

/

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 639 Abs. 2; VOB/B § 13 B Nr. 5

Auch die Tragweite der Hemmung der Verjährung, wenn der Auftragnehmer/Unternehmer das Vorhandensein des Mangels prüft oder den Mangel zu beseitigen versucht, richtet sich - wie die Tragweite der Unterbrechung der Verjährung - nicht nach den jeweils zutage getretenen Mangelercheinungen, sondern nach den der Werkleistung anhaftenden Mängeln selbst, soweit sie Ursache der aufgetretenen Mangelercheinungen sind (im Anschluß an Senatsurteile vom 6. Oktober 1988 - VII ZR 227/87 = BauR 1989, 79 = ZfBR 1989, 27; vom 10. November 1988 - VII ZR 140/87 = BauR 1989, 81 = ZfBR 1989, 54 und vom 23. Februar 1989 - VII ZR 31/88 - zur Veröffentlichung bestimmt).

BGH, Urt. v. 20. April 1989 - VII ZR 334/87 - OLG Frankfurt am  
Main/Kassel  
LG Fulda

# BUNDESGERICHTSHOF

1

## IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 334/87

### URTEIL

Verkündet am  
20. April 1989  
Werner  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S-Massivbau GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer Hans S, Ut Straße, K (O),

Beklagten, Widerklägerin,  
Berufungsklägerin und Revisions-  
klägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

den Bauunternehmer Walter A, Lstraße ,  
K,

Kläger, Widerbeklagten,  
Berufungsbeklagten und Revisions-  
beklagten,

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

WI

1

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. April 1989 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Obenhaus, Prof. Quack und Dr. Thode

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 14. Zivilsenat in Kassel - vom 10. November 1987 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



1

Tatbestand:

Der Kläger hat in den Jahren 1978 und 1979 als Subunternehmer für die Beklagte Bauarbeiten zur Herstellung von Wohnhäusern ausgeführt. Ihren Vereinbarungen haben die Parteien die VOB/B zugrundegelegt. Gegenüber der Klage auf restlichen Werklohn von jetzt unstreitig noch 4.973,44 DM nebst Zinsen hat sich die Beklagte u.a. mit Ansprüchen wegen verschiedener Mängel am Hause G. verteidigt, das im Rahmen dieses Bauvorhabens erstellt worden ist.

So hat die Beklagte mit einem Vorschußanspruch zur Beseitigung der Mängel von rd. 8.000 DM mit einem am 16. Oktober 1980 eingegangenen Schriftsatz hilfsweise aufgerechnet. Wegen weiterer Ansprüche in Höhe von 51.188,38 DM zuzüglich Zinsen hat sie mit einem am 8. Dezember 1982 eingegangenen Schriftsatz Widerklage erhoben.

Das Landgericht hat die zur Aufrechnung gestellten und die mit Widerklage geltend gemachten Ansprüche für verjährt erachtet. Das Berufungsgericht ist dem gefolgt. Hiergegen wendet sich die - angenommene - Revision der Beklagten, die der Kläger zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält die von der Beklagten geltend gemachten Gewährleistungsansprüche für verjährt. Die Verjährungsfrist betrage hier gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B zwei Jahre und habe mit der Abnahme zu laufen begonnen. Da eine förmliche Abnahme nicht stattgefunden habe, sei nach § 12 Nr. 5 VOB/B zu beurteilen, ob und seit wann die Werkleistung als abgenommen gelte. Hier sei auf die Schlußrechnung des Klägers abzustellen, die als schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung des Werks zu werten sei. Die Schlußrechnung sei der Beklagten am 24. Juli 1978 zugegangen. Zu dieser Zeit sei die Leistung im wesentlichen fertiggestellt und gebrauchsfähig, deshalb trotz einzelner Mängel auch abnahmefähig gewesen. Mit Ablauf der Frist von 12 Werktagen gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B am 7. August 1978 gelte das Werk als abgenommen. Somit habe die Verjährungsfrist am 7. August 1980 geendet, sofern ihr Lauf nicht gehemmt oder unterbrochen worden sei.

