

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 15/66

## URTEIL

Verkündet am  
18. April 1968  
Jodas,  
Justizangestellter  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Helga D. [REDACTED], W. [REDACTED]-E. [REDACTED],  
G. [REDACTED], B. [REDACTED]brücke,

Klägerin, Berufungsklägerin  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma K. [REDACTED] & S. h. [REDACTED] KG,  
W. [REDACTED]-E. [REDACTED], M. [REDACTED]straße [REDACTED],  
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-  
schafter Theodor R. [REDACTED], W. [REDACTED]-E. [REDACTED],  
Ka. [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. April 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 24. November 1965 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hat im Frühjahr 1961 über dem Hofraum des Grundstücks der Klägerin in W[REDACTED]-E[REDACTED] ein Glasstahlbetondach errichtet. Nach dem Vertrag, dem die Bestimmungen der VOB zugrunde gelegt wurden, sollte das 200 m<sup>2</sup> große Glasdach befahrbar sein und 500 kg/m<sup>2</sup> tragen können. Die Klägerin hat es spätestens im Mai 1961 abgenommen und bezahlt.

In der Folgezeit wurde das Dach von der Pächterin des Grundstücks, der Möbelfirma vom B[REDACTED] KG, zum Parken von Personenkraftwagen benutzt; durch ein Schild war es als Parkplatz ausgewiesen. Am 20. und 21. Juli 1961 befuhr ein Fahrer der Speditionsfirma V[REDACTED] das Glasdach mit einer Unimog-Zugmaschine und einem Aufleger,

- 3 -

deren Eigengewicht zusammen 4.000 kg betrug; dabei wurde es erheblich beschädigt.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe nur ein  $500 \text{ kg/m}^2$  tragfähiges, aber nicht mit einer solchen Last befahrbares Dach erstellt. Sie habe deshalb eine andere als die nach dem Vertrag geschuldete Leistung erbracht; vom bloßen Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft oder einer mangelhaften Ausführung des Daches könne keine Rede sein. Sie hat mit der Klage die Feststellung begehrt, die Beklagte habe ihr alle Schäden zu ersetzen, die daraus entstanden seien oder noch entstehen würden, daß das Glasstahlbetondach nicht mit einer Last von  $500 \text{ kg/m}^2$  befahren werden könne.

Die Beklagte hat bestritten, beim Bau des Daches von dem ihr erteilten Auftrag abgewichen zu sein. Allenfalls stelle, so meint sie, die von der Klägerin behauptete Abweichung in der Tragfähigkeit einen Mangel dar. Gewährleistungsansprüche seien aber seit spätestens Mitte 1963 verjährt.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen, das Oberlandesgericht aus demselben Grund die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihr Feststellungsbegehren weiter. Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erachtet Schadensersatzansprüche der Klägerin gemäß § 13 Ziff. 1, 4, 7 VOB (B) für verjährt und deshalb die Feststellungsklage für unbegründet.



I.

Ihm ist zuzustimmen, daß die Decke nicht schon deshalb, weil sie zwar mit  $500 \text{ kg/m}^2$  belastbar, aber nicht mit einer solchen Belastung voll befahrbar ist, eine andere als die vereinbarte Sache darstellt, dieserhalb vielmehr lediglich eine mangelhafte Leistung in Betracht kommt. Es stellt mit Recht darauf ab, daß sie ihre Aufgabe als Überdachung erfüllt und eine gleichmäßig verteilte Last von  $500 \text{ kg/m}^2$  zu tragen vermag, daß sie in gewissem Umfang auch befahrbar ist, längere Zeit mit Personenkraftwagen befahren wurde und diesen als Parkplatz gedient hat. Seine Ansicht, die hergestellte Decke weiche demnach nicht so erheblich von dem bestellten Werk ab, daß sie bei wirtschaftlicher Betrachtung und nach der Verkehrsauffassung als eine andere als die geschuldete Leistung angesehen werden müsse, ist rechtlich nicht zu beanstanden.

1.) Die Revision verweist demgegenüber auf DIN 4229 Ziff. 2, wonach Tragwerke aus Glasstahlbeton nicht als Geschoßdecke, Durchfahrt oder befahrbare Hofkellerdecke verwendet werden dürfen. Die demnach fehlende Befahrbarkeit läßt aber das Berufungsgericht mit Recht nur als einen Mangel der geschuldeten Leistung gelten. Glasstahlbetondecken können auch befahrbar gebaut werden. Das hat der Sachverständige Kockartz in seinem Gutachten vom 27. Februar 1965 (Ziff. 10.3 und Anlage 3) ausgeführt.

2.) Die Klägerin hat die Decke - wenn auch in Unkenntnis der mangelnden vollen Befahrbarkeit - abgenommen, bezahlt und als Parkplatz für Personenkraftwagen benutzen lassen. Auch daraus durfte das Berufungsgericht folgern,

daß die Beklagte die geschuldete Leistung und nicht eine andere erbracht hat.

3.) Die wegen eines Mangels des Daches erwachsenen Schadensersatzansprüche sind gemäß § 13 Ziff. 4 VOB (B) zwei Jahre nach der Mitte 1961 erfolgten Abnahme, also Mitte 1963 verjährt gewesen, denn die Klage ist erst am 29. September 1964 eingereicht worden.

4.) Es stellt auch keine unzulässige Rechtsausübung dar, wenn die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt.

Zu Unrecht beruft sich die Revision demgegenüber auf die Entscheidung des erkennenden Senats in NJW 1964 S. 1022. In jenem Falle hatte der Architekt die auch für den Prozeß des Bauherrn gegen den Bauunternehmer übernommene Beratungspflicht verletzt und dadurch den Eintritt der Verjährung des gegen ihn selbst bestehenden Anspruchs herbeigeführt. Im vorliegenden Falle hatte die Beklagte während des Rechtsstreits gegen die Firma V. keine solche Beratungspflicht. Dadurch, daß sie dort das Bestehen von Mängeln in Abrede stellte, hat sie sich nicht des Rechts begeben, sich später auf die Verjährung der gegen sie selbst gerichteten Ansprüche zu berufen.

## Die 30-jährige Verjährung II.

Die 30-jährige Verjährungsfrist würde gelten, wenn die Beklagte der Klägerin den Mangel arglistig verschwiegen hätte (§ 638 Abs. 1 BGB). Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist jedoch nicht bewiesen, daß die Beklagte

das von ihr hergestellte Dach von vornherein zum Parken von Personenkraftwagen für ungeeignet gehalten hat.

Die Revision meint, es sei selbstverständlich, daß eine Spezialfirma wie die Beklagte die Ziff. 2 der DIN-Vorschrift 4229 kenne. Sie habe deshalb gewußt, daß eine Decke bestellt war, bei der die Glasbausteine tragende Elemente sein sollten, daß aber bei der hergestellten, wesentlich billigeren Decke die stahlbewehrten Betonrippen allein den horizontalen und vertikalen Belastungsdruck aufzufangen hätten und die Glasbausteine nur Füll-elemente darstellten. Es spreche zumindest ein Anscheinbeweis gegen die Beklagte und deshalb müsse sie sich entlasten.

Dem kann nicht beigetreten werden.

1.) Daß die Beklagte als Fachunternehmen für Glasstahlbeton die im Angebot erwähnte DIN-Vorschrift 4229 und auch deren Ziff. 2 gekannt hat, steht nicht in Streit. Es gibt aber keinen Erfahrungssatz dahin, daß ein Fachunternehmer unter den hier gegebenen Umständen sich mit der gewählten Konstruktion bewußt über diese Vorschrift hinweggesetzt haben müßte.

