

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 363/86

Verkündet am  
3. Dezember 1987  
Seelinger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Chemiefacharbeiters Günter P., W. Straße ,  
D. ,

Klägers, Berufungsbeklagten  
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. .  
und -

g e g e n

den Ingenieur Günter L., E. weg , D. ,

Beklagten, Berufungskläger  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. .  
und Dr. -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Prof. Dr. Walchshöfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. November 1986 aufgehoben, soweit der Kläger beschwert ist.

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

Von Rechts wegen

### Tatbestand:

Der Beklagte errichtete ein aus acht Eigentumswohnungen bestehendes Mehrfamilienhaus. Eine Wohnung veräußerte er mit "Kaufvertrag" vom 19. November 1976 an den Kläger und dessen Ehefrau. In § 3 enthält der Vertrag - ebenso die wörtlich übereinstimmenden Verträge mit den anderen Erwerbern - folgende Gewährleistungsregelung:

- "2. Für Grundstücksgröße und Beschaffenheit des Grund und Bodens übernimmt der Verkäufer keine Gewähr. Insoweit haftet der Verkäufer weder für sichtbare noch für unsichtbare Sachmängel.

Die in der Übergabeverhandlung festgehaltenen Mängel und etwa ausstehende Arbeiten hat der Verkäufer unverzüglich auf seine Kosten zu beheben. Für feststellbare Mängel zum Zeitpunkt der Übergabe, die in der Übergabeverhandlung nicht aufgenommen worden sind, übernimmt der Verkäufer keine Haftung.

Im übrigen haftet der Verkäufer für die mängelfreie Herstellung des Kaufobjektes unter entsprechender Anwendung der Verdingungsordnung für Bauleistungen - VOB - für die Dauer der Gewährleistungsfrist von zwei Jahren. Stellt sich nach der Übergabe des Kaufobjektes innerhalb der Gewährleistungsfrist ein Mangel heraus, der nicht bereits bei der Übergabe feststellbar war, so ist der Verkäufer berechtigt und verpflichtet, diesen Mangel unverzüglich zu beseitigen. Bei Gewerken, bei denen eine Beschädigung durch den Käufer nach der Übergabe herbeigeführt werden kann, trifft den Käufer die Beweislast, daß er den Mangel nicht zu vertreten hat. Dem Käufer steht zunächst nur ein Anspruch auf Nachbesserung zu. Für rechtzeitig mitgeteilte Mängel tritt eine Verjährung der Ansprüche nicht ein."



Die Erwerber bezogen im März/April 1977 die Wohnungen; das Gemeinschaftseigentum wurde am 3. Mai 1977 übergeben. Im Jahre 1978 rügte der Kläger - nunmehr Verwalter der Wohnungseigentumsanlage - wiederholt Mängel am Sonder- und Gemeinschaftseigentum; auch holte er mehrere Sachverständigengutachten ein. Ein Gutachten übersandte sein Rechtsanwalt dem Beklagten zur Stellungnahme. Dieser teilte daraufhin dem Rechtsanwalt des Klägers mit Schreiben vom 2. März 1979 u.a. folgendes mit:

"Vor Ablauf der Gewährleistungsfristen werden alle Objekte besichtigt und die Mängel aufgenommen. Für das o.a. Gebäude ... ist als Besichtigungstermin der 20. März 1979 vorgesehen ...

Für die Übersendung des Gutachtens bedanke ich mich sehr. Zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen werde ich Kopien der betreffenden Teile des Gutachtens, nach Gewerken getrennt, und das Ergebnis meiner Mängelaufnahme den jeweiligen Handwerkern zusenden.

Die Mängelbeseitigung ist für den Zeitraum April bis Juni 1979 vorgesehen ..."

