

# OLG Düsseldorf

## Urteil

vom 25.04.2019

5 U 91/18

BGB § 204 Abs. 1 Nr. 7, § 280 Abs. 1, §§ 611, 634, 634a Abs. 1, 2, § 675

1. Auch eine Terrassenanlage ist ein Bauwerk i.S.v. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB.\*)

2. Die Verjährung von Mängelrechten aus § 634 BGB vor der Abnahme beginnt frühestens mit dem Übergang in ein Abrechnungsverhältnis, das zur Geltendmachung dieser Ansprüche vor der Abnahme berechtigt.\*)

OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.04.2019 - 5 U 91/18

*vorhergehend:*

*LG Düsseldorf, 18.04.2018 - 6 O 427/14*

In dem Rechtsstreit

...

hat der 5. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 11.04.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht J..., die Richterin am Oberlandesgericht B... und die Richterin am Landgericht Dr. F..

für Recht erkannt:

Das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 18.04.2018 - Az. 6 O 427/14 - wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Streitwert: 8.150,63 Euro

### Gründe

#### I.

Die Kläger nehmen den beklagten Rechtsanwalt in Regress für verjährte Gewährleistungsansprüche gegen die Firma van A... in Höhe von 8.150,63 Euro.

Im Jahr 2007 beauftragten die Kläger die Firma van A... mit der Erneuerung der Terrassenanlage an ihrem Hausgrundstück in D... (A... 36). Durch eine unzureichende Aufkantungshöhe im Bereich der Fensteranlage sowie nicht fachgerecht hergestellte

Anschlüsse bzw. Übergänge zwischen der Abdichtung der Hauswand und der Bodenplatte der Terrasse kam es zum Wassereintritt im Untergeschoss des Hauses. Der Beklagte war mit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen beauftragt. Er leitete im Jahr 2008 zunächst ein selbständiges Beweisverfahren ein, das die Mangelhaftigkeit der Werkleistung bestätigte. Die Versicherung der M... van A... leistete entsprechend der damaligen Forderungen der Kläger einen Betrag von insgesamt 7.987,81 Euro, wobei hiermit die Feuchtigkeitsschäden am Haus abzüglich eines Selbstbehalts von 500,00 Euro ausgeglichen worden sein sollen. Die Kläger ließen die Mängelbeseitigungsarbeiten nach Rücksprache mit dem Beklagten sodann durch die Firma H... ausführen. Die verbleibenden, streitgegenständlichen Kosten in Höhe von 8.150,63 Euro sollen sich auf die Beseitigung der Schäden an der Terrassenanlage sowie den Selbstbehalt beziehen sowie den Selbstbehalt von 500,00 Euro beinhalten. Am 31.10.2010 teilten die Kläger dem Beklagten mit, dass die Mängelbeseitigungsarbeiten abgeschlossen seien. Dieser erwirkte aus zwischen den Parteien streitigen Umständen keinen Zahlungstitel gegen die Werkunternehmerin.

Die Kläger haben ihre Regressansprüche darauf gestützt, der Beklagte habe trotz mehrmaliger ausdrücklicher Bitten durch sie bzw. ihren Sohn keine Klage gegen die Werkunternehmerin erhoben und durch seine fortgesetzte Untätigkeit die Verjährung der Forderung herbeigeführt.

Der Beklagte hat behauptet, weitere Ansprüche als in Höhe der bereits bezahlten 7.987,81 Euro seien seinerzeit nicht erhoben worden. Nur der Selbstbehalt von 500,- Euro und ein weiterer Selbstbehalt von 150,- Euro an Anwaltskosten nach Inanspruchnahme der Rechtsschutzversicherung hätten noch geltend gemacht werden sollen. Die Notwendigkeit der vollständigen Erneuerung des Terrassenbelages bestreite er, da sich dies aus dem eingeholten Gutachten nicht ergebe. Zudem sei die Schuldnerin Frau van A... mittellos gewesen und habe ein Insolvenzverfahren durchgeführt. Er habe damals die Information erhalten, dass Frau van A... mittellos sei, 22.000,00 Euro Schulden angehäuft habe und ein Insolvenzverfahren anstrebe. Dies habe er den Klägern erläutert und dazu geraten, wegen fehlender Vollstreckungsaussichten keine weiteren Schritte zu unternehmen. Damit seien die Kläger einverstanden gewesen. Auf eine Sachstandsanfrage durch den Sohn der Kläger habe der Beklagte mitgeteilt, die Akte sei wie vereinbart erst einmal zur Seite gelegt, um abzuwarten wie sich die finanzielle Situation der Frau van A... entwickeln werde.

