

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ 194, 203 Abs. 2, 242 Gb, 249 Fa, 276 Hc;
EGBGB Art. 169 Abs. 2

- a) Zur Abwehr der Verjährungseinrede mit einem Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung.
- b) Der Umstand, daß der Architektenvertrag erst in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich als Werkvertrag behandelt wird und demgemäß für Ansprüche wegen mangelhaften Architektenwerks die kürzere Verjährungsfrist des § 638 BGB eingreift, während nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts die für Ansprüche aus Dienstvertrag geltende Verjährungsfrist von 30 Jahren maßgebend war, ist für den Ablauf der Verjährung solcher Ansprüche, die vor der Änderung der Rechtsprechung entstanden sind, ohne Bedeutung; für diese Ansprüche gilt die nach der neueren Rechtsprechung maßgebende kurze Verjährungsfrist.

BGH, Urt. vom 6. Februar 1964 - VII ZR 99/62 - OLG Hamm (Westf.)
- LG Siegen

VII ZR 99/62

Verkündet
am 6. Februar 1964
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Firma J. Ch[REDACTED] jr. KG, Düngemittelgroßhandlung,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter,
Kaufmann Rudolf Ch[REDACTED], T[REDACTED], C[REDACTED]str. [REDACTED],

Klägerin und Berufungsklägerin,

Streithelfer und Revisionskläger: Rechtsanwalt und Notar
Dr. [REDACTED], [REDACTED] / [REDACTED]. [REDACTED]. [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Architekten Hans B [REDACTED] in N[REDACTED]/S[REDACTED],
G[REDACTED]str.,

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 6. Februar 1964 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Streithelfers wird das
Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Hamm (Westf.) vom 28. März 1962 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht eine ihre von der Firma Friedrich K. Nachf. & Co. in N. abgetretene Forderung geltend.

Die Firma K. beauftragte im Jahre 1953 den Beklagten mit der Planung eines Lagergebäudes und der Anfertigung der statischen Berechnung für die Kellerdecke. Ob dem Beklagten auch die Bauleitung übertragen worden ist, ist streitig.

Die Bauarbeiten wurden von der Firma D. ausgeführt. Nach der ersten Belastung, noch während der Bauarbeiten, stürzte die Kellerdecke am 23.9.1953 ein. Die Firma K. und D. sowie der Beklagte vereinbarten am 23.10.1953, die Decke wieder herzustellen und die Bauarbeiten fortzusetzen. Wegen der Bezahlung des der Firma K. durch den Deckeneinsturz entstandenen Schadens sollte zur Vermeidung eines Rechtsstreits eine außergerichtliche Einigung unter Hinzuziehung eines Sachverständigen versucht werden. Als Gutachter wurde Baumeister V. beauftragt. V. starb aber, noch ehe er das Gutachten erstattet hatte.

Die Firma D. hat ihre Werklohnforderung gegen die Firma K. in zwei Prozessen geltend gemacht, im Rechtsstreit 6 b C 1637/54 des Amtsgerichts Siegen durch Vollstreckungsgegenklage und im Rechtsstreit 3 O 24/57 des Landgerichts Siegen durch Klage. Im Prozeß über die Vollstreckungsgegenklage ist die Firma K. unterlegen, nachdem zwei Sachverständige bekundet hatten, die statische Berechnung der Kellerdecke sei fehlerhaft und für den Einsturz ursächlich. Der Rechtsstreit über die Zahlungsklage wurde im zweiten Rechtszug durch einen Vergleich beendet, in dem sich die Firma K. verpflichtete, der Firma D. 6.000 DM zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tra-

gen. In beiden Prozessen hat die Firma K[REDACTED] gegen Ende des Verfahrens einen Schriftsatz eingereicht, der eine Streitverkündung an den Beklagten enthält. Im ersten Prozeß wurde die Streitverkündung nicht mehr zugestellt, im zweiten erst nach Abschluß des Vergleichs.

Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der der Firma K[REDACTED] durch den Deckeneinsturz entstanden ist. Sie hat vorgetragen, der Beklagte habe den Einsturz durch eine unrichtige statische Berechnung verursacht und verschuldet. Für den Wiederaufbau habe die Firma K[REDACTED]

- a) 5.614,09 DM an die Firma D[REDACTED] zahlen,
- b) eigenes Material im Werte von 6.708,15 DM aufwenden müssen.

