

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO § 538

Wenn das Gericht des ersten Rechtszugs die Klage wegen Verjährung abgewiesen hat, das Berufungsgericht dagegen den eingeklagten Anspruch für unverjährt hält, so darf die Sache nicht in den ersten Rechtszug zurückverwiesen werden.

BGB § 196; VOB Teil B § 6 Nr. 5 Abs. 2

Verlangt der Auftragnehmer auf Grund des § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB Teil B Ersatz von Mehraufwendungen, die ihm für die Ausführung der Vertragsleistung durch eine vom Auftraggeber zu vertretende Verschiebung und Verlängerung der Ausführung entstanden sind, so verjährt dieser Anspruch in der Frist des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

BGH, Urt. v. 21. März 1968 - VII ZR 84/67 - OLG Koblenz
LG Koblenz

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII_ZR_84/67

URTEIL

Verkündet am

21. März 1968

Horn,

Justizhauptsekretär

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den Bundesminister für wirtschaftlichen Besitz des Bundes, dieser vertreten durch die Oberfinanzdirektion in K [REDACTED],

Beklagter, Berufungsbeklagter
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Malermeister Heinrich B [REDACTED] sen. in M [REDACTED]/Eifel,
B [REDACTED]straße 19,

Kläger, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED]
[REDACTED] -.

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. März 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Koblenz vom 22. März 1967 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte, die in den Jahren 1954/55 in S. [REDACTED] für die in der Bundesrepublik Deutschland stationierten amerikanischen Streitkräfte 26 Gebäude mit je 18 Wohnungen errichten ließ, erteilte dem Kläger am 2. November 1954 unter Zugrundelegung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) den Auftrag, in 11 der Gebäude zu einem Pauschalpreis die Malerarbeiten auszuführen. Über die Ausführungszeit bestimmte das Auftragschreiben folgendes:

"Mit dem Arbeitsbeginn ist ab 8.1.1955 zu rechnen, falls die Witterung die Fortführung der Bauarbeiten zuläßt. Soweit der Arbeitsbeginn eingehalten werden kann (8.1.1955), sind die gesamten Maler- und Baureinigungsarbeiten bis zum 28.2.1955 zu beenden."



Der Kläger konnte, von Grundierungs- und Rostschutzanstrichen abgesehen, mit den eigentlichen Malerarbeiten erst im Mai 1955 beginnen, weil andere Handwerker notwendige Vorarbeiten nicht früher ausgeführt hatten. Wegen der gesteigerten Bautätigkeit im Sommer 1955 gelang es ihm nicht, genügend eigene Arbeitskräfte zu finden. Deshalb setzte er mehrere Nachunternehmer ein. Trotzdem konnte er die Arbeiten nicht, wie vorgesehen, in knapp zwei Monaten, sondern erst am 26. Oktober 1955 beenden. Er erhielt von der Beklagten den vereinbarten Werklohn und weitere 5.959,50 DM für seine Mehrkosten.

Der Kläger hat mit der Klage gemäß § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B Ersatz weiterer Mehrkosten verlangt, die ihm nach seiner Behauptung wegen der Verschiebung und Verlängerung der Ausführungszeit entstanden sind. Diese Mehrkosten hat er - nach Berücksichtigung des bereits gezahlten Betrages von 5.959,50 DM - mit 78.985,08 DM beziffert. Außerdem hat er die Feststellung begehrt, daß ihm die Beklagte zusätzliche, nach dem 1. Januar 1963 entstehende Kreditkosten und künftig zu erwartende Umsatzsteuer für die Klageansprüche erstatten müsse.

Die Beklagte hat die Klageansprüche nach Grund und Höhe bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Das Oberlandesgericht, das die Ansprüche nicht für verjährt hält, hat dieses Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung über Grund und Höhe der Ansprüche an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision rügt mit Erfolg, das Berufungsgericht habe den Rechtsstreit nicht an das Landgericht zurückverweisen dürfen. Schon wegen dieses Verfahrensfehlers, der die Beklagte beschwert (BGHZ 31, 358, 361), ist das angefochtene Urteil aufzuheben.