Der Beklagte beseitigte die Mängel nicht. Der Kläger verlangte deshalb mit einem dem Beklagten am 7. Mai 1981 zugestellten Mahnbescheid vom 4. Mai 1981 für die Beseitigung eines Wandrisses und der Folgeschäden zunächst "Schadensersatz" in Höhe von 13.000,- DM nebst Zinsen. Nachdem die übrigen Erwerber ihre Ansprüche gegen den Beklagten an ihn abgetreten hatten, erweiterte er wiederholt die Klage und forderte zuletzt Schadensersatz für sämtliche Wohnungen in Höhe von insgesamt 50.396,35 DM nebst Zinsen. Diese Klageerhöhung ist in einem am 29. Februar 1984 eingegangenen

Schriftsatz vom 28. Februar 1984 enthalten, der - nachdem der Kläger eine weitere Prozeßgebühr am 9. März 1984 eingezahlt hatte - dem Beklagten aufgrund einer Verfügung des Einzelrichters vom 2. Mai 1984 zugestellt wurde.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang, das Oberlandesgericht - wegen der vom Beklagten erhobenen Einrede der Verjährung - nur in Höhe von 6.105,60 DM nebst Zinsen stattgegeben. Mit der - angenommenen - Revision, die der Beklagte zurückzuweisen bittet, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Das Berufungsgericht nimmt an, die in § 3 Nr. 2 der Verträge getroffene Vereinbarung, wonach Gewährleistungsansprüche für rechtzeitig mitgeteilte Mängel nicht verjähren sollen, verstoße gegen die zwingende Vorschrift des § 225 BGB und sei daher unwirksam. Die Regelung, die keine zeitliche Begrenzung der Verjährung festlege, könne nicht durch Auslegung in eine wirksame Vereinbarung umgedeutet werden. Ihr Wortlaut sei eindeutig und unter Mitwirkung eines Notars zustandegekommen; irgendwelche Anhaltspunkte für die Geltung einer bestimmten Frist bestünden nicht. Auch wenn den Parteien die Unwirksamkeit der Regelung nicht bewußt

gewesen sei, könne nicht auf einen anders ausgerichteten Willen der Vertragspartner geschlossen werden. Aufgrund der Unwirksamkeit der Vereinbarung greife somit die fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB ein.

Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

Nach § 225 Satz 1 BGB kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft nicht ausgeschlossen werden. Der in § 3 Nr. 2 der Verträge enthaltene Verjährungsausschluß ist daher gemäß § 134 BGB nichtig. Zwar hat der Bundesgerichtshof vor Inkrafttreten des AGBG Lücken in Verträgen, die aufgrund unwirksamer Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Formularverträgen entstanden sind, vereinzelt durch ergänzende Vertragsauslegung ausgefüllt (vgl. Senatsurteile BGHZ 60, 353, 362; 62, 83, 89). Nach den zutreffenden Feststellungen des Berufungsgerichts scheidet im Streitfall jedoch eine solche Ergänzung des am 19. November 1976 geschlossenen Formularvertrags aus (vgl. Senatsurteile BGHZ 84, 109, 115/117 m.w.N.; 85, 305, 312). An die Stelle der unwirksamen Verjährungsregelung tritt deshalb - wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt - die gesetzliche Vorschrift des § 638 BGB (vgl. Senatsurteile BGHZ 54, 106, 115; 85, 305, 311/312; BGH NJW 1972, 1227, 1228 m.N.). Für die Verjährung der dem Kläger zustehenden und ihm abgetretenen Gewährleistungsansprüche ist somit die Fünfjahresfrist maßgebend.

## II.

Das Berufungsgericht nimmt weiter an, aufgrund der

Übergabe der Wohnungen im März/April 1977 und der Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Mai 1977 sei die fünfjährige Verjährungsfrist spätestens Mitte des Jahres 1982 abgelaufen. Da der Kläger mit dem innerhalb der Verjährungsfrist ergangenen Mahnbescheid nur 13.000,- DM für die Beseitigung eines Wandrisses und der Folgeschäden gefordert habe, sei die Verjährung nur in Bezug auf diesen Mangel unterbrochen worden. Die in dem Rechtsstreit erstmals mit Schriftsatz vom 30. September 1982 geltend gemachten anderen Gewährleistungsansprüche seien verjährt. Es sei nicht rechtsmißbräuchlich, wenn sich der Beklagte auf Verjährung berufe. Auch habe der Beklagte mit dem Schreiben vom 2. März 1979 keine eigene Nachbesserungspflicht i.S.d. § 208 BGB anerkannt, sondern nur sein Bemühen um eine Mängelbeseitigung ausgedrückt. Diese Erklärung sei als Beschwichtigung ohne rechtsgeschäftlich verbindlichen Charakter zu verstehen.