Die Klägerin hat zunächst 6.100 DM eingeklagt; die Summe setzt sich zusammen aus dem zu a) genannten Betrag und aus einem Teilbetrag von 485,91 DM des Postens zu b).

Dann hat die Klägerin die Klage um einen weiteren Teilbetrag von 3.900 DM des Postens b), also auf 10.000 DM (nebst Zinsen), erhöht. Die 3.900 DM hat sie hilfsweise auch deshalb verlangt, weil der Beklagte die Firma K[REDACTED] in den Prozessen mit der Firma D[REDACTED] unrichtig beraten habe und deshalb die 4.802,18 DM betragenden Prozeßkosten erstatten müsse.

Der Beklagte hat bestritten, daß seine statische Berechnung fehlerhaft und für den Einsturz der Decken ursächlich gewesen sei. Er hat auch die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage in Höhe von 6.100 DM nebst Zinsen abgewiesen mit der Begründung, daß der eingeklagte Anspruch insoweit verjährt sei. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils hat die Klägerin dem Rechtsanwalt und Notar Dr. [REDACTED] in [REDACTED] den Streit verkündet und erklärt, sie werde ihn, wenn ihre Klage wegen Verjährung abgewiesen werde, auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, weil er nicht für rechtzeitige Erhebung der Klage gegen den Beklagten gesorgt habe.

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] hat Revision eingelegt und ist zugleich der Klägerin als Streithelfer beigetreten. Er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 6.100 DM nebst Zinsen an die Klägerin zu zahlen. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Gegen die Zulässigkeit der Nebenintervention und der Revision bestehen keine Bedenken.

II.

Das Oberlandesgericht führt aus, der eingeklagte Anspruch sei verjährt. Es handele sich um einen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB, dessen Verjährung sich nach § 638 BGB bestimme. Die Verjährungsfrist betrage 5 Jahre, weil Ansprüche wegen mangelhafter statischer Berechnung geltend gemacht würden und diese Leistung zu den "Arbeiten an einem Bauwerk" gehöre.

Das Oberlandesgericht nimmt an, daß die Verjährung spätestens am 24. August 1959 eingetreten ist. Die Klage ist am 11. Januar 1960 eingereicht worden.

III.

1. Das Oberlandesgericht meint, die Verjährung habe mit dem Einsturz der Decke am 23. September 1953 begonnen. Grundsätzlich beginne sie mit der Abnahme. Die statische Berechnung sei aber nicht abgenommen worden. Eine Abnahme liege nicht darin, daß die Firma K. die Berechnung dem Bauamt eingereicht habe. Als die Decke eingestürzt sei, sei ihr Mangel offenkundig geworden; in diesem Augenblick sei die Abnahme abgelehnt und habe die Verjährung begonnen.

2. Wann die Verjährung begonnen hat, ist zweifelhaft.

a) Wenn der Beklagte nur die Planung und statische Berechnung übernommen hat, so kann die Abnahme entgegen der Meinung des Berufungsgerichts darin gesehen werden, daß die Firma K. Pläne und Berechnung als vertragsmäßige Leistung entgegennahm (vgl. BGHZ 37, 341, 345 f). Die Klägerin ist aber nicht dadurch beschwert, daß das Berufungsgericht die Abnahme und damit den Beginn der Verjährungsfrist nicht auf einen früheren Zeitpunkt verlegt hat.

b) Indessen ist der Umfang der vom Beklagten übernommenen Leistungen streitig, und das Berufungsgericht hat dazu nicht Stellung genommen. Die Klägerin hat behauptet, der Beklagte habe auch die Oberleitung und die örtliche Bauaufsicht übernommen; der Beklagte hat das bestritten (vgl. das Protokoll vom 8.12.1961). Immerhin hat er eingeräumt, daß er auch die Bauarbeiten auszuschreiben hatte und daß ihm auch gesagt worden ist, er "möge schon mal bei den Arbeiten sehen" (S. 1 des Schriftsatzes vom 15. Februar 1960, S. 1 des Schriftsatzes vom 21. März 1960). Ferner ergibt

sich aus seinem Schriftsatz vom 21. März 1960 (S. 2), daß er auch nach dem Einsturz der Decke noch tätig gewesen ist und jedenfalls die Neuherstellung der Decke als Bauführer überwacht hat.