Das Berufungsgericht rechtfertigt die Zurückverweisung mit einer entsprechenden Anwendung des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO. Danach hat das Berufungsgericht die Sache zurückzuverweisen, wenn durch das angefochtene Urteil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist. Die Vorschrift darf nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung entsprechend auf andere Fälle angewandt werden, in denen das Gericht des ersten Rechtszugs nur aus verfahrensrechtlichen Gründen entschieden hat und von seinem Standpunkt aus überhaupt kein sachliches Urteil fällen konnte (BGHZ 14, 11, 14).

Hier hatte das Landgericht aber die Klage nicht aus verfahrens-, sondern aus sachlichrechtlichen Gründen abgewiesen, weil es die eingeklagten Ansprüche als verjährt ansah. Bei dieser Sachlage mußte das Berufungsgericht selbst in der Sache entscheiden.

Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts läßt sich nicht mit dessen Erwägung rechtfertigen, daß die Parteien ohne Zurückverweisung eine Tatsacheninstanz verlieren würden.

Zwar kommt in der Vorschrift des § 538 Abs. 1 Nr. 2 ZPO das Bestreben des Gesetzgebers zum Ausdruck, den Parteien zwei Tatsacheninstanzen für die Sachprüfung zur Verfügung

zu stellen (BGHZ 14, 11, 14; BGH MDR 1964, 404 f). Jedoch kann allenfalls, und auch dies nur mit der sich aus § 540 ZPO ergebenden Einschränkung, von einem Recht der Parteien darauf die Rede sein, daß der Klageanspruch materiellrechtlich in zwei Rechtszügen vom Tatrichter geprüft, nicht aber darauf, daß über jeden Streitpunkt in zwei Tatsacheninstanzen entschieden wird (RGZ 70, 182; RG JW 1908, 452; RG Warn 1915 Nr. 187). Deshalb darf das Berufungsgericht eine Sache nicht zurückverweisen, wenn die erste Instanz die Klage aus einem bestimmten, dem sachlichen Recht entnommenen Grunde abgewiesen hat, das Berufungsgericht jedoch diese Begründung für unzutreffend und daher eine weitere sachlichrechtliche Prüfung für notwendig hält; diese Prüfung hat das Berufungsgericht in einem solchen Falle vielmehr selbst vorzunehmen.

Von diesem allgemein anerkannten, schon in der Begründung zur ZPO (Hahn Materialien Bd 2 S. 358 f) niedergelegten Grundsatz ist der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs allerdings vereinzelt in Entschädigungsverfahren abgewichen (LM Nr. 3 und 4 zu § 188 BEG 1956; MDR 1964, 404 f).

In den ersten zwei Fällen hatte das Landgericht die Klage wegen fehlender Passivlegitimation, im dritten Fall wegen fehlender Aktivlegitimation abgewiesen. Der IV. Zivilsenat hat jeweils die Zurückverweisung durch das Berufungsgericht gebilligt. Die Begründung hebt in allen Fällen auf Besonderheiten des Entschädigungsrechts oder -verfahrens ab. In LM Nr. 3 und 4 zu § 188 BEG 1956 wird ausgeführt, im Entschädigungsverfahren sei die Passivlegitimation der Sache nach eine Prozeßstandschaft des beklagten Landes für die an sich entschädigungspflichtige Allgemeinheit und das Landgericht habe deshalb in Wahrheit nur über eine Prozeßvoraussetzung entschieden. In MDR 1964, 404 f wird die Zurückverweisung gebilligt, weil der Entschädigungsanspruch nach dem BEG grundsätzlich anders geregelt sei als der

Schadensersatzanspruch im sonstigen Recht und bei der vom Landgericht getroffenen Entscheidung, daß der Kläger nicht zu den nach dem BEG anspruchsberechtigten Personen gehöre, Grund und Höhe des Schadens noch nicht geprüft worden seien.

