

Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt 5. Zivilsenat
Entscheidungsdatum:	10.05.2017
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	5 U 3/17
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 305 Abs 1 BGB, § 305 Abs 2 BGB, § 307 Abs 1 S 1 BGB, § 640 BGB, § 12 Abs 5 Nr 2 VOB B

Verjährung von Mängelrechten aus Bauvertrag: Vertragseinbeziehung der VOB/B durch den Auftraggeber und Einwand unangemessener Benachteiligung durch die darin enthaltene Abnahmefiktion

Orientierungssatz

Der Auftraggeber des Baus eines Einfamilienhauses, der die VOB/B in den von seinem Architekten ausgearbeiteten Bauvertrag einbezogen hat, kann sich nicht mit Erfolg gegen die Verjährungseinrede für Gewährleistungsansprüche mit dem Einwand verteidigen, die Abnahmefiktion nach § 12 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B benachteilige ihn unangemessen und die Regelung sei deshalb unwirksam. Denn eine Inhaltskontrolle einer vorformulierten Vertragsbedingungen kommt nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nur im Interesse des Vertragspartners des Verwenders (hier: des Bauunternehmers) in Betracht. (Rn.31)

Verfahrensgang

vorgehend LG Magdeburg 2. Zivilkammer, 16. Dezember 2016, 2 O 1326/15
nachgehend BGH, 11. Oktober 2017, VII ZR 142/17, Nichtzulassungsbeschwerde verworfen
nachgehend BGH, 14. Dezember 2017, VII ZR 253/17, Beschluss

Tenor

Die Berufung der Kläger gegen das am 16. Dezember 2016 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg wird zurückgewiesen.

Die Kläger tragen die Kosten der Berufung.

Dieses und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Die Kläger können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 v.H. des beizutreibenden Betrages abwenden, sofern nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Der Streitwert der Berufung beträgt 205.423,79 €.

Gründe

I.

- 1 Die Kläger machen Mängelansprüche in Bezug auf den Bau eines Einfamilienhauses nebst Einliegerwohnung geltend.
- 2 Wegen des Sach- und Streitstandes im ersten Rechtszug wird auf das angefochtene Urteil (Leseabschrift Bl. 49-55 R Bd. IV d. A.) Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
- 3 Klarzustellen und zu ergänzen ist:
- 4 Ausweislich des Bauvertrages vom 24. März 2005 sollte die H. GmbH die Rohbau-, Zimmer-, Dach-, Innenputz- und Estricharbeiten erbringen (Anlage K 1, Anlagenband). Die Verjährungsfrist für Mängelansprüche sollte "5 Jahre laut VOB" betragen. Zwischen den Parteien steht nunmehr außer Streit, dass der Bauvertrag von dem Architekten P. , den die Kläger mit den Leistungsphasen 1-9 zu § 34 HOAI beauftragt hatten, ausgehandelt und ausgearbeitet wurde. Während der Bauausführung beauftragten die Kläger die H. GmbH zudem mit den Außenputz- und Malerarbeiten sowie mit der Errichtung einer Garage. Die Kläger, die das Baugeschehen kritisch verfolgten, wandten sich regelmäßig an den Architekten P. mit Fragen und Wünschen nach einer geänderten Ausführung und wiesen ihn auf vermeintliche Mängel hin (Anlagen K 28, Bl. 187 Bd. III d. A., K 31, Bl. 200; Anlagen K 32-42, Bl. 202 ff. Bd. III d. A.; Anlage K 34, Bl. 204 Bd. III). Nach Errichtung des Dachstuhls forderte der Architekt P. am 19. Juli 2005 die H. GmbH zur Beseitigung diverser Mängel, u.a. zur Herstellung der Sparrenabstände entsprechend der Ausführungsplanung bis zum 25. Juli 2005 unter Ankündigung der Ersatzvornahme auf. Mit anwaltlichem Schreiben vom 16. Februar 2007 (Anl. K 4, Anlagenband) forderten die Kläger die Beklagte zur Beseitigung der von dem Diplom-Ingenieur B. am 7. Februar 2007 festgestellten Mängel bis zum 20. März 2007 auf. Am 30. April 2007 (Anl. K 8, Anlagenband) forderten sie die Beklagte auf, die darüber hinaus von dem Dr. Ingenieur D. am 21. Mai 2007 festgestellten Mängel bis zum 11. Mai 2007 zu beseitigen.
- 5 Die Beklagte hat schon im ersten Rechtszug geltend gemacht, die Leistungen ihrer Rechtsvorgängerin seien sukzessive, jeweils nach Fertigstellung durch eine gemeinsame Begehung mit den Klägern, ihrem Architekten P. und dem jeweiligen Subunternehmer abgenommen worden. Die von dem Architekten P. am 16. Februar 2006 gerügten Mängel (Anlage K 48, Anlagenband) seien weitestgehend innerhalb der gesetzten Frist abgearbeitet und die Innenputz- und Anstricharbeiten am 27. Februar 2006 abgenommen worden (Protokoll Anlage B 3, Bl. 66 Bd. I d. A.). Daneben haben sie sich auf die Abnahmefiktion gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B berufen und die Auffassung vertreten, das Abnahmeverlangen des Architekten P. vom 16. Februar 2006 sei verspätet gewesen. Dieser habe vielmehr mit dem Schreiben im Wissen um die Abnahmefiktion zügig die noch vorhandenen Mängel rügen wollen.
- 6 Die Kläger haben im Laufe des Rechtsstreits dargetan, sie hätten den Bauvertrag am 24. September 2007 wegen der unterbliebenen Mängelbeseitigung gekündigt (Blatt 186 Bd. I d. A.).
- 7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt: Mit Ausnahme der geltend gemachten Mängel an den Sparren seien eventuelle Ansprüche der Kläger auf Kostenvorschuss verjährt. Eine wirksame Einbeziehung der VOB/B in den Bauvertrag sei nicht anzunehmen, da weder vorgetragen, noch sonst ersichtlich sei, dass den Klägern der Text der VOB/B zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugänglich gemacht wurde. Die vereinbarte fünfjährige Verjährungsfrist habe gemäß § 634a Abs. 2

