

Entscheidung im Volltext

Bauvertrag

Nur eine WhatsApp-Nachricht zu schreiben, genügt im VOB/B-Vertrag nicht!

Fundstelle: IBR 2024, 67

OLG Frankfurt

Urteil

vom 21.12.2023

15 U 211/21

BGB § 127 Abs. 2; VOB/B § 13 Abs. 5 Nr. 1

Die Schriftform der Mängelrüge ist zwingende Voraussetzung für den Eintritt der Verjährungsverlängerung nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Bei einer WhatsApp-Nachricht fehlt es an der erforderlichen Schriftlichkeit i.S.v. § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B.

OLG Frankfurt, Urteil vom 21.12.2023 - 15 U 211/21

vorhergehend:

LG Marburg, 14.06.2021 - 2 O 15 1/20

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 15. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht W., den Richter am Oberlandesgericht Dr. A. und den Richter am Oberlandesgericht Dr. S. aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 23. November 2023

für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Marburg vom 14. Juni 2021 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Anschlussberufung der Klägerin wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin zu tragen, mit Ausnahme der Kosten des Streithelfers auf Seiten der Klägerin, der diese selbst zu tragen hat.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 10 Prozent des auf Grund des Urteils insgesamt vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 10 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

Der Wert des Streitgegenstandes für das Berufungsverfahren wird auf 108.567,82 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

I. Die Klägerin ist Anbieterin von #### in ####. Auf ihrem dortigen Betriebsgelände ließ sie im Jahre 2012 ein neues Gebäude errichten, wobei ausweislich der am 17. Juli 2012 erteilten Baugenehmigung das Obergeschoss für Büroräume der Abteilung Verkauf und Disposition genutzt werden sollte. Die Dacheindeckung vergab die Rechtsvorgängerin der Klägerin an den Beklagten, wobei die Anwendung der VOB/B vereinbart wurde. Eine förmliche Abnahme der vom Beklagten ausgeführten Arbeiten erfolgte nicht. Im Anschluss an diese Arbeiten brachte die #### GmbH sodann durch Versetzen von einem anderen Gebäude auf dem Dach eine Photovoltaikanlage an.

Mit Schlussrechnung vom 2. November 2012 machte der Beklagte unter Berücksichtigung bereits geleisteter Anzahlungen in Höhe von 30.940,- Euro einen verbleibenden Betrag in Höhe von 7.200,45 Euro gegenüber der Klägerin geltend. Diese Schlussrechnung bezog sich auf das Angebot 120122. Die Klägerin beglich diesen Betrag nach Rechnungsprüfung am 7. November 2012 mit Zahlung vom 8. November 2012 vollständig.

Bereits im Jahr 2014 kam es nach dem Einzug der Verkaufsabteilung der Klägerin unmittelbar nach dem Innenausbau zu Feuchtigkeitsproblemen im Bereich des Daches.

Am 28. Juni 2016 bat der Geschäftsführer der Klägerin den Beklagten per WhatsApp darum, dass er sich das Dach im Bürogebäude nochmals anschauen, weil dieses immer noch lecken würde, was der Beklagte per WhatsApp noch am selben Tage zusagte.

Im März 2017 ließ die Klägerin die Photovoltaikanlage auf dem Dach durch die #### GmbH versetzen. Im Rahmen dieser Arbeiten brachte der Beklagte im Überdeckungs-/Stoßbereich zwischen den Sandwichelementen Flüssigkunststoff zur Abdichtung an, ohne dass dadurch die Feuchtigkeitsproblematik beseitigt wurde. Am 6. November 2017 stellte der Beklagte der Klägerin für die Abdichtung des Daches mit Flüssigkunststoff einen Betrag in Höhe von 1.145,49 Euro brutto in Rechnung. Die Klägerin beglich diese Rechnung nicht.

Sodann war der Beklagte im Februar und Mai 2018 im Zusammenhang mit Starkregenereignissen vor Ort, zudem in den vorhergehenden Jahren seit Herstellung der Dacheindeckung in weiteren vier bis fünf Fällen, wobei die genauen Daten nicht bekannt sind.

Im Rahmen eines von der Klägerin beauftragten Privatgutachtens stellte der Privatgutachter nach einem Ortstermin am 12. April 2019 in seinem Gutachten vom 11. Juni 2019 verschiedene Mängel des Daches fest.

Mit Schreiben vom 3. September 2019 teilte die Herstellerin der für das Dach verwendeten Sandwichplatten, die Firma #### KG mit, dass man eine grundsätzliche Ausführbarkeit des Daches mit Querstößen sehe, worauf der Beklagte gegenüber der Klägerin erklärte, dass er für die im Privatgutachten festgestellten Mängel nicht verantwortlich sei.

Die Klägerin leitete mit einem beim Landgericht Marburg am 14. November 2019 eingegangenen und dem Beklagten am 26. November 2019 zugestellten Schriftsatz unter dem Az. 2 OH 28/19 gegen den Beklagten ein selbständiges Beweisverfahren ein. Der gerichtlich bestellte Sachverständige erstattete am 4. Mai 2020 ein schriftliches Sachverständigen Gutachten und am 18.

August 2020 ein schriftliches Ergänzungsgutachten, wobei er die Kosten der Mangelbeseitigung auf 80.600,- Euro netto (95.914,- Euro brutto) schätzte.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 18. Mai 2020 forderte die Klägerin den Beklagten erfolglos unter Fristsetzung bis zum 2. Juni 2020 zur Zahlung eines Kostenvorschusses in Höhe von 95.914,- Euro auf.

Das selbständige Beweissicherungsverfahren endete durch Erhebung der Klage im vorliegenden Rechtsstreit, die am 30. September 2020 beim Landgericht einging und dem Prozessbevollmächtigten des Beklagten am 14. Oktober 2020 zugestellt wurde, mit der sie den Beklagten auf Zahlung des vom Sachverständigen #### ermittelten Kostenvorschuss zur Mängelbeseitigung in Anspruch genommen hat.

Der Kläger hat behauptet, die Dacheindeckung des Beklagten sei handwerklich mangelhaft. Unmittelbar nach Einzug der Verkaufsabteilung Ende September 2014 in die Räume seien immer wieder Undichtigkeiten im Bereich des Stoßes bzw. im Bereich der Dachdurchbrüche aufgetreten. Diese Undichtigkeiten seien jeweils sofort gegenüber dem Beklagten angezeigt und gerügt worden. Der Beklagte sei diesen Rügen in den Jahren 2014 bis 2015 wiederholt nachgekommen und habe versucht, vor Ort durch Nachbesserungsarbeiten die Undichtigkeiten zu beseitigen. Im März 2017 seien erneut Undichtigkeiten des Daches gegenüber dem Beklagten gerügt worden, der wiederum erfolglos versucht habe, diese zu beseitigen. Die Durchführung der Abdichtungsarbeiten mit Flüssigkunststoff im Überdeckungsbereich/Stoßbereich zwischen den Sandwichelementen habe der Beklagte im Rahmen der Nachbesserung vorgenommen, ein separater Auftrag sei diesem nicht erteilt worden. Im Herbst 2018 sei es zum nächsten größeren Schaden gekommen. Der Beklagte sei auch insoweit mit einer weiteren Nachbesserung gescheitert.