c) Grundsätzlich kommt die Abnahme des Architektenwerks erst in Betracht, wenn der Architekt alle von ihm vertraglich übernommenen Arbeiten abgeschlossen hat (Urteil des erkennenden Senats VII ZR 88/62 vom 30. Dezember 1963, zur Veröffentlichung bestimmt). Allerdings ist eine Teilabnahme denkbar, wenn der Bauherr einen dahingehenden Willen bekundet (vgl. das Urteil vom 30. Dezember 1963).

Wenn der Beklagte auch die Oberleitung und die örtliche Bauaufsicht übernommen hatte und diese, wie es nach dem Vorbringen der Parteien möglicherweise der Fall ist, auf Grund des ursprünglichen Vertrages auch nach dem Deckeneinsturz noch ausgeübt hat, so kann die Abnahme des gesamten Architektenwerks und damit der Beginn der Verjährung auch für den hier erhobenen Anspruch später liegen, als es das Berufungsgericht angenommen hat; möglicherweise war dann die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen, als die Klage eingereicht wurde. Diese Frage muß das Berufungsgericht noch prüfen, und schon deshalb muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden.

IV.

Aber auch dann, wenn das Berufungsgericht den Beginn der Verjährung richtig beurteilt hat, bestehen Bedenken gegen seine Entscheidung.

Zwar bemißt das Berufungsgericht die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des Schadens, der durch die angeblich mangelhafte statische Berechnung und den auf

ihr beruhenden Einsturz entstanden ist, zutreffend auf 5 Jahre. Das gilt unabhängig davon, ob der Beklagte nur die Pläne und die statische Berechnung zu liefern hatte oder ob er auch mit der Bauleitung befaßt war (BGHZ 32, 206; 37, 341). Die mit der Klage geltend gemachten Schäden - die Kosten des Wiederaufbaus - sind Schäden, die mit den Mängeln des Werks, auch denen des Architektenwerks, eng und unmittelbar zusammenhängen und deshalb nur einen Ersatzanspruch nach § 635 BGB begründen (BGHZ 37, 344), dessen Verjährung in § 638 BGB geregelt ist. Um Schäden, die einen erst in 30 Jahren verjährenden Anspruch aus positiver Vertragsverletzung begründen, handelt es sich nicht. Das zweifelt auch die Revision nicht an.

V.

Gleichwohl legt sie Gewicht darauf, daß der Beklagte nicht nur - durch die unrichtige statische Berechnung - ein mangelhaftes Werk hergestellt, sondern daneben eine positive Vertragsverletzung begangen habe. Diese erblickt die Revision darin, daß der Beklagte der Firma K. falschen technischen Rat erteilt und sie dadurch dazu gedrängt habe, die Prozesse gegen die Firma D. anzustrengen und durchzuführen, obwohl er selbst nach den Sachverständigen-gutachten allein den Deckeneinsturz durch seine unrichtige statische Berechnung verschuldet habe. Bei pflichtgemäßer rechtzeitiger Klärung der Sachlage durch den Beklagten würde die Firma K. so macht die Revision geltend, alsbald gegen ihn vorgegangen sein, und eine Verjährung wäre dann nicht eingetreten. Die Revision meint weiter, die auf Grund der falschen Beratung gegebene Schadensersatzpflicht des Beklagten habe nach § 249 BGB zur Folge, daß er den gegen ihn bestehenden Anspruch aus § 635 BGB als unverjährt gelten lassen müsse. Sie rügt, das Berufungsgericht habe diesen rechtlichen Gesichtspunkt und ihr tatsächliches Vorbringen über die schuldhafte falsche Beratung seitens des Beklagten nicht beachtet.

