BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 19/12

Verkündet am:
10. Oktober 2013
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

AGBG § 9 Bg, § 24 (in der Fassung vom 9. Dezember 1976)

a) Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Ingenieurs enthaltene Verkürzung der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche für auf Bauwerke bezogene Planungs- und Überwachungsleistungen auf zwei Jahre ist auch bei Verwendung gegenüber einer Juristischen Person des öffentlichen Rechts unwirksam.

BGB § 157 Ga, § 640

b) Die Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Ingenieurs

> "Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, spätestens mit Abnahme der in Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistung, bei Leistungen nach Teil VII der HOAI unter Einschluss auch der nach § 57 zu erbringenden Leistung der örtlichen Bauüberwachung"

enthält keine Vereinbarung einer Teilabnahme der bis zur Leistungsphase 8 der §§ 55 und 57 HOAI (in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. März 1991) zu erbringenden Leistungen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04, BauR 2006, 1332 = NZBau 2006, 519).

BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 - VII ZR 19/12 - OLG Koblenz
LG Mainz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2013 durch den Richter Dr. Eick, die Richterin Safari Chabestari und die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 22. Dezember 2011 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin, eine Verbandsgemeinde, nimmt die Beklagte, eine Ingenieurgesellschaft, auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Klägerin schloss am 28. Dezember 1994 mit der F. GmbH einen Werkvertrag zur schlüsselfertigen Erstellung der von ihr nunmehr betriebenen kommunalen Kläranlage unter Vereinbarung einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist. Die Hoch- und Tiefbauarbeiten wurden am 1. April 1996 abgenom-

men; die maschinen- und elektrotechnischen Einrichtungen am 1. August 1996. Die Kläranlage ging am 1. April 1996 in Betrieb.

3 Mit Ingenieurvertrag vom 19. September/4. Oktober 1994 beauftragte die Klägerin die Beklagte mit den Leistungen entsprechend den Leistungsphasen 5 bis 9 der §§ 55 und 57 HOAI (in der Fassung der Bekanntmachung vom 4. März 1991). Das von der Beklagten gestellte Vertragsformular sah in § 12 - Verjährung - folgende Alternativen vor:

> 12.1 Die Verjährungsfrist wird auf zwei Jahre festgesetzt.
>
> 12.2 Die Verjährungsfrist wird auf Jahre festgesetzt, längstens aber fünf Jahre.

4 Die Klägerin hat das ihr von der Beklagten zugeleitete, bereits unterzeichnete Vertragsexemplar, in dem der Text zu 12.2 "ausgeixt" war, gegengezeichnet und an die Beklagte zurückgeleitet. In dem von ihr dem Gericht vorgelegten zweiten Vertragsexemplar hat der Vertragsvordruck zu 12.1 und 12.2 keine Veränderung erfahren.

5 In das Vertragsverhältnis der Parteien wurden auch die von der Beklagten gestellten Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Ingenieurvertrag (AVI) einbezogen, die in § 5 - Verjährung/Gewährleistungs-/Haftungsdauer - Folgendes bestimmen:

> (1) Ansprüche des Auftraggebers gegen den Ingenieur, gleich aus welchem Rechtsgrund, verjähren mit Ablauf von zwei Jahren, sofern vertraglich keine andere Frist vereinbart wird, längstens aber in fünf Jahren. Verjähren die Ansprüche des Auftraggebers gegen die übrigen an der Planung und Ausführung des Objekts/der Objekte Beteiligten zu einem früheren Zeitpunkt, so endet auch die Verjährungsfrist für alle Ansprüche des Auftraggebers im Zusammenhang mit Leistungen aus diesem Vertrag zum glei-

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

chen Zeitpunkt. Das gilt nicht, wenn der Ingenieur den Mangel arglistig verschwiegen hat.

(2) ...

(3) Die Verjährung beginnt mit der Abnahme der letzten nach diesem Vertrag zu erbringenden Leistung, spätestens mit Abnahme der in Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistung, bei Leistungen nach Teil VII HOAI unter Einschluss auch der nach § 57 zu erbringenden Leistung der örtlichen Bauüberwachung, § 3 (2) AVI bleibt unberührt.

