BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 77/08

Verkündet am:
22. Juli 2010
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB § 638 a.F.

a) Arglistig i.S.d. § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. handelt nur derjenige, der bewusst einen offenbarungspflichtigen Mangel verschweigt. Ein solches Bewusstsein fehlt, wenn der Mangel von seinem Verursacher nicht als solcher wahrgenommen wird (Bestätigung von BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32).

b) Die verjährungsrechtliche Gleichsetzung der Verletzung einer Organisationsobliegenheit durch einen arbeitsteilig tätigen Architekten mit arglistigem Verhalten ist nur dann gerechtfertigt, wenn den Architekten der Vorwurf trifft, er habe mit seiner Organisation die Arglisthaftung vermeiden wollen. Dieser Vorwurf kann sich daraus ergeben, dass er, ohne selbst tätig zu werden, ganz darauf verzichtet, Gehilfen zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht einzuschalten. Er ist auch gerechtfertigt, wenn der Architekt hierfür Personal einsetzt, von dem er weiß, dass es jener Pflicht nicht nachkommen wird oder nicht nachkommen kann, sei es, weil er nicht ausreichend kompetente Gehilfen ausgesucht oder weil er ihnen keine ausreichende Möglichkeit gegeben hat, Mängel wahrzunehmen und pflichtgemäß zu offenbaren. Gleiches gilt, wenn er zwar ein entsprechendes Wissen nicht hat, er aber die Augen vor dieser Erkenntnis verschließt (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55, 63, Tz. 21 f.).

c) Der allein durch einen Baumangel verursachte Anschein einer Bauüberwachungspflichtverletzung kann nur ausnahmsweise den weitergehenden Anschein erwecken, der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt habe seine mit der Bauleitung befassten Mitarbeiter unsorgfältig ausgesucht oder eingesetzt. Ein solcher Anschein entsteht selbst bei schwerwiegenden Baumängeln jedenfalls dann nicht, wenn der sich hieraus ergebende

Bauüberwachungsfehler seiner Art nach auch einem sorgfältig ausgewählten und eingesetzten Bauleiter unterlaufen kann (Bestätigung von BGHZ 179, 55, 63 f.)

BGB § 633 Abs. 3 a.F.

Entfernte Mangelfolgeschäden unterliegen nach dem auf bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge anwendbaren Schuldrecht nicht dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht gemäß §§ 633 ff. BGB a.F. Ersatz für solche Mangelfolgeschäden erhält der Besteller vielmehr nur nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung. Dabei handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch, auf den der Besteller keinen (abrechnungspflichtigen) Vorschuss beanspruchen kann.

BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 - VII ZR 77/08 - OLG Frankfurt in Darmstadt
LG Darmstadt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. April 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 5. März 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 14. Juni 2006 wird zurückgewiesen, soweit die Klage gegen die Beklagte zu 2) abgewiesen worden ist.

Hinsichtlich der den Beklagten zu 1) betreffenden Berufung wird die Sache in dem Umfang, in dem zu seinem Nachteil erkannt worden ist, zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt dem Berufungsgericht vorbehalten.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Kosten für die Beseitigung von Mängeln an einem von dem Beklagten zu 1) geplanten Doppelhaus, dessen Herstellung er zudem zu überwachen hatte. Die Beklagte zu 2) hat die Zimmermannsarbeiten für das Bauobjekt ausgeführt. Ihre Werkleistungen wurden am 10. März 1996, das letzte von dem Beklagten zu 1) und seinem Mitarbeiter D. überwachte Ausführungsgewerk am 8. Januar 1997 abgenommen. Der Kläger zu 1) ist der Erbe der Auftraggeberin der Beklagten, von der der Kläger zu 2) die rechte Doppelhaushälfte unter gleichzeitiger Abtretung aller jener im Zusammenhang mit der Errichtung des Gebäudes zustehenden Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche erworben hatte. Das Objekt steht nunmehr im Gemeinschaftseigentum der Kläger.

2 Nachdem sich im Innern des Gebäudes Wasserflecken gebildet hatten und ein erheblicher Schimmelpilzbefall aufgetreten war, beauftragten die Kläger hierzu einen Sachverständigen mit der Erstellung eines Privatgutachtens, das dieser unter dem 23. Februar 2004 erstattete. Mit einem am 21. Juni 2004 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz leiteten sie gegen die Beklagte zu 2) ein selbständiges Beweisverfahren ein. Unter dem 24. Juni 2005 erstattete der gerichtliche Sachverständige sein Gutachten. Mit einem am 6. März 2006 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz erhoben die Kläger Klage gegen die Beklagten sowie gegen die mit Spenglerarbeiten befasste vormalige Beklagte zu 3) auf Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten sowie auf Feststellung, dass ihnen auch weiterer Schaden zu ersetzen sei.

