
Datum: 23.03.2007
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 162/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2007:0323.19U162.06.00

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 18 O 567/05

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 29.8.2006 verkündete Urteil der 18. Zivilkammer des Landgerichts Bonn – 18 O 567/05 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der Kläger macht Gewährleistungsansprüche wegen der Durchführung von Betonsanierungs- und Beschichtungsarbeiten geltend. Die Parteien streiten insoweit u.a. um Verjährungsfragen.

1

2

3

4

Mit Schreiben vom 27.3.1996 beauftragte der Kläger die Beklagte aufgrund ihres Angebots vom 25.3.1996 mit der Neubeschichtung von zwei Trinkwasserbehältern auf der Grundlage eines Leistungsverzeichnisses. In den der Ausschreibung beigefügten besonderen Vertragsbedingungen des Klägers (BVB) war die Geltung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen DIN 1961 (VOB/B) und eine Gewährleistungsfrist "einheitlich für alle Bauleistungen gemäß VOB 2 Jahre" vereinbart (§ 13 BVB). Das Leistungsverzeichnis sah die Verwendung von Vandex-Unimörtel vor, der über ein Prüfzeugnis nach dem DVGW Arbeitsblatt W 270 verfügt. Die Beklagte behielt sich in einem Begleitschreiben zu ihrem Angebot vom 26.3.1996 vor, bei größeren zusammenhängenden Flächen und langen Transportwegen, dem Vandex-Unimörtel gleichwertiges Material mit Prüfzeugnis und DVGW-Zulassung entsprechend Merkblatt W 270 zu verwenden. Die Arbeiten an dem Trinkwasserbehälter L wurden in dem Zeitraum von April bis Juli 1997 ausgeführt und von der Beklagten am 27.6.1997 mit netto 249.992,07 DM in Rechnung gestellt, welche vom Kläger vollständig beglichen wurde. Am 26.8.1997 erfolgte die förmliche Abnahme dieser Arbeiten. Die Arbeiten an dem Trinkwasserbehälter P wurden in dem Zeitraum von Dezember 1997 bis April 1998 ausgeführt. Hierüber verhalten sich die Rechnungen der Beklagten vom 30.3.1998 über netto 266.376,30 DM und vom 14.9.1998 über netto 26.654,65 DM für Nachtragsarbeiten. Von der ersten Rechnung behielt der Kläger einen Betrag in Höhe von 86.780,11 DM ein, die zweite Rechnung wurde nicht bezahlt. Am 2.9.1998 fand eine Besprechung zwischen den Parteien statt, bei der die Beklagte mitteilte, dass statt des in der Ausschreibung vorgesehenen Vandex-Unimörtels tatsächlich Sakret-Mörtel SSM 4P bzw. SSM 2P verwendet worden sei. Die Inbetriebnahme des Trinkwasserbehälters P erfolgte im November 1998. Eine förmliche Abnahme der Arbeiten hinsichtlich dieses Trinkwasserbehälters fand nicht statt.

5

Mit Schriftsatz vom 23.10.1998 beantragte der hiesige Kläger beim Landgericht Köln die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens (14 OH 38/98) unter anderem zu der Frage, ob die verwendeten Materialien SAKRET Silica-Spritzmörtel SSM 4P bzw. 2P mit den ausgeschriebenen Materialien Vandex-Unimörtel gleichwertig und zur Verwendung in Trinkwasserbehältern geeignet seien. Die Beklagte berief sich mit Schriftsatz vom 9.11.1998 darauf, dass gemäß ihrem Vorbehalt im Schreiben vom 26.3.1998 das Material SSM 4P bzw. 2P benutzt worden sei, und legte hierfür Prüfzeugnisse nach DVGW-Arbeitsblatt W 270 vor. In dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. G vom 20.12.1999 wurde eine Eignung von Mörtel des Typs SSM 4P bzw. 2P zur Verwendung in Trinkwasserbehältern bejaht, ohne dass eine Untersuchung des tatsächlich verwendeten Materials erfolgte. Das selbständige Beweisverfahren endete mit der Festsetzung des Gegenstandswerts durch Beschluss vom 27.3.2000. Wegen der weiteren Einzelheiten dieses Verfahrens wird auf den Inhalt der Akten verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.

6

In einem Verfahren mit umgekehrtem Rubrum nahm die hiesige Beklagte den hiesigen Kläger unter anderem auf Zahlung restlichen Werklohns in Anspruch. Der Klage wurde durch Urteil des Landgerichts Köln vom 9.5.2001 (18 O 424/00) Zug um Zug gegen Beseitigung einzelner Mängel im Wesentlichen stattgegeben. In dem Berufungsverfahren 18 U 120/01 (OLG Köln) berief sich der Kläger mit Schriftsatz vom 14.9.2001 zunächst darauf, dass von der Beklagten statt des vereinbarten Vandex-Unimörtel unzulässigerweise Sakret-Spritzmörtel SSM 2P und 4P verwendet worden sei. Mit Schriftsatz vom 16.11.2001 behauptete der Kläger unter Hinweis auf "ergänzend in Erfahrung gebrachte Informationen" sodann, dass der in dem selbständigen Beweisverfahren beauftragte Sachverständige Prof. Dr.-Ing. G von falschen Annahmen ausgegangen sei. Tatsächlich sei nicht das Material SSM, sondern SM verwendet worden. Mit Schriftsatz vom 4.12.2001 konkretisierte der Kläger die von ihm eingeholten Informationen dahingehend, dass er von dem Privatsachverständigen Dipl.-Ing. K im Oktober

