

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 135/76

URTEIL

Verkündet am

21. April 1977

Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Bauunternehmers Karl Friedrich S[REDACTED], H[REDACTED] Alter
U[REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Polizeibeamten Helmut Sa[REDACTED], W[REDACTED], Am Ha[REDACTED]-
[REDACTED],

Klägers, Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. April 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt und die Richter Dr. Girisch, Meise, Dr. Recken und Obenhaus

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 28. April 1976 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte führte im Jahre 1970 im Auftrag des Klägers Maurerarbeiten an dessen Wohnhaus in W■■■■, Am Ha■■■■, aus. Die Geltung der VOB/B war vereinbart. Die Verjährungsfrist für die Gewährleistung sollte sich jedoch nach dem BGB richten. Darüber, ob eine Leistung "vertragsgerecht und sachgemäß" ist, sollte ein Schiedsgutachter für beide Parteien verbindlich entscheiden. Die Kosten des Schiedsgutachtens sollte der unterliegende Teil tragen (Nr. 2.6 der Besonderen Vertragsbedingungen (BVB)).

Der Kläger zog im November 1970 in das Haus ein. Als bald danach zeigten sich Risse am Mauerwerk des

- 3 -

Hauses und der Garage. Der Beklagte bemühte sich mehrfach (fünf- bis sechsmal über einen längeren Zeitraum hinweg), jedoch erfolglos, die Risse zu beseitigen. Mit Schreiben seines Architekten vom 21. August 1973 erinnerte der Kläger den Beklagten an eine einige Wochen zuvor getroffene Vereinbarung, nach der ein Termin für eine erneute Baubesichtigung unter Teilnahme eines Sachbearbeiters für Bauschäden von der Ziegelei B. bestimmt werden sollte, und wies "nochmals" darauf hin, daß der Beklagte für die Schäden hafte. Auf spätere Schreiben des Klägers zur Mängelbeseitigung antwortete der Beklagte am 22. Oktober 1974 und 26. Februar 1975, jede Gewährleistung abzulehnen.

Der Kläger hat gegen den Beklagten 5.000 DM nebst Zinsen eingeklagt. Er hat vorgetragen, daß fehlerhafte Maurerarbeit des Beklagten für die Risse ursächlich sei und mindestens 5.000 DM zur Beseitigung der Mängel aufgewendet werden müßten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat der Kläger das Schiedsgutachten des Sachverständigen R. vom 3. Januar 1976 eingeholt und die Klage mit der am 11. Februar 1976 zugestellten Berufungsbegründung vom 9. Februar 1976 auf 7.511 DM nebst Zinsen erweitert. Der Beklagte hat sich auf Verjährung berufen, soweit die Klage um 2.511 DM erweitert worden ist. Das Oberlandesgericht hat der Klage - unter Abweisung einer Zinsmehrforderung - stattgegeben. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage nur noch in Höhe der erst mit der Berufung geltend gemachten 2.511 DM nebst Zinsen.



Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch des Klägers gegen den Beklagten wegen der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952) sowie der Kosten des Schiedsgutachtens gemäß Nr. 2.6 BVB.

Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wird auch von der Revision nicht angegriffen.

Von den jetzt noch streitigen 2.511 DM gehören 1.752 DM zu den Mängelbeseitigungskosten, die nach dem Schiedsgutachten voraussichtlich erforderlich, aber unstreitig noch nicht entstanden sind. Insoweit steht dem Kläger ein Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zu, der später abzurechnen ist (st.Rspr., vgl. u. a. BGHZ 47, 272; 66, 138).

Soweit das Berufungsgericht dem Kläger 759 DM für Kosten des Schiedsgutachtens zuerkennt, handelt es sich um den Ersatz erbrachter Aufwendungen. Dieser Anspruch ist nach Nr. 2.6 BVB begründet.

II. Das Berufungsgericht hält diese erstmals am 11. Februar 1976 mit der Berufung geltend gemachten Ansprüche auf Zahlung weiterer 2.511 DM für nicht verjährt.

Das allein greift die Revision an, jedoch im Ergebnis ohne Erfolg.

1. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, daß hier zunächst nicht die zweijährige Verjährungs-

frist des § 13 Nr. 4 VOB/B (1952) zum Zuge kommt, sondern die fünfjährige Frist gemäß § 638 BGB, weil die Parteien das vereinbart haben.

Keinen rechtlichen Bedenken begegnet auch die Würdigung des Berufungsgerichts, daß die Verjährungsfrist Anfang Dezember 1970 begonnen habe, weil die Parteien die Abnahme an den im November 1970 stattgefundenen Bezug des Hauses geknüpft hätten. Der damit festgestellte Verzicht der Parteien auf förmliche Abnahme führt dazu, daß die für den Verjährungsbeginn maßgebliche Abnahme (§ 13 Nr. 4 Satz 2 VOB/B (1952)) nach Ablauf von sechs Werktagen nach Beginn der Benutzung des Hauses als durchgeführt angesehen wird (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (1952)).

2. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Kläger habe mit Schreiben seines Architekten vom 21. August 1973 den Beklagten zur Mängelbeseitigung aufgefordert und dadurch gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (1952) die vereinbarte Verjährungsfrist von fünf Jahren erneut in Lauf gesetzt, so daß die verlängerte Frist bei gerichtlicher Geltendmachung der weiteren Zahlungsansprüche über 2.511 DM im Februar 1976 noch nicht abgelaufen gewesen sei.

Das greift die Revision zu Recht an.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats kann der Auftraggeber vor Ablauf der Verjährungsfrist durch eine an den Auftragnehmer gerichtete schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B (1952) einmal eine erneute Verjährungsfrist in

Lauf setzen (vgl. u. a. BGHZ 53, 122, 126; 58, 7, 10; 58, 332, 335; 59, 202, 204; 59, 323; 62, 293). Das hat der Senat in der vom Berufungsgericht erwähnten Entscheidung BGHZ 58, 7, 11, auch für die Fälle anerkannt, in denen die Parteien eine längere als die in § 13 Nr. 4 VOB/B (1952) vorgesehene Verjährungsfrist vereinbart haben. Dabei ist in jener Entscheidung noch offen geblieben, ob die in § 13 Nr. 4 VOB/B (1952) enthaltene Regelfrist oder die vereinbarte längere Verjährungsfrist mit dem Zugang der schriftlichen Aufforderung zu laufen beginnt (aaO S. 14). Diese Frage hat der Senat durch Urteil vom 18. März 1976 - VII ZR 35/75 (= BGHZ 66, 142) dahin beantwortet, daß auch in diesen Fällen die in § 13 Nr. 4 VOB/B (1952) enthaltene Regelfrist in Lauf gesetzt wird. Daran hält er fest.

3. Trotz dieses Fehlers im Berufungsurteil bleibt die Revision erfolglos.

Dabei kann unerörtert bleiben, ob hier die Verjährung des gesamten Anspruchs auf den zur Beseitigung der Risse im Mauerwerk erforderlichen Vorschuß sowie auf Ersatz der Gutachtenkosten durch Erhebung der zunächst auf Schadensersatz gestützten Klage unterbrochen worden ist (vgl. zur Klage auf Vorschußzahlung BGHZ 66, 138). Denn hier ist die Verjährung jedenfalls dadurch gehemmt worden, daß die Beklagte unstreitig die Risse untersucht und über einen längeren Zeitraum hinweg mehrfach (fünf- bis sechsmal) zu beseitigen versucht hat. Diese Hemmung ergibt sich aus § 639 Abs. 2 BGB, der, wie allgemein anerkannt ist, auch für die sich auf Mängelbeseitigung beziehenden Ansprüche nach § 13 Nr. 5 VOB/B (1952) gilt.

Ohne Bedeutung ist dabei, daß der Beklagte bei seinen Nachbesserungsversuchen ausdrücklich erklärt haben will, eine Rechtspflicht dazu nicht anzuerkennen und nur aus Gefälligkeit zu handeln. Nach Sinn und Zweck des § 639 Abs. 2 BGB kommt es nur auf das tatsächliche Bemühen um Mängelbeseitigung, nicht dagegen auf die diesem Bemühen zugrundeliegenden Beweggründe des Auftragnehmers an. Denn es geht darum, das zwischen den Parteien bestehende gute Verhältnis möglichst ungetrübt zu erhalten und den Auftraggeber nicht zu zwingen, durch Klageerhebung oder in ähnlicher Weise die Verjährung zu unterbrechen (vgl. BGHZ 48, 108, 111, 114).

Die Tatsachen, die hier zur Hemmung der Verjährung geführt haben, sind unstreitig. Sache des Beklagten war der Nachweis, daß und wann die Hemmung beendet worden ist (vgl. RG Gruchot 54, 938; Glanzmann in BGB-RGRK 12. Aufl. § 639 Rn. 23). Der Beklagte hätte also dartun und beweisen müssen, daß und wann er dem Kläger nach Beendigung seiner Nachbesserungsarbeiten das Ergebnis seiner Bemühungen mitgeteilt oder die Mängel als beseitigt erklärt habe, oder, daß und wann er die Mängelbeseitigung schon vor dem 9. Oktober 1974 abgelehnt habe. Das ist nicht geschehen.

Es ist daher nicht zu erkennen, daß die Verjährung trotz der Hemmung bereits am 11. Februar 1976 vollendet war, als der Kläger seine Klage um die weiteren 2.511 DM erweitert hat.

III. Nach alledem ist die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Vogt

Girisch

Meise

Recken

RiBGH Obenhaus ist im
Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.

Vogt