

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 635, 638; Verdingungsordnung für Bauleistungen  
(VOB) Teil B § 13 Nr. 4, 7; AVB f. Haftpflichtvers.  
(AHB) § 4; AVB f. Bauwesenvers.

Zur Abgrenzung von Gewährleistung und positiver Vertragsverletzung beim Bauvertrag.

Nach den Vorschriften über die Gewährleistung und nicht aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung sind die Schäden zu beurteilen, die dadurch entstehen, daß der Bauherr das mangelhafte Haus nicht vermieten sowie selbst nicht bewohnen kann und deshalb eine Ersatzwohnung mieten muß.

Der Anspruch auf Ersatz dieser Schäden verjährt nach § 638 BGB. Bei einem der VOB unterliegenden Bauvertrag gilt die zweijährige Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB. Durch § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB wird die Verjährungsfrist hinsichtlich solcher Schäden nicht geändert. Denn gegen die Inanspruchnahme wegen solcher Schäden wird der Bauunternehmer weder durch die Haftpflicht- noch durch die Bauwesenversicherung geschützt.

BGH, Urt. v. 28. November 1966 - VII ZR 79/65 - OLG Frankfurt  
IG Kassel

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 79/65

URTEIL

Verkündet am

28. November 1966  
Horn, Justizhaupt-  
sekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Arztes Dr. med. Ernst K [REDACTED], E [REDACTED], R [REDACTED]  
[REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Maurermeister Christian F [REDACTED] sen.,  
O [REDACTED] (W [REDACTED]),

2. den Maurermeister Karl K o [REDACTED] sen., U [REDACTED] (W [REDACTED]),

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. November 1966 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt, 14. Zivilsenat in Kassel, vom 19. März 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 15. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ 1955/56 auf seinem Grundstück durch den Beklagten F. ein Wohnhaus und durch den Beklagten Ko. ein Praxisgebäude sowie einen Verbindungsbau zwischen Wohn- und Praxisgebäude errichten. Beiden Bauverträgen legten die Parteien die Bestimmungen der VOB zugrunde. Der Kläger bezog die Gebäude Ende August 1956.

An der Unterseite der Decken über dem Erd- und Obergeschoß und an den Innenwänden traten Risse auf. Ein am 19. Januar 1961 auf Veranlassung des Kreisbauamts Korbach erstattetes Gutachten kam zu dem Ergebnis, die Decken seien teilweise einsturzgefährdet. Im Februar 1962 hat der Kläger die Gebäude auf Anordnung des Kreisbauamts geräumt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im vorliegenden Rechtsstreit hat er von den Beklagten und dem bei dem Bauvorhaben tätig gewesenem Architekten P. [REDACTED] Schadensersatz verlangt. In den im Oktober 1961 eingereichten Klageschriften hat er von F. [REDACTED] 36.215,81 DM, von Ko. [REDACTED] 15.285,27 DM beansprucht und die Feststellung begehrt, daß beide Beklagte allen weiteren aus mangelhafter Ausführung des Bauvorhabens entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen hätten.

Die Beklagten haben u.a. die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage gegen die beklagten Bauunternehmer abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Dieser verfolgt mit seiner Revision die eingeklagten Zahlungsansprüche und das Feststellungsbegehren weiter. Die Beklagten beantragen, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

##### I.

Das Oberlandesgericht hat ausgeführt, die eingeklagten Ansprüche seien nach § 13 Nr. 4 VOB/B verjährt. Die danach geltende 2-jährige Frist habe am 7. September 1956 zu laufen begonnen. Ihr Lauf sei zweimal unterbrochen worden, zunächst am 23. September 1957 durch eine Aufforderung zur Beseitigung der Mängel und dann durch das vom Kläger am 25. November 1957 bei dem Amtsgericht in Korbach eingeleitete Beweissicherungsverfahren. Dieses Verfahren und damit die zweite Unterbrechung der Verjährung sei am 21. April 1958

beendet worden. Demnach sei die Verjährung am 21. April 1960 eingetreten.

## II.

Die Revision greift zunächst die Ausführungen des Berufungsgerichts über den Lauf der Verjährungsfrist an.