Die Klägerin hat beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 80.600,- Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 3. Juni 2020 sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 1.863,40 Euro zu zahlen,
2. festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Schäden zu ersetzen, die ihr aufgrund der mangelhaften Neueindeckung des Gebäudes #### C auf ihrem Grundstück #### über den in Ziffer 1. genannten Betrag hinaus entstehen werden.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat behauptet, dass nach Fertigstellung eine Nutzungsänderung von einer Lagerhalle zu einem Bürogebäude stattgefunden habe, was die Ursache der Feuchtigkeitsprobleme sei, da keine Dampfsperre angeschlossen worden sei. Ferner sei durch die Firma #### GmbH eine Photovoltaikanlage fehlerhaft angebracht worden, was das Dach beschädigt habe. Bis März 2017 habe er, der Beklagte, keinerlei Maßnahmen im Hinblick auf sein Gewerk bei der Beklagten vorgenommen. Soweit er bei der Klägerin vor März 2017 hinsichtlich des Feuchtigkeitseintritts tätig gewesen sei, habe es sich lediglich um Freundschaftsdienste und nicht um Nachbesserungsarbeiten gehandelt.

Im Übrigen hat er die Einrede der Verjährung erhoben und hierzu die Auffassung vertreten, etwaige Mängelansprüche der Klägerin seien mit Ablauf des 8. November 2016 verjährt.

Im Übrigen wird Bezug genommen auf die tatsächlichen Feststellungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil vom 14. Juni 2021.

Durch dieses Urteil hat das Landgericht Marburg nach ergänzender Anhörung des Sachverständigen ### der Klage im Umfang von 80.600,- Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3. Juni 2020 sowie im Hinblick auf vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.863,40 Euro nebst dem Feststellungsbegehren stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, der Klägerin stehe gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zahlung in Höhe von 80.600,- Euro, weil der Beklagte die ihm in Auftrag gegebenen Werkleistungen mangelhaft erbracht habe. Nach den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen entsprächen die Ausführungen der Dachdeckerarbeiten nämlich nicht den Fachregeln des Deutschen Dachhandwerks bzw. den Bedingungen der IFBS. Sie seien nicht fachgerecht. Zur Beseitigung aller Mängel und Unregelmäßigkeiten sei die gesamte Dacheindeckung einschließlich aller Zubehörteile zu erneuern. Hieraus folge, dass die durch die Beklagte verursachten Mängel bereits für sich genommen das Erfordernis einer Neueindeckung erzeugten, und zwar unabhängig von etwaigen anderen Feuchtigkeitsursachen. Der Klägerin stehe ein Vorschussanspruch in Höhe von insgesamt 80.600,- Euro netto für die komplette Neueindeckung des Gebäudes zu. Denn die diesbezüglichen Ausführungen des Sachverständigen böten ausreichend greifende Anhaltspunkte für eine Schätzung nach § 287 ZPO.

Der Beklagte sei auch nicht berechtigt, die Leistung wegen Eintritts der Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB zu verweigern, weil die von ihm erhobene Einrede der Verjährung nicht durchgreife. Die 4-jährige Verjährungsfrist habe vorliegend gemäß § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B mit der Abnahme der gesamten Leistung begonnen. Dies sei vorliegend in der Zahlung der Schlussrechnung am 8. November 2012 zu sehen, so dass die Verjährungsfrist grundsätzlich am 8. November 2016 geendet habe. Die Verjährung sei gemäß § 203 S. 1 BGB durch Verhandlungen der Parteien über den Anspruch gehemmt worden. Die Hemmung sei spätestens durch die WhatsApp-Nachricht vom 28. Juni 2016 eingetreten. Diese stelle auch eine ordnungsgemäße Mängelrüge im Sinne von § 13 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B dar. Überdies bedürfe es im Hinblick auf § 203 BGB keiner schriftlichen Mängelrüge. Unerheblich sei der weitere Einwand des Beklagten, es habe keinerlei Arbeiten am Dach selbst gegeben. Die Aufnahme von Nachbesserungsarbeiten sei nicht Voraussetzung für eine Hemmung. Überdies sei im März 2017 eine Abdichtung mit Flüssigkunststoff vorgenommen worden. Eine Verjährung werde auch dann gehemmt, wenn der Auftragnehmer ausdrücklich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht aus Gefälligkeit handle. Dies sei vorliegend jedenfalls infolge von Freundschaftsdiensten geschehen. Eine Hemmung habe jedenfalls bis zum 3. September 2019 vorgelegen. Denn eine Hemmung dauere fort, bis die Fortsetzung der Verhandlung durch einen Teil verweigert werde. Eine derartige Verweigerung des Beklagten sei erst anknüpfend an das Gutachten sowie die Stellungnahme des Herstellers vom 3. September 2019 erfolgt. Das Stellen einer Rechnung unter dem 6. November 2017 für die Abdichtung mit Flüssigkunststoff beinhalte keine Verweigerung weiterer Verhandlungen. Unter Berücksichtigung von § 203 S. 2 BGB und des Eingangs des Antrags auf Einholung des selbständigen Beweisverfahrens am 14. November 2019 liege somit keine Verjährung vor.

Mit der gegen dieses Urteil eingelegten Berufung begehrt der Beklagte unter Abänderung der angefochtenen Entscheidung

eine vollständige Klageabweisung.

Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, bereits bei der Beauftragung des Privatgutachters und des Anstrebens des selbständigen Beweissicherungsverfahrens sei Verjährung eingetreten gewesen. Er habe der Klägerin von der ersten Mitteilung über Feuchtigkeitsprobleme an unmissverständlich mitgeteilt, dass er seine Arbeiten zur Herstellung des Daches sach- und fachgerecht ausgeführt habe und eine Mängelgewährleistung von Beginn an abgelehnt. Zutreffend sei das Landgericht zwar davon ausgegangen, dass die maßgebliche Verjährungsfrist vier Jahre betrage und die Abnahme der gesamten Leistung vorliegend in der Zahlung der Schlussrechnung vom 8. November 2012 zu sehen sei. Eine Hemmung nach § **203** S. 1 BGB sei insbesondere nicht in der WhatsApp-Nachricht vom 28. Juni 2016 zu erblicken. Jedenfalls genüge die WhatsApp-Nachricht nicht den erhöhten Anforderungen des § **13** Abs. 5 Nr. 1 VOB/B. In der WhatsApp-Nachricht des Geschäftsführers der Klägerin sei zudem nicht bezeichnet, worin der Mangel liege. Selbst bei Annahme einer wirksamen Mängelrüge wäre die Verjährung spätestens am 10. November 2016 eingetreten, weil er nach der WhatsApp-Nachricht bereits am 29. Juni 2016 wie gewünscht zur Halle der Klägerin gefahren sei, das Dach überprüft jedoch keine Mangelbeseitigungsarbeiten vorgenommen und seine Verantwortlichkeit klar abgelehnt habe. Auch nach der weiteren anzuwendenden Vorschrift des § **13** Abs. 5 S. 2 VOB/B wäre Verjährung am 28. Juni 2018 eingetreten, womit das erst mit Schriftsatz vom 14. November 2019 angestrebte selbständige Beweisverfahren daher nicht mehr zu einer Hemmung der Verjährung haben können. Eine Hemmung bis zum 3. September 2019 habe nicht vorgelegen, weil er bereits zu einem Zeitpunkt, bevor die Klägerin die Maßnahmen in Form der Beauftragung des Privatgutachters in Angriff genommen sowie der Hersteller mitgeteilt habe, dass eine Verlegung mit Querverstoß möglich sei, seine Verantwortung bereits endgültig abgelehnt habe. In der Ausführung der Abdichtung mit Flüssigkunststoff sei ebenfalls eine Verweigerung weiterer Verhandlungen zu sehen, da eine Rechnung gestellt worden sei.

Schließlich seien die Beweiserhebung und die Beweiswürdigung des Landgerichts fehlerhaft. Die Ausführungen des Sachverständigen überzeugten nicht, ihm fehlten zudem die erforderlichen Sachkenntnisse. Zu Unrecht habe das Landgericht von einer Parteivernehmung des Beklagten von Amts wegen im Hinblick auf die vereinbarungsgemäß verwendeten 19 m langen Sandwichprofile gemäß § **448** ZPO abgesehen. Die Ausführungen des Landgerichts im Hinblick auf eine nachträgliche Abdichtung mit Flüssigfolie seien rechtsfehlerhaft, weil es sich bereits nicht um Nachbesserungsarbeiten handele. Es habe auch keine fehlerhafte Änderung der Verlegerichtung stattgefunden. Die Ausführungen des Landgerichts unter Verweis auf den Sachverständigen seien insoweit zurückzuweisen. Unzutreffend habe das Landgericht auch auf die vorgelegte Baugenehmigung des Landkreises Marburg-Biedenkopf abgestellt, obwohl er bestritten habe, dass ihm diese zum Zeitpunkt der Ausführung der Arbeiten und bei Auftragserteilung vorgelegen hätten, er mithin keinerlei Kenntnis davon gehabt habe, dass im Obergeschoss Büroräume für die Abteilung Verkauf und Disposition geplant gewesen seien. Es sei stets nur von der Errichtung einer Lagerhalle gesprochen worden. Der diesbezüglich angebotene Zeugenbeweis sei durch das Landgericht nicht erhoben worden.

Die Feststellung des Landgerichts, die angeblich beklagenseits verursachten Mängel erzeugten für sich genommen das Erfordernis einer Neueindeckung, beruhe auf einer rechtsfehlerhaften Beurteilung des Sachverständigengutachtens. Einen Vorschussanspruch in Höhe von 80.600,- Euro netto habe das Landgericht ohne greifbare Anhaltspunkte nach § **287** ZPO geschätzt. Weder aus dem schriftlich erstatteten Gutachten noch aus den mündlichen Erläuterungen sei ersichtlich, auf welcher Grundlage der Sachverständige zu seiner Schadensschätzung gelangt sei.

Die Klägerin und der Streithelfer beantragen,

die Berufung zurückzuweisen, und verteidigen das angefochtene Urteil.

Im Laufe des vorliegenden Berufungsverfahrens ließ die Klägerin im Zeitraum Dezember 2021 bis April 2022 Arbeiten zur Sanierung des Daches mit einem Kostenaufwand in Höhe von netto 108.567,82 Euro ausführen, der sich im Einzelnen wie folgt zusammensetzt:

1) Rechnung der Firma ### vom 19. Dezember 2021 über Dachdeckerarbeiten (Bl. 523 ff. Bd. II d.A.) netto 84.808,39 Euro

2) Rechnung der Firma ### vom 2. September 2022 über Gerüststandzeiten (Bl. 528 Bd. II d.A.) netto 4.035,26 Euro

3) Rechnung der Firma ### vom 7. April 2022 über Ab- und Aufbau der Photovoltaikanlage (Bl. 528R Bd. II d.A.) netto 19.079,65 Euro

4) Rechnung der Firma ### vom 20. September 2022 über Kranbeistellung (Bl. 529 Bd. II d.A.) netto 644, 52 Euro

Gesamt: netto 108.567,82 Euro.

Mit Schriftsatz vom 20. März 2023, dem Beklagten am 21. März 2023 zugestellt, begehrt die Klägerin nunmehr die Erstattung der Kosten zur Mängelbeseitigung und hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 6. April 2023 Anschlussberufung eingelegt.

Sie beantragt nunmehr,

den Beklagten zu verurteilen, an sie 108.567,82 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 80.600,- Euro seit dem 3. Juni 2020 sowie aus weiteren 27.967,82 Euro seit Rechtshängigkeit sowie vorgerichtliche Kosten in Höhe von 1.863,40 Euro zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen und die Anschlussberufung zurückzuweisen.

Der Beklagte ist dem Vorbringen der Klägerin entgegengetreten.

Die Akte des Landgerichts Marburg - 2 OH 28/19 - war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands im Berufungsverfahren wird auf den vorgetragenen Inhalt der zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften vom 6. April 2023 sowie vom 23. November 2023 Bezug genommen.

II.

Die fristgerecht nach Zustellung des landgerichtlichen Urteils (1. Juli 2021) am 12. Juli 2021 eingelegte und nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 30. September 2021 am 29. September 2021 begründete Berufung des Beklagten ist zulässig (§§ **511, 513, 517, 519, 520**

ZPO); ebenso zulässig ist die Anschlussberufung der Klägerin (§ 524 ZPO).

Die Berufung hat in der Sache Erfolg, die Anschlussberufung hat keinen Erfolg.

