



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 76/11

Verkündet am:
12. Januar 2012
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

VOB/B (1998) § 4 Nr. 7, § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1, § 13 Nr. 4; BGB § 638 Abs. 1
a.F.

Die Verjährung des vor der Abnahme des Bauwerks aufgrund eines VOB-Vertrages entstandenen Anspruchs des Auftraggebers auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten (§ 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B) beginnt grundsätzlich nicht vor der Abnahme.

BGH, Urteil vom 12. Januar 2012 - VII ZR 76/11 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 3. März 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage in Höhe von 42.166 € nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Die Sache wird in diesem Umfang zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte beauftragte die Klägerin 1999 mit der Lieferung und Montage von Wand- und Deckenelementen für die Errichtung einer Industriehalle. In das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien ist die VOB/B einbezogen worden.
- 2 Mit ihrer Klage hat die Klägerin Restwerklohnansprüche geltend gemacht, die Beklagte hat mit der am 2. Mai 2008 erhobenen Widerklage Schadensersatz aufgrund von Mängeln begehrt. Zwischen den Parteien ist streitig,

ob eine Abnahme der Leistungen der Klägerin stattgefunden hat. Die Klägerin erhebt die Einrede der Verjährung.

- 3 Das Landgericht hat die Klägerin auf die Widerklage zur Zahlung von 42.166 € Schadensersatz und 19.000 € Minderung, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer, verurteilt. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Widerklage hinsichtlich der Schadensersatzansprüche und der Mehrwertsteuer auf die Minderung abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Zahlungsanspruch in Höhe von 42.166 € zuzüglich Zinsen weiter.

Entscheidungsgründe:

- 4 Die Revision der Beklagten führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

- 5 Das Berufungsgericht weist den auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichteten Anspruch der Beklagten wegen Eintritts der Verjährung ab. Zur Begründung führt es aus, mangels Abnahme und Abnahmefiktion komme ein Schadensersatzanspruch der Beklagten aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B in Betracht. Dieser sei im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage jedoch bereits verjährt gewesen. Er unterliege der dreijährigen Regelverjährung nach § 195 BGB, die auch für bereits vor dem 1. Januar 2002 entstandene Ansprüche gelte und ab dem 1. Januar 2002 zu laufen begonnen habe. Die neue Rechtsprechung

des Bundesgerichtshofs zur Anwendbarkeit der Verjährungsregelung des § 638 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. auf Gewährleistungsansprüche vor Abnahme (BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 = NZBau 2010, 768 = ZfBR 2010, 773) sei nicht einschlägig, da es sich vorliegend um einen Fall unter Anwendbarkeit der VOB/B handele. Dort seien anders als im Bürgerlichen Gesetzbuch die Ansprüche des Bestellers wegen während der Bauausführung erkannter Mängel in § 4 Nr. 7 VOB/B ausdrücklich geregelt. § 4 Nr. 7 VOB/B enthalte im Gegensatz zu § 13 VOB/B keine Regelung zur Verjährung, sodass § 13 Nr. 4 VOB/B auf diese Ansprüche keine Anwendung finde und diese daher der Regelverjährung unterlägen. Zudem sei es in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall um nicht nachbesserungsfähige Mängel aus einem Architektenwerk gegangen, während es hier um nachbesserungsfähige Mängel gehe. Auch habe der Bundesgerichtshof entschieden, dass die Umwandlung von Ansprüchen aus § 4 Nr. 7 VOB/B in Gewährleistungsansprüche aus § 13 VOB/B erst mit der Abnahme stattfinde, sodass auch erst ab diesem Zeitpunkt die Verjährungsregelung in § 13 Nr. 4 VOB/B anwendbar werde. Hemmungstatbestände seien nicht erfüllt und die Ansprüche somit seit 31. Dezember 2004 verjährt.

II.

6 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

7 Für die Beurteilung sind mit Ausnahme der Verjährungsvorschriften das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung bis zum 31. Dezember 2001 und die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses gültige Fassung der VOB/B (1992 in der Ergänzungsfassung von 1998) maßgeblich.

8 1. Das Berufungsgericht hat sich nicht davon überzeugen können, dass die Beklagte die Werkleistung der Klägerin abgenommen hat oder eine Abnahmefiktion eingreift. Das wird von den Parteien im Revisionsverfahren nicht angegriffen.

9 2. Zutreffend weisen die Parteien im Revisionsverfahren darauf hin, dass sich der auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten gerichtete Anspruch des Auftraggebers nicht aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B, sondern nur aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B ergeben kann (BGH, Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99, BauR 2000, 1479 = NZBau 2000, 421 = ZfBR 2000, 479; Urteil vom 2. Oktober 1997 - VII ZR 44/97, BauR 1997, 1027 = ZfBR 1998, 31; Urteil vom 15. Mai 1986 - VII ZR 176/85, BauR 1986, 573 = ZfBR 1986, 226). Der vom Berufungsgericht herangezogene § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B umfasst grundsätzlich nur die Pflicht des Auftragnehmers, Mangelfolgeschäden zu ersetzen. Auch wenn die Norm selbst keine ausdrückliche Beschränkung hinsichtlich des ersatzfähigen Schadens enthält, ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang, dass der auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gerichtete Anspruch grundsätzlich nur unter den Voraussetzungen des § 4 Nr. 7 Satz 3 in Verbindung mit § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B geltend gemacht werden kann. Zur Entstehung dieses Anspruchs ist es grundsätzlich erforderlich, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer vor einer Fremdnachbesserung eine angemessene Frist zur Mängelbeseitigung setzt und die Auftragsentziehung nach fruchtlosem Ablauf der Frist androht. Nach fruchtlosem Fristablauf kann der Auftraggeber gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B den Vertrag kündigen und dann die Ersatzvornahmekosten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B geltend machen. Dieser Grundsatz erfährt jedoch dann eine Ausnahme, wenn die Fristsetzung und die Kündigung eine reine Förmerei wären, weil der mit ihnen verfolgte Zweck, den Auftragnehmer zur Vertragserfüllung anzuhalten und klare Verhältnisse zu schaffen, um Streitigkeiten nach Möglichkeit zu verhindern, nicht berührt ist. Das ist der Fall, wenn der Auftragnehmer die Mängelbeseitigung end-

gültig verweigert und ein Nebeneinander von Auftragnehmer und Drittunternehmer, das zu Streitigkeiten auf der Baustelle führen könnte, ausgeschlossen ist. Unter diesen Voraussetzungen ist der Auftraggeber ohne vorherige Fristsetzung und Kündigung berechtigt, die Ersatzvornahmekosten geltend zu machen (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2008 - VII ZR 80/07, BauR 2009, 99 = NZBau 2009, 173 = ZfBR 2009, 141; Urteil vom 20. April 2000 - VII ZR 164/99, aaO). Es spricht viel dafür, dass diese Voraussetzungen vorliegen, jedenfalls ist in der Revision zugunsten der Beklagten davon auszugehen.

10 3. Ein der Beklagten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B zustehender Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten wäre nach den getroffenen Feststellungen nicht verjährt.

11 a) Der Senat hat bisher nicht entschieden, ob der dem Auftraggeber wegen Mängeln der Bauleistung vor der Abnahme zustehende Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten vor der Abnahme verjähren kann. Er hat allerdings, ohne dass es für die Entscheidung des Rechtsstreits darauf angekommen wäre, die Auffassung vertreten, dass Ansprüche aus § 4 Nr. 7 VOB/B in der im Zeitpunkt der Entscheidungen geltenden dreißigjährigen Regelfrist verjähren (BGH, Urteil vom 22. Oktober 1970 - VII ZR 71/69, BGHZ 54, 352; Urteil vom 13. Januar 1972 - VII ZR 46/70, MDR 1972, 410). Diese Entscheidungen sind jeweils zu der Frage ergangen, wann die kurze Verjährung der Gewährleistungsansprüche nach § 13 Nr. 4 VOB/B beginnt. Der Senat ist dabei, ähnlich wie bei dem vor der Abnahme bestehenden gesetzlichen Anspruch auf Ersatz von Mangelfolgeschäden (BGH, Urteil vom 30. September 1999 - VII ZR 162/97, BauR 2000, 128 = NZBau 2000, 22 = ZfBR 2000, 97), ohne weiteres davon ausgegangen, dass diese Ansprüche in der Regelfrist verjähren, weil eine Abnahme noch nicht erfolgt ist.

12 b) Die Verjährung des dem Auftraggeber gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B zustehenden Anspruchs beginnt grundsätzlich erst mit der Abnahme.

Der Senat hat inzwischen klargestellt, dass die Verjährung der nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in der Fassung bis zum 31. Dezember 2001 vor Abnahme bestehenden Gewährleistungsansprüche grundsätzlich erst mit der Abnahme oder dann beginnt, wenn Umstände gegeben sind, nach denen eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (BGH, Urteil vom 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10, BauR 2011, 1032 = NZBau 2011, 310 = ZfBR 2011, 461; Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 = NZBau 2010, 768 = ZfBR 2010, 773). Vorher kann der Lauf der Gewährleistungsfrist nicht beginnen. Nichts anderes gilt für den vor der Abnahme entstandenen Anspruch des Auftraggebers auf Zahlung der Ersatzvornahmekosten gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B.

- 13 aa) Der Senat hat darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber mit § 638 BGB die Verjährung der werkvertraglichen Gewährleistungsansprüche insgesamt den für die Regelverjährung maßgeblichen Vorschriften in §§ 195, 198 BGB entzogen hat. Die Anwendbarkeit des § 638 BGB hängt nicht davon ab, wann die Ansprüche entstanden sind. Vielmehr erfasst die Regelung sowohl die vor der Abnahme als auch danach entstandenen Ansprüche auf Beseitigung eines Mangels des Werkes sowie die dem Besteller wegen des Mangels zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, sofern der Mangel nicht arglistig verschwiegen worden ist.
- 14 bb) Es stellt sich die Frage, ob die dem § 638 Abs. 1 BGB entsprechende Regelung des § 13 Nr. 4 VOB/B in gleicher Weise verstanden werden muss oder ob sich aus den verschiedenen Regelungen der VOB/B beziehungsweise ihrem Gesamtzusammenhang ergibt, dass die Verjährung der vor der Abnahme entstandenen Ansprüche wegen Mängeln des Bauwerks vor der Abnahme zu laufen beginnen kann. Letzteres ist nicht der Fall.
- 15 (1) Insoweit ist zunächst allerdings zu berücksichtigen, dass die VOB/B in der Regelung der vor der Abnahme bestehenden Ansprüche von der Systeme-

matik des Gesetzes abweicht. Während das Gesetz keine Unterschiede in den Anspruchsgrundlagen vor und nach der Abnahme sieht, enthält die VOB/B besondere Regelungen, die auch eigene Anspruchsgrundlagen enthalten. So wird der vor der Abnahme bestehende Mängelbeseitigungsanspruch in § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B geregelt, während sich der Mängelbeseitigungsanspruch nach der Abnahme aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B ergibt. Der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten vor der Abnahme ergibt sich aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B, derjenige nach der Abnahme aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B. Der vor der Abnahme entstandene Anspruch auf Ersatz weitergehender Schäden ist in § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B geregelt, der Anspruch nach der Abnahme wird aus § 13 Nr. 7 VOB/B hergeleitet.

- 16 (2) Der Umstand, dass die Ansprüche des Auftraggebers vor der Abnahme in anderen Anspruchsgrundlagen geregelt sind als die Ansprüche nach der Abnahme, lässt jedoch nicht den Schluss zu, die Ansprüche vor der Abnahme sollten abweichend von der gesetzlichen Regelung selbständig verjähren. Der Senat hat bereits in anderem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass es nicht zu rechtfertigen und unverständlich wäre, wenn gleichartige Ansprüche wegen Mängeln vor und nach der Abnahme unterschiedlichen Verjährungsregeln unterlägen (vgl. schon BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - VII ZR 161/80, BauR 1982, 277 = ZfBR 1982, 122). Er hat daraus den Schluss gezogen, dass die vor der Abnahme entstandenen Ansprüche der kurzen Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B unterliegen, wenn die Abnahme erfolgt ist (BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - VII ZR 103/00, BGHZ 153, 244; Urteil vom 25. Februar 1982 - VII ZR 161/80, BauR 1982, 277 = ZfBR 1982, 122). Bereits daraus wird deutlich, dass der Umstand, dass die VOB/B für die vor und nach Abnahme entstandenen Ansprüche unterschiedliche Anspruchsgrundlagen vorsieht, verjährungsrechtlich keine Bedeutung haben sollte, soweit die Ansprüche vergleichbar sind. Das muss auch gelten, soweit es um die Frage geht, ob die Verjährung der vor der Abnahme entstandenen Ansprüche wegen

Mängeln des Bauwerks überhaupt zu laufen beginnt. Es wäre nicht nachvollziehbar, wenn die VOB/B abweichend vom Gesetz eine Regelung hätte treffen wollen, wonach mit der Schaffung eigener Anspruchsgrundlagen und der Regelung des § 13 Nr. 4 VOB/B zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass die vor der Abnahme bereits entstandenen Ansprüche auch dann selbständig verjähren, wenn sie mit den nach der Abnahme entstandenen Ansprüchen vergleichbar sind. Denn das würde dazu führen, dass der Auftraggeber nach Verjährung der vor der Abnahme entstandenen Ansprüche die Abnahme erklären könnte und trotz der Vertragswidrigkeit des Werkes erklären müsste, um den Lauf der Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche (erneut) in Gang zu setzen. Das kann nicht gewollt sein. Es spricht vielmehr alles dafür, dass § 13 Nr. 4 VOB/B in gleicher Weise wie § 638 Abs. 1 BGB zum Ausdruck bringt, dass die Verjährung der wegen Mängeln vor der Abnahme entstandenen und gleichartig nach der Abnahme geregelten Ansprüche nicht beginnt, wenn die Abnahme nicht erklärt worden ist und kein Umstand gegeben ist, nach dem die Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (so auch Locher, Das private Baurecht, 8. Aufl., § 15 Rn. 207). Zu diesen Ansprüchen gehört der Anspruch des Auftraggebers auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten nach § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B. Er ist gleichartig in § 13 Nr. 5 VOB/B geregelt, weil die Voraussetzungen für die Entstehung des Anspruchs lediglich dem Umstand angepasst sind, dass eine Kündigung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt.

- 17 (3) Dem steht nicht entgegen, dass § 13 Nr. 4 VOB/B sich auf "die Gewährleistung" bezieht. Jedenfalls soweit die vor der Abnahme entstandenen Ansprüche wegen Mängeln mit den nach der Abnahme entstandenen Ansprüchen vergleichbar sind, handelt es sich auch um die Übernahme der Gewähr dafür, dass die Leistung des Auftragnehmers vertragsgerecht erfolgt ist. Der vom Gesetz abweichenden Wortwahl lässt sich nicht entnehmen, dass die VOB/B eine vom Gesetz systematisch abweichende Verjährungsregelung hat schaffen wollen.

- 18 cc) Ohne Erfolg bleibt schließlich auch der Hinweis der Revisionserweiterung darauf, dass § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B den Erfüllungsanspruch regelt und nach Verjährung dieses Anspruchs gemäß § 218 BGB eine Kündigung nicht mehr wirksam erfolgen könne, so dass auch der Anspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 VOB/B nicht entstehen könne. Es trifft zwar zu, dass die Mängelbeseitigung gemäß § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B auf Erfüllung des Vertrages gerichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - VII ZR 161/80, BauR 1982, 277 = ZfBR 1982, 122). Die Revisionserweiterung lässt jedoch unberücksichtigt, dass der Besteller nach der gesetzlichen Regelung des § 633 Abs. 1 BGB auch einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels hätte. § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B betrifft auch diesen Anspruch. Das ergibt sich nicht nur aus seinem Wortlaut, wonach den Auftragnehmer die Pflicht trifft, die mangelhafte oder vertragswidrige Leistung auf eigene Kosten durch eine mangelfreie zu ersetzen, sondern vor allem daraus, dass es das wesentliche Ziel der Regelung in § 4 Nr. 7 VOB/B ist, die Gewährleistungsregelung des Gesetzes abzuändern, wonach der Verzug des Auftragnehmers mit der Beseitigung des Mangels ausreicht, um den Anspruch auf Mängelbeseitigungskosten zu begründen, § 633 Abs. 3 BGB.
- 19 Gemäß § 638 Abs. 1 BGB beginnt auch die Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung der Mängel nicht vor der Abnahme. Es gibt keinen Hinweis in der VOB/B darauf, dass diese Verjährung deshalb anders geregelt sein soll, weil der Anspruch in § 4 Nr. 7 Satz 1 VOB/B inhaltlich gleich ausdrücklich erwähnt wird. Geht es in der Regelung des § 4 Nr. 7 VOB/B im Wesentlichen um die Modifikation der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, wird jedoch der Beginn der Verjährung nicht anders geregelt als im Gesetz, so verbietet sich die Annahme, die Verjährung des Anspruchs auf Mängelbeseitigung beginne in einem Vertrag, in den die VOB/B einbezogen ist, vor der Abnahme.
- 20 dd) Aus allem ergibt sich, dass es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht darauf ankommt, ob der geltend gemachte Anspruch sich

aus der Nichterfüllung eines Mängelbeseitigungsanspruchs herleitet oder dieser von vornherein nicht besteht, wie etwa in dem Fall, dass ein Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB gegen den Architekten geltend gemacht wird, nachdem sich Mängel seiner Planung bereits im Bauwerk verkörpert haben.

21 4. Das Berufungsurteil unterliegt daher im angefochtenen Umfang der Aufhebung. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, da dem Senat eine eigene Entscheidung nicht möglich ist.

Kniffka

Kuffer

Bauner

Safari Chabestari

Eick

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 30.07.2008 - 401 O 133/01 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.03.2011 - 6 U 186/08 -