

Kein Anerkenntnis trotz Vornahme der Mängelbeseitigung

BGB § 212I Nr. 1; BGB a. F. § 208; EGBGB Art. 229 § 6I 1

Ein Anerkenntnis i. S. des § 212I Nr. 1 BGB liegt nicht vor, wenn ein Unternehmer auf Aufforderung des Bestellers eine Mängelbeseitigung vornimmt, dabei jedoch deutlich zum Ausdruck bringt, dass er nach seiner Auffassung nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist.

BGH, *Beschl.* v. 23. 8. 2012 – VII ZR 155/10 (OLG Celle)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten um die vom Kl. verlangte Herausgabe einer Originalbürgschaftsurkunde über eine Gewährleistungsbürgschaft sowie mit der Widerklage erhobene Gewährleistungsansprüche der Bekl. und einen Schadensersatzanspruch des Bekl. zu 2 wegen Kostenschäden aus einem Vorprozess.

Der Kl. nahm im Auftrag der in einer Projektgemeinschaft verbundenen Bekl. 1999 Rohbauarbeiten für ein Doppelhaus in C. vor. Die Bekl. entrichteten die letzte Zahlung an ihn am 3. 12. 1999. In einem Rechtsstreit der Bauherren gegen den Bekl. zu 2 wurde später festgestellt, dass die Abdichtung des Verblendmauerwerks an dem Bauvorhaben mangelhaft ausgeführt und die so genannte Z-Sperre über den Schlafzimmerfenstern zu erneuern war. Im Februar 2003 nahm der Kl. auf Aufforderung der Bekl. Abdichtungsarbeiten vor.

Die Bauherren machten im Rahmen eines zweiten Rechtsstreits erfolgreich weitere Gewährleistungsansprüche gegen den Bekl. zu 2 geltend (LG Stade, 3 O 328/06; OLG Celle, 7 U 132/08). Der Kostenschaden des Bekl. zu 2 ist unter anderem Gegenstand der Widerklage. Der Kl. hat Herausgabe der Bürgschaftsurkunde verlangt. Er hat die Meinung vertreten, dass gegen ihn gerichtete Gewährleistungsansprüche mit Ablauf des 3. 12. 2004 verjährt seien.

Die Klage hatte in erster Instanz Erfolg; die Widerklage der Bekl. hat das LG abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Bekl., die den Widerklageantrag im zweiten Rechtszug erweitert haben, hatte überwiegend Erfolg (OLG Celle, *Urt.* v. 4. 8. 2010 – 7 U 225/08, BeckRS 2012, 19569). Der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision war stattzugeben, soweit der Kl. auf die Widerklage zur Zahlung von 9520 Euro nebst Zinsen und Freistellung von Mängelbeseitigungskosten verurteilt worden ist.

Aus den Gründen:

[6] II. Das Berufungsurteil beruht insoweit auf einer Verletzung des Rechts des Kl. auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103I GG). Es ist deshalb insoweit aufzuheben. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache an das BerGer. zurückzuerweisen (§ 544VII ZPO).

[7] 1. Das BerGer. hat Gewährleistungsansprüche, die sich im Streitfall nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Rechts richten, als unverjährt angesehen. Die fünfjährige Verjährungsfrist habe zwar am 3. 12. 1999 begonnen. Anspruchsverjährung sei mit Ablauf des 3. 12. 2004 nicht eingetreten, denn die Abdichtungsarbeiten des Kl. im Februar 2003 seien als verjährungsunterbrechendes Anerkenntnis i. S. von § 208 BGB a. F. zu werten.

[8] 2. Damit hat sich das BerGer. über entscheidungserheblichen Vortrag des Kl. hinweggesetzt.

[9] a) Da der (vermeintliche) Hemmungstatbestand nach dem 1. 1. 2002 eingetreten ist, ist der gegenüber § 208 BGB a. F. inhaltlich unveränderte § 212I Nr. 1 BGB anwendbar. Gemäß Art. 229 § 6I 1 EGBGB gelangen grundsätzlich die neuen Verjährungsregeln zur Anwendung. Das Stichtagsprinzip

BGH: Kein Anerkenntnis trotz Vornahme der Mängelbeseitigung (NJW 2012, 3229)

3230 ▲



zip gilt in Übergangsfällen nicht nur für den Verjährungsbeginn, sondern auch für die Hemmung des Laufs der Verjährungsfrist (BGHZ 189, 104 = NJW 2011, 1870 = NZG 2011, 835 Rdnr. 17; *Palandt/Ellenberger*, BGB,

71. Aufl., Art. 229 § 6 EGBGB Rdnr. 7).

[10] Etwas anderes ergibt sich nicht aus Art. 229 § 6l 2 EGBGB, da dort lediglich geregelt ist, dass sich die Hemmung der Verjährung für den Zeitraum vor dem 1. 1. 2002 nach dem BGB in der bis zu diesem Tag geltenden Fassung bestimmt. Etwas anderes folgt auch nicht aus Art. 229 § 6l 3 EGBGB. Diese Bestimmung betrifft lediglich die Fortgeltung von Regelungen, nach denen eine vor dem 1. 1. 2002 eintretende Unterbrechung als erfolgt oder nicht erfolgt gilt (dazu *Kniffka/Schulze-Hagen*, BauvertragsR, 2012, § 634 a BGB Rdnr. 359).

[11] b) Die Verjährung ist gem. § 212l Nr. 1 BGB gehemmt, wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Anerkenntnis i. S. von § 212l Nr. 1 BGB vor, wenn sich aus dem tatsächlichen Verhalten des Schuldners gegenüber dem Gläubiger klar und unzweideutig ergibt, dass dem Schuldner das Bestehen der Schuld bewusst ist und angesichts dessen der Gläubiger darauf vertrauen darf, dass sich der Schuldner nicht auf den Ablauf der Verjährung berufen wird. Der Schuldner muss dabei sein Wissen, zu etwas verpflichtet zu sein, klar zum Ausdruck bringen, wobei allerdings auch ein eindeutiges schlüssiges Verhalten genügen kann (*BGH*, NJW 2012, 2180 Rdnr. 29; NJW 2012, 1293 = NZM 2012, 423 Rdnr. 10). Das entspricht der Rechtsprechung zu § 208 BGB a. F. (*BGH*, NJW 1988, 1259 = BauR 1988, 465 [unter II 1]; NJW-RR 2005, 605 = NZBau 2005, 282 = BauR 2005, 710 = ZfBR 2005, 363 [unter II 2]).

[12] Ob in der Vornahme von nicht nur unwesentlichen Nachbesserungsarbeiten ein Anerkenntnis der Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers liegt, ist unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei, ob der Auftragnehmer aus der Sicht des Auftraggebers nicht nur aus Kulanz oder zur gütlichen Beilegung eines Streits, sondern in dem Bewusstsein handelt, zur Nachbesserung verpflichtet zu sein (vgl. BGHZ 164, 196 [205] = NJW 2006, 47; *BGH*, NJW 1999, 2961 [unter II 2 und 3]).

[13] c) Das BerGer. hat für die Beurteilung, ob ein Anerkenntnis vorliegt, entscheidungserheblichen Vortrag übergegangen. Der Kl. hat, wie die Beschwerde zutreffend rügt, nach seinem, vom *Senat* zu Grunde zu legenden Vortrag, behauptet, dass er dem Bekl. zu 2 im Februar 2003 unmittelbar vor der Veränderung der Z-Sperre erklärt habe, fachgerecht und mangelfrei gearbeitet zu haben. Er habe die Z-Sperre auf Bitte des Bekl. zu 2 verändert, da die Verblendsteine noch nicht wieder angebracht gewesen seien. Das BerGer. hat diesen maßgeblichen Gesichtspunkt nicht in seine Erwägungen einbezogen.

[14] d) Der Gehörsverstoß ist entscheidungserheblich. Es ist nicht auszuschließen, dass das BerGer. kein verjährungshemmendes Anerkenntnis feststellt. Denn nach dem Vortrag des Kl. liegt ein Anerkenntnis des Anspruchs der Bekl. auf Mängelbeseitigung nicht vor. Er hat vielmehr deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er nach seiner Auffassung nicht zur Mängelbeseitigung verpflichtet ist, so dass die gleichwohl auf Bitte des Bekl. zu 2 vorgenommene, nach Darstellung des Kl. mit wenig Aufwand verbundene Veränderung der Folie, nicht als eine Maßnahme beurteilt werden kann, die der Kl. im Bewusstsein seiner Nachbesserungspflicht vorgenommen hat. Unerheblich ist, dass die Arbeiten nicht in Rechnung gestellt worden sind. Das würde für eine Kulanz des Kl. sprechen. Unerheblich ist auch, dass der Kl. im Prozess die offenbar unzutreffende Auffassung vertreten hat, er habe die Arbeiten auf Grund eines gesonderten Auftrags erledigt. Diese fehlerhafte Würdigung ändert nichts daran, dass der Kl. auf der Grundlage seines Vorbringens durch die vorgenommenen Maßnahmen den Anspruch des Bekl. nicht anerkannt hat.

[15] e) Der *Senat* weist darauf hin, dass die Beweislast für das Anerkenntnis i. S. des § 212l Nr. 1 BGB die Bekl. tragen.

[16] 3. Der Streitwert der Klage (2416,88 Euro) und der Streitwert der Widerklage werden nicht addiert, weil sie denselben Gegenstand betreffen (§ 45l 1, 3 GKG). Die Zuerkennung des einen Anspruchs ist mit der Aberkennung des anderen verbunden (vgl. BGHZ 185, 310 = NJW 2010, 2197 = NZG 2010, 790 Rdnr. 26; *BGH*, NJW-RR 2005, 506 [unter III 1]).

Anm. d. Schriftltg.:

Zum Mangelanerkennnis durch vorbehaltlosen Beseitigungsversuch vgl. *OLG Karlsruhe*, NJW 2009, 1150 = NZBau 2011, 493. Zur Rechtsverbindlichkeit einer Nachbesserungszusage „aus Kulanz“ vgl. *OLG München*, NJW 2011, 1369 = NZBau 2011, 493 = NZM 2011, 412.