Der Übergang der Klägerin im zweiten Rechtszug vom Vorschussanspruch auf den Anspruch auf Erstattung der tatsächlichen Kosten ist eine zulässige Anpassung der Klage an die geänderten Abrechnungsverhältnisse, die nach § 264 Nr. 3 ZPO zu beurteilen ist (BGH, Beschluss vom 26. November 2009 - VII ZR 133/08 -; BGH, Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 73/04 -). Damit kann auch in der Berufungsinstanz noch vom Vorschussanspruch auf den Aufwendungsersatzanspruch gewechselt werden, ohne dass die Voraussetzungen des § 533 ZPO erfüllt sein müssen. Neuer Vortrag zur Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs ist nach § 531 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 ZPO zuzulassen, soweit er durch die Umstellung der Klage vom Vorschuss auf Aufwendungsersatz bedingt ist. Im Rahmen des erstinstanzlich verfolgten Vorschussantrags gab es für die Klägerin noch keine Veranlassung, zur Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs vorzutragen (vgl. hierzu allg.: BeckOGK/Rast, 1.1.2023, BGB § 637 Rn. 259).

Die Klägerin hat mit dem Übergang von einem Vorschussanspruch auf einen Kostenerstattungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B aufgrund einer nachträglichen Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse unter Aufrechterhaltung des Klagegrunds gemäß § 264 Nr. 3 ZPO an Stelle des ursprünglichen Gegenstands einen anderen Gegenstand gefordert. Die Voraussetzungen für den auf Zahlung eines Kostenvorschusses gerichteten Anspruch sind entfallen, nachdem die Mängel am vom Beklagten hergestellten Dach durch Drittfirmen beseitigt worden sind. Sie hat zuletzt einen Antrag gestellt, der allerdings über den erstinstanzlichen Urteilsausspruch hinausgeht darauf gerichtet ist, diesbezüglich eine Abänderung des erstinstanzlichen Urteils zu ihren Gunsten zu erreichen. Ob auf die Berufung des Unternehmers der Besteller Anschlussberufung einlegen muss, wenn der Betrag des Aufwendungsersatzanspruchs höher ist als der in erster Instanz begehrte Betrag des Vorschusses, hat der BGH (Urteil vom 12. Januar 2006 - VII ZR 73/04 -) bislang offen gelassen, jedenfalls hat die Klägerin nunmehr ausdrücklich Anschlussberufung eingelegt (vgl. Protokoll vom 6. April 2023, S. 2).

Der von der Klägerin gegen den Beklagten geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 108.567,82 Euro gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B ist verjährt, so dass der Beklagte die Einrede der Verjährung wirksam mit der Folge erhoben hat, dass die Klägerin diesen Anspruch nicht mehr durchsetzen kann bzw. der Beklagte berechtigt ist, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB).

Zunächst unterliegt der geltend gemachte Anspruch der vierjährigen Verjährungsfrist nach § 13 Abs. 4 Nr. 1 VOB/B, nachdem die Parteien die VOB/B in das bestehende Vertragsverhältnis einbezogen haben.

Nach § 13 Abs. 4 Nr. 3 VOB/B beginnt die Verjährungsfrist mit der Abnahme. Für die konkrete Festlegung des Beginns der Verjährung der Mängelrechte gelten die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen. Die Frist beginnt somit gemäß § 187 Abs. 1 BGB am Tag nach der Abnahme oder ihrer endgültigen Verweigerung. Gemäß § 12 Nr. 5 Abs. 1 VOB/B gilt eine Leistung, wenn - wie hier - keine Abnahme verlangt worden ist, mit Ablauf von zwölf Werktagen nach schriftlicher Mitteilung über die Fertigstellung der Leistung als abgenommen. Als schriftliche Mitteilung genügt dabei die Übersendung der Rechnung über die ausgeführten Arbeiten, insbesondere einer Schlussrechnung.

Die Schlussrechnung des Beklagten datiert auf den 2. November 2012, die von der Klägerin wurde am 7. November 2012 geprüft wurde, so dass jedenfalls von deren Zugang bei der Klägerin am 7. November 2012 auszugehen ist. Die 12-Tagesfrist des § 12 Abs. 5 Nr. 1 VOB/B war am 19. November 2012 abgelaufen, so dass die Frist am 20. November 2012 - einen Tag nach der (fiktiven)

Abnahme - zu laufen begann und grundsätzlich am 21. November 2016 (= Montag) nach § **193** BGB geendet hätte, da der eigentliche Fristablauf auf einen Sonntag (20. November 2016) gefallen wäre (vgl. hierzu allg.: BeckOK VOB/B/Koenen, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § **13** Abs. 4 Rn. 125).

Mit Ausnahme des Zeitraumes vom 28. Juni 2016 bis zum 29. Juli 2016 (32 Tage) ist die Verjährung auch nicht in nicht verjährter Zeit gehemmt wurden (§ **203** S. 1 BGB), so dass Verjährung tatsächlich infolge Verlängerung der Verjährungsfrist um 32 Tage mit Ablauf des 23. Dezember 2016 (Freitag) eingetreten ist.

Die Hemmung der Verjährung nach § **203** S. 1 BGB bewirkt, dass der Zeitraum ihrer Dauer in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird (§ **209** BGB). Da insoweit Spezialregelungen in der VOB/B fehlen, sind die Vorschriften des BGB über die Hemmung der Verjährung auch bei Einbeziehung der VOB/B anwendbar (BGH, Urteil vom 15. Juni 1972 - **VII ZR 64/71 BGHZ 59, 202-205**, Rn. 19 f.; BeckOK VOB/B/Koenen, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § **13** Abs. 4 Rn. 72). zu beachten ist aber, dass die Verjährungsfrist in der Regel nur für konkret gerügte Mängel gehemmt wird und für etwaige andere Mängel ungestört weiterläuft. Anders als durch die schriftliche Mängelrüge gem. § **13** Abs. 5 Nr. 1 VOB/B kann die Verjährung eines Anspruchs auch nacheinander mehrmals gehemmt werden (BeckOK VOB/B/Koenen, 50. Ed. 31.1.2023, VOB/B § **13** Abs. 4 Rn. 72). Die Beweislast für den Beginn der Verhandlungen trägt die Klägerin (vgl. BeckOGK/Meller-Hannich, 1.10.2022, BGB § **203** Rn. 25); die Beweislast für das Ende der Verhandlungen liegt beim Beklagten (vgl. BGH, Urteil vom 30. September 1993 - **VII ZR 136/92** -; OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Februar 2011 76/10 -; BeckOGK/Meller-Hannich, 1.10.2022, BGB § **203** Rn. 57).

Eine entsprechende Hemmung der Verjährung setzt Verhandlungen über den Anspruch voraus, wobei der Begriff der Verhandlung stets weit verstanden worden ist. Hierfür genügen bereits Erklärungen, die den Gläubiger berechtigterweise annehmen lassen, dass der Schuldner sich auf eine Erörterung über die Berechtigung des Anspruchs einlässt. Eine Vergleichsbereitschaft oder eine Bereitschaft zum Entgegenkommen ist nicht erforderlich. Es reicht jeder Meinungs austausch über den Anspruch aus, sofern nicht sofort eindeutig jeder Ersatz abgelehnt wird. Nach den von der Rechtsprechung (vgl. BGH, **NJW 1997, 727, 728**; BGH, **NZBau 2007, 184** m.w.N.) zu § **639** Abs. 2 BGB a.F. entwickelten Grundsätzen, die auch für der VOB/B unterstellte Bauverträge gelten, ist die Verjährung auch gehemmt, wenn sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins eines Mangels oder seiner Beseitigung unterzieht. Die Hemmung setzt voraus, dass der Unternehmer bei dem Besteller den Eindruck erweckt, er werde den Mangel prüfen bzw. sich um ihn kümmern, und der Besteller hiermit einverstanden ist. Die Hemmung der Verjährung tritt nicht erst mit der tatsächlichen Inangriffnahme der Nachbesserung ein, sondern bereits mit der Einigung der Vertragsparteien über die Prüfung des Mangels oder die durchzuführende Nachbesserung. Nur dies entspricht dem Zweck der Vorschrift, die in dem Einverständnis über die Prüfung der geltend gemachten Mängel zum Ausdruck kommende Bereitschaft zur gütlichen Vertragsabwicklung nicht dadurch zu stören, dass der Besteller gezwungen ist, die drohende Verjährung durch Klageerhebung oder in sonstiger Weise zu unterbrechen. Die Hemmung endet, wenn der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlung verweigert. Danach ist die Hemmung nicht zwingend dann beendet, wenn der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung mitteilt, sondern erst dann, wenn der Unternehmer jede Verantwortung und jede weitere Diskussion ablehnt oder den Mangel augenscheinlich beseitigt oder dieses erklärt hat (OLG Düsseldorf, Urteil vom 4. Februar 2011 - **22 U 76/10** m. w. N.). Der Hemmungszustand gemäß § **203** BGB endet mit einem "doppelten Nein" des Schuldners, und zwar zum Anspruch überhaupt und zu weiteren Gesprächen über diesen (OLG Oldenburg, Urteil vom 20. Januar 2009 - **12 U 101/08** -). Der Abbruch der Verhandlungen muss grundsätzlich klar und eindeutig zum Ausdruck gebracht werden (BGH, Urteil vom 30. Juni 1998 - **VI ZR 260/97** -). Ist dies nicht der Fall, endet die Hemmung jedenfalls in dem Moment, in dem nach Treu und Glauben der nächste Schritt zu erwarten gewesen wäre (BGH, Urteil vom 7. Januar 1986 - **VI ZR 203/84** -; BeckOK VOB/B/Koenen, 52. Ed. 31.7.2023, VOB/B § **13** Abs.

4 Rn. 80).

Unter Berücksichtigung dieser Maßstäbe lässt sich vorliegend eine Hemmung der Verjährung insbesondere seit der Nutzung als Büroräume ab Sommer/ Herbst 2014 - zu einem früheren Zeitpunkt hat die Klägerin bereits nach eigenem Sachvortrag eine Undichtigkeit des Daches nicht festgestellt - sowie in den Jahren 2015 und 2016 bis zum 28. Juni 2016 nicht feststellen. Das Vorbringen der Klägerin - auch auf den Hinweis des Senats vom 6. April 2023 - ist (weiterhin) nicht geeignet, eine Hemmung zu begründen. Denn der Vortrag der darlegungs- und beweisbelasteten Klägerin, sie habe dem Beklagten den Mangel am Dach, nachdem sie diesen festgestellt habe, über mehrere Jahre hinweg immer wieder und wiederholt angezeigt und gerügt, worauf der Beklagte ohne jeden Einwand auch stets reagiert habe, ist unabhängig davon, dass der Beklagte diesen Sachvortrag bestritten hat, unsubstantiiert und einem Beweis nicht zugänglich. Es fehlt an jedwedem Sachvortrag insbesondere zu Zeitpunkten, wann von ihr Mängel gerügt und angezeigt worden sind und wann der Beklagte darauf reagiert hat, um einen Beginn einer Hemmung bestimmen zu können, und die es dem Beklagten ermöglichen würden, sich ernsthaft verteidigen zu können. Gleiches gilt für das weitere unsubstantiierte Vorbringen der Klägerin, ihr Geschäftsführer habe dem Beklagten zu Beginn aufgrund des freundschaftlichen Verhältnisses allein mündliche Rügen zukommen lassen, weil dieser darauf stets reagiert habe. Der Beklagte hat auch diese unsubstantiierte Sachverhaltsdarstellung bereits im ersten Rechtszug im Schriftsatz vom 18. Februar 2021 und im zweiten Rechtszug nochmals mit Schriftsatz vom 8. November 2023 bestritten. Die Voraussetzungen für die allein als Beweismittel von der Klägerin angebotene Parteivernehmung des eigenen Geschäftsführers nach § 447 ZPO liegen mangels Zustimmung des Beklagten bereits nicht vor (vgl. dazu BeckOK ZPO/Bechteler, 48. Ed. 1.3.2023, ZPO § 447 Rn. 2). Auch die Voraussetzungen dafür, diesen zum Beweis dieser Behauptung von Amts wegen als Partei zu vernehmen (§ 448 ZPO), sind nicht erkennbar. Denn ein solches Verfahren wäre nur zulässig, falls wenigstens schon eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die zu beweisende Tatsache sprechen würde, so dass bereits "einiger Beweis" für ihre Richtigkeit erbracht wäre, woran es hier bereits fehlt.

Im Ergebnis nicht anders zu bewerten ist das weitere - vom Beklagten ebenfalls bereits im ersten Rechtszug mit Schriftsatz vom 18. Februar 2021 bestrittene klägerische Vorbringen, nach der Bereichsleitersitzung am 2. Dezember 2015 habe ihr Geschäftsführer den Beklagten angerufen und die Undichtigkeit des Daches gerügt, worauf dieser sodann im Frühjahr 2016 zu ihr gekommen und am Dach Nachbesserungsarbeiten und Reinigungen ausgeführt habe. Zudem fehlt es, abgesehen davon, dass eine Parteivernehmung des Geschäftsführers nicht in Betracht kommt (s. o.), an einem bestreitensfähigen Sachvortrag der Klägerin, wann genau etwaige Nachbesserungsarbeiten durch den Beklagten zugesagt bzw. durchgeführt worden sein sollen.

Vor diesem Hintergrund ist auch das weitere und teilweise unter Beweis gestellte pauschale Vorbringen der Klägerin, der Beklagte habe im Zeitraum 2015 bis Ende 2017 mehrfach das Dach betreten und dort nachgearbeitet, unsubstantiiert. Insoweit hat die darlegungs- und beweisbelastete Klägerin keinen ausreichenden konkreten Sachvortrag gehalten, wann konkret Mängelrügen gegenüber dem Beklagten ausgesprochen worden sind und ggf. zu welchen konkreten Zeitpunkten der Beklagte Arbeiten, die zudem nicht einlassungsfähig bezeichnet worden sind, am Dach ausgeführt bzw. zugesagt hatte. Auch das Vorbringen der Klägerin Undichtigkeiten seien sofort gegenüber dem Beklagten angezeigt worden und er sei den Rügen wiederholt nachgekommen und habe wiederholt vor Ort Nachbesserungsarbeiten vor Ort durchgeführt, ist einem Beweis nicht zugänglich. Denn eine Vernehmung u. a. der Zeugen würde einen unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellen.

