

111

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 477, 639; Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)
Teil B § 13 Nr. 5 - 7

- a) Die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs des Bauherrn wegen eines Mangels am Bauwerk ist gemäß § 639 Abs. 2 BGB auch dann gehemmt, wenn der Bauunternehmer - in Unkenntnis des wirklichen Mangels - sich auf untaugliche Nachbesserungsversuche an dem als Erscheinungsform des wirklichen Mangels äußerlich sichtbaren Schaden beschränkt (hier: Ausbessern von Putzrissen, die durch Verwendung von Hohlblocksteinen zu geringer Festigkeit verursacht waren und daher immer wieder auftraten).

Die Hemmung endet, wenn der Unternehmer erklärt, nur für den äußerlich sichtbaren Mangel (Putzrisse), nicht aber für den ihn verursachenden weiteren Mangel (Hohlblocksteine) eintreten zu wollen.

- b) § 477 Abs. 3, § 639 Abs. 1 BGB sind auf Bauverträge, die der VOB unterliegen, jedenfalls insoweit entsprechend anzuwenden, als es sich um die Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB handelt.
- c) Zur Frage, ob bei solchen Bauverträgen ein Beweissicherungsantrag des Bauherrn die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen unterbricht und in welchem Umfang.

BGH, Urt. v. 15. Juni 1967 - VII ZR 46/66 - OLG Celle

LG Hannover

110

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 46/66

Verkündet am

15. Juni 1967
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Malers Otto T [REDACTED] in A [REDACTED]/H [REDACTED], Im
B [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Fritz W [REDACTED] in P [REDACTED]/
H [REDACTED], Br [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

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

114

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Celle vom 10. Juni 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ in den Jahren 1958 und 1959 auf seinem Grundstück in A. bei H., Im B., vom Beklagten ein Wohnhaus bauen. Er zog Ende Februar 1959 ein. In der Folge zeigten sich Risse im Außenputz. Der Beklagte, vom Kläger zur Nachbesserung aufgefordert, erneuerte den Putz im Jahre 1960 und besserte ihn im Frühjahr 1961 nochmals aus. Es bildeten sich jedoch wiederum Risse. Mit Schreiben vom 25. November 1961 und 10. April 1962 erklärte sich der Beklagte zu weiterer Nachbesserung der Putzschäden bereit, lehnte aber jede Verantwortung für die von ihm beim Bau verwendeten Bims-Hohlblocksteine ab.

Im Jahre 1963 forderte das Bauamt vom Kläger wegen Baufälligkeit des Hauses zunächst dessen Räumung, später



nur eine Abstützung und Erneuerung der Außenmauern.

Der Kläger hält Steine, Mörtel und Putz für mangelhaft und macht dafür den Beklagten verantwortlich.

Mit der (am 8. April 1963 eingereichten und am 17. April 1963 zugestellten) Klage hat der Kläger vom Beklagten Schadensersatz "wegen Verwendung untauglichen Baumaterials" in Höhe von 30.000 DM nebst Zinsen gefordert. In der Verhandlung vom 19. September 1963 hat er zusätzlich den Antrag gestellt:

festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm auch den weiteren Schaden zu ersetzen, der ihm an dem Haus durch Baumängel und Verwendung ungeeigneten Baumaterials entstanden sei.

Der Beklagte hat Mängel, jedenfalls aber seine Verantwortlichkeit dafür bestritten. Er hat sich auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat den Zahlungsanspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet sei, dem Kläger den weiteren Schaden zu ersetzen, der an dem Haus durch Verwendung mangelhafter Bimshohlblocksteine entstanden sei und noch entstehen werde.

Hiergegen hat der Beklagte Berufung eingelegt mit dem Ziele der Klagabweisung. Der Kläger hat am 8. Mai 1964 Anschlußberufung eingelegt mit dem Antrage:

festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet sei, ihm den weiteren Schaden zu ersetzen, der an dem Haus durch Verwendung mangelhafter Bimshohlblocksteine, nicht ordnungsmäßigen Mörtels und nicht ordnungsmäßigen Putzes entstanden sei oder noch entstehen werde.

Das Oberlandesgericht hat die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seine Berufungsanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht läßt offen, ob die Steine, der Mörtel oder der Putz mangelhaft sind und ob der Beklagte solche Mängel zu vertreten hätte. Denn jedenfalls seien darauf beruhende Schadensersatzansprüche des Klägers verjährt.