Das Landgericht hat Beweis erhoben über diesen Gesprächsinhalt zwischen dem Beklagten und dem Sohn der Kläger, dem Zeugen Dr. M... Q..., und hat der Klage in der Hauptsache stattgegeben und diese lediglich im Hinblick auf Nebenforderungen teilweise abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Den Klägern stehe ein Schadensersatzanspruch wegen Pflichtverletzung des anwaltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß §§ 280 Abs. 1, 675 Abs. 1, 611 BGB zu. Die Pflichtverletzung liege darin, dass der Beklagte die Forderung unstreitig nicht durchgesetzt habe und diese nicht gegen Verjährung gesichert habe. Der Vortrag des Beklagten, es sei mit den Klägern abgesprochen gewesen, nicht weiter gegen die Firma van A... vorzugehen, sei trotz Hinweises nicht substantiiert. Es sei nach wie vor unklar, wann genau und unter welchen Umständen diese Vereinbarung getroffen worden sein solle. Hinsichtlich der behaupteten Mitteilung an den Sohn der Kläger zum weiteren Vorgehen sei dem Beklagten der Beweis nicht gelungen. Die Zeugin B... habe die Beweistatsache nicht bestätigt. Die Aussage der Zeugin L... sei ebenfalls unergiebig gewesen, so dass es auf die Aussage des Gegenzeugen Dr. Q... nicht mehr angekommen sei.

Die Forderung sei verjährt. Es gelte die 2-jährige Verjährungsfrist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB ab Abnahme und nicht die 5-jährige Frist des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, da nicht ersichtlich sei, dass die Erneuerungsarbeiten an der Terrasse einer Neuerrichtung gleichzusetzen seien. Nach dem unbestrittenen Klägervortrag seien die Terrassenarbeiten spätestens am 31.10.2010 abgenommen worden und die Forderung damit spätestens mit Ablauf des 31.10.2012 verjährt.

Den Klägern sei dadurch ein Schaden von 8.150,63 Euro entstanden, den sie bei pflichtgemäßem Handeln gegen die Firma an A... hätten durchsetzen können. Der Beklagte habe trotz Hinweises nicht substantiiert, warum er die sachverständigen Feststellungen zur Notwendigkeit der Erneuerung des Terrassenbelages in Frage stelle. Der Schaden bestehe nach dem unbestrittenen Klägervortrag aus Instandsetzungskosten von 5.600,00 Euro für die Terrasse, 1.400,00 Euro für neue Terrassenplatten, 650,63 Euro für die Verfüguung sowie 500,00 Euro Selbstbehalt bezüglich der Zahlung der Versicherung auf die Schäden am Haus. Der Beklagte habe auf den Hinweis der Kammer nicht hinreichend dargelegt, dass die Forderung gegen die Fa. van A... nicht durchsetzbar gewesen wäre. Der Beklagte habe sich zunächst nur auf Angaben des damaligen Rechtsanwalts der Frau van A... berufen, wonach diese einen Insolvenzantrag gestellt habe. Später habe er lediglich pauschal behauptet, Frau van A... habe ein Insolvenzverfahren durchgeführt. Es komme insoweit nicht darauf an, ob die Frau van A... zum damaligen Zeitpunkt mittellos gewesen sei und ein Insolvenzverfahren anstrebte; denn der Beklagte hätte dafür Sorge tragen müssen, dass die Kläger einen rechtskräftigen Titel erhalten mit der Folge der Vollstreckungsmöglichkeit in der 30-jährigen Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 4 BGB für rechtskräftig festgestellte Ansprüche. Eine Vollstreckung wäre dann in diesem Zeitraum noch möglich gewesen und eine vorübergehende Mittellosigkeit hätte abgewartet werden können. Dies gelte nur dann nicht, wenn Frau van A... tatsächlich ein Insolvenzverfahren durchlaufen habe, da sich die Restschuldbefreiung dann auch auf rechtskräftige Urteile bezogen hätte.

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung.