BGB mit der Abnahme der Leistungen der Beklagten zu laufen begonnen. Die Abnahme habe mit dem Einzug und der anschließenden Nutzung am 22. Dezember 2005 zusätzlich einer angemessenen Prüfungsfrist von maximal sechs Wochen, mithin Anfang Februar 2006 zu laufen begonnen. Sie sei erst nach circa vier Jahren und vier Monaten mit der Einleitung des selbstständigen Beweisverfahrens gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB gehemmt worden. Das Beweisverfahren sei hinsichtlich der geltend gemachten Mängel, mit Ausnahme der Sparrenabstände spätestens Ende April 2014 beendet gewesen. Bei einem Verfahren, welches eine Vielzahl voneinander unabhängiger Mängel zum Gegenstand habe, beurteile sich das Schicksal der Hemmung für die einzelnen Mängel gesondert und nicht, wie die Kläger meinten, nach Beendigung der Beweiserhebung über sämtliche Mängel. Ungeachtet des Inhalts und der Qualität des Gutachtens sei das selbstständige Beweisverfahren jedenfalls dann beendet, wenn der Gutachter sich zu den gestellten Beweisfragen geäußert habe und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der mündlichen Anhörung keine Anträge einer Partei zur Ergänzung des Gutachtens gestellt worden seien. Diese Frist habe hier Ende April 2014 geendet. Am 26. März 2014 sei der Sachverständige angehört worden. Mit Schriftsatz vom 29. April 2014 hätten die Kläger im Nachgang zum Anhörungstermin und daran anknüpfend lediglich noch die Nachrechnung der Statik im Dachraum verlangt. Die Hemmung bezüglich der übrigen Mängel habe gemäß § 204 Abs. 2 BGB bis Ende Oktober 2014 gedauert. Bis zur Erhebung der Klage als weiterem Hemmungstatbestand im Sinne des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB seien nach Ende Oktober 2014 weitere mehr als sieben Monate vergangen, so dass der Gesamtzeitraum ungefähr fünf Jahre und zwei Monate betragen habe. Die gesetzliche Verjährungsfrist sei daher überschritten.

- 8 Ansprüche wegen der Dachsparren seien zwar nicht verjährt. Sie würden jedoch an dem Ergebnis der Beweisaufnahme scheitern. Zwar sei der Sachverständige Diplom-Ingenieur K. zu dem Ergebnis gekommen, dass die gemessenen Abstände der Sparren teilweise von der Ausführungsplanung abwichen. Insofern sei er von einem technischen Mangel ausgegangen. Der Schwerpunkt der Problematik liege allerdings darin, dass die Ausführung der Dachkonstruktion auch nicht den Vorgaben der Statik entspreche. Die vorhandene Dachkonstruktion führe zu einer Überlastung der Dachpfette. Dieser die Tragwerksplanung betreffende erhebliche Mangel rühre aber nicht wesentlich aus einem handwerklichen Fehler her. Vielmehr liege der Grund für den statischen Mangel jedenfalls vor allem darin, dass die Ausführungsplanung selbst ungünstig von den Vorgaben der Statik abweiche. Die Ausführungsplanung des von den Klägern beauftragten Architekten P. sei von einem Sparrenabstand von 98 cm ausgegangen. Ausweislich der Ausführungen des Sachverständigen Diplom-Ingenieur K. im dritten Ergänzungsgutachten seien die Abstände in der Statik hingegen lediglich mit 70 cm, d.h. deutlich kleiner angegeben worden. Die Beklagte habe bei der Ausführung einen Abstand von ca. 1 m eingehalten. Soweit sie hiervon nach oben abgewichen sei, sei der Abstand durch die etwas kleineren Nachbarfelder ausgeglichen worden. Dies bedeute, dass sich die Sparrenabstände weitgehend in dem von der Ausführungsplanung vorgegebenen Bereich hielten (100 cm gegenüber 98 cm). Die weitgehend der Ausführungsplanung des Architekten entsprechende Ausführung der Beklagten habe zu einem statischen Mangel geführt. Eine Nachberechnung des Sachverständigen Professor Dr. Sch. für einen Sparrenabstand von 1 m führe nämlich zu einer deutlichen statischen Überlastung, zu deren Beseitigung es einer baulichen Ertüchtigung bedürfe. Dies wiederum bedeute in der Konsequenz, dass die Sparrenabstände, ausgehend von statischen Erfordernissen, insgesamt deutlich zu groß seien. Dies wiederum liege aber vor allem daran, dass die Abstände vom Architekten bereits deutlich zu groß in der Ausführungsplanung ausgewiesen worden seien. Die Vorgaben der Aus-

führungsplanung sähen gegenüber der Statik schon eine Differenz von fast 30 cm vor (98 cm gegenüber 70 cm). Von diesen Vorgaben der Ausführungsplanung sei die Beklagte nur geringfügig abgewichen, während die Abweichung der Ausführungsplanung von der Statik ganz erheblich sei. Der Schwerpunkt der Fehlleistung liege damit beim planerischen Mangel. Den planerischen Mangel habe die Beklagte auch nicht erkennen können. Ausweislich der Ausführungen des Sachverständigen Diplom-Ingenieur K. könne aus technischer Sicht von einem Zimmermann nicht erwartet werden, dass er bei Vorliegen einer vollständig bemaßten Dachstuhlzeichnung deren Übereinstimmung mit der statischen Berechnung überprüfe. Mithin liege der Schwerpunkt der kombinierten Mangelleistung, Planung einerseits und Ausführung andererseits, auf der fehlerhaften Ausführungsplanung, die sich die Kläger zurechnen lassen müssten (§ 254 BGB). Angesichts der Ausmaße der jeweiligen Fehlleistungen falle die mangelhafte Ausführung gegenüber der fehlerhaften Planung nicht mehr ins Gewicht.

- 9 Hinsichtlich des geltend gemachten Schadensersatzes wegen vermeintlich fehlender Vermietbarkeit der Einliegerwohnung sei die Klage bereits unschlüssig. Die Kläger hätten keinen Sachverhalt vorgetragen, der einen Schadensersatzanspruch nach der hier einzig in Betracht kommenden Vorschrift der §§ 634, 280 BGB begründen würde. Soweit sie pauschal vorgetragen hätten, die Wohnung sei wegen vorhandener Mängel nicht vermietbar gewesen, spreche dagegen, dass die Wohnung von 2006-2011 vermietet gewesen sei zu einem Mietpreis, der offenbar üblichen Verhältnissen entsprochen habe. Etwaige befürchtete Beeinträchtigungen durch das selbstständige Beweisverfahren hätten einer Vermietung offensichtlich nicht entgegengestanden, da es sich um vorübergehende und in aller Regel nur sehr kurzfristig andauernde Zustände handele, die die Nutzbarkeit der Mietsache nicht ernsthaft infrage stellten. Jedenfalls sei im Hinblick auf die eingetretene Verjährung auch der Feststellungsantrag unbegründet.
- 10 Auch eventuelle Schadensersatzansprüche wegen der Sachverständigenkosten seien ausweislich der vorstehenden Ausführungen verjährt (§ 634a Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BGB).
- 11 Dagegen wenden sich die Kläger mit ihrer Berufung, mit der sie die Klageanträge weiterverfolgen. Sie vertreten unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin die Auffassung, in dem Einzug am 22. Dezember 2005 liege keine Abnahme, weil sie das Objekt zum einen unter dem Zwang der Verhältnisse bezogen und darüber hinaus vor und unmittelbar nach dem Einzug substantielle Mängel gerügt hätten, die keinen Zweifel daran ließen, dass sie die Leistungen nicht als im Wesentlichen vertragsgerecht in Empfang genommen hätten. Zudem sei die Prüfungsfrist von nur sechs Wochen im konkreten Einzelfall zu kurz bemessen. Das Landgericht habe insofern auch ihren Vortrag übergangen, nachdem sie unmittelbar nach dem Einzug in das Objekt fernmündlich Mängelrügen gegenüber dem Architekten P., der mit der Bauaufsicht beauftragt gewesen sei, abgesetzt hätten. Diese hätten die Sparrenabstände, die Feuchtigkeitsschäden im Wohnzimmer sowie das fehlende Gefälle an den Balkonen betroffen. Entgegen der Annahme des Landgerichts scheide eine konkludente Abnahme hier schon deshalb aus, weil an der Einliegerwohnung noch umfangreiche Maler- und Trockenbauarbeiten ausstanden hätten. Sie machen nunmehr geltend, dass die VOB/B, insbesondere § 12 VOB/B Anwendung finde, weil der von ihnen beauftragte Diplom-Ingenieur Architekt P. die Bedingungen des Vertrages sowie das Vertragswerk selbst für sie ausgehandelt habe. Hingegen komme die Abnahmefiktion des § 12 Abs. 5 VOB/B, weil sie sie unangemessen benachteilige, nicht zur Anwendung.

