

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 639, 209

Die Klage auf Zahlung eines bestimmten Betrags als Vorschuß zur Behebung eines Mangels unterbricht auch die Verjährung des späteren (mit zwischenzeitlichen Kostensteigerungen begründeten) Anspruchs auf Zahlung eines h ö h e r e n Vorschusses zur Behebung desselben Mangels.

BGH, Urt. v. 18. März 1976 - VII ZR 41/74 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

13

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 41/74

URTEIL

Verkündet am

18. März 1976

Werner,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Witwe Margarete S [REDACTED], W [REDACTED],
R [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Hermann B [REDACTED], Inhaber der
Firma Chr. B [REDACTED], K [REDACTED] über W [REDACTED],
H [REDACTED] straße,

Kläger, Widerbeklagten,
Berufungskläger und
Revisionsbeklagten,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1976 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Dr. Recken und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Braunschweig vom 19. Dezember 1973 aufgehoben, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat für die Beklagte ein Haus gebaut. Er hat eine restliche Werklohnforderung von 7.952,79 DM eingeklagt. Die Beklagte hat mit Gegenansprüchen wegen Baumängeln aufgerechnet und widerklagend vom Kläger zunächst 36.000,-- DM verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Klage abgewiesen, der Widerklage in Höhe von 18.353,21 DM stattgegeben und die Entscheidung über die weitergehende Wider-



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

klage dem Schlußurteil vorbehalten. Das Teilurteil ist rechtskräftig geworden.

Im weiteren Verfahren vor dem Landgericht hat die Beklagte die Widerklage wiederholt erhöht und zuletzt 88.970,51 DM abzüglich des ihr im Teilurteil zuerkannten Betrags verlangt. Das Landgericht hat im Schlußurteil der Beklagten über das Teilurteil hinaus weitere 49.033,04 DM zuerkannt, im übrigen die Widerklage - insoweit rechtskräftig - abgewiesen.

Gegen das Schlußurteil des Landgerichts hat nur der Kläger Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat der Beklagten unter Berücksichtigung der ihr im Teilurteil zugesprochenen 18.353,21 DM lediglich weitere 7.646,79 DM zuerkannt und auf die im Berufungsverfahren vom Kläger geltend gemachte Verjährungseinrede die weitergehende Widerklage abgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, die der Kläger zurückzuweisen beantragt.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Beklagte das Haus mit dem Einzug der Mieter im Jahre 1964 abgenommen und damit die nach § 13 Nr. 4 VOB/B - deren Geltung die Parteien vereinbart haben - zwei Jahre betragende Verjährungsfrist für Mängelansprüche zu laufen begonnen

habe. Mit dem schriftlichen Nachbesserungsverlangen der Beklagten vom August 1965 habe die Verjährungsfrist hinsichtlich der darin gerügten Mängel neu zu laufen begonnen (§ 13 Nr. 5 VOB/B). Durch den Beweissicherungsantrag der Beklagten vom 6. Oktober 1965 sei die Verjährung bis zum Eingang des Sachverständigengutachtens am 14. März 1966 unterbrochen gewesen (§§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB). Die neue Verjährungsfrist habe somit am 14. März 1968 geendet. Bis zu diesem Zeitpunkt habe die Beklagte lediglich mit der am 8. März 1968 zugestellten Widerklage eine Forderung von 26.000,-- DM geltend gemacht, die auch begründet sei. Unter Berücksichtigung der im Teilurteil zuerkannten 18.353,21 DM könnten der Beklagten somit nur noch 7.646,79 DM zugesprochen werden. Die weitergehende Widerklageforderung habe die Beklagte erst nach Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemacht.

II.

Die Revision ist begründet.

1. Mit der Widerklage verlangt die Beklagte einen Vorschuß für die vom Kläger verweigerte Behebung von Baumängeln. Für diesen sich aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B ergebenden Anspruch (BGHZ 47, 272) gilt die zweijährige Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B ebenso wie für den Mängelbeseitigungsanspruch selbst (§ 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B) und den Anspruch des Auftraggebers auf Ersatz der ihm durch Behebung der Mängel entstandenen Kosten (BGH NJW 1970, 421, 423). Denn der Mängelbeseitigungsanspruch, aus dem der Kostenvorschußanspruch sich ableitet,

unterliegt in allen seinen Erscheinungsformen der kurzen Verjährung (ebenso Ingenstau-Korbion VOB, 7. Aufl., § 13 Rdn. 180 a.E.).

