

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

-----

VOB B §§ 4 Nr. 7, 13 Nr. 4, Nr. 7

Der Anspruch auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten verjährt nach der Abnahme des Werks auch im Falle des § 4 Nr. 7 VOB (B) nach § 13 Nr. 4 VOB (B).

BGB §§ 635, 638, 276 Ha

Der Anspruch auf Ersatz der Kosten eines vom Bauherrn eingeholten notwendigen Privatgutachtens über Mängel des Werks ist kein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung, sondern ein Anspruch aus § 13 Nr. 7 VOB (B).  
(Aufgabe der bisherigen Ansicht des Senats, vgl. BGH NJW 1967, 340, 341.)

BGH, Urt. v. 22. Oktober 1970 - VII ZR 71/69 - OLG Nürnberg  
LG Ansbach

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII\_ZR\_71/69

URTEIL

Verkündet am

22. Oktober 1970

Horn,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Alfred M [REDACTED] oHG, Strickwarenfabrik,  
R [REDACTED] ob der Tauber, U [REDACTED] straße 7, vertreten  
durch den Gesellschafter Alfred M [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und  
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Theodor H [REDACTED], Bauunternehmung, R [REDACTED]  
ob der Tauber, A [REDACTED] Straße 7, vertreten durch die  
Geschäftsführerin Anna L [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und  
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1970 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Erbel, Dr. Vogt, Dr. Finke und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Nürnberg vom 9. Dezember 1968 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Von 1959 - 1960 ließ die Klägerin auf ihrem Grundstück in R■■■■■■■■■■ ob der Tauber von der Beklagten ein Fabrik- und Wohngebäude erbauen. Die Geltung der VOB Teil B und C war vereinbart.

Während der Bauzeit rügte die Klägerin durch Brief vom 15. September 1960 verschiedene Mängel, u.a. auch Putzrisse. Nach Fertigstellung von Fabrikgebäude und Wohnhaus nahm sie beide bis spätestens Ende 1960 in Benutzung. In der Folgezeit rügte sie erneut Mängel. So schrieb sie unter dem 15. August 1961, im Treppenhaus zeigten sich Schäden am Plastikanstrich; außerdem habe der Putz Ausblühungen und Risse.



In den folgenden Jahren verhandelten die Parteien über die Mängel. Zuletzt schrieb die Beklagte dem Anwalt der Klägerin am 13. Februar 1964 u.a. wie folgt:

"Ihre Frage nach unserer Bereitwilligkeit zur Reparierung der Schäden rückt die ganze Angelegenheit auf den Stand vom Februar vorigen Jahres zurück. Wir haben damals ..... mit unserem Brief v. 11.3.63 einen Vergleich angeboten, der die äußerste Grenze unseres Entgegenkommens beinhaltete. Uns verbleibt auch heute auf Grund Ihrer letzten Ausführungen nur, unseren seinerzeitigen Vorschlag erneut anzubieten.

In der Hoffnung, daß unser, für die Fa. M. ( = Klägerin) äußerst günstiger Vorschlag angenommen wird, erwarten wir Ihren weiteren Bescheid."

Der Vergleichsvorschlag der Beklagten vom 11. März 1963 hatte dahin gelaute, daß die Klägerin nichts mehr zahlen und dafür auf Mängelansprüche verzichten sollte.

Auf den Brief vom 13. Februar 1964 antwortete die Klägerin nicht. Fast vier Jahre später, im Dezember 1967, erhob sie Klage mit dem Antrage, die Beklagte zur Zahlung von 12.937,24 DM nebst Zinsen zu verurteilen. Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen:

|                                                 |                  |
|-------------------------------------------------|------------------|
| Kosten bereits durchgeführter Mängelbeseitigung | 1.199,74 DM      |
| Kosten der Beseitigung noch bestehender Mängel  | 11.100,-- DM     |
| Kosten für Privatgutachten                      | <u>637,50 DM</u> |
|                                                 | 12.937,24 DM.    |

Die Beklagte hat sich u.a. auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage aus diesem Grunde abgewiesen. Die Klägerin hat Berufung eingelegt. Sie hat zusätzlich beantragt, die Verpflichtung der Beklagten festzustellen, ihr auch alle weiteren Kosten zu erstatten, welche ihr durch Beseitigung der an ihrem Fabrik- und Wohngebäude vorhandenen Putzschäden entstehen würden.

Das Berufungsgericht hat die Berufung zurück- und den Feststellungsantrag abgewiesen, und zwar ebenfalls wegen Verjährung.

Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihre Berufungsanträge weiter.

#### Entscheidungsgründe:

1. Daraus, daß die Klägerin Fabrikgebäude und Wohnhaus unstreitig bis spätestens Ende 1960 in Benutzung genommen hat, folgert das Berufungsgericht, daß das Werk der Beklagten 6 Werktage später gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 2 Satz 1 VOB (B) als abgenommen gelte. Der Umstand, daß die Klägerin bereits während der Bauzeit mit Schreiben vom 15. September 1960 Mängel gerügt habe, stelle keine Verweigerung der Abnahme im Sinne von § 12 Nr. 3 VOB (B) dar.

Die Revision macht geltend, die Klägerin habe das Werk bisher noch nicht abgenommen, so daß die Verjährung noch gar nicht begonnen habe. Sie meint, der Brief der Klägerin vom 15. September 1960 schließe es aus, in der Ingebrauchnahme des Werks dessen stillschweigende Billigung zu sehen.

Der Ansicht der Revision kann nicht gefolgt werden.

a) Das Vorhandensein und die Rüge von Mängeln schließt schon nach § 640 BGB eine Abnahme grundsätzlich nicht aus (vgl. die Urteile des Senats VII ZR 40/63 vom 18. Februar 1965; VII ZR 10/65 vom 20. April 1967; VII ZR 26/69 vom 5. September 1969; VII ZR 177/67 vom 24. November 1969 = NJW 1970, 421). Erst recht steht die Geltendmachung von Mängeln nicht der in § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) vorgesehenen "fiktiven" Abnahme entgegen.

b) Wie die Rechtslage bei einer Verweigerung der Abnahme durch die Klägerin wäre (§ 12 Nr. 3 VOB (B); vgl. dazu Hereth-Ludwig-Naschold VOB (B) § 12 Ez. 53), braucht hier nicht erörtert zu werden; denn nach der rechtsfehlerfreien Feststellung des Berufungsgerichts hat die Klägerin die Abnahme nicht verweigert, insbesondere nicht mit dem Schreiben vom 15. September 1960.

Die Revision will das nicht gelten lassen, weil es sich bei den dort vorgebrachten Rügen um "grobe" Mängel gehandelt habe. Das stellt das Berufungsgericht jedoch nicht fest, brauchte es auch dem genannten Brief nicht zu entnehmen.

2. Es weist die Klage nicht deswegen ab, weil die Klägerin ihren Anspruch durch Unterlassung eines Mängelvorbehalts bei der Abnahme verloren hätte (§ 12 Nr. 5 Abs. 3 VOB (B); § 640 Abs. 2 BGB). Daher braucht nicht erörtert zu werden, ob der Mängelvorbehalt (vgl. § 640 Abs. 2 BGB), ebenso wie der Vorbehalt einer Vertragsstrafe (BGHZ 33, 236), gerade im Abnahme-

zeitraum des § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB (B) erklärt werden muß oder das auch früher geschehen kann.

3. Das Berufungsgericht erachtet die Klageansprüche für verjährt, weil seit dem letzten Brief der Beklagten vom 13. Februar 1964, mit welchem sie eine Mängelbeseitigung auf ihre Kosten endgültig ablehnte (§ 639 Abs. 2 BGB), bis zur Klageeinreichung am 16. Dezember 1967 mehr als zwei Jahre verstrichen sind, womit die Verjährung nach § 13 Nr. 4 VOB (B) eingetreten sei.

Die Revision wendet sich nicht dagegen, daß aus § 13 VOB (B) folgende Gewährleistungsansprüche der Klägerin bei Klageerhebung verjährt waren, wenn das Werk im Januar 1961 abgenommen worden war. Die Auffassung des Berufungsgerichts dazu läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

Die Klägerin macht aber geltend, ihre Ansprüche fänden ihre Grundlage vor allem in § 4 Nr. 7 VOB (B), weil die Mängel schon während der Bauausführung erkannt und gerügt worden seien. Ansprüche aus dieser Bestimmung verjährten erst in 30 Jahren, auch werde der Lauf dieser Verjährung durch die Abnahme nicht beeinflußt.

Die Revision beruft sich für ihre Ansicht auf das Urteil des Senats VII ZR 174/60 vom 29. Juni 1961 = LM Nr. 2 zu § 639 und Nr. 1 zu § 4 VOB (B) = WM 1961, 1109. Dort hat der Senat die Fragen jedoch offen gelassen (vgl. WM aaO). Der Revision kann nicht gefolgt werden.

a) Durch die Abnahme des Bauwerks entsteht eine neue Lage. Die Verjährungsbestimmung in § 13 Nr. 4 zielt, ebenso wie die entsprechende in § 638 BGB, dahin, daß nach der Abnahme des Werkes in absehbarer Zeit wegen der Werksmängel Rechtsfrieden zwischen den Parteien eintritt. Die Frist des § 13 Nr. 4 ist zwar verhältnismäßig kurz; andererseits kann der Auftraggeber sie einseitig auf einfache Weise verlängern (BGH LM Nr. 1, 2, 6 zu § 13 VOB (B); NJW 1970, 421, 423). Jedenfalls besteht kein Anlaß, Ansprüche wegen solcher Mängel, die während der Bauausführung nicht nur entstanden, sondern auch schon erkannt wurden, nur wegen dieses oft zufälligen Umstandes einer 30-jährigen Verjährung zu unterwerfen und obendrein dem einschneidenden Ereignis der Werksabnahme jeden Einfluß auf den Beginn der Verjährung abzusprechen. Ein solches Ergebnis wäre nicht zu verstehen. Das muß jedenfalls insoweit gelten, als die aus § 4 Nr. 7 sich ergebenden Ansprüche sich mit denen aus § 13 inhaltlich decken. Hier ist das der Fall. Unerörtert kann bleiben, ob die Rechte aus § 4 Nr. 7 sich gegebenenfalls in solche aus § 13 "umwandeln". Jedenfalls ist auf sie nach der Abnahme die Verjährung des § 13 Nr. 4 anzuwenden.

b) Allerdings erwähnt § 4 Nr. 7 neben Mängeln auch andere "Vertragswidrigkeiten" und gibt hierwegen ebenfalls Schadensersatzansprüche. Dabei ist namentlich an Fälle des Verzugs zu denken. Ob auch solche Ansprüche durch die Abnahme des Werkes berührt werden und welche Verjährungsfrist für sie gilt, braucht hier nicht entschieden zu werden.

c) Das Urteil BGHZ 50, 160, auf welches die Revision sich beruft, betraf den Fall eines "stecken gebliebenen" und nicht abgenommenen Baus. Dort war daher nicht § 13, sondern allein § 4 Nr. 7 und § 8 Nr. 3 VOB (B) anzuwenden.

3. Das Berufungsgericht stellt fest, Anhaltspunkte dafür, daß die Einrede der Verjährung gegen Treu und Glauben verstieße, seien nicht ersichtlich.

Das greift die Revision an, jedoch ohne Erfolg.

Das letzte Schreiben der Beklagten vom 13. Februar 1964 war die Antwort auf das Anwaltsschreiben der Klägerin vom 31. Januar 1964, in welchem die Beklagte "um Stellungnahme ersucht" wurde, ob sie gewillt sei, "sämtliche Schäden auf ihre Kosten zu beheben". Die Antwort vom 13. Februar 1964 zeigte der Klägerin, daß die Beklagte dazu nicht gewillt war, sondern daß ihr früherer Vergleichsvorschlag vom 11. März 1963 von ihr "als die äußerste Grenze ihres Entgegenkommens" betrachtet wurde. Damit enthält das Schreiben der Beklagten vom 13. Februar 1964 eindeutig die Erklärung, daß sie eine Mängelbeseitigung auf eigene Kosten verweigere.

Es mußte der Klägerin auch klar sein, daß es nunmehr an ihr war, zu dem Vergleichsvorschlag der Beklagten Stellung zu nehmen. Durch das Schreiben vom 13. Februar 1964 waren die Vergleichsverhandlungen zwar nicht unmittelbar abgebrochen; die Klägerin hätte sie noch zu einem Abschluß bringen können, wenn sie auf das Angebot der Beklagten eingegangen wäre. Es

kann aber keine Rede davon sein, daß die Klägerin nach dem Brief der Beklagten vom 13. Februar 1964 noch bis 1967 mit einer weiteren Stellungnahme der Beklagten hätte rechnen können, wenn sie selbst (Klägerin) sich in Schweigen hüllte. Die Beklagte hat also der Klägerin seit dem Zugang des Briefs vom 13. Februar 1964 keinen Anlaß mehr gegeben, mit der Klageerhebung weiter zuzuwarten. Die Berufung der Beklagten auf die Verjährungseinrede verstößt unter diesen Umständen nicht gegen Treu und Glauben.

4. Die Revision meint, jedenfalls für die Gutachterkosten von 637,50 DM gelte eine Verjährungsfrist von 30 Jahren, weil es sich insoweit um einen Anspruch aus positiver Vertragsverletzung handele.

Die Frage, ob Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung wegen Mängelfolgeschäden einen "darüber hinausgehenden Schaden" im Sinn des § 13 Nr. 7 Abs. 2 betreffen und der kurzen Verjährung nach § 13 Nr. 4 VOB (B) unterfallen oder nicht, hat der Senat bisher offen lassen können (vgl. die Urteile VII ZR 199/61 vom 21. Januar 1963; VII ZR 200/62 vom 17. Februar 1964; VII ZR 186/64 vom 19. September 1966 = Schäfer-Finnern Z 4. 01 Bl. 42; BGHZ 46, 238, 239; VII ZR 177/67 vom 24. November 1969 = NJW 1970, 421 mit weiteren Nachweisen).

Die Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Denn der Anspruch auf Ersatz der Kosten der von der Klägerin über die Mängel eingeholten Privatgutachten ist kein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung. Der Senat hat das zwar früher angenommen

(VII ZR 108/60 vom 9. November 1961 = Schäfer-Finnern, Rspr. d. Bauausführung Z 2.414 Bl. 106; vgl. auch NJW 1967, 340 f; ebenso Ingenstau-Korbion 5. Aufl. Rz. 54 zu § 13 VOB (B) und Herding-Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen 2. Aufl. Abschn. 37 Rz. 15 aE; anders Schmalzl, Haftung des Architekten und des Bauunternehmers Rz. 54). Der Senat hält aber nach erneuter Prüfung an dieser Ansicht nicht fest.

a) Für eine positive Vertragsverletzung kommen nur Ansprüche auf Ersatz solcher Schäden in Betracht, welche weder in einem dem Werk unmittelbar anhaftenden Nachteil (nebst durch ihn verursachten entgangenen Gewinn) bestehen, noch sonst eng und unmittelbar mit dem Mangel zusammenhängen (BGHZ 35, 130, 132; 37, 341, 343; 46, 238, 239; BGH NJW 1970, 421, 423). Es ist auf die Art des geltend gemachten Schadens abzustellen (BGH JZ 1963, 596; NJW 1969, 1710; 1970, 421, 423).

b) Treten an einem Bau Mängel auf, so ist die häufige, geradezu typische, unmittelbare Folge, daß der Bauherr genötigt ist, sich über Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel dadurch ein zuverlässiges Bild zu verschaffen, daß er einen Sachverständigen mit der Prüfung und Begutachtung beauftragt. Die hierdurch entstehenden Kosten sind so die zwangsläufige Folge der Mängel. Ohne das Gutachten kann der Bauherr nicht auskommen, weil er sonst die Mängel und seine aus ihnen etwa folgenden Ansprüche nicht richtig beurteilen kann. So gesehen zielt die Einholung des Gutachtens unmittelbar auf die Beseitigung der Mängel und ihrer Schadensfolgen ab. Das rechtfertigt es, die Gutachterkosten in derartigen Fällen als noch "eng und

unmittelbar mit dem Mangel zusammenhängend" anzu-  
sehen. Damit sind sie nicht Gegenstand einer Forderung  
aus positiver Vertragsverletzung, fallen vielmehr  
unter § 13 Nr. 7 und verjähren nach § 13 Nr. 4 VOB (B).

c) Übrigens wäre es wenig sinnvoll, wenn der  
"Neben"-Anspruch auf Ersatz der Gutachterkosten in  
Bezug auf die Verjährung stärker wäre als der "Haupt"-  
Anspruch auf Ersatz des eigentlichen Mängelschadens.

d) Es ergibt sich also, daß, wenn die Einholung  
des Gutachtens notwendig war, der Ersatzanspruch ver-  
jährt ist.

Sollte aber das Gutachten nicht erforderlich ge-  
wesen sein, so war ein Kostenersatzanspruch von vorn-  
herein nicht gegeben.

5. Die Klägerin hat die Kosten ihrer unbegründeten  
Revision zu tragen (§ 97 ZPO).

Glanzmann

Erbel

Vogt

Finke

Girisch