

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

VOB/B (1973) § 13 B Nr. 4; AGBG § 3

Die - Gewährleistungsfristen regelnde - Nr. 10 der von der öffentlichen Hand verwendeten "Zusätzlichen Technischen Vorschriften für Straßenbauarbeiten (ZTVStra)" ist jedenfalls für ein Fachunternehmen für Tiefbau keine überraschende Klausel i.S.d. § 3 AGBG.

BGH, Urt. v. 26. März 1987 - VII ZR 196/86 - OLG Hamm
LG Bochum

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 196/86

Verkündet am:
26. März 1987
W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Land
Nordrhein-Westfalen, dieses vertreten durch den Direktor des
Landschaftsverbandes W■■■■-L■■■■, Landesstraßen- und
Autobahnamt B■■■■, Ha■■■■ H■■■weg ■■■■, B■■■■ ■■■■,

Klägerin, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■■■■■ -

g e g e n

die Firma Albert P■■■■ Tiefbau und Abbruch GmbH, ver-
treten durch den Geschäftsführer Dipl.-Ing. Albert P■■■■,
F■■■■-E■■■■-Straße ■■■■, Wi■■■■,

Beklagte, Berufungsklägerin
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. ■■■■■
und Dr. ■■■■■ -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 1987
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Prof. Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Hamm vom 30. Mai 1986 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Re-
vision, an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Die Klägerin erteilte der Beklagten nach vorangegangener Ausschreibung mit Vertrag vom 28. Juli 1980 gegen eine Vergütung von 73.212,36 DM den Auftrag zum "Abbruch von Geschäfts- und Wirtschaftsgebäuden sowie Durchführung von Entwässerungsarbeiten an der B [REDACTED] in D.". Die Entwässerungsarbeiten umfaßten u.a. die Verlegung einer Abwasserleitung durch den gesamten Kellerbereich des Grundstücks und die Anlage eines Revisionsschachtes in der Mitte des Leitungsstranges. Die Leitungsrohre sollten im Keller einen Durchmesser von 200 mm und im Hofbereich von 150 mm haben. In Pos. 43 der Leistungsbeschreibung heißt es:

"1 St. gußeisernes Revisionsstück mit Rückstausicherung liefern und in Revisionsschacht der Pos. 25 einbauen ..."

Die Beklagte bot diese Position mit 215,- DM netto an.

Das gesamte Angebot umfaßte einschließlich der besonderen Vertragsbedingungen (BVStra), der Zusätzlichen Vertragsbedingungen (ZVB-StB 75) und der Zusätzlichen Technischen Vorschriften für Straßenbauarbeiten (ZTVStra) ohne das Leistungsverzeichnis 48 Seiten. Nach Buchstabe C des Angebotsschreibens gelten bei Widersprüchen im Vertrag nach den speziellen Vereinbarungen, den besonderen und den zusätzlichen Vertragsbedingungen zunächst die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB/B) und sodann die ZTVStra. In Nr. 10 dieser Vorschriften ist u.a. geregelt, daß die Gewährleistungsfrist für Entwässerungseinrichtungen fünf Jahre beträgt.

Nachdem die Beklagte die Arbeiten aufgenommen hatte, stellte sich heraus, daß ein Revisionsstück mit einfacher Rückstausicherung im Durchmesser von 200 mm im Handel nicht erhältlich war. Es gab lediglich einen sog. Triplex-Rückstauverschluß, bei dem neben anderen Zwecken die Rückstausicherung durch Absperren mittels eines Handrades bewirkt wird, zusätzlich aber auch eine Rückstauklappe für den Fall eines Rückstaus bei geöffnetem Zustand vorhanden ist. Gegenüber einem Revisionsstück mit einfacher Rückstauklappe ist der Triplex-Rückstauverschluß erheblich teurer. Die Beklagte baute entgegen der Leistungsbeschreibung ein Revisionsstück ohne Rückstausicherung ein. Die Arbeiten wurden am 10. Oktober 1980 abgenommen.

Anläßlich eines Wasserschadens am 10. Juli 1981, dessen Ursache streitig ist, stellte sich heraus, daß das Revisionsstück keine Rückstausicherung enthielt. Die Klägerin wandte sich deshalb mit Schreiben vom 22. Juli 1981 an die Beklagte, beanstandete das Fehlen der Rückstausicherung und verlangte Nachbesserung im Rahmen der Gewährleistung. Die Beklagte antwortete mit Schreiben vom 3. August 1981, man sei, da ein Revisionsstück im Durchmesser von 200 mm mit Rückstauklappe nicht erhältlich gewesen sei, übereingekommen, ein solches mit einem Durchmesser von 200 mm ohne Rückstausicherung einzubauen. Sofern der Auftrag über den Einbau eines Triplex-Rückstauverschlusses erteilt werde, würden sich Kosten in Höhe von 2.150,- DM (zuzüglich MWSt) ergeben.

Die Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 24. August 1981 erneut zur Mängelbeseitigung auf, setzte

ihr eine Frist bis zum Wochenende und drohte die Ablehnung an. Nachdem die Frist fruchtlos verstrichen war, beauftragte sie eine andere Firma mit dem Einbau eines Triplex-Absperrschiebers. Mit ihrer am 11. August 1983 eingegangenen Klage fordert sie den dafür aufgewendeten Betrag von 11.913,40 DM nebst Zinsen bis zum 21. März 1983 in Höhe von 1.248,59 DM, insgesamt also 13.161,99 DM, nebst 7 % Zinsen von 11.913,40 DM seit dem 22. März 1983.

Die Beklagte hält sich nicht für verpflichtet, ein Revisionsstück mit Rückstausicherung einzubauen, zumal der Landesbauamtmann H. dem Einbau eines Revisionsstückes ohne Rückstauklappe zugestimmt habe. Die Verwendung eines Triplex-Rückstauverschlusses sei im übrigen nutzlos und widerspreche sogar den anerkannten Regeln der Technik, da der Abwasserkanal fäkalienhaltige Abwässer führe. Schließlich hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben; es gelte hier nämlich nicht die überraschende Verjährungsklausel der Nr. 10 der ZTVStra, sondern § 13 Nr. 4 VOB/B.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen (bis auf einen Teil der Zinsen) stattgegeben und die Beklagte zur Zahlung von 12.457,48 DM nebst 4 % Zinsen von 11.913,40 DM seit dem 22. März 1983 verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten - die Klägerin hat sich mit ihrer Anschlußberufung gegen die teilweise Abweisung ihres Zinsanspruches gewehrt - hat das Berufungsgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen und die Anschlußberufung zurückgewiesen.

Mit ihrer - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält einen etwaigen Gewährleistungsanspruch der Klägerin für verjährt.

1. Dabei geht es von der Verjährungsfrist der VOB/B (§ 13 Nr. 4) aus, die nach dem Vertrag bei Widersprüchen der einzelnen Vertragsbestandteile Vorrang vor der ZTVStra habe. Zwar gelte § 13 Nr. 4 VOB/B nur, sofern für die Gewährleistung keine Verjährungsfrist im Verträge vereinbart ist. Jedoch habe die Klägerin, die das Vertragswerk mit den umfangreichen allgemeinen Geschäftsbedingungen im Anhang abgefaßt habe, nicht damit rechnen können, daß die Beklagte die Bedeutung der Verweisung des § 13 Nr. 4 VOB/B bei Abschluß des Bauvertrages habe erfassen können. Es könne nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Klägerin in Buchstabe C des Angebotsschreibens von der Regelung des § 1 Nr. 2 VOB/B abgewichen sei und der VOB/B Vorrang vor den Zusätzlichen Technischen Vorschriften eingeräumt habe. Aufgrund dieser von § 1 Nr. 2 VOB/B abweichenden Vertragsgestaltung habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, daß die ZTVStra keine von § 13 Nr. 4 VOB/B abweichende Verjährungsfrist enthalte. Denn die Regelung in Buchstabe C des Angebotsschreibens erwecke bei dem Vertragspartner den Eindruck, daß die Beklagte von

§ 1 Nr. 2 VOB/B deshalb abgewichen sei, weil sie von der Möglichkeit, gemäß §§ 10 Nr. 4 Abs. 2 Satz 2, 13 Nr. 2 VOB/A Gewährleistungsansprüche in den Zusätzlichen Technischen Vorschriften zu regeln, keinen Gebrauch gemacht habe. Dieser Eindruck verstärke sich auch nicht zuletzt dadurch, daß die Klägerin entgegen dem Sinn des § 10 Nr. 4 Abs. 2 Satz 2 VOB/A besondere Vereinbarungen gesondert unter Ziff. A 2 und 3 des Angebots mit Gültigkeitsrang vor den Zusätzlichen Technischen Vorschriften zum Vertragsgegenstand gemacht habe, statt sie insgesamt in diese aufzunehmen. Mit weiteren besonderen Vereinbarungen außerhalb der Besonderen (Ziff. A 2) und Zusätzlichen Vertragsbedingungen (Ziff. A 3 des Angebotsschreibens) habe die Beklagte unter solchen Umständen nicht zu rechnen brauchen. Nr. 10 ZTVStra sei deshalb gemäß § 3 AGBG eine überraschende Klausel, die nicht Vertragsbestandteil geworden sei.

2. Darüberhinaus hält das Berufungsgericht die Gewährleistungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B auch deshalb für vorrangig, weil Nr. 10 der ZTVStra die Gewährleistungsfrist von Mängeln regelt, die ganz speziell Straßenbauarbeiten betreffen. Dagegen seien der Beklagten in erster Linie Abbrucharbeiten und die Verlegung von Abwasser- und Frischwasserleitungen an und in Gebäuden übertragen worden. Zwar sehe die Baubeschreibung für die Verlegung und Anbindung der Leitungen auch die Aufnahme und Wiederherstellung der Fahrbahn- und Gehwegbefestigung vor; doch handle es sich dabei um Nebenarbeiten. Im übrigen sei der Mangel im Revisionsschacht aufgetreten, der im Keller eines Gebäudes einzubauen gewesen sei und somit nicht im Zusammenhang mit Straßenbauarbeiten stehe. Auf derartige Arbeiten

sei Nr. 10 der ZTVStra nicht anwendbar.

Die Beklagte habe deshalb davon ausgehen können, daß die Regelung der Nr. 10 der ZTVStra auf die Arbeiten an und in Gebäuden nicht anwendbar sei und es insoweit bei der Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B verbleibe. Wenn die Klägerin die Gewährleistungsregelung der Nr. 10 der ZTVStra auch auf die hier maßgeblichen Arbeiten habe erstrecken wollen, hätte sie diese Absicht in dem Formularvertrag deutlich zum Ausdruck bringen müssen. Die Unterlassung der erforderlichen Klarstellung gehe gemäß § 5 AGBG zu Lasten der Klägerin.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Zwar ist es richtig, daß etwaige Gewährleistungsansprüche verjährt wären, wenn hier die in § 13 Nr. 4 VOB/B genannte Frist gelten würde. Das stellt auch die Revision nicht in Frage. Die Gründe, auf die das Berufungsgericht die Klageabweisung stützt, sind jedoch nicht stichhaltig.

1. Wie auch das Berufungsgericht richtig sieht, gilt die Verjährungsregelung in § 13 Nr. 4 VOB/B nur für den Fall, daß im Vertrag für die Gewährleistung keine Verjährungsfrist vereinbart worden ist. Eine solche Vereinbarung kann auch durch Formularvertrag oder in AGB getroffen werden (Senat NJW 1987, 381 m.N.). Hier ist in Nr. 10 der von den Parteien in den Vertrag aufgenommenen ZTVStra, deren Nrn. 4.1 bis 4.523 sich mit Entwässerungsarbeiten befassen, folgendes bestimmt:

"10. Gewährleistung

Die Gewährleistung rechnet unbeschadet des Zeitpunkts der Zwischenabnahme vom Tage der Schlußabnahme (Teilabnahme nach Ziff. 37.2 der ZVB). Entsprechend den Technischen Vorschriften werden folgende Gewährleistungsfristen Vertragsbestandteil:

Erdkörper, Entwässerungseinrichtungen einschließlich Bodenverbesserungen und Bodenverfestigungen nach den TVV 5 Jahre ..."

Daß bei dieser Sachlage von einem "Widerspruch" zwischen der VOB/B und der ZTVStra nicht gesprochen werden kann, liegt auf der Hand.

2. Soweit das Berufungsgericht meint, insbesondere aufgrund der von § 1 Nr. 2 VOB/B abweichenden Vertragsgestaltung (Vorrang der VOB/B vor den Zusätzlichen Technischen Vorschriften) habe die Beklagte davon ausgehen dürfen, daß die ZTVStra keine von § 13 Nr. 4 VOB/B abweichende Verjährungsfrist enthalte, geht das fehl. Vielmehr kann von einer für die Beklagten überraschenden Klausel i.S. § 3 AGBG nicht die Rede sein.

a) Dabei kann offen bleiben, ob die fragliche Klausel nach den Gesamtumständen im Hinblick auf den konkreten Vertragsschluß überhaupt objektiv ungewöhnlich i.S. § 3 AGBG ist (vgl. dazu Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 5. Aufl., § 3 Rdn. 11 ff); denn jedenfalls ist sie für die Beklagte nicht überraschend (vgl. Ulmer, aaO).

Derartige Klauseln, die nach den Umständen so ungewöhnlich sind, daß der Vertragspartner des Verwenders mit

ihnen nicht zu rechnen braucht, liegen dann vor, wenn ihnen ein Überraschungs- oder Übertölpelungseffekt innewohnt und zwischen ihrem Inhalt und den Erwartungen des Vertragspartners eine deutliche Diskrepanz besteht. Überraschend können daher Klauseln sein, die nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages an der vom Verwender gewählten Stelle nicht zu vermuten sind, und solche, auf deren Regelungsgehalt der Vertragspartner sich vernünftigerweise nicht einzurichten braucht. Dabei kommt es nicht auf den Kenntnisstand des einzelnen Interessenten an, sondern auf die Erkenntnismöglichkeit des für die Erteilung eines Auftrags in Betracht zu ziehenden Bewerberkreises (vgl. Senat NJW 1986, 1805, 1806 m.N.).

b) Hier gehört die Beklagte als Fachunternehmen für Tiefbau gerade zu dem Kreis von Bewerbern, auf die die in Frage stehende Klausel zugeschnitten ist. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Klägerin - das läßt das Berufungsgericht bei seiner rechtlichen Würdigung außer acht - hat sie "viele Male Arbeiten für öffentliche Auftraggeber ausgeführt". Damit kann sogar davon ausgegangen werden, daß ihr die hier maßgeblichen, in einschlägigen Fällen von der öffentlichen Hand so gut wie immer der Vertragsgestaltung zugrundegelegten ZTVStra als typischer Vertragsbestandteil bekannt waren. Zumindest mußte sie nach den gesamten Umständen damit rechnen, daß die ZTVStra besondere Verjährungsfristen für die Sachmängelgewähr der in ihr behandelten Bauleistungen enthalten.

Das gilt umso mehr, als schon die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im

Straßen- und Brückenbau" (ZVB-StB), die nach dem Vertrag Vorrang vor der VOB/B haben, ebenfalls davon ausgehen, daß die Parteien für den Geltungsbereich dieser Vertragsbedingungen in der Regel eine Verjährungsfrist vereinbaren. Dort heißt es nämlich zu § 13 VOB/B in Ziff. 38.3: "Die Verjährungsfrist der Gewährleistung für Mängelbeseitigungsarbeiten endet nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist, die für die Vertragsleistung vereinbart ist". Hinzu kommt schließlich noch, daß § 13 Nr. 4 VOB/B von vornherein lediglich eine subsidiäre Verjährungsregelung enthält und damit letztlich nur "Auffangfunktion" hat. Deshalb muß ein fachkundiger Bauunternehmer, der sich auf ein umfangreiches Vertragswerk "einläßt", stets damit rechnen, daß der Vertrag zur Verjährung der Gewährleistungsansprüche besondere Bestimmungen enthält. Nur so kann die zu starre und häufig unzureichende Regelung in § 13 Nr. 4 VOB/B an die Bedürfnisse des Einzelfalles sinnvoll angepaßt werden (vgl. a. § 13 Nr. 2 VOB/A, der dafür Maßstäbe setzt).

3. Aber auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, die in Nr. 10 ZTVStra festgelegten Gewährleistungsfristen bezögen sich nur auf Mängel, die ganz speziell Straßenarbeiten betreffen, geht fehl.

Das Berufungsgericht übersieht, daß die Bestimmung ausdrücklich auch Entwässerungseinrichtungen erfaßt. Gerade die Durchführung darauf bezogener Arbeiten war hier nach den eigenen Feststellungen des Berufungsgerichts Bestandteil des Vertrags. Das ergibt sich klar aus dem im Vertrag selbst bezeichneten "Vertragsgegenstand" ("... sowie Durchführung von Entwässerungsarbeiten an der B ■■■ ..."). Wie das Berufungsgericht im übrigen ebenfalls selbst feststellt, war

die Abwasserleitung nicht nur im Kellerbereich, sondern auch im Hof zu verlegen und im Bereich der Fahrbahn- und Gehwegbefestigung "anzubinden". Zeigt sich aber so, daß der Vertrag generell (auch) die Anlage von Entwässerungseinrichtungen zum Gegenstand hat, spricht nichts dafür, daß die Parteien die Gewährleistungsfristen für diesen Vertragsbereich unterschiedlich bestimmen wollten, je nachdem, ob der Abwasserkanal im Kellerbereich, im Hof oder im Straßenbereich zu verlegen ist. Vielmehr ist es allein sinnvoll, die - auch im Vertrag selbst nicht "differenziert" aufgeführten - Arbeiten ganz allgemein als das zu werten, das sie nach dem Vertragswortlaut sind: nämlich "Entwässerungsarbeiten an der B 224."

Da gerade derartige Arbeiten von Nr. 10 ZTVStra erfaßt werden, konnte für die Beklagte als kundiges Fachunternehmen für Tiefbau kein vernünftiger Zweifel daran bestehen, daß nach dem Vertrag die Gewährleistungsansprüche hinsichtlich der gesamten Entwässerungseinrichtungen (einschließlich des Revisionsschachtes im Keller) einer fünfjährigen Verjährung unterliegen. Für die Anwendung der Unklarheitenregel des § 5 AGBG bleibt somit kein Raum.

III.

Nach alledem läßt sich die Klageabweisung mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrecht- erhalten. Die Sache ist vielmehr zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich nunmehr - wie es das zunächst auch beabsichtigt hat (GA 210) - mit den zahlreichen noch offenen Sachfragen zu befassen haben wird.

Girisch

RiBGH Dr. Recken
befindet sich im
Urlaub und kann
daher nicht unter-
schreiben.

Doerry

Girisch

Bliesener

Quack