- 12 Rechtsfehlerhaft habe das Landgericht eine Beendigung des selbstständigen Beweisverfahrens Ende April 2014 angenommen.
- 13 Entgegen der Annahme des Landgerichts hafte die Beklagte auch für die Mängel an den Sparren. Sie habe insoweit ihre Hinweis- und Bedenkenpflicht nach § 13 VOB/B verletzt. Als fachkundiges Bauunternehmen hätte sie die Ausführungsplanung und auch die Statik auf Plausibilität überprüfen und Bedenken anmelden müssen.
- 14 Auch der Mietausfallschaden stünde ihnen zu. Die Beseitigung der fehlenden Abdichtung der Bodenplatte sowie der weiteren im selbstständigen Beweisverfahren festgestellten Mängel führe zu einer Unvermietbarkeit über Wochen oder gar Monate.
- 15 Die Kläger stellen den Antrag,
- 16 das am 16. Dezember 2016 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Magdeburg abzuändern und
- 17 die Beklagte zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie 159.632 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 21. März 2007 von 132.000 € sowie von weiteren 27.632 € seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
- 18 festzustellen, dass die Beklagten ihnen jeden Schaden zu ersetzen haben, der seit Rechtshängigkeit der Klage durch die fehlende Vermietbarkeit der in dem Objekt K. Straße 9, W. befindlichen Einliegerwohnung entsteht;
- 19 die Beklagte zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie 9.118,99 € vorgerichtliche Sachverständigenkosten nebst Zinsen hieraus in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;
- 20 die Beklagte zu verurteilen, als Gesamtschuldner an sie 2.874,92 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.
- 21 Die Beklagte und der Streithelfer stellen den Antrag,
- 22 die Berufung zurückzuweisen.
- 23 Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung.

II.

- 24 Die Berufung ist zulässig (§§ 511 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 513 Abs. 1, 517, 519 f. ZPO). Sie hat in der Sache keinen Erfolg.
- 25 Das Landgericht hat die Klage im Ergebnis zu Recht abgewiesen.
- 26 Die Kläger haben keinen durchsetzbaren Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses von 159.632 € wegen der behaupteten Mängel. Etwaige Ansprüche sind, auch wenn nach dem nunmehr unstreitigen Vorbringen die VOB/B Anwendung findet, mit Ausnahme der Ansprüche wegen der zu großen Abstände der Sparren am Dachstuhl verjährt (§ 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Die Beklagte ist gemäß § 214 Abs. 1 BGB zur Verweigerung der Leistung berechtigt.

- 27 Auf das zwischen den Parteien geschlossene Vertragsverhältnis ist nach dem nunmehr unstreitigen Parteivorbringen die VOB/B in der Fassung von 2002 anwendbar. Die Parteien haben die VOB/B ausdrücklich vollumfänglich in den Vertrag einbezogen (§ 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Da die Parteien zwischenzeitlich klargestellt haben, dass der Vertrag von dem von den Klägern beauftragten Architekten P. ausgearbeitet wurde, sind die Kläger und nicht die Beklagte Verwender im Sinne des § 305 Abs. 2 VOB/B. Inwieweit sich die Kläger vorab mit der VOB/B vertraut machen konnten, ist daher unerheblich. Unter Nr. 12 des Vertrages haben die Parteien des weiteren festgelegt, dass die Gewährleistungsfrist in Abweichung von § 13 Nr. 4 VOB/B fünf Jahre betragen soll.
- 28 Als mögliche Anspruchsgrundlage für den Kostenvorschussanspruch kommt hier allein § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B in Betracht. Ein Anspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B scheidet aus. Die Kläger vermochten den Bauvertrag am 24. September 2007 nicht mehr wirksam zu kündigen (§ 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B), weil sie die Leistungen der Beklagten zu diesem Zeitpunkt bereits abgenommen hatten. Mit der Abnahme endete das Erfüllungsstadium und es begann das Gewährleistungsstadium, für das § 13 VOB/B gilt (BGH, Urteil vom 22. März 1984, VII ZR 50/82, Rn. 33, juris).
- 29 Die Kläger haben die Leistungen der Beklagten am 2. Januar 2006 abgenommen (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B). Sie machen selbst nicht geltend, dass sie mit der Beklagten die förmliche Abnahme der Leistungen vereinbart haben (§ 12 Nr. 1 VOB/B). Dies lässt sich dem Bauvertrag auch nicht entnehmen. Darin wird hinsichtlich der Abnahme auf § 12 VOB/B insgesamt verwiesen. Zwar sollen nach dem Vortrag der Beklagten im Jahr 2005 sukzessive die Rohbau-, die Zimmer- und die Dacharbeiten förmlich abgenommen worden sein durch gemeinschaftliche Begehungen des Objekts mit den Klägern, dem Architekten P. und dem jeweiligen Subunternehmer. Dies lässt jedoch noch nicht den Schluss zu, dass die Parteien nachträglich abweichend von dem schriftlichen Bauvertrag die förmliche Abnahme der Bauleistungen vereinbart und die anderen Abnahmeformen ausgeschlossen haben. Die Kläger tragen auch nicht vor, dass sie innerhalb der Frist des § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B, also innerhalb von sechs Tagen nach ihrem Einzug, eine förmliche Abnahme verlangt haben.
- 30 Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von sechs Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist (§ 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B).
- 31 Mit dem Vorwurf, die Abnahmefiktion nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B benachteilige sie unangemessen, können die Kläger keinen Erfolg haben. Eine Inhaltskontrolle einer vorformulierten Vertragsbedingung kommt nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nur im Interesse des Vertragspartners des Verwenders in Betracht. Wie bereits dargelegt, sind aber die Kläger und nicht die Beklagte hier als Verwender der VOB/B anzusehen.
- 32 Bei der sogenannten fiktiven Abnahme im Sinne des § 12 Abs. 5 VOB/B wird eine Abnahme fingiert; sie tritt also unter Umständen unabhängig vom wirklichen Willen des Auftraggebers ein (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1848 m. w. Nachw.). Der Fristablauf beginnt mit dem Beginn der Nutzung, es sei denn die Bauleistung weist grobe, ersichtliche Mängel auf oder die Nutzung erfolgt aufgrund einer dem Auftragnehmer bekannten Zwangslage. Eine fiktive Abnahme kommt zudem bei nicht abnahmereifer und deswegen vom Bauherrn zurückgewiesener Bauleistung nicht in Betracht (OLG