1. Sie rügt, es habe die Aussage des Architekten P. [REDACTED] vom 14. März 1961 in dem Rechtsstreit 2 O 168/60 nicht gewürdigt. Nach dieser Bekundung hätten die Beklagten die Ansprüche des Klägers Ende 1958 dem Grunde nach anerkannt. Das Anerkenntnis habe die Verjährung nach § 208 BGB unterbrochen.

Von einem solchen Anerkenntnis ist in der Niederschrift über die Aussage P. [REDACTED] nichts zu finden. Sie ergibt nur, daß der Kläger Beseitigung der Mängel verlangt hat.

Davon abgesehen wäre bei einer Ende 1958 eingetretenen Unterbrechung die dann von neuem in Lauf gesetzte Frist Ende 1960 abgelaufen. Die Klage ist erst im Oktober 1961 eingereicht worden.

2. Die Beklagten hatten sich im September 1957 bereit erklärt, Mängel zu beseitigen, soweit ihnen Verarbeitungsmängel nachgewiesen werden könnten. In dieser Erklärung zusammen mit dem vom Kläger eingeleiteten Beweissicherungsverfahren will der Kläger die Voraussetzungen für eine Hemmung der Verjährung nach § 639 Abs. 2 BGB finden.

Das Berufungsgericht hat eine solche Hemmung zutreffend verneint. Es ist nicht ersichtlich, daß die Beklagten als

Unternehmer sich der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels unterzogen hätten. Ein solches Verhalten ist in ihrer Teilnahme an der vom Gutachter im Beweissicherungsverfahren vorgenommenen Ortsbesichtigung nicht zu sehen. § 639 BGB macht deutlich, daß ein vom Besteller beantragtes Beweissicherungsverfahren nicht nach Abs. 2 der Vorschrift hemmend, sondern nach Abs. 1 in Verbindung mit § 477 Abs. 2 BGB unterbrechend auf den Ablauf der Verjährungsfrist wirkt. Diese Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Beweissicherungsverfahrens (§ 477 Abs. 2 Satz 2 BGB). Damit ist jedenfalls nicht vereinbar, einem vom Besteller eingeleiteten Beweissicherungsverfahren die Wirkung beizulegen, daß die Verjährung später, als es nach §§ 639, 477 Abs. 2 BGB der Fall wäre, vollendet wird.

### III.

Fraglich ist, ob das Berufungsgericht mit Recht die 2 Jahre betragende Frist des § 13 Nr. 4 VOJ/B zugrunde gelegt hat.

1. Zutreffend hat es allerdings verneint, daß diese Frist für die Klageansprüche teilweise deshalb nicht gelte, weil es sich um Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung handele. Als solche Ansprüche kommen diejenigen in Betracht, die nicht auf Ersatz des dem Werk unmittelbar anhaftenden Schadens gerichtet sind, sondern auf Ausgleich der Nachteile, die dem Besteller als weitere Folge des Mangels entstanden sind; sie verjähren nach dem BGB nicht wie die auf § 635 BGB gestützten Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung in den Fristen des § 638 BGB, sondern erst in 30 Jahren (BGHZ 35, 130). Ob

diese sogenannten Mangelfolgeschäden bei einem der VOB unterliegenden Bauvertrag von der kurzen Verjährung nach § 13 Nr. 4 VOB/B auszunehmen sind, ist umstritten (vgl. BGH VII ZR 186/64 vom 19. September 1966).

Das Berufungsgericht hat aber zutreffend ausgeführt, daß die Schäden, für die der Kläger Ersatz begehrt, nicht solche aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung zu ersetzenden Mangelfolgeschäden sind. Für die Kosten der Mängelbeseitigung und den Minderwert liegt das auf der Hand. Auch die Kosten der durch den Kläger gemäß einer Verfügung des Kreisbauamts vorgenommenen Abstützung hängen eng und unmittelbar mit mangelhaften Werkleistungen der Beklagten zusammen. Bei solchem Zusammenhang ist die Ersatzpflicht nicht aus positiver Vertragsverletzung, sondern aus den Gewährleistungsvorschriften herzuleiten (vgl. BGHZ 37, 341, 343 f; BGH VII ZR 233/61 vom 2. Mai 1963 = JZ 1963, 596). Der Mietausfall ist ein infolge der Mängel entgangener Gewinn und deshalb ebenfalls unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung zu ersetzen (BGHZ 35, 130).

