

M

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 638; AGBG §§ 9 Bf, Cj, 11 Nr. 10 f, 24

Auch Kaufleute in Betrieb ihres Handelsgewerbes werden als Auftraggeber (Besteller) in aller Regel durch eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Verkürzung der (mit der Abnahme beginnenden) fünfjährigen Gewährleistungsfrist für Arbeiten bei Bauwerken (§ 638 Abs. 1 BGB) entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt, so daß die Verkürzung unwirksam ist (§ 9 AGBG).

BGH, Urt. v. 8. März 1984 - VII ZR 349/82 - OLG Hamm
LG Münster

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 349/82

URTEIL

Verkündet am
8. März 1984
W e r n e r,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der S [REDACTED] - Chemie GmbH, P [REDACTED]-
straße [REDACTED], D [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäfts-
führer Heinrich von K [REDACTED]-R [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

1. die C [REDACTED] - Kunststoffe GmbH & Co. KG.,
D [REDACTED] Weg [REDACTED], O [REDACTED], vertreten durch die
Beklagte zu 2,
2. die C [REDACTED] - Kunststoffe GmbH, ebenda,
vertreten durch die Geschäftsführerin Gerda H [REDACTED]-
[REDACTED], ebenda,

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

11

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 1984
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girsch sowie
die Richter Dr. Recken, Doerry, Bliesener und Dr. Walchs-
höfer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das
Urteil des 24. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Hamm vom 14. Oktober 1982
aufgehoben.

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

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin beauftragte unter dem 31. Mai 1978 die Beklagte, zwei 18,5 m hohe Tanks mit einem Durchmesser von 7,5 m, die der Lagerung von 70° heißem Glaubersalz dienen, außen zu entrostern, mit Mennige anzustreichen und dann mit Polyurethan-Hartschaum zu isolieren. Die Beklagte verwies sowohl in ihrem Angebot als auch in ihrer Auftragsbestätigung auf die Geltung der den Schreiben beigefügten "Allgemeinen Ausführungs- und Zahlungsbedingungen für die Verarbeitung von Polyurethan-Hartschaum, Fassung 1974 nach VOB 1965" (AAZB). Darin heißt es unter

7. Gewährleistung:

Wir übernehmen die Gewähr für die Güte und Haltbarkeit unseres Polyurethan-Hartschaumes derart, daß wir alle nachweisbaren Mängel an unseren Arbeiten, soweit diese auf die Verwendung ungeeigneten Materials oder auf unsachgemäße Ausführung zurückzuführen sind, nach schriftlicher Aufforderung in angemessener Frist auf unsere Kosten beseitigen.

Weitergehende Gewährleistungsansprüche bestehen nicht.

Bei Dachverschäumungen übernehmen wir für die Dichtigkeit und für einwandfreien Wasserablauf nur, wenn die Unterbodenkonstruktion ein einwandfreies Gefälle von mindestens 3 % aufweist, (Gewähr).

Für Mängel am Polyurethan-Hartschaum, die auf Risse und Setzungen des Bauwerks zurückzuführen sind, haften wir nicht.

Desgleichen haben wir keine Beschädigungen unseres Hartschaumes durch andere Handwerker oder sonstige dritte Personen zu vertreten. Bezüglich Schall- und Wärmedämmung sind die vom Auftraggeber vorgesehenen Konstruktionen und Berechnungen ohne weiteres für uns bindend, es sei denn, daß uns die Berechnung ausdrücklich in

Auftrag gegeben wurde. Die Verjährungsfrist für unsere Gewährleistung beträgt zwei Jahre.

Ende September 1978 wurden die Arbeiten der Beklagten beendet und die Lagertanks in Betrieb genommen. Etwa ein halbes Jahr später zeigten sich in dem Hartschaum Blasen und Risse, die von der Klägerin wiederholt gerügt wurden. Die Beklagte lehnte die kostenlose Mängelbeseitigung ab.

Die Klägerin verlangt mit der Klage Nachbesserung. Die Beklagte hat ihre Verantwortlichkeit für die Mängel geleugnet und die Einrede der Verjährung erhoben. Hilfsweise hat sie ihre Verurteilung nur Zug um Zug gegen Zahlung von 29.925 DM Werklohn beantragt.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage wegen Verjährung abgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Nachbesserungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den an sich begründeten Mängelbeseitigungsanspruch der Klägerin wegen Ablaufs der in den AAZB vereinbarten zweijährigen Gewährleistungsfrist für verjährt.

