

# OLG Celle

## Urteil

vom 15.06.2017

6 U 2/17

BGB § 204 Abs. 2, §§ 249, 398; VOB/B § 13 Nr. 1, 5

**1. Rügt der Auftraggeber kurz vor Ablauf der Gewährleistungsfrist Mängel und verzichtet der Auftragnehmer auf die Erhebung der Einrede der Verjährung, ohne diesen Verzicht zeitlich zu begrenzen, verjähren etwaige Mängelansprüche des Auftraggebers in 30 Jahren.**

**2. Ein Abzug "neu für alt" ist nicht vorzunehmen, wenn der Auftraggeber knapp 20 Jahre nach Errichtung des Gebäudes eine neue Fassade erhält, er aber 15 Jahre mit einer mangelhaften Fassade hat vorlieb nehmen müssen, weil der Auftragnehmer seiner Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nicht nachgekommen ist.**

OLG Celle, Urteil vom 15.06.2017 - 6 U 2/17

*vorhergehend:*

*LG Lüneburg, 25.11.2016 - 5 OH 14/06*

*nachfolgend:*

*BGH, Beschluss vom 25.10.2017 - VII ZR 145/17 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)*

In dem Rechtsstreit

...

hat der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Celle auf die mündliche Verhandlung vom 23. Mai 2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ..., den Richter am Oberlandesgericht ... und die Richterin am Oberlandesgericht ...

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 25. November 2016 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 5. Zivilkammer des Landgerichts Lüneburg teilweise abgeändert und die Klage abgewiesen, soweit die Beklagte verurteilt ist, an die Klägerin mehr als 748.691 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Pro-zentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12. Mai 2016 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits und des selbständigen Beweisverfahrens vor dem Landgericht Lüneburg zu 5 OH 14/06 trägt die Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung

Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 750.000 Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

Die Klägerin begehrt Vorschuss für die Aufwendungen zur Mängelbeseitigung aus ihr am 19. März 2017 abgetretenem Recht der A. G. GmbH.

Diese und die Beklagte schlossen am 21. Februar 1995 den Vertrag über die Errichtung der Seniorenresidenz der Klägerin zum Pauschalpreis von 20.175.000 DM unter Einbeziehung der VOB/B und vereinbarten eine fünfjährige Mängelgewährleistung. Die Abnahme des Werkes fand im Dezember 1997 / Januar 1998 statt.

Im Sommer 2002 zeigte die Zedentin der Beklagten Mängel an. Am 20. November 2002 schrieb die Beklagte der Zedentin, sie "verzichte bezüglich der Mängel an der Außenhaut des Wärmedämm-Verbundsystems" (WDVS) "bis zu deren endgültiger Abstellung auf die Einrede der Verjährung; alle anderen (ihr) ... angezeigten Gewährleistungsmängel werde (sie) ... bis zum Ende des Jahres beseitigen."

Mit Antrag vom 19. Dezember 2006, den die Beklagte am 28. Dezember 2006 zugestellt erhielt, beantragte die Zedentin das selbständige Beweisverfahren und listete 279 Mängel auf. Die Beklagte trug zu 30 der Mängel vor, die Zedentin mache sie mit der Antragschrift erstmals geltend. Am 2. August 2007 vereinbarten die Parteien, sich hinsichtlich der Punkte WDVS sowie Balkon-, Terrassentüren und Fenster noch abzustimmen, und die Beseitigung aller übrigen Mängel bis Ende 22. KW 2007. Die Klägerin trat anstelle der Zedentin in das Verfahren ein.

Am 11. Oktober 2007 ordnete das Gericht das Ruhen des Verfahrens an. Mit am 15. Mai 2012 bei Gericht eingegangenem Antrag beehrte die Klägerin Fortsetzung des Verfahrens und wies darauf hin, dass die Beklagte weitere Mängelbeseitigungsarbeiten ablehne.

Der vom Gericht als Sachverständiger hinzugezogene Dipl.-Ing. Architekt S. kam in seinem Gutachten vom 18. April 2014 zu dem Ergebnis, Beseitigung der von ihm festgestellten Mängel verursache einen Aufwand von 784.269,50 Euro, darunter netto 440.000 Euro wegen der Risse im WDVS. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beklagten erhielt das letzte Gutachten am 26. August 2015 als Letzter zugestellt.