Es könne nicht festgestellt werden, daß der Lauf der Frist durch Anerkenntnis des Klägers unterbrochen worden sei. Hierzu fehle es an hinreichendem Tatsachenvortrag, vor allem könne die Nachbesserung einzelner Mängel durch den Kläger nicht als Anerkenntnis anderer oder nicht ausreichend nachgebesserter Mängel gewertet werden. Es stehe auch nicht fest, daß die Beklagte die Mängel rechtzeitig gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B schriftlich mitgeteilt habe. Die Schreiben vom 14. August und vom 9. September 1980 seien

hierzu schon mangels hinreichender Bezeichnung der Mängel nicht geeignet. Das Schreiben vom 30. Juni 1980 nebst Anlagen enthalte zwar hinreichend genaue Angaben, sein Zugang sei aber nicht bewiesen. Die Behauptung der Beklagten, Arbeitnehmer des Klägers seien unmittelbar nach dem 30. Juni 1980 zur Durchführung von Nacharbeiten erschienen und hätten diese, ohne Fragen zu stellen, ausgeführt, sei nicht geeignet, den Zugang des Schreibens zu beweisen. Denn die Beklagte habe nicht angegeben, welche Arbeiten die Leute des Klägers ausgeführt hätten, ohne solche Angaben seien sichere Rückschlüsse nicht möglich.

Schließlich könne auch nicht festgestellt werden, daß der Lauf der Frist ausreichende Zeit gehemmt worden sei. Soweit der Kläger Mängel beseitigt habe, komme es auf sie nicht mehr an. Hinsichtlich der nicht beseitigten Mängel fehle hinreichender Sachvortrag. Die Behauptung der Beklagten, unmittelbar nach dem 30. Juni 1980 hätten Arbeitnehmer des Klägers ohne weitere Fragen Mängel nachgebessert, sei als Vortrag einer einverständlichen Prüfung oder Beseitigung von Mängeln nur zu werten, wenn vom Zugang des Schreibens vom 30. Juni 1980 ausgegangen werden könne. Das sei aber nicht der Fall.

Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

I.

Allerdings hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, daß die Werkleistung des Klägers gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B 12 Werktage nach Eingang der Schlußrechnung, also am 7. August 1978 als abgenommen gilt. Die Übersendung der Schlußrechnung genügt als schriftliche Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung (Senatsurteile BGHZ 55, 354, 356; NJW 1977, 897, 898 und vom 28. April 1980 - VII ZR 109/79 = BauR 1980, 357, 358 = ZfBR 1980, 192, 193).

Entgegen der Ansicht der Revision durfte das Berufungsgericht auch die Abnahmereife der vom Kläger erbrachten Arbeiten bejahen. Im Rahmen des hergestellten Gesamtwerkes waren die gerügten Mängel insgesamt nicht so schwerwiegend, daß sie die Abnahme gehindert hätten. Das zeigt schon, wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt, daß der Bauherr bereits endgültig eingezogen war.

II.

Doch tragen die bisherigen Feststellungen und die Würdigung des Berufungsgerichts zur Hemmung und Unterbrechung der Verjährung das angefochtene Urteil nicht.

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats kann der Besteller (Auftraggeber) mit hinreichend genauer Beschreibung von zutage getretenen Erscheinungen, den Fehler,

der der Werkleistung insgesamt anhaftet und der die aufgetretenen Mangelercheinungen verursacht hat, zum Gegenstand des betreffenden vertraglichen oder prozessualen Verfahrens (Mängelbeseitigungsverlangen, Beweissicherungsverfahren, Vorschußklage usw.) machen. Eine Beschränkung auf die vom Besteller (Auftraggeber) angegebenen Stellen oder die von ihm bezeichneten oder vermuteten Ursachen ist damit nicht verbunden. Die Ursachen der bezeichneten Erscheinungen sind vielmehr in vollem Umfang erfaßt (zuletzt Senatsurteile vom 6. Oktober 1988 - VII ZR 227/87 - = BauR 1989, 79 = ZfBR 1989, 27; vom 10. November 1988 - VII ZR 140/87 - = BauR 1989, 81 = ZfBR 1989, 54, jeweils m.w.N.; vgl. auch Senatsurteil vom 23. Februar 1989 - VII ZR 31/88 - zur Veröffentlichung bestimmt). So betrifft auch der hier geltend gemachte Vorschußanspruch nicht nur die zunächst geltend gemachten - verhältnismäßig geringfügigen - Mangelercheinungen am Putz, vielmehr deren Ursachen in vollem Umfang und auch an den Stellen, an denen die Ursachen sich seinerzeit noch nicht ausgewirkt hatten (Senatsurteil vom 10. November 1988 aaO).