3 Die vormalige Beklagte zu 3) hat das Landgericht antragsgemäß durch Versäumnisurteil verurteilt. Die gegen die Beklagten zu 1) und 2) gerichtete Klage hat es mit der Begründung abgewiesen, die geltend gemachten Ansprüche

seien verjährt. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Kläger hat das Berufungsgericht die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung eines Kostenvorschusses von 20.600 € verurteilt, den Beklagten zu 1) darüber hinaus gesamtschuldnerisch mit der Beklagten zu 3) zur Zahlung eines weiteren Kostenvorschusses von 8.250 €. Gegenstand des auch zu Lasten der Beklagten zu 2) ausgeurteilten Vorschusses sind die sachverständig festgestellten Kosten für die Beseitigung von Schimmelpilzbildungen und deren Ursachen, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in einer unzureichenden, nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechenden Befestigung einer als Dampfsperre eingebrachten PVC-Folie bestehen. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht unter Abweisung der weitergehenden Klage festgestellt, dass der Beklagte zu 1) den Klägern den aufgrund einer ungenügenden Überwachung der Dachisolierungsarbeiten und Dachspenglerarbeiten entstandenen weiteren Schaden, die Beklagte zu 2) eventuelle weitere Schäden im Zusammenhang mit der mangelhaften Anbringung der Dachisolierung zu ersetzen hätten. Mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen möchten beide Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revisionen beider Beklagten sind begründet. Diejenige des Beklagten zu 1) führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu seinem Nachteil erkannt worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Hinsichtlich der Revision der Beklagten zu 2) kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Insoweit ist die Berufung der Kläger unbegründet.

A. Revision des Beklagten zu 1)

I.

5 Das Berufungsgericht führt zur Begründung seiner Entscheidung aus, der Beklagte zu 1) habe die ihm übertragene Bauüberwachung nicht vertragsgerecht wahrgenommen und müsse deshalb für die Mängel der Werkleistungen der Beklagten zu 2) und der vormaligen Beklagten zu 3) einstehen. Die hierauf gestützten Klageforderungen seien nicht verjährt. Zwar gelte für Schadensersatzansprüche wegen fehlerhafter Bauüberwachung die fünfjährige Verjährungsfrist gemäß § 638 Abs. 1 BGB a.F. bzw. gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. Fraglich sei allerdings bereits, ob diese Frist im Zeitpunkt der Klageerhebung abgelaufen gewesen sei. Das sei der Fall, wenn die Verjährungsfrist mit Abnahme des letzten Ausführungsgewerks begonnen habe. Die Kläger hätten allerdings bereits in der Klageschrift vorgetragen, dass der Beklagte zu 1) "die gesamte architektonische Betreuung" des Bauvorhabens übernommen habe. Dem sei der insoweit darlegungs- und beweisbelastete Beklagte zu 1) nicht entgegengetreten. Deshalb spreche alles dafür, dass ihm sämtliche Leistungsphasen gemäß § 15 HOAI a.F. einschließlich der Baubetreuung übertragen gewesen seien. Dann aber sei die Verjährungsfrist erst mit Abnahme auch der Leistungen gemäß Leitungsphase 9 nach § 15 HOAI a.F. in Gang gesetzt worden und im Zeitpunkt der Klageerhebung ersichtlich nicht abgelaufen gewesen.

6 Letztlich hat das Berufungsgericht Feststellungen zur Abnahme und zum beauftragten Leistungsumfang für entbehrlich gehalten, weil die den Beklagten zu 1) betreffenden Ansprüche der Kläger der dreißigjährigen Regelverjährung unterlägen. Dem Beklagten zu 1) sei rechtstechnisch Arglist vorzuwerfen. Er habe sich hinsichtlich der in Rede stehenden Baumängel bewusst unwissend

gehalten, weil er nicht für eine den Umständen angemessene Bauüberwachung gesorgt habe. Deshalb müsse er sich nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs so behandeln lassen, als habe er die von ihm zu verantwortenden Fehler arglistig verschwiegen. Der Beklagte zu 1) habe die Bauüberwachung nicht richtig organisiert, weil nicht sichergestellt gewesen sei, dass alle neuralgischen Baufortschritte überwacht wurden. Das ergebe sich bereits aus seinem eigenen Vorbringen, wonach die Befestigung der Dampfsperre als "handwerkliche Selbstverständlichkeit" keiner besonderen Überwachung bedurft habe. Würden besonders schadensträchtige Baumaßnahmen nicht überprüft, so sei dies den Fallgestaltungen gleichzustellen, in denen überhaupt keine Bauaufsicht erfolgt sei. Der Beklagte zu 1) habe dem Auftraggeber offenbaren müssen, dass er seinen Bauüberwachungspflichten nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei.

II.

7 Das hält der rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand. Die vom Beklagten zu 1) erhobene Einrede der Verjährung kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts begründet sein. Es hat die rechtlichen Anforderungen verkannt, nach denen Sachmängelhaftungsansprüche des Bestellers gegen den von ihm beauftragten Architekten der ehemals dreißigjährigen Regelverjährung nach §§ 638 Abs. 1 Satz 1, 195 BGB a.F. unterliegen können. Ausreichende Feststellungen dazu, dass die Verjährungsfrist gemäß § 638 BGB a.F. im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht abgelaufen war, sind nicht getroffen.