Das hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Anerkenntnis i.S.d. § 208 BGB 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 (BGH NJW 1981, 1955 m.w.N.; vgl. auch BGHZ 58, 103, 104; BGH NJW 1965, 1430 Nr. 2; 1983, 388; 1985, 2945 Nr. 6, insoweit in BGHZ 95, 76 nicht abgedruckt; BGH, Urteil vom 8. Juli 1987 - VIII ZR 274/86 = WM 1987, 1200, 1201 f). Der Verpflichtete darf also nicht nur aus Kulanz oder zur mög-

lichen Beilegung eines Streits eine Leistung anbieten (BGH WM 1987, 1200, 1202). Er muß vielmehr sein Wissen, zu etwas verpflichtet zu sein, klar zum Ausdruck bringen. Dabei genügt ein schlüssiges Verhalten, sofern die - vom Tatrichter festzustellenden - Umstände des Einzelfalls über dessen Bedeutung keinen Zweifel lassen (BGH NJW 1965, 1430 Nr. 2; 1985, 2945, 2946).

2. Danach hat das Berufungsgericht zu Unrecht ein An-  
erkenntnis des Beklagten verneint.

a) Der Beklagte hat sich in § 3 Nr. 2 der "Kaufverträge" verpflichtet, solche Mängel unverzüglich zu beseitigen, die zwar nicht bereits bei der Übergabe festgestellt worden, jedoch nach der Übergabe innerhalb der Gewährleistungsfrist der VOB/B aufgetreten sind. Auf diese Verpflichtung nahm er Bezug, als er mit Schreiben vom 2. März 1979 - fast zwei Jahre nach Übergabe der Wohnungen - dem Rechtsanwalt des Klägers unter Hinweis auf einen Besichtigungstermin mitteilte, "vor Ablauf der Gewährleistungsfristen" würden alle Objekte besichtigt und die Mängel aufgenommen. In dem Schreiben brachte der Beklagte deshalb zum Ausdruck, daß er der gegenüber den Erwerbern der Eigentumswohnungen vertraglich übernommenen Nachbesserungspflicht durch Aufnahme der Mängel nachkommen wolle.

b) Die in dem Schreiben vom 2. März 1979 enthaltene weitere Mitteilung des Beklagten, er werde Teile des ihm übersandten Gutachtens und das Ergebnis seiner Mängelaufnahme den Handwerkern zusenden und habe für die Mängelbeseitigung den Zeitraum April bis Juni 1979 vorgesehen, ist

ebenfalls als Erklärung aufgrund der ihm obliegenden Gewährleistungspflicht zu verstehen. Auch damit ließ er gegenüber dem Kläger und dessen Rechtsanwalt seinen Willen erkennen, der vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nachzukommen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts brachte der Beklagte mit diesem Hinweis nicht nur sein bloßes Bemühen um eine Mängelbeseitigung zum Ausdruck. Auch kann diese Erklärung - wie das Berufungsgericht meint - nicht nur als "Beschwichtigung" ohne rechtsverbindlichen Charakter angesehen werden. Sie zeigt vielmehr eindeutig, daß der Beklagte nach Besichtigung und Mängelaufnahme sowie nach Rücksprache mit den jeweiligen Handwerkern seine Nachbesserungspflicht erfüllen wollte. Dies gilt umso mehr, als er etwaige Gewährleistungsansprüche gegen die Handwerker nicht an die Erwerber der Eigentumwohnungen abgetreten hatte, sondern als Veräußerer allein die Mängelbeseitigung schuldete.