Dasselbe gilt auch für die Aufwendungen, die dem Kläger dadurch entstanden sind, daß er das Haus verlassen und eine Mietwohnung beziehen mußte. Auch dieser Schaden hängt eng mit den Werksmängeln und der auf ihnen beruhenden Unbrauchbarkeit zusammen und haftet damit dem Werk unmittelbar an. Er besteht darin, daß der Besteller selbst das Werk nicht benutzen kann; der Mietausfall beruht darauf, daß Dritte es nicht benutzen können. Mit Unbrauchbarkeit und Mangelhaftigkeit hängen beide Nachteile gleich eng zusammen; eine unterschiedliche rechtliche Behandlung ist nicht gerechtfertigt.

Schließlich hat das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung ausgeführt, daß auch der Zinsverlust hinsichtlich des für den Bau aufgewandten Geldes kein Schaden aus positiver Vertragsverletzung ist.

2. Der Kläger verlangt auch Ersatz von Kosten für Sachverständigengutachten. Der Anspruch auf deren Ersatz ist nach dem vom Berufungsgericht angeführten Urteil BGH VII ZR 108/60 vom 9. November 1961 = Schäfer-Finnern, Rechtsprechung der Bauausführung, Z. 2.414 Bl. 106 ff ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung. Im vorliegenden Fall kommt es aber auf die Frage der Verjährungsfrist nicht an. Vielmehr kann hier nach der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichts ein Schadensersatzanspruch überhaupt nicht geltend gemacht werden.

Die auf Seite 12 in der Klageschrift vom 6. Oktober 1961 angeführten Gutachten sind nämlich in dem (zweiten) Beweissicherungsverfahren 3 H 3/61 auf Anordnung des Gerichts erstattet worden und die Kosten für die Gutachten in diesem Verfahren entstanden. Die Kosten eines Beweissicherungsverfahrens gehören zu den Kosten des Rechtsstreits, und zwar entgegen der Ansicht der Revision auch dann, wenn die Beweissicherung vor der Erhebung der zugehörigen Klage stattgefunden hat (vgl. BGHZ 20, 4, 15; Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., Anm. II 1 vor § 485; Baumbach, ZPO, 29. Aufl., § 91 Anm. 5 unter "Beweissicherung"). Wer sie zu tragen hat, bestimmt sich nach der im vorliegenden Prozeß ergohenden Kostenentscheidung. Soweit der Kläger obsiegt, werden auch in Bezug auf die Kosten der Beweissicherung seine Interessen durch die zu seinen Gunsten ergehende Kostenentscheidung geschützt.

Soweit sich aber seine Klage als unbegründet erweist, kann er Prozeßkosten nicht innerhalb des vorliegenden Rechtsstreits auf die siegenden Gegner mit Berufung auf einen angeblichen Schadensersatzanspruch abwälzen. Das geht ebensowenig an, wie etwa ein im Rechtsstreit unterliegender Bereicherungsschuldner geltend machen kann, seine Bereicherung sei in Höhe der ihn treffenden Prozeßkosten gemindert oder weggefallen (vgl. BGH VII ZR 159/64 vom 31. Mai 1965 = WM 1965, 1022).

3. Der Kläger hatte geltend gemacht, die kurze Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B sei im vorliegenden Fall auch nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B nicht anwendbar. Nach dieser Bestimmung gelten die gesetzlichen Verjährungsfristen, soweit der Auftragnehmer den Schaden durch Versicherung seiner gesetzlichen Haftpflicht gedeckt hat oder innerhalb der von der Versicherungsaufsichtsbehörde genehmigten Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu tarifmäßigen, nicht auf außergewöhnliche Verhältnisse abgestellten Prämien hätte decken können.

Das Oberlandesgericht bezieht sich auf eine Auskunft der Handwerkskammer und sagt, danach sei es zur Zeit der Bauarbeiten nicht möglich gewesen, sich gegen Schäden versichern zu lassen, die auf schuldhaftem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik beruhten.