Die mit Besonderheiten des Entschädigungsrechts begründeten Entscheidungen geben keinen Anlaß, auch in anderen Fällen, in denen eine sachliche Entscheidung der ersten Instanz vorliegt, eine Zurückverweisung durch das Berufungsgericht zu billigen, es sei denn, daß dieses ein Grundurteil erläßt (§ 538 Abs. 1 Nr. 3 ZPO). Von diesem Fall abgesehen, darf das Berufungsgericht, wenn das Gericht des ersten Rechtszugs die Klage wegen Verjährung abgewiesen hat, nicht zurückverweisen. Das hat schon das Reichsgericht ausdrücklich als unzulässig bezeichnet (RGZ 47, 366, 368; RG Warn 1915 Nr. 187). Daran ist festzuhalten.

II.

In der Sache selbst kann der erkennende Senat der Ansicht des Berufungsgerichts, die eingeklagten Ansprüche verjährten erst in 30 Jahren, nicht beitreten.

1. Die Klage ist gestützt auf § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Die Vorschrift gewährt einen Schadensersatzanspruch, wenn ein Vertragsteil in der Ausführung der Leistung behindert wird und die hindernden Umstände von dem anderen Teil zu vertreten sind (BGHZ 48, 78). Aus einer derartigen Behinderung können sich nach § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B Ersatzansprüche für Schäden der verschiedensten Art ergeben, und zwar für beide Vertragsteile. Im vorliegenden Fall ist nicht zu entscheiden, wann allgemein ein auf § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gestützter Anspruch verjährt. Zu erörtern ist vielmehr nur die Verjährung eines Anspruchs, den der Auftragnehmer daraus herleitet, daß er infolge einer vom

Auftraggeber zu vertretenden Behinderung die Arbeiten hat verschieben und verlängern müssen und dadurch Mehraufwendungen gehabt hat. Es fragt sich, ob es sich dabei um den Anspruch eines Handwerkers "für Ausführung von Arbeiten" handelt, der nach § 196 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 BGB in zwei bzw. vier Jahren verjährt.

2. Diese Verjährungsfrist gilt nicht nur für den ursprünglichen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung. Sie gilt auch, wenn Schadensersatz verlangt wird, weil der Vergütungsanspruch nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt wird (RGZ 61, 390 f; BGH MDR 1959, 910; BAG AP Nr. 6 zu § 322 ZPO). Sie kommt auch dann in Betracht, wenn in Fällen der positiven Vertragsverletzung (RG DR 1939, 165; BGH VII ZR 414/56 vom 8. Juli 1957) oder des Verschuldens bei Vertragsschluß (BGH Betrieb 1968, 129) ein Ersatzwert für den in kurzer Frist verjährenden Erfüllungsanspruch verlangt wird. Auch in diesen Fällen wird nämlich der Gegenwert für eine der in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB aufgeführten Leistungen beansprucht. Ansprüche mit diesem Inhalt verjähren ferner dann nach § 196 BGB, wenn sie auf Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung gestützt sind (BGHZ 32, 12, 15; 48, 125, 127). Es kommt also nicht auf die Rechtsgrundlage, sondern auf den Inhalt des Anspruchs an.