Das Schreiben vom 2. März 1979 kann daher nicht in der Weise ausgelegt werden, daß der Beklagte den Kläger und die anderen Wohnungseigentümer lediglich bei der Durchsetzung von - ihnen gar nicht zustehenden - Gewährleistungsansprüchen gegen die Handwerker unterstützen wollte. Auch liegt im Hinblick auf die alleinige Verpflichtung des Beklagten nicht nur ein Kulanzangebot vor. Aus dem Schreiben ergibt sich vielmehr eindeutig, daß dem Beklagten seine Verpflichtung bekannt war, die Wohnungen zu besichtigen und etwa aufgetretene Mängel zu beseitigen. Der Kläger durfte deshalb darauf vertrauen, daß sich der Beklagte, der eine Mängelbeseitigung nicht vorgenommen hat, hinsichtlich der

innerhalb der ursprünglich vorgesehenen 2-Jahresfrist "mitgeteilten Mängel", um die es unstreitig allein noch geht, nicht auf Verjährung berufen wird.

3. Dann aber stellt das Schreiben des Beklagten vom 2. März 1979 ein Anerkenntnis i.S.d. § 208 BGB dar. Die zu dieser Zeit noch nicht abgelaufene fünfjährige Verjährungsfrist des § 638 BGB wurde damit unterbrochen. Sie begann - da das Schreiben des Beklagten dem Anwalt des Klägers erst am 5. März 1979 zugegangen war - gemäß §§ 217, 187 Abs. 1 BGB am 6. März 1979 erneut und wäre nach § 188 Abs. 2 BGB am 5. März 1984 abgelaufen. Zu diesem Zeitpunkt war jedoch die Verjährung aufgrund des von dem Kläger am 29. Februar 1984 bei dem Landgericht eingereichten und eine Klageerweiterung enthaltenden Schriftsatzes gemäß § 209 Abs. 1 BGB bereits erneut unterbrochen.

a) Nach § 261 Abs. 2 ZPO tritt die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs mit dem Zeitpunkt ein, in dem der entsprechende Schriftsatz zugestellt wird. Diese Zustellung wurde zwar - aufgrund der am 2. Mai 1984 vom Einzelrichter getroffenen Verfügung - erst im Mai 1984 ausgeführt. Nach § 270 Abs. 3 ZPO ist für die verjährungsunterbrechende Wirkung der Klageerweiterung aber der Zeitpunkt der Einreichung des Antrags oder der Erklärung maßgebend, sofern die Zustellung demnächst erfolgt. Eine solche Zustellung liegt hier vor.

b) Der Kläger zahlte den von ihm aufgrund seiner am 29. Februar 1984 erklärten Klageerweiterung angeforderten

17

Kostenvorschuß bereits am 9. März 1984 ein. Damit hat er - ohne die Vorschußzahlung nach Ablauf der Verjährungsfrist zu verzögern - das ihm Zumutbare für eine alsbaldige Zustellung des Schriftsatzes getan. Daß das Landgericht die Zustellung des Schriftsatzes erst am 2. Mai 1984 - also nach fast zwei Monaten - verfügte, kann dem Kläger nicht zugerechnet werden; auf den Zustellungsbetrieb des Gerichts hat er keinen Einfluß. Die nicht in seinem Bereich entstandene und von ihm nicht zu vertretende Verzögerung bei der Zustellung des Schriftsatzes wirkt sich daher für die Frage, ob die Zustellung "demnächst erfolgt" ist, nicht aus. Auch kommt es bei dieser Sachlage auf den Zeitraum zwischen der Zahlung des Kostenvorschusses und der Zustellung des Schriftsatzes nicht an (vgl. BGH NJW 1986, 1347).

### III.

Nach alledem sind die von dem Kläger geltend gemachten Ansprüche nicht verjährt. Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehen bleiben; es ist aufzuheben, soweit der Kläger beschwert ist. Da das Berufungsgericht über die von dem Kläger behaupteten - noch streitigen - Mängel keine Fest-

stellungen getroffen hat, ist der Senat nicht in der Lage, nach § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO abschließend zu entscheiden. Die Sache ist daher zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Walchshöfer