Die Verjährung war hingegen lediglich in der Zeit vom 28. Juni 2016 bis zum 29. Juli 2016 im Sinne des § 203 S. 1 BGB gehemmt. Die WhatsApp-Nachricht des Geschäftsführers der Klägerin vom 28. Juni 2016 mit dem Inhalt,

"das Dach im Bürogebäude leckt immer noch ... bitte schau dir das nochmal an",

sowie die Antwort des Beklagten vom selben Tage mit "Ok" stellen den Beginn von Verhandlungen im Sinne des § 203 S. 1 BGB, die keiner besonderen Form bedürfen, dar und führten zur Hemmung. Damit ist eine Einigung der Vertragsparteien über die Prüfung des Mangels belegt, so dass jedenfalls ab dem 28. Juni 2016 von einer Hemmung auszugehen ist. Zwischen den Parteien steht weiter nicht im Streit, dass der Beklagte am 29. Juni 2016 zu der Halle der Klägerin gefahren ist, um das Dach zu begehen. Unerheblich ist in diesen Zusammenhang, ob der Beklagte an diesem Tag sodann im Anschluss seine Verantwortlichkeit klar abgelehnt hat, was zwischen den Parteien im Streit steht. Jedenfalls sind die Verhandlungen auch ohne eine klare Äußerung der Parteien durch Einschlafen zum Erliegen gekommen. In diesem Falle enden die Verhandlungen in dem Zeitpunkt, in dem nach Treu und Glauben ein nächster Schritt zu erwarten gewesen wäre, dieser jedoch nicht erfolgt ist (OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. April 2018 - **8 U 153/17** -). Insofern ist ein "Einschlafen lassen" der Verhandlungen dem Abbruch der Verhandlungen gleichzusetzen (BGH, Urteil vom 30. Oktober 2007 - **X ZR 101/06** -).

Vorliegend war eine Reaktion der Klägerin auf die Reaktion des Beklagten WhatsApp-Nachricht vom 28. Juni 2016 sowie anschließende Begehung des Daches am 29. Juni 2016 - innerhalb eines Zeitraums von einem Monat zu erwarten (vgl. zu dieser Zeitspanne allg.: OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. April 2018 - **8 U 153/17** -; OLG Frankfurt, Urteil vom 31.8.2018 - **8 U 53/15**, **BeckRS 2018, 25352** Rn. 149; OLG Naumburg, Urteil vom 23. Oktober 2008 - **9 U 19/08** -; OLG Dresden, Urteil vom 23. Februar 2010 - **9 U 2043/08** -; OLG Koblenz, Urteil vom 9. Februar 2006 - **5 U 1452/05** -; KG, Urteil vom 5. Juni 2008 - **8 U 213/07** -; Zeitraum von lediglich zwei Wochen: OLG Hamm, Urteil vom 24. Februar 2015 - **1-24 U 94/13** -). Dass die Klägerin nach der Dachbegehung durch den Beklagten im vorbezeichneten Zeitraum in irgendeiner Weise reagiert hat oder an den Beklagten herantreten ist, lässt sich ihrem Vorbringen auch unter Berücksichtigung des Hinweises des Senats vom 3. April 2023 nicht entnehmen. Auch im Tatbestand und in den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils findet sich kein Sachverhalt, der auf irgendwie geartete Reaktion der Klägerin schließen lässt, so dass die Verhandlungen im Sinne des § 203 Satz 1 BGB - ausgehend vom 29. Juni 2016 als letzte Handlung des Beklagten - mit Ablauf eines Monats - nämlich am 29. Juli 2016 beendet waren.

Ab dem 30. Juli 2016 lief die verbliebene Verjährungsfrist von 4 Monaten und 23 Tagen bis 23. Dezember 2016 weiter. Die besondere Ablaufhemmung des § 203 S. 2 BGB von drei Monaten, deren Frist nicht zur Hemmung hinzutritt (BeckOGK/Meller-Hannich, 1.10.2022, BGB § 203 Rn. 59), läuft leer, weil vom Ende der Hemmung noch mehr als 3 Monate der Verjährungsfrist offen waren (vgl. Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 203, Rn. 5 m. w. N.).

Weitere Hemmungstatbestände vermochte die darlegungs- und beweisbelastet Klägerin nicht darzutun. Auch soweit die Klägerin bereits im ersten Rechtszug - Ausführung von Flüssigkunststoffarbeiten im Jahre 2017 zwecks Abdichtung durch den Beklagten - sowie mit Schriftsatz vom 4. Mai 2023, S. 8 ff. im Hinblick auf Verhandlungen weiteren Schriftverkehr der Parteien aus dem Jahre 2017 angeführt hat, folgt daraus keine für die Klägerin günstige Bewertung. Denn unabhängig davon, ob hierin ein Verhandeln im Sinne des § 203 BGB zu sehen ist, können Hemmungstatbestände nur dann berücksichtigt werden, soweit sie bei laufender Verjährungsfrist verwirklicht werden (OLG Celle, Urteil vom 12. Juni 2019 - **14 U 35/19** -). Die Verjährungsfrist war im Jahr 2017 - wie aufgezeigt jedoch bereits abgelaufen. Insbesondere folgt entgegen der Auffassung der Klägerin aus den Formulierungen in den beiden vorgelegten Emails vom 26. Januar 2017 nicht, dass der Beklagte wegen Undichtigkeiten mehrfach vor Ort gewesen ist. Vielmehr folgt aus der Email Anlage B9 (Bl. 569R Bd. III d.A.) vielmehr, dass der Beklagte keine Bemühungen entfaltet hat, für Abhilfe im Hinblick auf ein Begehren der Klägerin zu sorgen.

Vorliegend wurde Verjährung auch nicht gemäß § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B verlängert bzw. begann nicht quasi neu zu laufen. Nach dieser Vorschrift verjährt der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel in zwei Jahren ab Zugang des schriftlichen Mängelbeseitigungsverlangens, jedoch nicht vor Ablauf der Regelfristen nach § 13 Abs. 4 VOB/B oder der an ihrer Stelle vereinbarten Frist. Das bedeutet, dass mit dem Zugang eines des schriftlichen Mängelbeseitigungsverlangens eine gesonderte zweijährige Frist zu laufen beginnt (sog "Quasi-Neubeginn"), die für die Verjährung der Mängelansprüche nur dann relevant wird, wenn diese nach der Regelfrist bzw. der vertraglich vereinbarten Frist abläuft (vgl. NWJS/Moufang/Koos, 5. Aufl. 2019, VOB/B § 13 Rn. 308).

Wird die Schriftform nicht beachtet, so verlängert sich die Verjährungsfrist nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B nicht, weil die Schriftform der Mängelrüge zwingende Voraussetzung für den Eintritt der Verjährungsverlängerung ist (BGH, Urteil vom 27. April 1972 - VII ZR 144/70 -, BGHZ 58, 332-341, Rn. 25; BGH, Urteil vom 29. April 1974 - VII ZR 29/73 -, BGHZ 62, 293-297, Rn. 11; Messerschmidt/Voit/Voit, 4. Aufl. 2022, VOB/B § 13 Rn. 29; Beck VOB/B/Zahn, 4. Aufl. 2023, VOB/B § 13 Abs. 5 Rn. 43).

So liegen die Dinge hier, weil der Beklagte mit Übersendung einer Mängelrüge an den Beklagten per WhatsApp am 28. Juni 2016 dem Schriftformerfordernis im vorstehend angeführten Sinn nicht genügt hat.

Denn bei einer WhatsApp-Nachricht fehlt es an der erforderlichen Schriftlichkeit im Sinne von § 13 Abs. 5 Nr. 1 S. 2 VOB/B. Die nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 1 VOB/B gebotene Schriftlichkeit wird zwar durch eine E-Mail gewahrt, denn gemäß § 127 Abs. 2 Satz 1 BGB wird die - wie durch die Einbeziehung der VOB/B vereinbarte - gewillkürte Schriftform durch die telekommunikative Übermittlung gewahrt (vgl. OLG Köln Urt. v. 22.6.2016 - 16 U 145/15, BeckRS 2016, 114445 Rn. 47, beck-online). § 126 BGB gilt deshalb für das Schriftformerfordernis der VOB/B nicht; es handelt sich bei der VOB/B nicht um eine durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform (BeckOK VOB/B/Koenen, 52. Ed. 31.7.2023, VOB/B § 13 Abs. 5 Rn. 31). Die Erklärung mittels einer WhatsApp-Nachricht erfüllt die Schriftform gleichwohl nicht. § 127 Abs. 2 BGB erlaubt zwar die Übermittlung einer Erklärung, die durch Rechtsgeschäft in schriftlicher Form erfolgen muss, auch über Telekommunikationsmittel. Gemeint ist jedoch eine Erklärung, die in gleicher Weise wie ein Schriftstück verfasst ist und in einer der Übergabe des Schriftstücks ersetzenden Art an den Erklärungsempfänger übermittelt wird. Aus der Erklärung muss sich unzweideutig ergeben, von wem die Erklärung abgegeben worden ist. Zudem muss der Erklärungsempfänger in der Lage sein, dieses Schriftstück auszudrucken und dauerhaft abzuspeichern bzw. zu archivieren (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 127, Rn. 2).

Diesen Anforderungen entspricht die Übermittlung per Messengerdienst nicht. Insbesondere fehlt es an einer hinreichend sicheren (gegebenenfalls auch nur elektronischen) Möglichkeit der dauerhaften Archivierung und des Ausdrucks. Denn derartige Nachrichten werden typischerweise nur über Smartphones versendet, ohne dass eine dauerhafte Aufbewahrung gesichert wäre. Hinzu kommt der Umstand, dass selbst der bloße Namenszusatz nicht ohne weiteres hinreichend sichere Gewähr bietet, welche Person die darin enthaltene Erklärung rechtlich verantwortet, wenn es sich um eine über den Austausch rein private Nachrichten hinausgehende rechtsgeschäftliche oder in sonstiger Weise bindende Erklärung handeln soll.

Zudem fehlt es auch deshalb an einer Möglichkeit der dauerhaften Archivierung, da derartige Nachrichten vom Absender auch beim Empfänger gelöscht werden können.

Schließlich ist aus einer bloßen WhatsApp-Nachricht - anders als bei einer Email - der Absender der Erklärung nicht ohne weiteres erkennbar, weil die Kennung/ Registrierung allein mit einer

Telefonnummer erfolgt, die auf keine bestimmten Absender verweist.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass ein Formerfordernis auch die Bedeutung hat, die erklärende Person zu warnen und vor übereilter Abgabe der Erklärung zu schützen. Ein Messengerdienst wird aber weit überwiegend nur zum raschen Austausch rein privater Nachrichten benutzt und gerade nicht zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen. Denn bei Letzteren steht nämlich nicht die Emotionalität privater Nachrichten im Vordergrund, sondern das überlegte Handeln mit entsprechenden rechtlichen Konsequenzen. Ein Messengerdienst und dessen Benutzung ist folglich ungeeignet, um eine solche Funktion des Formerfordernisses zu wahren, weil insbesondere die typische Art und Weise der Benutzung dem entgegensteht.

Ebenso wenig ist aufgrund der WhatsApp-Nachricht des Beklagten vom 28. Juni 2016 als Antwort auf die Nachricht der Klägerin vom selben Tage von einem Anerkenntnis des Beklagten auszugehen, wodurch der Lauf der Verjährungsfrist nicht nur gehemmt (s. o.), sondern mit der Folge des Neubeginns nach § **212** Abs. 1 Nr. 1 BGB unterbrochen worden wäre. Gerade im Hinblick auf das Anerkenntnis einer Verpflichtung bedarf die Erklärung des Schuldners der Auslegung, die nach den üblichen Maßstäben der §§ **133**, **157** BGB zu erfolgen hat, also danach, wie der Empfänger sie redlicherweise unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände verstehen durfte (Staudinger/Peters/Jacoby (2019) BGB § **212**, Rn. 12). Das Verhalten des Schuldners muss auf ein Bewusstsein der Schuld schließen lassen, fehlt dies, liegt auch kein verjährungserhebliches Anerkenntnis vor (Lakkis in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 10. Aufl., § **212** BGB (Stand: 15.05.2023), Rn. 7). Demgemäß stellt selbst die Zusage eines Unternehmers, eine Prüfung der Ursache eines vom Auftraggeber behaupteten Mangels vorzunehmen, kein Anerkenntnis dar (OLG Hamm, Urteil vom 25. September 1987 - **12 U 141/86** -; MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl. 2021, BGB § **212** Rn. 16). Gleiches gilt für eine Erklärung, man werde sich um die Sache kümmern (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 3. November 1988 - **5 U 787/88** -; BeckOK BGB/Henrich, 68. Ed. 1.11.2023, BGB § **212** Rn. 5).

Der Antwort des Beklagten mit "Ok" auf die Mitteilung des Geschäftsführers ### der Klägerin vom 28. Juni 2016, *"das Dach im Bürogebäude leckt immer noch, bitte schau dir das nochmal an"*, lässt bereits kein Bewusstsein einer Schuld erkennen, noch geht dies unter Berücksichtigung der bekannten Umstände über den Inhalt der dargestellten - nicht zu einem Anerkenntnis führenden - Aussagen im Sinne der Rechtsprechung hinaus.