8 1. Das Berufungsgericht geht hinsichtlich der gegen den Beklagten zu 1) mit der Klage geltend gemachten Ansprüche - offenbar gemäß §§ 638 Abs. 1

Satz 1, 195 BGB a.F. - von einer dreißigjährigen Verjährungsfrist aus. Seinen Ausführungen hierzu ist nicht eindeutig zu entnehmen, ob es dem Beklagten zu 1) Arglist im Sinne des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. oder eine solcher Arglist gleichstehende Verletzung von Organisationsobliegenheiten anlasten will. Darauf kommt es letztlich nicht an. Denn die hierzu getroffenen Feststellungen begründen weder den Vorwurf der Arglist, noch rechtfertigen sie die Annahme, der Beklagte zu 1) könnte sich durch eine vorwerfbar unzureichende Organisation der Bauüberwachung bewusst unwissend gehalten haben.

9 a) Der Beklagte zu 1) hat nicht arglistig gehandelt.

10 Nicht zu beanstanden ist allerdings die Annahme des Berufungsgerichts, wegen der festgestellten Mängel der Dachisolierung sei davon auszugehen, dass der Beklagte zu 1) deren Herstellung nicht ordnungsgemäß überwacht habe. Diese im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats zur Anscheinswirkung eines Baumangels für Bauüberwachungsfehler des Architekten (BGH, Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 81/00, BauR 2002, 1423 = NZBau 2002, 574 = ZfBR 2002, 675; Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55, 60, Tz. 13) stehenden Erwägungen treffen im vorliegenden Fall schon deshalb zu, weil der Beklagte zu 1) zugestanden hat, die Anbringung der Dachisolierung - zu Unrecht - als handwerkliche Selbstverständlichkeit angesehen und deshalb nicht besonders kontrolliert zu haben.

11 Soweit das Berufungsgericht aus diesem Vorbringen des Beklagten zu 1) allerdings folgern will, er habe einen offenbarungspflichtigen Mangel seiner Überwachungsleistung arglistig verschwiegen, ist die Entscheidung mit den vom Senat hierzu aufgestellten Rechtsgrundsätzen nicht in Einklang zu bringen. Danach handelt nur derjenige arglistig, der bewusst einen offenbarungspflichtigen Mangel verschweigt. Ein solches Bewusstsein fehlt, wenn ein Mangel von

seinem Verursacher nicht als solcher wahrgenommen wird (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32, 35, Tz. 14 m.w.N.). Gerade das war hier nach dem vom Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung herangezogenen Sachvortrag des Beklagten zu 1) der Fall. In seinem Vorbringen, er habe in der Befestigung der Dampfsperre eine "handwerkliche Selbstverständlichkeit" gesehen, deren Ausführung er nicht besonders habe kontrollieren müssen, tritt unwiderlegt zu Tage, dass er den durch die unterbliebene Beaufsichtigung jener Arbeiten begründeten Mangel seiner Bauüberwachungstätigkeit nicht als solchen erkannt, nach obigen Grundsätzen folglich auch nicht bewusst verschwiegen hat.

12 b) Ebenfalls zu Recht wendet sich die Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die gegen den Beklagten zu 1) gerichteten Klageforderungen unterlägen der dreißigjährigen Regelverjährung, weil dieser sich durch eine unzureichende Organisation der Bauüberwachung bewusst unwissend gehalten habe und sich deshalb verjährungsrechtlich so behandeln lassen müsse, als habe er die Mängel seiner Bauüberwachungstätigkeit arglistig verschwiegen. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen tragen den Vorwurf einer Verletzung von Organisationsobliegenheiten nicht.

13 aa) Der Senat hat zuletzt im Urteil vom 27. November 2008 (VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55, 60, Tz. 15) ausgeführt, dass der Architekt, der arbeitsteilig an der Herstellung eines Bauwerks mitwirkt, ebenso wie ein Unternehmer die organisatorischen Voraussetzungen schaffen muss, um sachgerecht beurteilen zu können, ob sein Werk bei Ablieferung mangelfrei ist. Unterlässt er dies und wäre ein Mangel bei richtiger Organisation entdeckt worden, verjähren die Gewährleistungsansprüche des Bestellers in gleicher Weise wie in dem Fall, in dem der Architekt den offenbarungspflichtigen Mangel bei der Abnahme arglistig verschweigt. Weiter hat der Senat in Fortführung seiner Rechtsprechung

(BGH, Urteil vom 12. März 1992 - VII ZR 5/91, BGHZ 117, 318; Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 99/06, BGHZ 174, 32) klargestellt, dass die verjährungsrechtliche Gleichsetzung der Verletzung einer solchen Organisationsobliegenheit mit arglistigem Verhalten nur dann gerechtfertigt ist, wenn den Architekten der Vorwurf trifft, er habe mit seiner Organisation die Arglisthaftung vermeiden wollen. Dieser Vorwurf kann sich daraus ergeben, dass er, ohne selbst tätig zu werden, ganz darauf verzichtet, Gehilfen zur Erfüllung seiner Offenbarungspflicht einzuschalten. Er ist auch gerechtfertigt, wenn der Architekt hierfür Personal einsetzt, von dem er weiß, dass es jener Pflicht nicht nachkommen wird oder nicht nachkommen kann, sei es, weil er nicht ausreichend kompetente Gehilfen ausgesucht oder weil er ihnen keine genügende Möglichkeit gegeben hat, Mängel wahrzunehmen und pflichtgemäß zu offenbaren. Gleiches gilt, wenn er zwar ein entsprechendes Wissen nicht hat, er aber die Augen vor dieser Erkenntnis verschließt (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55, 63, Tz. 21 f.).

