

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB B § 13 Nr. 4, Nr. 5

Die schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung nach § 13 Nr. 5 VOB B führt auch dann zu einer einmaligen Verjährungsverlängerung, wenn die Parteien vertraglich eine längere als die in § 13 Nr. 4 vorgesehene Verjährungsfrist vereinbart haben. (Offen bleibt, ob die Dauer der Fristverlängerung sich in solchen Fällen nach § 13 Nr. 4 VOB B oder nach der vereinbarten Frist bemisst.)

BGH, Urt. v. 20. Dezember 1971 - VII ZR 97/70 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 97/70

URTEIL

Verkündet am
20. Dezember 1971
Horn
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] & H [REDACTED], Hoch- und Tiefbau,
Inhaber Aloys S [REDACTED], B [REDACTED],
N [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

gegen

die G [REDACTED] Gemeinnützige Aktien-Gesellschaft für
Angestellten Heimstätten, vertreten durch ihren Vorstand
Georg L [REDACTED], Dr. Karl D [REDACTED] und Dr. Wilhelm W [REDACTED],
B [REDACTED], E [REDACTED] Weg [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Dezember 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Dr. Vogt, Dr. Finke, Dr. Girisch und Meise

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 11. Mai 1970 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

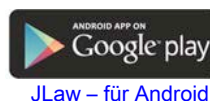
Tatbestand:

Auf Grund Vertrages der Parteien vom 30. August/6. September 1957 übernahm die Beklagte am Bauvorhaben der Klägerin B [REDACTED], B [REDACTED]straße 1-2, die Erd-, Maurer-, Putz-, Estrich- und Fliesen-, Isolierungs-, Beton-, Stahlbeton- und Zimmererarbeiten zum Preise von höchstens 334.400 DM. Die Parteien vereinbarten die Geltung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) sowie der Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Klägerin.

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



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



Im Jahre 1958 brachte die Beklagte den Außenputz an. Im Jahre 1959 zeigten sich daran Schäden. Die Klägerin forderte die Beklagte auf, sie zu beseitigen.

Am 30. Juni 1960 schlossen die Parteien einen Vergleich. In ihm heißt es u. a.:

"Die (Beklagte) verlängert die Frist für ihre Gewährleistungshaftung für den Außenputz des Bauvorhabens ... bis einschließlich 16. Juli 1965. Die (Beklagte) wird alle in dieser Zeit am Außenputz auftretenden Schäden beseitigen, sofern sie nicht beweist, daß der Schaden ganz oder teilweise durch die Einwirkung Dritter verursacht wurde. Hinsichtlich des Umfanges der erforderlich werdenden Schadensbeseitigung - Einzelausbesserung oder Erneuerung der gesamten Fassade - behalten sich die Parteien alle Rechte vor."

In den folgenden Jahren zeigten sich an dem Außenputz weitere Schäden. Mit Schreiben vom 23. Juni 1965 rügte die Klägerin "hohle Putzstellen am Giebel", "zahlreiche lose Putzstellen verteilt auf den Fassaden der Straßen- und Hoffront", sowie "lückenhaften Anstrich" der nachgeputzten Faschen der Erdgeschoßfenster. Die Klägerin forderte die Beklagte auf, diese Mängel bis zum 15. Juli 1965 zu beseitigen, und drohte an, sie im Falle fruchtlosen Fristablaufs auf Kosten der Beklagten beseitigen zu lassen.

Am 16. Juli 1965 nahmen Vertreter der Parteien eine Ortsbesichtigung vor. Mit Schreiben vom selben Tage bestritt die Beklagte das Vorhandensein von Mängeln und bot lediglich aus Kulanz das nochmalige Überstreichen der Faschen an.

Am 17. September 1965 leitete die Klägerin ein Beweissicherungsverfahren ein.

Da die Beklagte die Nachbesserung auch weiterhin ablehnte, ließ die Klägerin den Putz im Jahre 1967 durch einen anderen Unternehmer erneuern.

Mit der Klage hat sie von der Beklagten Erstattung der ihr dadurch entstandenen Aufwendungen zuletzt in Höhe von 53.937,27 DM nebst Zinsen gefordert.

Die Beklagte hat ihre Verantwortung für die Putzschäden sowie die Notwendigkeit einer Gesamterneuerung des Außenputzes bestritten. Sie hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht legt den Vergleich der Parteien vom 30. Juni 1960 dahin aus, daß die Beklagte sich

damit zur Beseitigung aller bis zum 15. (richtig wohl: "16.") Juli 1965 auftretenden Putzschäden verpflichtet habe, gleichviel, wodurch diese verursacht seien, und gleichviel, wie der Stand der technischen Erkenntnisse über die Eignung von Hohlblocksteinen als Putzträger im Jahre 1958, als die Beklagte den Putz aufbrachte, gewesen sei. Die Beklagte habe sich nach dem Vergleich, außer der hier unstreitig nicht in Betracht kommenden Verursachung durch Dritte, lediglich den Einwand vorbehalten, daß die Erneuerung der gesamten Fassade zur Schadensbeseitigung nicht erforderlich sei.

Diese tatrichterliche Auslegung des Vergleichs als eines Individualvertrages läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht. Was die Revision in diesem Zusammenhang vorbringt, greift nicht durch:

a) Sie macht geltend, aus dem Schreiben der Beklagten vom 16. Juli 1965, das sie als kaufmännisches Bestätigungsschreiben bezeichnet, ergebe sich, daß damals keine Mängel am Putz vorhanden gewesen seien.

Die Rüge geht fehl. Das Schreiben ist nichts weiter als eine einseitige Behauptung der Beklagten über das Ergebnis der an diesem Tage vorgenommenen gemeinsamen Ortsbesichtigung der Parteien. Es gibt nicht den Inhalt von Vertragsverhandlungen wieder und hat daher nicht den Charakter eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Das Schweigen der Klägerin darauf bedeutet nicht, daß deswegen etwa das Nichtvorhandensein von Mängeln als unstreitig zu gelten hätte.

b) Das Privatgutachten Neuschütz der Beklagten hat das Berufungsgericht nicht übersehen. Es war nicht genötigt, diesem Gutachten den Vorzug vor den Gutachten W[REDACTED] zu geben, denen es gefolgt ist.

c) Die Revision beanstandet mit einer Verfahrensrüge, daß das Berufungsgericht die Sachverständigen W[REDACTED], N[REDACTED] und Dr. M[REDACTED] nicht mündlich gehört hat.

Die Rüge ist nicht begründet.

d) Die Revision meint, der Putz sei deswegen nicht mangelhaft gewesen, weil man nach dem Stand der Technik von 1958 noch nicht gewußt habe, daß Putz auf Hohlblocksteinen nicht recht haften.

Ob das zutrifft, kann dahinstehen. Ein Putz, der nicht auf dem Mauerwerk haftet, sondern sich ablöst und herunterfällt, ist jedenfalls fehlerhaft, auch wenn das bei Anbringung des Putzes noch nicht vorhersehbar gewesen sein sollte. Ob das für den Unternehmer bei der Ausführung der Arbeit erkennbar war und ob dieser somit schuldhaft gehandelt hat, ist für die Frage des Nachbesserungsanspruchs unerheblich. (Vgl. BGHZ 48, 310; BGH NJW 1971, 92 = LM Nr. 17 zu § 633 BGB).

2. Das Berufungsgericht stellt, dem Sachverständigen Weblus folgend, fest, daß zur ordnungsmäßigen Nachbesserung der gesamte Fassadenputz erneuert werden mußte, eine Einzelausbesserung der zahlreichen losen oder abgefallenen Stellen des Außenputzes also nicht

genügte.

Die Revision macht demgegenüber geltend, im Wege der Nachbesserung könne nach der Abnahme des Werks keine Neuherstellung verlangt werden, und beruft sich dafür auf die Entscheidung BGH NJW 1962, 1569 = LM Nr. 5 zu § 13 VOB (B) und BGHZ 42, 238 = NJW 1965, 152.

In der letztgenannten Entscheidung hat der Senat aber bereits in Zweifel gezogen, ob an dieser Auffassung für das Recht der VOB festgehalten werden kann (vgl. dazu Ingenstau/Korbion VOB 6. Aufl. B § 13 Rdn. 75). Die Frage braucht auch hier nicht entschieden zu werden. Im vorliegenden Fall handelt es sich schon deswegen nicht um eine vollständige Neuherstellung des Werkes, weil die Klägerin der Beklagten nicht nur die Anbringung des Außenputzes, sondern sämtliche Arbeiten des Bauhauptgewerbes in Auftrag gegeben hatte. Der Außenputz betrifft daher nur einen Teil ihrer vertraglichen Gesamtleistung. Die Gesamterneuerung des Außenputzes fällt schon deswegen unter den Begriff der "Nachbesserung" und nicht der "Neuherstellung" des Werks (vgl. das Urteil des Senats VII ZR 278/63 vom 27. Januar 1966, Schäfer/Finnern Z 2.414 Blatt 153 f; ferner Ingenstau/Korbion aaO mit weiteren Nachweisen).

3. Das Berufungsgericht erachtet die Klageforderung nicht für verjährt.

Es legt den Vergleich der Parteien vom 30. Juni 1960 dahin aus, daß die Parteien anstelle der in § 13 Nr. 4 VOB (B) genannten zweijährigen Frist eine Frist bis zum

16. Juli 1965 vereinbart, daneben aber die in § 13 Nr. 5 VOB (B) vorgesehene Wirkung eines schriftlichen Nachbesserungsverlangens hätten bestehen lassen.

Auch diese tatrichterliche Auslegung des Individualvertrages der Parteien ist rechtsfehlerfrei und bindet daher das Revisionsgericht.

4. Aus § 13 Nr. 5 VOB (B) folgt, daß die vor Ablauf der Verjährung vom Auftraggeber an den Auftragnehmer gerichtete schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung von da ab eine erneute Verjährungsfrist der in § 13 Nr. 4 VOB (B) bezeichneten Dauer in Lauf setzt, aber nur einmal. (Vgl. die Urteile des Senats NJW 1957, 344 = LM Nr. 1 zu § 13 VOB (B); NJW 1959, 142 = LM Nr. 2 zu § 13 VOB (B) mit Anm. Hereth in NJW 1959, 483 ; LM Nr. 6 zu § 13 VOB (B) = NJW 1963, 810; BGH NJW 1970, 421; BGHZ 53, 122, 126; ständige Rechtsprechung; vgl. auch Ingenstau/Korbion aaO B § 13 Rdn. 65).

a) Der Senat hat dabei Sinn und Zweck der dem § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) zu entnehmenden Verjährungsverlängerung darin gesehen, daß dem Auftraggeber ein Ausgleich und Schutz gewährt wird, weil durch § 13 Nr. 4 bei den wichtigsten Bauleistungen, nämlich bei Bauwerken, die gesetzliche Verjährungsfrist von fünf auf zwei Jahre, also einen recht kurzen Zeitraum, herabgesetzt ist (BGH NJW 1963, 810). Dafür wird dem Bauherrn die Möglichkeit gegeben, auf einfache Weise ohne gerichtliche Schritte die Wirkungen dieser Verkürzung zu mildern (BGHZ 53, 122, 126).

Die Revision folgert daraus, im vorliegenden Fall könne die schriftliche Aufforderung der Klägerin zur Mängelbeseitigung vom 23. Juni 1965 nicht zu einer Verlängerung der Verjährung geführt haben, weil die Parteien in dem Vergleich vom 30. Juni 1960 die Verjährungsfrist ohnehin schon bis zum 16. Juli 1965, somit um rund fünf Jahre ab Vergleichsschluß, also auf eine weit längere Frist als die in § 13 Nr. 4 VOB (B) für Bauwerke vorgesehenen zwei Jahre seit Abnahme, erstreckt hätten. Die Revision meint, nach Sinn und Zweck des § 13 Nr. 5 VOB (B) könne, wie die oben angeführte Rechtsprechung ergebe, die schriftliche Aufforderung des Auftraggebers zur Mängelbeseitigung nur in den Fällen zur einmaligen Verjährungsverlängerung führen, in denen die kurze Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) auch wirklich zum Zuge komme und nicht - wie hier - von den Parteien vertraglich durch eine wesentlich längere Verjährungsfrist ersetzt sei.

Dieser Auffassung vermag der Senat nicht zu folgen.

Allerdings liegt, daran ist festzuhalten, Sinn und Zweck der aus § 13 Nr. 5 VOB (B) folgenden verjährungsverlängernden Wirkung des Nachbesserungsverlangens darin, dem Auftraggeber einen Ausgleich für die kurze Verjährung des § 13 Nr. 4 VOB (B) zu gewähren. Das bedeutet aber nicht, daß die sich aus § 13 Nr. 5 VOB (B) als Folge der Aufforderung zur Mängelbeseitigung ergebende Fristverlängerung - nur dann zum Zuge käme, wenn im konkreten Einzelfall die kurze Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) wirklich Anwendung findet. § 13 Nr. 5

hat vielmehr eine typisierte Regelung getroffen, deren Anwendbarkeit nicht davon abhängt, ob im einzelnen Fall die Erwägungen zutreffen, die zur Schaffung der Bestimmung geführt haben.

aa) Eine derartige Typisierung ist zulässig und zweckmäßig. Sie findet sich auch nicht selten bei gesetzlichen Vorschriften.

So geht z. B. der Gesetzgeber von einer typischerweise bestehenden Schutzbedürftigkeit des Handelsvertreters aus und hat aus dieser Erwägung eine Reihe von zwingenden Vorschriften zu dessen Gunsten geschaffen (z. B. § 86 b Abs. 1 Satz 1; § 87 a Abs. 5; § 87 c Abs. 5; § 89 b Abs. 4; § 90 a Abs. 4 HGB). Diese Vorschriften sind auf sämtliche Handelsvertreter anwendbar, nicht nur auf solche, die im Einzelfalle "schutzbedürftig" sind. Insbesondere gilt das für den Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters (§ 89 b HGB). Er ist zwar eingeführt worden, weil der Gesetzgeber von der Schutzbedürftigkeit des Handelsvertreters als Typus ausgeht. Die Anwendung des § 89 b HGB im Einzelfall hängt aber nicht davon ab, ob im konkreten Einzelfall der Handelsvertreter schutzbedürftig ist. Die konkrete Schutzbedürftigkeit spielt vielmehr erst eine Rolle, wenn es um die entsprechende Anwendung des § 89 b HGB auf einen Eigenhändler geht (BGHZ 34, 282).

bb) Auch § 13 Nr. 5 VOB (B) ist eine typisierte Bestimmung, so daß es für die darin bestimmte Verlängerung der Verjährung nicht darauf ankommt, ob im Einzelfall die kurze Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) zum Zuge kommt oder - wie hier - eine von den Parteien vereinbarte längere Frist.

Das ergibt sich aus einem Vergleich der Fassungen von § 13 Nr. 4 und Nr. 5: Nach § 13 Nr. 4 Satz 1 ist in erster Linie die im Verträge vereinbarte Verjährungsfrist maßgebend; erst wenn der Vertrag keine Regelung enthält, gilt die in § 13 Nr. 4 VOB (B) vorgesehene Frist. Dagegen enthält § 13 Nr. 5 keine solche Unterscheidung. Daraus ist zu entnehmen, daß § 13 Nr. 5 alle Fälle einheitlich regelt, sowohl die Fälle, in denen die Frist des § 13 Nr. 4 zum Zuge kommt, als auch die, in denen die Parteien die Verjährungsfrist besonders vereinbart haben, und zwar ohne Unterschied, welche Frist sie vereinbart haben und gleichviel, ob diese kürzer oder länger ist als die in VOB (B) § 13 Nr. 4 genannte oder ob sie der gesetzlichen Frist (§ 638 BGB) gleicht oder nahekommt.

Diese Regelung, die in ihrer Typisierung nicht auf die Besonderheiten des Einzelfalles abstellt, ist auch vernünftig und angemessen, weil sie der Rechtssicherheit dient und geeignet ist, Zweifel über die Dauer der Verjährungsfrist möglichst auszuschließen.

b) Die Revision beruft sich weiter darauf, daß die Klägerin bereits vor Abschluß des Vergleichs vom 30. Juni 1960 eine schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseiti-

gung an die Beklagte gerichtet gehabt habe. Sie folgert daraus, daß es sich bei der am 30. Juni 1960 vereinbarten Frist bis zum 16. Juli 1965 bereits um die "zweite" Frist im Sinne der oben genannten Rechtsprechung zu § 13 Nr. 5 VOB (B) gehandelt habe, die nun nicht durch die wiederholte Aufforderung vom 23. Juni 1965 noch einmal habe verlängert werden können.

Auch insoweit vermag der Senat der Revision nicht zu folgen.

aa) Die Beklagte hatte vorgetragen, daß die ursprüngliche (mit der Abnahme des Werks beginnende) zweijährige Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) am 16. Oktober 1960 abgelaufen sein würde. Danach hatte also die Abnahme des Werkes im Oktober 1958 stattgefunden.

Dann lag aber die Vereinbarung vom 30. Juni 1960 noch innerhalb der ursprünglichen Verjährungsfrist.

bb) Allerdings muß - obwohl die Parteien kein genaues Datum genannt haben - die erste schriftliche Aufforderung der Klägerin zur Mängelbeseitigung vor dem Vergleichsschluß vom 30. Juni 1960 stattgefunden haben; denn sie hat ersichtlich den Anstoß zum Eintritt der Parteien in die Verhandlungen gegeben, die zum Vergleich vom 30. Juni 1960 geführt haben. Das führt aber nicht zu dem von der Revision gewünschten Ergebnis.

§ 13 Nr. 5 VOB (B) regelt nämlich nur die Verjährungsverlängerung, welche durch die einseitige Auf-

forderung des Auftraggebers bewirkt wird. Eine solche einseitige Erklärung kann die Verjährung allerdings nur einmal verlängern.

Hier dagegen haben die Parteien in ihrem Vergleich vom 30. Juni 1960 die Verjährung durch zweiseitige vertragliche Regelung auf eine neue Grundlage gestellt, und zwar bevor die ursprüngliche Verjährungsfrist abgelaufen war. Damit war das vorher ausgesprochene Nachbesserungsverlangen der Klägerin überholt, durch es ist eine "zweite Frist" gar nicht mehr erst in Lauf gesetzt worden. Nunmehr war allein die im Vergleich vereinbarte Frist bis zum 16. Juli 1965 maßgebend. Für sie gilt, da die Parteien es nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts im übrigen bei der Regelung der VOB (B) belassen haben, der § 13 Nr. 5 VOB (B). Das bedeutet, daß die vertragliche Frist bis zum 16. Juli 1965 als "erste" Frist im Sinne der genannten Rechtsprechung anzusehen ist, so daß diese Frist durch die Aufforderung zur Mängelbeseitigung vom 23. Juni 1965 wirksam verlängert wurde.

cc) Offen bleiben kann hier, welche Frist vom 23. Juni 1965 ab als "zweite Frist" zu laufen begann, ob die Zweijahresfrist des § 13 Nr. 4 VOB (B) oder erneut die im Vergleich vereinbarte Frist von rund 5 Jahren. Das letztere könnte unangemessen lang erscheinen (vgl. Anderson in Baurecht 1970, 144). Doch braucht darauf nicht weiter eingegangen zu werden; denn da die Klägerin bereits im September 1965 das Beweissicherungsverfahren eingeleitet hat, ist auch

schon die kürzere zweijährige Frist des § 13 Nr. 4 VOB (B) gewahrt (§§ 639, 477 Abs. 2 BGB).

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

Glanzmann

Vogt

Finke

Girisch

Meise