Die Klägerin hat auch keinen anderweitigen substantiierten Sachvortrag gehalten, der geeignet wäre, ein Anerkenntnis in nicht verjährter Zeit zu begründen. Ihr Vorbringen, der Beklagte habe den Mangel durch Nachbesserungsarbeiten und kostenfreie Reinigungen zur Beseitigung der Undichtigkeit des Daches in unverjährter Zeit anerkannt, ist - auch soweit es vom Beklagten nicht bestritten worden ist - bereits nicht geeignet, ein Anerkenntnis zu begründen.

Ein Anerkenntnis i. S. v. § **212** BGB folgt insbesondere auch nicht aus den Emails des Beklagten vom 15. Februar 2017 und vom 3. April 2017, seinen WhatsApps vom 17. Februar 2017, vom 3. April 2017 und vom 17. Oktober 2017 sowie aus dem Aufbringen von Flüssigkunststoff im Frühjahr 2017 nach Aufforderung durch den Architekten mit Schreiben vom 28. März 2017. Unabhängig davon, ob diese Schreiben und Handlungen möglicherweise als tatsächliches Anerkenntnis i. S. v. § **212** Abs. 1 Nr. 1 BGB anzusehen sein könnten, scheidet ein verjährungsunterbrechendes Anerkenntnis mit der Folge eines Neubeginns der Verjährungsfrist vorliegend aber bereits deswegen aus, weil am 24. Dezember 2016 die Verjährungsfrist bereits abgelaufen war und ein Neubeginn einer bereits abgelaufenen Verjährungsfrist nicht mehr möglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 2014 - **XI ZR 265/13** -, **BGHZ 203**, 162-174, Rn. 40).

Demgemäß konnte durch Einleitung des selbständigen Beweissicherungsverfahrens beim

Landgericht Marburg unter dem Az.: 2 OH 28/19 am 5. November 2019 und durch die anschließende Erhebung der Klage gegen den Beklagten am 14. Oktober 2020 die Verjährung nicht mehr nach § 204 Nrn. 1, 7 BGG gehemmt werden, weil Verjährung bereits eingetreten war.

In den angeführten Mitteilungen wie im Handeln des Beklagten im Jahre 2017 (Aufbringen von Flüssigkunststoff im Frühjahr 2017) liegt nach Auffassung des Senats auch kein Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede. Ausdrücklich ist ein Verzicht nicht erklärt. Allerdings kann sich ein Verzicht auf die Verjährungseinrede auch konkludent aus den Umständen ergeben. Zwar kann ein Verhalten selbst bei Fehlen eines Erklärungsbewusstseins als Willenserklärung gewertet werden, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerungen nach Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden darf und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urteil vom 2. November 1989 - **IX ZR 197/88** -, **BGHZ 109, 171-178**, Rn. 17). Ein stillschweigender Verzicht setzt jedoch einen rechtsgeschäftlichen Aufgabewillen voraus, der im Allgemeinen nicht zu vermuten ist. Deswegen ist ein solcher Verzicht regelmäßig ausgeschlossen, wenn es sich um Rechte handelt, die dem Erklärenden unbekannt sind und mit deren Bestehen er nicht rechnet (BGH, Urteil vom 16. November 1993 - **XI ZR 70/93** -). Dementsprechend kann ein konkludenter Verzicht auf die Einrede der Verjährung in der Regel nur dann angenommen werden, wenn der Schuldner bei Abgabe seiner Erklärung den Eintritt der Verjährung gekannt oder zumindest für möglich gehalten hat (BGH, Urteil vom 22. April 1982 - **VII ZR 191/81** -, **BGHZ 83, 382-391**, Rn. 29; BGH, Urteil vom 21. November 1996 - **IX ZR 159/95** -).

Davon kann vorliegend aber nicht ausgegangen werden, zumal Entsprechendes von der Klägerin auch nicht behauptet wird. Auch eine Auslegung dahingehend, dass der Beklagte im Hinblick auf die getätigten Mitteilungen (s. o.) keine Verjährungseinrede im Hinblick auf die klägerischen Gewährleistungsansprüche geltend machen, sondern vielmehr auf die Einrede der Verjährung verzichten wollte, ist bereits dem jeweiligen Wortlaut nicht zu entnehmen. Vorliegend sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass der Beklagte - auch nicht bei dem Aufbringen von Flüssigkunststoff im Frühjahr 2017 - wusste oder zumindest für möglich hielt, dass die Verjährungsfrist schon abgelaufen und die Verjährung deshalb bereits eingetreten war. Vielmehr spricht gegen einen Verzicht auf die Geltendmachung der Verjährungseinrede, dass der Beklagte im Hinblick auf die von ihm geleisteten Arbeiten unter dem 6. November 2017 eine Rechnung gegenüber der Klägerin erstellte und Zahlung begehrte.

Die Erhebung der Verjährungseinrede verstößt auch nicht gegen § 242 BGB. Selbst wenn die angeführten Mitteilungen des Beklagten im Jahre 2017 sowie das Aufbringen von Flüssigkunststoff im Jahre 2017 geeignet gewesen wären, ein Vertrauen darauf zu begründen, der Beklagte werde sich nicht auf Verjährung berufen, so müsste sich der Verpflichtete auch im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten darauf eingerichtet haben, dieser werde sein Recht auch in Zukunft nicht geltend machen. Davon kann vorliegend nicht ausgegangen werden. Denn die Schreiben sowie die angeführte Maßnahme im Jahre 2017 erfolgten zu einem Zeitpunkt, als die Ansprüche der Klägerin bereits verjährt waren. Eine unzulässige Rechtsausübung würde aber nur dann vorliegen, wenn die Klägerin aufgrund des in den Schreiben sowie der Maßnahme des Beklagten gesetzten Vertrauens irgendwelche Dispositionen getroffen, insbesondere ihre Ansprüche im Vertrauen darauf, eine Verjährungseinrede werde nicht erhoben, in unverjährter Zeit nicht geltend gemacht hätte. Sie hatte aber bereits unabhängig von den Umständen im Jahre 2017 mit der Klageerhebung zugewartet, so dass die Verjährungsfrist abgelaufen war.

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass auch die erhobene Feststellungsklage unbegründet ist und der Klägerin gegen den Beklagten auch kein Anspruch auf Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten und Zahlung von Verzugszinsen zusteht.

Nach alledem war auf die Berufung des Beklagten das der Klage überwiegend stattgebende Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ **91** Abs. 1 S. 1, **101** Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den §§ **708** Nr. 10 S. 1 und 2, **711** ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts (§ **543** Abs.2 ZPO).