Er rügt, das Landgericht sei unzutreffend davon ausgegangen, dass die Mängelrechte der Kläger in 2 Jahren verjährt seien. Es gelte vielmehr die 5-jährige Frist gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Bei dem Terrassenbelag handele es sich um ein Bauwerk im Sinne dieser Vorschrift. Aus dem Gutachten im selbständigen Beweisverfahren gehe hervor, dass neue Platten in einem Mörtelbett auf einer vorhandenen Betonplatte zu errichten gewesen seien. Diese wiederum sei mit dem Erdboden verbunden und zudem hinsichtlich der Abdichtung an das vorhandene Gebäude anzuarbeiten gewesen. Dadurch sei die Legaldefinition eines Bauwerks erfüllt. Die Verjährungsregelung erfasse zudem neben der Neuherstellung auch anderweitige Arbeiten, soweit sie einer Neuerrichtung gleichzustellen seien. Dies sei im Hinblick darauf, dass die Terrasse bis auf die Bodenplatte komplett neu erstellt worden sei, ohne weiteres der Fall. Innerhalb der 5-jährigen Verjährungsfrist seien die Kläger bereits anderweitig anwaltlich vertreten gewesen. Die Fehleinschätzung des neuen Bevollmächtigten müsse sich der Beklagte nicht zurechnen lassen. Auch hinsichtlich des Verjährungsbeginns mit Abnahme sei das Landgericht grob fehlerhaft davon ausgegangen, dass diese am 31.10.2010 erfolgt sei. Die Kläger hätten indessen lediglich auf den richterlichen Hinweis, dass zur Abnahme vorzutragen sei, ein Schreiben dieses Datums der Kläger an den Beklagten angeführt. Dieses habe die Mitteilung der Kläger an den Beklagten über den Stand der Nachbesserungen enthalten und könne daher keine Abnahme des Gewerkes gegenüber der Firma van A... herbeiführen. Der Klägervortrag sei insoweit un schlüssig geblieben. Die diesbezüglich unterbliebene Aufklärung stelle einen schweren Verfahrensfehler dar, so dass zumindest eine Zurückverweisung erfolgen müsse. Jedenfalls fehle es an einem kausalen Schaden. Soweit das Landgericht im Urteil ausgeführt habe, der Beklagte hätte nicht hinreichend dargelegt, dass die Forderung gegen die Firma van A... nicht durchsetzbar gewesen wäre, habe es die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Die Klägerseite sei für das Entstehen eines Schadens voll darlegungs- und beweisbelastet. Ein Schaden bestehe nach der Rechtsprechung des BGH nur, wenn der Mandant bei sachgerechtem Vorgehen auf seine Forderung auch eine Leistung erhalten hätte. Abgesehen davon habe er, der Beklagte, im Einzelnen dargelegt, warum von einer Insolvenz der Schuldnerin auszugehen gewesen sei. Diesem Vorbringen sei das Landgericht rechts- und verfahrensfehlerhaft nicht nachgegangen. Weitere Erkenntnismöglichkeiten hätten dem Beklagten auch nicht zur Verfügung gestanden, da er - wie vorgetragen - trotz entsprechender Bemühungen von der Frau van A... keine Auskunft erhalten habe. Das Insolvenzgericht habe ihm keine Auskunft erteilt. Auf dem Portal

www.insolvenzbekanntmachungen.de sei ein laufendes Verfahren nicht festzustellen. Abgeschlossene Verfahren würden jedoch dort auch nicht aufgeführt. Da der Beklagte unabhängig hiervon genug Anknüpfungstatsachen für ein Insolvenzverfahren vorgebracht habe, handele es sich bei dem Beweisantritt durch Zeugnis der Frau M..., ehemals van A..., nicht um einen unzulässigen Ausforschungsbeweis. Das Landgericht habe diesen Beweisantritt fehlerhaft übergangen.

Der Beklagte beantragt,

unter Abänderung und Aufhebung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 18.04.2018 - Az. 6 O 427/14 die Klage abzuweisen,

hilfsweise

unter Abänderung und Aufhebung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 18.04.2018 - Az. 6 O 427/14 und des Verfahrens den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung und Verhandlung an das Landgericht Düsseldorf zurückzuverweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das erstinstanzliche Urteil und bringen hierfür im Wesentlichen vor, es habe die 2-jährige Verjährungsfrist gegolten. Der Wechsel eines Terrassenbelages stelle eine normale Handwerksleistung dar. Das bloße Austauschen einiger Teilstücke eines Bauwerks bedinge nicht, dass hierdurch ein eigenständiges Bauwerk entstehe.

Es stelle einen logischen Bruch dar, wenn der Beklagte sich darauf berufe, der jetzige Prozessbevollmächtigte der Kläger habe doch seinerseits Ansprüche gegen die Fa. van A... geltend machen sollen, während er selbst sich bisher damit verteidigt habe, dass die Fa. van A... insolvent gewesen sei. Wann die Abnahme erfolgt sei, sei unerheblich, da die Gegenseite ohnehin keine Nachbesserung durchgeführt habe bzw. dazu durch den Beklagten hinreichend veranlasst wurde.

Eine Insolvenz und das Fehlen eines Schadens habe der Beklagte nicht bewiesen. Eine Beweislastumkehr könne den Beklagten nicht davon entlasten, dass er für das Nichterheben einer beauftragten Klage verantwortlich sei. Die Kläger bestreiten mit Nichtwissen, dass der Beklagte beim Insolvenzgericht um Auskunft ersucht habe. Der Beweisantritt zur Vernehmung der Zeugin M... sei weiterhin unzulässig; das diesbezügliche Vorbringen sei substanzlos und irrelevant.

