600 DM.

Hinsichtlich dieser Position hätten die Beklagten im Vorprozeß erstmals im Schriftsatz vom 1. Juni 1982 einen Gewährleistungsanspruch in Höhe von 11.000 DM hilfsweise aufgerechnet. Außerdem enthalte der Schriftsatz vom 1. Juni 1982 ein erstes ernsthaftes Mängelbeseitigungsverlangen, so daß zumindest eine neue zweijährige Gewährleistungsfrist in Lauf gesetzt worden sei.

- c) Position 3.8 - Feuchtigkeitsisolierung der Keller-
sohle - 17.400 DM.

Hinsichtlich dieses Mangels hätten die Beklagten im Vorprozeß erstmals mit Schriftsatz vom 10. März 1980 Gewährleistungsansprüche geltend gemacht und mit einer Forderung in Höhe von 7.000 DM aufgerechnet.

- d) Position 3.9 - unzureichende Feuchtigkeitsisolierung
im Bad/EG - 8.400 DM.

Hinsichtlich dieses Mangels hätten die Beklagten im Vorprozeß mit Schriftsatz vom 3. März 1980 einen Gewährleistungsanspruch von mindestens 12.000 DM zur Aufrechnung gestellt.

- e) Position 3.10 - unzureichende Drainage - 6.200 DM.

Hinsichtlich dieses Mangels hätten die Beklagten im Schriftsatz vom 3. März 1980 mit einer Gegenforderung in Höhe von 576 DM aufgerechnet.

- f) Position 3.12 - fehlende Fußbodenentwässerung in der Waschküche - 1.150 DM.

Auch mit dieser Position hätten die Beklagten erstmals im Schriftsatz vom 3. März 1980 eine Mängelrüge erhoben und die Aufrechnung erklärt.

- g) Position 3.15 - Kontergefälle der Schmutzwasserleitung - 2.740 DM

Wegen dieses Mangels hätten die Beklagten im Vorprozeß mit Schriftsatz vom 3. März 1980 eine bezifferte Gegenforderung hilfsweise zur Aufrechnung gestellt.

- h) Position 3.22 - zu geringer Dachüberstand - 3.780 DM.

Den zu geringen Dachüberstand hätten die Beklagten im Vorprozeß erstmals mit Schriftsatz vom 1. Juni 1982 geltend gemacht. Insoweit hätten die Beklagten im Vorprozeß eine Gegenforderung in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten von 30.000 DM hilfsweise zur Aufrechnung gestellt.

2. Diese Erwägungen begegnen ebenfalls durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Das Berufungsgericht hat die Widerklage insoweit zu Unrecht mit der Begründung abgewiesen, die einzelnen Gewährleistungsansprüche seien im November 1983 noch nicht verjährt gewesen; diese Ansprüche waren zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt:

a) Position 3.2

Diese Mängel haben die Beklagten schon mit Schriftsatz vom 3. März 1980 in den Vorprozeß eingeführt:

"Unregelmäßige Nagelreihe der Holzverbretterung hinten

Bei fachgerechter Ausführung hätte die Nagelreihe in einer Linie liegen müssen und darüber hinaus so, jeweils in der Nut genagelt, daß sie nicht sichtbar ist, tatsächlich ist die Nagelreihe sichtbar und krumm und schief und in sehr erheblichen Höhenunterschieden. Es ist erforderlich die Verbretterung zu erneuern. Dies erfordert, wie die Beklagten bei der Herstellung beobachtet hatten, mindestens einen Arbeitstag mit insgesamt vier Mann und einen Aufwand von mindestens 1.500 DM ... ".

Mit dieser Mängelrüge haben die Beklagten konkludent die Nachbesserung verlangt. Eine ausdrückliche Mängelrüge genügt regelmäßig als Nachbesserungsverlangen, wenn der Auftragnehmer aus der schriftlichen Mängelrüge ersehen kann, was ihm vorgeworfen und was von ihm verlangt wird (Senatsurteil BGHZ 62, 293, 295; Ingenstau/Korbion, VOB, 11. Aufl., B § 13 Rdn. 462).

Eine Aufrechnungserklärung ist in keinem Schriftsatz des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten im Vorprozeß enthalten, auch nicht in dem Schriftsatz vom 21. Oktober 1981:

"An beiden Giebelseiten hat sich die dort vorhandene und von der Klägerin gelieferte Verbretterung als durchgehend mangelhaft inzwischen erwiesen. Die einzelnen Bretter sind abgesehen von der mangelhaften Vernagelung inzwischen verzogen, sind auseinandergegangen und bilden erhebliche Spalte, durch die man hindurch-

sehen kann. Nach Kenntnis der Beklagten liegt die Ursache in der Verwendung zu dünner und nicht genügend ausgetrockneter Bretter. Abgesehen von der optischen Beeinträchtigung ist die Verbretterung nicht dicht, so daß Regenwasser in das Haus gelangt. Da die Wärmedämmung beim Dachgeschoßausbau unmittelbar hinter der Verbretterung angebracht wird, wird die Dämmung durchfeuchtet und damit wirkungslos. Ein ordnungsgemäßer Dachgeschoßausbau ist daher im Moment nicht möglich. Die Erneuerung der Giebelverbretterung kostet für beide Giebelseiten zusammen 22.000 DM ... ".

Mit diesem Schriftsatz haben die Beklagten diesen Mangel entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht zum ersten Mal gerügt und auch nicht die Aufrechnung mit einer Gegenforderung erklärt.

b) Position 3.6

Auch hinsichtlich dieser Position ist keine Aufrechnungserklärung, auch keine stillschweigende Erklärung dieser Art ersichtlich. Der Schriftsatz vom 21. Oktober 1981 bietet dafür keine Grundlage:

" ...

Entgegen den Angaben oder Erwartungen aus dem klägerischen Schriftsatz vom 22. Mai 1981 hat der Sockelputz inzwischen eine Vielzahl von Risse bekommen, die u.a. darauf zurückzuführen sind, daß die Kellerdecke ohne Dämmung bis nach außen geführt ist. Es muß hier eine Außendämmung angebracht werden, was in Zusammenhang mit den Maßnahmen aus der Position 66 erfolgen kann ... ".

Auch in den übrigen Schriftsätzen des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten im Vorprozeß, insbesondere im Schriftsatz vom 1. Juni 1982, sind Anhaltspunkte für eine stillschweigende Aufrechnung nicht ersichtlich. Daß eine stillschweigende Aufrechnung von den Beklagten hinsichtlich aller

Positionen nicht gewollt war, ergibt sich aus dem folgenden vom Berufungsgericht nicht gewürdigten Passus aus dem Schriftsatz vom 3. März 1980; dort heißt es wie folgt:

"...
Soweit seitens der Beklagten nicht ausdrücklich die Aufrechnung erklärt wurde oder eine Minderung bzw. Gut-schrift geltend gemacht wurde, die die Forderung der Klägerin unmittelbar mindert, wird wegen der Mängel vorläufig ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht
..."

Auch hinsichtlich der Position 3.6 haben die Beklagten den Mangel bereits vor dem 21. Oktober 1980 gerügt, nämlich in den Schriftsätzen vom 18. Februar 1980 und vom 3. März 1980, so daß die Regelfrist des § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B vor der vertraglichen Verjährungsfrist, die am 7. Mai 1982 endete, ablief.

c) Position 3.8

Hinsichtlich dieser Position hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten eine erste Mängelrüge im Schriftsatz vom 10. März 1980 erhoben und zugleich Nachbesserung verlangt. Eine Aufrechnungserklärung ist auch hier nicht ersichtlich, vielmehr hat der Prozeßbevollmächtigte hinsichtlich dieses Mangels lediglich ein Zurückbehaltungsrecht erklärt.

d) Position 3.9

Diesen Mangel hatte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten erstmals im Schriftsatz vom 3. März 1980 gerügt.

Da auch hinsichtlich dieses Mangels eine Aufrechnung nicht erklärt worden ist, war der entsprechende Gewährleistungsanspruch im November 1983 ebenfalls verjährt.

e) Position 3.10

Auch hinsichtlich dieser Position ist eine Hilfsaufrechnung im Schriftsatz vom 3. März 1980 nicht ersichtlich.

f) Position 3.12

Diese Position hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten erstmals im Schriftsatz vom 3. März 1980 gerügt. Für eine Aufrechnungserklärung hinsichtlich dieser Position sind Anhaltspunkte nicht gegeben.

g) Position 3.15

Hinsichtlich dieser Position hat der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten Mängel erstmals im Schriftsatz vom 3. März 1980 gerügt; Anhaltspunkte für eine Hilfsaufrechnung auch hinsichtlich dieser Position sind nicht ersichtlich.

h) Position 3.22

Diese Position hat das Berufungsgericht in seinen Urteilsgründen irrtümlich unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 1. Juni 1982 aus dem Vorprozeß dem geringen Dachüberstand zugeordnet, der zur Position 3.44 gehört und dort auch

vom Berufungsgericht ein zweites Mal erörtert worden ist. Der Position 3.22 sind im Vorprozeß Mängel der Erdgeschoßdecke zugeordnet, für die der Sachverständige Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 3.780 DM ermittelt hat. Diesen Mangel hat der Kläger im Vorprozeß erstmals im Schriftsatz vom 10. April 1981 unter Position 72 wie folgt gerügt:

" . . .

Die Erdgeschoßdecke hat keine ausreichende und vertragsgemäße Wärmedämmung. Sie ist wie eine Innendecke mit 3 cm Dämmstoff gedämmt. Stattdessen hätte sie jedoch mit 6 cm wie eine Außendecke gedämmt werden müssen

Die Beseitigung dieses Mangels erfordert einen Betrag von mindestens 10.000 DM. Durch diese mangelhafte Dämmung haben die Beklagten in den Heizperioden 1977 bis 80 jeweils ca. 1.000 Liter Öl mehr aufgewandt

Damit haben die Beklagten 1.500 DM mehr aufwenden müssen. Da die mangelhafte Dämmung ohne weiteres vermeidbar ist, muß sie als verschuldet angesehen werden, so daß die Klägerin dem Beklagten insoweit schadenersatzpflichtig ist. Der Anspruch wird hilfsweise zur Aufrechnung gestellt . . . " .

Die Aufrechnungserklärung erfaßt lediglich den Schadensersatzanspruch für den Ölmehrverbrauch und nicht die Gewährleistungsansprüche, so daß die Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der Position 3.22 im November 1983 verjährt waren.

III.

Eine eigene Sachentscheidung des Senats gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO war nicht möglich, weil die Gewährlei-

stungsansprüche der Beklagten gegen die I.-KG, deren Verjährung der Kläger im Vorprozeß nicht durch geeignete Maßnahmen verhindert hat, jedenfalls der Höhe nach streitig sind.

Danach war das Urteil im Umfang der Annahme aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Lang

Bliesener

Quack

Thode

Haß