Die Rüge hat Erfolg. Allerdings hat die Klägerin in den Vorinstanzen nicht darauf hingewiesen, daß die Verjährungseinrede des Beklagten mit Hilfe eines Schadensersatzanspruchs aus positiver Vertragsverletzung zu Fall gebracht werden könne. Als Schadensersatz aus positiver Vertragsverletzung hat sie vielmehr (hilfsweise) die Erstattung der Kosten der Prozesse gegen die Firma D. begehrt; dieser Anspruch war nicht Gegenstand des Teilurteils des Landgerichts und des Berufungsverfahrens. Jedoch hatte sie wiederholt behauptet, daß der Beklagte die Firma K. schuldhaft falsch beraten und sie dadurch zu den Prozessen gegen die Firma D. und zur Einlegung aussichtsloser Berufungen in diesen Prozessen veranlaßt habe; sie hatte auch behauptet, daß der Beklagte durch dieses Verhalten die Firma K. abgehalten habe, rechtzeitig gegen ihn selbst vorzugehen (vgl. u.a. den Schriftsatz vom 15. März 1962). Rechtlich hat sie daraus allerdings nur hergeleitet, daß die Verjährung gehemmt gewesen sei und daß die Erhebung der Verjährungseinrede eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Das ist jedoch unschädlich; wenn ihr Tatsachenvortrag geeignet war, aus positiver Vertragsverletzung einen Schadensersatzanspruch aufzuzeigen, der dahin ging, daß der aus dem mangelhaften Architektenwerk, der unrichtigen statischen Berechnung, hergeleitete Anspruch als unverjährt zu behandeln sei, so genügte das, auch wenn die Klägerin auf diesen rechtlichen Gesichtspunkt nicht ausdrücklich hinwies.

Zur Begründung eines solchen Schadensersatzanspruchs war das Vorbringen der Klägerin geeignet. Das Berufungsgericht nimmt selbst an, daß der Beklagte - aus dem Architektenvertrag - verpflichtet war, die Firma K. hinsichtlich der Durchsetzung ihrer Ansprüche gegen die Firma D. zu beraten; für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß eine solche Verpflichtung bestand. Daß der Beklagte die Firma K. schuldhaft falsch beraten habe, war von der Klägerin

geltend gemacht worden. Der etwaige Anspruch auf Schadensersatz wegen der falschen Beratung ist ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, nicht ein solcher aus § 635 BGB. Das gilt auch, wenn die Beratungspflicht mit dem Berufungsgericht aus dem Architektenvertrag selbst hergeleitet wird. Denn diese Pflicht betraf nicht die Herstellung des geschuldeten Architektenwerks, und ihre Verletzung führte nicht zu einem Mangel dieses Werks. Es handelt sich vielmehr nur um eine Nebenverpflichtung aus dem Architektenvertrag. Ansprüche, die durch deren Verletzung begründet werden, unterliegen nicht der für Mängelansprüche in § 638 BGB bestimmten kurzen Verjährung (vgl. Nachschlagewerk des Reichsgerichts Nr. 5 und 45 zu § 638 BGB).

Die Ansicht der Revision, daß eine positive Vertragsverletzung durch falsche Beratung, durch die der Verpflichtete den Eintritt der Verjährung des gegen ihn selbst bestehenden Anspruchs herbeigeführt hat, einen Schadensersatzanspruch dergestalt begründet, daß die Verjährung als nicht eingetreten gilt, ist zu billigen (vgl. RGZ 158, 130, 136 f). Es ist auch nicht auszuschließen, daß die von der Klägerin behauptete falsche Beratung den Eintritt der Verjährung verursacht hat. Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß auch nach dem für die Firma K. ungünstigen Ausgang der Prozesse gegen die Firma D. noch mehr als ein Jahr vergangen ist, ehe die Klage gegen den Beklagten eingereicht wurde. Dieser Umstand wird für die Frage bedeutsam sein, ob die Klägerin oder die Firma K. den Eintritt der Verjährung nicht durch eigenes Verschulden mitverursacht haben (§ 254 BGB). Das zu prüfen, ist auch dann geboten, wenn berücksichtigt wird, daß nach Beendigung der Prozesse gegen die Firma D. zunächst noch Vergleichsverhandlungen geführt worden sind.

Da aber das Berufungsgericht überhaupt nicht erörtert hat, ob die Verjährungseinrede mit einem Schadensersatzan-

spruch aus positiver Vertragsverletzung abgewehrt werden kann, muß das angefochtene Urteil auch aus diesem Grunde aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

VI.

Die weiteren Revisionsangriffe hätten das angefochtene Urteil nicht zu Fall bringen können.