## II.

Die zulässige Berufung des Beklagten ist auch in der Sache erfolgreich.

Ein Anspruch der Kläger auf Schadensersatz wegen anwaltlicher Pflichtverletzung aus §§ 280 Abs. 1, 611, 675 BGB ist nicht feststellbar.

1.) Bereits für eine von den Klägern darzulegende Verletzung anwaltlicher Pflichten bestehen keine ausreichenden Anhaltspunkte. Eine Verletzung anwaltlicher Sorgfaltspflichten kann grundsätzlich in der unzureichenden Sicherung von Ansprüchen der Kläger gegen Verjährung bzw. in der Nichtbefolgung ausdrücklicher Anweisungen der Kläger zum Erstreiten eines Titels liegen.

a) Unstreitig war der Beklagte von beiden Klägern mit der Geltendmachung von werkvertraglichen Ansprüchen gegen die Firma van A... beauftragt. Dies beinhaltet auch

ohne ausdrückliche Anweisung das Bewirken verjährungsverhindernder Maßnahmen (vgl. BGH Urteil v. 28.11.1996 - IX ZR 39/96 = NJW 1997, 1302). Dies gilt selbst dann, wenn die Vollstreckung zum damaligen Zeitpunkt ohnehin nicht erfolgversprechend gewesen sein sollte, denn der Anwalt hat grundsätzlich den sichersten Weg zu wählen. Da nicht auszuschließen war, dass sich die Vollstreckungsaussichten künftig bessern, wären sichernde Maßnahmen dennoch grundsätzlich (ggf. nach Kostenabwägung) zweckmäßig und durchzuführen gewesen.

b) Die Kläger stützten ihren Anspruch darauf, der Beklagte habe dies nicht rechtzeitig getan und durch seine Untätigkeit die Verjährung herbeigeführt. Die Pflicht zum Tätigwerden setzt dabei nicht erst zum Eintritt der Verjährung selbst ein, sondern in der Regel spätestens dann, wenn der Rechtsanwalt Dispositionen trifft, die das Risiko der Verjährung erhöhen oder bei einem risikoe erhöhenden Unterlassen (vgl. BGH, aaO).

Die vertraglichen Pflichten enden jedoch grundsätzlich mit Beendigung des Mandats. Die konkludent erklärte Kündigung des Mandats ist (auf Grundlage von § 627 BGB) in der Bestellung des jetzigen Prozessbevollmächtigten durch die Kläger und in der Geltendmachung von Regressansprüchen mit Schreiben vom 24.06.2013 zu sehen. Hierin kommt aus Sicht des Beklagten unzweifelhaft zum Ausdruck, dass die Kläger ihm das Vertrauen entziehen wollten und insbesondere aufgrund der (vermeintlich) verursachten Verjährung keine weitere Vertretung für notwendig hielten oder wünschten.

Aufgrund des fehlenden Vortrags der Beklagten zum Verjährungsbeginn kann jedoch vorliegend nicht beurteilt werden, ob und gegebenenfalls mit welchem zeitlichen "Puffer" die Verjährungsfrist zu diesem Zeitpunkt noch lief, so dass sich das vorherige Zuwarten des Beklagten (ungeachtet des von ihm behaupteten Einvernehmens mit den Klägern) als risikoe erhöhend und pflichtwidrig dargestellt hätte.

aa) Die Verjährungsfrist betrug entgegen der Auffassung des Landgerichts gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB 5 Jahre ab Abnahme des Bauwerks. Ein Bauwerk im Sinne der Vorschrift ist eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache (vgl. MüKo, BGB, 7. Aufl. 2018, § 634a Rn. 18), wobei die Verbindung mit dem Erdboden auch durch die eigene Schwere der Sache bewirkt sein kann (vgl. Staudinger, BGB, 2014, § 634a Rn. 20). Die Firma van A... war von den Klägern mit der "Erneuerung der Terrassenanlage" an dem Wohnhaus auf ihrem Grundstück beauftragt. Welche Arbeiten dies genau beinhaltet, wurde in erster Instanz nicht mitgeteilt. Es ergibt sich jedoch aus der im selbständigen Beweisverfahren vorgelegten Rechnung der Firma van A... (vom 19.06.2007), dass der Plattenbelag der Terrasse neu hergestellt wurde und dabei der Altbelag abgestemmt und entfernt und neue Platten verlegt wurden sowie die Treppenstufen von der Terrasse zum Garten als Blockstufen neu hergestellt wurden. Ferner ergibt sich aus dem Gutachten, dass (nach Angabe des Werkunternehmers) die Plattenverlegung im Mörtelbett auf einer schon vorher vorhandenen Betonplatte erfolgte, die auf dem Erdreich aufliegt. Dahin geht im Wesentlichen auch der unbestrittene Vortrag des Beklagten im Berufungsverfahren. Die definitionsgemäße Verbindung mit dem Erdboden wird vorliegend durch die feste Verlegung auf der Bodenplatte hergestellt, die ihrerseits nach Gewicht, Ausmaß und Zweck nicht zur Entfernung vom Erdboden geeignet ist. Das Vorliegen eines Bauwerks ist vom BGH insbesondere bejaht worden für die Herstellung einer Pflasterung (vgl. BGH NJW-RR 1993, 592 - Betonformsteine auf Kiestragschicht sowie BGH NJW-RR 1992, 849 - Betonformsteine auf Schotterbett). Es sei nicht ausschlaggebend, dass die Pflastersteine ohne besondere Beeinträchtigung wieder lösbar seien. Entscheidend sei dagegen neben der Bestimmung zur dauernden Nutzung die für Bauwerke typische Risikolage, welche der Risikoordnung durch die längere Verjährungsfrist für Bauwerke zugrunde liege. Qualität und Nutzbarkeit des Belages hingen entscheidend auch von der Qualität des Unterbaues ab. Dieser sei verdeckt und berge dementsprechend die für Baumängel typischen Risiken (BGH, jeweils aaO). Dies trifft auch auf den vorliegenden Terrassenbelag uneingeschränkt zu.