Düsseldorf, NJW-RR 1994, 408; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1855 m. w. Nachw.). Umstände, die eine fiktive Abnahme hier ausschließen, sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Entgegen der Annahme der Kläger waren die Bauleistungen der Beklagten zum Zeitpunkt des Einzugs der Kläger am 22. Dezember 2005 abnahmefähig. Fertigstellung bedeutet nicht, dass die Arbeiten am Werk vollständig abgeschlossen sein müssen. Restarbeiten oder Mängel stehen der Annahme einer Fertigstellung nicht entgegen, wenn das Werk im Wesentlichen hergestellt ist und keine gravierenden Mängel vorliegen (OLG München, Urteil vom 10. November 2015, 9 U 4218/14, Rn. 40, juris). So lag hier der Fall. Zwar war die Einliegerwohnung noch nicht bezugsfertig. Bei einem einheitlichen Gebäude, das zu verschiedenen Zwecken genutzt wird, genügt die Aufnahme einer Nutzungsart, um eine schlüssige Abnahme anzunehmen (Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl., Rn. 1826). Nichts anderes kann für die fiktive Abnahme gelten, zumal § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B auch die Inbenutzungnahme eines Teils der Leistung ausreichen lässt und die Kläger das Haus überwiegend zu eigenen Wohnzwecken nutzen. Ferner standen noch Mängelbeseitigungsarbeiten und Restarbeiten aus, die sich zum Teil aus der Mängelliste des Architekten P. vom 16. Februar 2006 (Anlage K 45, Bd. 146 Bd. III d. A.) ergeben. Diese sowie die von den Klägern ins Feld geführten Feuchtigkeiterscheinungen im Bereich der Fenster und Türen waren jedoch nicht gravierend und standen dem Einzug der Kläger in das Haus und seiner Nutzung zu Wohnzwecken nicht entgegen. Wie sich aus dem "Abnahmeprotokoll" vom 27. Februar 2006 (Anl. B3, Bl. 66 Bd. 1 der Akten) ergibt, forderten die Kläger anlässlich der gemeinsamen Begehung am 24. Februar 2005 dann auch nur noch geringfügige Restarbeiten. Im Wesentlichen machten sie optische Mängel geltend. Hinsichtlich der Feuchtigkeitsschäden in der Küche und im Wohnzimmer, die sie auf eine Undichtigkeit der Balkonabdichtung zurückführten, sollte mit der Mängelbeseitigung noch gewartet werden bis der Erfolg der Nachbesserung feststand und die Feuchtigkeit weiter abgetrocknet war. Die weiteren Mängel, die die Kläger zum Gegenstand des Beweissicherungsverfahrens gemacht haben, insbesondere die Rissbildungen und die fehlende Abdichtung der Bodenplatte sind erst später eingetreten bzw. aufgedeckt worden und stehen der Abnahmefiktion nicht entgegen. Schließlich befanden sich die Kläger nicht in einer die Abnahmefiktion ausschließenden Zwangslage. Zwar wurde das Haus nicht zu dem von ihnen geplanten Zeitpunkt fertiggestellt. Die Kläger gerieten unter Zeitdruck, weil sie ihre Mietwohnung zum 31. Dezember 2005 gekündigt hatten und bis dahin in das neue Haus einziehen wollten. Eine Zwangslage in Bezug auf die Abnahme wäre jedoch nur anzunehmen gewesen, wenn sie deshalb aus damaliger Sicht der Kläger in ein nicht fertiges Haus hätten einziehen müssen (BGH, Urteil vom 27. Mai 1974, VII ZR 151/72, Rn. 23, juris). Hierfür bestehen keine Anhaltspunkte. So lässt sich insbesondere ihren im Dezember 2005 an den Architekten P. gerichteten Schreiben nicht entnehmen, dass sie das Haus für nicht bezugsfertig und nicht bewohnbar hielten und nur unter Protest einziehen. Danach haben sie in dieser Zeit die Erledigung derjenigen Arbeiten durchgesetzt, die aus ihrer Sicht vor dem Einzug abgeschlossen sein mussten. Schließlich ist auch nicht dargetan, dass sie etwas Derartiges gegenüber der Beklagten erklärt hätten.

- 33 Nimmt man die Abnahmefiktion nach § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B nicht an, so haben die Kläger die Bauleistungen der Beklagten jedenfalls spätestens am 25. Februar 2006 abgenommen (§ 12 Nr. 4 Abs. 1 VOB/B). Sie sind dem substantiierten Vortrag der Beklagten, nach denen die Leistungen in den einzelnen Gewerken sukzessive durch gemeinsame Begehungen mit den Klägern, dem mit der Bauaufsicht beauftragten Architekten P. und den jeweiligen Subunternehmern erfolgte und zuletzt am 25. Februar 2006 die Innenputz- und Anstricharbeiten abgenommen wurden, was durch die Ablichtung des als Ab-

nahmeprotokoll bezeichneten Schreibens des Architekten P. (Anlage B 3, Blatt 66 Bd. II d. A.) belegt wird, nicht substantiiert entgegen getreten. Ihr schlichtes Bestreiten ist unbeachtlich. Zwar hat der Architekt P. in dem Protokoll mehrere Mängel und ausstehende Restarbeiten aufgelistet.

- 34 Gleichzeitig geltend gemachte Mängelrügen stehen indes nicht der Abnahme entgegen, bei der ausdrücklich erklärten Abnahme selbst dann nicht, wenn es sich um schwerwiegende Mängel handelt. Für die Abnahme reicht es aus, wenn der Auftraggeber das Werk im Wesentlichen als vertragsgerecht billigt (Ingenstau/Korbion-Oppler, VOB, 14. Auflage, B § 12, Rdn. 8). Die aufgeführten Mängelrügen sind insoweit lediglich als Vorbehalte im Sinne des § 12 Nr. 4 Abs. 1 u. Nr. 5 Abs. 3 VOB auszulegen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 27. Dezember 2001, 21 U 81/01, Rn. 10, juris). So liegt hier der Fall, denn es deutet nichts darauf hin, dass die Kläger die Abnahme anlässlich der gemeinsamen Begehung ausdrücklich verweigert hätten. In diesem Fall wäre zu erwarten gewesen, dass der Architekt P. dies in dem Abnahmeprotokoll ausgeführt hätte. Da die Kläger bei der Abnahme anwesend gewesen sind, kommt es darauf, ob der Architekt P. zur Abnahme befugt war, nicht an.
- 35 Die Verjährungsfrist betrug entsprechend der vertraglichen Vereinbarung fünf Jahre.
- 36 Die Kläger haben eine Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B nicht dargetan. Danach verjähren Mängel, die gerügt werden, innerhalb von zwei Jahren nach Zugang des schriftlichen Verlangens auf Mängelbeseitigung, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfrist nach Nummer 4 oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Zwischen den Parteien steht außer Streit, dass die Kläger die Beklagte bereits im Frühjahr 2007 zur Beseitigung der von den Sachverständigen Dipl.-Ing. B. und Dipl.-Ing. D. festgestellten Mängel, die Gegenstand dieses Verfahrens sind, aufgefordert haben. Damit haben sie die zweijährige Frist nach dieser Vorschrift ausgelöst. Läuft die durch die schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung in Lauf gesetzte Verjährungsfrist vor der vertraglich vereinbarten Gewährleistungsfrist ab, so kann die Verjährungsfrist nicht durch eine nochmalige Aufforderung nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B verlängert werden (OLG Karlsruhe, Urteil vom 24. Januar 2012, 8 U 172/10, Rn. 55, juris).
- 37 Die fünfjährige Verjährungsfrist begann mit der fiktiven Abnahme am 2. Januar 2006 zu laufen.
- 38 Sie wurde zunächst rechtzeitig mit dem Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens vom 4. Juni 2010, der der Beklagten demnächst am 10. Juni 2010 zugestellt wurde, gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB i.V.m. § 167 ZPO). Zu diesem Zeitpunkt waren bis zum Verjährungseintritt noch sieben Monate und 28 Tage offen.
- 39 Die Hemmung endete gem. § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate nach der Beendigung des selbständigen Beweisverfahrens. Das Landgericht hat zutreffend angenommen, dass bei einem Verfahren, dass eine Vielzahl auch voneinander unabhängigen Mängeln zum Gegenstand hat, jeder Mangel auch dann verjährungsrechtlich sein eigenes Schicksal hat, wenn die Mängel von einem Sachverständigen untersucht werden, das selbständige Beweisverfahren nach Erstellung des Gutachtens jedoch nur hinsichtlich einzelner Mängel weiterbetrieben wird. Das folgt aus der rechtlichen Selbständigkeit eines Mangels und der sich aus ihm ergebenden Ansprüche einschließlich ihrer Verjährung (BGH, Urteil

vom 3. Dezember 1992, VII ZR 86/92, Rn. 6; OLG Hamm, Urteil vom 16. Dezember 2008, 21 U 117/08, Rn. 10 mit weiteren Nachweisen, juris).