1. Das Berufungsgericht verneint eine Unterbrechung der Verjährung durch die Streitverkündungen zutreffend im Hinblick auf die Vorschrift des § 215 Abs. 2 BGB.

2. Es nimmt an, daß die Verjährung zeitweilig nach § 639 Abs. 2 BGB gehemmt war. Am 23. Oktober 1953 haben nach seiner Feststellung die Firma K■■■■, die Firma D■■■■ und der Beklagte, damit eine außergerichtliche Einigung herbeigeführt werden könne, die Vereinbarung getroffen, daß ein Sachverständiger den für den Einsturz Verantwortlichen ermitteln solle. Damit haben sich, wie das Berufungsgericht ausführt, sowohl die Firma D■■■■ wie der Beklagte im Einvernehmen mit der Firma K■■■■ "der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels" unterzogen (vgl. § 639 Abs. 2 BGB).

Das Berufungsgericht meint jedoch, diese Vereinbarung sei spätestens am 24. August 1954 gegenstandslos geworden, als der erste Prozeß zwischen der Firma K■■■■ und der Firma D■■■■ anhängig geworden sei.

Die Klägerin hat dagegen geltend gemacht, daß die nach § 639 Abs. 2 BGB verjährungshemmende Vereinbarung vom 23. Oktober 1953 in der Folgezeit auch auf die Dauer des Prozesses zwischen D■■■■ und K■■■■ erstreckt worden sei.

Das Berufungsgericht verneint eine dahingehende Vereinbarung. Die Rügen, mit denen sich die Revision gegen diese tatrichterliche Feststellung wendet, hält der Senat für unbegründet. Er sieht davon ab, das näher darzulegen. Der Klägerin und dem Streithelfer bleibt unbenommen, in der neuen Verhandlung ihre Angriffe gegen die Würdigung des Berufungsgerichts vorzubringen.

3. Das Berufungsgericht verneint ferner, daß die Firma K[REDACTED] und der Beklagte sonstwie vereinbart hätten, der Beklagte solle solange nicht auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden, wie die Firma K[REDACTED] den Ersatz des Schadens von der Firma Denker zu erlangen versuchte.

Die Revision beruft sich demgegenüber auf die Rechtsprechung des III. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs. Dieser hat allerdings den Abschluß eines die Verjährung nach § 202 Abs. 1 BGB hemmenden "pactum de non petendo" darin gefunden, daß im Einvernehmen zwischen Schädiger und Geschädigten der Versuch gemacht wurde, den eingetretenen Schaden durch Inanspruchnahme eines Dritten zu beseitigen; es müsse dann als beiderseits gewollt angesehen werden, daß der Geschädigte, solange dieser Versuch andauere, den Schädiger nicht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen solle (VersR 1960, 273; LM Nr. 5 zu § 202 BGB).

Das Berufungsgericht erwägt unter Hinweis auf diese Urteile des Bundesgerichtshofs, ob auch im vorliegenden Falle vereinbart worden sei; daß für eine gewisse Zeit der Beklagte nicht verklagt werden solle, und damit ein sog. pactum de non petendo für die Dauer der Prozesse gegen die Firma De[REDACTED] abgeschlossen worden sei.

Maßgeblich für die Frage, ob auf diese Weise eine Hemmung der Verjährung nach § 202 Abs. 1 zustande kommt,

Ist, ob der Schuldner sich aus Rechtsgründen vorübergehend der Leistung entziehen kann (BGHZ 10, 310). Der Gläubiger muß sich also verpflichtet haben, den Schuldner vorübergehend nicht in Anspruch zu nehmen.

Die Feststellung, ob im Einzelfall der Gläubiger sich in dieser Weise gebunden hat, ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Berufungsgericht sieht sich nicht in der Lage, einen dahingehenden Willen der Klägerin und des Beklagten festzustellen.

Der erkennende Senat hält die hiergegen gerichteten Rügen der Revision im Ergebnis für unbegründet. Doch kann er auch zu diesem Punkt von einer näheren Erörterung absehen. Die Klägerin und die Streithelferin können in der neuen Verhandlung ihre Bedenken gegen die Würdigung des Berufungsgerichts vorbringen und auf eine andere Würdigung hinwirken.

4. Die Revision bittet zu prüfen, ob dem Ablauf der Verjährungsfrist nicht der Umstand entgegensteht, daß die Rechtsprechung über den Architektenvertrag sich geändert hat. Bevor der Bundesgerichtshof (BGHZ 31, 224) den Architektenvertrag als Werkvertrag behandelt habe, habe die Klägerin darauf vertrauen dürfen, daß die auf Dienstvertrag beruhenden Ansprüche erst in 30 Jahren verjährten.

Auch dieser Gesichtspunkt beeinflusst jedoch den Ablauf der Verjährungsfrist nicht.

a) Er hat überhaupt keine Bedeutung, sofern dem Beklagten nur die Planung und die statische Berechnung übertragen waren. Ein Vertrag dieses Inhalts ist schon in der Rechtsprechung des Reichsgerichts stets als Werkvertrag behandelt worden.

b) Aber auch im übrigen ist die Änderung der Rechtsprechung auf den Ablauf der Verjährung ohne Einfluß.

aa) Eine Hemmung nach § 203 Abs. 2 BGB kommt nicht in Betracht, wie der erkennende Senat bereits in dem Urteil VII ZR 233/61 vom 2. Mai 1963 entschieden hat. Dort ist darauf hingewiesen worden, daß auch vor der Entscheidung BGHZ 31, 224 die Auffassung, der Architektenvertrag sei Dienstvertrag, durchaus nicht einhellig und unbestritten war.

bb) Eine entsprechende Anwendung des Art. 169 Abs. 2 EGBGB ist nicht angängig. Die Änderung der Rechtsprechung kann einer gesetzlichen Änderung der Verjährungsfrist (vgl. dazu LM Nr. 1 zu Art. 169 EGBGB) jedenfalls dann nicht gleichgestellt werden, wenn auch vor Änderung der Rechtsprechung die Dauer der Verjährungsfrist zweifelhaft war.

cc) Die Erhebung der Verjährungseinrede verstößt auch nicht im Hinblick auf die geänderte Rechtsprechung gegen Treu und Glauben. Da über die Verjährungsfrist Zweifel bestanden, war es Sache der Klägerin, die Klage zu einem Zeitpunkt zu erheben, in dem die Verjährung auch dann noch unterbrochen wurde, wenn von der kürzeren Verjährungsfrist des § 638 BGB ausgegangen wurde. Trifft sie insoweit eigene Nachlässigkeit, so kann sie dem Beklagten kein treuwidriges Verhalten vorwerfen, wenn er sich auf Verjährung in der objektiv zutreffenden Frist beruft.

5. Das Berufungsgericht prüft schließlich noch, ob die Erhebung der Verjährungseinrede im Hinblick auf geführte Vergleichsverhandlungen gegen Treu und Glauben verstößt. Es verneint das, weil der Beklagte unstreitig am 4. September 1959 der Klägerin gegenüber jegliche Ersatzleistung abgelehnt habe; nunmehr habe die Klägerin in angemessener Frist

gegen den Beklagten klagen müssen; sie habe aber mehr als vier Monate gewartet, ehe sie die Klage eingereicht habe.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe den Streithelfer nicht darüber vernommen, daß die Vergleichsverhandlungen, wie im Schriftsatz vom 31. Oktober 1961 behauptet worden sei, bis zum 26. November 1959 fortgedauert hätten.

Die Rüge ist unbegründet. Die Klägerin hatte im ersten Rechtszug selbst vorgetragen, daß die Vergleichsverhandlungen nach dem letzten Schreiben des Rechtsanwalts L. vom 4. September 1959 gescheitert seien (vgl. S. 3 des Schriftsatzes vom 24. Mai 1960) und daß der Beklagte spätestens am 4. September 1959 jegliche Ersatzleistung endgültig abgelehnt habe (vgl. das Urteil des Landgerichts). Angesichts dieses Vortrags hätte es näherer Angaben darüber bedurft, wie und wann, durch welche Schreiben, Besprechungen usw. gleichwohl noch später Vergleichsverhandlungen geführt worden sein sollen. Die unsubstantiierte Behauptung im Schriftsatz vom 31. Oktober 1961 brauchte das Berufungsgericht nicht zu berücksichtigen.

Die Klägerin bezw. der Streithelfer können jedoch
ihr Vorbringen in der neuen Verhandlung noch ergänzen

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Finke