(4) Für Leistungen, die danach zu erbringen sind, beginnt die Verjährung mit Abnahme der letzten Leistung.

6 Die Klägerin hat die Schlussrechnung der Beklagten, in der auch die Vergütung für die Leistungsphase 9 geltend gemacht wurde, am 27. Februar 1998 beglichen.

7 Am 19. Dezember 2001 beantragte die Klägerin wegen Mängeln der Kläranlage die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens gegen die F. GmbH und die Beklagte. Die Antragsschrift wurde der Beklagten am 2. Januar 2002 zugestellt. Mit Beschluss vom 3. Dezember 2007 wurde den Beteiligten eine Frist zur Stellungnahme zu dem letzten Ergänzungsgutachten von sechs Wochen gesetzt, die antragsgemäß bis 30. Januar 2008 verlängert wurde. Eine Stellungnahme ging nicht mehr ein. Im Hinblick auf in dem selbständigen Beweisverfahren festgestellte, der Beklagten angelastete Mängel verlangt die Klägerin Ersatz ihrer bisherigen Aufwendungen zur Mängelbeseitigung und die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für weiter erforderlich werdende Aufwendungen.

8 Die Klägerin hat mit Klageschrift vom 18. Juli 2005, der Beklagten zugestellt am 26. Juli 2005, Klage gegen die Beklagte mit dem Antrag erhoben, fest-

zustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden einschließlich etwaiger Wertminderung der Kläranlage zu ersetzen, die durch mangelhafte Planung und Bauaufsicht entstanden sind. Im Hinblick auf das anhängige selbständige Beweisverfahren hat das Landgericht mit Beschluss vom 5. Dezember 2005 das Ruhen des Verfahrens angeordnet. Nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens hat die Klägerin den Rechtsstreit mit am 24. Juni 2008 eingegangenem Schriftsatz wieder aufgenommen.

9 Die Klägerin hat erstinstanzlich zuletzt beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 883.383,17 € nebst Zinsen zu zahlen und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus im Einzelnen bezeichneten Mängeln noch entstehen werde. Das Landgericht hat die Beklagte unter Abweisung der weitergehenden Klage verurteilt, an die Klägerin 499.652,32 € nebst Zinsen zu zahlen und der Feststellungsklage stattgegeben.

10 Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage im Hinblick auf die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung insgesamt abgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

11 Die Revision der Klägerin führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

12 Auf das Schuldverhältnis der Parteien ist unter Berücksichtigung der für die Verjährung geltenden Übergangsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB das

Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anwendbar, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB), das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der bei Vertragsschluss gültigen Fassung.

I.

13 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, sämtliche Ansprüche der Klägerin seien verjährt. Die Parteien hätten wirksam eine zweijährige Gewährleistungsfrist vereinbart. Die spätestens ab 27. Februar 1998 laufende Frist sei bei Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens bereits verstrichen gewesen.

14 Die Klägerin sei durch die von der Beklagten vorgegebenen Klauseln im Sinne von § 9 AGBG nicht unangemessen benachteiligt worden. Zwar komme einem strikten Klauselverbot des § 11 AGBG im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG Indizwirkung für die Unwirksamkeit der Klausel auch im unternehmerischen Geschäftsverkehr zu. Dementsprechend habe der Bundesgerichtshof die Vereinbarung einer verkürzten Verjährung bei Bauwerken nach § 638 Abs. 1 BGB durch Allgemeine Geschäftsbedingungen des Unternehmers auch im kaufmännischen Verkehr als unwirksam angesehen. Ob dies auch für Architekten- und Ingenieurverträge mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts gelte, sei allerdings - soweit ersichtlich - höchstrichterlich noch nicht entschieden.

15 Die Frage nach der Unwirksamkeit einer die Verjährung verkürzenden Klausel könne nicht schematisch bejaht werden. Denn dies liefe praktisch darauf hinaus, § 11 Nr. 10f AGBG über § 24 Satz 2 i.V.m. § 9 AGBG stets anzuwenden, obwohl dies gemäß § 24 Satz 1 Nr. 2 AGBG gerade ausgeschlossen

sei. Daher sei eine differenzierende Betrachtung, Prüfung und Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls geboten. Die gerichtliche Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen diene dazu, die fehlende oder unzureichende Verhandlungsmacht des Vertragspartners des Verwenders zu kompensieren. Je stärker die Verhandlungsmacht des Vertragspartners des Verwenders sei, umso weniger werde man eine treuwidrige und unangemessene Benachteiligung annehmen können. Die Klägerin habe sich der Beklagten gegenüber in einer Position überlegener Verhandlungsmacht befunden. Bauaufträge des Staates und der Gebietskörperschaften seien begehrt. In dem von der Klägerin vorgelegten, von ihrem Bürgermeister unterzeichneten Vertragsexemplar sei die formularmäßig vorgegebene Zeile unter § 12.2 nicht durchgestrichen. Das verdeutliche, dass der Klägerin seinerzeit zwei in der Verjährungsfrage voneinander abweichende Vertragsangebote unterbreitet worden seien. Die unter dem 4. Oktober 1994 getroffene Entscheidung des Bürgermeisters, das Vertragsangebot mit der zweijährigen Verjährungsfrist anzunehmen, sei einem "Aushandeln im Einzelnen" zumindest angenähert. Es könne nach all dem nicht davon ausgegangen werden, dass das von der Beklagten vorgegebene Klauselwerk mit einer freien Entscheidungsoption zur maßgeblichen Verjährungsfrist die Klägerin unangemessen benachteilige.

16 Die wirksam vereinbarte zweijährige Verjährungsfrist habe spätestens mit der vorbehaltlosen Zahlung der Schlussrechnung der Beklagten am 27. Februar 1998 begonnen, da darin die Abnahme der bis zur Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistungen gelegen habe. Die Verjährung sämtlicher Ansprüche der Klägerin sei daher im Jahre 2000 eingetreten, so dass das Ende 2001 eingeleitete selbständige Beweisverfahren eine Unterbrechung der Verjährung nicht mehr habe bewirken können. Auf Überlegungen zur Sekundärhaftung der Beklagten komme es nicht an, weil weder dargetan noch ersichtlich

sei, dass die Klägerin als juristische Person des öffentlichen Rechts einer Belehrung über die maßgeblichen Haftungs- und Verjährungsfragen bedurft habe.

II.

17 Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die Abweisung der Klage wegen Verjährung der geltend gemachten Ansprüche.

18 1. Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts ist die Verkürzung der Verjährungsfrist in § 5 Abs. 1 AVI und § 12.1 des Vertrags auf zwei Jahre für alle Ansprüche gemäß § 9 AGBG unwirksam, und zwar sowohl hinsichtlich der fünfjährigen Gewährleistungsfrist bei Bauwerken als auch hinsichtlich der bei Vertragsschluss maßgeblichen 30-jährigen Verjährungsfrist bei positiver Vertragsverletzung.

19 a) Die Beklagte hat unstreitig das Vertragsformular und die Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Ingenieurvertrag gestellt. Bei § 12.1 und § 12.2 des Vertrags sowie § 5 der AVI handelt es sich um vorformulierte Vertragsbestimmungen, die für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sind und damit um Allgemeine Geschäftsbedingungen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Formulartext mit den durch § 12.1 und § 12.2 eingeräumten Alternativen die Möglichkeit vorsieht, durch Streichung der Klausel § 12.1 und Ergänzung von § 12.2 auf die Gewährleistungsfrist einzuwirken (vgl. BGH, Urteil vom 9. April 1987 - III ZR 84/86, NJW 1987, 2011; Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, 9. Aufl., § 1 Rn. 53), jedenfalls solange von der Möglichkeit in § 12.2 nicht Gebrauch gemacht wird. Auch die Eröffnung von Wahlmöglichkeiten zwischen mehreren vorformulierten Vertragsbedingungen macht die vom

Vertragspartner gewählte Alternative grundsätzlich noch nicht zur Individualabrede (BGH, Urteil vom 7. Februar 1996 - IV ZR 16/95, NJW 1996, 1676, 1677).

20 b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Umständen, aus denen das Berufungsgericht einen dem "Aushandeln im Einzelnen" angenäherten Sachverhalt entnehmen will. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass dem Bürgermeister der Klägerin zwei in der Verjährungsfrage voneinander abweichende Vertragsangebote unterbreitet worden seien, von denen er in freier Entscheidung dasjenige mit der zweijährigen Verjährungsfrist angenommen habe. Zu dieser Annahme ist das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft gelangt. Das Berufungsgericht durfte, wie die Revision zu Recht rügt, nicht ohne einen vorherigen Hinweis an die Parteien davon ausgehen, dass die Klägerin von den beiden ihr übersandten unterschiedlichen Vertragsexemplaren bewusst dasjenige mit dem "ausgeixten" § 12.2 ausgewählt habe. Denn weder hatte die Beklagte behauptet, der Klägerin zwei unterschiedliche Vertragsexemplare zur Auswahl übersandt zu haben, noch war im Rechtsstreit die unterschiedliche vertragliche Gestaltung der beiden Vertragsentwürfe thematisiert worden. Dieser Umstand ist dem Berufungsgericht vielmehr erst nach dem 12. Dezember 2011 aufgefallen, nachdem die für die Parteien bestimmte Frist zur Einreichung von Schriftsätzen verstrichen war. Das Gericht darf bei seiner Entscheidung nicht auf einen Gesichtspunkt abstellen, den eine oder beide Parteien übersehen haben, ohne sie gemäß § 139 ZPO darauf hinzuweisen und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Es stellt einen Verstoß gegen das Gebot rechtlichen Gehörs dar, wenn das Gericht dem nicht Rechnung trägt (BGH, Beschlüsse vom 16. Mai 2013 - VII ZR 63/11, BauR 2013, 1439 Rn 7 f. = NZBau 2013, 491 und vom 1. Februar 2007 - V ZR 200/06, NJW-RR 2007, 1221 m.w.N.). Im Übrigen wird eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines von dem Vertragspartner des Verwenders angenommenen Angebots nicht dadurch zu einer individuell ausgehandelten Vertragsbedingung, dass der Vertragspartner

des Verwenders auch ein ihm unterbreitetes Alternativangebot mit abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen hätte annehmen können.

21 c) Gemäß § 11 Nr. 10f AGBG (in der Fassung vom 22. Dezember 1989) ist eine Bestimmung unwirksam, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen die gesetzlichen Gewährleistungsfristen verkürzt werden. Gemäß § 24 Satz 1 AGBG (in der Fassung vom 9. Dezember 1976) findet diese Vorschrift keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört, und auch nicht gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen. Gemäß § 24 Satz 2 AGBG ist § 9 AGBG (in der Fassung vom 9. Dezember 1976) in diesen Fällen auch insoweit anzuwenden, als dies unter anderem zur Unwirksamkeit von in § 11 AGBG genannten Vertragsbestimmungen führt. Dem strikten Klauselverbot des § 11 Nr. 10f AGBG kommt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen des § 9 AGBG Indizwirkung für die Unwirksamkeit einer entsprechenden Klausel zu. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits 1984 (Urteil vom 8. März 1984 - VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 278) für die Verwendung einer solchen Klausel gegenüber Kaufleuten entschieden. Dies gilt auch für die Verkürzung der Gewährleistungsfrist für auf Bauwerke bezogene Planungsleistungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Ingenieurs (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1998 - VII ZR 109/97, BauR 1999, 670 = ZfBR 1999, 187). Ebenso hat der Bundesgerichtshof die gegenüber einem Landkreis verwendete Klausel, mit der die gesetzliche Verjährungsfrist für Arbeiten an einem Bauwerk von fünf auf zwei Jahre verkürzt wurde, als gemäß § 9 AGBG unwirksam angesehen (BGH, Urteil vom 23. Januar 2002 - X ZR 184/99, NZBau 2002, 387, 388). Nichts anderes hat zu gelten, wenn in einem mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geschlossenen Ingenieurvertrag die Gewährleistungs-

frist für auf Bauwerke bezogene Planungs- und Überwachungsleistungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Ingenieurs auf zwei Jahre verkürzt wird.

22 Die Verkürzung der Gewährleistungsfrist für Arbeiten bei Bauwerken von fünf auf zwei Jahre in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmers, Architekten oder Ingenieurs benachteiligt den Vertragspartner des Verwenders in aller Regel deshalb entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen, weil bereits die fünfjährige Gewährleistungsfrist verhältnismäßig kurz ist (BGH, Urteil vom 8. März 1984 - VII ZR 349/82, BGHZ 90, 273, 277). Bei Bauwerken treten Mängel, auch besonders schwerwiegende, oftmals erst nach Jahren hervor und können auch dann erst nach einer einige Zeit in Anspruch nehmenden Prüfung der Ursachen und der Verantwortlichkeit geltend gemacht werden. Die Gewährleistungsfristen im Werkvertragsrecht berücksichtigen nur die Zeiträume, in denen gewöhnlich Mängel auftreten. Eine Verkürzung dieser Gewährleistungsfristen benachteiligt den Auftraggeber daher im Hinblick auf zunächst verborgene Mängel unangemessen. Insoweit werden Kaufleute im Betrieb ihres Handelsgewerbes von Bauwerksmängeln, auch solchen, die aus Planungs- oder Überwachungsfehlern resultieren, nicht weniger betroffen als Nichtkaufleute (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 1984 - VII ZR 349/82, aaO, 278). Ein anderer Maßstab ist auch gegenüber einem öffentlichen Auftraggeber nicht anzuwenden. Auch Mitarbeiter und Bedienstete von Gebietskörperschaften sind im Allgemeinen nicht imstande, verborgene Bau- und/oder Planungs- und Überwachungsmängel früher zu erkennen als ein privater Auftraggeber oder dessen Mitarbeiter.

23 d) § 5 Abs. 1 AVI verkürzt nicht nur die fünfjährige Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre, sondern bestimmt, dass alle Ansprüche des Auftraggebers, gleich aus welchem Rechtsgrund, mit Ablauf von zwei Jahren verjähren. Dies

betrifft, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung, beispielsweise Ansprüche aus der Verletzung von Untersuchungs- und Beratungspflichten, die nach der bis 31. Dezember 2001 bestehenden Rechtslage nach der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB von 30 Jahren verjährten (vgl. BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 133/04, BauR 2007, 423, 425 = NZBau 2007, 108 m.w.N.). Es bedarf keiner näheren Begründung, dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist von 30 auf zwei Jahre auch gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts unangemessen ist.

24 e) Die vom Berufungsgericht für seine abweichende Auffassung aufgeführten Gründe greifen nicht.

25 aa) Soweit das Berufungsgericht annimmt, die Frage nach der Unwirksamkeit einer die Verjährung verkürzenden Klausel könne nicht schematisch bejaht werden, es sei vielmehr eine differenzierende Betrachtung, Prüfung und Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls geboten, setzt sich das Berufungsgericht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Danach ist bei der Inhaltskontrolle nicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, sondern auf eine überindividuell generalisierende und typisierende Betrachtungsweise abzustellen (BGH, Urteile vom 13. Dezember 2001 - I ZR 41/99, NJW 2002, 1713, 1715; vom 9. Februar 1990 - V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 244).

26 bb) Auch soweit das Berufungsgericht bei der von ihm geforderten differenzierenden Betrachtung, Prüfung und Würdigung lediglich auf den Umstand abstellen will, dass die Klägerin als juristische Person öffentlichen Rechts begehrte Aufträge zu vergeben habe, sind die von ihm herangezogenen Umstän-

de nicht geeignet, eine unangemessene Benachteiligung der Klägerin durch Verkürzung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist zu widerlegen.

27 Das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezweckt nicht nur einen Schutz des schwächeren Vertragspartners und einen Ausgleich wirtschaftlichen Machtgefälles, sondern will die einseitige Ausnutzung der vom Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Anspruch genommenen Vertragsgestaltungsfreiheit verhindern (Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Gesetz, aaO, Einl. Rn. 28). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob der Vertragspartner des Verwenders aufgrund seiner Verhandlungsmacht die Möglichkeit gehabt hätte, für ihn günstigere, der Gesetzeslage entsprechende Vereinbarungen zu treffen.

28 2. Das Berufungsgericht ist weiterhin rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Klägerin die bis zur Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistungen spätestens mit der vorbehaltlosen Zahlung der Schlussrechnung der Beklagten am 27. Februar 1998 konkludent abgenommen habe.

29 a) Wird ein Architekt mit Architektenleistungen einschließlich solchen der Leistungsphase 9 des § 15 HOAI beauftragt, hat er seine Leistungen vertragsgemäß erst erbracht, wenn auch die Leistungen gemäß Leistungsphase 9 erfüllt sind (BGH, Urteile vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93, BGHZ 125, 111, 114 und vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04, BauR 2006, 396, 397 = NZBau 2006, 122). Gleiches gilt für einen Ingenieur, der mit Leistungen gemäß § 55 HOAI einschließlich Leistungsphase 9 beauftragt ist. In beiden Fällen gehört zu den von dem Auftragnehmer zu erbringenden Leistungen die Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Gewährleistungsfristen aus den Verträgen mit den am Bau Beteiligten. Erst damit ist seine Leistung abnahmereif und kommt eine Billigung der Ingenieurleistung als vertragsgemäß in Betracht

(BGH, Urteil vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04, aaO). Bei Beauftragung mit Leistungen einschließlich Leistungsphase 9 des § 55 HOAI kann daher eine Abnahme grundsätzlich erst angenommen werden, wenn auch die dieser Leistungsphase entsprechenden Leistungen erbracht sind. Rechnet der Ingenieur daher in einem solchen Fall bereits nach Abschluss der Leistungen bis Leistungsphase 8 sein bis dahin verdientes Honorar oder gar sein insgesamt zu beanspruchendes Honorar einschließlich Leistungsphase 9 ab, kann in der vorzeitigen Bezahlung eine konkludente Abnahme der insgesamt zu erbringenden Leistungen durch den Auftraggeber nicht gesehen werden (vgl. BGH, Urteile vom 20. Oktober 2005 - VII ZR 155/04 und vom 10. Februar 1994 - VII ZR 20/93, jeweils aaO). Auch als konkludente Teilabnahme der bis zur Leistungsphase 8 erbrachten Leistungen kann die Bezahlung einer solchen Rechnung grundsätzlich nicht gewertet werden (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04, BauR 2006, 1332, 1333 = NZBau 2006, 519). Eine Teilabnahme setzt grundsätzlich eine vertragliche Vereinbarung voraus, in der der Wille des Bauherrn zur Vorwegabnahme wegen der schwerwiegenden Folgen der Abnahme klar zum Ausdruck kommen muss (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04, aaO). Eine solche, auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mögliche Vereinbarung (BGH, Beschluss vom 5. April 2001 - VII ZR 161/00, BauR 2001, 1928, 1929), haben die Parteien in § 5 Abs. 3 AVI nicht getroffen. Diese Klausel legt den Beginn der Verjährungsfrist für den Fall einer Abnahme der bis zur Leistungsphase 8 zu erbringenden Leistungen fest; eine Verpflichtung zu einer Teilabnahme wird damit jedoch nicht begründet (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04, aaO zu einer vergleichbaren Klausel). Mit der Formulierung in § 5 Abs. 3 AVI wird damit keine Teilabnahme geregelt, sondern der Beginn der Verjährung, sofern eine solche stattgefunden hat (BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 300/04, aaO Rn. 13 bei juris; Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 12. Teil Rn. 402).

30 b) Eine Abnahme der Leistungen der Beklagten kam damit erst mit Erbringung der Leistungen gemäß Leistungsphase 9 in Betracht. Die mit der F. GmbH vereinbarte fünfjährige Gewährleistungsfrist lief frühestens mit dem 31. März 2001 ab. Die Begehung zur Erbringung der Leistungen gemäß Leistungsphase 9 konnte erst kurz vor Ablauf dieser Gewährleistungsfrist und damit erst Anfang 2001 erfolgen. Dementsprechend konnte die Gewährleistungsfrist für die Ingenieurleistungen auch erst zu diesem Zeitpunkt in Gang gesetzt werden. Diese Frist wurde durch die Zustellung der Antragsschrift in dem selbständigen Beweisverfahren an die Beklagte am 2. Januar 2002 gehemmt. Die Gewährleistungsansprüche der Klägerin gegen die Beklagte waren daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts zu diesem Zeitpunkt auch aus diesem Grund nicht verjährt.

31 3. Das Berufungsurteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III.

32 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

33 Soweit es noch darauf ankommen sollte, wird das Berufungsgericht seine Überlegungen zur Sekundärhaftung der Beklagten zu überprüfen haben.

34 Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Anwendung der zur Sekundärhaftung des Architekten aufgestellten Grundsätze (BGH, Urteile vom 16. März 1978 - VII ZR 145/76, BGHZ 71, 144, 148; vom 27. September 2001 - VII ZR 320/00, BauR 2002, 108 = NZBau 2002, 42; vom 23. Juli 2009 - VII ZR 134/08, BauR 2009, 1607 Rn. 11 ff. = NZBau 2009, 789) nicht auf den

Architekten beschränkt. Sie gelten auch für den umfassend, jedenfalls einen mit Planungs- und Überwachungsleistungen beauftragten Ingenieur, der mit der Errichtung eines Ingenieurbauwerks, § 51 Abs. 1 HOAI, betraut wurde (BGH, Urteil vom 28. Juli 2011 - VII ZR 4/10, BauR 2011, 1840, 1841 = NZBau 2011, 691; Koeble in Kniffka/Koeble, aaO, 12. Teil Rn. 511). Ein solcher Ingenieur ist verpflichtet, für die Mängelfreiheit des Bauwerks zu sorgen und dem Besteller auch nach Fertigstellung des Bauwerks bei der Untersuchung und Behebung eines Baumangels zur Seite zu stehen. Als Sachwalter des Bauherrn schuldet er die unverzügliche und umfassende Aufklärung der Ursachen sichtbar gewordener Mängel des Ingenieurbauwerks sowie die sachkundige Unterrichtung des Bauherrn vom Ergebnis der Untersuchung und der sich daraus ergebenden Rechtslage (BGH, Urteil vom 26. Oktober 2006 - VII ZR 133/04, BauR 2007, 423, 424 = NZBau 2007, 108). Dies gilt selbst dann, wenn ein Mangel seine Ursache (auch) in Planungs- oder Aufsichtsfehlern des Ingenieurs hat. Verletzt der Ingenieur schuldhaft diese Untersuchungs- und Beratungspflicht, ist er wegen positiver Vertragsverletzung zum Schadensersatz verpflichtet. Der Schadensersatzanspruch geht dahin, dass die Verjährung der gegen ihn gerichteten werkvertraglichen Ansprüche als nicht eingetreten gilt (vgl. BGH, Urteile vom 26. September 1985 - VII ZR 50/84, BauR 1986, 112, 113 = ZfBR 1986, 17 und vom 15. April 2004 - VII ZR 397/02, BauR 2004, 1171, 1172 = NZBau 2004, 396). Das Berufungsgericht hat keine tatsächlichen Umstände festgestellt, die

die Annahme rechtfertigen könnten, die Klägerin habe einer solchen Aufklärung und Beratung hinsichtlich der aufgetretenen Mängel durch die fachkundige Beklagte nicht bedurft.

Eick Safari Chabestari Halfmeier

Kartzke Jurgeleit

Vorinstanzen:
LG Mainz, Entscheidung vom 16.02.2011 - 9 O 241/05 -
OLG Koblenz, Entscheidung vom 22.12.2011 - 5 U 299/11 -