I.

Es beurteilt das Vertragsverhältnis der Parteien nach der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB); die Parteien hätten deren Geltung vereinbart.

Die Revision meint dagegen, weder habe der Architekt Schraepfer des Klägers in dessen Namen eine solche Vereinbarung mit dem Beklagten getroffen, noch sei Schraepfer vom Kläger zu einer solchen Abrede bevollmächtigt gewesen. Das habe der Beklagte auch im Prozeß zugestanden.

1.) Ein Geständnis des Beklagten dahin, daß die Geltung der VOB für seinen Vertrag mit dem Kläger nicht vereinbart sei, ist den von der Revision angeführten Aktenstellen nicht zu entnehmen.

2.) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat Sch[REDACTED] bei der Bebauung des B[REDACTED] etwa 40 Häuser einheitlichen Typs durch den Beklagten als Bauunternehmer

errichten lassen. Im Falle des Bauherrn G. hat er ein ausführliches Leistungsverzeichnis erstellt, auf dessen Grundlage der Beklagte sein Angebot gemacht und das zum Vertragsinhalt zwischen G. und dem Beklagten geworden ist. In diesem Leistungsverzeichnis heißt es ausdrücklich:

"Vorbemerkung: Der Ausschreibung liegen die Bestimmungen der VOB zugrunde, die bei Auftragserteilung Bestandteil des Vertrages werden."

Bei der mündlichen Vergabe der Bauarbeiten für die übrigen Bauherren des B., und so auch beim Kläger, hat Sch., wie das Berufungsgericht feststellt, auf das Vertragsangebot des Beklagten im Falle G. Bezug genommen. Ob Sch. im Falle des Klägers den Beklagten auch noch ausdrücklich auf die Maßgeblichkeit der VOB hingewiesen hat, läßt das Berufungsgericht offen und hält es für unerheblich.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht stelle die Vereinbarung, daß die VOB gelten solle, im konkreten Falle des Klägers nicht fest. Wenn der Architekt in einer Vielzahl anderer Fälle die VOB vereinbart habe, so folge daraus nicht zwingend, daß er es auch im Falle des Klägers getan habe. Es handele sich nicht um ein "typisches" Vorgehen.

Die Revision verkennt den Gedankengang des Berufungsgerichts. Dieses hebt darauf ab, daß die Bebauung des Bultfeldes ein einheitliches Gesamtprojekt mit etwa 40 Häusern darstellte, in dessen Rahmen dem Beklagten sämtliche Aufträge durch Bezugnahme auf das Angebot im Falle G. zu den Bedingungen der VOB erteilt wurden, so auch im Falle des Klägers. Dieser Gedankengang des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Seine Auslegung der

Individualerklärung Schraeplers ist rechtsfehlerfrei und bindet das Revisionsgericht.

b) Zu Unrecht meint die Revision, der mündliche Vertragsschluß verletze § 29 VOB (A). Die genannte Vorschrift macht die Gültigkeit eines Bauvertrages nicht von der Einhaltung der Schriftform abhängig.

3.) Das Berufungsgericht entnimmt dem Architektenvertrag des Klägers mit Sch[REDACTED], daß dieser bevollmächtigt war, die Geltung der VOB für den Bauvertrag der Parteien zu vereinbaren (§§ 7, 9 des Einzel-Architektenvertrages vom 22. Mai 1956 = §§ 6, 8 des (späteren, undatierten) Sonder-Architektenvertrages). Nach diesen Vertragsbestimmungen wird die Wahl der einzelnen Unternehmer für die Ausführung des Bauwerks und die Entscheidung über die Vergabe der Bauarbeiten gemeinsam von dem Bauherrn und dem Architekten getroffen; dieser hat sämtliche Arbeiten als Vertrauensmann und Treuhänder des Bauherrn zu vergeben und mit den Unternehmern die Vorschriften für ihre Arbeiten und Lieferungen durch besondere Verträge zu vereinbaren; er ist zur Wahrung der Rechte des Bauherrn berechtigt und verpflichtet und gilt als dessen Bevollmächtigter gegenüber den Unternehmern.

Das Berufungsgericht führt dazu aus, nach dem Architektenvertrag sei lediglich die Wahl des Unternehmers und die Vergabe der Bauarbeiten der gemeinsamen Entscheidung von Bauherrn und Architekten vorbehalten; die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Bauherrn und Bauhandwerkern im einzelnen sei danach jedoch dem Architekten allein überlassen, der dazu Vollmacht des Bauherrn habe.