Diese Begründung ist nicht einwandfrei. Einmal geht das Oberlandesgericht davon aus, daß schuldhafte Verstöße gegen die anerkannten Regeln der Technik vorliegen, obschon es solche nicht festgestellt, sondern die Frage, ob sie gegeben sind, offengelassen hat (S. 12 BU). Sodann schließen Verstöße gegen anerkannte Regeln der Technik den Versicherungsschutz zwar in der Bauwesenversicherung

aus (vgl. BGH II ZR 220/53 vom 27.10.1954 = LM Nr. 1 zu § 2 Bauwesen-Vers; Hereth-Ludwig-Naschold, VOB/B § 7 Ez. 78). Die hier maßgebenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB) enthalten aber eine entsprechende Ausschußklausel nicht.

Im Ergebnis hat das Berufungsgericht jedoch recht.

Für die eingeklagten Schäden besteht aus anderen Gründen kein Versicherungsschutz nach den AHB, wie der Senat schon früher entschieden hat (VII ZR 53/62 v. 30.12.1963). Nach § 4 Nr. II 5 AHB bleiben von der Versicherung ausgeschlossen Haftpflichtansprüche wegen Schäden, die an den vom Versicherungsnehmer hergestellten oder gelieferten Arbeiten oder Sachen infolge einer in der Herstellung oder Lieferung liegenden Ursache entstehen. Der Ausschuß betrifft nicht bloß die Haftpflicht für Aufwendungen, die durch Beseitigung der Mängel oder Neuherstellung entstehen. Zur Auslegung der Ziff. Nr. II 5 ist die Nr. I 6 des § 4 AHB heranzuziehen. Dort ist bestimmt, daß die Erfüllung von Verträgen und die an die Stelle der Erfüllungsleistung tretende Ersatzleistung nicht Gegenstand der Haftpflichtversicherung sind. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die in § 4 Nr. I 6 AHB behandelten Schäden, sondern ganz allgemein für das Recht der Haftpflichtversicherung, sogar über den Anwendungsbe- reich der AHB hinaus (BGH II ZR 86/61 vom 9. Januar 1964 = NJW 1964, 1025).

Danach gibt es keinen Versicherungsschutz gegen Gewährleistungsansprüche einschließlich des Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung (§ 635 BGB). Dasselbe gilt für die Schadensersatzansprüche aus § 13 Nr. 7 VOB/B jedenfalls insoweit, als es sich nicht um Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung handelt.

Für die Abgrenzung der Ansprüche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung von denen aus positiver Vertragsverletzung können auch für die Anwendung der AHB die in der Rechtsprechung entwickelten allgemeinen Grundsätze herangezogen werden, wie sie z.B. in den angeführten Entscheidungen BGHZ 35, 130; 37, 341 dargelegt sind (Prölss, VVG, 15. Aufl., Anhang I zu §§ 149 - 158 k, Anm. 6 d zu § 4 AHB). Nach ihnen (vgl. oben unter III 1) ergibt sich, daß die eingeklagten Ansprüche alle unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung zu beurteilen sind und deshalb nicht unter den Versicherungsschutz fallen. Das gilt auch für den Mietausfall und die Aufwendungen für eine Mietwohnung. Hiermit stimmt überein, daß bereits in BGHZ 23, 349, 352, 354 der Versicherungsschutz auch für solche Schäden verneint worden ist, die bei einem mangelhaften Bauwerk dadurch entstehen, daß der Besteller es nicht in Gebrauch nehmen und gewinnbringend nutzen kann.

Die oben erwähnte Bauwesenversicherung gewährt ebenfalls dem Bauunternehmer keinen Versicherungsschutz gegen die Inanspruchnahme aus Gewährleistung wegen mangelhaften Works (LM Nr. 1 zu § 2 Bauwesen-Vers., Hereth-Ludwig-Naschold, aaO EZ 66 und 78; Ingenstau-Korbion, VOB, 4. Aufl., S. 628 f; Wussow, VersR 1964, 570, 574).