Sofern das Landgericht allein darauf abgestellt hat, die Erneuerungsarbeiten seien nicht einer Neuerrichtung gleichzustellen, weshalb die lange Verjährung für Bauwerke nicht anzuwenden sei, kann dem nicht gefolgt werden. Im Ansatz zutreffend ist die Unterscheidung, ob die Werkleistung in der erstmaligen Errichtung des Bauwerks besteht oder ob an einem Bestands-Bauwerk bloße Reparatur- oder Instandsetzungsarbeiten ausgeführt werden. Im letzteren Fall bedarf es näherer Betrachtung, ob es sich um in der Regel nicht unter die lange Verjährung fallende, bloße Ausbesserungen handelt, die eine einfache Werkleistung darstellen (vgl. MüKo BGB, 634a n. 22 m.w.N.), oder ob sie für den Bestand des Bauwerks von wesentlicher Bedeutung sind oder aus anderen Gründen einer Neuherstellung gleichzusetzen sind (vgl. im Einzelnen Staudinger, BGB, 2014, § 634a Rn. 21 m.w.N.). Vorliegend ist jedoch mit den obigen Ausführungen bereits der Terrassenbelag an sich als eigenständiges Bauwerk zu betrachten und nicht etwa erst in Kombination mit der Bodenplatte oder gar dem Wohngebäude. In Bezug auf das so verstandene Bauwerk liegt unzweifelhaft eine Neuherstellung vor.

bb) Dies gilt sowohl für mangelbedingte Schadensersatzansprüche als auch für Mangelfolgeschäden (vgl. Dauner-Lieb/Langen, BGB-SchuldR, 3. Aufl. 2016, Anhang zu §§ 611-630 Rn. 34; a.A. für entfernte Mangelfolgeschäden: MüKo BGB, 7. Aufl. 2018, § 634a Rn. 9). Als Mangelfolgeschaden stellt sich vorliegend nur die Position von 500,00 Euro dar, die auf den Restanspruch infolge Selbstbehalts für die Feuchtigkeitsschäden am Haus entfällt.

cc) Die Frist beginnt gemäß § 634a Abs. 2 BGB grundsätzlich mit der Abnahme des Werks. Diese haben die darlegungspflichtigen Kläger trotz gerichtlichem Hinweis vom 11.12.2015 (Bl. 33 d.A.) nicht schlüssig vorgetragen. Sie haben hierauf vorgebracht, sie hätten dem Beklagten (ihrem Anwalt) durch Schreiben vom 31.10.2010 mitgeteilt, dass die Reparaturen nunmehr ausgeführt seien; die Abnahme sei somit spätestens zu diesem Zeitpunkt erfolgt, zumal auch keine weiteren Fehler feststellbar gewesen seien. Die Abnahme ist jedoch eine empfangsbedürftige Erklärung, die der Besteller gegenüber dem Unternehmer ausdrücklich oder zumindest konkludent durch nach außen hervortretendes und auch für den Unternehmer wahrnehmbares Verhalten vorzunehmen hat. Eine konkludente Abnahme setzt unmissverständliche Verhaltensweisen in Bezug auf die Anerkennung und Billigung der Bauleistung voraus, die dem Auftragnehmer zum Ausdruck gebracht, erkennbar vermittelt worden oder in anderer Weise zur Kenntnis gelangt sind (Werner / Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 1823). Was die Kläger ihrem eigenen Anwalt gegenüber erklärt haben, ist daher ohne Belang.