2.) Die Klägerin hat nichts vorgetragen, was die Beklagte trotz besserer Kenntnis veranlaßt haben könnte, ihr eine billigere, für den vorgesehenen Zweck nicht voll geeignete Ausführung der Decke zu empfehlen und ihr die mangelnde Geeignetheit zu verschweigen. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die statische Berechnung des Architekten K. [REDACTED] ergebe hierfür keine Anhaltspunkte und das Schreiben der Beklagten vom 23. März 1964 spreche

sogar gegen eine solche Absicht, ist eine tatrichterliche Beweiswürdigung, die keinen Rechtsfehler erkennen läßt und deshalb das Revisionsgericht bindet.

### III.

Weitere als die sich aus der Neueindeckung ergebenden Schäden macht die Klägerin - wie das Berufungsgericht (BU S. 12) feststellt und die Revision nicht in Zweifel zieht - nicht geltend. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß deshalb erst in 30 Jahren verjährende Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluß oder aus positiver Vertragsverletzung nach der erfolgten Abnahme des Werks neben Gewährleistungsansprüchen nicht gegeben sind. Auch wenn man eine Verpflichtung der Beklagten bejaht, die Klägerin hinsichtlich der Konstruktion der Decke zu beraten, so hat eine Verletzung dieser Beratungspflicht doch nur zu dem Mangel der Decke und damit zu dem in der Neueindeckung bestehenden Schaden geführt (BGHZ 35, 130; BGH MDR 1956, 216; BGH NJW 1960, 720; BGHZ 37, 341). Die bereits erwähnte, von der Revision genannte Entscheidung des erkennenden Senats in NJW 1964, 1022 führt auch insoweit zu keinem anderen Ergebnis; in jenem Falle hatte die Verletzung der Beratungspflicht zu einem Schaden geführt, der nicht bloß in einem Mangel des Werks bestand.

### IV.

Ob ein Schadensersatzanspruch auf Grund einer unerlaubten Handlung der Beklagten entstanden ist, läßt das Berufungsgericht offen, weil ein solcher Anspruch gemäß

§ 852 BGB ebenfalls verjährt wäre. Die Klägerin habe, so führt es aus, unmittelbar nach der Beschädigung der Decke am 21. Juli 1961 durch das Unimog-Fahrzeug davon Kenntnis erlangt und seitdem die mangelnde Befahrbarkeit, aus der sie ihre Ansprüche herleitet, gekannt. Bei Einreichung der Klage am 29. September 1964 sei deshalb auch die dreijährige Verjährungsfrist aus § 852 BGB verstrichen gewesen.

Die Revision hält dem entgegen, die Klägerin habe erst durch die in ihrem Rechtsstreit gegen die Firma V. [REDACTED] eingeholten Gutachten D. [REDACTED] vom 4. März 1964 und Ko. [REDACTED] vom 27. Februar 1965 erfahren, daß die Beklagte keine mit Personenkraftwagen befahrbare Decke erstellt habe.

Ob das zutrifft, ist nicht entscheidend. Der Auftraggeber kann den Auftragnehmer nicht wegen des durch einen Mangel der vertraglichen Leistung entstandenen Vermögensschadens aus dem rechtlichen Gesichtspunkt einer fahrlässig begangenen unerlaubten Handlung nach § 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB in Anspruch nehmen. Gegen Schäden solcher Art wie der mangelhaften Errichtung des Bauwerks ist der Auftraggeber durch die Gewährleistungsvorschriften des Werkvertragsrechts im BGB und in der VOB (B) hinreichend geschützt (BGHZ 39, 366; BGH NJW 1965, 534).

IV.

Nach § 97 ZPO hat die Klägerin die Kosten ihrer unbegründeten Revision zu tragen.

Heimann-Trosien

Bundesrichter Rietschel  
ist beurlaubt und ver-  
hindert zu unterschreiben.

Erbel

Heimann-Trosien

Meyer

Finke