Die Revision meint demgegenüber, die Vereinbarung der Geltung der VOB falle mit unter den Begriff der "Ver-

gabe der Bauarbeiten". Dem kann nicht gefolgt werden.

a) Der Senat kann die Auslegung des Berufungsgerichts frei nachprüfen. Denn die genannten Bestimmungen des von Sch. [REDACTED] verwendeten Vertragsformulars decken sich inhaltlich mit der entsprechenden Regelung, in dem bei Roth-Gaber, Vertragsrecht und GOA, 8. Aufl., abgedruckten Muster-Architektenvertrag (vgl. § 5 aaO S. 142 f, 145 f), der nach der Kenntnis des Senats in zahlreichen Oberlandesgerichtsbezirken gebräuchlich ist.

b) Der Senat tritt der Auslegung des Berufungsgerichts bei. "Vergabe der Bauarbeiten" (§ 7 Satz 1 des Einzel-Architektenvertrages = § 6 Satz 1 des Sonder-Architektenvertrages) bedeutet die EntschlieÙung, wem von mehreren Bauhandwerkern der betreffende Bauauftrag erteilt werden soll. Die Vertragsausgestaltung im einzelnen ist dagegen (gemäß § 7 Satz 2 des Einzel-Architektenvertrages = § 6 Satz 2 des Sonder-Architektenvertrages) dem Architekten allein überlassen; dazu hat er die Vollmacht des Bauherrn.

4.) Die Revision meint, der Beklagte könne sich nicht auf die kurze Verjährung gemäß § 13 Ziff. 4 VOB (B) berufen, weil er die Mängel arglistig verschwiegen habe (§ 637 BGB). Die Revision weist jedoch nicht nach, daß der Kläger das in den Tatsacheninstanzen behauptet hätte. An der von der Revision angeführten Schriftsatzstelle findet sich diese Behauptung nicht. Dort ist nicht gesagt, daß der Beklagte die Mängel gekannt hätte, sondern lediglich, daß er sie hätte erkennen müssen.

II.

Das Berufungsgericht hält die Klageansprüche gemäß § 13 Ziff. 4; § 12 Ziff. 5 Abs. 2 VOB (B) spätestens seit dem 7. März 1961 für verjährt (2 Jahre nach Ablauf von 6 Werktagen nach dem - Ende Februar 1959 erfolgten - Einzug des Klägers in das Haus). Es ist der Auffassung, der Lauf der Verjährungsfrist sei nicht unterbrochen oder gehemmt worden.

1.) Eine Unterbrechung gemäß § 208 BGB durch Anerkenntnis des Beklagten verneint es mit der Begründung, schon objektiv habe aus der Nachbesserung des Putzes nicht auf die Anerkennung von Ansprüchen wegen Schäden an den Steinen und dem Mörtel geschlossen werden können. Zudem habe der Beklagte das für ein Anerkenntnis notwendige Bewußtsein von dem Bestehen eines solchen Anspruchs nicht gehabt.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Was die Revision dagegen vorbringt, liegt neben der Sache.

2.) Das Berufungsgericht verneint auch eine Hemmung der Verjährung gemäß § 639 Abs. 2 BGB. Die Handlungen des Beklagten zur Beseitigung der Schäden hätten sich lediglich auf den Putz, nicht aber auf die Steine und den Mörtel bezogen.

a) Diese Auffassung ist zu eng und wird von der Revision mit Recht angegriffen. Das Berufungsgericht übersieht, daß die Putzrisse nach dem (in der Revisionsinstanz als richtig zu unterstellenden) Vortrag des Klägers nicht nur

auf Mängel des Putzes selbst, sondern auch auf - ebenfalls vom Beklagten zu vertretende - Mängel am Mörtel und vor allem an den Steinen zurückgehen sollen. Die Putzrisse waren dann nur die äußerlich sichtbare Erscheinungsform und Auswirkung auch der Mängel an den Steinen und dem Mörtel. Ist das aber der Fall, so lassen sich in der Beurteilung gemäß § 639 Abs. 2 BGB die Putzrisse rechtlich nicht von den sie verursachenden Mängeln trennen; vielmehr muß ein zwischen den Putzrissen und den Mängeln an den Steinen und dem Mörtel etwa bestehender ursächlicher Zusammenhang berücksichtigt werden.

b) Sinn und Zweck des § 639 Abs. 2 BGB gehen dahin, daß die Verjährung gehemmt sein soll, solange der Unternehmer die Mängel untersucht oder an deren Beseitigung arbeitet und sich darum bemüht. Solange das der Fall ist, soll der Besteller nicht gezwungen sein, zur Vermeidung der Verjährung gegen den Unternehmer Klage zu erheben. Denn ein klageweises Vorgehen des Bestellers würde vielfach das (bis dahin noch erträgliche) Einvernehmen der Vertragsparteien und die Nachbesserungsbereitschaft des Unternehmers stören und eine gütliche Abwicklung des Vertragsverhältnisses verhindern.

Diese Gründe treffen auch dann zu, wenn - wie hier zu unterstellen ist - der Unternehmer, in Unkenntnis der wahren Mängel und Ursachen der sichtbaren Schäden, zunächst mit untauglichen Mitteln erfolglos nur an den äußeren Symptomen der Mängel "herumkuriert". Auch in solchen Fällen vertraut der Besteller, der die wahren Gründe und Mängel ebenfalls nicht kennt, vorerst auf einen Erfolg der Nachbesserungsversuche des Unternehmers und sieht einstweilen keinen Anlaß, jenen mit einer Klage zu überziehen. Des-

wegen ist es geboten, den Besteller auch bei solcher Sachlage durch Hemmung der Verjährung gemäß § 639 Abs. 2 BGB zu schützen, solange Prüfung und Nachbesserungsversuche des Unternehmers andauern. Die Hemmung endet, wenn der Unternehmer die Verantwortung für bestimmte Mängel ablehnt und ihre Beseitigung verweigert, wie der Beklagte das hier wegen der Hohlblocksteine spätestens mit Schreiben vom 10. April 1962 getan hat.

c) Für die Zeit, während welcher Bauherr und Unternehmer über die zweckmäßigste Art und Weise der Nachbesserung verhandeln, kann unter Umständen auch eine Verjährungshemmung infolge Stundung der Nachbesserungsverpflichtung des Unternehmers in Betracht kommen (§ 202 BGB).

d) Wenn der Unternehmer durch Bekundung seiner Nachbesserungsbereitschaft den Bauherrn veranlaßt hat, bis zum Eintritt der Verjährung stillzuhalten, und wenn er dann die Nachbesserung ablehnt und sich auf Verjährung beruft, so kann dem Bauherrn auch der Einwand aus § 242 BGB gegenüber der Verjährungseinrede zustehen.

3.) Das Berufungsgericht meint, eine etwaige Hemmung der Verjährung gemäß § 639 Abs. 2 BGB habe nur den Nachbesserungsanspruch des Klägers, nicht aber den mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruch betroffen. Zwar bewirke nach § 639 Abs. 1 und § 477 Abs. 3 BGB beim Kauf- und Werkvertrag die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der Gewährleistungsansprüche auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Gewährleistungsansprüche (vgl. für den Werkvertrag BGHZ 39, 189). Diese Regelung des allgemeinen bürgerlichen Rechts sei aber auf den Bauvertrag nach der Verdingungsordnung für Baulei-

stungen (VOB) nicht anwendbar. Denn nach § 13 Ziff. 5 - 7 VOB (B) könne der Besteller die verschiedenen Gewährleistungsansprüche nebeneinander geltend machen; § 477 Abs. 3 BGB setze dagegen sich gegenseitig ausschließende Ansprüche voraus. (Vgl. RGZ 93, 158, 162; 134, 272; Hereth-Ludwig-Naschold VOB Teil B § 13, Ez 187-190, aber auch Ez 166; Herding-Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl., S. 492 - 496; Schmalzl NJW 1965, 129, 136; Schmidt MDR 1963, 263, 268; Henckel JZ 1962, 335, 337; abweichend: Ingenstau-Korbion VOB, 4. Aufl. Teil B § 13 Rz 66; Korbion, Bau und Bauindustrie 1965, Beilage Baubetriebswirtschaft u. Baurecht S. 178).

Auch in diesem Punkt sind die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum.

Dabei braucht die Frage, ob § 477 Abs. 3 und § 639 Abs. 1 BGB bei einem Bauvertrag nach VOB Anwendung finden, im vorliegenden Fall nicht in voller Breite behandelt und entschieden zu werden. Soweit es sich um die hier in Betracht kommende Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB handelt, vermag der Senat den Standpunkt des Berufungsgerichts jedenfalls nicht zu teilen.

a) Dieses bezieht die infolge der Nachbesserungsversuche des Beklagten eingetretene Verjährungshemmung möglicherweise deshalb allein auf den Mängelbeseitigungsanspruch des Klägers, weil zu dieser Zeit, soviel ersichtlich, zwischen den Parteien von Schadensersatzansprüchen noch nicht die Rede war, man vielmehr glaubte, durch die Bemühungen des Beklagten die Wurzel des Übels beseitigen zu können. Hierauf kommt es jedoch nicht an.

§ 13 Ziff. 5 - 7 VOB (B) stellen zwar, im Gegensatz zur Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Kauf und Werkvertrag, die verschiedenen Gewährleistungsansprüche nicht wahlweise, sondern teils hintereinander (Nachbesserung, statt ihrer gegebenenfalls Minderung), teils nebeneinander (Nachbesserung bzw. Minderung und außerdem Schadensersatz) zur Verfügung. Diesem begrifflichen Nebeneinander von Nachbesserung und Schadensersatz oder Minderung und Schadensersatz stehen aber praktische Schwierigkeiten entgegen. Mit Recht weisen Ingenstau-Korbion und Korbion aaO z.B. darauf hin, daß oft erst nach Beendigung der Nachbesserungsversuche beurteilt werden kann, ob und in welcher Höhe ein Schaden verbleibt und wer dafür verantwortlich ist, wobei dann im Prozeß der Minderwert neben dem sonstigen Schaden nicht besonders ausgewiesen zu werden braucht (vgl. BGH VII ZR 213/58 vom 21. April 1960 = LM Nr. 5 zu § 13 VOB (B); VII ZR 200/62 vom 17. Februar 1964). Deshalb kann von dem Bauherrn vor Ablauf des im § 639 Abs. 2 BGB genannten Zeitraums billigerweise nicht verlangt werden, daß er mit Schadensersatzansprüchen hervortritt.

Allerdings wäre der Bauherr durch Berechnungsschwierigkeiten nicht gehindert, bereits vorher Klage auf Feststellung der Schadensersatzpflicht des Unternehmers zu erheben. Jedoch ist folgendes zu berücksichtigen:

Wie bereits oben zu 2) ausgeführt, ist es der Sinn und Zweck des § 639 Abs. 2 BGB, den Besteller des Zwanges zu entheben, bereits während noch laufender Nachbesserung des Unternehmers diesen wegen der Mängel mit einer Klage überziehen zu müssen, um der drohenden Verjährung vorzubeugen. Gerade der verständige Bauherr, dem es darauf ankommt, den Unternehmer im Guten zur Beseitigung der Mängel

zu veranlassen, wird es vermeiden, während der laufenden Nachbesserung durch eine Klage das Einvernehmen der Vertragsteile und die Nachbesserungsbereitschaft des Unternehmers zu stören. Bei Abwägung der gegenseitigen Interessen muß dem berechtigten Interesse des Bauherrn, eine Klage bis zur Beendigung der Nachbesserungsversuche des Unternehmers aufzuschieben zu dürfen, ohne den Eintritt der Verjährung befürchten zu müssen, der Vorrang zuerkannt werden gegenüber dem Interesse des Unternehmers an möglichst baldigem Eintritt der Verjährung. Für die störende Wirkung einer Klage des Bauherrn, das "Vergrämen" des Unternehmers, ist es aber ganz gleichgültig, ob die Klage auf Nachbesserung, Minderung oder Schadensersatz gerichtet ist.

Der Zweck des § 639 Abs. 2 BGB verbietet es deshalb auch, dem Bauherrn während der Nachbesserungsversuche des Unternehmers die Erhebung einer Feststellungsklage auf Schadensersatz anzusinnen.

b) Sinn und Zweck der §§ 477 Abs. 3, 639 Abs. 1 BGB stehen der vorstehend vertretenen Auffassung des Senats nicht entgegen.

Die Gegenmeinung beruft sich auf die Protokolle der II. Kommission zum Entwurf des BGB, Bd. II S. 314. Dort heißt es zu der Regelung, wie sie in den genannten Gesetzesbestimmungen Ausdruck gefunden hat, diese sei innerlich gerechtfertigt, da es sich im Grunde bei den formell verschiedenen Ansprüchen auf Wandlung, Minderung, Schadensersatz doch nur um verschiedene, dem Berechtigten zur Wahl gestellte Mittel zur Durchführung seines Rechts handele. Es sei nicht billig, Käufer und Besteller zu zwingen, entweder

ihre Ansprüche im Prozeß zu häufen oder sich alsbald wegen des einen oder des anderen Anspruchs schlüssig zu werden.

In diesen Ausführungen ist zwar das "Wahlrecht" von Käufer und Besteller zwischen den verschiedenen Gewährleistungsansprüchen erwähnt, worauf sich die Gegenmeinung stützt. Es kommt darin aber auch der Gedanke zum Ausdruck, daß Käufer und Besteller vor dem Zwang bewahrt bleiben sollen, vorschnell zu einer bestimmten Klage gegen Verkäufer und Unternehmer greifen zu müssen. Das stützt die oben vertretene Auffassung, weil sie den Besteller der Notwendigkeit enthebt, vorschnell auf Schadensersatz zu klagen, noch ehe zu überblicken ist, inwieweit nach Durchführung der Nachbesserung Schäden verbleiben.

Es heißt dann in den Protokollen aaO weiter, und zwar zu der Regelung, wie sie in § 639 Abs. 2 BGB Gesetz geworden ist: Wenn schon häufig in der Erklärung des Unternehmers, einen Mangel des Werks beseitigen zu wollen, eine Anerkennung und damit eine Unterbrechung der Verjährung liege, so seien doch auch die Fälle nicht selten, in denen die Beteiligten hofften, über einen Streit wegen des Mangels hinwegzukommen, und deswegen eine vertragsgemäße Anerkennung ihnen fern liege. Hier dürfe dem Besteller die Frist für die Erhebung seiner Ansprüche nicht verkürzt werden.

Diese Erwägungen beanspruchen Geltung unabhängig davon, ob die mehreren Gewährleistungsansprüche dem Besteller wahlweise zustehen (wie nach BGB), oder nach - bzw. nebeneinander (wie nach der VOB). Sie können daher für die vom Senat vertretene Auffassung angeführt werden.

c) Aus den zu a) und b) genannten Gründen ist es geboten, die §§ 477 Abs. 3, 639 Abs. 1 BGB auf der VOB unterliegende Bauverträge jedenfalls insoweit entsprechend anzuwenden, als es um die Verjährungshemmung nach § 639 Abs. 2 BGB geht.

Die Richtigkeit des Ergebnisses wird durch folgende Erwägung bestätigt:

Nach §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB unterbricht ein Beweissicherungsantrag des Bestellers die Verjährung bis zur Beendigung des Beweissicherungsverfahrens. Daß diese Vorschrift auch im Baurecht der VOB gilt, ist allgemeine Meinung und nicht zweifelhaft (u.a. Hereth-Ludwig-Naschold aaO Ez 162 ff; Ingenstau-Korbion aaO Rz 63). Auch hier tritt die Frage auf, auf welchem Gewährleistungsanspruch die Unterbrechung sich bezieht. Im allgemeinen bürgerlichen Recht ist die Frage durch § 477 Abs. 2, jedenfalls aber Abs. 3, dahin klargestellt, daß es alle Gewährleistungsansprüche sind. Im Bereich der VOB kann nichts anderes gelten; sonst müßte man vom Bauherrn verlangen, daß er schon beim Beweissicherungsantrag angibt, ob er Nachbesserung, Minderung oder auch Schadensersatz anstrebt. Dies ist zu diesem Zeitpunkt unzumutbar, wie keiner näheren Darlegung bedarf. Der Beweissicherungsantrag muß also die Verjährung sämtlicher Gewährleistungsansprüche der VOB einschließlich des Schadensersatzanspruchs unterbrechen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde die zu § 639 Abs. 2 BGB vorgesehene Hemmung anders beurteilt werden sollte.

III.

Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die

126

Klageforderung, wenn eine Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB, gegebenenfalls in Verbindung mit einer Hemmung infolge Stundung der Gewährleistungsansprüche (§ 202 BGB), bejaht wird, bis zur Einreichung der Klage noch nicht verjährt war. Falls das aber doch der Fall gewesen sein sollte, ist die Frage neu zu prüfen, ob der Verjährungseinrede etwa der Einwand aus § 242 BGB entgegensteht.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Da die Sache weiterer Aufklärung bedarf, ist sie an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Auf die weiteren Rügen der Revision kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Vogt