



Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Prof. Dr. Günter Schmeel
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2022, 1564 - 1569 (Heft 11)
Verlag	Werner Verlag

Schmeel, BauR 2022, 1564

Zur „Binnenverjährung“ des einzelnen Mangelanpruches während des Laufs eines Selbständigen Beweisverfahrens



von Rechtsanwalt Prof. Dr. Günter Schmeel, Hamburg*

Die herrschende Meinung vertritt das Dogma, dass die Hemmung der Verjährung durch Antrag auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens bei mehreren in einem Verfahren zusammengefassten Beweisthemen nach Beweiserhebung zum jeweiligen Thema nach der letzten Aktivität von Parteien, Gericht oder Sachverständigem endet¹ und dann die 6-Monats-Frist des § 204 Abs. 2 Satz BGB in Gang setzt. Bezugspunkt ist danach nicht das Ende des Beweisverfahrens als Ganzes, sondern die jeweilige Beweiserhebung.



I. Ausgangspunkt: Die (heutige) gesetzliche Regelung

lautet in [§ 204 Abs. 1 BGB](#)

„Die Verjährung wird gehemmt durch

...

(Nr. 7) die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines Selbständigen Beweisverfahrens“,

und in Abs. 2:

„Die Hemmung nach Absatz 1 endet 6 Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens“.

Fraglich ist nur, wann diese Hemmung endet (und sich die 6-Monats-Frist des [§ 204 Abs. 2 Satz 1 BGB](#) anschließt), weil das Gesetz keine förmliche Beendigung des Selbständigen Beweisverfahrens vorgesehen hat.

Einigkeit besteht darüber, dass die letzte „Verfahrenshandlung“ maßgeblich ist. Das kann sein²

- die Ablieferung des Gutachtens
- der Abschluss einer mündlichen Anhörung zur Erläuterung des Gutachtens,
- jeweils auch nach Erstellung von Ergänzungsgutachten bzw. von zusätzlichen Gutachten gem. [§ 412 ZPO](#)
- die letzte Stellungnahme einer Partei, die innerhalb angemessener Frist eingeht.

In der gerichtlichen Praxis hat sich recht schnell die Übung durchgesetzt, dass das Gericht eine Frist vorgibt (die natürlich auch auf Antrag angemessen verlängert werden kann), innerhalb derer noch Anträge zu stellen sind. Bleiben diese aus, gilt das Verfahren als abgeschlossen, und die Hemmung der Verjährung durch das Verfahren endet.



Nun sind „Punktesachen“ – also Verfahren mit einer Anhäufung unterschiedlichster Mangelpunkte – im Selbständigen Beweisverfahren nicht gerade die Ausnahme, sondern eher die Regel. Man denke nur an den Neubau eines Wohnhauses, bei dem dann die unterschiedlichsten Mängel gesammelt und gebündelt werden. Vielfach werden dann die Mängel gewerkeweise durch Gutachten abgearbeitet werden, nicht selten auch – je nach den Anforderungen – durch verschiedene Gutachten. Dabei ist die „Verteilung“ auf verschiedene Gutachten-Beauftragungen vielfach dem Zufall überlassen, regelmäßig nach den jeweiligen Gepflogenheiten des Gerichts oder dem „Zuschnitt“ durch die antragstellende Partei. Hier soll [§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB](#) dann die einzelne Beweiserhebung durch ein Gutachten (und evtl. dessen Erweiterungen) als abgeschlossen betrachtet werden. Die Hemmung endet also bereits vor Abschluss des (Gesamt-)Selbständigen Beweisverfahrens.

II. Die Rechtsprechung des BGH

Entstehung und Verbreitung der herrschenden Meinung lassen sich auf wenige – letztlich zwei – Entscheidungen des BGH zurückführen und belegen, wie Zitier- und Leitsatzkultur in die Irre führen.

1. Die „Leit-Entscheidung“ des [BGH vom 03.12.1992 – VII ZR 86/92](#) ³

Die Idee von den verschiedenen Hemmungs-Enden geht zurück auf diese Entscheidung; auf ihr fußen praktisch alle heute gebräuchlichen Zitatketten.⁴

Auch hier ging es um eine Punktesache, und zwar wegen Mängeln bei der Neuerrichtung eines Wohnhauses – ⁵ also eine Standardsituation.

Der BGH postuliert:

„Abgeschlossen ist die Beweissicherung *mit ihrer sachlichen Erledigung*⁶ ... auch, wenn die Beweissicherung wegen mehrerer Mängel betrieben wird.“ Das gelte auch, „wenn die verschiedenen Mängel und Sachverständigengutachten Gegenstand nur eines, formal zusammengefaßten Verfahrens geworden sind...Das folgt aus der rechtlichen Selbständigkeit eines Mangels und der sich aus ihm ergebenden Ansprüche



einschließlich ihrer Verjährung“.

Der BGH legt für die Abgrenzung der einzelnen „selbständig verjährungsfähigen“ Beweiserhebungen nicht die – häufig zufällige – Zusammenfassung in einem Gutachten zugrunde, sondern den einzelnen Mangel, wie er sich nach der Symptomtheorie im Verfahren darstelle.⁷

Das Gericht argumentiert, Wortlaut und Sinn geböten die von ihm verfolgte Linie. Der Wortlaut ist allerdings völlig eindeutig: [§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB](#) spricht von der Hemmung durch Einleitung *des Verfahrens*. Und Verfahren ist nun einmal Verfahren (und nicht die einzelne Beweiserhebung).

Da hilft es wenig, dass der BGH in Erkenntnis dieser einfachen Weisheit sogleich nachschiebt, der Wortlaut sei anders „gemeint“.⁸ Wer das warum so „gemeint“ habe – und damit könnte nur der Gesetzgeber gemeint sein – bleibt im Dunkeln. Für den historischen Gesetzgeber war nur das Verfahren maßgeblich. Dem folgte bis in die Nachkriegszeit auch die Kommentarliteratur – Wortlaut bleibt Wortlaut. Alles andere ist Auslegung – und hier gegen den klaren Wortlaut.

2. Die Entscheidung [BGH v. 06.11.1969 – VII ZR 159/67](#) ⁹

Auf sie greift der BGH in der Leitentscheidung zurück. Auch die Formel der „sachlichen Erledigung“ als Beginn der neu zu laufenden Verjährung stammt von hier (Leitsatz 2). Das alles ist jedoch nicht einschlägig. Der dortige Streit wurde durch *ein* Gutachten *eines* Gutachters über *einen* Mangel (mangelnde Ölfestigkeit der Versiegelung eines Industriehallenfußbodens) erledigt. Auslöser war vielmehr das Postulat der Beklagten, analog zum damaligen [§ 212 ZPO](#) müsse binnen 6 Monaten (erneut) Klage erhoben werden, wenn das Beweissicherungsverfahren wie hier durch die Mitteilung des Sachverständigengutachtens „sachlich erledigt“ werde (S. 46). Dem ist der BGH klar entgegengetreten; Grundsätze und Grundhaltung lassen sich auch auf die Streitfrage der gesonderten Verjährungsläufe übertragen:



„ (S. 46).... Für den Antrag auf Beweissicherung bedeutet das sinngemäß, daß seine Unterbrechungswirkung dann entfällt, wenn er zurückgenommen oder aus prozessualen Gründen zurückgewiesen wird.

Die Beklagte meint, ein gleiches müsse auch gelten, wenn das Beweissicherungsverfahren (wie hier durch die Mitteilung des Sachverständigengutachtens) sachlich erledigt worden ist (so auch OLG Hamm NJW 1965,1535 [OLG Hamm 03.12.1964 - 2 U 206/64]; Palandt, BGB 28. Aufl. § 212 Anm. 3).

Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Wortlaut des [§ 212 BGB](#) gibt für eine solche Erweiterung keinen Anhaltspunkt. Er ist klar und eindeutig (...).

(S. 47) Die Bestimmungen über die Verjährung enthalten eine formale Regelung; ihre Auslegung muß sich grundsätzlich eng an den Wortlaut anlehnen. Das gebietet die Rechtssicherheit. (...) Daraus folgt, daß durch den Antrag auf Beweissicherung ... die Verjährung des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs unterbrochen und mit dem Abschluß des Beweissicherungsverfahrens am 30. Oktober 1964... neu in Gang gesetzt worden ist.“

Dem ist nichts hinzuzufügen.¹⁰

Die – nur in Parenthese gesetzten – Worte von der „sachlichen Erledigung“ werden, wenn man sie überhaupt in diesem Sinne verstehen wollte, also völlig überinterpretiert.

3. Weitere Entscheidungen

werden zwar zitiert, sind aber nicht einschlägig.

[BGH, vom 18.3.76 – VII ZR 41/74](#) ¹¹ beschränkt die verjährungsunterbrechende Wirkung auf die Mängel, auf die sich das Beweissicherungsverfahren bezogen hat – was nie im Streit stand.

- Diese Entscheidung klärt weiter, dass auch mit der Erhebung einer Widerklage auf Zahlung von Kostenvorschuss für die überschießenden Kosten die Unterbrechung der Verjährung überschießender Kosten fort dauert, bis der Prozess rechtskräftig entschieden ist.



BGH, vom 28.10.2010 – VIII ZR 172/09¹² führt nur aus, dass das Verfahren beendet ist, wenn das Gericht zum Ausdruck bringt, dass keine weitere Beweisaufnahme erfolge, wenn hierzu keine Einwände erhoben werden. Auch hier wurde nur ein Gutachten erstellt.

- [BGH, vom 20.02.2002 – VIII ZR 228/00](#)¹³ hatte wiederum nur mit einem Gutachten zu tun und befasst sich nur mit dem allseits bekannten Thema des Endes der Hemmung, wenn keine Frist gesetzt worden war.
- OLG Stuttgart, vom 02.01.2014 – 10 W 34713¹⁴ befasst sich wiederum nicht mit mehreren Gutachten/Einzelansprüchen.
- Auch die reichsgerichtliche Rechtsprechung, soweit sie in diesem Zusammenhang zitiert wird, liefert nichts: Die Entscheidung RG, 23.20.2014 – VII.229/14¹⁵ behandelt ausschließlich die Frage, ob die wirksame Geltendmachung eines Mangelrechts auch die Verjährung für andere Mangelrechte unterbricht.
- Die (nur Kurzfassung) Entscheidung vom 29.09.2016 – VII.149/16¹⁶ hält fest, dass das Verfahren mit der Vorlage des Gutachtens endet – was ebenfalls nichts hergibt.

III. Die Auslegung

ist eine einfache handwerkliche Übung:

1. Die wortgetreue Auslegung

Am Wortlaut gibt es nichts zu rütteln: Die Hemmung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. Verfahren ist das selbständige Beweisverfahren und nicht ein einzelnes Element der Beweisaufnahme.

2. Die historische Auslegung

2.1 Der historische Gesetzgeber

Vorläufer der heutigen Regelung war [§ 477 BGB](#), Fassung 1900. Er sah allerdings das „Beweissicherungsverfahren“ nur für Kauf- und Werkverträge vor und damit die (damalige) *Unterbrechung* der Verjährung, wie heute beginnend mit dem Eingang des Antrags bei Gericht. Auch der Wortlaut war schon damals völlig eindeutig:



„Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort“

Jedenfalls wurde das Thema soweit ersichtlich über die Jahrzehnte nicht problematisiert.¹⁷

2.2 Der Reformgesetzgeber

Sowohl die Neuordnung des Verjährungsrechts durch die Große Schuldrechtsreform als auch die Schaffung des Selbständigen Beweisverfahrens nebst Ergänzungen haben für die streitige Frage keine durchgreifenden materiellen Veränderungen der Rechtslage erbracht;¹⁸ jedenfalls wird dies soweit ersichtlich nicht problematisiert.

3. Die Systematische Auslegung

Das Selbständige Beweisverfahren ist – bewusst – unvollständig geregelt. Wo Bestimmungen fehlen, ist auf die allgemeinen Regeln über das Verfahren I. Instanz zurückzugreifen.

Das Selbständige Beweisverfahren ist verortet im 2. Buch der ZPO Verfahren im 1. Rechtszug, §§ 253 bis 510c, dort in Abschnitt 1 „Verfahren vor den Landgerichten“ als Titel 12 „Selbständiges Beweisverfahren“.

[§ 492 Abs. 1 ZPO](#) gibt vor, dass die Beweisaufnahme nach den für die Aufnahme des Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften verfahren wird, für das Sachverständigengutachten also nach den [§§ 355 bis 371](#) und [§§ 402 bis 414 ZPO](#). Diese kennen keine Regeln, die auch nur ansatzweise auf die vom BGH vertretene Linie zu bringen wären. So gibt es Punktesachen natürlich nicht nur im Selbständigen Beweisverfahren, sondern auch in bauvertragsrechtlichen Hauptsacheverfahren, und auch dort gibt es bei entsprechend umfangreich Verfahren selbstverständlich Streitpunkte, die Jahre über den „Abschluss eines Teilaspekts“ hinweg nicht „bewegt“ werden. Auf die Idee, dann laufe die Verjährung wieder an, ist hier noch niemand gekommen.

Ein Ansatz dafür, dass hier anders als im Hauptverfahren vorgegangen werden könnte, ergibt sich nicht.¹⁹

Verjährungsvorschriften sind grundsätzlich eng und streng an den Wortlaut gebunden auszulegen.²⁰



4. Die teleologische Auslegung

Erklärter Zweck²¹ des Selbständigen Beweisverfahrens ist es, Hauptsacheprozesse durch die frühzeitige Klärung von Mangel und Mangelverantwortlichkeit zu vermeiden, in denen es ohnehin nur um die Klärung eben dieser Fragen geht.²² Darüber herrscht Einigkeit. Dann aber kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die diskutierte „Binnenverjährung“ kontraproduktiv ist. Wegen eines einzelnen, vielleicht durch Gutachten geklärten Mangels werden keine Verhandlungen aufgenommen.²³ Natürlich gibt es sorgsam ausgearbeitete Vermeidungsstrategien,²⁴ aber sie dienen der Abwehr des Anwaltsregresses und nicht der Streitlösung.

Gerade hier muss die diffuse Rechtsprechung zur Frage, was ein „einzelner“ Mangel ist, als auch dazu, wann nach h.M. eine Beendigung der Begutachtung eingetreten ist, zur anwaltlichen Vorsicht mahnen – und damit zu entsprechenden Aktivitäten – also zu allem außer der aktiven Streitlösung. Gesetzeszweck und Praxis verlangen also alles andere als eine Mosaiklösung.

Keine Klarheit

Anders als die Befolgung der klaren Vorgabe des Gesetzes in der Ausgestaltung der Gerichtspraxis bietet die Verfolgung der Theorie von der Binnenverjährung keine Rechtsklarheit, sondern wirft wieder neue Streitfragen und Abgrenzungsschwierigkeiten auf.

- Die „Leitentscheidung“ BGH – VII ZR 86/92 differenziert selbst danach, ob es sich um „voneinander unabhängige“ Mängel handelt. Wie eine solche Abgrenzung erfolgen soll, wird nicht erläutert.
- Oft ist es dem Zufall überlassen, ob nur *ein* Gutachten erstellt wird. Das Gericht wird regelmäßig im Standardfall (s)einen Gutachter für „Schäden an Gebäuden“ bestellen und nicht einmal unterscheiden, ob der Fall zur Benennung an die Handels- oder Handwerkskammer gehen soll. Je komplizierter der Fall, desto häufiger werden mehrere, vom Sachgebiet und der Kammer zu bestimmende Gutachter von den Parteien auf den Weg gebracht.
- Äußerst schwierig kann bekanntlich die Abgrenzung rechtlich selbständiger Mängel bei gleicher Mangelursache sein.²⁵
- Um das Maß vollzumachen, wird die Auffassung vertreten, das „Einzelschicksal“ treffe auch jeden einzelnen Mangel, der im Rahmen eines Gutachtens überhaupt behandelt werde,²⁶ auch wenn er im gleichen Gutachten abgehandelt wird.
- Die Gerichtspraxis, soweit sie der oben beschriebenen Rechtsprechung folgt, kennt keine „Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung“ im o.a. beschriebenen Sinne für den einzelnen Mangel, sondern nur für den letzten Akt. Das ist inkonsistent.
- Es ist einhellige – zutreffende – Meinung, dass die entscheidende Frage, ob und wann die Beweisaufnahme als „beendet“ anzusehen ist, nur „ex post“ beurteilt werden kann.²⁷



Kein Nutzen

Es bedarf keiner Erörterung, dass aus prozessökonomischer Sicht die „Binnenverjährung“ haarsträubende Wirkung hat. Gleiches gilt für den anerkannten Zweck des Selbständigen Beweisverfahrens, Hauptsacheverfahren zu vermeiden und eine Regelung nach Klärung der technischen Streitfragen herbeizuführen.²⁸

IV. Exkurs: Die Entscheidung OLG Stuttgart vom 30.11.2021²⁹

Das OLG führt aus, dass bei mehreren in einem Verfahren oder Gutachten zusammengefassten Mängeln die Hemmung nach [§ 204 BGB](#) erst nach Beendigung des gesamten Verfahrens ende, nicht mit der einzelnen Beweiserhebung. Anderes kann nur dort gelten, wo das Gericht – unmissverständlich – zum Ausdruck gebracht hat, dass das Verfahren wegen einzelner abgeschlossen begutachteter Mängel schon vorher beendet sein soll.

Das OLG begründet seine explizit von der h.M. abweichende Ansicht (Revision war zugelassen und eingelegt) damit, dass eine Überbeschleunigung des Verfahrens vermieden werden müsse. Denn nach dem auch im Selbständigen Beweisverfahren anwendbaren [§ 296 Abs. 1](#), [Abs. 4 ZPO](#) kann Präklusion für weiteren Vortrag eintreten, wenn das Gericht eine Frist zur Stellungnahme/zur Erklärung zum weiteren procedere gesetzt hatte und sie nicht genutzt wurde. Das heißt umgekehrt, dass das Gericht neuen Vortrag zuzulassen und das Verfahren fortzusetzen hat, wenn eine solche Frist nicht gesetzt wurde. Bei unterstelltem Eintritt der Verjährung wäre der Partei dies abgeschnitten.

Dieser Ansatz hat den Vorteil, dass die „Verantwortlichkeit“ in die Hände des Gerichts gelegt wird und insoweit klare Verhältnisse geschaffen werden. Angesichts der oben beschriebenen, weit verbreiteten Praxis der Gerichte, eben so vorzugehen, löst sie das Problem nicht wirklich. Sie greift nur dort, wo das Gericht – wie im entschiedenen Falle – eben keine „Abschlussverfügung“ erlassen hat.

V. Fazit



Wolters Kluwer

ARGE
arbeitsgemeinschaft für
bau- und immobilienrecht
baurecht

baurecht
Gesellschaft für Baurecht und Immobilienrecht

Juristerei dient nicht dazu, Leuten, die nicht von Rechtsstreitigkeiten, sondern mit ihnen leben müssen, letzteres besonders anstrengend und ärgerlich zu machen. Die Auffassung, im Selbständigen Beweisverfahren könne für bereits abgearbeitete Mängel vorzeitig Verjährung eintreten, findet im Gesetz keine Stütze.

In der „Ursprungs-Entscheidung“ [VII ZR 159/67 v. 06.11.1969](#) auch nicht.



- Der Autor ist Professor für Baurecht an der Technischen Universität Hamburg und als Schiedsrichter/Vors. im Bau- und Handelsrecht tätig.
1. 1. Rechtsprechung: Als grundlegend wird angesehen [BGH, v. 03.12.1992 – VII ZR 86/92](#), BGHZ 120, 329; vgl. weiter OLG Brandenburg, v. 02.04.2020/16.06.2020 – 12 U 77/19, IBR 2021, 224; OLG Oldenburg, v. 20.08.2019 – 13 U 60/16, juris; OLG Koblenz, v. 17.05.2013 – 10 U 286/12, VersR 103, 1542; OLG Hamm, v. 16.12.2008 – 21 U 117/08, IBR 2009, 188, Knipp, keine Hemmung für Mängel, die nicht mehr Gegenstand des (Ergänzungs-)Gutachtens sind; OLG Dresden, v. 27.11.2008 – 9 U 1128/08, IBR 2009, 61, Alfes, selbst dann, wenn in einem einheitlichen Gutachten mehrere Mängel abgearbeitet werden; OLG München, v. 13.02.2007 – 9 U 4100/06, [BauR 2007, 1095](#) = NJW-RR s2007, 675; LG Nürnberg/Fürth, v. 15.06.2012 – 9 O 2327/11, IBR 2012, 623, jedes einzelne Gutachten der einzelnen Fachsachverständigen; OLG Düsseldorf, v. 07.12.1982 – 21 U 75/82, [BauR 1985, 327](#), „nur zufällige formale Verknüpfung in einem Verfahren“ reicht nicht aus.
Zweifelnd OLG Frankfurt, v. 21.12.2012 – 16 U 128/12, NZBau 2013, 304 = NJW 2013, 1685 [\[BGH 19.03.2013 - VI ZB 68/12\]](#), wenn nur ein Gutachter mit der Mangelfeststellung beauftragt ist.
2. BGB-Kommentare: MünchKomm.-Grothe, 8. Aufl. Rdnr. 103 zu [§ 204 BGB](#) auf den einzelnen Mangel bezogen; Wirth, in: Ingenstau/Korbion, 21. Aufl. TZ 243 zu [§ 13 Abs. 4 VOB/B](#), jeder Mangel hat sein eigenes Schicksal, das Ende der Hemmung tritt also mit abschließender Behandlung ein; Koebler, in: Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 5. Aufl. Teil 14 RZ 198; Schmidt-Ränsch, in: Erman, 16. Aufl. § 204; Peters/Jacobi, in: Staudinger, 2019 TZ 90 S. 878 zu [§ 204 BGB](#); Henrich, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck, 4. Aufl. TZ 0 zu § 204 BGB; Mansel, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, TZ 104, Fn. 461 zu [§ 204 BGB](#); Schliemann, in: Leinemann, 7. Aufl. TZ 179 zu [§ 13 VOB/B](#); Langen, in: Kapellmann/Messerschmidt, 7. Aufl. RZ 22 zu [§ 13 VOB/B](#)
3. ZPO-Kommentare: Ulrich, in: Prütting/Gehrlein, 13. Aufl. RZ 21 zu § 487 ZPO-Hemmung- TZ 7 zu § 492 ZPO nur, solange die Untersuchung eines einzelnen Mangels betrieben wird; Berger, in: Stein/Jonas, 23. Aufl. RZ 48 zu [§ 486 ZPO](#): endet mit seiner sachlichen Erledigung; MünchKomm.-Schreiber, ZPO, 5. Aufl. TZ 29 zu [§ 485 ZPO](#), für jeden abgrenzbaren und bestimmbaren Mangel eigenständig; Herget, in: Zöller, 4. Aufl. TZ 4 zu § 492 ZPO; Ahrens, in: Wieczorek/Schütze, 4. Aufl. TZ 31 vor [§ 485 ZPO](#) – mit Abschluss jeder einzelnen Beweiserhebung.
4. Beiträge: Zustimmend Klose, Die Hemmung der Verjährung: Ein Sammelbecken von Chancen und Fallen im Bauprozess, NZBau 2012, 80 (84); die Rechtsprechung hinnehmend, mit heftiger Kritik an den Auswirkungen Schmitz/Vogel, Verjährungsfragen des auf eine Vielzahl von Mängelsymptomen gerichteten selbständigen Beweisverfahrens, Festschrift für Wolfgang Koebler (2010) S. 635 ff.; Sterner/Hildebrandt, Hemmung und Unterbrechung der Verjährung von Mängelansprüchen nach neuem Recht und neuester Rechtsprechung, ZfIR 2006, 349 (350) bei Fn. 15.
5. Differenziert: Zu Recht keine Unterscheidung zum Hauptsacheprozess Bünningmann, in: Anders/Gehle, 80. Aufl. RZ 7 zu § 492 ZPO- Ende der Hemmung getreu dem Wortlaut Grüneberger/Ellenberger 81. Aufl. RZ 39 zu [§ 204 BGB](#) – Hemmung endet nach Beendigung des eingeleiteten Verfahrens; Retzlaff, ebd. RZ 6 zu § 634a – Beendigung nach den allgemeinen Vorschriften.
6. Ablehnend: Huber, in: Musielak/Voigt, 19. Aufl. Anm. 3 zu § 492 ZPO S. 1427: Abschlussverfügung empfohlen unter der Voraussetzung, dass die förmliche Beweisaufnahme zu allen Beweisfragen stattgefunden hat, unter Berufung auf LG Stuttgart, v. 18.07.2012 – 19 T 75/12, NJW-RR 2013, 62; Kainz, Gewährleistung als Thema der neueren Rechtsprechung des BGH, [BauR 2017, 798 \(804 f.\)](#); ders., Klärungsbedarf zur Verjährungshemmung im selbständigen Beweisverfahren, Festschrift für Wolfgang Koebler (2010) S. 625 ff.; Popescu, in: Leupertz/Preussner/Sienz, Bauvertragsrecht, 2. Aufl. TZ 37 zu [§ 634a BGB](#).

² S. hierzu Schmitz/Vogel S. 636 o.

³ NJW 1993, 851 = BB 1993, 391 = SFH NR. 58 zu § 477 BGB.

⁴ s.o. Fn. 1.



- 5 23 Punkte, vgl. A III/1 der Gründe; Baumängel ein Mal „quer durch das ganze Haus“.
- 6 Hervorh. d. Verf.; s. dazu unten.
- 7 I/2a der Gründe unter Bezug auf die zentrale Entscheidung zur Symptomtheorie [BGH, v. 18.01.1990 – VII ZR 260/88](#) „Supermarkt-Fliesenboden“, BGHZ 110, 99.
- 8 I/2a, 4. Absatz der Gründe.
- 9 BGHZ 53, 43 = NJW 1970, 419 = BB 2070, 191 = LM § 477 Nr. 13, § 638 Nr. 13 „Krautoxin-Versiegelung“.
- 10 Der Leitsatz 2 des Urteils lautet: „Mit der sachlichen Erledigung eines die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen unterbrechenden Beweissicherungsverfahrens beginnt die Verjährung dieser Ansprüche neu zu laufen“ (Hervor. d. Verf.). Es ist schon merkwürdig, dass hier ein obiter dictum zu einem Leitsatz mutierte. In der Entscheidungssammlung Lindenmaier-Möhring, deren damaliger Einfluss als „analoge Datenbank“ auf die Rechtsprechung gar nicht überschätzt werden kann, finden sich sowohl zu § 477 (Nr. 13) als auch zu [§ 638 BGB](#) (Nr. 1) nur die „Leitsätze“. Der Wortlaut der Entscheidung selbst ist überhaupt nicht abgedruckt, sondern nur von Rietschel eingehend kommentiert. Auch dieser lässt es jedoch bei der beiläufigen Wiedergabe des obiter dictum bewenden. Der BGH befasst sich dort nur mit der – zurückgewiesenen! – Meinung der Revisionsführerin.
- 11 BGHZ 66, 138 (141).
- 12 NJW 2011, 594 „Einspritzpumpengehäuse“.
- 13 BGHZ 150, 55 = MDR 2002, 774 = [BauR 2022, 1115](#) = NJW 2002, 1640 „Pflanzenerde“.
- 14 IBRRS 2014, 1130.
- 15 RGZ 83,365 „Bitumen-Extraktionsanlage“.
- 16 RG Recht 1916 Nr. 2083.
- 17 Aus den verschiedenen Epochen seien beispielhaft herausgegriffen: Motive zu dem Entwurf eines § 173 (S. 333) Mugdan, Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich Amtliche Ausgabe Bd I Allgemeiner Teil, Berlin 1896 zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899
1928: Staudinger/Kober, Anm. 7a zu [§ 477 BGB](#) der Verweis auf den Wortlaut des Abs. 2 Satz 2 „bis zur Beendigung des Verfahrens“

1959: RGRK/Kuhn, 11. Aufl. Anm. 9 zu § 477 BGB „endet mit dem Gutachten“ unter Verweis auf RG Recht 1916 Nr. 2083

1980: Soergel/Mühl, 11. Aufl. TZ 2 zu § 639 BGB.
- 18 S. nur BGH, v. 20.02.2022 – VIII ZR 228/00, NJW 2002, 1640; BGHZ 150, 55 = MDR 2002, 774 = [BauR 2022, 1115](#) „Pflanzenerde“; Schmitz/Vogel zu 2a/aa S. 636/37; zur „nur“ konstruktiven Änderung Peters/Jacobi, in: Staudinger, RZ 120 zu [§ 204 BGB](#); zum Selbständigen Beweisverfahren BT-Drucks. 11/3621 S. 23.
- 19 S.a. Kainz, Gewährleistung als Thema der neueren Rechtsprechung des BGH, [BauR 17, 798 \(804\)](#) .
- 20 BGHZ 150, 55 = MDR 2002, 774 = [BauR 2002, 1115](#) „Pflanzenerde“.
- 21 Vgl. nur den Gesetzestext, [§ 485 Abs. 2 Satz 2 ZPO](#) .
- 22 Dabei kann unerörtert bleiben, ob dieser Zweck tatsächlich in einer ins Gewicht fallenden Anzahl der Fälle erreicht wird und nicht das Hauptsachverfahren eine „Neuaufgabe“ des Beweisverfahrens durch den dort Unterlegenen erzwingt. Dazu gehört auch die Streitfrage der Präjudizierung, die zunehmend offen gesehen wird und somit einen weiteren Anreiz zum Fortprozessieren liefert. Vgl. aktuell OLG Brandenburg, v. 29.07.2021 – 12 U 230/20, NJW-RR 2021, 1600.
- 23 S. Kainz (s.o. Fn. 1/6) zu II. 3, S. 630.
- 24 Ausführlich und zutreffend Schmitz/Vogel (s.o. Fn. 1/4), zu III., Strategien des Antragstelleranwalts, S. 642 ff.
- 25 Vgl. etwa OLG München, v. 13.02.2007 – 9 U 4100/06, gleiche Mangelursache (zu dünne Lackierung von Holzoberflächen) bei verschiedenen Bauteilen reicht nicht aus (unabhängig davon, dass die Entscheidung in der Sache richtig ist).
- 26 S. nur Ulrich, in: Prütting/Gehrlein (s.o. Fn. 1/3) § 487 TZ 21.
- 27 Dazu Peters/Jacobi, in: Staudinger, RZ 90/Ziff. 7 zu [§ 204 BGB](#); Schmitz/Vogel (s.o. Fn. 1/4) S. 639; Seiler, in: Thomas/Putzo, 43. Aufl. RZ



Wolters Kluwer

arge arbeitgemeinschaft für
bau- und immobilienrecht
baurecht

baurecht
Gesellschaft für Baurecht, Immobilienrecht und Bauwesen

3 zu § 493 ZPO [BGH, v. 20.02.2002 – VIII ZR 228/00](#), s.o., BGHZ 150, 55.

[28](#) Kainz, oben Fn. I.6, S. 805.

[29](#) OLG Stuttgart, v. 30.11.2021 – 10 U 58/21, MDR 2022, 360 = ZfBR 2022.