14 bb) Ein derartiges Verhalten hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Es hat schon keine Feststellungen dazu getroffen, ob und gegebenenfalls in welcher Weise der Beklagte zu 1) die Bauüberwachung arbeitsteilig organisiert hat. Soweit aufgrund seines Vorbringens davon auszugehen ist, dass sein Mitarbeiter D. die Bauaufsicht führen sollte, fehlt jeder tatsächliche Anhaltspunkt für die Annahme, dass der Beklagte zu 1) seinen Gehilfen unsorgfältig ausgewählt oder nicht die organisatorischen Voraussetzungen für eine sachgerechte Wahrnehmung der ihm übertragenen Pflichten getroffen hatte. Statt dessen schließt das Berufungsgericht allein aus dem Umstand, dass der Beklagte zu 1) beziehungsweise sein Mitarbeiter D. die Befestigung der Dampfsperre zu Unrecht als handwerkliche Selbstverständlichkeit angesehen und diese Arbeiten deshalb überhaupt nicht überwacht haben, auf eine Verletzung von Organisationsobliegenheiten. Das ist rechtsfehlerhaft.

15 Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass allein der durch einen Baumangel verursachte Anschein einer Bauüberwachungspflichtverletzung nur ausnahmsweise den weitergehenden Anschein erwecken kann, der mit der Bauüberwachung beauftragte Architekt habe seine mit der Bauleitung befassten Mitarbeiter in der dargestellten Weise unsorgfältig ausgesucht oder eingesetzt (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55, 63 f., Tz. 23). Ein solcher Anschein entsteht selbst bei schwerwiegenden Baumängeln jedenfalls dann nicht, wenn der sich hieraus ergebende Bauüberwachungsfehler seiner Art nach auch einem sorgfältig ausgewählten und eingesetzten Bauleiter unterlaufen kann. Dementsprechend kann insbesondere auch ein Irrtum des Bauleiters über die Notwendigkeit weiterer Kontrollen zu einer Verletzung der Bauüberwachungspflicht führen, ohne dass der Architekt seine Obliegenheit verletzt hat, die Bauüberwachung richtig zu organisieren (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, aaO). Genauso liegen die Dinge hier. Die Beaufsichtigung der Arbeiten an der Dachisolierung ist nach dem vom Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung herangezogenen Vorbringen des Beklagten zu 1) unterblieben, weil er beziehungsweise sein Gehilfe eine Kontrolle nicht für erforderlich hielten. Das ist die Ursache für den dem Beklagten zu 1) vorzuwerfenden Überwachungsfehler. Seine Entstehung steht indes in keinem erkennbaren Zusammenhang mit der Organisation der Bauüberwachung und lässt auch keinen Rückschluss darauf zu, dass der Beklagte zu 1) mit D. einen nicht ausreichend kompetenten Mitarbeiter mit der Bauleitung befasst haben könnte.

16 2. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden. Die Ansprüche der Kläger gegen den Beklagten zu 1) verjähren gemäß § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. in fünf Jahren. Die Verjährungsfrist begann gemäß § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. mit der Abnahme der Architektenleistungen des Beklagten zu 1). Zur Abnahme hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen ge-

troffen. Sie werden nachzuholen sein. Vorsorglich weist der Senat in diesem Zusammenhang auf Folgendes hin:

17 a) Das Berufungsgericht hat erwogen, dann aber letztlich offen gelassen, ob dem Beklagten zu 1) auch die Objektbetreuung gemäß Leistungsphase 9 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. übertragen war. Dann, so meint das Berufungsgericht, hätte der Beklagte zu 1) seine Leistungen frühestens fünf Jahre nach der Abnahme des letzten Ausführungsgewerks abnahmefähig erbracht und die Verjährungsfrist für die gegen ihn gerichteten Mängelansprüche wäre bei Klageerhebung nicht abgelaufen gewesen.

18 Der Sachvortrag der Parteien trägt diese Erwägungen des Berufungsgerichts nicht. Die Kläger haben sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht, auch nicht konkludent, darauf berufen, dass dem Beklagten zu 1) Leistungen einschließlich der Objektbetreuung gemäß Leistungsphase 9 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. übertragen worden seien. Sie haben vielmehr vorgetragen, ihm habe "die gesamte architektonische Betreuung" des Bauvorhabens "von der Grundlagenermittlung bis zur Bauabnahme" oblegen, und an anderer Stelle dargelegt, er sei "als Architekt mit der Planung, Ausführung und Objektüberwachung des streitgegenständlichen Bauvorhabens beauftragt" gewesen. Aus diesem Vorbringen lässt sich eine Behauptung dahingehend, der Beklagte zu 1) habe auch die Objektbetreuung übernommen, nicht ableiten. Deshalb und weil die Parteien in den Tatsacheninstanzen über die Beauftragung mit Leistungen der Objektbetreuung nicht gestritten hatten, bestand für ihn - anders als das Berufungsgericht offenbar meint - kein Anlass, dem Vorbringen der Kläger zum vertraglich vereinbarten Leistungsumfang zu widersprechen. Sofern das Berufungsgericht weiterhin eine Beauftragung mit der Vollarchitektur unter Einschluss der Grundleistungen gemäß Leistungsphase 9 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. in Betracht ziehen will, wird es die Parteien entsprechend hinweisen und

ihnen Gelegenheit für ergänzenden Sachvortrag geben müssen (§ 139 Abs. 1 ZPO).

19 Ebenfalls nur auf der Grundlage ergänzenden Tatsachenvortrages der Parteien wird sich die hieran anschließende Frage beantworten lassen, ob und gegebenenfalls wann die Leistungen des Beklagten zu 1) abgenommen wurden. Insoweit kann auch für den Fall eines auf die Leistungsphasen 1 - 8 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. beschränkten Auftrages mit Rücksicht auf die der Bauabnahme typischerweise nachfolgenden Leistungen der Bauüberwachung, wie zum Beispiel die Rechnungsprüfung, nicht ohne weiteres auf die Abnahme des letzten Ausführungsgewerkes abgestellt werden.

20 b) Vorrangig wird das Berufungsgericht überdies klären müssen, welches Begehren die Kläger mit dem nicht auf Feststellung seiner Schadensersatzverpflichtung gerichteten Teil ihrer Klage gegen den Beklagten zu 1) verfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 23. November 2000 - VII ZR 242/99, BauR 2001, 425 = NZBau 2001, 97 = ZfBR 2001, 106). Sie haben ihn insoweit bisher gesamtschuldnerisch mit den Beklagten zu 2) und 3) auf Zahlung eines Vorschusses auf die voraussichtlichen Kosten für die Beseitigung von Baumängeln in Anspruch genommen; das Berufungsgericht hat ihn dementsprechend verurteilt und auch so tenoriert. Dabei ist unberücksichtigt geblieben, dass der Vorschussanspruch aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. bzw. § 637 Abs. 3 BGB n.F. dem Besteller nur in dem Umfang zusteht, in dem er Nacherfüllung durch Mängelbeseitigung verlangen kann. Eine Nachbesserung durch den Architekten wiederum ist in aller Regel nicht mehr möglich, wenn sich der Mangel seiner Leistung bereits im Bauwerk verkörpert hat (BGH, Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06, BauR 2007, 2083, 2084 = NZBau 2008, 187 = ZfBR 2008, 160; Urteil vom 25. April 1996 - VII ZR 157/94, BauR 1996, 735, 737 = ZfBR 1996, 258; Urteil vom 9. April 1981 - VII ZR 263/79, BauR 1981, 395, 396).

B. Revision der Beklagen zu 2)

I.

21 Das Berufungsgericht ist nach Beweisaufnahme davon ausgegangen, dass die Beklagte zu 2) mangelhaft gearbeitet habe, und hat sie antragsgemäß zur Bevorschussung der Kosten verurteilt, die durch die nachträgliche mangelfreie Anbringung der Dampfsperre und die Beseitigung der Feuchtigkeitsschäden und Schimmelpilzbildungen entstehen. Darüber hinaus hat es festgestellt, dass die Beklagte zu 2) den Klägern allen weiteren hierdurch bedingten Schaden ersetzen muss. Diese Ansprüche der Kläger seien nicht verjährt. Der von ihnen beanstandete Schimmelpilz habe sich aufgrund der Funktionsmängel der Werkleistungen der Beklagten zu 2) an anderen als den fehlerhaft bearbeiteten Bauteilen des Gebäudes gebildet. Deshalb handele es sich im Lichte der hierzu ergangenen Rechtsprechung vorliegend um sogenannte entfernte oder weite Mangelfolgeschäden, für welche zunächst die dreißigjährige Regelverjährungsfrist gegolten habe. Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 3 EGBGB habe dann zum 1. Januar 2002 die neue werkvertragliche Gewährleistungsfrist gemäß § 634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. zu laufen begonnen, die im Zeitpunkt der Klageerhebung nicht abgelaufen gewesen sei.

II.

22 Diese Beurteilung ist rechtsfehlerhaft. Sie kann keinen Bestand haben.

23 Der Senat kann auf der vom Berufungsgericht festgestellten Tatsachengrundlage selbst in der Sache entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht

mehr zu erwarten sind. Danach sind die gegen die Beklagte zu 2) gerichteten Klageforderungen verjährt, Klage und Berufung sind insoweit unbegründet.

24 1. Soweit die Kläger Zahlung von der Beklagten zu 2) verlangen, machen sie einen werkvertraglichen Kostenvorschuss geltend. Nur diesen - und nicht etwa Schadensersatz - hat das Berufungsgericht zugesprochen. Damit nicht in Einklang zu bringen ist es, die solcherart für gerechtfertigt erachtete Vorschussforderung der ehemals dreißigjährigen Regelverjährung für entfernte Mangelfolgeschäden zu unterwerfen. Entfernte Mangelfolgeschäden unterliegen nach dem auf bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge anwendbaren Schuldrecht nicht dem werkvertraglichen Gewährleistungsrecht gemäß §§ 633 ff. BGB a.F. Ersatz für solche Mangelfolgeschäden erhält der Besteller vielmehr nur nach den Grundsätzen der positiven Vertragsverletzung (grundlegend: BGH, Urteil vom 20. Januar 1972 - VII ZR 148/70, BGHZ 58, 85, 88 ff.). Dabei handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch, auf den der Besteller keinen (abrechnungspflichtigen) Vorschuss beanspruchen kann (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 1973 - VII ZR 92/71, BGHZ 61, 28, 30 - zu § 635 BGB a.F.). Diese Zusammenhänge hat das Berufungsgericht in rechtsfehlerhafter Weise außer Betracht gelassen, indem es einen aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. gerechtfertigten Vorschuss in Höhe der vom Sachverständigen E. ermittelten Mängel- und Schadensbeseitigungskosten ausgeurteilt, diesen verjährungsrechtlich dann aber als außerwerkvertraglichen Schadensersatzanspruch behandelt hat.

25 a) Der Kostenvorschussanspruch der Kläger nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. ist verjährt. Die gemäß § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. fünfjährige Verjährung begann gemäß § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. mit der Abnahme der Werkleistungen der Beklagten zu 2). Diese fand nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 10. März 1996 statt. Folglich war die Verjährung am 10. März 2001 eingetreten.

26 b) Aus der Vorschrift des § 207 BGB a.F. (§ 211 BGB n.F.) kann der Kläger zu 1) als Alleinerbe der am 10. April 2000 verstorbenen vormaligen Grundstückseigentümerin und Auftraggeberin der Beklagten nichts zu seinen Gunsten herleiten. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die seine Ansprüche betreffende fünfjährige werkvertragliche Gewährleistungsfrist durch die für Nachlassfälle gesetzlich angeordnete Ablaufhemmung erst nach dem 10. März 2001 abgelaufen sein könnte.

27 aa) Nach § 207 Satz 1 BGB a.F. (§ 211 Satz 1 BGB n.F.) tritt die Verjährung eines zum Nachlass gehörenden Anspruchs nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt ein, in dem die Erbschaft von dem Erben angenommen wird. Feststellungen dazu, wann der Kläger zu 1) die Erbschaft angenommen hat, sind nicht getroffen. Die Erbschaft gilt allerdings gemäß § 1943 Halbsatz 2 BGB mit dem Ablauf der sechswöchigen Ausschlagungsfrist (§ 1944 Abs. 1 BGB) als angenommen. Die Ausschlagungsfrist beginnt gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft und dem Grunde der Berufung zum Erben Kenntnis erlangt. Auch hierzu ist nichts festgestellt. Einziger tatsächlicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des nach § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB maßgeblichen Zeitpunkts ist die Testamentseröffnung, die nach dem insoweit unwidersprochenen Vorbringen der Kläger am 8. Mai 2000 stattfand. Dann wäre die Ablaufhemmung nach § 207 Satz 1 BGB a.F. i.V.m. Art. 229, § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB beendet gewesen, bevor die fünfjährige werkvertragliche Gewährleistungsfrist abgelaufen war.

28 bb) Der Kläger zu 1) kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, in Ermangelung gegenteiliger tatsächlicher Feststellungen sei jedenfalls für das Revisionsverfahren davon auszugehen, dass die Verjährung bis zu ihrer Hemmung durch Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens (§ 204 Abs. 1 Nr. 7

BGB n.F.) bzw. Klageerhebung (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.) gemäß § 207 BGB a.F. (§ 211 BGB n.F.) gehemmt gewesen sei. Diese Sichtweise verkennt, dass den Gläubiger nach allgemeinen Grundsätzen die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Umstände trifft, aus denen sich die für ihn günstige Ablaufhemmung ergibt (BGH, Urteil vom 5. Juli 2000 - IV ZR 180/99, NJW-RR 2000, 432, 434, Tz. 13 - zu § 206 BGB a.F.; Staudinger/Peters/Jacoby [2009], § 210 Rdn. 1; Erman/Schmidt-Räntsch, BGB, 12. Aufl., § 210 Rdn. 2; Baumgärtel/Kessen, Beweislast, 3. Aufl., § 211 Rdn. 1). Hierzu muss der Erbe, der sich gegen die Verjährung eines zum Nachlass gehörenden Anspruchs wendet, auch vortragen und gegebenenfalls beweisen, wann die sechsmonatige Frist des § 207 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. (§ 211 Abs. 1 Satz 1 BGB n.F.) in Gang gesetzt wurde (LAG Köln, Urteil vom 4. März 2005 - 4 Sa 1198/04, Tz. 24 f. - dokumentiert bei juris; MünchKommBGB/Grothe, 5. Aufl., § 211 Rdn. 2 - unter Bezugnahme auf § 210 Rdn. 6). Dem steht die Rechtsprechung des Senats zur Verteilung der Beweislast in den Fällen, in denen die Hemmung der Verjährung von Gewährleistungsansprüchen gemäß § 639 Abs. 2 BGB a.F. (§ 203 BGB n.F.) in Rede steht, weil der Unternehmer sich im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung oder Beseitigung von Mängeln unterzieht, nicht entgegen. Auch dann muss der Gläubiger (Besteller) den Eintritt der Hemmung darlegen und beweisen, wohingegen der Schuldner (Unternehmer) die Beendigung der Hemmung durch Mitteilung des Prüfergebnisses, die Erklärung, die Mängel seien beseitigt oder durch die Verweigerung weiterer Mängelbeseitigungsarbeiten nachweisen muss (BGH, Urteil vom 30. September 1993 - VII ZR 136/92, BauR 1994, 103, 104; Urteil vom 21. April 1977 - VII ZR 135/76, BauR 1977, 348, 349). Auf solche, die Beendigung der Hemmung begründenden Tatsachen kommt es im Rahmen des § 207 BGB a.F. (§ 211 BGB n.F.) nicht an, weil die Ablaufhemmung kraft gesetzlicher Anordnung nach sechs Monaten endet. Für den Beginn der Hemmung und der hierfür maßgebli-

