

# Rechtzeitig reagieren

## Die Verjährung von Baumängelansprüchen

**D**ie Verjährungsfrist für Mängelansprüche hat für die Bauvertragsparteien große Bedeutung. Der Beitrag gibt einen Überblick über die Grundzüge der Verjährung von Baumängelansprüchen und geht insbesondere auf die Verjährung bei Bauwerksarbeiten ein.

■ Von Prof. Thomas Karczewski

Bis zur Abnahme hat der Auftraggeber gegen den Auftragnehmer einen Anspruch auf Herstellung des versprochenen Werks, § 631 Abs. 1 BGB. Nach der Abnahme steht ihm zunächst ein Anspruch auf Nacherfüllung zu, wenn das versprochene Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit oder den anerkannten Regeln der Technik entspricht oder die vereinbarte Funktion nicht erfüllt. Kommt der Auftragnehmer seiner Nacherfüllungspflicht nicht nach, kann der Auftraggeber ihm hierfür eine angemessene Frist setzen, nach deren erfolglosem Ablauf ihm auf Geld gerichtete Mängelansprüche (Vorschuss, Kostenerstattung, Minderung, Schadensersatz) zustehen. Der Auftragnehmer kann die Mängelansprüche dauerhaft verweigern, wenn er sich auf die Einrede der Verjährung berufen kann. In diesem Fall sind die Mängelansprüche komplett ausgeschlossen.

Die Verjährungsfrist kann einzelvertraglich festgelegt werden, sich in der Gewährleistungszeit aber auch verlängern. Besondere Sorgfalt bei der Vertragsgestaltung müssen dabei die Unternehmer an den Tag legen, die sich in einer sogenannten „Sandwich-Position“ befinden, also sowohl Auftragnehmer, als auch Auftraggeber sind, wie z. B. Generalunternehmer (GU) oder Generalübernehmer (GÜ).

### Verjährungsfristen

Die Verjährungsfristen für Ansprüche wegen Mängeln an Bauwerksarbeiten sind in BGB und VOB/B unterschiedlich geregelt:

#### § 634a Nr. 2 BGB

„Die in § 634 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Ansprüche verjähren ... in **fünf Jahren** bei einem Bauwerk und einem Werk, dessen Erfolg in der Erbringung von Planungs- oder Überwachungsleistungen hierfür besteht ...“

#### § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B

„... ist für Mängelansprüche keine Verjährungsfrist im Vertrag vereinbart, so beträgt sie für Bauwerke **vier Jahre**, für andere Werke, deren Erfolg in der Herstellung, Wartung oder Veränderung einer Sache besteht, und für die vom Feuer berührten Teile von Feuerungsanlagen **2 Jahre**. Abweichend von Satz 1 beträgt die Verjährungsfrist für feuerberührte und abgasdämmende Teile von industriellen Feuerungsanlagen 1 Jahr.“

Unter Bauwerk versteht man neu errichtete Gebäude und andere von Menschen aus Material geschaffene, in vergleichbarer Weise ortsfest angebrachte Sachen. Auf welche Weise die Verbindung zum Erdboden hergestellt wird, ist unerheblich. Erfasst werden Hoch- und Tiefbauleistungen und die Bearbeitung der Erdoberfläche als Vorbereitung für die Errichtung des Bauwerks. Als Bauwerk gelten auch Bauwerksteile, sodass auch die Herstellung der einzelnen Bauteile und Bauglieder zu den Arbeiten am Bauwerk gehört.<sup>1</sup>

Arbeiten an bestehenden Bauwerken werden nach der Rechtsprechung nur dann als Bauwerksarbeiten qualifiziert, wenn sie für die Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Benutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind. Voraussetzung ist, dass die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden sind<sup>2</sup>. Renovierungsarbeiten von untergeordneter Bedeutung, z. B. bloße Erneuerung eines Anstrichs von Holzfenstern, Installation einer Beleuchtungsanlage, Anbringung einer Markise, Reparatur an einer Heizung, lose Verlegung eines Teppichbodens,<sup>3</sup> stellen keine Arbeiten am Bauwerk i. S. v. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB und § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B dar. Sie unterliegen daher der zweijährigen Mängelhaftungsfrist.

### Beginn und Ende der Verjährungsfristen

Sowohl nach BGB als auch nach VOB/B beginnt die Verjährungsfrist grundsätzlich mit der Abnahme, § 634 Abs. 2 BGB, § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B. Nur bei Teilabnahmen in sich abgeschlossener Teile der Leistung (§ 12 Abs. 2 VOB/B) beginnt die Verjährung mit der Teilabnahme, § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B. Auch für Ansprüche wegen Mängeln, die sich der Auftraggeber bei der Abnahme vorbehalten hat, beginnt die Verjährungsfrist mit der Abnahme. Dasselbe gilt bei einem gekündigten Bauvertrag für Mängel des bis zur Kündigung hergestellten Teils des Bauwerks<sup>4</sup>. Bei Abnahmefiktionen beginnt die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt, in dem die Fiktion eintritt, § 640 Abs. 2 BGB, § 12 Abs. 5 Nr. 1 und 2 VOB/B.

Der Auftraggeber kann die Verjährungsfrist nicht dadurch verlängern, dass er die Abnahme zu Unrecht verweigert. Dies ergibt sich bereits aus § 640 Abs. 2 BGB, wonach

<sup>1</sup> Kniffka, in: Kniffka Bauvertragsrecht, Kommentar zu §§ 631–650v BGB, 3. Aufl. 2018, § 634a BGB, Rz. 19 f.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 02.06.2016, VII ZR 348/13, Rz. 19

<sup>3</sup> Vgl. Beispiele bei Kniffka, a. a. O., Rz. 26

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 19.12.2002, VII ZR 103/00

die Abnahmewirkung eintritt, wenn eine gesetzte Frist zur Abnahme abgelaufen ist, ohne dass der Besteller einen Mangel gerügt hat.

Eine Fristsetzung ist entbehrlich, wenn die Abnahme endgültig verweigert wird. Die Abnahme gilt als erfolgt, wenn sie unberechtigt verweigert wurde. Von diesem Zeitpunkt läuft die Verjährungsfrist<sup>5</sup>. Dies gilt auch, wenn der Auftraggeber die Abnahme zu Recht endgültig verweigert, weil er die Erfüllung endgültig ablehnt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend macht. Auch dann ist es nicht gerechtfertigt, den Beginn der Verjährungsfrist von der Abnahme abhängig zu machen<sup>6</sup>.

Insbesondere bei Auftraggebern ist die Meinung weit verbreitet, dass die Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem die Mangelerscheinungen am Bauwerk offenkundig werden, wenn der Mangel der Bauleistung zum Zeitpunkt der Abnahme verdeckt oder versteckt war. Dabei handelt es sich um einen Irrglauben, der weder durch das Gesetz noch durch die VOB/B gedeckt ist. Wie oben ausgeführt beginnt die Verjährungsfrist ausnahmslos mit der Abnahme bzw. der Abnahmeverweigerung.

Wird der Mangel erst nach Ablauf von fünf Jahren nach Abnahme offenkundig und hat der Auftragnehmer den Mangel arglistig verschwiegen, verlängert sich die Verjährungsfrist. Sie beträgt (weitere) drei Jahre, beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem der Auftraggeber von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt, höchstens jedoch zehn Jahre, §§ 195, 199 BGB. Arglistiges Verschweigen setzt voraus, dass der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Abnahme Kenntnis vom Mangel hatte. Dies kann der Auftraggeber in der Regel nicht beweisen, weshalb der Anspruch in der Praxis meist ausscheidet.

Dem arglistigen Verschweigen eines Mangels hat die Rechtsprechung die Haftung des Auftragnehmers für die Verletzung einer Organisationsobliegenheit gleichgestellt. Hierbei handelt es sich um Fälle, in denen der Auftragnehmer wegen fehlerhafter Organisation schwerwiegende Mängel an gefährträchtigen Bauteilen

nicht erkannt und deshalb bei der Abnahme nicht offenbart hat. Es geht insbesondere um die Zurechnung von Bauaufsichtsverschulden der Bauleiter des Auftragnehmers. Der Auftraggeber sollte aber an diese Haftungsmöglichkeit nicht zu große Erwartungen stellen, da der BGH immer höher werdende Voraussetzungen fordert und stets darauf hinweist, dass sie einem arglistigen Verschweigen eines Mangels gleichkommen muss.

Nach § 188 Abs. 2 BGB tritt Verjährung mit Ablauf des Tages ein, der dasselbe Datum trägt,

wie der Tag der Abnahme, nur fünf Jahre (nach BGB) bzw. vier Jahre (nach VOB/B) später.

### Situation des GU/GÜ

Generalunternehmer (GU) und Generalübernehmer (GÜ) sind sowohl Auftraggeber (gegenüber den Nachunternehmern der einzelnen Gewerke), als auch Auftragnehmer (gegenüber Investoren/ Auftraggebern). Sie haften gegenüber ihrem Auftraggeber hinsichtlich aller Gewerke auf Mängelfreiheit. Die Abnahme mit dem Auftraggeber erfolgt erst nach vollständiger

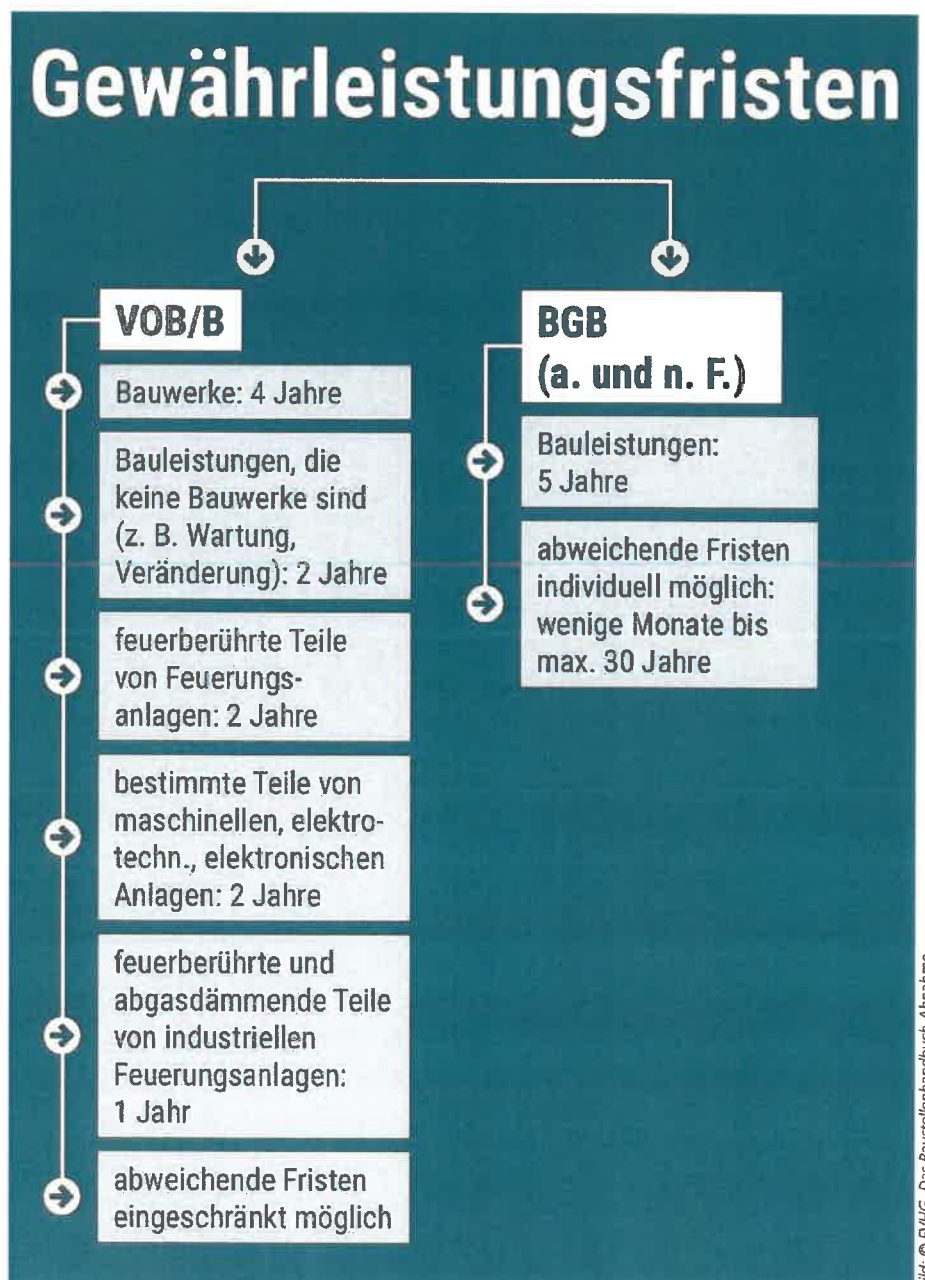


Bild: © FNIG, Das Baustellenhandbuch Abnahme

5 BGH, Urt. v. 24.02.2011, VII ZR 61/10, Rz. 16  
 6 BGH, Urt. v. 08.07.2010, VII ZR 171/08, Rz. 23

(1) Übersicht über die Gewährleistungsfristen nach VOB/B und BGB-Bauvertragsrecht

Fertigstellung des gesamten Objekts. Damit beginnt in diesem Vertragsverhältnis die Gewährleistungsfrist.

Bei Errichtung des Bauwerks werden die Gewerke jedoch sukzessive fertiggestellt, sodass die Nachunternehmer des GU/GÜ jeweils nach Fertigstellung ihrer Leistung Anspruch auf Abnahme haben. Aufgrund der oben genannten Verjährungsfristen besteht deshalb in der Endphase der Gewährleistung des GU/GÜ die Gefahr, dass er gegenüber dem Auftraggeber haftet, seine Ansprüche gegenüber den Nachunternehmern aber bereits verjährt sind.

### Verlängerung der Verjährungsfrist durch Vertragsgestaltung

Die GU/GÜ werden deshalb regelmäßig daran interessiert sein, die Verjährungsfrist der Mängelansprüche im Vertrag mit den Nachunternehmern zu verlängern. Darüber hinaus kann sich die Frist auch während der Gewährleistungszeit verlängern, wenn sich Mängel zeigen.

Klauseln im Vertrag eines GU/GÜ mit dem Nachunternehmer, wonach die vertragsgemäß fertiggestellte Leistung erst als abgenommen gilt, wenn sie im Rahmen der Abnahme des Gesamtbauvorhabens gegenüber dem GU/GÜ abgenommen wird, sind nach der Rechtsprechung<sup>7</sup> zwar unwirksam gemäß § 307 BGB. Der GU/GÜ kann jedoch in dem vorformulierten Vertrag mit dem Nachunternehmer wirksam eine Klausel aufnehmen, wonach die Verjährungsfrist für Mängelansprüche gegenüber dem Nachunternehmer über fünf Jahre hinaus verlängert wird. Die gesetzliche Verjährungsfrist für Ansprüche wegen Baumängeln lässt sich durch Individualvereinbarung auf bis zu dreißig Jahre verlängern. Bei Flachdacharbeiten kann die Verjährungsfrist auch durch AGB auf zehn Jahre und drei Monate verlängert werden. In Nachunternehmerverträgen besteht ein anzuerkennendes Bedürfnis für eine angemessene Verlängerung der Verjährungsfrist, da der GU/GÜ die Abnahme erst später erlangt, als sein Auftragnehmer.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 17.11.1994, VII ZR 245/93; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.07.1998, 21 U 206/97

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 09.05.1996, VII ZR 259/94; OLG Köln, Urt. v. 28.07.2016, 7U 179/15

### Verlängerung der Verjährungsfrist während der Gewährleistungszeit

Nach dem Gesetz kann die Verjährungsfrist gehemmt werden oder neu zu laufen beginnen. Die VOB/B enthält darüber hinaus eine besondere Regelung:

#### Quasi-Unterbrechung nach VOB/B

Nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B ist der Auftragnehmer verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist auftretenden Mängel, die auf vertragsgemäße Leistungen zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel verjährt in zwei Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Abs. 4 (vier Jahre ab Abnahme) oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Nach Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung beginnt für diese Leistung eine Verjährungsfrist von zwei Jahren neu, die jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach Abs. 4 (vier Jahre ab Abnahme) oder der an ihrer Stelle vereinbarten Fristen endet.

Die Quasi-Verlängerung der Verjährungsfrist beginnt mit dem Zugang des schriftlichen Mängelbeseitigungsverlangens. § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B eröffnet dem Auftraggeber aber nur einmal die Möglichkeit, durch eine schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung die Verjährung um zwei Jahre zu verlängern. Eine vertraglich vereinbarte, längere Gewährleistungsfrist wird durch die erstmalige schriftliche Mängelrüge nicht in Gang gesetzt. Alle weiteren Aufforderungen zur Beseitigung des gerügten Mangels bleiben folgenlos.<sup>9</sup>

Bei vereinbarter Verjährungsfrist von fünf Jahren kann eine schriftliche Mängelrüge unmittelbar vor Ablauf der fünfjährigen Frist im Ergebnis zu einer Verjährung von sieben Jahren führen.<sup>10</sup> Der Mangel muss in der schriftlichen Aufforderung zur Mängel-

beseitigung ausreichend bezeichnet sein. Das ist der Fall, wenn der Auftraggeber die Symptome des Mangels benennt. Von der Mängelrüge sind dann alle Ursachen für die bezeichneten Symptome erfasst. Das gilt auch, wenn die angegebenen Symptome des Mangels nur an einigen Stellen aufgetreten sind, während ihre Ursache und damit der Mangel des Werks in Wahrheit das ganze Gebäude erfasst.<sup>11</sup> Die verlängerte Verjährung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B umfasst die Ursachen der gerügten Mangelerscheinung vollständig und erstreckt sich auch auf die Bereiche, in denen sich die Mangelerscheinungen bislang noch nicht gezeigt haben.

Bei einem einheitlichen Bauvertrag gilt das auch für Feuchtigkeiterscheinungen an einem Altbau und dem vorgesetzten Neubau.<sup>12</sup> Bei einem Werkmangel genügt für die Geltendmachung der Rechte des Auftraggebers und die Hemmung der Verjährung der Hinweis auf die bloßen Mangelerscheinungen. Die Mangelursachen braucht er überhaupt nicht mitzuteilen und darf sie auch irrtümlich falsch angeben. Dies gilt auch dann, wenn der Auftraggeber irrtümlich annimmt, dass einer objektiven Funktionsstörung kein Mangel, sondern lediglich ein Bedienungsfehler zugrunde liegt.<sup>13</sup>

Beseitigt der Auftragnehmer im Rahmen eines VOB-Vertrags aufgetretene Mängel, so beginnt die zweijährige Verjährungsfrist für diese Leistung (§ 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 3 VOB/B) erst nach Beendigung und Abnahme der Mängelbeseitigungsarbeiten. Die Abnahme dieser Leistungen kann auch dann stillschweigend erklärt werden, wenn im Vertrag eine förmliche Abnahme gemäß § 12 VOB/B vorgesehen ist.<sup>14</sup> So lange ist die Verjährung für Mängelansprüche gehemmt.

Kommt es nicht zu einer Abnahme der Mängelbeseitigungsleistungen, endet die während der Mängelbeseitigung eingetretene Hemmung der Verjährung durch Prüfung des Mangels bzw. Verhandlungen, wenn der Auftragnehmer die weitere Mängelbeseitigung endgültig verweigert.<sup>15</sup> Die Hem-

<sup>11</sup> BGH, Beschluss v. 24.08.2016, VII ZR 41/14

<sup>12</sup> OLG Naumburg, Urt. v. 05.08.2016, 7 U 17/16

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 30.10.2007, X ZR 101/06

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 25.09.2008, VII ZR 32/07

<sup>15</sup> BGH, Beschluss v. 16.05.2013, VII ZR 63/11



mung endet auch, wenn der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, weil er eine weitere Erfüllung des Vertrags ablehnt oder der Auftraggeber die Abnahme der Mängelbeseitigungsleistung verweigert und der Auftragnehmer seinerseits die weitere Mängelbeseitigung ablehnt.<sup>16</sup>

Neben der Hemmung und Quasi-Unterbrechung der Verjährung nach den VOB/B-Regeln kommt auch der Neubeginn der vereinbarten Verjährungsfrist in Betracht, wenn die Mängelbeseitigungsmaßnahme selbst als Anerkenntnis des Auftragnehmers zu werten ist.<sup>17</sup> Wird der Lauf einer nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B vereinbarten, gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B verlängerten Verjährungsfrist nach gesetzlichen Bestimmungen unterbrochen (neu begonnen), wird nach Ende der Unterbrechung die vereinbarte Frist erneut in Gang gesetzt.<sup>18</sup>

### Beispiel

Der Auftraggeber vereinbart mit dem Auftragnehmer für die Durchführung von Abdichtungsarbeiten die Geltung der VOB/B. Die Verjährungsfrist soll jedoch nicht vier, sondern fünf Jahre betragen. Vier Jahre nach Abnahme zeigen sich im Bereich der erdberührten Bauteile starke Durchfeuchtungen. Ursächlich sind eine nicht ausgebildete Hohlkehle und eine nicht bis auf die Stirnseiten der Sohle heruntergezogene Abdichtung. Auf die schriftliche Mängelrüge des Auftraggebers hin beseitigt der Auftragnehmer den Mangel mit großem Aufwand. Er legt die erdberührten Bauteile frei, stellt die Hohlkehle her und zieht die Abdichtung bis auf die Stirnseite der Sohle herunter. Drei Monate nach der Mängelrüge nimmt der Auftraggeber die Mängelbeseitigungsarbeiten ab.

Durch die schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung hat sich die Verjährungsfrist für den gerügten Mangel gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B um zwei Jahre verlängert und wäre ohne Mängelbeseitigungsarbeiten sechs Jahre nach Abnahme der ursprünglichen Leistung abgelaufen. Während der Mängelbeseitigungsarbeiten ist die Verjährungsfrist



Bild: © pfluegler photo - stock.adobe.com

(3) Von einer Mängelrüge werden alle Ursachen des angegebenen Symptoms erfasst, auch wenn sich das Symptom nicht in allen Bereichen zeigt, an denen die Ursache auftritt. Oberflächliche Maßnahmen, die wie hier nur die Mangelerscheinungen beheben, können daher als Anerkenntnis gewertet werden, selbst wenn sie ursprünglich nur aus Kulanz durchgeführt wurden.

gehemmt. Mit der Abnahme drei Monate nach der Mängelrüge beginnt gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 3 VOB/B für die Mängelbeseitigungsarbeiten eine zweijährige Verjährungsfrist, die sechs Jahre und drei Monate nach Abnahme der ursprünglichen Arbeiten endet. Wertet man die aufwändigen Mängelbeseitigungsarbeiten als ein Anerkenntnis des Auftragnehmers gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB,<sup>19</sup> so beginnt nach deren Abnahme die vereinbarte fünfjährige Frist für die Mängelbeseitigungsarbeiten erneut zu laufen und endet neun Jahre und drei Monate nach der ursprünglichen Abnahme der Arbeiten.

### Verlängerung der Verjährungsfrist nach BGB durch Verhandlung

Durch die gesetzlichen Tatbestände der Hemmung und des Neubeginns der Verjährung, die auch im Rahmen eines VOB/B-Vertrags gelten, kann sich die Verjährungsfrist nach der Abnahme verlängern und von den Bauvertragsparteien beeinflusst werden<sup>20</sup>.

Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die ihn begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert, § 203

Satz 1 BGB. Die Verjährung tritt frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein, § 203 Satz 2 BGB. Gemäß § 209 BGB wird der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet.

Der in § 203 BGB verwendete Begriff der „Verhandlung“ ist weit auszulegen. Verhandlungen schweben schon dann, wenn eine der Parteien Erklärungen abgibt, die der jeweils anderen die Annahme gestatten, der Erklärende lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs oder dessen Umfang ein. Nicht erforderlich ist, dass dabei Vergleichsbereitschaft oder Bereitschaft zum Entgegenkommen signalisiert wird, oder dass Erfolgsaussicht besteht.<sup>21</sup>

Verhandlungen schweben auch dann, wenn der in Anspruch Genommene Erklärungen abgibt, die dem Anspruchsteller die Annahme gestatten, der Anspruchsgegner lasse sich auf Erörterungen der Ansprüche ein.<sup>22</sup> Es genügt die Erklärung, auf die Einrede der Verjährung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu verzichten.<sup>23</sup> Bereits der Meinungs-austausch über einen Anspruch oder dessen Grundlagen ist eine Verhandlung im Sinne von § 203 BGB und hemmt die Verjährung.

16BGH, Urt. v. 25.09.2008, VII ZR 32/07  
17A. a. O.  
18BGH, Urt. v. 13.01.2005, VII ZR 15/04

19 Siehe dazu die Ausführungen unten.  
20BGH, Urt. v. 13.01.2005, VII ZR 15/04

21BGH, Beschluss v. 08.12.2011, V ZR 110/11  
22BGH, Urt. v. 08.05.2001, VI ZR 208/00  
23BGH, Urt. v. 17.02.2004, VI ZR 429/02

Bei schwebenden Verhandlungen wirkt die Hemmung grundsätzlich auf den Zeitpunkt zurück, in dem der Gläubiger seinen Anspruch gegenüber dem Schuldner geltend gemacht hat.<sup>24</sup> Veranlassen Unternehmer und Bauherr gemeinsam die Überprüfung einer Leistung auf Mängel, so wird dadurch die Verjährung gehemmt. Das gilt auch dann, wenn sich der Unternehmer ausdrücklich gegen Gewährleistungsansprüche des Bauherrn verwahrt.<sup>25</sup>

Eine durch Verhandlungen eingetretene Hemmung endet erst mit der ausdrücklichen Verweigerung, die Verhandlung fortzusetzen. Für die Verweigerung ist ein klares und eindeutiges Verhalten einer Partei im Sinne einer Verneinung des Anspruchs oder das Verneinen jedweder weiterer Verhandlungen erforderlich.<sup>26</sup> Eine Hemmung der Verjährung endet auch dann, wenn Verhandlungen „einschlafen“. <sup>27</sup> In diesem Fall wird man in der Regel nach einmonatiger Untätigkeit, gleichgültig von welcher Seite, von einem Ende der Verhandlungen ausgehen können, sodass die verbleibende Verjährungsfrist weiterläuft.<sup>28</sup> Schlafen Verhandlungen ein oder werden sie verschleppt, entfällt eine Verjährungshemmung, wenn aus Sicht des Gläubigers nach Treu und Glauben ein nächster Schritt zu erwarten gewesen wäre.

Werden eingeschlafene Verhandlungen wieder aufgenommen, wird die Verjährung erneut gehemmt. Die Hemmung wirkt nicht ohne weiteres auf den Zeitpunkt zurück, an dem der Anspruchsteller den Anspruch erstmals geltend gemacht hatte, jedenfalls nicht bei einer Pause von 20 Monaten.<sup>29</sup> Für eine Verjährungshemmung und deren Dauer ist beweispflichtig, wer damit die nach dem äußeren Ablauf durchgreifende Verjährungseinrede entkräften will.<sup>30</sup>

Reagiert der Unternehmer auf eine Mängelrüge des Bestellers nicht, wird die Verjährung nicht gehemmt. Lehnt der Unternehmer ab, Schadensersatz zu leisten und/oder eine Er-

klärung zur Verjährung abzugeben, schweben die Verhandlungen zwischen den Parteien dadurch nicht.<sup>31</sup>

### Verlängerung der Verjährungsfrist nach BGB durch Anerkenntnis

Ein Anerkenntnis liegt vor, wenn sich aus dem tatsächlichen Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger klar und unzweideutig ergibt, dass sich der Schuldner des Bestehens der Schuld bewusst ist und angesichts dessen der Berechtigte darauf vertrauen darf, dass sich der Schuldner nicht nach Ablauf der Verjährungsfrist alsbald auf Verjährung berufen wird. Ob dies der Fall ist, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Es genügt jedes zur Kenntnisnahme des Berechtigten ein bestimmtes und geeignetes Verhalten.<sup>32</sup>

Bei einem Anerkenntnis beginnt die Verjährung gemäß § 212 Abs. 1 BGB erneut zu laufen.

Häufig wird eine Nachbesserung oder schon deren Versuch ein Anerkenntnis des Mängelbeseitigungsanspruchs darstellen.<sup>33</sup> Ob in der Vornahme nicht nur unwesentlicher Nachbesserungsarbeiten ein Anerkenntnis der Gewährleistungspflicht liegt, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Maßgeblich ist, ob der Auftragnehmer aus Sicht des Auftraggebers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein. Erheblich sind vor allem Umfang, Dauer und Kosten der Mängelbeseitigung.<sup>34</sup>

Erkennt der Auftragnehmer seine Verantwortung für bestimmte Mangelerscheinungen an, so ist das grundsätzlich geeignet, die Verjährung für die Ursachen zu unterbrechen, auf denen die Mangelerscheinungen beruhen.

Beseitigt der Auftragnehmer einen Mangel im Einverständnis mit dem Auftraggeber, so wird die Verjährung der Mängelansprüche gehemmt und zwar hinsichtlich aller Ursachen, deren Beseitigung die Nachbesserung

dient. Das gilt selbst dann, wenn der Auftragnehmer sich der Mängelbeseitigung unterzieht, um die Vollstreckung seiner, ihm lediglich Zug um Zug gegen Nachbesserung zugesprochenen Werklohnforderung, zu ermöglichen.<sup>35</sup> Wenn der Auftragnehmer zusichert, einen Mangel zu beseitigen, und damit den Mängelbeseitigungsanspruch anerkennt sowie auch anschließend seine Mängelbeseitigungspflicht nicht mehr in Abrede stellt, erklärt er durch die Mitteilung der Termine und mit der Durchführung keine weiteren Anerkenntnisse.<sup>36</sup>

Dem Unternehmer ist es nicht verwehrt, durch seine Willenserklärung die Wirkung eines Anerkenntnisses, z. B. auch räumlich, zu beschränken. Rügt der Auftraggeber (Erwerber) etwa, dass sich „im Lichtschacht des Hobbyraums das Wasser staut, was wohl darauf zurückzuführen ist, dass das Gefälle zu gering angelegt wurde“, führen Nachbesserungsarbeiten am Gefälle des Lichtschachts nicht dazu, dass die Verjährung der Mängelansprüche wegen konstruktionsbedingter Undichtigkeiten sämtlicher Lichtschächte neu beginnt.<sup>37</sup>

Liegt ein Anerkenntnis des Unternehmers hinsichtlich eines Mangels vor, der als Systemfehler im gesamten Bauwerk existiert, beginnt die Verjährungsfrist für alle Systemfehler im Bauwerk erneut.<sup>38</sup>

### Verlängerung der Verjährungsfrist nach BGB: Sonderfall Nachbesserung aus Kulanz

#### Ausgangsfall/Problem:

Vom Auftragnehmer wird eine Bauwerksleistung i. S. v. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB erbracht und vom Auftraggeber abgenommen. Kurz vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist rügt der Auftraggeber einen Mangel. Der Auftragnehmer erklärt sich zur Behebung des Mangels bereit, jedoch ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, sondern lediglich aus Kulanz. Entsprechend seiner Zusage behebt der Auftragnehmer augenscheinlich den Mangel. Sechs Jahre nach Abnahme tritt derselbe Mangel wieder auf.

24BGH, Beschluss v. 19.12.2013, IX ZR 120/11

25BGH, Urt. v. 15.04.2004, VII ZR 129/02

26OLG Düsseldorf, Urt. v. 01.10.2015, 22 U 48/15

27BGH, Urt. v. 06.11.2008, IX ZR 158/07

28OLG Stuttgart, Urt. v. 06.12.2012, 13 U 65/12; OLG Dresden, Urt. v. 23.02.2010, 9U 2043/088

29OLG Koblenz, Urt. v. 16.03.2016, 10 US 157/15

30OLG Koblenz, Beschluss v. 06.08.2012, 5W 421/12

31OLG Düsseldorf, Urt. v. 25.09.2007, 21 U 163/06

32Kniffka, a. a. O., Rz. 168

33BGH, Urt. v. 13.01.2005, VII ZR 15/04

34BGH, Urt. v. 02.06.1999, VIII ZR 322/98

35BGH, Urt. v. 18.01.1990, VII ZR 260/88

36OLG München, Urt. v. 29.01.2008, 13U 4811/07

37OLG München, Urt. v. 10.12.2013, 9U 1317/13

38OLG München, Urt. v. 30.11.1999, 9U 3009/99



(4) Nachbesserungsarbeiten am Gefälle eines Lichtschachts führen nicht dazu, dass die Verjährung der Mängelansprüche wegen konstruktionsbedingter Undichtigkeiten weiterer Lichtschächte eines Gebäudes neu beginnt.

Der Auftraggeber wendet sich erneut an den Auftragnehmer, der sich jetzt auf Verjährung beruft. Zu Recht?

Die Mängelansprüche des Auftraggebers könnten verjährt sein, da die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB nach Abnahme abgelaufen ist.

Gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB beginnt jedoch die Verjährung erneut, wenn der Schuldner gegenüber dem Gläubiger den Anspruch noch während des Laufs der Verjährungsfrist anerkennt.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH können Maßnahmen im Zusammenhang mit einer Mängelbeseitigung als Anerkenntnis der Beseitigungsverpflichtung gewertet werden, sodass der Lauf der Verjährungsfrist neu beginnt.<sup>39</sup> Ob in der Vornahme von wesentlichen Nachbesserungsarbeiten ein Anerkenntnis der Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers liegt, ist nach der Rechtsprechung des VII. Senats des BGH unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

Der VIII. Senat des BGH stellt dabei v. a. auf den Umfang, die Dauer und die Kosten der Mängelbeseitigung ab.<sup>40</sup> Bei der Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten kommt nach der Rechtsprechung

<sup>39</sup>BGH, Ur. v. 13.01.2005, VII ZR 15/04; BGH, Beschluss v. 09.07.2014, VII ZR 161/13, Rz. 15  
<sup>40</sup>BGH, Ur. v. 02.06.1999, VIII ZR 322/98

des BGH ein zum Neubeginn der Verjährung führendes Anerkenntnis jedoch dann nicht in Betracht, wenn der Unternehmer zum Ausdruck bringt, die Mängelbeseitigungsarbeiten nur aus Kulanz und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erbringen zu wollen.<sup>41</sup>

Bild: © A. Jehn/FVHG

Auch die Oberlandesgerichte verneinen grundsätzlich ein Anerkenntnis i. S. v. § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung aus Kulanz anbietet.<sup>42</sup> Nach einem Urteil des OLG Hamm<sup>43</sup> kann es aber dem Auftragnehmer nach Treu und Glauben verwehrt sein, sich darauf zu berufen, Nachbesserungsmaßnahmen ausdrücklich nur als Kulanzleistungen vorgenommen zu haben. Das ist dann der Fall, wenn der Auftragnehmer im Rahmen einer Prüfung den schadenskausalen Mangel erkennen konnte und musste, aber lediglich oberflächliche und unzureichende Maßnahmen ausgeführt hat, die zwar die Mängelercheinungen, nicht aber deren Ursache beseitigt hat. Und das obwohl er den Mangel durch fachgerechte Maßnahmen hätte beseitigen und dadurch einen weiteren Schaden hätte verhindern können und den Auftraggeber dadurch in dem Glauben lässt, dass Mängelansprüche gegen ihn nicht bestünden.

### Fazit

Ob ein Mängelanspruch verjährt ist, ist nicht selten nur durch eine Rechenaufgabe zu beantworten. Den Bauvertragsparteien ist daher zu empfehlen, die Fristen zu verwalten. Dabei ist zunächst der Abnahmezeitpunkt zu notieren und dann die vereinbarte Verjährungsfrist Tag genau zu errechnen. Tatbestände für Hemmung und Neubeginn sind diesem Datum gegebenenfalls hinzuzurechnen.

Bei Neubeginn der Verjährung wird die vereinbarte Verjährungsfrist (nochmals) hinzugerechnet, bei Hemmung der Verjährung der Zeitraum der Hemmung.

<sup>41</sup>BGH, Beschluss v. 09.07.2014, VII ZR 161/13 Rz. 15; BGH, Beschluss v. 23.08.2012, VII ZR 155/10; BGH, Beschluss v. 23.08.2012, VII ZR 155/10, Rz. 12

<sup>42</sup>OLG Jena, Ur. v. 09.04.2008, 4U 1100/06; OLG Nürnberg, Beschluss v. 27.08.2007, 2U 885/07; OLG München, Ur. v. 01.03.2011, 9U 3782/10

<sup>43</sup>OLG Hamm, Ur. v. 10.04.2014, 17 U 38/12; zustimmend Kniffka, a. a. O., Rz. 172

Bleiben durch Verhandlung am Ende der Hemmung von der ursprünglichen Verjährungsfrist weniger als drei Monate übrig, ist dieser Zeitraum nach dem Ende der Hemmung auf drei Monate aufzurunden, § 203 Satz 2 BGB. Bleiben von der ursprünglichen Verjährungsfrist am Ende der Hemmung mehr als drei Monate übrig, ist dieser Zeitraum anzuhängen. Wichtig ist jedoch, dass jeder Mangel ein eigenes verjährungsrechtliches Schicksal hat.

Auftragnehmer werden überlegen, ob sie kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist auf die Mängelrüge überhaupt reagieren oder gegebenenfalls eine Mängelbeseitigung aus Kulanz anbieten. ■

### Zur Person



**Prof. Thomas Karczewski**

ist Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht und Partner der Anwaltskanzlei Rembert Rechtsanwälte in Hamburg. Seit 1989 ist er als Rechtsanwalt und spezialisierter Bau- und Immobilienrechtler tätig und seit 2007 Lehrbeauftragter für Privates Baurecht und Wirtschaftsrecht an der Hochschule 21 (Buxtehude). Er ist Gründer des Baurechtskolloquiums Hamburg und ein bundesweit gefragter Referent für baurechtliche Themen. Prof. Karczewski ist Mitautor in Kommentaren zum Bauvertragsrecht und veröffentlicht bei „ibr-online“ und „IBR Immobilien- & Baurecht“ regelmäßig zur aktuellen Rechtsprechung.

### Kontakt

Rembert Rechtsanwälte  
Kajen 12, 20459 Hamburg  
Tel.: 040-41 32 29 0  
www.rembert-rechtsanwaelte.de  
hamburg@rembert-rechtsanwaelte.de