3. Demgemäß muß § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch für einen auf § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gestützten Anspruch gelten, wenn mit ihm der Gegenwert für die vom Auftragnehmer geleisteten Arbeiten und die damit verbundenen Auslagen verlangt wird. Das ist hier der Fall. Die Mehraufwendungen, die der Kläger geltend macht, sind durch die Ausführung der vertraglichen Arbeiten entstanden. Wenn er hierfür Schadensersatz fordert, so erhebt er in Wirklichkeit einen Anspruch für Ausführung

dieser Arbeiten, allerdings nicht den Anspruch auf die ursprünglich vereinbarte, sondern den auf eine zusätzliche, aber wegen der Behinderung und der daraus folgenden Mehraufwendungen angemessene Vergütung. Auch diese zusätzliche Vergütung bemißt sich nach der - unter erschwerten Umständen - erbrachten Leistung des Auftragnehmers und stellt ein Äquivalent für die Bauleistung dar. Es ist deshalb gerechtfertigt, die eingeklagten Ansprüche, was die Verjährung angeht, wie die in § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB genannten Ansprüche für Ausführung von Arbeiten zu behandeln.

4. Dafür sprechen auch folgende Erwägungen:

Ein Anspruch auf einen Ausgleich für Mehraufwendungen könnte auch nach § 2 Nr. 5 VOB/B in Betracht. Hiernach ist, wenn durch Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises geändert werden, ein neuer Preis zu vereinbaren; die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden. Zu den Anordnungen i.S. dieser Bestimmung gehören auch solche über die Bauzeit und über den Beginn der Ausführung (Ingenstau-Korbion VOB 4. Aufl. Teil B § 2 Rdz. 77; Hereth-Ludwig-Naschold VOB § 2 Ez 91). Im vorliegenden Falle haben die Parteien über einen "neuen Preis", der die Mehraufwendungen durch die zeitliche Verschiebung berücksichtigen sollte, verhandelt, sind aber nicht einig geworden. Kommt die in § 2 Nr. 5 VOB/B erwähnte Vereinbarung nicht zustande, so hat das Gericht über den neuen Preis zu entscheiden (BGH VII ZR 223/62 vom 1. Oktober 1964). § 2 Nr. 5 Satz 2 VOB/B, wonach die Vereinbarung vor der Ausführung getroffen werden soll, ist nur eine Sollvorschrift; wird sie nicht beobachtet, so hindert das die Entstehung des Anspruchs auf den neuen Preis nicht (Ingenstau-Korbion § 2 Rdz. 79; Hereth-Ludwig-Naschold § 2 Ez 93; Schmidt, MDR 1966, 885, 888).

Daß der Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B ein Anspruch "für Ausführung von Arbeiten" i.S. des § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist, ist nicht zweifelhaft. Dann ist es auch berechtigt, einen Anspruch, der zwar aus § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B hergeleitet wird, aber auch auf Ausgleich der Mehraufwendungen durch die Bauarbeiten gerichtet ist und sich deshalb weitgehend mit dem Anspruch aus § 2 Nr. 5 VOB/B decken wird, derselben Verjährungsfrist zu unterwerfen.

5. Mit dem Anspruch auf die eigentlichen Mehraufwendungen verjähren auch die Ansprüche auf Ersatz von Auslagen i.S. des § 196 Abs. 1 Nr. 1 und auf die vom Hauptanspruch abhängenden Nebenleistungen i.S. des § 224 BGB.

6. Die vom Berufungsgericht gegen eine kurze Verjährung angeführten Erwägungen überzeugen nicht.

a) Es ist nicht entscheidend, ob § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B die schuldhafte Verletzung einer Nebenpflicht regelt und der dort normierte Anspruch sich einem solchen aus positiver Vertragsverletzung nähert. Auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung können wie schon gesagt ausnahmsweise in der kurzen Frist des § 196 BGB verjähren, sofern sie sich nämlich auf die Gegenleistung für die Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten usw. beziehen und gerade auf den Gegenwert hierfür gerichtet sind (RG DR 1939, 165; BGH VII ZR 414/56 vom 8. Juli 1957); das räumt auch das Berufungsgericht ein (S. 18 unten BU). Ein derartiger Gegenwert wird aber hier wie ausgeführt beansprucht.