chen Frist ist nach obigen Grundsätzen der Gläubiger darlegungs- und beweispflichtig. Das gilt jedenfalls dann, wenn er sich - wie hier - darauf berufen will, dass die Verjährung seines Anspruchs über den Zeitpunkt hinaus gehemmt gewesen sei, in dem die Erbschaft auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts gemäß §§ 1943, 1944 Abs. 1, 2 BGB als angenommen gilt. Konkrete Anhaltspunkte, aus denen sich die Fortdauer der Ablaufhemmung über diesen Zeitpunkt hinaus ergeben könnte, sind weder dargetan noch sonst ersichtlich. Deshalb bleibt es im Revisionsverfahren dabei, dass die Ablaufhemmung gemäß § 207 BGB a.F. (§ 211 BGB n.F.) ohne Einfluss auf den Eintritt der Verjährung geblieben ist.

29 c) Den sich aus § 222 Abs. 1 BGB a.F. ergebenden Folgen der Verjährung können die Kläger nicht dadurch ausweichen, dass sie ihr Zahlungsbegehren auf die Geltendmachung von Schadensersatz umstellen. Ihnen hierzu Gelegenheit zu geben, besteht deshalb kein Anlass.

30 aa) Die Kläger verlangen von der Beklagten zu 2) Zahlung eines Betrages in Höhe der Kosten für die Beseitigung der in deren Verantwortung fallenden Mängel und Schäden, die der Sachverständige E. in seinem Gutachten vom 24. Juni 2005 mit insgesamt 20.600 € ermittelt hat. Jene Aufwendungen betreffen, vom Berufungsgericht durch billigende Bezugnahme auf die Kostenschätzung des Sachverständigen hinreichend festgestellt, mit 16.600 € in erster Linie die Neuherstellung einer funktionstauglichen Dachisolierung, wozu auch die erforderlichen Vor- und Nacharbeiten an der Deckenverkleidung sowie die planerische Begleitung der Nachbearbeitung gehören. Jedenfalls in diesem Umfang handelt es sich um Kosten der Beseitigung von Mängeln des eigenen Werkes und damit um Schäden, die dem Werk der Beklagten zu 2) unmittelbar anhaften. Ein eventueller Anspruch auf Schadensersatz für derartige Mangel-

schäden würde unter § 635 BGB a.F. fallen und wäre aus den dargelegten Gründen gemäß § 638 Abs. 1 BGB a.F. verjährt.

31 bb) Nichts anderes gilt im Ergebnis für die verbleibenden Aufwendungen von 4.000 €, die der Sachverständige für die Begutachtung der vom Schimmel befallenen Dachschalung und die anschließende Beseitigung der feuchtigkeitsbedingten Verunreinigungen der Holzbalken veranschlagt hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich insoweit um sogenannte enge oder nahe Mangelfolgeschäden, die ebenfalls dem Regelungsbereich des § 635 BGB a.F. und damit der Verjährung nach § 638 Abs. 1 BGB a.F. unterfallen (st. Rspr. seit BGH, Urteil vom 20. Januar 1972 - VII ZR 148/70, BGHZ 58, 85).

32 Vom werkvertraglichen Schadensbegriff des § 635 BGB a. F. umfasst sind solche Folgeschäden, die mit dem Werkmangel "eng zusammenhängen" (BGH, Urteil vom 20. Januar 1972 - VII ZR 148/70, BGHZ 58, 85, 89). Für die Ermittlung dieses engen Zusammenhangs hat der Bundesgerichtshof auf die Notwendigkeit einer die Eigenart des jeweiligen Sachverhalts berücksichtigenden Begründung und Wertung (BGH, Urteil vom 20. Januar 1972 - VII ZR 148/70, BGHZ 58, 85, 92; Urteil vom 10. Juni 1976 - VII ZR 129/74, BauR 1976, 354, 355 f.) unter besonderer Berücksichtigung des lokalen Zusammenhangs zwischen Werkmangel und Schaden (BGH, Urteil vom 2. Juli 1996 - X ZR 64/94, BGHZ 133, 155, 160; Urteil vom 25. Juni 1991 - X ZR 4/90, BGHZ 115, 32, 34; Urteil vom 20. April 2004 - X ZR 141/01, BauR 2004, 1776, 1777) sowie einer angemessenen Verteilung des sich aus der kurzen Verjährungsfrist ergebenden Verjährungsrisikos (BGH, Urteil vom 10. Juni 1976 - VII ZR 129/74, BGHZ 67, 1, 6, 8; Urteil vom 17. Mai 1982 - VII ZR 199/81, BauR 1982, 489, 490 = ZfBR 1982, 205; Urteil vom 8. Dezember 1992 - X ZR 85/91, NJW 1993, 923, 924) verwiesen. Er hat ihn insbesondere dann bejaht, wenn das Werk nur

darauf gerichtet war, seine Verkörperung in einem bestimmten weiteren Werk zu finden, so dass sich der Mangel des einen Werks zwangsläufig auf das andere übertragen musste (BGH, Urteil vom 17. Mai 1982 - VII ZR 199/81, BauR 1982, 489, 490 = ZfBR 1982, 205; Urteil vom 8. Dezember 1992 - X ZR 85/91, NJW 1993, 923, 924) und die Schäden an Gegenständen eintraten, auf die die mangelhafte Werkleistung unmittelbar eingewirkt hat, so etwa bei Schäden an einem Bauwerk infolge mangelhafter Rohr- und Putzarbeiten bei seiner Errichtung (BGH, Urteil vom 13. Dezember 1962 - VII ZR 196/60, NJW 1963, 805, 806), bei Schäden am Wandanstrich, an Tapeten und an verlegten Teppichfußböden infolge einer unzureichend ausgeführten Feuchtigkeitsisolierung (BGH, Urteil vom 15. März 1990 - VII ZR 311/88, BauR 1990, 466 = ZfBR 1990, 276) sowie bei Beschädigung einer Spundwand durch Erdarbeiten (BGH, Urteil vom 7. November 1985 - VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221, 226).

33 Bei Anwendung dieser Grundsätze sind die Schimmelpilzbildungen an den Holzbalken der Dachschalung enge Mangelfolgeschäden. Sie sind entstanden durch Feuchtigkeit, die wiederum auf einen nicht fachgerechten Einbau der von der Beklagten zu 2) hergestellten Dachisolierung zurückzuführen ist und zwangsläufig die unmittelbar an die Isolierung angrenzenden, ebenfalls zur Herstellung des Bauwerks eingefügten Bauteile erfassen musste. Dieser in einem engen räumlichen und bautechnischen Zusammenhang mit der mangelhaften Werkleistung entstandene Schaden wird nicht dadurch zu einem entfernten Mangelfolgeschaden, dass die Feuchtigkeitsschäden an der geschlossenen Dachkonstruktion typischerweise erst lange nach der Fertigstellung des Bauwerks offenbar wurden. Das sich hieraus für den Besteller ergebende Verjährungsrisiko widerspricht nicht dem Zweck der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F., den Unternehmer nach nicht allzu langer Zeit von der Haftung für Mängel seines Werkes freizustellen, damit er über diesen Zeitpunkt hinaus keine Rückstellungen bilden muss und frei disponieren kann (vgl. BGH, Urteil vom

20. Januar 1972 - VII ZR 148/70, BGHZ 58, 85, 90 f.). Es ist nicht vergleichbar mit seinem Risiko, selbst schwere Schäden nicht ersetzt zu bekommen, wenn sich der vom Unternehmer zu verantwortende Baumangel erst nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist an anderen Rechtsgütern des Bestellers als dem vom Unternehmer bearbeiteten Bauwerk auswirkt. Dann mag der Schaden im Rahmen der gebotenen Güter- und Interessenabwägung als ein der Regelverjährung unterliegender, entfernter Mangelfolgeschaden zu beurteilen sein. Das ist hingegen in der Regel nicht der Fall, wenn er sich, wie hier, in einer Beeinträchtigung der Beschaffenheit des Bauwerks erschöpft, zu dessen Errichtung die mangelhaften Bauleistungen erbracht wurden.

34 3. Weil mangelbedingte Schadensersatzansprüche der Kläger verjährt sind, hat ihr auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten zu 2) gerichtetes Klagebegehren keinen Erfolg. Es ist nichts dafür ersichtlich,

dass die Kläger die Einstandspflicht der Beklagten zu 2) auch für solche (entfernten) Mangelfolgeschäden festgestellt wissen wollen, die nicht den bautechnischen Zustand des in Rede stehenden Bauwerks betreffen.

Kniffka Kuffer Safari Chabestari

Halfmeier Leupertz

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 14.06.2006 - 17 O 134/06 -
OLG Frankfurt in Darmstadt, Entscheidung vom 05.03.2008 - 13 U 234/06 -