2. Die Beklagte hat den Kostenvorschußanspruch erstmals mit der am 8. März 1968 zugestellten Widerklage über 26.000,-- DM geltend gemacht. Zu diesem Zeitpunkt war der Mängelbeseitigungsanspruch und damit auch der Anspruch auf Kostenvorschuß noch nicht verjährt. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B das schriftliche Nachbesserungsersuchen der Beklagten vom August 1965 (BGHZ 53, 122, 126) und nach den - auch auf der VOB unterstellte Verträge anzuwendenden - §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB der Beweissicherungsantrag der Beklagten vom 6. Oktober 1965 den Lauf der Verjährungsfrist insgesamt bis 14. März 1968 verlängert haben, allerdings nur soweit der Anspruch Mängel betrifft, deren Beseitigung die Beklagte in dem Nachbesserungsersuchen gefordert und auf die sich das Beweissicherungsverfahren bezogen hat.

3. Das schriftliche Nachbesserungsverlangen der Beklagten vom August 1965 hat nicht nur die Verjährung des Mängelbeseitigungsanspruchs, sondern entsprechend §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 3 BGB auch die der übrigen Gewährleistungsansprüche, also auch die des Kostenvorschußanspruchs unterbrochen (vgl. BGHZ 59, 202). Für den Beweissicherungsantrag der Beklagten vom 6. Oktober 1965 gilt das gleiche (BGHZ 48, 108, 116).

4. Durch die somit vor Ablauf der Verjährungsfrist erhobene Widerklage wurde nach § 209 Abs. 1 BGB die Ver-

jäh- rung des Vorschußanspruchs abermals unterbrochen. Diese Unterbrechung wirkt jedoch nicht, wie das Berufungsgericht meint, nur in Höhe des eingeklagten Betrags von 26.000,-- DM, sondern sie erfaßt den Anspruch auch in der durch die späteren Erweiterungen der Widerklage geltend gemachten Höhe. Das folgt aus der Eigenart des Anspruchs auf Zahlung eines Kostenvorschusses. Eine als Vorschuß geleistete Zahlung ist nichts Endgültiges, sondern muß abgerechnet werden; gegebenenfalls kann eine Nachzahlung verlangt werden (BGHZ 47, 272, 274). So hat auch die Beklagte die wiederholten Erhöhungen der Widerklage mit den im Verlauf des Rechtsstreits eingetretenen Kostensteigerungen begründet. Solche Erhöhungen betreffen den von Anfang an verlangten Vorschuß zur Behebung der Mängel, dessen Betrag den gestiegenen Kosten angepaßt wird. Die Erhöhungen stellten also nicht weitere Teile des Kostenvorschußanspruchs dar, sondern dienten seiner Berechnung. Der als Einheit aufzufassende Vorschußanspruch war schon mit der Erhebung der Widerklage insgesamt rechtshängig geworden. Die dadurch bewirkte Unterbrechung der Verjährung deckt auch die spätere Erweiterung des Anspruchs (so für Rentenansprüche BGH NJW 1970, 1682, Sp. 1). Mit der Erhebung der Widerklage über 26.000,-- DM wurde deshalb die Verjährung des Kostenvorschußanspruchs auch in der darüber hinausgehenden Höhe unterbrochen. Diese Unterbrechung dauert nach § 211 Abs. 1 BGB fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt wird. Der Kostenvorschußanspruch ist somit auch insoweit nicht verjährt, als er im Verlauf des Rechtsstreits durch die Erweiterungen der Widerklage erhöht worden ist.

5. Vorstehendem Ergebnis steht nicht die Erwägung entgegen, die Beklagte habe neben der Vorschußklage noch eine Feststellungsklage erheben können. Die Klage auf Zahlung eines Vorschusses zur Behebung von Mängeln ist eine Besonderheit des Werkvertragsrechts, die eine Feststellungsklage zum Zwecke der Verjährungsunterbrechung entbehrlich macht. Sie ähnelt in ihrer Wirkung einer unbezifferten Leistungsklage (vgl. dazu etwa BGH NJW 1974, 1551 - Schmerzensgeld -).

6. Das rechtskräftige Teilurteil des Landgerichts vom 10. Februar 1971 steht der Verjährungsunterbrechung nicht entgegen. Selbst wenn mit seiner Rechtskraft die zweijährige Verjährungsfrist nach § 211 Abs. 1 BGB wieder zu laufen begonnen hätte, lägen die Erweiterungen der Widerklage, die bis April 1972 erfolgt sind, vor Ablauf der Verjährung. Das Landgericht hat jedoch die Entscheidung über einen Teil der Widerklage dem Schlußurteil vorbehalten. Damit blieb der mit der Widerklage erhobene Vorschußanspruch weiter anhängig, da die Rechtshängigkeit des Vorschußanspruchs, wie ausgeführt, was die Unterbrechungswirkung anbelangt, von der jeweils geltend gemachten Höhe unabhängig ist.

III.

Das angefochtene Urteil ist, soweit zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist, aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zur weiteren Verhandlung und Entscheidung über die Begründetheit des Widerklageanspruchs, zugleich über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Erbel

Girisch

Recken

Bliesener