Die Klägerin hat 750.000 Euro nebst Rechtshängigkeitszinsen verlangt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage erstrebt und beanstandet, dass Art und Weise der Sanierung des WDVS unklar seien.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Gegen dieses Urteil, auf das zur näheren Sachdarstellung verwiesen wird, wendet diese sich mit der Berufung, mit welcher sie ihr Ziel weiterverfolgt. Sie erhebt die Einrede der Verjährung und macht geltend, ein Abzug "neu für alt" sei vorzunehmen; die 113.000 Euro seien abzuziehen, welche der Sachverständige für

turnusmäßige Instandhaltung der Fassade durch Reinigung und Neuanstrich veranschlagt habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Die Berufung ist nahezu unbegründet.

I. Die Klägerin hat gegen die Beklagte Anspruch auf Vorschuss für die Aufwendungen, die zur Beseitigung der Mängel an dem von der Beklagten errichteten Gebäude der Klägerin erforderlich sind, in Höhe von 748.691 Euro (= 750.000 Euro - 1.309 Euro) aus abgetretenem Recht der A. G. GmbH [§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (Stand 1995), § 398 BGB].

1. Die Forderung besteht in Höhe von 750.000 Euro.

a) Die Zedentin und die Klägerin haben sich am 19. März 2007 auf die Übertragung der Forderung von jener auf diese geeinigt. Dieses geht aus dem Verträge hervor (Bl. 157 d. A. 5 OH 14/06 LG Lüneburg), den die Parteien am 2. August 2007 zur Beilegung des selbständigen Beweisverfahrens zwischen ihnen geschlossen haben.

b) Die Zedentin war Gläubigerin der Forderung.

aa) Zwischen der Beklagten und ihr ist am 21. Februar 1995 der Werkvertrag über den Neubau der Klägerin zustande gekommen, in den die Vertragspartner die VOB/B einbezogen haben. Dieses zeigt die Anlage A 1, welche die Zedentin mit ihrem Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens vorgelegt hat (Bl. 17 - 23 d. A. 5 OH 14/06 LG Lüneburg).

bb) Die Leistung der Beklagten ist mit Fehlern behaftet, die ihre Gebrauchstauglichkeit mindern (§ 13 Nr. 1 VOB/B Stand 1995). Der als Sachverständiger im selbständigen Beweisverfahren hinzugezogene Dipl.-Ing. Architekt S. hat auf Seiten 21, 134 seines Gutachtens vom 18. April 2014 überzeugend ausgeführt, das Wärme-dämm-ver-bund-system der 4.000 m<sup>2</sup> Fassadenfläche sei in seiner Beschichtung äußerst stark gerissen; der Putz liege großflächig hohl; Wasser hinterlaufe ihn. Er hat diese Erscheinungen einleuchtend darauf zurückgeführt, dass die Beklagte die An- und Abschlüsse des Systems zu angrenzenden Bauteilen hin nicht entsprechend den Verarbeitungsvorgaben des Herstellers mit vorkomprimierten Polyurethan-Fugen-dicht-bän-dern abgedichtet habe.

Außerdem sind nach überzeugender Einschätzung seitens des Sachverständigen (Seite 15 des Gutachtens; Seiten 2 f. des Gutachtens vom 16. August 2015 - Bl. 365 f. d. OH-Akten) an den 29 Balkon- und Terrassentüren infolge nicht eingehaltener Maßtoleranzen mechanische Mängel vorhanden.

Ferner ist (Seite 95 des Ausgangsgutachtens) die Entwässerung der Balkone zu beanstanden. Regelmäßig treten an ihr Wasserabtropfungen auf.

Die Anschlüsse der Flach-dach-flä-chen an die sich anschließenden Bauteile sind fehlerhaft.

Weitere kleinere Mängel hat der Sachverständige zu 2.12 bis 2.29 seines Gutachtens vom 18. April 2014 aufgelistet.

cc) Die Beklagte ist der Aufforderung der Klägerin zur Mängelbeseitigung innerhalb von dieser gesetzten angemessenen Frist nicht nachgekommen.

(1) Die Parteien haben am 2. August 2007 vereinbart, dass die Beklagte bis zum Ende der 42. Kalenderwoche des Jahres 2007 sämtliche Mängel beseitigt bis auf diejenigen an Balkon-, Terrassentüren und Fenstern sowie dem Wärmedämmverbundsystem, hinsichtlich derer die Parteien sich bis Ende 32. (WDVS) und Ende 33. KW (Türen und Fenster) über die weitere Vorgehensweise noch abstimmen wollten, um auf diese Weise das selbständige Beweisverfahren kostengünstig zu beenden. Dieses ergibt sich aus der schriftlichen Vereinbarung vom genannten Tage (Bl. 157 OH-Akten).

(2) Hinsichtlich der beiden ausgeklammerten Mängel war die Fristsetzung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) entbehrlich. Die Beklagte hat je-ner Beseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Die Klägerin, vertreten durch ihre Hausverwaltung, hat mit Schreiben vom 14. Mai 2012 (Bl. 185 OH-Akten) die Fortsetzung des selbständigen Beweisverfahrens unter Hinweis darauf beantragt, dass die Beklagte weitere Mängelbeseitigungsarbeiten ablehne.

dd) Der Senat schätzt den Aufwand, der erforderlich ist, um die Mängel zu beseitigen, auf 750.000 Euro.

(1) Die Kalkulation des Sachverständigen für die Sanierung von 4.000 m<sup>2</sup> WDVS je 110 Euro = 440.000 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer (Seiten 134 f. des Ausgangsgutachtens) reicht als Grundlage für die Kostenschätzung aus, zumal die Klägerin die Sanierung durchführen und anschließend über diese der Beklagten gegenüber abrechnen muss. Ausweislich der Erklärung des Sachverständigen (Seite 3 seiner Stellungnahme vom 16. August 2015 - Bl. 366 OH-Akten) ist der von ihm zugrunde gelegte Einheitspreis ein Mittelpreis, der die Notwendigkeit vollständiger Erneuerung des Systems in Teilbereichen und den vergleichsweise geringen Aufwand in Bereichen berücksichtigt, die sich ausbessern lassen. Es wäre unwirtschaftlich, die Sanierungsplanung, die erforderlich ist, um die jeweiligen Sanierungstechniken für die unterschiedlich betroffenen Flächen zu ermitteln (Sachverständiger a. a. O. sowie Seite 3 seiner Stellungnahme vom 10. September 2014 - Bl. 323 OH-Akten), bereits zur genaueren Schätzung des Mängelbeseitigungsaufwandes durchzuführen. Dann entstünden außer den Kosten dieser Planung und der Mängelbeseitigung selbst in deren Vorfeld entschieden höhere Gutachterkosten, als sie jetzt bei Kostenschätzung ohne die Sanierungsplanung entstanden sind. Denn der Gutachter hätte die genaue Erforschung des Mängelbefundes in den einzelnen Bereichen des Systems gutachterlich begleiten müssen.

(2) Der Aufwand für die Mängelbeseitigung ist nicht aus dem Grunde zu kürzen, dass die Klägerin nach bald zwanzig Jahren Standzeit des Gebäudes eine neue Fassade erhält, deren Lebensdauer über diejenige der alten Fassade hinausgeht, auch wenn diese mangelfrei gewesen wäre. Diesem Vorteil steht der gleichwertige Nachteil gegenüber, dass die Klägerin seit der ersten Mängelrüge im Sommer 2002 mit der Fassade hat vorliebnehmen müssen, die zahlreiche Risse aufweist und von Niederschlagswasser angegriffen wird, weil die Beklagte ihrer Pflicht zur Nacherfüllung nicht nachgekommen ist. Sie kann aus dem von ihr herangezogenen Urteil des OLG Naumburg vom 19. Februar 2015 (2 U 49/13) für ihren gegenteiligen Standpunkt nichts herleiten. Jenem liegt ein Sachverhalt zugrunde, der sich von dem hier vorliegenden wesentlich unterscheidet. Dort war der vorzeitige Verschleiß des Flachdachs einer Produktionshalle zu befürchten, welche der Werkbesteller indessen seit ihrer Errichtung im Jahre 2004 einschränkungslos hatte nutzen können.

(3) Die 113.000 Euro, welche der Sachverständige für Reinigung und Anstrich der Fassa-de einschließlich Gerüst veranschlagt hat, sind nicht abzuziehen. Diese Kosten wären nicht auch auf andere Weise als durch Mängelbeseitigung entstanden, wenn die Beklagte sich rechtmäßig verhalten (dazu: Palandt/-Grüneberg, BGB, vor § 249 Rn. 64) und die Mängel beseitigt hätte. Die Klägerin hätte Reinigung und Neuanstrich in dem Zeitraum seit Mängelbehebung im Jahre 2002 bis heute nicht zwingend vornehmen müssen. Ob sie bereits innerhalb von fünfzehn Jahren eine solche Instandhaltungsmaßnahme durchführte, unterlag ihrer freien Entscheidung, in deren Rahmen die Beklagte die Klägerin nicht auf Durchführung dieser Maßnahme festlegen kann.

2. Zu einem Betrage von 1.309 Euro (= 1.100 Euro + 19 % Mehrwertsteuer) ist die Beklagte aufgrund der von ihr erhobenen Einrede der Verjährung berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB).

a) Hinsichtlich der Mängel Nr. 25, 92, 257, 275 und 279 (Seiten 7 - 28 der Antragsschrift, Bl. 5 - 15 OH-Akten), deren Beseitigungsaufwand der Senat auf 1.100 Euro zuzüglich Mehrwertsteuer schätzt, ist am 31. Januar 2003 Verjährung eingetreten.

aa) Seit Abnahme des Werkes im Dezember 1997 / Januar 1998 lief insoweit die fünfjährige Verjährung, welche die Zedentin und die Beklagte in § 12 des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages vereinbart haben, ohne gehemmt worden zu sein oder neu begonnen zu haben. Der Verzicht auf die Einrede der Verjährung bezüglich des WDVS und das Anerkenntnis von Mängeln in dem Schreiben der Beklagten vom 20. November 2002 (Anlage K 6 zur Berufungsbegründung - Bl. 114 d. A.) betreffen nicht die vorbezeichneten Mängelpositionen. Sie gehören nicht zu den Mängeln, welche die Zedentin der Beklagten bereits "angezeigt" hatte, als sie in dem Schreiben vom 20. November 2002 Beseitigung bis Jahresende versprach. Die Beklagte hat (Schriftsatz vom 9. Februar 2007; Bl. 103 - 107 OH-Akten = Anlage K 7 zur Berufungsbegründung - Bl. 115 - 119 d. A.) zu diesen Positionen vorgetragen, die Klägerin habe sie erstmals mit der Antragsschrift im selbständigen Beweisverfahren geltend gemacht, ohne dass jene diesem Vorbringen konkret entgegengetreten ist. Vielmehr stützt die Tatsache, dass diese Positionen im Unterschied zu anderen Mängeln bis auf die Position 147 in der Antragsschrift von der Klägerin als von der Beklagten "nicht bearbeitet" bezeichnet sind, das Vorbringen der Beklagten.

bb) Der Senat schätzt den Aufwand für das Dachterrassengeländer (Pos. 25 = Pos. 2.6 Seite 134 Gutachten S. vom 18. April 2014), den der Sachverständige als Bestandteil der Kosten für die Sanierung des WDVS kalkuliert hat, auf 1.000 Euro. Zu Pos. 92 lässt sich nicht erkennen, dass der Sachverständige Mängel festgestellt oder Kosten deren Beseitigung ausgewiesen hat. Der Aufwand für Pos. 257, 275 und 279 ist auf insgesamt 100 Euro zu schätzen, denn nach Nr. 2.25 und Nr. 2.12 - 2.14 ergeben sich für insgesamt 19 Punkte Gesamtkosten in Höhe von 600 Euro, so dass für drei Mängel ein Betrag von 100 Euro angemessen erscheint (ungefähr 600 Euro : 19 x 3).

b) Hinsichtlich aller übrigen Mängel hat die Zustellung der Klage an die Beklagte zu Händen deren Prozessbevollmächtigtem am 11. Mai 2016 (Bl. 29 d. A.) die Verjährung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 BGB, § 253 Abs. 1 ZPO).

aa) Seit dem 21. November 2002 lief hinsichtlich des WDVS die dreißigjährige Verjährung des § 202 Abs. 2 § 187 Abs. 1 BGB.

(1) Das Schreiben der Beklagten an die Zedentin vom 20. November 2002 hat insoweit die genannte Verjährungsfrist in Lauf gesetzt. Die Beklagte hat in ihm bezüglich des WDVS auf die Einrede der Verjährung verzichtet, ohne diesen Verzicht zeitlich zu begrenzen (vgl. BGH Ur. v. 18.09.2007 - XI ZR 447/06).

(2) Am 20. November 2002 lief die fünfjährige Verjährung, welche die Zedentin und die Beklagte vertraglich vereinbart hatten. Jene hatte nach Abnahme des Werkes im Dezember 1997 am 1. Januar 1998 begonnen, wenn man zugunsten der Beklagten die mit nachgelassenem Schriftsatz der Klägerin vom 30. Mai 2017 bestrittene Behauptung der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 22. Mai 2017 zugrunde legt, die Abnahme sei bereits im Dezember 1997 erfolgt (Bl. 265 d. A.).

bb) Die Hemmung erfasst auch die weiteren vor dem Schreiben vom 20. November 2002 der Beklagten seitens der Zedentin angezeigten Mängel.

(1) Am 11. Mai 2016 liefen deretwegen seit dem 27. Februar 2016 von der fünfjährigen Verjährung noch zehn Monate und 27 Tage. Diese Verjährung war vom 16. Mai 2012 bis zum 26. Februar 2016 (§ 204 Abs. 2 Satz 1, 2 BGB) gehemmt, nachdem vom 12. April 2008 bis zum 15. Mai 2012 vier Jahre ein Monat und drei Tage der Verjährung abgelaufen waren.

(a) Die Klägerin hat mit am 15. Mai 2012 bei Gericht eingegangenem Antrag (Bl. 184 OH-Akten) die Fortsetzung des selbständigen Beweisverfahrens betrieben (§ 204 Abs. 2 Satz 3, § 187 Abs. 1 BGB). Dieses Verfahren war beendet am 26. August 2015, als der Verfahrensbevollmächtigte der Beklagten als letzter Beteiligter das letzte Gutachten zu gestellt erhalten hatte (Bl. 378 OH-Akten), ohne dass noch jemand Einwendungen gegen dieses Gutachten erhoben hat.

(b) Am 11. Oktober 2007 ist das selbständige Beweisverfahren in Stillstand geraten. An diesem Tage hat das Gericht das Ruhen des Verfahrens angeordnet (Bl. 171 OH-Akten).

(2) Vom 1. Januar 1998 bis zum 11. Oktober 2007 lief die vereinbarte fünfjährige Verjährung. Die Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens an die Beklagte am 28. Dezember 2006 (Bl. 97 R OH-Akten) hat diese Verjährung gehemmt. Sie lief seit dem 21. November 2002 (§ 212 Abs. 1 Nr. 1 Fall 4, § 187 Abs. 1 BGB). An diesem Tage hat sie neu begonnen, weil die Beklagte durch ihre Ankündigung in dem Schreiben vom 20. November 2002 an die Zedentin, "alle anderen uns von ihnen angezeigten Gewährleistungsmängel" (außer denen am WDVS) "...bis zum Ende des Jahres zu beseitigen", den Anspruch der Zedentin "in anderer Weise anerkennt (hat)." Bis zum 20. November 2002 lief die fünfjährige Verjährung seit der Abnahme im Dezember 1997 (siehe oben), d. h. seit dem 1. Januar 1998.

II. Die Nebenentscheidungen folgen aus § 92 Abs. 2 Nr. 1, § 708 Nr. 10 Satz 1 und § 711 Satz 1, 2 ZPO. Die Beklagte hat auch die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen dafür nicht vorliegen (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).