- 40 Ebenfalls ohne Rechtsfehler hat das Landgericht angenommen, dass die Hemmung der Verjährung hinsichtlich sämtlicher Mängel mit Ausnahme der vermeintlich fehlerhaften Sparrenabstände spätestens Ende Oktober 2014 endete. Für die Dauer der Unterbrechung der Verjährung durch ein selbstständiges Beweisverfahren kommt es darauf an, wann dieses beendet ist. Dies ist der Fall, wenn die Beweissicherung sachlich erledigt ist. Sachliche Erledigung tritt nach einer mündlichen Anhörung des Sachverständigen grundsätzlich mit dem Verlesen des Sitzungsprotokolls über die Vernehmung des Sachverständigen, dessen Vorlage zur Durchsicht oder dem nach § 162 Abs. 2 ZPO ausgesprochenen Verzicht auf diese Maßnahmen ein (BGH NJW-RR 2009, 1243). Die Übermittlung des Protokolls liegt außerhalb der Beweisaufnahme und gehört nicht mehr zum Beweisverfahren. Ein selbstständiges Beweisverfahren ist ungeachtet des Inhalts und der Qualität des Gutachtens jedenfalls dann beendet, wenn der Gutachter sich zu den gestellten Beweisfragen geäußert hat, und innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach der mündlichen Anhörung keine Anträge einer Partei zur Ergänzung des Gutachtens gestellt werden (BGH, Beschluss vom 24. März 2009, VII ZR 200/08, juris). Danach war das selbstständige Beweisverfahren hinsichtlich der Mängel mit Ausnahme der fehlerhaften Sparrenabstände nach der Anhörung des Sachverständigen am 26. März 2014 spätestens Ende April 2014 beendet. Die Kläger haben mit ihrem Schreiben vom 29. April 2014 nur noch die Überprüfung der Statik des Dachstuhls gefordert. Keine der Parteien hat mehr Fragen hinsichtlich der weiteren Mängel gestellt. Die Hemmung endete mithin Ende Oktober 2014 (§ 204 Abs. 2 BGB). Die erst am 18. September 2015 bei dem Landgericht eingegangene Klage vermochte die Ende Juni 2015 abgelaufene Verjährung nicht mehr zu hemmen.
- 41 Bei fehlender Abnahmefiktion und angenommener Abnahme am 24. Juni 2006 waren am 4. Juni 2010 vier Jahre drei Monate und sieben Tage der Verjährungsfrist abgelaufen und ca. neun Monate offen. Die Verjährungsfrist wäre dann Ende Juli 2015 abgelaufen.
- 42 Weitere Hemmungstatbestände sind nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich. Die Erhebung der Verjährungseinrede ist nicht treuwidrig. Die Einwendung unzulässiger Rechtsausübung ist begründet, wenn der Verpflichtete den anderen durch sein Verhalten von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten hat oder ihn nach objektiven Maßstäben zu der Annahme veranlasst hat, es werde auch ohne Rechtsstreit eine vollständige Befriedigung seiner Ansprüche zu erzielen sein (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1989, VII ZR 75/89, Rn. 31, juris). Hierfür ist nichts ersichtlich. Die Beklagte hat vielmehr von Anfang an eine Beseitigung der Mängel abgelehnt. Die Verjährung ihrer Forderung, soweit sie überhaupt besteht, haben sich die Kläger selbst zuzuschreiben.
- 43 Die Kläger haben keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung eines Kostenvorschusses wegen der zu großen Abstände der Sparren am Dachstuhl (§ 13 Nr. 3 VOB/B).
- 44 Gemäß § 13 Nr. 3 VOB/B wird der Auftragnehmer unter anderem dann von der Gewährleistung frei, wenn ein Mangel seines Werks auf Anordnungen des Auftraggebers oder auf von diesem vorgeschriebene Stoffe zurückzuführen ist, außer wenn er die ihm nach § 4 Nr. 3 VOB/B obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen hat.

- 45 Nach den Feststellungen des Landgerichts, die mit der Berufung nicht angegriffen werden, sind die Sparrenabstände, ausgehend von statischen Erfordernissen, insgesamt deutlich zu groß und führen zu einer statischen Überlastung der Dachpfette, zu deren Beseitigung es einer baulichen Ertüchtigung bedarf. Maßgebliche Ursache hierfür ist, dass die Abstände vom Architekten bereits deutlich zu groß in der Ausführungsplanung ausgewiesen wurden. Die Vorgaben der Ausführungsplanung sahen gegenüber der Statik schon eine Differenz von fast 30 cm vor (98 cm statt 70 cm). Die Beklagte hat sich bei der Ausführung weitgehend an die Vorgaben der Ausführungsplanung gehalten. Der Pfettenabstand beträgt ca. 1 m. Soweit er in zwei Fällen geringfügig größer ist, wurde dies durch die etwas kleineren Nachbarfelder ausgeglichen. Mithin beruht der Mangel auf einer Anordnung der Kläger, nämlich der Ausführungsplanung.
- 46 Der Auftragnehmer hat für die mangelhafte Herstellung des Werkes ohne Verschulden einzustehen. Von der Haftung wird er nur frei, wenn er die Prüfungs- und Hinweispflicht, wie sie der Regelung des § 13 Nr. 3 VOB/B zugrunde liegt, gewissenhaft erfüllt. Maßgeblich ist, ob dem Auftragnehmer bei der von ihm als Fachunternehmen zu erwartenden Prüfung Bedenken gegen die geplante Ausführung hätten kommen müssen. In diesem Fall ist er verpflichtet, auf die Bedenken hinzuweisen. Dieser Verpflichtung kann er sich grundsätzlich nicht dadurch entziehen, dass er auf seine fehlenden Erfahrungen und Kenntnisse hinweist (BGH, Urteil vom 12. Mai 2005, VII ZR 45/04, Rn. 29, juris). Dabei darf sich der Bauunternehmer grundsätzlich auf die Erkenntnisse eines Sonderfachmannes verlassen, er hat sie nur auf offenkundige, im Rahmen seiner eigenen Sachkunde ohne weiteres "ins Auge springende" Mängel zu überprüfen (OLG Köln, Urteil vom 20. Mai 2015, 11 U 116/14, Rn. 22 m. w. Nachw., juris). Nach diesen Grundsätzen ist eine Verletzung der Hinweispflicht durch die Beklagte nicht anzunehmen. Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Diplom-Ingenieur K. (Pkt. 5.1.30a) Hauptgutachten) kann aus technischer Sicht von einem Zimmermann nicht erwartet werden, dass er bei Vorliegen einer vollständig bemasten Dachstuhlzeichnung deren Übereinstimmung mit der statischen Berechnung überprüft. Gleiches gilt für die Beklagte als Fachunternehmen. Diese durfte darauf vertrauen, dass die Ausführungsplanung des Architekten P. der Statik entspricht und musste nicht anhand der Maße in der Zeichnung eine Nachberechnung der Statik vornehmen. Dafür, dass ihr der zu große Sparrenabstand hätte ins Auge springen müssen, bestehen keine Anhaltspunkte.
- 47 Danach hat auch die Feststellungsklage keinen Erfolg. Ein etwaiger Anspruch auf Ersatz eines Mietausfallschadens ist ebenfalls verjährt (§ 13 Nr. 7 Abs. 4 und Nr. 4 Abs. 1 VOB/B). Bei den im Raum stehenden Mietausfallschäden handelt es sich um sogenannte "enge" Mangelfolgeschäden, die dem Grunde nach – über den Wortlaut der VOB/B a.F. hinausgehend – nach ständiger Rechtsprechung und auch heute noch herrschender Meinung in Altfällen nach § 13 Nr. 7 Abs. 1 VOB/B a. F. zu ersetzen sind (OLG Hamm, Urteil vom 30. April 2013, 21 U 59/12, Rn. 54, juris). Sie unterliegen nach § 13 Nr. 7 Abs. 4 VOB/B ebenfalls den Verjährungsfristen nach § 13 Nr. 4 und 5 VOB/B. Mithin ist der Anspruch, der nur auf die weiteren hier in Rede stehenden Mängel, nicht jedoch auf den fehlerhaften Sparrenabstand im Dachstuhl gestützt werden könnte, wie der Anspruch auf den Mängelkostenbeseitigungsvorschuss hinsichtlich dieser Mängel verjährt. Auf die obigen Ausführungen wird Bezug genommen. Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht angenommen, dass nicht nachvollziehbar dargetan ist, warum die Einliegerwohnung nicht vermietbar sein soll.

- 48 Entsprechendes gilt hinsichtlich der vorgerichtlichen Sachverständigenkosten. Ein etwaiger Anspruch der Kläger auf Erstattung der vorgerichtlichen Sachverständigenkosten ist, soweit diese auf die Mängel am Dachstuhl entfallen, nicht begründet und hinsichtlich der weiteren Mängel ebenfalls verjährt (§ 13 Nr. 7 Abs. 4 und Nr. 4 Abs. 1 VOB/B).
- 49 Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 3, 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO, 43 Abs. 1, 47 Abs. 1 Satz 1, 48 Abs. 1 Satz 1 GKG.
- 50 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 ZPO) liegen nicht vor.