4. Die kurze Verjährungsfrist gilt schließlich nicht, wenn die Mängel von den Beklagten arglistig verschwiegen worden sind (BGHZ VII ZR 61/63 vom 3. Dezember 1964 = VersR 1965, 245). Diesen Vorwurf hat der Kläger erhoben.

Das Berufungsgericht hat sich mit diesem Punkt ausführlich befaßt und Arglist verneint. Die sich hierauf beziehenden Rügen der Revision sind zum großen Teil unbegründet. Jedoch ist ein vom Kläger vorgetragener Gesichtspunkt, wie der Revision zuzugeben ist, vom Berufungsgericht nicht gewürdigt worden.

Es handelt sich dabei um das Vorbringen, die Beklagten hätten in ihren Rechnungen teils nicht ausgeführte Leistungen berechnet, teils die in Ausschreibung und Angebot enthaltenen Arbeiten in Rechnung gestellt, obschon sie abweichend vom Bauplan ganz andere Arbeiten ausgeführt hätten. Dadurch hätten sie dem Kläger das Fehlen von Mängeln verschwiegen oder nicht vorhandene Eigenschaften des Bauwerks vorgetäuscht und obendrein noch zum Nachteil des Klägers nicht verdiente Beträge berechnet.

Trifft dies zu, so kann der Vorwurf arglistigen Verschweigens berechtigt sein (vgl. das schon angeführte Urteil JZ 1963, 596).

Im einzelnen fallen hier folgende teils unstrittigen oder bereits festgestellten, teils unter Beweis gestellten Tatsachen und Umstände in ihrem Zusammenhang ins Gewicht:

Der Beklagte F [REDACTED] hat die Erd- und Obergeschoßdecke nicht, wie im Angebot vorgesehen, als Massivdecke,

sondern aus Fertigteilen hergestellt. Das Berufungsgericht verneint arglistiges Verschweigen dieses Umstands, weil F[REDACTED] nicht "eigenmächtig", sondern im Einvernehmen mit dem Architekten gehandelt habe. Das würde aber die Arglist F[REDACTED] dann nicht ausschließen, wenn er dem Kläger das Vorhandensein von Massivdecken durch seine Rechnung vorgespiegelt und für diese auch noch einen Preis berechnet hätte, der höher ist als der für die ausgeführten Fertigdecken angemessene. In diesem Sinne sind die Behauptungen und Beweisangebote des Klägers auf S. 13 oben des Schriftsatzes vom 28. Oktober 1964 und auf S. 2 unten des Schriftsatzes vom 22. Februar 1965 zu verstehen.

Zur Kellerdecke soll der Beklagte F[REDACTED] bei der Besichtigung im Beweissicherungsverfahren 3.H. 9/57 ausdrücklich die - unzutreffende - Erklärung abgegeben haben, sie sei entsprechend der Planung ordnungsmäßig errichtet worden (S. 12 des Schriftsatzes vom 28. Oktober 1964). Das wäre eine bewußte Täuschung, die ebenfalls nicht damit entschuldigt werden könnte, daß der Architekt der Abweichung vom Plan zugestimmt habe.

Der Beklagte Ko[REDACTED] hat über der Erdgeschoßdecke im Zwischenbau die vorgesehene Druckbetonplatte nicht ausgeführt, nach der Feststellung des Berufungsgerichts ebenfalls nach Anweisung des Architekten. Nicht befaßt hat sich das Berufungsgericht aber auch hier mit der Behauptung des Klägers, der Beklagte Ko[REDACTED] habe trotzdem den Druckbeton berechnet (S. 13 des Schriftsatzes vom 28. Oktober 1964).

Hätte das Oberlandesgericht diesen Tatsachenstoff voll berücksichtigt und aufgeklärt, so könnte die Beur-

teilung, ob die Beklagten Mängel arglistig verschwiegen haben, anders ausfallen als bisher und sich ergeben, daß die eingeklagten Ansprüche noch nicht verjährt sind. Deshalb ist, ohne daß es auf die weiteren Revisionsrügen noch ankäme, das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei macht der Senat von der ihm in § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO eingeräumten Befugnis Gebrauch.

Glanzmann

Rietschel

Meyer

Vogt

Finke