2001 einen entsprechenden Hinweis erhalten habe. Die Beklagte behauptete zunächst mit Schriftsatz vom 20.12.2001, dass das Material SM nicht verarbeitet worden sei. Erst nachdem der Kläger mit Schriftsatz vom 7.1.2002 ein Privatgutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. K vom 5.1.2002 betreffend den Trinkwasserbehälter L vorgelegt hatte, der nach der Entnahme von Materialproben zu dem Ergebnis gekommen war, dass kein SSM-Mörtel verwendet wurde und das tatsächlich verwendete Material nicht geeignet gewesen sei, räumte die Beklagte mit Schriftsatz vom 14.2.2002 ein, dass das Material SM verwendet wurde. Unter dem 6.10.2002 erstattete der von dem Kläger beauftragte Sachverständige ein entsprechendes Gutachten betreffend den Trinkwasserbehälter P. Durch Urteil vom 20.11.2003 wurde die Restwerklohnklage insgesamt abgewiesen. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 9.12.2004 (VII ZR 357/03) zurückgewiesen. Wegen der weiteren Einzelheiten dieses Verfahrens wird auf den Inhalt der Akten, die ebenfalls Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

Mit Schreiben vom 30.9.2005 forderte der Kläger die Beklagte unter anderem unter Fristsetzung bis zum 30.10.2005 bzw. 30.11.2005 zur Mangelbeseitigung auf. Dies wurde von der Beklagten mit Schreiben vom 20.10.2005 abgelehnt.

7

Mit der am 30.12.2005 eingegangenen Klage hat der Kläger einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 411.187,68 € geltend gemacht und die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz darüber hinausgehender Kosten und Schäden verlangt. Der Kläger hat behauptet, am 12.6.1998 einen Hinweis darauf erhalten zu haben, "dass die Beklagte bei den hier in Rede stehenden Bauvorhaben nahezu perfekt zu ihren Gunsten manipuliert und statt des ausgeschriebenen, qualitativ hochwertigen und teuren Vandex-Unimörtels einen preisgünstigen, ganz normalen Wandputz der Marke SAKRET aufgebracht habe". Auch der seinerzeitige zweite Geschäftsführer der Beklagten habe bei einem Telefonat am 30.6.1998 eingeräumt, dass ein anderes Material als der vereinbarte Vandex-Mörtel eingesetzt worden sei. Bei der Verwendung eines anderen Baustoffs handele es sich um ein Bauexperiment, da üblicher Spritzmörtel mit unbekannten Zusatzstoffen vermischt worden sei, wofür keine Prüfbescheinigung existiere. Das verwendete Material habe mit 10-15 Jahren eine wesentlich geringere Haltbarkeit als der in der Ausschreibung vorgesehene Vandex-Unimörtel mit 30-40 Jahren. Die seines Erachtens zu erstattenden Nachbesserungskosten hat der Kläger erstinstanzlich auf 411.187,68 € beziffert. Wegen der Einzelheiten der Berechnung wird auf Bl. 32/33 GA verwiesen.

8

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und behauptet, dass der verwendete Sakret SM 2-Mörtel mit Kalkzusatz geeigneter gewesen sei als der in der Ausschreibung des Klägers vorgesehene Vandex-Unimörtel. Die Verwendung eines anderen Materials sei aufgrund ihres Schreibens vom 26.3.1996 ausdrücklich gestattet gewesen. Im Übrigen hat die Beklagte die Höhe des vom Kläger geltend gemachten Schadens bestritten und behauptet, dass die Haltbarkeit von Frischwasserbehältern aus Beton wesentlich geringer sei als vom Kläger angegeben. Der zu ersetzende Schaden betrage maximal 200.829,38 €. Wegen der Berechnung dieses Betrags wird auf Bl. 41/42 GA verwiesen. Ferner hat die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben und behauptet, dass der Kläger bereits im Jahre 1998 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen gehabt habe. Die Beklagte hat zudem die Auffassung vertreten, dass etwaige Ansprüche des Klägers verwirkt seien. Zum einen habe er beide Frischwasserbehälter in Gebrauch genommen, ohne dass es zu Beanstandungen gekommen sei. Zum anderen verhalte der Kläger sich widersprüchlich, indem er in dem Vorverfahren mit umgekehrtem Rubrum zunächst mit Schriftsatz vom 8.12.2000 die Auffassung vertreten hat, dass ihm eine Nachbesserung unzumutbar sei,