In der Ausführung der Mängelbeseitigung im Wege der Selbstvornahme liegt ebenfalls keine konkludente Abnahme im Sinne einer Hinnahme des Werkes als im Wesentlichen mängelfrei. Zwar ist das Werk auch dann erfüllt und abnahmereif, wenn die Mängelfreiheit erst im Wege der Selbstvornahme durch den Besteller selbst herbeigeführt wird (vgl. BGH Urteil v. 08.07.2010, Az.: VII ZR 171/08, Jurion, Rn. 25). Die bloße Abnahmereife allein genügt jedoch nicht für die Annahme einer Abnahme. Auch ist in der Durchführung der Ersatzvornahme an sich noch keine konkludente Abnahme zu sehen (vgl. BGH NJW 1994, 942; Werner / Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 1827).

dd) Ausgehend vom Fehlen einer Abnahme können Gewährleistungsansprüche im Ausnahmefall auch ohne bzw. vor Abnahme geltend gemacht werden, unter anderem bei Entstehen eines Abrechnungsverhältnisses, wenn der Besteller keine Erfüllung bzw. Nacherfüllung mehr beanspruchen kann und nur noch Schadensersatzansprüche geltend macht (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 235/15, BeckRS 2017, 103136 m.w.N.; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 2847). Umstritten ist indessen, ob auch für solche Gewährleistungsansprüche vor / ohne Abnahme die 5-jährige Gewährleistungsfrist gilt und wann der Verjährungslauf beginnt. Hinsichtlich des Verjährungsbeginns besteht wohl Einigkeit, dass bei einer berechtigten, endgültigen Abnahmeverweigerung wegen des Bestehens von Mängeln, der Lauf der Verjährungsfrist nicht von der Erklärung der Abnahme

abhängig sein soll (vgl. Kniffka/Kobele, Kompendium des BauR, 4. Aufl. 2014, 4. Teil Rn. 25: sofortiger Verjährungsbeginn; Werner/Pastor, der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 2847: Anwendung von §§ 195, 199 BGB und Verjährungsbeginn mit Kenntnis des Anspruchs; ebenso: MüKo BGB, 7. Aufl. 2018, § 634a Rn. 48). Es wird jedoch vertreten, dass in diesen Fällen nicht die 5-jährige Frist gelten soll, sondern die Regelverjährungsfrist von 3 Jahren, beginnend mit Schluss des Jahres, in dem Kenntnis vom Mangel vorliegt, §§ 195, 199 (vgl. MüKo aaO; Werner/Pastor aaO; ebenso: OLG Hamm, Urt. v. 21.02.2008, Az.: 21 U 3/07, jurion, Rn. 47, jedoch letztlich offen lassend und unter Bezugnahme auf die mittlerweile geänderte BGH-Rechtsprechung; A.A.: faktisch für 5-jährige Frist durch Konstruktion einer 5-jährigen Hemmung nach dem Rechtsgedanken des § 634a BGB: OLG Stuttgart, Urteil v. 30.03.2010, Az.: 10 U 87/09, jurion, insbes. Rn. 104, 123) Der BGH hat zum alten Recht vor Schuldrechtsmodernisierung in Abkehr von seiner früheren Linie entschieden, dass auch Mängelansprüche vor Abnahme infolge des Entstehens eines Abrechnungsverhältnisses nicht dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht zuzuordnen sind und deshalb in der gewährleistungsspezifischen 5-jährigen Verjährungsfrist des § 638 BGB a.F. verjähren und die Verjährung mit der Verweigerung der Abnahme beginnt (vgl. BGH Urteil v. 08.07.2010, Az.: VII ZR 171/08, jurion; bestätigend: BGH NZBau 2011, 310 Rn. 16 f.). Für das neue Recht hat er die Fortgeltung dieser Grundsätze ausdrücklich offengelassen; dies hänge unter anderem davon ab, ob dem Besteller auch nach neuem Schuldrecht schon vor der Abnahme Mängelansprüche nach § 634 BGB n.F. zustehen. Dazu habe sich der Senat bisher nicht geäußert (vgl. BGH Urteil v. 08.07.2010, Az.: VII ZR 171/08, jurion, Rn. 28). Nunmehr hat der BGH die Frage der Mängelansprüche vor der Abnahme auch unter Geltung des neuen Rechts jedoch bejaht (vgl. BGH, Urteil vom 19.01.2017 - VII ZR 235/15, BeckRS 2017, 103136). Konsequenterweise ist damit auch die für das Gewährleistungsrecht geltende, spezifische Verjährungsregelung des § 634a BGB anzuwenden und im vorliegenden Fall die 5-jährige Frist einschlägig.