Es geht davon aus, daß die Parteien die Geltung

der VOB/B nicht vereinbart haben, und läßt offen, ob es sich bei den Leistungen der Beklagten um Arbeiten an einem Grundstück oder bei einem Bauwerk gehandelt hat. Die Verkürzung der Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre in Nr. 7 AAZB sei gegenüber einem Kaufmann weder nach § 11 Nr. 10 f noch nach den §§ 9, 24 Satz 2 AGBG unwirksam. Die gesetzliche Fünfjahresfrist sei ungewöhnlich lang. Mängel, wie sie hier aufgetreten seien, würden aber regelmäßig schon nach kurzer Zeit festgestellt.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Die tatrichterliche Wertung, daß in den von der Beklagten gestellten AAZB zwar auf einige Bestimmungen der VOB/B (1952/1965) verwiesen, die VOB/B insgesamt aber nicht zum Gegenstand des Vertrages gemacht sei, läßt allerdings Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch hingenommen.

Somit ist, da es sich hier ersichtlich um Arbeiten bei Bauwerken gehandelt hat (vgl. Senatsurteile vom 8. Januar 1979 - VII ZR 35/68 = BauR 1970, 47 = LM BGB § 638 Nr. 14; NJW 1977, 2361 m.N.), von der gesetzlichen Fünfjahresfrist für die Gewährleistung (§ 638 BGB) auszugehen, wie das Berufungsgericht unterstellt.

2. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht ferner an, die AAZB der Beklagten seien dadurch, daß auf sie in Angebot und Auftragsbestätigung der Beklagten Bezug genommen und sie diesen beiden Schreiben beigelegt worden seien, Bestandteil des Vertrages geworden.

Der Klägerin war aus dem Angebot der Beklagten vom 5. Januar 1978 bekannt, unter welchen Bedingungen diese abzuschließen bereit war. Zwar nahm sie dieses Angebot nicht innerhalb der in Nr. 1 AAZB genannten Bindungsfrist von drei Monaten an, so daß ihre Bestellung vom 31. Mai 1978 "auf Grund der umseitigen Einkaufsbedingungen" als neues Angebot anzusehen ist. Die Klägerin nahm aber bei der Bestellung ausdrücklich auf das Angebot der Beklagten vom 5. Januar 1978 Bezug, ohne der Einbeziehung der AAZB zu widersprechen oder kundzutun, daß sie ausschließlich zu ihren Geschäftsbedingungen abzuschließen bereit sei, die nur den Einkauf von Maschinen und Werkstücken betreffen und keine Regelung der Gewährleistung enthalten. Insofern stellte die Auftragsbestätigung der Beklagten mit erneuter Bezugnahme auf die AAZB und deren Beifügung für die Klägerin kein neues Angebot der Beklagten im Hinblick auf die Geschäftsbedingungen dar, sondern bestätigte nur den unter Einbeziehung der AAZB geschlossenen Vertrag. Das nahm die Klägerin auch widerspruchslos hin, so daß von ihrem Einverständnis auszugehen ist.

3. Die in Nr. 7 AAZB enthaltene Bestimmung, daß die Gewährleistungsfrist (nur) zwei Jahre betrage, ist jedoch unwirksam.

a) Sie widerspricht für Arbeiten bei Bauwerken, welche das Gesetz einer fünfjährigen Gewährleistung unterwirft, der Vorschrift des § 11 Nr. 10 f AGBG, nach der die Verkürzung gesetzlicher Gewährleistungsfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist. Diese Vorschrift findet allerdings, wenn die Geschäftsbedingungen wie hier gegenüber einem Kaufmann

im Betrieb seines Handelsgewerbes verwendet werden, unmittelbar keine Anwendung (§ 24 Satz 1 Nr. 1 AGBG). Jedoch kann die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG zur Unwirksamkeit der Fristverkürzung führen (§ 24 Satz 2 AGBG).

b) So ist bereits vor Geltung des AGBG bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten nicht nur der darin ausbedungenen Verkürzung verhältnismäßig kurzer Gesetzesfristen die Wirksamkeit versagt worden, weil sie dem Vertragspartner unter branchenüblichen Umständen nicht zuzumuten ist (vgl. BGHZ 71, 167, 169; BGH, Urteil vom 24. September 1979 - II ZR 38/78 = VersR 1980, 40, 41). Auch die Verkürzung längerer Gesetzesfristen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nicht gebilligt worden, wenn die ausbedungene Frist - gemessen an der Eigenart der Leistung - unverhältnismäßig kurz ist, so daß häufig erst nach ihrem Ablauf der Mangel zutagetritt (vgl. BGHZ 64, 238, 243; BGH NJW 1979, 1550, 1551/1552 - insoweit in BGHZ 73, 363 nicht abgedruckt -). Unter Geltung des AGBG hat der Senat im Urteil NJW 1981, 1510, 1511 aus derselben Erwägung eine Verkürzung der Fünfjahresfrist des § 638 BGB auf sechs Monate für unwirksam erachtet.

c) Im Schrifttum ist die Meinung geteilt. Einige Autoren halten die Verkürzung gesetzlicher Gewährleistungsfristen im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich für wirksam, sofern die ausbedungene Frist nicht allzu kurz ist (vgl. Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Kommentar, 4. Aufl., § 11 Nr. 10 Rdn. 83; Dittmann/Stahl, AGBG, Rdn. 531; Stein, AGBG, § 11 Rdn. 99). Andere dagegen sind der Meinung, daß auch gegenüber Kaufleuten die ge-

gesetzlichen Gewährleistungsfristen regelmäßig nicht durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verkürzt werden können (so Löwe/von Westphalen/Trinkner, Großkommentar zum AGBG, Bd. II, 2. Aufl., § 11 Nr. 10 f Rdn. 15 ff; Staudinger/Schlosser, AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 86; Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 17; Koch/Stübing, AGBG § 11 Nr. 10 Rdn. 73; Schmidt-Salzer, AGB 2. Aufl. Rdn. F 132; jetzt auch Palandt/Heinrichs, BGB 43. Aufl., AGBG § 11 Anm. 10 f cc).

d) Der Senat folgt der Meinung, daß das Verbot der Verkürzung gesetzlicher Gewährleistungsfristen (§ 11 Nr. 10 f AGBG) grundsätzlich auch bei Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten gilt. Auf sie trifft der in der gesetzlichen Regelung zum Ausdruck gekommene Gerechtigkeitsgedanke gleichermaßen zu. Der kaufmännische Verkehr bietet insofern keine Besonderheiten.

aa) Die gesetzlichen Gewährleistungsfristen sind durchweg verhältnismäßig kurz. Das gilt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch für die fünfjährige Gewährleistung für Arbeiten bei Bauwerken. Diese Frist beruht darauf, daß manche (insbesondere schwerwiegende) Baumängel oft erst nach Jahren, wenn auch aus der Sicht des Gesetzgebers regelmäßig innerhalb fünf Jahren, hervortreten (vgl. Mugdan, Materialien zum BGB, II S. 271 ff; BGHZ 60, 362, 364; 67, 1, 6, 9; 68, 372, 375; 72, 206, 208; BGH NJW 1981, 1510, 1511). Der Gesetzgeber hat nicht einmal diese Fünfjahresfrist für außergewöhnlich lang angesehen, denn er hat für die gesamte werkvertragliche Gewährleistung, abweichend von der Regel des § 225 BGB, eine vertragliche Fristverlängerung

zugelassen (§ 638 Abs. 2 BGB). Außerdem hat er an die Prüfung oder Beseitigung eines Werkmangels durch den Unternehmer eine faktische Verlängerung der Gewährleistung infolge Hemmung der Verjährung geknüpft, so daß der Besteller zu besonderen, teilweise kostspieligen Maßnahmen zwecks Unterbrechnung der Verjährung vielfach nicht vorzeitig genötigt ist (§ 639 Abs. 2 BGB).

Bei einer Beurteilung der Fristdauer kann auch nicht außer Betracht bleiben, daß der Besteller nach Entdeckung eines Baumangels häufig zunächst einige Zeit für eine erste Prüfung der Ursache und Verantwortlichkeit braucht, bevor er sich an den verantwortlich erscheinenden Unternehmer wendet. Dabei darf nicht auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls abgestellt werden, sondern muß die verallgemeinernde gesetzliche Einordnung der geschuldeten Leistung als "bewegliches" Werk sowie als Arbeit an Grundstücken oder bei Bauwerken beachtet werden, mag die Zuordnung insofern gelegentlich auch zufällig erscheinen.

Somit gibt die Dauer selbst der fünfjährigen Gewährleistung für Arbeiten bei Bauwerken allein keinen Anlaß zu einer vertraglichen Verkürzung, wenngleich im allgemeinen Verjährungsfristen abgekürzt werden können (§ 225 Satz 2 BGB).

bb) Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche, auf die bei der Anwendung des § 9 AGBG angemessen Rücksicht zu nehmen ist (§ 24 Satz 2 AGBG), erlauben keine von § 11 Nr. 10 f AGBG abweichende Beurteilung.