b) Ein Anspruch auf Vertragsstrafe steht dagegen hier nicht zur Erörterung. Es kommt daher nicht auf die verjährungsrechtliche Behandlung eines solchen Anspruchs in Rechtsprechung und Schrifttum an.

c) Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in AP Nr. 1 zu § 196 BGB besagt nichts zugunsten der Ansicht des Berufungsgerichts. Es handelte sich dort um den Schadensersatzanspruch eines Arbeitgebers gegen seinen Arbeitnehmer, der Unterschlagungen begangen hatte. In diesem Falle war natürlich an eine entsprechende Anwendung des § 196 BGB nicht zu denken.

d) Auch aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verjährung von Ansprüchen des Bestellers aus positiver Vertragsverletzung beim Werkvertrag (u.a. BGHZ 35, 130) kann nichts Entscheidendes gegen die Anwendung der Frist des § 196 BGB im vorliegenden Fall hergeleitet werden. Ansprüche des Unternehmers und des Bestellers verjähren auch im übrigen in verschiedenen Fristen. Deshalb besagt es nichts, daß ein Anspruch des Auftraggebers aus § 6 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B in 30 Jahren verjähren mag. Auch die Ansprüche des Auftragnehmers fallen nach dem hier eingenommenen Standpunkt nicht schlechthin unter § 196 BGB, sondern nur, soweit mit ihnen eine Gegenleistung "für Ausführung von Arbeiten" geltend gemacht wird.

e) Es ist zwar richtig, daß in den Motiven zum BGB (Bd. I S. 297) als Grund für die kurze Verjährung angegeben ist, bei Geschäften des täglichen Lebens würden Belege oft nicht erteilt oder doch nicht längere Zeit aufbewahrt. Das Berufungsgericht legt jedoch zu Unrecht Gewicht darauf, daß hier kein Geschäft des täglichen Lebens, sondern ein umfangreicher Auftrag mit hoher Vergütung vorliege und bei der Oberfinanzdirektion alle Unterlagen und Belege gesammelt worden seien. § 196 Abs. 1 Nr. 1 BGB stellt eindeutig nicht darauf ab, welche Höhe die Ansprüche erreichen und ob im Einzelfall Belege vorhanden sind oder nicht (vgl. BGHZ 48, 125, 128).

III.

Entgegen der Meinung des Berufungsgerichts ist demnach § 196 BGB anzuwenden. Jedoch kann der Senat noch nicht abschließend entscheiden, ob die eingeklagten Ansprüche verjährt sind. Die Parteien streiten über verschiedene Punkte, zu denen das Berufungsgericht von seinem Standpunkt aus sich nicht zu äußern brauchte, die aber nun einer tatrichterlichen Würdigung bedürfen.

1. Der Kläger hat sich hilfsweise darauf berufen, es gelte die Frist von vier Jahren (§ 196 Abs. 2 BGB), weil er seine Leistung für einen Gewerbebetrieb der Beklagten erbracht habe, nämlich für die aus 468 Wohnungen bestehende Siedlung S. [REDACTED]. Diese bringe der Beklagten monatlich mehr als 180.000 DM Mietzins ein; zur Verwaltung der Siedlung habe die Beklagte ein besonderes Wohnungsamt eingerichtet (S. 11 BU). Die Siedlung sei ein auf die Erzielung von Gewinn gerichteter Betrieb (S. 8 des Schriftsatzes vom 5. Juli 1966).

2. Wenn die 4-jährige Frist gilt, kann es auf das Vorbringen des Klägers ankommen, die Beklagte habe am 21. April 1959 die Ansprüche des Klägers dem Grunde nach anerkannt und dadurch sei die Verjährung unterbrochen worden (u.a. S. 5 ff des Schriftsatzes vom 21. Februar 1967).

3. Schließlich kann es noch auf das umfangreiche Vorbringen des Klägers zu der Frage ankommen, ob die Erhebung der Verjährungseinrede eine unzulässige Rechtsausübung darstellt.

Aus diesen Gründen ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer