BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 168/15

Verkündet am:
8. September 2016
Klein,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 304

Nimmt ein Auftraggeber einen Ingenieur auf Schadensersatz wegen Mängeln des Ingenieurwerks in Anspruch, so darf ein Grundurteil nur ergehen, wenn grundsätzlich alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind. An dieser Voraussetzung für den Erlass eines Grundurteils fehlt es, wenn das Gericht überhaupt keine Feststellungen zu Mängeln des Ingenieurwerks, die zu vom Auftraggeber geltend gemachten Mängeln der am Bauwerk installierten Anlagen geführt haben, getroffen hat.

BGH, Urteil vom 8. September 2016 - VII ZR 168/15 - OLG Celle
LG Verden

ECLI:DE:BGH:2016:080916UVIIZR168.15.0

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. September 2016 durch die Richter Dr. Kartzke, Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Sacher und Borris

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Teil- und Grundurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 18. Juni 2015 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

Auf die Anschlussrevision des Klägers wird das genannte Urteil insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers hinsichtlich des Feststellungsantrags (Klageantrag Nr. 3) zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der durch die Nebeninterventionen verursachten Kosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger, ein eingetragener Verein, verlangt von dem Beklagten Schadensersatz wegen angeblich mangelhafter Ingenieurleistungen.

2 Der Kläger betreibt das Alten- und Pflegeheim "H. a. S.". Er beabsichtigte dessen Umbau und Erweiterung. Mit Ingenieurvertrag vom 17. Oktober 2002 beauftragte er den Beklagten mit der Objektplanung, der Tragwerksplanung, den bauphysikalischen Nachweisen und der Technischen Gebäudeausrüstung. Dem Beklagten wurden unter anderem Grundleistungen für Sanitärtechnik, Heizungs- und Raumlufttechnik, Elektrotechnik und Küchentechnik entsprechend den Leistungsphasen 1 bis 9 des § 73 HOAI a.F. übertragen. Nr. 13.0 Abs. 3 des Ingenieurvertrags lautet wie folgt:

> "Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, ausgenommen ist hier ausdrücklich die LP 9 (Objektbetreuung und Dokumentation), bzw. nach Ingebrauchnahme des Gesamtobjektes."

3 Am 29. November 2003 wurde der umgebaute und neu errichtete Bereich bezogen und am 5. Dezember 2003 offiziell in Gebrauch genommen. Mit Schreiben vom 27. Mai 2004 übersandte der Beklagte sämtliche Bauunterlagen an den Kläger. Dieser bezahlte die Schlussrechnung des Beklagten vom 24. Juni 2004. Am 20. Juli 2004 erfolgte die Gesamtabnahme des Um- und Neubaus.

4 Anlässlich einer im Jahr 2008 durchgeführten Brandschau stellte der Landkreis Mängel fest. Das mit der weiteren Untersuchung beauftragte Ingenieurbüro F. kam zu dem Ergebnis, dass die sicherheitstechnischen Anlagen nicht in einem ordnungsgemäßen Zustand seien.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

5 Am 14. Januar 2010 beantragte der Kläger die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens (7 OH 1/10 Landgericht V.) unter anderem gegen den Beklagten. Der Antrag wurde dem Beklagten am 21. Januar 2010 zugestellt. Die in diesem Verfahren beauftragten gerichtlichen Sachverständigen v. K. und Dipl.-Ing. B. stellten Mängel an der Lüftungsanlage und an den elektrischen Einrichtungen fest.

6 Mit der dem Beklagten zu Händen seiner Prozessbevollmächtigten am 9. Januar 2014 zugestellten Klage hat der Kläger den Beklagten unter anderem auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 227.137,68 € nebst näher bezeichneter Zinsen in Anspruch genommen (Klageantrag Nr. 1) und die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten begehrt, dem Kläger die über den Betrag im Antrag Nr. 1 genannten hinausgehenden notwendigen Kosten zur Herstellung der Funktionsfähigkeit der technischen Anlagen der elektrischen/ elektronischen Ausführung und der Lüftungsanlage beim Alten- und Pflegeheim "H. a. S." zu erstatten (Klageantrag Nr. 3). Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts teilweise aufgehoben und die Klage mit dem Klageanspruch zu Nr. 1 dem Grunde nach für begründet erklärt. Die weitergehende Berufung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

8 Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts. Mit der Anschlussrevision verfolgt der Kläger seinen Feststellungsantrag (Klageantrag Nr. 3) weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit zu dessen Nachteil entschieden worden ist, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht. Die Anschlussrevision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die Berufung des Klägers hinsichtlich des Feststellungsantrags (Klageantrag Nr. 3) zurückgewiesen worden ist, und im Umfang der Aufhebung zur Zurückverweisung an das Berufungsgericht.

I.

10 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2016, 539 veröffentlicht ist, hat, soweit für die Revision und die Anschlussrevision von Bedeutung, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

11 Der Kläger habe gegen den Beklagten dem Grunde nach Anspruch auf Schadensersatz aus dem am 17. Oktober 2002 zwischen den Parteien geschlossenen Ingenieurvertrag.

12 Die Voraussetzungen dieses Anspruchs seien zum Grund erfüllt. Das Werk des Beklagten sei mangelhaft. Die Fülle und Erheblichkeit der von den Sachverständigen v. K. und Dipl.-Ing. B. festgestellten Ausführungsmängel an Lüftung und Elektroinstallation ließen sicher darauf schließen, dass der Beklagte unzureichend geplant oder die Handwerker bei Arbeiten - insbesondere in dem sicherheitsrelevanten Bereich - ungenügend überwacht habe oder beides. Der Kläger habe dem Beklagten keine Frist zur Nacherfüllung bestimmen müssen. Denn die Versäumnisse des Beklagten hätten sich in den Mängeln der Gewerke bereits niedergeschlagen. Der Beklagte habe die Mängel zu vertreten.

Bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, die von ihm als Fachmann zu erwarten gewesen sei, hätte er so planen und überwachen müssen, dass es zu den Ausführungsmängeln jedenfalls nicht in demjenigen Umfang gekommen wäre, wie dieses geschehen sei.

13 Dem Kläger sei infolge der Mängel ein Schaden entstanden. Angesichts der Vielzahl der Mängel und der Höhe der mit 227.137,68 € behaupteten Beseitigungskosten sei zu erwarten, dass von dem Beklagten zu verantwortende Mängel und ein gewisser Betrag übrigblieben.

14 Der Beklagte sei nicht berechtigt, aufgrund der von ihm erhobenen Einrede der Verjährung die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB). Die Erhebung der Klage auf Leistung durch Zustellung der Klageschrift an den Beklagten am 9. Januar 2014 habe die fünfjährige Verjährung (§ 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) rechtzeitig gehemmt.

15 Das Werk des Beklagten sei erst am 29. November 2008 abnahmereif gewesen. Denn bis zu diesem Zeitpunkt habe er die Überwachung der Mangelfreiheit der Handwerkerleistungen aufgrund der von ihm entsprechend Leistungsphase 9 geschuldeten Objektbetreuung geschuldet. Die Gewährleistungsfrist von fünf Jahren für die ausgeführten Gewerke, die der Beklagte zu betreuen gehabt habe, habe am 30. Januar 2003 begonnen, nachdem der Kläger die ausgeführten Gewerke stillschweigend abgenommen habe, indem er am 29. Januar 2003 begonnen habe, sein Heim zu belegen. Vom 21. Januar 2010 bis 10. Februar 2013 sei die Verjährung gehemmt gewesen. Am 21. Januar 2010 habe der Beklagte den Antrag des Klägers auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens zugestellt erhalten, am 10. August 2012 habe dieses Verfahren geendet.

16 Die Vereinbarung in Nr. 13.0 Abs. 3 des Ingenieurvertrags sei unwirksam, § 309 Nr. 8 Buchst. b) ff) BGB. Sie sei eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, die der Beklagte dem Kläger gestellt habe (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) und welche die gesetzliche Verjährung erleichtere.

17 Eine Teilabnahme (nach Beendigung der Leistungsphase 8) hätten die Parteien weder bei Abschluss des Ingenieurvertrags noch im Nachhinein vereinbart. Nr. 13.0 Abs. 3 des Vertrages bestimme nicht in zulässiger Weise eine Teilabnahme der Leistungen nach Beendigung der Phasen 1 bis 8 mit der Folge des Beginns der Verjährung für diese Phasen mit der Teilabnahme. Der Kläger habe das Werk des Beklagten, soweit es die Leistungen entsprechend den Leistungsphasen 1 bis 8 betreffe, nicht schlüssig abgenommen. Denn der Wille des Bauherrn zur Vorwegabnahme müsse wegen der gravierenden Folgen der Abnahme klar zum Ausdruck kommen. Er dürfe nicht unterstellt werden und sei auch mit Blick auf die Bezahlung der Schlussrechnung des Beklagten eine Woche nach dem 24. Juni 2004 nicht zu vermuten, zumal noch Betreuungsleistungen ausgestanden hätten. Der Streit über den Betrag des Anspruchs sei nicht zur Entscheidung reif.

18 Der Feststellungsantrag sei unbegründet. Angesichts der Ungewissheit, in welchem Maße der Beklagte für die Ausführungsfehler mitverantwortlich sei, sei nicht zu erkennen, dass höherer Schaden entstanden sei als der bezifferte Betrag.

II. Revision des Beklagten

19 1. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist.

20 Das Berufungsgericht hat, was das Revisionsgericht von Amts wegen zu prüfen hat (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2012 - II ZR 159/10, NJW-RR 2013, 363 Rn. 14 m.w.N.), die Voraussetzungen für den Erlass eines Grundurteils rechtsfehlerhaft für gegeben erachtet.

21 a) Ein Grundurteil (§ 304 Abs. 1 ZPO) darf nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, grundsätzlich alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind, und wenn nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Oktober 2013 - V ZR 230/12, BGHZ 198, 327 Rn. 26 m.w.N.; Urteil vom 13. August 2015 - VII ZR 90/14, BGHZ 206, 332 Rn. 44).

22 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Erlass des Grundurteils auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtsfehlerhaft. Zwar ist der mit dem Klageantrag Nr. 1 geltend gemachte Anspruch nach Grund und Höhe streitig. Das Berufungsgericht hat indes nicht alle Fragen erledigt, die zum Grund gehören.

23 Der Kläger hat in der Klageschrift unter Bezugnahme auf die Ausführungen der Sachverständigen v. K. und Dipl.-Ing. B. geltend gemacht, für die angeführten Mängel der am Bauwerk installierten Anlagen (Lüftung und Elektroinstallation) sei der Beklagte sowohl unter dem Gesichtspunkt von Planungsmängeln als auch unter dem Gesichtspunkt von Mängeln in der Bauaufsicht verantwortlich.

24 Das Berufungsgericht hat insoweit überhaupt keine Feststellungen zu Mängeln des Ingenieurwerks, die zu den vom Kläger angeführten Mängeln der am Bauwerk installierten Anlagen geführt haben, getroffen. Dem Berufungs-

urteil lässt sich deshalb nicht entnehmen, ob der Beklagte dem Grunde nach wegen derartiger Mängel des Ingenieurwerks haftet.

25 2. Das Berufungsurteil kann danach, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist, keinen Bestand haben. Es ist insoweit aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO.

26 Insbesondere ist die Klage nicht aufgrund der vom Beklagten erhobenen Verjährungseinrede (§ 214 Abs. 1 i.V.m. § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB) abweisungsreif. Im Ergebnis ohne Erfolg wendet sich der Beklagte gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Verjährungseinrede greife nicht durch. Der rechtlichen Nachprüfung hält es stand, dass das Berufungsgericht eine wirksame Vorverlegung des Verjährungsbeginns auf den Zeitpunkt der Ingebrauchnahme des Gesamtobjekts verneint hat. Der rechtlichen Nachprüfung hält es ebenfalls stand, dass das Berufungsgericht eine Teilabnahme nach Beendigung der Leistungsphase 8 und einen an eine derartige Teilabnahme anknüpfenden Beginn der Verjährung verneint hat.

27 a) Die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 enthält zwei inhaltlich voneinander trennbare, einzeln aus sich heraus verständliche Regelungen ("Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, ausgenommen ist hier ausdrücklich die LP 9 (Objektbetreuung und Dokumentation)" einerseits und "Die Verjährung beginnt nach Ingebrauchnahme des Gesamtobjektes" andererseits), die unbeschadet des sprachlichen Zusammenhangs Gegenstand gesonderter Wirksamkeitsprüfung sein können.

28 b) Die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 Alt. 2 "Die Verjährung beginnt nach Ingebrauchnahme des Gesamtobjektes" ist entweder gemäß § 309

Nr. 8 b) ff) BGB oder gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers unwirksam.

29 aa) Bei der Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 handelt es sich insgesamt um eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Annahme des Berufungsgerichts, es handele sich um eine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingung, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

30 Nach ständiger Rechtsprechung kann sich aus dem Inhalt und der Gestaltung der in einem Bauvertrag verwendeten Bedingungen ein von dem Verwender zu widerlegender Anschein dafür ergeben kann, dass die Klauseln zur Mehrfachverwendung vorformuliert worden sind (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juni 2005 - VII ZR 277/04, BauR 2006, 106, juris Rn. 8; Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 53/03, BGHZ 157, 102, 106, juris Rn. 24). Ein solcher Anschein kann sich zum Beispiel daraus ergeben, dass Vertragsklauseln weitgehend allgemein und abstrakt gehalten sind (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2015 - VII ZR 92/14, BGHZ 204, 346 Rn. 30 m.w.N.). Für Architekten- und Ingenieurverträge gilt Entsprechendes.

31 Nr. 13.0 Abs. 3 ist im Hinblick darauf, dass diese Bestimmung weitgehend allgemein und abstrakt gehalten ist, allem Anschein nach für eine Mehrfachverwendung vorformuliert. Den Anschein einer Mehrfachverwendung hat der Beklagte nicht widerlegt. Die in diesem Zusammenhang von der Revision erhobenen Gehörsrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

32 bb) Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass der Beklagte die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 dem Kläger gestellt hat, wird von den Parteien hingenommen. Gleiches gilt für die Feststellung des Berufungsgerichts, dass

die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 nicht im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB zwischen den Parteien ausgehandelt worden ist. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

33 cc) Die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 Alt. 2 "Die Verjährung beginnt nach Ingebrauchnahme des Gesamtobjektes" ist entweder gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB oder gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers unwirksam.

34 (1) Nach § 309 Nr. 8 b) ff) BGB ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Bestimmung unwirksam, durch die bei Verträgen über die Lieferung neu hergestellter Sachen und über Werkleistungen die Verjährung von Ansprüchen gegen den Verwender wegen eines Mangels in den Fällen des § 438 Abs. 1 Nr. 2 BGB und des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB erleichtert wird. Eine derartige unzulässige Erleichterung liegt unter anderem dann vor, wenn der Verjährungsbeginn - gemessen am vom Gesetz vorgesehenen Beginn - vorverlegt wird (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, ZIP 2016, 1634 Rn. 49, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15, BauR 2016, 1013 Rn. 37 = NZBau 2016, 351, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 245/85, BauR 1987, 113, 115, juris Rn. 16, zu § 11 Nr. 10 f) AGBG).

35 Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB findet § 309 BGB unter anderem keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden. Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 2 BGB findet § 307 Abs. 1 und 2 BGB in den Fällen des § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB auch insoweit Anwendung, als dies zur Unwirksamkeit von in § 309 BGB genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen. Dem strikten Klauselverbot

des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB kommt im Rahmen des § 307 BGB Indizwirkung für die Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel zu (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 Rn. 21 = NZBau 2014, 47; Urteil vom 8. März 1984 - VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 277 f., juris Rn. 22 ff.; je zu § 11 Nr. 10 f), § 9 AGBG). Dies gilt auch für die Erleichterung der Verjährung bezüglich bauwerksbezogener Leistungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Ingenieurs, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1998 - VII ZR 109/97, BauR 1999, 670, juris Rn. 8; Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 Rn. 21 = NZBau 2014, 47).

36 (2) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 Alt. 2 wegen unangemessener Benachteiligung des Klägers entweder gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB oder gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weshalb dahinstehen kann, ob der Kläger, der als eingetragener Verein nicht Verbraucher ist (§ 13 BGB), in Bezug auf den Abschluss des Ingenieurvertrags vom 17. Oktober 2002 Unternehmer ist.

37 Mit der Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 Alt. 2 wird die Verjährung von Mängelansprüchen, darunter solchen gemäß § 634 Nr. 4 BGB, gegen den mit Leistungen gemäß den Leistungsphasen 1 bis 9 des § 73 HOAI a.F. beauftragten Beklagten durch Vorverlegung des Verjährungsbeginns auf den Zeitpunkt der Abnahme des Gesamtobjekts gegenüber der gesetzlichen Regelung erleichtert. Die Verjährung der in § 634 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 4 BGB bezeichneten Ansprüche beginnt in dem hier einschlägigen Fall des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB. Wird ein Ingenieur mit Leistungen gemäß § 73 HOAI a.F. einschließlich solchen der Leistungsphase 9 beauftragt, hat er seine Leistungen vertragsgemäß erst erbracht, wenn auch die Leistungen gemäß Leistungsphase 9 erfüllt sind (vgl. BGH, Urteil vom

10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, BauR 2014, 127 Rn. 29 = NZBau 2014, 47, bezüglich eines Ingenieurs, der mit Leistungen gemäß § 55 HOAI a.F. einschließlich Leistungsphase 9 beauftragt ist). Bei Beauftragung mit Leistungen einschließlich Leistungsphase 9 des § 73 HOAI a.F. kann daher eine Abnahme grundsätzlich erst angenommen werden, wenn auch die dieser Leistungsphase entsprechenden Leistungen erbracht sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, aaO).

38 c) Der rechtlichen Nachprüfung hält es auch stand, dass das Berufungsgericht eine Teilabnahme nach Beendigung der Leistungsphase 8 und einen an eine derartige Teilabnahme anknüpfenden Beginn der Verjährung verneint hat.

39 aa) Die Verjährung der in § 634a Nr. 4 BGB bezeichneten Ansprüche beginnt in dem hier einschlägigen Fall des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB, wie bereits erörtert, grundsätzlich mit der Abnahme, § 634a Abs. 2 BGB. Bei einer Teilabnahme beginnt die Verjährung derjenigen Mängelansprüche, die sich auf den abgenommenen Teil beziehen (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 1983 - VII ZR 185/81, BauR 1983, 573, 575, juris Rn. 18; Kniffka/Kniffka, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 634a Rn. 36).

40 bb) Entgegen der Auffassung der Revision ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht eine konkludente Teilabnahme der bis zur Leistungsphase 8 erbrachten Leistungen aufgrund der Bezahlung der vom Beklagten gestellten Schlussrechnung verneint hat.

41 Bei einer erst teilweise ausgeführten Leistung kommt eine Abnahme durch konkludentes Verhalten regelmäßig nicht in Betracht (BGH, Urteil vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111, 115 f., juris Rn. 27). Ob eine konkludente Abnahme vorliegt, beurteilt sich grundsätzlich nach den Umständen des Einzelfalls (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, ZIP 2016,

1634 Rn. 52, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Urteil vom 20. Februar 2014 - VII ZR 26/12, BauR 2014, 1023 Rn. 15). Die insoweit vom Tatrichter vorzunehmende Auslegung ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt dahingehend überprüfbar, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - VII ZR 171/15, aaO).

42 In diesem Rahmen beachtliche Rechtsfehler des Berufungsgerichts liegen unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Vertragsbestimmung Nr. 13.0 Abs. 3 Alt. 1 "Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, ausgenommen ist hier ausdrücklich die LP 9 (Objektbetreuung und Dokumentation)" keine Vereinbarung einer Teilabnahme der bis zur Leistungsphase 8 erbrachten Leistungen enthält, nicht vor. Diese Bestimmung legt vielmehr den Beginn der Verjährungsfrist für den Fall einer Abnahme der bis zur Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistungen fest (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12, aaO Rn. 29; Urteil vom 27. Januar 2011 - VII ZR 186/09, BGHZ 188, 128 Rn. 55; Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04, BauR 2006, 1332, 1333, juris Rn. 13 = NZBau 2006, 519, je zu vergleichbaren Klauseln). Die im vorstehenden Zusammenhang von der Revision erhobenen Gehörsrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

43 3. Die Sache ist deshalb im Umfang der vorstehend genannten Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. Anschlussrevision des Klägers

44 1. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit die Berufung des Klägers hinsichtlich des Feststellungsantrags (Klageantrag Nr. 3) zurückgewiesen worden ist. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann dieser Antrag nicht für unbegründet erachtet werden.

45 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Geschädigte neben einer Leistungsklage (Zahlungsklage) auch eine Feststellungsklage erheben, wenn der entstandene oder noch entstehende Schaden nicht bereits in vollem Umfang durch den Zahlungsantrag erfasst wird (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juni 1991 - VII ZR 372/89, BauR 1991, 606, 611, juris Rn. 52 m.w.N., insoweit in BGHZ 114, 383 nicht abgedruckt), wobei die Anforderungen an die Substantiierungspflicht des Geschädigten bezüglich der Wahrscheinlichkeit eines weiteren Schadens nicht überspannt werden dürfen (BGH, Urteil vom 6. Juni 1991 - VII ZR 372/89, aaO, juris Rn. 54 m.w.N.).

46 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es den Feststellungsantrag für unbegründet erachtet hat, nicht tragfähig. Die vom Berufungsgericht angeführte Ungewissheit, in welchem Umfang der Beklagte für die Ausführungsfehler mitverantwortlich ist, sagt nichts über die Wahrscheinlichkeit eines weiteren Schadens als des durch den Zahlungsantrag erfassten aus.

47 2. Das Berufungsurteil stellt sich insoweit auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar. Wie vorstehend erörtert, wendet sich der Beklagte im Ergebnis ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Verjährungseinrede greife nicht durch, weshalb die vom Landgericht vorgenommene Abweisung der Feststellungsklage nicht im Hinblick auf die erhobene Verjährungseinrede bestätigt werden kann.

48 3. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben, soweit die Berufung des Klägers hinsichtlich des Feststellungsantrags (Klageantrag Nr. 3) zurückgewiesen worden ist. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, weshalb die Sache im Umfang der vorstehend genannten Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen ist.

Kartzke Halfmeier Jurgeleit

Sacher Borris

Vorinstanzen:
LG Verden, Entscheidung vom 12.12.2014 - 7 O 348/13 -
OLG Celle, Entscheidung vom 18.06.2015 - 6 U 12/15 -