Für den Anwendungsbereich des § 639 Abs. 2 BGB kann nichts anderes gelten. Unterzieht sich der Unternehmer nach Maßgabe dieser Bestimmung der einverständlichen Prüfung und Beseitigung eines Mangels, so betrifft das auch nicht bloß die Mangelercheinung, die die Beteiligten unter Umständen allein im Auge haben, vielmehr den Mangel selbst, d.h. den Fehler des Werks insgesamt, der in den betreffenden Erscheinungen zutage tritt. Das folgt schon daraus, daß Prüfung und Beseitigung als vertragliche Verpflichtungen sich nicht auf

die gerade bekannten Erscheinungen beschränken, vielmehr auf den Fehler selbst zu beziehen sind (vgl. a. Senatsurteil BGHZ 48, 108, 110/111).

2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen nicht erkennen, daß es diese Grundsätze ausreichend beachtet hat. Sie legen es vielmehr nahe anzunehmen, daß das Berufungsgericht auf einzelne Mangelercheinungen, nicht aber auf die Mängel selbst abstellen will. Das ergibt sich aus folgendem: Neben einzelnen Ausführungsmängeln, wie etwa einer nicht eingeputzten Außentreppe, einer schief eingesetzten Tür am Heizraum, verkratzten Fliesen und Ähnlichem hat die Beklagte zwei Mangelercheinungen geltend gemacht, die auf eine jeweils einheitliche Ursache zurückzuführen sein könnten, nämlich die Feuchtigkeitsschäden und die Putzrisse. Nach dem Gutachter K. wäre sogar anzunehmen, daß die Putzrisse, bzw. die ihnen zugrundeliegenden technischen Mängel des Putzes als Ursache von Feuchtigkeitsschäden infrage kommen. Wenn deshalb der Kläger versucht hat, die durch diese Erscheinungen erklärbaren Mängel, sei es auch erfolglos oder mit letztlich ungeeigneten Mitteln, zu beseitigen, ist sehr wohl ein Anerkenntnis hinsichtlich des Mangels selbst möglich, jedenfalls muß aber eine Prüfung des Mangels gemäß § 639 Abs. 2 BGB angenommen werden.

Es trifft auch nicht zu, daß es insoweit an hinreichend genauem Tatsachenvortrag der Beklagten fehlt. So hat die Beklagte vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß der Kläger in der Zeit vom 31. August bis 2. Oktober 1978 Isolierungsarbeiten zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden ausgeführt

hat, die durchaus Mangelercheinungen betreffen könnten, die auf eben den Mangel zurückzuführen sind, der u.a. auch Gegenstand der Widerklage ist. Die sich daraus u.U. ergebende Hemmung der Verjährung mag allein nicht geeignet sein, die Zeit bis zum Eingang des Beweissicherungsantrags am 14. Dezember 1981 zu überbrücken. Jedoch ist zu beachten, daß bei Feuchtigkeitsmängeln typischerweise damit gerechnet werden muß, daß sich Nachbesserungsversuche im Ergebnis als erfolglos erweisen. Für solche Mängel braucht aber nach der Senatsrechtsprechung aus der tatsächlichen Beendigung der Arbeiten nicht ohne weiteres die Erklärung entnommen zu werden, der Mangel sei beseitigt oder die Fortsetzung der Mängelbeseitigung werde verweigert (Senatsurteile NJW 1963, 810, 811 und vom 15. Oktober 1970 - VII ZR 2/70 = BauR 1971, 54, 55).

Jedenfalls reicht der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe in der Zeit vom 30. Juni 1980 bis 11. September 1980 u.a. verschiedene Putzmängel zu beseitigen versucht aus, eine Hemmung der Verjährung um die einschlägige Zeit gemäß § 639 Abs. 2 BGB anzunehmen, wenn die später geltend gemachten Putzmängel auf die gleiche Mangelursache zurückzuführen sein sollten. Auf den Zugang des Schreibens vom 30. Juni 1980 kommt es insoweit nicht an, denn eine einverständliche Prüfung und Beseitigung ist auch schon dann anzunehmen, wenn der Besteller sein zur Hemmung der Verjährung erforderliches Einverständnis lediglich stillschweigend erklärt hat (Senatsurteile NJW 1983, 162, 163 und vom 22. November 1984 - VII ZR 115/83 - = BauR 1985, 202, 203 = ZfBR 1985, 70, 71). Auch ohne Zugang des Schreibens vom 30. Juni 1980 wäre hier von einem stillschweigenden Einverständnis auszugehen.

Ist die Verjährung in dem sich hieraus ergebenden Umfang gehemmt, so hat die Beklagte mit einem nicht verjährten Vorschußanspruch aufgerechnet. Dabei betrifft die Unterbrechungswirkung hinsichtlich des Mangels grundsätzlich über den geltend gemachten Betrag hinaus die vollen Beseitigungskosten für den Mangel selbst, also nicht etwa nur für die aufgezeigten Mangelercheinungen (Senatsurteil vom 10. November 1988 aaO). Da der Vorschuß zunächst lediglich durch Aufrechnung geltend gemacht wurde, reicht die Unterbrechungswirkung allerdings höchstens bis zur Höhe der Klageforderung von 11.321,92 DM (Senatsurteil vom 24. April 1986 = BauR 1986, 576, 577 = ZfBR 1986, 219).

### III.

Mit dem Berufungsgericht ist davon auszugehen, daß das Schreiben vom 30. Juni 1980 nebst Anlagen grundsätzlich geeignet wäre, hinsichtlich der dort gerügten Mängel eine Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B herbeizuführen, wobei darauf hinzuweisen ist, daß das auch hier die Mängel selbst und nicht bloß die aufgezeigten Erscheinungen betrifft (vgl. Senatsurteil vom 6. Oktober 1988 aaO). Zu Unrecht aber hat das Berufungsgericht die für die Behauptung der Beklagten benannten Zeugen nicht vernommen, unmittelbar nach dem 30. Juni 1980 seien Arbeiter des Klägers im Hause G. erschienen und hätten ohne weitere Fragen Arbeiten verrichtet, die sie nur aus dem Schreiben hätten kennen können. Abgesehen davon, daß die Beklagte erläutert hat, vor allem die Arbeiten am Innenputz würden

Kenntnis des Schreibens voraussetzen, überspannt das Berufungsgericht die Darlegungslast insoweit. Sollten die benannten Zeugen, wovon für die Revisionsinstanz auszugehen ist, den Sachvortrag der Beklagten insoweit bestätigen, so ist es nach der Lebenserfahrung praktisch unmöglich, daß der Kläger das Schreiben nicht erhalten hat.

Eine Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich der Feuchtigkeitsschäden durch das Beseitigungsverlangen vom 30. Juni 1980 kann allerdings nur infrage kommen, wenn zwischen ihnen und den Putzschäden ganz oder teilweise eine Verbindung im Sinne der vorstehend II. 1. dargestellten Grundsätze besteht.

#### IV.

Das Berufungsurteil kann somit nicht bestehen bleiben. Es ist aufzuheben. Da weitere Feststellungen erforderlich sind (§ 565 ZPO), ist die Sache zur neuen Verhandlung und

Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch über die Kosten der Revision zu entscheiden haben wird.

Girisch

Bliesener

Obenhaus

Quack

Thode