ee) Auch zum Verjährungsbeginn für diesen Fall tragen die Kläger indessen keine tatsächlichen Anhaltspunkte vor. Die Verjährung kann frühestens zu dem Zeitpunkt beginnen, zu dem die Kläger auch ohne Abnahme, etwa infolge des Bestehens eines Abrechnungsverhältnisses, berechtigt waren, Gewährleistungsansprüche vor Abnahme geltend zu machen. Vorliegend haben die Kläger mit Schreiben vom 17.08.2008 "Kostenerstattungsansprüche" gegenüber der Frau van A... geltend gemacht, wobei sich aus den übrigen Umständen ergibt, dass es sich hierbei um einen Vorschussanspruch zur Mängelbeseitigung entsprechend der gutachterlichen Aufwandsschätzung im selbständigen Beweisverfahren handelte, nachdem der Beklagte sie beraten hatte, sie könnten die Maßnahmen jetzt vornehmen lassen. Die Vorschussanforderung allein genügt für die Annahme eines Abrechnungsverhältnisses indessen noch nicht (vgl. Werner/Pastor, Der Bauprozess, 16. Aufl. 2018, Rn. 2847). Weitere Umstände, die allein oder in der Zusammenschau auf das Bestehen eines Abrechnungsverhältnisses schließen lassen könnten, sind nicht vorgebracht. Selbst wenn man unterstellt, dass bereits bei Zugang des Schreibens vom 17.08.2008 bei üblicher Postlaufzeit am 20.08.2008 ein Abrechnungsverhältnis vorlag, wäre Verjährung unter Geltung der 5-Jahres-Frist mit Ablauf des 20.08.2013 eingetreten.

ff) Durch Betreiben des selbständigen Beweisverfahrens gem. § 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB wurde die Verjährung zeitweise gehemmt. Der Antrag wurde am 10.03.2008 zugestellt, und das Verfahren endete mit Ablauf der 3-wöchigen Stellungnahmefrist zum Gutachten nach der letzten Zustellung am 22.08.2008, mithin am 12.09.2008. Die Hemmung dauerte gemäß § 204 Abs. 2 S. 1 BGB weitere 6 Monate fort, bis zum 12.03.2009. Ist ein Verfahren bereits vor Verjährungsbeginn anhängig gemacht worden, tritt zum Zeitpunkt des Verjährungsbeginns sofort Hemmung ein, so dass die Verjährungsfrist nicht läuft (vgl. MüKo BGB, 8. Aufl. 2018, § 204 Rn. 29). Dies gilt auch, wenn bei Beginn der Verjährung zwar der eigentliche Hemmungstatbestand (hier die Anhängigkeit eines Beweisverfahrens) bereits abgeschlossen ist, jedoch die Hemmungswirkung gemäß § 204 Abs. 2 BGB noch andauert (vgl. Staudinger, 2014, § 204 Rn. 38).

Die 5-jährige Verjährung wäre demnach vom (hypothetisch angenommenen) Verjährungsbeginn am 20.08.2008 bis zum Ende der Hemmung am 12.03.2009, also für 6 Monate und 23 Tage gehemmt gewesen und verlängert das Verjährungsende dadurch bis zum 12.03.2014 (vormals 20.08.2013). Bei Mandatsbeendigung spätestens am 24.06.2013 hätte damit noch ausreichend Zeit zur Einleitung verjährungshemmender oder -unterbrechender Maßnahmen bestanden.

Sofern die Verjährung früher begonnen hätte, wäre ein entsprechend längerer Hemmungszeitraum zu berücksichtigen, da die Dauer des selbständigen Beweisverfahrens dann zu einem größeren Anteil in die schon laufende Verjährungsfrist gefallen wäre. Ein beliebig früherer Verjährungsbeginn kam nicht in Betracht, da ausweislich des Antragsschreibens der Kläger im selbständigen Beweisverfahren noch im Juli und August 2007 Mängelrügen und Nachbesserungen stattfanden und die Kläger der Auftragnehmerin zuletzt am 25.09.2007 mitteilten, dass die Arbeiten nicht abgeschlossen seien. Zu diesem Zeitpunkt konnten demnach Schadensersatzansprüche noch nicht bestehen.

Konkrete Anhaltspunkte zur Bestimmung des Verjährungsbeginns sind ungeachtet dessen jedenfalls nicht vorgetragen. Ein solcher Vortrag ist auch im Hinblick auf den neuerlichen Hinweis in der mündlichen Verhandlung vom 11.04.2019 vor dem Senat nicht erfolgt.

c) Zwar können nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch nachvertragliche Pflichten des Beklagten dahingehend bestehen, den ehemaligen Mandanten vor solchen Schäden zu bewahren, die ihm infolge der Beendigung des Mandats für den Rechtskundigen erkennbar und vermeidbar drohen; dies gilt jedenfalls dann, wenn sich der Mandant der Gefahren nicht bewusst ist und der Rechtsanwalt diese erkennbar mitverursacht hat, wie auch im Falle einer risikoerhöhenden Untätigkeit im Rahmen der Verjährungsunterbrechung (vgl. BGH, Urteil v. 28.11.1996 - IX ZR 39/96 = NJW 1997, 1302).