Fällt eine Klausel bei Verwendung gegenüber Nichtkaufleuten unter eine der Verbotsnormen des § 11 AGBG, so ist dies ein Indiz dafür, daß sie auch im Falle der Verwendung unter Kaufleuten zu einer unangemessenen Benachteiligung des Vertragspartners führt, es sei denn, sie kann wegen der besonderen Interessen und Bedürfnisse des kaufmännischen Geschäftsverkehrs ausnahmsweise als angemessen angesehen werden (Kötz in MünchKomm, AGBG, § 9 Rdn. 14; vgl. auch Löwe/von Westphalen/Trinkner, § 24 Rdn. 14; Ulmer/Brandner/Hensen, § 24 Rdn. 19; Palandt/Heinrichs, AGBG § 9 Anm. 5; Stein, § 24 Rdn. 10). Der wesentliche Grundgedanke der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG), daß nämlich die verhältnismäßig kurzen Gewährleistungsfristen der §§ 477, 638 BGB die Zeiträume angemessen berücksichtigen, in denen gewöhnlich Mängel auftreten, und daß eine (weitere) Verkürzung den Auftraggeber im Hinblick auf zunächst verborgene Mängel unzumutbar benachteiligen würde, gilt aber auch im Handelsverkehr (vgl. Staudinger/Schlosser, § 11 Nr. 10 Rdn. 86). Kaufleute werden im Betrieb ihres Handelsgewerbes von Bauwerksmängeln nicht minder betroffen als Nichtkaufleute. Die besonderen Interessen und Bedürfnisse des kaufmännischen Verkehrs und die dort geltenden Maßstäbe sind für das typische Auftraggeberrisiko bei Bauwerken ohne Belang. Der Kaufmann ist im allgemeinen nicht etwa imstande, verborgene Baumängel früher zu bemerken als Nichtkaufleute.

Auch Kaufleute werden deshalb im Betrieb ihres Handelsgewerbes als Auftraggeber in aller Regel durch eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Verkürzung der (mit der Abnahme beginnenden) fünf-

jährigen Gewährleistungsfrist für Arbeiten bei Bauwerken entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt (§ 9 AGBG).

e) Das trifft auch für die Verkürzung der Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre in Nr. 7 der von der Beklagten verwendeten "Allgemeinen Ausführungs- und Zahlungsbedingungen für die Verarbeitung von Polyurethan-Hartschaum (Fassung 1974)" zu.

Sie gelten nach ihrer Überschrift für jede Verarbeitung von Polyurethan-Hartschaum. Dazu gehören neben Außenbeschichtungen, wie sie hier vorgenommen worden sind, auch Dachverschäumungen und Füllungen von Hohlräumen zur Schall- und Wärmedämmung (alle erwähnt in Nr. 7 AAZB). Die vielfältige Verwendung von Polyurethan-Hartschaum im Bauwesen nimmt zu, wie dem Senat bekannt ist, und zwar vor allem zur Füllung von Hohlräumen, wo der Kunststoff nicht wie die Beschichtung einzelner oberirdischer Lagertanks unter ständiger Beobachtung steht.

Die Annahme des Berufungsgerichts, Mängel, wie sie hier aufgetreten seien, würden regelmäßig schon nach kurzer Zeit festgestellt, beschränkt sich auf die im vorliegenden Fall durchgeführte Außenisolierung. Darauf kommt es aber bei der Angemessenheitskontrolle nach § 9 AGBG nicht an. Die Prüfung muß sich vielmehr auf sämtliche in Betracht kommenden Verwendungen von Polyurethan-Hartschaum erstrecken. Nach den Erfahrungen des Senats treten gerade Mängel an Dächern und an unterirdischen oder anderen nicht mehr sichtbaren Abdichtungen oft erst später als zwei Jahre nach Abnahme auf. Polyurethan-

Hartschaum unterscheidet sich daher nicht von anderen Baustoffen, für deren Verarbeitung bei Bauwerken die in § 638 BGB vorgeschriebene fünfjährige Mängelgewähr des Unternehmers den beiderseitigen Interessen am besten gerecht wird, gleichviel ob der Besteller Kaufmann ist oder nicht.

Die in § 7 AAZB ausbedungene Verkürzung der Verjährungsfrist auf 2 Jahre ist nach alledem gemäß § 9 AGBG unwirksam.

4. Sind somit die Gewährleistungsansprüche der Klägerin nicht verjährt, kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, sondern muß aufgehoben werden. Auf die streitige Hemmung der Verjährung kommt es nicht an.

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

Girisch

Recken

Doerry

Bliesener

Walchshöfer