9

während sodann mit Schriftsatz vom 14.9.2001 hilfsweise Nachbesserung verlangt wurde.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 29.8.2006 die Klage mit der Begründung abgewiesen, dass ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Klägers verjährt sei. Selbst wenn wegen arglistiger Täuschung zunächst die dreißigjährige Verjährungsfrist gegolten hätte, hätte die neue dreijährige Verjährungsfrist am 1.1.2002 begonnen und wäre am 31.12.2004 abgelaufen. Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen habe der Kläger selbst nach seinem eigenen Vorbringen bereits im Jahre 1998 erlangt. Dem stünden die wechselnden Angaben der Beklagten zur Art des verwendeten Mörtels nicht entgegen. Abgesehen davon sei die Höhe des geltend gemachten Schadens übersetzt. 10

Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sachvortrags der Parteien und der tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (Bl. 124 ff. GA) Bezug genommen. 11

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er seinen erstinstanzlichen Zahlungsantrag auf 254.738,61 € reduziert und den Feststellungsantrag weiterverfolgt sowie sein erstinstanzliches Vorbringen wiederholt, vertieft und ergänzt. Den Zahlungsantrag stützt der Kläger in erster Linie auf einen Schadensersatzanspruch, hilfsweise auf einen Vorschussanspruch wegen Mangelbeseitigungskosten. Der Kläger behauptet, dass die Beklagte statt des in der Ausschreibung vorgesehenen Vandex-Unimörtels eine Mischform des Mörtels SM 2 bzw. SM 4 verwendet habe, dessen genaue Zusammensetzung nicht bekannt sei, für den es kein Prüfzeugnis nach DVGW Arbeitsblatt W 270 gebe und der auch nicht ebenso geeignet gewesen sei wie Vandex-Unimörtel. Der Kläger ist der Auffassung, dass seine Ansprüche nicht verjährt seien. Hierzu behauptet der Kläger zum einen, dass er erstmals aufgrund des Privatgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. K vom 5.1.2002 zuverlässige Kenntnis von dem tatsächlich verwendeten Mörtel erlangt habe, während die Beklagte zuvor wechselnde, jeweils unzutreffende Erklärungen über das angeblich verwendete Material gegeben habe. Zum anderen ist der Kläger der Meinung, dass die fortlaufenden Täuschungen der Beklagten jeweils eigenständige Rechtsfolgen begründeten. Die Höhe des daraus resultierenden Schadens beziffert der Kläger auf der Grundlage der Rechnungen der Beklagten und unter Anrechnung von Nutzungsvorteilen bei einer regelmäßigen Nutzungsdauer hochwertiger Mörtelbeschichtungen von 50 Jahren auf 254.738,61 €. Wegen der Einzelheiten dieser Berechnung wird auf Bl. 170 GA verwiesen. 12

Der Kläger beantragt, 13

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 254.738,61 € nebst 5 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 20.10.2005 zu zahlen, und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, die darüber hinausgehenden Kosten und Schäden des Klägers zu erstatten, die darauf beruhen, dass die Trinkwasserbehälter L und P mit einem höheren Aufwand als 306.257,25 € neu beschichtet werden müssen. 14

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil und beantragt, 15

die Berufung zurückzuweisen. 16

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 17

II.	18
Die frist- und formgerecht eingelegte und auch im Übrigen zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache keinen Erfolg. Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Der Kläger hat keinen durchsetzbaren Anspruch auf Schadensersatz oder Kostenvorschuss bzw. Feststellung einer entsprechenden Verpflichtung der Beklagten. Das Berufungsvorbringen führt nicht zu einer abweichenden Beurteilung.	19
Ob der Kläger wegen der Verwendung nicht vereinbarten und/oder nicht geeigneten Mörtels bei den in den Jahren 1997/1998 durchgeführten Arbeiten der Beklagten an den Trinkwasserbehältern L und P einen Schadensersatzanspruch oder den hilfsweise geltend gemachten Vorschussanspruch gegen die Beklagte hat, kann im Ergebnis dahin stehen, da solche Ansprüche jedenfalls verjährt sind und sich die Beklagte auf die Einrede der Verjährung berufen hat (§ 214 BGB).	20
Vertragliche Gewährleistungsansprüche sind auch unter Berücksichtigung der Verjährungsunterbrechung durch das selbständige Beweisverfahren 14 OH 38/98 (LG Köln) verjährt.	21
Die Parteien haben in den Besonderen Vertragsbedingungen eine Gewährleistungsfrist von zwei Jahren vereinbart.	22
Verjährungsbeginn für einen eventuellen Anspruch aus § 13 Nr. 7 VOB/B a.F. ist gemäß § 13 Nr. 4 Abs. 3 VOB/B a.F. der Zeitpunkt der Abnahme, der hinsichtlich des Trinkwasserbehälters L am 26.8.1997 erfolgte. Hinsichtlich des Trinkwasserbehälters P geht der Senat entgegen den Ausführungen in dem angefochtenen Urteil zwar nicht von einer Abnahme aus, so dass sich ein möglicher Gewährleistungsanspruch des Klägers aus § 4 Nr. 7 Satz 2 VOB/B a.F. ergibt (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Auflage 2005, Rn 1738), für den die Verjährungsfrist jedoch ebenfalls im Jahre 1998 begann. Eine förmliche Abnahme hat unstreitig nicht stattgefunden (§ 12 Nr. 4 VOB/B); die Beklagte hat eine Abnahme auch nicht verlangt (§ 12 Nr. 1/2 VOB/B). Eine fiktive Abnahme (§ 12 Nr.5 VOB/B) ist mangels Fertigstellungsanzeige der Beklagten ebenfalls nicht erfolgt. Auch durch die Inbetriebnahme des Wasserbehälters im November 1998 ist keine konkludente Abnahme erfolgt. Von den hierfür am 30.3.1998 in Rechnung gestellten Kosten hatte der Kläger aufgrund von Beanstandungen nicht nur den kompletten Betrag für Nachtragsarbeiten, sondern auch ca. 40 % des eigentlichen Werklohns einbehalten und mit Schriftsatz vom 23.10.1998 ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet. Angesichts dessen konnte die Beklagte nicht ernsthaft davon ausgehen, dass der Kläger ihre Leistungen als im Wesentlichen vertragsgemäß akzeptieren wollte.	23
Durch das mit Schriftsatz vom 23.10.1998 eingeleitete und mit der Streitwertfestsetzung vom 27.3.2000 beendete selbständige Beweisverfahren wurde die Verjährung gemäß § 209 BGB a.F. unterbrochen und endete somit am 27.3.2002, so dass eine rechtzeitige Hemmung der Verjährung durch die Klageerhebung am 30.12.2005 nicht erfolgen konnte.	24
Verjährung ist aber auch dann eingetreten, wenn man von der längstmöglichen Verjährungsfrist wegen arglistiger Täuschung ausgeht.	25
Falls die Beklagte die Verwendung des von den vertraglichen Vereinbarungen abweichenden Materials arglistig verschwiegen hat, hätte auch für VOB/B-Ansprüche die frühere allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195 BGB a.F.) gegolten (vgl. Ganten/ Jagenburg/Motzke, Beck'scher VOB-Kommentar, VOB Teil B, 1997, Rn 325 m.w.N.). Anstelle dieser Frist, die im	26

Zeitpunkt des Inkrafttretens des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes noch nicht abgelaufen war, gilt gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB jedoch die kürzere Verjährungsfrist nach § 634 a Abs. 3 BGB n.F., auch soweit es sich um einen VOB/B-Vertrag handelt (vgl. Wirth, in: Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 16. Auflage 2007, § 13 Nr. 4 VOB/B Rn 108 m.w.N.).

Diese Frist beträgt bei arglistigem Verschweigen eines Mangels gemäß § 634 a Abs. 3 Satz 1 27
BGB i.V.m. § 195 BGB n.F. regelmäßig drei Jahre, bei Arbeiten an einem Bauwerk i.S.d. §
634 a Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. mindestens fünf Jahre ab Abnahme (§ 634 a Abs. 2, Abs. 3 Satz
2 BGB n.F.). Auch wenn es sich angesichts der Art und des Umfangs der mit rund
250.000,00 DM in Rechnung gestellten Betonsanierungs- und Beschichtungsarbeiten der
Beklagten, welche die bestimmungsgemäße Nutzbarkeit der Trinkwasserbehälter für mehrere
Jahrzehnte aufrechterhalten sollten, um ein Arbeiten an einem Bauwerk i.S.d. § 634 a Abs. 1
Nr. 2 BGB n.F. handelt (vgl. Palandt/Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 66. Auflage 2007,
§ 634 a BGB Rn 10, 17 m.w.N.), ist die fünfjährige Mindestfrist hinsichtlich der im Jahre 1997
abgenommenen Arbeiten an dem Trinkwasserbehälter L bereits im Jahre 2002 abgelaufen.
Bezüglich der Arbeiten an dem Trinkwasserbehälter P ist diese Regelung mangels Abnahme
nicht einschlägig.

Aber auch die neue regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren war bei Klageerhebung 28
bereits abgelaufen.

Der Beginn der dreijährigen Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 1 BGB n.F. am 1.1.2002 setzt 29
voraus, dass zuvor der Anspruch entstanden war und der Gläubiger von den den Anspruch
begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hatte oder ohne
grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

Beide Voraussetzungen waren vor dem 1.1.2002 erfüllt, so dass die Verjährungsfrist am 30
31.12.2004 endete. Nach herrschender Meinung (vgl. Palandt/ Heinrichs, a.a.O., Art. 229 § 6
EGBGB Rn 1 m.w.N.), der sich der Senat anschließt, endet die Verjährungsfrist in
Überleitungsfällen am 31.12.2004, wenn spätestens am 1.1.2002 die Voraussetzungen des §
199 Abs. 1 BGB erfüllt waren (vgl. OLG München, Beschluss vom 7.2.2007 – 34 Wx 129/06,
Leitsatz abrufbar bei juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2006 – 12 U 198/06, abrufbar bei
juris; Heß NJW 2002, 253, 259 Fn 70; Stenzel ZGS 2006, 130 ff.). Dafür sprechen sowohl der
Wortlaut als auch die Entstehungsgeschichte des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB sowie
der Sinn und Zweck der Überleitungsvorschriften (vgl. OLG Köln, Urteil vom 4.7.2006 –
3 U 5/06, abrufbar bei juris; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.3.2006 – 6 U 15/05, in: WM 2006,
1576 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 11.5.2006 – 5 U 215/00, in: WM 2006, 1477 ff.; OLG Jena,
Beschluss vom 13.3.2006 – 2 W 68/06, in: OLG-NL 2006, 82 f; LG Köln, Urteil vom
28.10.2005 – 28 O 410/05, in: ZGS 2006, 38 ff.). Überzeugende Gründe für ein gegenteiliges
Ergebnis sind weder vom Kläger dargelegt worden noch sonst ersichtlich.

