
Datum: 29.06.1999
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 249/98
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1999:0629.22U249.98.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 7 O 182/98

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Bonn vom 1.10.1998 - 7 O 182/98 - wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin wird nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 40.000,00 DM abzuwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die jeweiligen Sicherheiten können auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

T A T B E S T A N D

Die Klägerin beauftragte im Jahre 1991 die Beklagte mit der Ausführung von Estricharbeiten an der Kunst- und Ausstellungshalle der Bundesrepublik Deutschland in Bonn.

1

2

3

Das Auftragsvolumen lag bei ca. 1,7 Mio. DM. Den Vertragsbeziehungen der Parteien lag die VOB/B zugrunde. Bei der Abwicklung des Auftrags kam es zu Schwierigkeiten und Differenzen. Die Parteien streiten im einzelnen darüber, ob Grund hierfür fehlerhafte und verzögerliche Arbeit der Beklagten war, oder ob der Ablauf der Arbeiten durch Änderungen in der geplanten Bauausführung erschwert und verzögert wurde. Nachdem die Klägerin der Beklagten unter Fristsetzung zur Beseitigung bestimmter Mängel die Auftragsentziehung angedroht hatte, kündigte sie mit Schreiben vom 27.11.1991 den mit der Beklagten geschlossenen Vertrag.

Mit Antragschrift vom 3.12.1991 leitete die Klägerin bei dem Landgericht Bonn ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Beklagte ein (15 OH 8/91 LG Bonn), in dem der Sachverständige Professor Dr. G. unter dem 17.3.1992 ein schriftliches Gutachten und unter dem 5.6.1993 ein Ergänzungsgutachten erstellte. Am 19.11.1993 fand eine Anhörung des Sachverständigen statt. 4

Am 13.1.1992 erfolgte, nachdem die Beklagte eine Schlußabnahme ihrer Arbeiten verlangt hatte, eine Begehung der Baustelle, von der die Bereiche, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens waren, ausgenommen waren. Die Klägerin verweigerte im Hinblick auf Mängel die Abnahme und lehnte die von der Beklagten angebotene Beseitigung der Mängel mit Hinweis auf den Entzug des Gesamtauftrags ab (vgl. Vermerk der Bundesbaudirektion vom 15.1.1992, Bl. 94 f. d.A.). 5

Mit Schriftsatz vom 23.3.1994 beantragte die Klägerin, die im selbstständigen Beweisverfahren ergangenen Beweisbeschlüsse bezüglich weiterer Beweisfragen zu ergänzen und das Verfahren auf die Firma D. GmbH u. Co. KG zu erstrecken, die die Durchführung der restlichen Arbeiten, insbesondere die Aufbringung des Magnesiaestrichs sowie die Nachbesserung von Arbeiten der Beklagten übernommen hatte. Nach Eintragung der Sache als neues selbständiges Beweisverfahren - 15 OH 5/94 LG Bonn - ordnete das Landgericht Bonn die beantragten Beweiserhebungen an. Unter dem 18.1.1995 erstattete der Sachverständige Professor Dr. G. hierzu sein Gutachten. 6

Mit Schreiben vom 17.3.1995 forderte die Klägerin die Beklagte unter Verrechnung einer Restforderung der Beklagten in Höhe von 356.321,21 DM auf, an sie Sanierungskosten in Höhe von 1.347.585,46 DM zu zahlen. Nachdem die Beklagte mehrmals um Fristverlängerung zur Prüfung gebeten hatte, ist unter dem 12.12.1996 auf Antrag der Klägerin über die Forderung ein Mahnbescheid ergangen, der der Beklagten am 17.12.1996 zugestellt worden ist. 7

Wegen der Einzelheiten der von der Klägerin geltend gemachten Beträge wird auf das Vorbringen der Klägerin insbesondere in der Klageschrift und ihrem Schreiben vom 17.3.1995 Bezug genommen. Die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung hat die Klägerin für unberechtigt gehalten. Sie hat die Auffassung vertreten, die Verjährung sei während der Dauer der von der Beklagten erbetenen Prüfungszeit gehemmt gewesen. 8

Die Klägerin hat beantragt, 9

1. 10

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 1.346.030,54 DM nebst folgenden Jahreszinsen zu zahlen:

7,25 % für die Zeit vom 19.04.1995 12

bis 09.05.1995 (21 Tage) = 5.614,61 DM,	13
7,00 % für die Zeit vom 10.05.1995	14
bis 31.05.1995 (22 Tage) = 5.679,14 DM,	15
6,75 % für die Zeit vom 01.06.1995	16
bis 06.08.1995 (67 Tage) = 16.677,87 DM,	17
6,50 % für die Zeit vom 07.08.1995	18
bis 30.01.1996 (177 Tage) = 42.427,62 DM,	19
6,25 % für die Zeit vom 31.01.1996	20
bis 14.04.1996 (75 Tage) = 17.286,35 DM,	21
5,75 % für die Zeit vom 15.04.1996	22
bis 30.10.1996 (199 Tage) = 42.197,14 DM,	23
5,00 % für die Zeit vom 31.10.1996	24
bis 16.12.1996 (47 Tage) = 8.666,22 DM,	25
5,00 % für die Zeit vom 17.12.1996	26
bis 29.01.1997 (44 Tage) = 8.113,06 DM,	27
4,00 % für die Zeit vom 30.01.1997	28
bis 17.04.1997 (78 Tage) = 11.505,80 DM,	29
4,60 % für die Zeit seit 18.04.1997,	30
2.	31
die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin folgende Zinseszinsen zu zahlen:	32
5,00 % aus 138.548,95 DM für die Zeit vom 17.12.1996 bis 29.01.1997,	33
4,00 % aus 138.548,95 DM für die Zeit vom 30.01.1997 bis 17.04.1997,	34
4,60 % aus 138.548,95 DM seit 18.04.1997 bis zur Zustellung der Anspruchsbegründung	35
und	36
4,60 % ab Zustellung der Anspruchsbegründung aus dem zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Zinsbetrag.	37
Die Beklagte hat beantragt,	38
die Klage abzuweisen.	39
	40

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe nicht fehlerhaft gearbeitet. Die Klägerin habe ihr auch das Recht auf Nachbesserung nicht entziehen dürfen. Sie hat sich zudem auf die Einrede der Verjährung berufen.

Durch Urteil vom 1.10.1998 - 7 O 182/98 - LG Bonn, auf das wegen sämtlicher Einzelheiten Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Klage mit der Begründung abgewiesen, die geltend gemachten Forderungen seien insgesamt gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B verjährt. 41

Gegen dieses ihr am 12.10.1998 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 9.11.1998 Berufung eingelegt, die sie nach entsprechender Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist am 11.1.1999 begründet hat. 42

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie ist insbesondere der Auffassung, ihre Forderungen seien nicht verjährt. Eine Abnahme als Voraussetzung für den Lauf der Verjährungsfrist sei nicht erfolgt. Jedenfalls sei Unterbrechung der Verjährung durch die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens eingetreten. Sodann sei die Verjährung nach § 639 II BGB gehemmt gewesen, da die Beklagte mehrfach, erstmals mit Schreiben vom 20.3.1995, um Fristverlängerung zur sachverständigen Prüfung und Stellungnahme gebeten und die Klägerin sich hiermit einverstanden erklärt habe. Jedenfalls sei unter diesen Umständen der Beklagten die Berufung auf die Verjährung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB verwehrt. Auch hinsichtlich der Mängel, die Gegenstand des zweiten Beweisverfahrens gewesen seien, sei Verjährung nicht eingetreten, da es sich nicht um neue Mängel, sondern um weitere Mängelerscheinungen hinsichtlich der Mängel gehandelt habe, die bereits Gegenstand des ersten Beweisverfahrens gewesen seien. 43

Die Klägerin beantragt, 44

die angefochtene Entscheidung abzuändern und nach den Schlußanträgen der Klägerin in erster Instanz zu erkennen, 45

im Unterliegensfalle der Klägerin nachzulassen, eine mögliche Sicherheitsleistung auch durch Beibringung einer Bankbürgschaft der Deutschen Bundesbank zu erbringen. 46

Die Beklagte beantragt, 47

die Berufung zurückzuweisen, 48

im Falle der Verurteilung der Beklagten nachzulassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung auch durch Bürgschaft einer deutschen Sparkasse oder Großbank abwenden zu können. 49

Auch die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie meint, insbesondere eine Hemmung der Verjährung sei nicht eingetreten, da die Klägerin sich mit einer Prüfung der Gewährleistungsansprüche durch sie nicht einverstanden erklärt habe. 50

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien gewechselten Schriftsätze und eingereichten Unterlagen Bezug genommen. Die Akten der Verfahren 15 OH 8/91 und 15 OH 5/94 LG Bonn sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. 51

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE 52

53

Die form- und fristgerecht eingelegte und auch im übrigen zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg. Das Urteil des Landgerichts entspricht der Sach- und Rechtslage, das Berufungsvorbringen der Klägerin rechtfertigt keine andere Beurteilung.

I. 54

Die geltend gemachten Gewährleistungsansprüche stehen der Klägerin nicht zu, da diese gemäß § 13 Nr. 4 VOB/B verjährt sind. 55

1. 56

Der Lauf der zweijährigen Verjährungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B ist hinsichtlich sämtlicher Gewährleistungsansprüche der Klägerin am 13.1.1992 in Gang gesetzt worden. 57

Die Klägerin hat an diesem Tage die Abnahme der Arbeiten der Beklagten endgültig verweigert. Die Endgültigkeit der Abnahmeverweigerung ergibt sich insbesondere aus der Ablehnung der von der Beklagten angebotenen Mängelbeseitigung mit Hinweis auf den Entzug des Gesamtauftrages. Hieraus ergibt sich gleichzeitig, daß sich die Abnahmeverweigerung ebenso wie die Ablehnung der Beseitigung der Mängel durch die Beklagte auf sämtliche in Zusammenhang mit dem Gesamtauftrag durchgeführten Arbeiten der Beklagten bezog. 58

Für den Verjährungsbeginn steht der Abnahme deren endgültige Verweigerung gleich (BGH NJW-RR 1998, 1027; Palandt-Sprau BGB, 58. Aufl., § 638 Rn 1). 59

2. 60

Durch das Beweissicherungsverfahren 15 OH 8/91 LG Bonn ist gemäß §§ 477 II, 639 I BGB, die auch für Bauverträge, die der VOB unterstellt sind, gelten (vgl. Palandt-Sprau a.a.O. § 639 Rn 7 m.w.N.), Unterbrechung der Verjährung hinsichtlich der in diesem Verfahren geltend gemachten Mängel eingetreten, die mit der Anhörung des Sachverständigen am 19.11.1993 endete. Ab dem 20.11.1993 begann die Verjährungsfrist erneut zu laufen; sie war aber vor Beantragung des Mahnbescheids im Dezember 1996 abgelaufen. 61

a) 62

Die Verjährung war nicht, jedenfalls nicht hinreichend lang, nach § 639 II BGB durch eine einverständliche Prüfung des Vorhandenseins des Mangels durch die Beklagte gehemmt. Eine Hemmung der Verjährung ist auch nicht durch ein sog. Stillhalteabkommen - pactum de non petendo - nach § 202 I BGB gehemmt gewesen. Die Klägerin war nämlich jedenfalls nach dem 22.8.1995 mit einer Prüfung des Mangels nicht (mehr) einverstanden gemäß § 639 II BGB. Auch eine Berechtigung der Beklagten zur Verweigerung der Leistung über diesen Zeitpunkt hinaus aufgrund einer entsprechenden, auch nur konkludenten Vereinbarung zwischen den Parteien ist nicht erkennbar. 63

aa) 64

Eine etwaige Hemmung der Verjährung begann auch unter Zugrundelegung des Vorbringens der Klägerin frühestens mit dem Schreiben der Beklagten vom 20.3.1995 (Bl. 130 d.A.), in dem die Beklagte Fristverlängerung bis zum 18.5.1995 erbeten hatte. Sie endete spätestens mit der durch Schreiben der Klägerin vom 24.7.1995 gesetzten letzten Frist zur 65

Zahlung zum 22.8.1995. Mit diesem Schreiben hatte die Klägerin nämlich mitgeteilt, ein fünfmonatiger Prüfungszeitraum sei mehr als ausreichend, so daß die im Schreiben vom 12.4.1995 avisierte Frist gegenstandslos sei. Hierdurch hatte die Klägerin deutlich gemacht, daß sie mit einer längeren Prüfung durch die Beklagte als bis zum 22.8.1995 nicht einverstanden war und zu diesem Zeitpunkt endgültig Zahlung erwartete. Die mangelnde Reaktion der Klägerin auf das Schreiben der Beklagten vom 10.8.1995, mit dem diese erklärte, fünf Monate reichten zur Prüfung nicht, eine Stellungnahme sei in keinem Fall vor Jahresfrist möglich, konnte die Beklagte insbesondere angesichts des Inhalts des Schreibens der Klägerin vom 24.7.1995 keinesfalls als konkludentes Einverständnis der Klägerin mit einer weiteren Prüfung auffassen, sie mußte vielmehr ab dem 22.8.1995 mit der Erhebung der Klage durch die Klägerin rechnen.

Eine Einigung über die weitere Prüfung der Mängel durch die Beklagte oder ein Stillhalten der Klägerin über den 22.8.1995 hinaus ist auch nicht nach § 151 BGB zustandegekommen. Nach den gesamten, dem Schreiben der Beklagten vom 10.8.1995 vorausgegangenen Umständen, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, daß die Klägerin auf die früheren Schreiben der Beklagten stets geantwortet hatte und nach ihrem Schreiben vom 24.7.1995 mit einem weiteren Stillhalten nicht gerechnet werden konnte, wäre eine Antwort der Klägerin gerade zu erwarten gewesen, wenn sie denn entgegen ihrer bisherigen klaren Haltung mit einer weiteren Prüfung durch die Beklagte einverstanden gewesen wäre. 66

Daß die Klägerin tatsächlich mit der Beantragung des Mahnbescheids mehr als ein weiteres Jahr zuwartete, ist unerheblich. Entscheidend ist, wie die Beklagte das Schweigen der Klägerin auf ihr Schreiben vom 10.8.1995 verstehen durfte und mußte. 67

bb) 68

Ob eine Hemmung der Verjährung jedenfalls vom 20.3.1995 bis zum 22.8.1995 eingetreten war, kann dahinstehen. Bis zum 20.3.1995 waren nämlich seit Beginn des Laufs der Verjährungsfrist bereits 1 Jahr und 4 Monate der Verjährungsfrist verstrichen. Spätestens ab Anfang September 1995 lief die Verjährungsfrist weiter, so daß sie spätestens Ende April 1996 abgelaufen war. 69

Die weiteren Verhandlungen zwischen den Parteien ab Juli 1996 konnten daher eine Hemmung der Verjährung nicht mehr bewirken. 70

b) 71

Die Berufung der Beklagten auf den Ablauf der Verjährungsfrist ist der Beklagten auch nicht nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens gemäß § 242 BGB verwehrt. 72

Die Beklagte hat durch ihr Verhalten die Klägerin nicht von der rechtzeitigen Erhebung der Klage oder der sonstigen Unterbrechung der Verjährung abgehalten. Die Klägerin hat selbst durch ihr Verhalten, insbesondere durch ihr Schreiben vom 24.7.1995 und ihr Schweigen auf das Schreiben der Beklagten vom 10.8.1995 eindeutig zu verstehen gegeben, daß sie eine weitere Verzögerung durch die Beklagte nicht hinnehmen werde. Aus welchem Grunde die Klägerin dennoch durch das Schreiben der Beklagten vom 10.8.1995 von der rechtzeitigen Unterbrechung der Verjährung etwa durch Klageerhebung abgehalten worden sein soll, ist nicht erkennbar. Widersprüchlich ist nicht das Verhalten der Beklagten, sondern das der Klägerin, die einerseits die erbetene Fristverlängerung nicht gewährt hat, sich 73

andererseits nun auf eben diese Bitte der Beklagten berufen will.

2.	74
Auch Gewährleistungsansprüche der Klägerin aus Mängeln, die Gegenstand des selbständigen Beweisverfahrens 15 OH 5/94 LG Bonn waren, bestehen nicht.	75
a)	76
Diese Ansprüche sind verjährt, und zwar ohne daß es auf die Hemmung der Verjährung aufgrund der von den Parteien ab März 1995 gewechselten Schreiben ankäme.	77
Bei Einleitung dieses selbständigen Beweisverfahrens im März 1994 war hinsichtlich der dort geltend gemachten Mängel bereits Verjährung eingetreten.	78
Eine Unterbrechung der Verjährung ist hinsichtlich dieser Mängel nicht bereits durch die Einleitung des ersten Beweisverfahrens 15 OH 8/91 LG Bonn eingetreten.	79
Nach der sog. Symptomrechtsprechung (vgl. BGH NJW-RR 1989, 148 f. und 667 f.) gelten für die Mängelrügen nach § 13 Nr. 5 VOB/B und die Unterbrechung der Verjährung durch ein selbständiges Beweisverfahren die gleichen Grundsätze. Mit der Beschreibung des Mangels durch den Antragsteller sind, gleichgültig, welche Ursachen er für den Mangel vermutet, sämtliche tatsächlichen Ursachen erfaßt; die Unterbrechung der Verjährung ist auch nicht auf die Stellen beschränkt, an denen der Mangel zunächst aufgetreten ist.	80
Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze handelte es sich bei den in den beiden selbständigen Beweisverfahren gerügten Mängeln nicht um identische Mängel.	81
aa)	82
Sowohl die im Beweisverfahren 15 OH 5/94 LG Bonn in der Beweisfrage Ziffer 1) genannten Risse im Estrich als auch der in der Beweisfrage Ziffer 2) genannte Abrieb des Estrichs beruhten nicht auf fehlenden Dehnungsfugen im Zementestrich, sondern, wie der Sachverständige Professor Dr. G. in seinem Gutachten ausgeführt hat, einerseits auf einem mangelnden Haftverbund des Estrichs zum Rohbetonboden, andererseits auf einem Verarbeitungsfehler (vgl. Bl. 45, 46 f. d.A. 15 OH 5/94 LG Bonn). Die im Beweissicherungsverfahren 15 OH 8/91 LG Bonn gerügten Risse beruhten demgegenüber sämtlich auf einer fehlenden Anbringung von Dehnungsfugen. Dementsprechend hat der Sachverständige auch im Beweisverfahren 15 OH 5/94 LG Bonn die Anbringung von Dehnungsfugen in den Räumen 0900, 0700 und 0500, die Gegenstand der Beweisfrage 1) waren, nicht für erforderlich gehalten.	83
Steht fest, daß die im Verfahren 15 OH 8/91 Landgericht Bonn gerügten Risse sämtlich auf einem Mangel in Form fehlender Dehnungsfugen beruhen, während die im Verfahren 15 OH 5/94 Landgericht Bonn gerügten Risse ihre Ursache in mangelhafter Haftung des Estrichs auf dem Untergrund hatten, handelt es sich trotz gleicher Symptome um verschiedene Mängel.	84
bb)	85
Mängel der Estrichränder, wie sie Gegenstand des Beweisverfahrens 15 OH 8/91 LG Bonn waren, waren nicht Inhalt des Antrags der Klägerin und des entsprechenden Beschlusses über die Beweiserhebung im Verfahren 15 OH 5/94 LG Bonn. Hinsichtlich der	86

Beweisfrage Ziffer 4), die dunkle Verfärbungen bzw. Verblühungen in den Randbereichen betraf, hat der Sachverständige einen Mangel nicht festgestellt. Soweit er in seinem Gutachten zur mangelhaften Ausführung der Randfugen Stellung genommen hat, war dies nicht Gegenstand der Beweiserhebung. Die Beweisfrage, in deren Rahmen er hierzu Stellung genommen hat, bezog sich nur auf die Mängelerscheinungen gemäß Ziffer 1) bis 4) des Beschlusses über die Beweisanordnung.

cc) 87

Auch bei den - nach dem Vorbringen der Klägerin im Umfang von 20 % der Gesamtrisse vorhandenen - Rissen im Magnesiaestrich, der durch die Firma D. aufgebracht worden war, handelte es sich um einen neuen Mangel. Dies ergibt sich schon daraus, daß dieser Magnesiaestrich im Zeitpunkt des ersten Beweisverfahrens noch gar nicht aufgebracht war. 88

b) 89

Abgesehen davon bestehen hinsichtlich der Risse im Magnesiaestrich aber auch keine Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte. Nach den Feststellungen des Sachverständigen muß davon ausgegangen werden, daß jedenfalls eine Vielzahl der Risse bereits vor der Aufbringung des Magnesiaestrichs vorhanden war und durch die Firma D. offenbar nicht geschlossen worden sind. Dies war aber Aufgabe der Firma D., die die zunächst der Klägerin übertragenen Arbeiten fertigzustellen und daher vor Durchführung ihrer Arbeiten für einen ordnungsgemäßen Untergrund Sorge zu tragen hatte. Konnten sich im übrigen fehlende Dehnungsfugen im Zementestrich auf den Magnesiaestrich auswirken, hätte die Firma D. auch diese selbst anbringen oder jedenfalls bei der Klägerin auf deren Anbringung hinwirken müssen. Allenfalls zusätzliche Kosten, die der Klägerin hierdurch entstanden wären, könnte die Klägerin von der Beklagten ersetzt verlangen, nicht jedoch Kosten der Beseitigung von Mängeln, die die Firma D. durch unsachgemäßes Aufbringen des Magnesiaestrichs verursacht hat. Daß der Klägerin insoweit zusätzliche Kosten entstanden sind oder bei ordnungsgemäßer Arbeit der Firma D. entstanden wären, ist nicht ersichtlich. 90

II. 91

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 92

Streitwert für das Berufungsverfahren und zugleich Wert der Beschwerde für die Klägerin: 93
1.346.030,54 DM