Eine vergleichbare Interessenlage war jedoch vorliegend nicht gegeben. Die Kläger waren, für den Beklagten ersichtlich, zum Zeitpunkt der Mandatsbeendigung durch ihren jetzigen Prozessbevollmächtigten bereits anderweitig anwaltlich vertreten. Dieser rechtskundige Vertreter befasste sich gerade auch mit der Frage des Verjährungseintritts im Zusammenhang mit dem geltend gemachten Regressanspruch. Die Grenzen von Treu und Glauben würden gesprengt, wenn man vom in Anspruch genommenen Beklagten verlangen wollte, die Kläger entgegen ihrer jetzigen Beratung darauf hinzuweisen, dass Verjährung nach seiner Auffassung noch gar nicht eingetreten sei. Selbst wenn er insoweit eine Verzögerung zu verantworten haben sollte, lag die Beurteilung und Beratung im Hinblick auf diese Rechtsfrage nunmehr für ihn erkennbar im Aufgabenbereich des neuen Bevollmächtigten.

2.) Jedenfalls aber fehlt es mit den zutreffenden Ausführungen der Berufungsbegründung am Vortrag eines kausalen Schadens. Der diesbezüglichen Auffassung des Landgerichts zur Darlegungs- und Beweislast kann nicht gefolgt werden.

Ein Mandant, der infolge eines pflichtwidrigen Verhaltens seines Rechtsanwalts eine Forderung verliert, erleidet einen Schaden im Rechtssinne nur, wenn er bei sachgerechtem Vorgehen des Rechtsanwalts Leistungen erhalten hätte. Trifft dies nicht zu, ist die verlorene Forderung wertlos. In einem solchen Fall kommt die Verurteilung des Rechtsanwalts auf Zahlung von Schadensersatz nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 01. März 2007 - IX ZR 261/03 -, BGHZ 171, 261-275). Das Landgericht ist unter diesem Gesichtspunkt unzutreffend von der vollen Darlegungslast des Beklagten für die fehlenden Erfolgsaussichten einer Vollstreckung ausgegangen. Der in Regress genommene Beklagte muss nicht in allen Einzelheiten den Nachweis führen, dass der Anspruchsgegner zahlungsunfähig gewesen wäre; vielmehr ist seine Verteidigung schon dann erheblich, wenn er Umstände dargelegt hat, die Zweifel an der Zahlungsfähigkeit begründen können; zu Nachforschungen ist er nicht verpflichtet (BGH NJW 1986, 246; BGH, Urteil vom 01. März 2007 - IX ZR 261/03 -, BGHZ

171, 261-275). Dem ist der Beklagte vorliegend nachgekommen. Er hat diverse Umstände vorgebracht, die konkrete Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Frau van A... weckten, nämlich dass (insoweit unbestritten) Frau van A... einen Ratenzahlungsvorschlag unterbreitet hatte, der Bevollmächtigte der Frau van A..., Rechtsanwalt Z..., mitgeteilt hatte, diese sei mittellos und strebe ein Insolvenzverfahren an, sowie dass er - der Beklagte - die Information erhalten hatte, Frau van A... werde von einer Insolvenzberatungsstelle beraten und habe neben der Forderung der Mandanten Schulden von 22.000,00 Euro. Die Kläger selbst haben zudem selbst vorgerichtlich mitgeteilt (mit Email vom 27.10.2008, vorgelegt als Anlage zum Schriftsatz vom 25.01.2016, Bl. 38 d.A.), sie hätten erfahren dass das Unternehmen M. van A... nicht mehr existieren solle. Es lagen mithin ausreichende Anhaltspunkte vor, die Zweifel an der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin begründeten. Darauf, ob ein Insolvenzverfahren beantragt und durchgeführt wurde, kommt es nicht an.

Für die Darlegung eines dennoch entstandenen Schadens genügt es auch nicht, dass sich die Vollstreckungsaussichten möglicherweise zukünftig hätten bessern können. Zwar erscheint es durchaus nicht fernliegend, dass sich die Vermögenssituation der Schuldnerin im Zeitraum der 30-jährigen Verjährungsfrist nach Erwirken eines Titels irgendwann einmal verbessert hätte. Hierbei handelt es sich jedoch um eine völlig ungewisse Zukunftsaussicht, die einen sicher feststellbaren Schaden zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu begründen vermag.

3.) Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, diejenige zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO. Aus den Gründen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen.