

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 191/75

URTEIL

Verkündet am
5. Mai 1977
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Paul K [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED], Be [REDACTED] [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Rudolf W [REDACTED] KG,
Hoch- und Tiefbau, F [REDACTED], Br [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Rudolf W [REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 1977 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Dr. Girisch, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Stuttgart vom 21. April 1975 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch Bauvertrag vom 14. Mai 1968 beauftragte der Kläger die Beklagte mit Bauarbeiten zur Errichtung eines Mietshauses; u.a. wurde die Geltung der VOB vereinbart.

Die Beklagte führte die Stahlbetondecken und -treppen in Abweichung von der behördlich genehmigten Statik und mit unzureichender Bewehrung aus. Der Kläger rügte letzteres wiederholt und lehnte mit Schreiben vom 2. April 1969 die Abnahme des Bauwerks ab, das am 1. April 1969

- 3 -

teilweise und im Mai 1969 im übrigen in Benutzung genommen wurde.

Im August 1969 klagte die Beklagte (damals: Klägerin) 55.198,30 DM restlichen Werklohn ein. Der Kläger (damals: Beklagter) hielt davon nur 10.968,45 DM für gerechtfertigt und machte u.a. Schadensersatzansprüche wegen Bewehrungsmängeln geltend. Das Landgericht wies am 19. Februar 1974 die Werklohnklage ab, weil die Schadensersatzforderung des Klägers die Werklohnforderung der Beklagten bei weitem übersteige. Das Urteil wurde rechtskräftig.

Mit der am 8. März 1974 eingereichten, am 12. März 1974 zugestellten jetzigen Klage hat der Kläger die Feststellung begehrt, daß die Beklagte, als Gesamtschuldnerin mit dem Architekten, dem Kläger allen über 10.968,45 DM hinausgehenden Schaden "aus nicht vertragsgerechter Erfüllung des Bauvertrages" zu ersetzen habe. Die Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Feststellungsklage wegen Verjährung abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag weiter.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe nach den Feststellungen im Vorprozeß die Stahlbewehrung in den Decken, Treppenläufen und Treppenpodesten nicht ordnungsgemäß ausgeführt, so daß Standsicherheit und Tragfähigkeit des Gebäudes nicht im erforderlichen Umfang gegeben seien. Die Gewährleistung und deren Verjährung hätten die Parteien im Bauvertrag den Bestimmungen des § 13 VOB/B unterstellt. Die Verjährungsfrist habe somit zwei Jahre betragen. Sie habe spätestens im August 1969 zu laufen begonnen.

Gegen diese Feststellungen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

1. Zu Recht hält das Berufungsgericht hier § 13 VOB/B (1952) für maßgeblich. Die Parteien haben im Bauvertrag selbst unter Nr. XI. ausdrücklich vereinbart, daß für Haftung und Abnahme die Bestimmungen der VOB und als Verjährungsfristen die des § 13 VOB/B gelten. Die dem Leistungsverzeichnis beigefügten "Allgemeinen Bestimmungen" stehen dem nicht entgegen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Die im Vertrag selbst enthaltene Vereinbarung geht den "Allgemeinen Bestimmungen" vor (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB (7.) B § 1 Rn. 10). Es kann daher dahinstehen, ob den "Allgemeinen Bestimmungen" überhaupt eine von der VOB abweichende Regelung der Verjährung entnommen werden könnte. Den Beweis für eine vom schriftlichen Vertrag abweichende mündliche Vereinbarung einer

längeren Verjährungsfrist ist der Kläger schuldig geblieben.

2. Der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Bewehrungsmängel folgt aus § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B und verjährt in zwei Jahren gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B. Die Voraussetzungen für die Geltung einer längeren Frist nach § 13 Nr. 7 Abs. 3 VOB/B sind hier nicht gegeben. Der Mangel ist dem Kläger auch nicht arglistig verschwiegen worden. Er hat ihn bereits vor Abnahme gerügt.

Der im Vorprozeß hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Verzugsschaden wegen Überschreitung der Bauzeit ist - wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt (20 BU) - nicht Gegenstand der jetzigen Feststellungsklage. Der Feststellungsantrag ist insofern zu weit gefaßt. In Wahrheit beschränkt er sich auf die Feststellung von Schadensersatzansprüchen wegen der geltend gemachten Mängel.

3. Das Berufungsgericht geht auch richtig davon aus, daß das von der Beklagten erbrachte Werk als spätestens im August 1969 abgenommen zu gelten hat, falls nicht der Kläger bereits mit Schreiben vom 2. April 1969 die Abnahme endgültig verweigert hat (vgl. BGH NJW 1970, 421, 422). Die Gewährleistungsfrist endete somit spätestens im August 1971, wenn sie nicht vorher unterbrochen wurde.

II.

Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Verjährungsfrist sei hier nicht durch Aufforderung zur Mängelbeseitigung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B unterbrochen worden, weil das erste Aufforderungsschreiben vom 4. Februar 1969 der Beklagten bereits vor Beginn der Verjährungsfrist zugegangen sei und eine spätere wiederholte Aufforderung eine Fristverlängerung nicht mehr habe bewirken können. Eine Unterbrechung der Verjährung sei auch nicht dadurch eingetreten, daß der Kläger seinen Schadensersatzanspruch im Vorprozeß geltend gemacht habe; er habe damit nicht aufgerechnet. Schließlich sei die Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Klägers nicht durch Vergleichsverhandlungen vor Fristablauf gehemmt worden.

Diese Ausführungen greift die Revision mit Erfolg an.

1. § 13 VOB/B betrifft Ansprüche des Auftraggebers nach der Abnahme. Für Beanstandungen vor der Abnahme gilt § 4 Nr. 7 VOB/B. Daher kommen für eine Unterbrechung der Verjährung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B nur solche schriftliche Aufforderungen in Betracht, die dem Auftragnehmer nach der Abnahme innerhalb der Verjährungsfrist zugehen. Von solchen Aufforderungen vermag allerdings nur die erste die Verjährung zu unterbrechen (RGHZ 58, 7, 10; 62, 293, 294 mit weiteren Nachweisen). Das der Beklagten vor der Abnahme oder der endgültigen Abnahmeverweigerung zugegangene Schreiben des Klägers vom 4. Februar 1969 muß daher außer Betracht bleiben. Da der Kläger in der Berufungsbegründung unwidersprochen vorgetragen hat, hat er erstmals mit Schreiben vom

20. Februar 1971 (GA II 124) die Verjährung unterbrochen. Die Gewährleistungsfrist ist daher bis zum 20. Februar 1973 verlängert worden. Vor Ablauf der Verjährungsfrist hatten aber bereits Vergleichsverhandlungen der Parteien eingesetzt, wie der unstreitige Inhalt der Vorprozeßakten ergibt und im folgenden im einzelnen ausgeführt ist. Die Annahme des Berufungsgerichts (S. 22 BU), bei Beginn der Vergleichsverhandlungen seien die Gewährleistungsansprüche des Klägers bereits verjährt gewesen, ist daher rechtsirrig und zwingt zur Aufhebung des Berufungsurteils.

2. Nachdem das Landgericht im Vorprozeß die Einholung eines Sachverständigengutachtens beschlossen und der Sachverständige Dr. H. sich dazu vorläufig geäußert hatte, traten die Parteien auf Anregung des Gerichts im Dezember 1971 in Vergleichsverhandlungen. Am 8. Februar 1972 schlossen sie einen Vergleich, den der jetzige Kläger am 18. Februar 1972 widerrief. Das Landgericht ordnete darauf am 25. April 1972 die Durchführung der Beweisaufnahme an. Am 15. März 1973 nahm der Sachverständige in Anwesenheit der Parteien eine Ortsbesichtigung vor. Sein Gutachten vom 28. Mai 1973 ging den Parteien Anfang Juni 1973 zu. Im nächsten Verhandlungstermin am 9. Oktober 1973, zu dem auch der Sachverständige zwecks Erläuterung seines Gutachtens geladen war, erklärten die Parteien sich zu weiteren außergerichtlichen Vergleichsverhandlungen bereit. Im folgenden Verhandlungstermin vom 18. Dezember 1973 äußerte die jetzige Beklagte, die Vergleichsverhandlungen seien noch nicht gescheitert. Erst in der letzten mündlichen Verhandlung vom 22. Januar 1974 waren die Vergleichsbemühungen ersichtlich gescheitert.

Die Parteien stellten wiederum ihre widerstreitenden Anträge. Am 19. Februar 1974 wies das Landgericht die Werklohnklage ab. Das Urteil mit Gründen wurde den Parteien vom Gericht am 21. Februar 1974 übersandt. Im Parteibetrieb stellte es der jetzige Kläger der jetzigen Beklagten am 4. März 1974 zu und reichte am 8. März die jetzige Feststellungsklage ein.

Die Vergleichsverhandlungen der Parteien haben also praktisch vom Dezember 1971 bis Januar 1974 gedauert. Sie wurden durch den Widerruf des Vergleichs im Februar 1972 nicht endgültig beendet, sondern blieben in der Schwebe. Beide Parteien wollten, wie sich aus ihrem späteren Verhalten ergibt, nach dem Widerruf des Vergleichs vom 8. Februar 1972 zunächst das Sachverständigengutachten abwarten. Nach dessen Eingang und Erörterung nahmen sie die noch "schwebenden" Vergleichsverhandlungen alsbald wieder auf und führten sie bis Januar 1974 fort.

Bei diesem Sachverhalt ist, wenn und soweit eine Unterbrechung der Verjährung durch Aufrechnung (§ 209 Abs. 2 Nr. 3 BGB) im Vorprozeß nicht stattgefunden hat und trotz etwaiger zwischenzeitlicher Hemmung der Verjährung die Verjährungsfrist bei Klageeinreichung abgelaufen war, der Beklagten hier jedenfalls die Berufung auf die Einrede der Verjährung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) versagt.

Der zwischen dem endgültigen Scheitern der Vergleichsbemühungen am 22. Januar 1974 und der Klageerhebung am 8. März 1974 liegende Zeitraum ist nicht so groß, daß dem Kläger der Einwand unzulässiger Rechtsausübung gegenüber

der Verjährungseinrede zu versagen wäre. Nach mehr als zweijährigen Vergleichsverhandlungen und mit Rücksicht auf die Schwierigkeiten der Sach- und Rechtslage kann hier eine Überlegungsfrist von etwa 6 Wochen nicht als unangemessen lang angesehen werden, wie der Senat bereits in einem vergleichbaren Fall entschieden hat (vgl. Urteil vom 25. September 1975 - VII ZR 179/73 = WM 1975, 1201, 1203, mit weiteren Nachweisen - in BGHZ 65, 107 insoweit nicht abgedruckt). Hier kommt hinzu, daß der Kläger - für die Beklagte erkennbar - ein berechtigtes Interesse daran hatte, das Urteil des Landgerichts im Vorprozeß abzuwarten, ehe er einen weiteren Rechtsstreit mit der Beklagten begann. Nachdem ihm die Gründe dieses Urteils bekanntgeworden waren, hat er innerhalb angemessener Überlegungsfrist alsbald Feststellungsklage erhoben.

III.

Aus den vorgenannten Gründen kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Die Sache bedarf weiterer tatrichterlicher Aufklärung. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der jetzige Kläger im Vorprozeß wegen der Mängel den Werklohnanspruch der Beklagten gemindert hat oder ob er gegen ihn mit seinem Schadensersatzanspruch wegen der Mängel aufgerechnet hat. Die Rechtsfolge ist in beiden Fällen für den Schadensersatzanspruch, der jetzt festgestellt werden soll, im Ergebnis gleich. Bei Minderung besteht im Umfang der Minderung kein Schaden mehr. Bei Aufrechnung ist die Schadensersatzforderung erloschen, soweit die Aufrechnung durchgreift. Im Vorprozeß hat das Landgericht nicht geklärt, wie hoch die berechnete Werk-

lohnforderung der Beklagten damals war, bevor der Kläger minderte oder aufrechnete. Feststellungen des Berufungsgerichts finden sich dazu ebenfalls nicht. Es fehlt bisher auch die Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Schaden des Klägers höher war als die damalige Werklohnforderung der Beklagten. Wäre das nicht der Fall, so wäre für die jetzt begehrte Feststellung kein Raum.

Nach alledem ist der Senat nicht in der Lage, in der Sache selbst abschließend zu entscheiden. Die Sache ist vielmehr an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Vogt

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener