

---

**Datum:** 03.09.2002  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 26. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 26 U 206/01  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2002:0903.26U206.01.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bielefeld, 12 O 54/01

---

**Tenor:**

Die Berufung der Klägerin gegen das am 13.09.2001 verkündete Urteil der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der zur Vollstreckung anstehenden Forderung abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Sicherheit kann auch durch Bürgschaft einer Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse geleistet werden.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Die Beschwer der Klägerin übersteigt 20.000,00 Euro.

Die Klägerin nimmt die Beklagte aus von der Firma N abgetretenem Recht auf Zahlung von 87.020,00 DM nebst Zinsen in Anspruch; dieser Betrag setzt sich zusammen aus dem aus der Schlußrechnung der Firma N vom 08.10.1996 über 80.500,00 DM brutto aus einem Auftrag über die Erstellung einer Durchlaufwaschanlage im Spritzreinigungsverfahren (Gesamtauftragsvolumen 350.000,00 DM netto) und dem aus einer Rechnung vom 31.07.1996 über 6.520,00 DM brutto, die aus dem Umbau und der Reparatur einer Tellerradwaschanlage resultiert. Zwischen der Klägerin und der Firma N ist unter dem 24.11.1995 eine Abtretung der Forderung gegen die Beklagte betreffend das Angebot Nr. #####/#####, Auftrags-Nr. ####/## vereinbart worden; darüber hinaus erfolgte am 04.10.1995 durch die Firma N eine Globalabtretung sämtlicher gegenwärtigen und zukünftigen Ansprüche aus dem Geschäftsverkehr. 2

Die Durchlaufwaschanlage im Spritzreinigungsverfahren auf wässriger Basis wurde von der Firma N am 19.04.1996 geliefert und installiert. Eine ausdrückliche Abnahme durch die Beklagte erfolgte nicht. Vielmehr berief diese sich auf Mängel. Da diese nicht beseitigt wurden, forderte sie die Firma N mit Schreiben vom 28.08.1996 unter Fristsetzung zum 17.09.1996 auf, die Mängel zu beseitigen, anderenfalls werde sie die Erfüllung des Vertrages durch die Firma N ablehnen. Die Firma N kam dieser Aufforderung nicht nach und erstellte vielmehr unter dem 08.10.1996 eine Schlußrechnung, die mit einem noch offenen Betrag von 80.500,00 DM endet. Wegen dieses Restbetrages und der Vergütung für den Umbau bzw. der Reparatur der Tellerradwaschanlage Rechnung vom 31.07.1996 über 6.520,00 DM kam es zwischen der Firma N und der Beklagten noch im Herbst 1996 zu Verhandlungen; die Firma N war im Rahmen eines außergerichtlichen Vergleichs bereit, auf die gesamte Restforderung zu verzichten, wenn die Beklagte dafür die durch eine Ersatzvornahme entstehenden Kosten selbst tragen würde. Ein Vergleich auf dieser Basis kam nur deshalb nicht zustande, weil die Firma N, vertreten durch die Rechtsanwälte L und G zusätzlich einen Verzicht der Beklagten auf Gewährleistungsansprüche verlangte. Dazu war die Beklagte jedoch nicht bereit, wie sie den Rechtsanwälten L und G unter dem 28.11.1996 mitteilte. Die Rechtsanwälte G pp. meldeten sich dann erst wieder unter dem 01.03.2000. 3

Die Parteien streiten darum, ob die Ansprüche der Klägerin verwirkt sind. 4

Die Klägerin hat beantragt, 5

die Beklagte zu verurteilen, an sie 87.020,00 DM nebst 5 % Zinsen aus 6.520,00 DM seit dem 23.09.1996 und aus weiteren 80.500,00 DM seit dem 10.10.1996 zu zahlen. 6

Die Beklagte hat beantragt, 7

die Klage abzuweisen. 8

Die Beklagte hat behauptet, daß die von der Firma N gelieferte Waschanlage derart mangelhaft sei, daß ihr erhebliche, im einzelnen konkretisierte Kosten entstanden seien. 9

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat die Ansprüche als verwirkt angesehen. Die Klägerin habe der Beklagten die Abtretung im August 1996 angezeigt, seitdem jedoch keinerlei Tätigkeit hinsichtlich der Geltendmachung etwaiger Ansprüche mehr entfaltet. Stattdessen habe die Firma N weiter mit der Beklagten verhandelt und sogar eine Einigung ins Auge gefaßt, wonach die Forderungen nicht mehr geltend gemacht werden sollten, wenn die Beklagte ihrerseits dafür auf die Weiterverfolgung etwaiger Gegenansprüche verzichtete. Weder die Klägerin noch die Firma N seien auf die streitigen Forderungen zurückgekommen oder hätten in irgendeiner Weise zum Ausdruck gebracht, daß die Angelegenheit nach 10

Scheitern der Vergleichsverhandlungen noch nicht erledigt sei. Die Beklagte, die sich Gegenforderungen in erheblicher, die noch offenen Forderungen der Firma N übersteigender Höhe errechnet hatte, konnte und durfte daher davon ausgehen, daß die Firma N entsprechend dem ins Auge gefaßten Vergleich keine Forderungen mehr geltend machen würde. Darauf habe sich die Beklagte auch entsprechend eingerichtet und davon Abstand genommen, ihrerseits Ansprüche nach § 326 BGB weiterzuverfolgen und an die Firma N Rechnungen, die im Rahmen von Arbeiten zur Beseitigung der von ihr gerügten Mängel anfielen, zur Verrechnung mit dem restlichen Vergütungsanspruch weiterzuleiten.

Dieses Verhalten der Zedentin müsse sich die Klägerin als Zessionarin auch zurechnen lassen. Zumindest hätte es sie veranlassen müssen, ihrerseits an die Beklagte heranzutreten und deutlich zu machen, daß sie die Angelegenheit nicht als erledigt ansah. Demgegenüber habe die Firma N trotz Abtretung weiterhin über die Berechtigung der abgetretenen Forderungen verhandelt und sei aufgetreten, als ob sie auch insoweit Vergleiche abschließen könne. 11

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schriftsätze im ersten Rechtszug nebst Anlagen und auf das angefochtene Urteil verwiesen. 12

Gegen dieses am 24.09.2001 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin vom 23.10.2001, die nach Fristverlängerung bis zum 24. Dezember 2001 mit am 20. Dezember 2001 eingegangenem Schriftsatz begründet worden ist. Die Klägerin verfolgt ihren erstinstanzlichen Zahlungsanspruch weiter. Sie hält die Ansprüche nicht für verwirkt. Zu Unrecht sei das Landgericht davon ausgegangen, daß die Firma N zwischenzeitlich liquidiert worden sei. Der maßgebliche Zeitraum vom 28.11.1996 bis zum 01.03.2000 sei nicht ausreichend. 13

Die Klägerin beantragt, 14

die Beklagte unter Aufhebung des am 13.09.2001 verkündeten Urteils der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld zu verurteilen, an sie 87.020,00 DM (= 44.492,62 €) nebst 5 % Zinsen aus 6.520,00 DM seit dem 23.09.1996 und aus weiteren 80.500,00 DM seit dem 10.10.1996 zu zahlen. 15

Die Beklagte beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen und 17

ihr zu gestatten, Sicherheit gemäß §§ 709 - 711, 720 a Abs. 3 ZPO durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer Großbank, Genossenschaftsbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen. 18

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und erhebt zudem die Einrede der Verjährung. 19

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die im zweiten Rechtszug eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 20

**Entscheidungsgründe:** 21

Die Berufung ist unbegründet. Das Landgericht hat zu Recht eine Verwirkung der Ansprüche der Fa. N bejaht. Dies muß sich auch die Klägerin entgegenhalten lassen. 22

23

I.	
1.	24
Die evtl. Ansprüche der Klägerin aus §§ 631, 632 BGB sind nicht schon verjährt.	25
Die mit den Rechnungen der Firma N vom 31.07.1996 und 08.10.1996 geltend gemachten Ansprüche verjährten gemäß § 196 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB a.F. in vier Jahren, wobei die Verjährung gemäß §§ 198, 201 BGB a.F. mit dem Schluß des Jahres begann, in welchem der Anspruch entstanden war.	26
Die Klage ist unter dem 29.12.2000 eingereicht worden. Auf diesen Zeitpunkt ist abzustellen, da eine demnächstige Zustellung im Sinne von § 270 Abs. 3 ZPO darin zu sehen ist, daß die Klage unter dem 25.01.2001 der Beklagten zugestellt worden ist; die zwischenzeitliche Verzögerung ist der Klägerin nicht anzulasten, da sie auf die Zahlungsanforderung des Kostenvorschusses vom 02.01.2001 diesen unter dem 11.01.2001 und damit ausreichend schnell gezahlt hat.	27
Daß die Klägerin die Klage nicht bei dem zuständigen Gericht eingereicht hat, ändert nichts an der Unterbrechungswirkung (vgl. BGH NJW 1983, 1050). Die Verweisung ist dann nach einer tatsächlichen und rechtlichen Überprüfung vorgenommen worden.	28
2.	29
Die Ansprüche der Klägerin sind aber verwirkt. Dabei sind im vorliegenden Fall die zur Annahme eines Verwirkungstatbestandes notwendigen Voraussetzungen zu bejahen. So ist eine zur Annahme des Verwirkungstatbestandes genügend lange Zeit anzunehmen; diese richtet sich nicht nur nach der absoluten Dauer, sondern auch nach den besonderen Umständen, welche das Vertrauen der Partei rechtfertigen, sie werde nicht mehr in Anspruch genommen werden (vgl. BGH WM 1979, 644, 646).	30
Die maßgebliche Zeitspanne, auf die im vorliegenden Fall abzustellen ist, beginnt mit dem 28.11.1996; in diesem Schreiben haben die Rechtsanwälte Dr. L pp. als Verfahrensbevollmächtigte der Beklagten den Rechtsanwälten G und Kollegen mitgeteilt, daß der gewünschte Verzicht auf Gewährleistungsansprüche nicht in Betracht komme; nach den bisherigen Informationen der Rechtsanwälte G pp. solle die N letztlich liquidiert werden, so daß im Gewährleistungsfall ohnehin kein Vertragspartner mehr vorhanden sei, an den man sich halten könne. Dann folgte bis zum Schreiben der Rechtsanwälte G pp. vom 01.03.2000 keinerlei Kontakt zwischen den beteiligten Rechtsanwälten. Dieser Zeitraum von drei Jahren und drei Monaten stellt durchaus eine Zeitspanne dar, die das Zeitmoment im Sinne einer Verwirkung erfüllen kann (vgl. OLG Frankfurt BauR 1989, 210), auch wenn bei der kurzen Verjährungsfrist des § 196 BGB a.F. nur ausnahmsweise eine Verwirkung in Betracht kommt.	31
Im vorliegenden Fall stellt sich jedoch die Inanspruchnahme der Beklagten als illoyal verspätete Geltendmachung des vermeintlichen Anspruchs der Klägerin und damit eine gegen Treu und Glauben verstoßende unzulässige Rechtsausübung dar (vgl.	32
auch BGH VersR 1997, 1004, 1006). Zum damaligen Zeitpunkt standen erhebliche Gewährleistungsansprüche der Beklagten im Raum, derentwegen die Beklagte durch ihre Rechtsanwälte eine Begleichung der Schlußrechnungen abgelehnt hatte; mit Schreiben vom 17.10.1996 haben die Rechtsanwälte Dr. L pp. deshalb auch der Firma N anheimgestellt, ihre vermeintlichen Ansprüche einzuklagen; dabei wird zum Ausdruck gebracht, daß die Beklagte	33

sich vorbehalte, von sich aus ein "selbständiges Beweissicherungsverfahren" anstrengen.

Ob die Firma N letztlich liquidiert ist, kann dahinstehen. Jedenfalls aber ergab sich aus dem Schreiben der Beklagtenvertreter vom 28.11.1996 an die Verfahrensbevollmächtigten der Firma N, daß nach den Angaben der Verfahrensbevollmächtigten der Firma N diese letztlich liquidiert werden sollte. Unabhängig von der Richtigkeit dieser Mitteilung ist hierdurch jedenfalls eine entsprechende Vorstellung bei der Beklagten ausgelöst worden, die ihr Verhalten beeinflussen konnte. 34

Aus dem Schreiben der Firma N vom 14.06.1996 folgt unter II 2 und 3, daß eine Abtretung an die Bank erfolgt war und darüber hinaus aber auch schon Vollstreckungsmaßnahmen gegen die Firma N eingeleitet worden waren (vorläufiges Zahlungsverbot, Pfändungs- und Überweisungsbeschluß). 35

Schließlich haben die Parteien vorprozessual Vergleichsgespräche geführt, die nur daran scheiterten, daß die Beklagte nicht bereit war, auf jegliche Gewährleistungsansprüche zu verzichten; dies folgt aus dem Schreiben der Rechtsanwälte Dr. L vom 28.11.1996 einerseits und dem vorangegangenen Schreiben der Rechtsanwälte L und G vom 27.11.1996, wenn es dort heißt, daß die Firma N bereit sei, den Vergleichsvorschlag der Mandantin der Rechtsanwälte Dr. L zu akzeptieren, allerdings mit der Maßgabe, daß diese auf Gewährleistungsansprüche verzichte. 36

Schließlich waren beide Parteien anwaltlich vertretene Kaufleute. Von der Firma N hätte deshalb eine umgehende Reaktion erwartet werden können, wenn bei dieser Sachlage noch ein Aktivanspruch geltend gemacht werden sollte. Daß schon zum damaligen Zeitpunkt erhebliche Gegenansprüche der Beklagten im Raume standen und auch von der Firma N so akzeptiert wurden, zeigt schon der Vergleichsvorschlag der Rechtsanwälte L und G. Dahinstehen kann deshalb, ob die Gegenforderungen wirklich die von der Beklagten errechnete Höhe von 176.750,00 DM erreichen würden. 37

Zu Recht hat das Landgericht angenommen, daß sich aus dem Gesamtverhalten der Beklagten in der Folgezeit ergebe, daß sie es wegen der Vergleichsverhandlungen und des Umstandes, an dem die Vergleichsverhandlungen scheiterten, unterlassen habe, durch zum Teil kostenintensive Maßnahmen ihre Gegenansprüche nachweisbar darzulegen und weiterzuverfolgen. 38

Dieses Verhalten der Zedentin muß sich die Klägerin als Zessionarin auch zurechnen lassen. 39

Dabei ist das Landgericht nachvollziehbar davon ausgegangen, daß die Verfahrensbevollmächtigten der Firma N auch für die Klägerin verhandeln und Vergleiche über die abgetretenen Forderungen abschließen durften. Zu Protokoll vom 13.09.2001 hat der Klägervertreter im Rahmen der Erörterung der Verwirkung erklärt, daß die Klägerin wußte, daß die Gespräche abgebrochen worden waren, und die ganzen Jahren darauf gewartet habe, daß die Beklagte an sie wegen der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen herantreten werde. Haben die damaligen Verfahrensbevollmächtigten, die Rechtsanwälte G pp., aber auch für die Klägerin die Vergleichsgespräche nach der vorangegangenen Abtretung geführt, so muß sich die Klägerin dieses Verhalten auch zurechnen lassen. Auf die Abtretung hat die Firma N die Beklagte bereits mit Schreiben vom 14.06.1996 unter II 1 und 2 hingewiesen. 40

Darüber hinaus muß sich die Klägerin über eine entsprechende Anwendung von § 404 BGB a.F. einen Verwirkungseinwand der Beklagten gegenüber der Firma N entgegenhalten lassen 41

(vgl. BGHZ 58, 327, 331; 64, 122, 126). Bei der Abtretung der zukünftigen Forderung an die Klägerin war deren Fälligkeit noch nicht eingetreten. Zu der für die Fälligkeit erforderlichen Abnahme ist es nie gekommen, vielmehr ist diese wegen der erheblichen Mängel verweigert worden. Damit hat eine abgetretene Forderung zu keinem Zeitpunkt bestanden, ohne daß ihr der Verwirkungseinwand entgegengestanden hätte.

II.

42

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziff. 10, 711, 713 ZPO. Das Urteil beschwert die Klägerin in Höhe von 87.020,00 DM (= 44.492,62 €).

43