Mögliche Gewährleistungsansprüche des Klägers hinsichtlich des Trinkwasserbehälters L 31
sind im Jahre 1997 mit der Abnahme entstanden (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F.). Hinsichtlich
des Trinkwasserbehälters P ist ein eventueller Gewährleistungsanspruch des Klägers
ebenfalls vor dem 1.1.2002 entstanden, wenn man davon ausgeht, dass die Beklagte den
Kläger spätestens im zeitlichen Zusammenhang mit der im Laufe des Jahres 1998 erfolgten
Beendigung der Arbeiten und der Inbetriebnahme des Trinkwasserbehälters über den
tatsächlich verwendeten Baustoff hätte aufklären müssen.

Auch die gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. erforderliche Kenntnis von einem eventuellen 32
arglistigen Verschweigen eines Mangels durch die Beklagte hatte der Kläger vor dem

1.1.2002 und nicht erst aufgrund des Privatgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. K vom 5.1.2002.

Der Beginn der Verjährungsfrist am 1.1.2002 kann entgegen den Ausführungen in dem Schriftsatz des Klägers vom 20.2.2007 auch durch das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem 1.1.2002 begründet werden. Auch wenn die durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts eingeführten verjährungsrechtlichen Neuregelungen selbst keine Rückwirkung beanspruchen (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., Art. 229 § 6 EGBGB Rn 3), ergibt sich aus den Übergangsvorschriften in Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 EGBGB, dass die Neuregelungen mit den dort bestimmten Besonderheiten auf bereits bei Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes bestehende und noch nicht verjährte Ansprüche anzuwenden sind. Danach beginnt die neue regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren gemäß § 195 BGB am 1.1.2002, wenn unter anderem die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 BGB bereits vor oder spätestens am 1.1.2002 vorlagen (vgl. BGH, Urteil vom 23.1.2007 – XI ZR 44/06, abrufbar bei juris; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2006 – 12 U 198/06, abrufbar bei juris; Urteil vom 18.7.2006 – 17 U 320/05, in: ZIP 2006, 1855 ff.; Stenzel ZGS 2006, 130 ff.). Die von dem Kläger befürwortete Unbeachtlichkeit einer Erfüllung der subjektiven Voraussetzungen vor dem 1.1.2002, die unter anderem dazu führen würde, dass entgegen der oben dargestellten und auch vom Senat geteilten herrschenden Meinung eine Verjährung von Ansprüchen in sog. Altfällen frühestens zum 31.12.2005 möglich gewesen wäre, wird soweit ersichtlich weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum vertreten.

33

Die Kenntnis von der Person des Schuldners und den anspruchsbegründenden Umständen i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, die danach auch auf vor dem 1.1.2002 eingetretenen Umständen beruhen kann, ist anzunehmen, wenn der Gläubiger aufgrund der ihm bekannten oder erkennbaren Tatsachen eine hinreichend aussichtsreiche, wenn auch nicht risikolose Klage – zumindest eine Feststellungsklage - erheben kann (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 199 BGB Rn 27, 33). Positiver Kenntnis steht die Möglichkeit des Gläubigers gleich, sich die erforderlichen Kenntnisse in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe zu verschaffen (ständige Rechtsprechung bereits zu § 852 BGB a.F.: vgl. etwa BGH, Urteil vom 9.7.1996 – VI ZR 5/95, in: BGHZ 133, 192 ff.), er somit vor einer sich aufdrängenden Kenntnis gleichsam die Augen verschließt (vgl. Heinrich/ Spindler, in: Bamberger/Roth, Beck'scher Onlinekommentar zum BGB, Stand: 1.3.2006, § 199 BGB Rn 18 m.w.N.). Nach § 199 Abs. 1 BGB n.F. reicht für den Verjährungsbeginn nunmehr auch grob fahrlässige Unkenntnis aus, die vorliegt, wenn der Gläubiger sich der Kenntnis missbräuchlich verschließt oder auf der Hand liegende Erkenntnismöglichkeiten nicht ausnutzt, obwohl er sich die Kenntnis in zumutbarer Weise ohne nennenswerte Mühe beschaffen kann (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 199 BGB Rn 37; Rolfing MDR 2006, 721, 723). Dem Verjährungsbeginn steht nicht entgegen, dass der Schuldner seine Verantwortlichkeit bestreitet oder dass der Gläubiger die ihm bekannten Anspruchsvoraussetzungen wegen fehlender Beweismittel nicht beweisen kann (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 199 BGB Rn 27 a.E. m.w.N.).

