

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 55/67

**URTEIL**

**Verkündet am**

29. Mai 1969

Horn,

Justizhauptsekretär

**als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

des Fabrikanten Kurt H [REDACTED],  
S [REDACTED]/G [REDACTED], Am Sc [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und  
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Hans Z [REDACTED],  
W [REDACTED]-E [REDACTED], M [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1969 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Hubert Meyer, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 14. Februar 1967 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 21. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat im November/Dezember 1963 auf dem Fabrikgelände des Klägers eine Asphaltdecke aufgetragen. Seine Auftragsbestätigung vom 5. November 1963 enthielt den Satz: "Bis zum 1.5.64 werden evtl. Ausbesserungen kostenlos durchgeführt." In einem Schreiben vom 20. Dezember 1963 bestätigte er, daß er noch bestimmte Restarbeiten ausführen werde, sobald die Witterung es erlaube. Darin heißt es weiter: "Diese Arbeiten berühren nicht die Garantie". Der Beklagte führte die Nacharbeiten bis April 1964 aus.

- 3 -

Mit Schreiben vom 6. Mai 1964 rügte der Kläger bestimmte Mängel. Der Beklagte bestritt die Mängel, erklärte sich aber bereit, einen kleinen Teil der Fläche auszubessern. Das lehnte der Kläger als unzureichend ab. Mit der Klage hat er vom Beklagten 19.815 DM nebst Zinsen verlangt. Nach seiner Behauptung ist dieser Betrag für die notwendige Neuherstellung der Hofdecke erforderlich.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil Gewährleistungsansprüche des Klägers verjährt seien. Mit derselben Begründung hat das Oberlandesgericht dessen Berufung zurückgewiesen. Der Kläger verfolgt mit der Revision den Klaganspruch weiter. Der Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe:

#### I.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte den Vertrag - wenn auch mangelhaft - erfüllt. Die hergestellte Hofbefestigung weiche nicht so sehr von der bestellten Leistung ab, daß sie nicht mehr als Leistung der bestellten Art gelten könne. Von einer Nichterfüllung des Vertrages könne somit keine Rede sein. Die Ansprüche des Klägers richteten sich deshalb nach §§ 633 ff BGB.

Den vom Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen Schlechterfüllung (§ 635 BGB) hält das Berufungsgericht für verjährt. Nach seiner Ansicht haben die Parteien die gesetzliche Verjährungsfrist

Hinweis: Alle Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff UrhG geschützt.



des § 638 BGB - es geht von der einjährigen Frist bei Arbeiten an einem Grundstück aus - durch die Vereinbarung vom 5. November 1963 verkürzt und bis zum 1. Mai 1964 begrenzt. Der Anspruch aus den erst mit Schreiben vom 6. Mai 1964 gerügten Mängeln sei deshalb nach Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemacht.

## II.

Die Revision vertritt die Ansicht, die Leistung des Klägers komme einer Nichterfüllung gleich und hieraus sich ergebende Ansprüche des Klägers würden von der Vereinbarung vom 5. November 1963 nicht erfaßt.

1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die vom Kläger hergestellte Hofbefestigung stelle nach der Verkehrsauffassung die bestellte Leistung dar, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Eine Schlechtleistung ist noch keine Nichtleistung. Nur die Lieferung einer anderen als der vertraglich vereinbarten Sache ist einer Nichtleistung gleichzusetzen. Davon kann hier keine Rede sein. Das Berufungsgericht hebt zusätzlich hervor, daß der Kläger die Leistung abgenommen und sogar den Restbetrag von 2.000 DM, den er vorläufig einbehalten durfte, vorzeitig bezahlt hat.

2. Falls der Beklagte nicht genügend Material für die Decke verwendet hat, so folgt daraus ebenfalls nur die Mangelhaftigkeit seiner Leistung. Das Berufungsgericht folgt dem Gutachten des Sachverständigen Groß, wonach die Decke nicht völlig erneuert werden muß, deren Mängel vielmehr dadurch behoben werden können,

daß bestimmte Stellen aufgerissen, aufgefüllt und verdichtet werden und insgesamt eine Asphaltfeinbetonschicht aufgetragen wird. Weiteren Beweis darüber, daß die Decke nicht nachbesserungsfähig sei, brauchte das Berufungsgericht bei der gegebenen Sachlage zur Entscheidung der Frage, ob eine mangelhafte oder Nichtleistung vorliegt, nicht zu erheben. Der Antrag in der Berufungsbegründungsschrift, den Sachverständigen Groß vor dem Senat mündlich zu hören, war zudem verspätet gestellt (BGHZ 35, 370, 373). In welchem Umfang die Decke ausgebessert oder ob sie gar erneuert werden muß, hätte nur für die Höhe des Schadensersatzanspruches des Klägers Bedeutung.

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kommt hier als gesetzliche Verjährungsfrist die fünf Jahre betragende Frist bei Bauwerken (vgl. BGH LM Nr. 7 zu § 638 BGB) in Frage.

In dem Satz im Bestätigungsschreiben des Beklagten vom 5. November 1963 "Bis zum 1.5.64 werden evtl. Ausbesserungen kostenlos durchgeführt" sieht das Berufungsgericht die vertragliche Vereinbarung, daß die Verjährungsfrist am 1. Mai 1964 enden sollte.

Gegen diese Auslegung wendet sich die Revision mit Recht.

a) Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit, den Satz im Schreiben vom 5. November 1963 anders auszulegen, überhaupt in Erwägung gezogen hat. Hierzu hätte jedoch zwingender Anlaß bestanden. Mit derartigen Klauseln

wird im allgemeinen vereinbart, daß der Unternehmer nur für solche Mängel eintreten soll, die sich innerhalb der vereinbarten (Garantie)frist zeigen. Die Verjährung soll dann erst mit dem Hervortreten des Mangels beginnen (vgl. RGZ 65, 119, 121; RG Warn 1911, 370; 1914, 333; BGH BB 1961, 228; 1962, 234; BGH VII ZR 156/64 vom 7. Oktober 1965; Staudinger BGB 11. Aufl. § 477 Anm. 19 und § 638 Anm. 14; Soergel BGB 9. Aufl. § 638 Anm. 12).

b) Eine solche Auslegung ist auch hier möglich und liegt nach Treu und Glauben sogar nahe. In der genannten Klausel ist, was das Berufungsgericht nicht verkennt, von der Verjährung keine Rede. Im allgemeinen ist jedoch anzunehmen, daß Vertragsparteien, die die gesetzliche Verjährungsfrist abkürzen oder - soweit dies zulässig ist - verlängern wollen, dabei den im rechtsgeschäftlichen Verkehr geläufigen Ausdruck "Verjährung" verwenden. Auch die Kürze der hier vereinbarten Frist kann gegen die Annahme sprechen, daß die Parteien damit die Verjährungsfrist gemeint haben. Das gilt umso mehr, als es sich um Arbeiten gehandelt hat, bei denen Mängel erfahrungsgemäß noch nach längerer Zeit auftreten können. Zudem sollten die Arbeiten in einer dafür wenig geeigneten Jahreszeit ausgeführt werden. Es bestand - wie es dann auch eingetroten ist - die Möglichkeit, daß sie vor Winter nicht fertiggestellt werden konnten, in welchem Falle eine am 1. Mai 1964 endende Verjährungsfrist sich als ganz ungewöhnlich kurz herausstellen mußte.

c) Das Berufungsgericht beruft sich für seine Auslegung auf das Schreiben des Beklagten vom 20. Dezem-

ber 1963, in dem dieser versprach, bestimmte Arbeiten noch auszuführen, sobald die Witterung es erlaubte, und in dem es weiter heißt: "Diese Arbeiten berühren nicht die Garantie".

aa) Es meint, letztere Erklärung deute darauf hin, daß der Beklagte diese Arbeiten auf jeden Fall noch ausführen werde, unabhängig davon, daß er nach der "Garantie" Ausbesserungen nur bis zum 1. Mai 1964 durchzuführen habe. Es liegt jedoch nahe, dem in diesem späteren Schreiben gebrauchten Ausdruck "Garantie" zu entnehmen, daß der Beklagte schon bei der befristeten Zusage kostenloser Ausbesserung im Auftragsbestätigungsschreiben an eine Garantie im vorerwähnten Sinne gedacht hat.

bb) Wieso der Sinn, den der Zeuge Dieckerhoff dem Schreiben vom 20. Dezember 1963 beigelegt hat, dafür sprechen soll, daß der Beklagte im Auftragsbestätigungsschreiben an eine Abkürzung der Verjährungsfrist gedacht hat, ist nicht zu verstehen. Die Auffassung des Zeugen ist auch dann richtig, wenn der Beklagte eine Garantie übernehmen wollte.

cc) Die Wendung in der nicht vom Kläger selbst verfaßten Klageschrift: "Die in dieser Vereinbarung liegende Abkürzung der Verjährungsfrist ....." zwingt nicht zu der Annahme, daß auch der Kläger mit der im Bestätigungsschreiben vom 5. November 1963 wiedergegebenen Klausel die Verjährungsfrist abkürzen wollte.

4. Die genannte Klausel des Auftragsbestätigungsschreibens bedarf einer erneuten Auslegung unter Be-

rücksichtigung vorstehender Gesichtspunkte. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat hat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Erbel

Meyer

Vogt

Finke