34

Das Vorliegen grob fahrlässiger Unkenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB vor dem 1.1.2002 reicht entgegen den Ausführungen in dem Schriftsatz des Klägers vom 20.2.2007 auch in sog. Altfällen aus. Überzeugende Gründe für eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf Fälle positiver Kenntnis sind weder vom Kläger dargelegt worden noch sonst ersichtlich. Im Gegenteil wird teilweise die Auffassung vertreten, dass es für einen Beginn der neuen Verjährungsfrist in Überleitungsfällen ab dem 1.1.2002 überhaupt keiner subjektiven Voraussetzungen bedürfe (vgl. etwa OLG Hamm, Urteil vom 11.5.2006 – 5 U 215/00, in: WM 2006, 1477 ff.; Assmann/Wagner NJW 2005, 3169, 3171 ff. sowie

35

Nachweise bei Palandt/Heinrichs, a.a.O., Art. 229 § 6 EGBGB Rn 1). Aber auch soweit mit der nunmehr vom Bundesgerichtshof (Urteil vom 23.1.2007 – XI ZR 44/06, abrufbar bei juris) bestätigten herrschenden Meinung das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB n.F. in Überleitungsfällen gemäß Art. 229 § 6 EGBGB grundsätzlich als erforderlich angesehen wird (vgl. etwa OLG Braunschweig, Urteil vom 30.11.2005 – 3 U 21/03, in: ZIP 2006, 180 ff.; OLG Bamberg, Urteil vom 6.10.2005 – 4 U 148/05, in: NJW 2006, 304; OLG Karlsruhe, Urteil vom 21.12.2006 – 12 U 198/06, abrufbar bei juris; Urteil vom 18.7.2006 – 17 U 320/05, in: ZIP 2006, 1855 ff.; Heß NJW 2002, 253, 258; Gerneth BKR 2006, 312, 315; Rohlfing MDR 2006, 721, 722), wird eine vom Kläger befürwortete einschränkende Anwendung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB auf Fälle positiver Kenntnis, soweit ersichtlich, in Rechtsprechung und Literatur nicht verlangt.

Nach diesen Grundsätzen hatte der Kläger vor dem 1.1.2002 hinreichende Kenntnis i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB von einem eventuellen arglistigen Verschweigen eines Mangels seitens der Beklagten. Diesbezügliche positive Kenntnis oder zumindest grob fahrlässige Unkenntnis hat der Kläger selbst nach seinem eigenen Vorbringen bereits im Jahre 1998 oder spätestens im Jahre 2001 erlangt: 36

Danach will der Kläger bereits am 12.6.1998 erfahren haben, "dass die Beklagte bei den hier in Rede stehenden Bauvorhaben nahezu perfekt zu ihren Gunsten manipuliert und statt des ausgeschriebenen, qualitativ hochwertigen und teuren Vandex-Unimörtels einen preisgünstigen, ganz normalen Wandputz der Marke SAKRET aufgebracht habe", was auch von dem damaligen Geschäftsführer der Beklagten am 30.6.1998 bestätigt worden sei. Insofern hätte der Kläger gegen die Beklagte bereits seinerzeit Klage erheben oder andere verjährungsunterbrechende Maßnahmen ergreifen können. Die Mitteilung, dass die Beklagte bei der Ausführung der Arbeiten an den beiden Trinkwasserbehältern nicht den vertraglich vereinbarten Vandex-Unimörtel verwendet hatte, war durchaus ernst zu nehmen und wurde von dem Kläger auch so behandelt. Der Annahme hinreichender Kenntnis bzw. zumindest grob fahrlässiger Unkenntnis des Klägers steht auch nicht entgegen, dass die Beklagte sich bei der Besprechung vom 2.9.1998 darauf berufen hat, dass Sakret-Mörtel SSM 2P bzw. SSM 4P verwendet worden sei und diese Änderung dem Vorbehalt in ihrem Schreiben vom 26.3.1996 entspreche. Zum einen wird die einmal bestehende Kenntnis des Gläubigers, die hier zumindest als Verdacht vorlag, welchen der Kläger unter Hinweis auf die Rechtsprechung zum Vorliegen eines Mangels bei mit dem Verdacht einer Gesundheitsgefährdung behafteten Lebensmitteln (vgl. BGH, Urteil vom 14.6.1972 – VIII RZ 75/71, in: NJW 1972, 1462, 1463) selbst als ausreichend erachtet, nicht dadurch wieder ausgeräumt, dass der Schuldner seine Verantwortlichkeit in Abrede stellt (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.2.1997 – 22 U 201/96, in: NJW-RR 1998, 1244) oder – wie die Beklagte – wahrheitswidrige Erklärungen abgibt. Zum anderen hat der Kläger ausweislich der Fragestellungen in dem Antrag auf Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens den Angaben der Beklagten offenbar jedenfalls insoweit nicht geglaubt, als sie behauptet hat, dass Sakret-Mörtel SSM 2P bzw. 4P genauso geeignet sei wie Vandex-Unimörtel. Dass und gegebenenfalls weshalb der Kläger gleichwohl davon ausgegangen ist bzw. ohne grobe Fahrlässigkeit davon ausgehen durfte, dass tatsächlich das von der Beklagten zunächst angegebene Material verarbeitet wurde, anstatt auch insoweit eine Überprüfung in dem selbständigen Beweisverfahren zu beantragen, ist weder vom Kläger dargelegt worden noch sonst ersichtlich. Hätte der Kläger den Beweisantrag um entsprechende Fragestellungen erweitert, wäre die Verwendung des von den vertraglichen Vereinbarungen abweichenden Mörtels vermutlich bereits im Jahre 1999 festgestellt worden. Der unterlassene Gebrauch dieser naheliegenden Aufklärungsmöglichkeit führt jedenfalls zur Bejahung grob fahrlässiger Unkenntnis, welche auch nicht dadurch in Frage gestellt wird, dass er sich nunmehr das 37

Vorbringen der Beklagten, Sakret-Mörtel SSM 2P bzw. SSM 4P sei ebenso geeignet gewesen wie Vandex-Unimörtel, hilfsweise zu eigen macht. Dieses Vorgehen mag zwar prozessual zulässig sein, ist allerdings nicht geeignet, einen tatsächlichen Umstand, nämlich den Kenntnisstand des Klägers im Jahre 1998, im Nachhinein abweichend zu beurteilen. Damals hat der Kläger den Angaben der Beklagten zur Eignung des angeblich verwendeten Materials nach dem oben Gesagten nicht vertraut.

Eine i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB hinreichende Kenntnis des Klägers von den anspruchsbegründenden Umständen vor dem 1.1.2002 ergibt sich im Übrigen auch aus dem Vorbringen des Klägers in dem Berufungsverfahren 18 U 120/01 (OLG Köln) im Jahre 2001. Unabhängig von der grundsätzlichen Frage, ob und inwieweit die bestimmte Behauptung von nach dem Kenntnisstand der Partei nur möglicherweise vorliegenden Tatsachen prozessual zulässig ist und/oder sich die Partei daran festhalten lassen muss, ergibt sich aus dem Vortrag des Klägers in dem Vorprozess mit umgekehrten Rubrum jedenfalls, dass er vor dem 1.1.2002 zumindest grob fahrlässige Unkenntnis von einer eventuellen arglistigen Täuschung der Beklagten hatte. Die mit Schriftsatz des Klägers vom 16.11.2001 aufgestellte Behauptung, dass nicht das Material SSM, sondern SM verwendet worden sei, erfolgte offenbar aufgrund substantiierter Hinweise und nicht mehr oder weniger "ins Blaue hinein". Zum einen ist es wenig wahrscheinlich, dass der Kläger trotz des seinerzeitigen Bestreitens der Beklagten das tatsächlich verwendete Material benennen konnte, wenn er insofern keine konkreten Anhaltspunkte hatte. Zum anderen erfolgte das Vorbringen in diesem Schriftsatz ausdrücklich unter Hinweis auf "ergänzend in Erfahrung gebrachte Informationen", welche mit Schriftsatz vom 4.12.2001 dahingehend konkretisiert wurden, dass der Kläger von dem Privatsachverständigen Dipl.-Ing. K im Oktober 2001 einen entsprechenden Hinweis erhalten habe. Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem mit dem Schriftsatz vom 20.2.2007 vorgelegten Schreiben des Sachverständigen Dipl.-Ing. K vom 6.10.2001, wonach angesichts der aus seiner Sicht widersprüchlichen Ausführungen in dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr.-Ing. G zweifelhaft gewesen sei, "welcher Mörtel definitiv eingesetzt wurde". § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB verlangt nach dem oben Gesagten keine positive Kenntnis, sondern lässt auch grob fahrlässige Unkenntnis ausreichen, welche jedenfalls aufgrund der dem Kläger bereits im Jahre 2001 bekannten Verdachtsmomente aus den oben genannten Gründen zu bejahen ist. Dass der Kläger die Verwendung abweichenden Materials erst mit Hilfe der von ihm eingeholten Privatgutachten nachweisen und die Beklagte dadurch zu einem Eingeständnis bewegen konnte, steht der für den Verjährungsbeginn maßgeblichen Kenntniserlangung nach dem oben Gesagten nicht entgegen.

38

Die bis zum Schriftsatz vom 14.2.2002 in dem Vorprozess fortlaufende Wiederholung der sich später als unzutreffend herausgestellten Behauptung der Beklagten, es sei Sakret-Mörtel SSM 2P bzw. SSM 4P verwendet worden, stellt zwar gegebenenfalls jeweils eine weitere Täuschungshandlung dar, die jedoch die Verjährungsfrist für vertragliche Gewährleistungsansprüche nicht stets neu beginnen lässt. Hierbei handelt es sich auch nicht um einen Fall einer andauernden oder sich wiederholenden schädigenden Handlung bzw. einer Schadensverursachung durch mehrere selbständige Handlungen, die jeweils einen Schaden verursachen, und in dem die Verjährungsfrist entweder nach Ablauf eines bestimmten Zeitabschnitts für die während dessen eingetretenen Schäden oder, wenn sich eine solche zeitliche Zäsur nicht machen lässt, mit dem Ende der schädigenden Handlung, bei mehreren selbständigen Handlungen jeweils mit der Kenntnis von ihnen, beginnt (vgl. Palandt/Heinrichs, a.a.O., § 199 BGB Rn 31). Vielmehr muss eine arglistige Täuschung, die vertragliche Gewährleistungsansprüche begründet, spätestens bei der Abnahme des Werks erfolgen (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O., Rn 134, 137: Offenbarungspflicht bei Abnahme). Bis zu diesem Zeitpunkt sind die vertraglichen Hauptleistungspflichten des Unternehmers erbracht

39

und der Werkvertrag hinsichtlich der Primärleistungen von seiner Seite aus erfüllt. Anschließende (weitere) Täuschungshandlungen des Unternehmers, die dazu führen, dass vertragliche Gewährleistungsansprüche nicht oder nicht rechtzeitig geltend gemacht werden, können aus anderweitigen Anspruchsgrundlagen gegebenenfalls eigenständige Schadensersatzansprüche auslösen, begründen jedoch keinen neuen werkvertraglichen Schadensersatzanspruch mit selbständiger Verjährungsfrist. Der vom Kläger herangezogene Vergleich mit Fällen verschiedener Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründe führt insofern nicht zu einem abweichenden Ergebnis.

Ein danach – neben nach dem oben gesagten verjährten Gewährleistungsansprüchen - in Betracht kommender durchsetzbarer Schadensersatzanspruch des Klägers aus unerlaubter Handlung besteht jedoch ebenfalls nicht. 40

Mangels Beeinträchtigung von Rechtsgütern des Klägers i.S.d. § 823 Abs. 1 BGB kommt als Anspruchsgrundlage für einen Schadensersatzanspruch aufgrund der weiteren Falschangaben der Beklagten im Rahmen des selbständigen Beweisverfahrens und des Vorprozesses allein eine Haftung gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder § 826 BGB in Betracht. Der Kläger stützt sich jedoch selbst weder ausdrücklich auf diese Anspruchsgrundlagen noch werden die Anspruchsvoraussetzungen im Einzelnen vorgetragen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist auch im Übrigen nicht ersichtlich: 41

Gegen das Bestehen eines solchen Anspruchs spricht zum einen, dass der Schaden des Klägers nicht erst durch die Täuschungshandlungen der Beklagten, sondern bereits durch die Verwendung des von der Ausschreibung abweichenden Baustoffs entstanden ist. Zum anderen waren die anschließenden Täuschungen der Beklagten für den Schaden des Klägers aufgrund der Verjährung vertraglicher Ansprüche jedenfalls nicht kausal, da zwischen dem "Geständnis" der Beklagten im Februar 2002 und dem Verjährungseintritt Ende 2004 ein hinreichend langer Zeitraum lag, während dessen der Kläger verjährungshemmende Maßnahmen hätte ergreifen können. Schließlich hat der Kläger auch nichts zu den subjektiven Voraussetzungen dieser Anspruchsgrundlagen, namentlich zu einem eventuellen Vorsatz sittenwidriger Schädigung, vorgetragen. Hierfür hätte die Beklagte bereits vor dem 1.1.2002 Kenntnis von der Verwendung von SM-Mörtel und demzufolge von der Unwahrheit ihrer vorherigen Behauptung, dass SSM-Mörtel verwendet worden sei, gehabt haben müssen. Die Beklagte beruft sich jedoch insoweit auf ein Informationsversehen, was von dem Kläger nicht – jedenfalls nicht ausdrücklich – bestritten wurde. 42

Abgesehen davon wäre ein solcher Anspruch ebenfalls verjährt. Es ergibt sich weder aus dem Vorbringen des Klägers noch aus den Akten des Vorprozesses, dass und gegebenenfalls in welcher Weise die Beklagte nach dem 1.1.2002 eine (weitere) Täuschung durch Wiederholung oder Aufrechterhaltung ihrer unzutreffenden Angaben über die verwendeten Baustoffe begangen hat. Ausweislich der Akten des Vorverfahrens erfolgten die letzte Negierung der Verwendung von SM-Mörtel mit Schriftsatz der hiesigen Beklagten vom 20.12.2001 und die Richtigstellung mit Schriftsatz der Beklagten vom 14.2.2002. Insofern kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger von weiteren Täuschungshandlungen der Beklagten erst nach dem 1.1.2002 Kenntnis erlangt hat und/oder dass ihn dies daran gehindert hätte, rechtzeitig Maßnahmen zu ergreifen, um die Verjährung seiner eventuellen vertraglichen Gewährleistungsansprüche zu verhindern. 43

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 44

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO für eine Zulassung nicht vorliegen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch 45

erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Rechtsfragen grundsätzlicher Natur, die über den konkreten Einzelfall hinaus von Interesse sein könnten, haben sich nicht gestellt und waren nicht zu entscheiden. Auf die Frage der prozessualen Zulässigkeit und der rechtlichen Auswirkungen des bestimmten Vortrags eines zweifelhaften Sachverhalts kommt es für die Entscheidung des Senats aus den oben dargelegten Gründen nicht an. Dass der Kläger hinsichtlich des Anwendungsbereichs von § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB eine andere Auffassung vertritt als der Senat sowie die sonstige Rechtsprechung und das Schrifttum, erfordert schon wegen der Entscheidung des BGH vom 23.01.2007 ebenfalls keine höchstrichterliche Entscheidung.

Berufungsstreitwert und Beschwer: 294.738,61 €

46