



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 45/17

Verkündet am:
27.09.2018
Klein,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 307 Bf; VOB/B (2000) § 13 Nr. 4 Abs. 1 Fall 1 und Nr. 5 Abs. 1 Satz 2

Sehen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers in einem Vertrag über Bauleistungen die Geltung von § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2000) und zusätzlich eine Verjährungsfrist für die Gewährleistung von fünf Jahren vor, hält dies einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB stand (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23. Februar 1989 - VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75).

BGB § 635 a.F.

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach im Verhältnis vom Besteller zum Architekten/Ingenieur hinsichtlich der von diesem zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, der Schadensersatzanspruch nicht in Höhe der fiktiven Kosten für die Beseitigung der Mängel am Bauwerk zu bemessen ist, findet auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge keine Anwendung (im Anschluss an BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

BGH, Urteil vom 27. September 2018 - VII ZR 45/17 - OLG Koblenz
LG Koblenz

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Juli 2018 durch die Richter Dr. Kartzke, Halfmeier und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 24. Januar 2017 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 7. März 2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden wurde.

Die Anschlussrevision der Klägerin gegen das genannte Urteil wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin macht wegen einer von ihr behaupteten mangelhaften Ausführung von Straßenbauarbeiten gegen die Beklagte zu 1 einen Kostenvorschussanspruch und gegen die Beklagte zu 2 einen Schadensersatzanspruch geltend.
- 2 Die Klägerin ist eine Ortsgemeinde mit historischem Ortskern. Im Zuge der Umwidmung der in der Vergangenheit durch den Ort führenden Bundesstraße gestaltete sie die Ortsdurchfahrt um. In einem Teilbereich der Ortsdurchfahrt ließ die Klägerin im Zeitraum von Sommer 2002 bis Juni 2003 Straßenbauarbeiten durchführen, deren behauptete mangelhafte Ausführung die Grundlage für die streitgegenständlichen Ansprüche der Klägerin sind.
- 3 Die Streithelferin der Klägerin erstellte aufgrund Architektenvertrags vom 13. Juli 2000 die Entwurfs- und Ausführungsplanung für das gesamte Bauvorhaben.
- 4 Mit Ingenieurvertrag vom 12. Dezember 2001 beauftragte die Klägerin die Beklagte zu 2 mit der Vorbereitung der Vergabe, der Mitwirkung bei der Vergabe, der Bauoberleitung, der Objektbetreuung und der Bauüberwachung unter Bezugnahme auf § 55 Abs. 1, Leistungsphasen 6 bis 9, § 57 HOAI (1996).
- 5 Die Klägerin beauftragte die Beklagte zu 1 unter dem 19. Februar 2002 mit der Durchführung der zuvor ausgeschriebenen Straßenbauarbeiten. Dem Vertrag lagen unter anderem das Leistungsverzeichnis, die "Besonderen Vertragsbedingungen", die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen" und die VOB/B (2000) zugrunde. In den Besonderen Ver-

tragsbedingungen ist eine Verjährungsfrist für die Gewährleistung von fünf Jahren vorgesehen.

6 Für die Pflasterarbeiten sah das von der Beklagten zu 2 erstellte Leistungsverzeichnis für das Bettungsmaterial "Split-Mörtel 4/8 mm, Mischungsverhältnis Zement/Split (trocken) = 1:4, Dicke im verdichteten Zustand 3-5 cm" vor.

7 Mit Schreiben vom 4. Juni 2002 erhob die Beklagte zu 1 Bedenken gegen die Verwendung des ausgeschriebenen Bettungsmaterials und regte an, das Produkt "0-4 der Firma S." zu verwenden. Nach einer - im Einzelnen streitigen - Besprechung der an den Straßenbauarbeiten Beteiligten ließ die Beklagte zu 1 durch ihre Streithelferin die Bettung des Natursteinpflasters unter Verwendung eines Trass-Zement-Pflastermörtels des Herstellers T. ausführen.

8 In einer schriftlichen Teilabnahmeerklärung vom 5. November 2002, die "Pflasterarbeiten lt. Anlage" betrifft, ist festgehalten, dass die Beklagte zu 1 die Leistungen am 31. Oktober 2002 beendet habe. Mängel seien nicht vorhanden. Die Gewährleistung beginne am 31. Oktober 2002 und ende am 31. Oktober 2007. Am 12. Juni 2003 nahm die Klägerin die gesamte Leistung der Beklagten zu 1 ab. In dem schriftlichen Abnahmeprotokoll ist vermerkt, dass die Gewährleistung am 12. Juni 2003 beginnt und am 12. Juni 2007 endet.

9 Mit an die Beklagte zu 1 gerichtetem Schreiben vom 30. August 2007 beanstandete die Beklagte zu 2 für die Klägerin, dass sich Risse in den Pflasterfugen des gesamten Fahrbahnbereichs zeigten und Mängel an den Dehnungsfugen aufgetreten seien, so dass sich in einem Teilbereich bereits die Pflastersteine gelöst hätten.

10 Auf Antrag der Klägerin ordnete das Landgericht mit Beschluss vom 15. September 2008 im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens die

Einholung eines schriftlichen Gutachtens zu den behaupteten Schäden am Pflasterbelag, deren Ursachen sowie zu der Erforderlichkeit einer Sanierung und der Höhe der dadurch entstehenden Kosten an. Auf der Grundlage der im selbständigen Beweisverfahren getroffenen gutachterlichen Feststellungen hat die Klägerin Klage erhoben. Sie hat zuletzt im Wesentlichen beantragt, die Beklagten gesamtschuldnerisch haftend zur Zahlung von 632.917,66 € zu verurteilen und festzustellen, dass die Beklagten verpflichtet sind, über 905.729,94 € hinausgehende Drittnachbesserungskosten zu erstatten. Hinsichtlich der Beklagten zu 2 hat die Klägerin zudem beantragt, sie zur Zahlung von 683.908,63 € (davon gesamtschuldnerisch haftend mit der Beklagten zu 1 in Höhe von 632.917,66 €) zu verurteilen und festzustellen, dass die Beklagte zu 2 verpflichtet ist, die auf den Betrag von 683.908,63 € entfallende Umsatzsteuer zu zahlen, soweit die Nachbesserung ausgeführt wird.

11 Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben.

12 Gegen dieses Urteil haben die Klägerin, deren Streithelferin, die Beklagten und die Streithelferin der Beklagten zu 1 Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat das landgerichtliche Urteil teilweise abgeändert und unter Abweisung der Klage im Übrigen und Zurückweisung der weitergehenden Berufungen die Beklagten zu 1 und 2 als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 541.496,69 € zu zahlen. Darüber hinaus hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, der Klägerin die weiteren, über den Betrag von 905.729,94 € hinausgehenden Drittnachbesserungskosten zu erstatten. Zusätzlich hat das Berufungsgericht die Beklagte zu 1 verurteilt, an die Klägerin weitere 91.420,97 € als Umsatzsteuer zu zahlen, und hinsichtlich der Beklagten zu 2 festgestellt, dass diese verpflichtet ist, der Klägerin die auf den Betrag von 541.496,69 € entfallende Umsatzsteuer zu erstat-

ten, soweit die Nachbesserung durchgeführt wird, in Höhe von 91.420,97 € als Gesamtschuldnerin haftend mit der Beklagten zu 1.

13 Das Berufungsgericht hat die Revision gegen sein Urteil unbeschränkt zugelassen.

14 Mit ihren Revisionen verfolgen die Beklagten ihre Klageabweisungsanträge weiter. Zudem schließt sich die Klägerin der von der Beklagten zu 2 eingelegten Revision an und beantragt, die Beklagte zu 2 zu einer Zahlung von weiteren 142.327,91 € zu verurteilen und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, auch die auf diesen Betrag anfallende Umsatzsteuer zu tragen, soweit die Nachbesserung durchgeführt wird.

Entscheidungsgründe:

A. Revision der Beklagten zu 1

15 Die Revision der Beklagten zu 1 führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit zu Lasten der Beklagten zu 1 entschieden worden ist.

16 Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für ab dem 1. Januar 2002 und bis zum 31. Dezember 2017 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1, § 39 EGBGB.

I.

17 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

18 Nach den Feststellungen des Landgerichts sei die von der Beklagten zu 1 erbrachte Werkleistung mit Sachmängeln behaftet, für die diese verschuldensunabhängig einzustehen habe. Die Beklagte zu 1 sei nicht nach § 13 Nr. 3 VOB/B (2000) von der Gewährleistung frei, da ihre Bedenkenanzeige nicht umfassend gewesen sei. Darüber hinaus hätten sich auf die Bedenkenanzeige hin umfangreiche Erörterungen unter Beteiligung auch der Beklagten zu 1 angeschlossen, die zu der Vereinbarung geführt hätten, die letztlich verarbeiteten, im Ergebnis jedoch ebenfalls ungeeigneten Materialien zu verwenden.

19 Nachdem die Klägerin die Beklagte zu 1 mit Schreiben vom 24. Januar 2008 unter Fristsetzung bis 28. März 2008 erfolglos zur Nacherfüllung aufgefordert habe, seien die tatbestandlichen Voraussetzungen für den mit der Klage geltend gemachten Anspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB erfüllt.

20 Der Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 sei nicht verjährt. Soweit die Beklagte zu 1 die Einrede der Verjährung darauf stütze, das Protokoll über die Abnahme vom 12. Juni 2003 weise als Gewährleistungsende den 12. Juni 2007 und damit im Ergebnis lediglich eine vierjährige Verjährungsfrist aus, gehe das Berufungsgericht mit dem Landgericht davon aus, dass es sich bei diesem Eintrag um ein redaktionelles Versehen handele. Für diese Annahme spreche das Teilabnahmeprotokoll vom 5. November 2002, in dem festgehalten sei, dass die Gewährleistungsfrist nach fünf Jahren, mithin am 31. Oktober 2007 enden würde. Umstände, die auf eine zwischenzeitliche Verkürzung dieser Frist schließen lassen könnten, würden von den Parteien nicht vorgetragen und seien auch aus dem Gesamtkontext nicht erkennbar. Für die beabsichtigte Aufrechterhaltung einer fünfjährigen Verjährungsfrist spreche

darüber hinaus das Schreiben der Beklagten zu 2 vom 4. Oktober 2004 an die Klägerin. In diesem Schreiben werde als Datum des Ablaufs der Gewährleistung der 12. Juni 2008 angegeben.

21 Mit Schreiben der Beklagten zu 2 vom 30. August 2007 habe diese für die Klägerin die Mängelbeseitigung verlangt und damit die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Verlängerung der Verjährungsfrist nach § 13 Abs. 5 Nr. 1 Satz 2 VOB/B (2000) geschaffen, die somit am 30. August 2009 geendet habe. Dieses Schreiben werde den formellen und inhaltlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Mängelrüge gerecht. Mit Antrag vom 11. Juni 2008 habe die Klägerin sodann in unverjährter Zeit das selbständige Beweisverfahren eingeleitet, welches die Verjährung gehemmt habe. Diese Hemmung habe sechs Monate nach Beendigung des eingeleiteten Verfahrens, mithin am 13. Juni 2011 geendet. Noch vor Ablauf dieser Frist habe die Klägerin mit der am 8. Juni 2011 rechtshängig gewordenen Klage die Verjährung erneut gehemmt.

22 Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1 halte die Bestimmung des § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (2000) auch in Verbindung mit der Vereinbarung einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 BGB stand. Die Argumentation der Beklagten zu 1, wonach es mit dem Leitgedanken des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes nicht vereinbar sei, wenn dem Auftraggeber die Möglichkeit gewährt werde, durch eine schlichte schriftliche Mängelrüge die laufende Verjährungsfrist zu verlängern, trage nicht.

23 Schließlich scheidet auch eine Mitverantwortlichkeit der Klägerin im Verhältnis zur Beklagten zu 1 aus. Zwar habe die Beklagte zu 1 der Klägerin vorgeworfen, dass die Planung ihrer Streithelferin fehlerhaft gewesen sei, was sich

die Klägerin zurechnen lassen müsse. Dieser Einwand der Beklagten zu 1 greife jedoch - entgegen der Auffassung des Landgerichts und dem von der Klägerin zunächst in der Berufungsinstanz selbst gehaltenen Vortrag, sie lasse sich einen Mitverursachungsanteil zurechnen - nicht durch. Angesichts der besonderen Sachkonstellation treffe die Klägerin in Bezug auf die Beauftragung ihrer Streithelferin als ausführungsplanende Architektin kein Mitverschulden. Die tatsächliche Ausführung der Pflasterarbeiten sei mit den im Rahmen der Erörterungen gewonnenen Ergebnissen auf eine neue Grundlage gestellt worden, die sich die Klägerin auch dann nicht als Mitverschulden in eigenen Angelegenheiten entgegenhalten lassen müsse, wenn ihre Streithelferin an den Gesprächen mitgewirkt haben sollte. Insoweit sei es Sache der Beklagten zu 1 als bauausführendes Unternehmen gewesen, dafür Sorge zu tragen, dass die fachlichen Erörterungen zu einem Ergebnis führten, das die Herstellung eines mangelfreien Werks sicherstellen würde.

24 Unter Berücksichtigung eines Gesamtanierungsaufwandes (brutto) von 905.729,94 €, Sowieso-Kosten (brutto) in Höhe von 214.534,15 € und Gebrauchsvorteilen (brutto) der Klägerin von 46.814,73 € sei die Beklagte zu 1 zu einem Kostenvorschuss in Höhe von 644.381,06 € verpflichtet. Da die Klägerin mit ihrem Leistungsantrag von der Beklagten zu 1 betragsmäßig jedoch nur Zahlung in Höhe von 632.917,66 € verlangt habe, könne eine Zahlungsverpflichtung betreffend die Beklagte zu 1 lediglich in dieser Höhe ausgesprochen werden.

II.

25 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht vollständig stand.

26 Zwar nimmt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei an, dass der Klägerin ein unverjährter Kostenvorschussanspruch zusteht (1. bis 4.). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann aber eine Mitverantwortung der Klägerin an der Entstehung des Mangels nicht verneint werden (5.).

27 1. Anspruchsgrundlage für den Kostenvorschussanspruch ist § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VOB/B (2000). Danach ist der Auftragnehmer verpflichtet, alle während der Verjährungsfrist hervortretenden Mängel, die auf vertragswidrige Leistung zurückzuführen sind, auf seine Kosten zu beseitigen, wenn es der Auftraggeber vor Ablauf der Frist schriftlich verlangt. Kommt der Auftragnehmer der Aufforderung zur Mängelbeseitigung in einer vom Auftraggeber gesetzten angemessenen Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die Mängel auf Kosten des Auftragnehmers beseitigen lassen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Auftraggeber für die nach § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B (2000) zur Beseitigung der Mängel erforderlichen Aufwendungen Vorschuss verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2010 - VII ZR 108/08 Rn. 12, BGHZ 183, 366).

28 2. Revisionsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht Mängel der Pflasterarbeiten angenommen hat, die auf eine vertragswidrige Leistung der Beklagten zu 1 zurückzuführen sind.

29 Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des sachverständig beratenen Berufungsgerichts genügt der von der Beklagten zu 1 erstellte Natur- und Betonsteinpflasterbelag in mehrfacher Hinsicht nicht den an einen Straßenkörper dieser Bauklasse zu stellenden werkvertraglichen Anforderungen.

30 Entgegen der Auffassung der Revision ist die Beklagte zu 1 nicht nach § 13 Nr. 3, § 4 Nr. 3 VOB/B (2000) von einer Haftung für diese Mängel frei. Nach diesen Regelungen ist der Auftragnehmer von der Haftung für Mängel

frei, wenn die Mängel auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers zurückzuführen sind und der Auftragnehmer Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitteilt. Auf dieser Grundlage ist die Beklagte zu 1 bereits deshalb nicht von einer Haftung frei, da sie gegen die letztendlich ausgeführte Art der Pflasterarbeiten keine Bedenken erhoben hat.

31 3. Revisionsrechtlich ist weiter nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin habe die Beklagte zu 1 unter Setzung einer angemessenen Frist schriftlich zur Beseitigung der Mängel aufgefordert und es fielen Drittnachbesserungskosten (brutto) von 644.381,06 € an. Die entsprechenden Feststellungen des Berufungsgerichts greift die Revision nicht an.

32 4. Revisionsrechtlich ist schließlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte zu 1 sei nicht verjährt.

33 a) Die Klägerin und die Beklagte zu 1 haben sich in den "Besonderen Vertragsbedingungen" auf eine Verjährungsfrist von fünf Jahren für die Gewährleistung geeinigt. Diese Verjährungsfrist endete für die Arbeiten der Beklagten zu 1, die Gegenstand der Teilabnahme vom 5. November 2002 waren, am 31. Oktober 2007. Die "vollständige Leistungsabnahme" fand am 12. Juni 2003 statt. In diesem Abnahmeprotokoll gaben die Parteien das Ende der Gewährleistung mit dem "12. Juni 2007" an. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht das im Protokoll vermerkte Gewährleistungsende vom 12. Juni 2007 dahingehend ausgelegt hat, es handele sich nicht um eine vertraglich vereinbarte Verkürzung der Verjährungsfrist, sondern um ein

redaktionelles Versehen, das heißt der 12. Juni 2008 sei als Gewährleistungsende festgehalten worden.

34 aa) Die tatrichterliche Vertragsauslegung ist revisionsrechtlich nur dahingehend überprüfbar, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 26. April 2018 - VII ZR 82/17 Rn. 15 m.w.N., MDR 2018, 734). Solche Rechtsfehler bei der Auslegung des im Abnahmeprotokoll vom 12. Juni 2003 vermerkten Gewährleistungsendes (12. Juni 2007) liegen entgegen der Auffassung der Revision nicht vor.

35 bb) Soweit die Revision meint, angesichts des Zeitablaufs von der Teilabnahme am 5. November 2002 bis zur vollständigen Leistungsabnahme am 12. Juni 2003 von gut sieben Monaten hätten die Parteien die Verjährungsfrist insgesamt auf vier Jahre verkürzen wollen, ist dieses Argument schon nicht schlüssig und daher nicht geeignet, einen Denkfehler aufzuzeigen. Denn wenn die Parteien den bereits seit der Teilabnahme verstrichenen Zeitraum hätten mitberücksichtigen wollen, hätten sie auch für die vollständige Leistungsabnahme das Ende der Verjährungsfrist auf den 31. Oktober 2007 festsetzen können.

36 cc) Soweit die Revision meint, das Berufungsgericht habe die Beweiskraft des Abnahmeprotokolls vom 12. Juni 2003 verkannt, ist das unzutreffend. Nach § 416 ZPO begründen Privaturkunden, sofern sie von den Vertragsparteien unterschrieben sind, vollen Beweis dafür, dass die in ihnen enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind. Nicht von § 416 ZPO, sondern vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 286 Abs. 1 ZPO) wird dagegen erfasst, ob die in der Privaturkunde enthaltenen Angaben zutreffen und welchen

Inhalt die Urkunde im Einzelnen hat (BGH, Beschluss vom 12. März 2015 - V ZR 86/14 Rn. 13, NJW-RR 2015, 819). Das Berufungsgericht war damit frei, aufgrund der Gesamtumstände ein redaktionelles Versehen anzunehmen. Für die Bewertung des Schreibens der Beklagten zu 2 an die Klägerin vom 4. Oktober 2004 ist es, entgegen der Auffassung der Revision, ohne Bedeutung, dass es sich um eine rein interne Korrespondenz ohne Einbindung der Beklagten zu 1 handelte.

37 b) Die Verjährungsfrist für gegen die Beklagte zu 1 gerichtete Gewährleistungsansprüche endete deshalb für keine ihrer Leistungen vor Ablauf des 31. Oktober 2007. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 2 für die Klägerin mit Schreiben vom 30. August 2007 Mängel der Pflasterarbeiten gerügt und zur Mängelbeseitigung aufgefordert. Nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 und Nr. 4 Abs. 1 Fall 1 VOB/B (2000) verlängerte sich deshalb die Verjährungsfrist bezüglich der gerügten Mängel ab dem Zugang des Schreibens vom 30. August 2007 um zwei Jahre. Die Verjährung wurde zunächst durch das selbständige Beweisverfahren und schließlich durch die Erhebung der Klage gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1, 7, § 209 BGB).

38 c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Vereinbarung einer fünfjährigen Gewährleistungsfrist in den von der Klägerin gestellten "Besonderen Vertragsbedingungen" einer etwa gebotenen Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB standhält. Nach diesen Vorschriften sind Allgemeine Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.

39 Die formularmäßige Vereinbarung einer fünfjährigen Verjährungsfrist für die Mängelhaftung bei einem Bauwerk weicht - für sich genommen - nicht von der gesetzlichen Regelung in § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB ab, weshalb insoweit eine Inhaltskontrolle nicht eröffnet ist (§ 307 Abs. 3 BGB).

40 Entgegen der Auffassung der Revision ergibt sich eine Unwirksamkeit der Vereinbarung einer fünfjährigen Verjährungsfrist auch nicht aus dem Zusammenwirken dieser Klausel mit § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 und Nr. 4 Abs. 1 Fall 1 VOB/B (2000).

41 aa) Diese Regelungen der VOB/B (2000) bewirken, dass der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel bei Bauwerken mit Ablauf von zwei Jahren, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens an, verjährt, jedoch nicht vor Ablauf der vereinbarten Frist. Daher kann sich eine mit fünf Jahren vereinbarte Verjährungsfrist allein durch ein schriftliches Mängelbeseitigungsverlangen um knapp zwei Jahre verlängern, wenn dieses Verlangen kurz vor Ablauf der vereinbarten Verjährungsfrist geltend gemacht wird. Damit kann die Verjährungsfrist aufgrund einer einseitigen, vom Auftragnehmer nicht zu beeinflussenden Maßnahme des Auftraggebers knapp sieben Jahre betragen.

42 bb) Für das auf bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge anzuwendende Recht hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden, dass die in - Aufträgen an Bauhandwerkern zugrundeliegenden - "Vertragsbedingungen für Bauleistungen" eines Bauträgers enthaltene Klausel "für die Gewährleistung gilt VOB/B § 13, jedoch beträgt die Verjährungsfrist in Abänderung von Satz 4 generell fünf Jahre", der Inhaltskontrolle nach dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen standhält (BGH, Urteil vom 23. Februar 1989 - VII ZR 89/87, BGHZ 107, 75). Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass die Möglichkeit der Verlängerung der Verjäh-

rungsfrist durch schriftliche Aufforderung zur Mängelbeseitigung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Verjährungsregeln zu vereinbaren ist. Der Auftraggeber könne auch ohne Vereinbarung der VOB/B nach den gesetzlichen Vorschriften eine Gewährleistungsverpflichtung des Auftragnehmers erreichen, die unter Umständen aufgrund jahrelanger Unterbrechungen einen Zeitraum von fünf Jahren erheblich überschreiten und weit über sieben Jahre andauern könnte. Zudem sehe § 638 Abs. 2 BGB a.F. ausdrücklich vor, die fünfjährige Verjährungsfrist vertraglich zu verlängern. Gerade diese Vorschrift, die für Baumängel besondere Bedeutung habe, zeige, dass die Klausel keine erhebliche Abweichung von der gesetzlichen Regelung enthalte.

43 cc) An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch für das auf ab dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge anzuwendende Recht fest (ebenso: Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Bauverträge Rn. 15; Kapellmann/Messerschmidt/Langen, VOB Teile A und B, 6. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 131; a.A. Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 202 Rn. 14).

44 Nach diesem Recht hat der Auftraggeber die Möglichkeit, durch Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens und Erhebung einer Klage die Verjährung zu hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 BGB). Die Hemmung hat nach § 209 BGB zur Folge, dass der Zeitraum der Hemmung in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird. Die Hemmung endet in den Fällen des § 204 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 7 BGB nach § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB sechs Monate nach der rechtskräftigen Entscheidung oder anderweitigen Beendigung des eingeleiteten Verfahrens. Damit stehen dem Auftraggeber, auch wenn die Einleitung des selbständigen Beweisverfahrens und die Klageerhebung nicht mehr zur Unterbrechung der Verjährung führen (vgl. § 209 Abs. 1, § 639 Abs. 1, § 477 Abs. 2 Satz 1 BGB; § 217 BGB a.F.), Rechte zu, die zu einer Verlängerung der Verjährungsfrist von weit über fünf Jahre führen können.

- 45 Zudem bestimmt § 202 Abs. 2 BGB, dass die Verjährungsfrist bis zur Grenze von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden kann. Diese Regelung beruht unter anderem auf § 638 Abs. 2 BGB a.F. und erstreckt die Möglichkeit der Verlängerung der Verjährungsfrist auf alle Ansprüche (BT-Drucks. 14/6040, S. 110).
- 46 Soweit die Revision geltend machen sollte, die Vereinbarung einer Verjährungsfrist von fünf Jahren im Verhältnis zu der in § 13 Nr. 4 Abs. 1 Fall 1 VOB/B (2000) geregelten Regelverjährung von zwei Jahren gebiete es bei wertender Betrachtung, die vereinbarte Verjährungsfrist nach § 307 BGB für unwirksam zu halten, wäre dieser Ansatz unzutreffend. Die nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vorzunehmende Inhaltskontrolle orientiert sich an den gesetzlichen Regelungen und nicht an den von den Vertragsparteien einbezogenen Bestimmungen der VOB/B.
- 47 dd) Soweit schließlich die Revision darauf hinweist, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 23. Juni 1981 - VI ZR 42/80, BauR 1981, 591) bei der Vereinbarung eines bestimmten Datums für das Erlöschen aller Mängelansprüche generell eine etwaige verjährungsverlängernde Wirkung eines schriftlichen Mängelbeseitigungsverlangens ausgeschlossen sein soll, ist das unzutreffend.
- 48 Der Bundesgerichtshof hat für einen Fall, in dem eine kürzere Verjährungsfrist als die des § 13 Nr. 4 VOB/B (1973) vereinbart worden war und die Gewährleistungspflicht mit Ablauf der kurzen Frist "endgültig erlöschen" sollte, entschieden, dass damit § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B (1973) abbedungen war (BGH, Urteil vom 23. Juni 1981 - VI ZR 42/80, juris Rn. 24, BauR 1981, 591). Dass die Klägerin und die Beklagte zu 1 für den umgekehrten Fall der vereinbarten Verlängerung der Verjährungsfrist § 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B

(2000) abbedingen wollten, wird von der Revision nicht dargelegt. Für diese Annahme besteht auch keine tatsächliche Grundlage.

49 5. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch eine Mitverantwortung der Klägerin für den Mangel des Werks der Beklagten zu 1 nicht verneint werden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, unabhängig von einer Mitwirkung der Streithelferin der Klägerin bei der einverständlichen Festlegung der Ausführung der Pflasterarbeiten scheidet eine Mitverantwortung der Klägerin aus, da die tatsächliche Ausführung der Arbeiten allein im Verantwortungsbereich der Beklagten zu 1 gelegen sei, ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

50 a) Ein auf Seiten des Auftraggebers mitwirkendes Verschulden ist gemäß §§ 254, 242 BGB auch gegenüber einem ein Verschulden nicht erfordernden Anspruch auf Mängelbeseitigung oder Kostenvorschuss zu berücksichtigen. Dem Auftraggeber obliegt es grundsätzlich, dem Auftragnehmer zuverlässige Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Bedient er sich für die ihm obliegenden Planungsaufgaben eines Architekten, ist dieser sein Erfüllungsgehilfe im Verhältnis zum Auftragnehmer, so dass der Auftraggeber für das Verschulden des Architekten einstehen muss. Ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten ist dem Auftraggeber zudem gemäß § 278 BGB zuzurechnen, wenn dieser im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, aufgrund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll. Einer solchen Anordnung steht es gleich, wenn der Architekt zwar nicht einseitig eine Planungsänderung vorgibt, eine solche jedoch auf sein Betreiben hin einvernehmlich zwischen Besteller und Unternehmer vereinbart wird und der Architekt hinsichtlich dieser Änderung die Planungsverantwortung übernimmt. In einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, ob der Auftragnehmer einen Änderungsvorschlag unterbreitet hat (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 152/12 Rn. 24, BauR 2015, 523 = NZBau 2014, 776).

51 b) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Klägerin der Beklagten zu 1 zuverlässige Pläne für die Ausführung der Straßenbauarbeiten zur Verfügung zu stellen hatte. Dann kann aber nicht offenbleiben, ob und wie die Streithelferin der Klägerin in die weiteren Gespräche der Parteien eingebunden war und ob sie letztendlich die Planungsverantwortung für die geänderte Ausführung der Pflasterarbeiten übernommen hat, wovon zugunsten der Beklagten zu 1 in der Revisionsinstanz auszugehen war. Sollte die Streithelferin der Klägerin, entsprechend den Behauptungen der Beklagten, an den Gesprächen über die geänderte Ausführung der Pflasterarbeiten teilgenommen und über die Verwendung des Mörtels und die Verfüllung des unteren Fugenraums (mit-)entschieden haben, kommt eine Übernahme der Planungsverantwortung durch sie und damit eine der Klägerin zuzurechnende Mitverantwortung in Betracht.

III.

52 Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb aufzuheben, soweit zu Lasten der Beklagten zu 1 entschieden worden ist. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht zu den Voraussetzungen der §§ 254, 278 BGB keine hinreichenden Feststellungen getroffen hat und die Frage der Mitverantwortung der Klägerin für alle oder einzelne Mängel des Werks der Beklagten zu 1 Einfluss auf alle Klageanträge haben kann. Im Umfang der Aufhebung ist deshalb die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

B. Revision der Beklagten zu 2

53 Die Revision der Beklagten zu 2 führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit zu Lasten der Beklagten zu 2 entschieden worden ist.

54 Auf das Schuldverhältnis ist das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

I.

55 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

56 Die Beklagte zu 2 habe für den sich aus der Mangelhaftigkeit ergebenden Schaden der Klägerin nach § 635 BGB einzustehen. Im Zuge der nach der Bedenkenanmeldung der Beklagten zu 1 erfolgten Erörterung sei eine Alternativausführung vereinbart und vorgenommen worden, bei der die Beklagte zu 2 jedoch die Verwendung der zur ordnungsgemäßen Herstellung erforderlichen Materialien und eine fachlich ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten durch entsprechende Vorgaben nicht hinreichend sichergestellt habe. Der bauaufsichtsführende Architekt habe grundsätzlich eine herausgehobene Stellung unter den Baubeteiligten, die ihn verpflichte, für eine mängelfreie Realisierung des Bauvorhabens Sorge zu tragen. Zu seinen Pflichten gehöre es daher auch, in den durch die übernommene Aufgabe vorgegebenen Grenzen die ihm vorgelegten Pläne daraufhin zu prüfen, ob diese geeignet seien, das Bauwerk mängelfrei entstehen zu lassen. Diese Pflicht habe die Beklagte zu 2 schuldhaft verletzt. Wie der Sachverständige W. überzeugend ausgeführt habe, habe es sich bei dem Bauvorhaben zwar um eine handwerkliche Maßnahme von besonderer

Schwierigkeit gehandelt. Jedoch seien die gegen die Vollständigkeit und Richtigkeit der damals geltenden Regelwerke vorgebrachten Bedenken in Fachkreisen allgemein bekannt gewesen. Sie hätten daher auch der Beklagten zu 2 ge-
läufig sein und ihr Anlass geben müssen, die fehlerhaften und unzulänglichen Angaben in der Ausführungsplanung auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit hin zu überprüfen und entsprechend zu korrigieren. Diese im Vorfeld der eigentlichen Bauausführung vorhandenen Fehler hätten sich dann auch in der unzureichenden Bauüberwachung fortgesetzt.

57

Auf ein sie entlastendes Mitverschulden der Klägerin, das sich aus einer Zurverfügungstellung fehlerhafter Ausführungspläne der Streithelferin der Klägerin ergeben könnte, könne sich die Beklagte zu 2 - entgegen dem Landgericht, das einen Mitverursachungsanteil von 1/3 angenommen hatte - nicht berufen. Zwar müsse ein Bauherr, der verschiedene Architekten beauftrage, etwaige Fehler in den Plänen des einen Architekten gegenüber dem anderen Architekten, dessen Leistungen auf diesen Plänen aufbauten, grundsätzlich im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst nach § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zurechnen lassen, da er sich des "ersten Architekten" zur Erfüllung der ihn aus § 254 Abs. 1 BGB im eigenen Interesse treffenden Obliegenheit bedient habe. Vorliegend beruhe jedoch die fehlerhafte Ausführung der werkvertraglichen Leistungen durch die Beklagte zu 1 nicht auf den ursprünglichen Angaben in der Ausführungsplanung der Streithelferin der Klägerin, sondern auf den durch eine Bedenkenanmeldung angestoßenen, nachträglich geführten Verhandlungen der Beteiligten, die zu einer Abänderung der Materialauswahl für die Herstellung der Pflasterbettung und der Verfugung der Pflastersteine, jedoch im Ergebnis nicht zu einer fachlich richtigen Entscheidung geführt hätten. Nachdem über diese Fragen eingehend diskutiert worden sei, habe für die Beklagte zu 2 eine besondere Veranlassung bestanden, auf eine ordnungsgemäße Auswahl der Materialien und eine fachgerechte Herstellung des Werks hinzuwirken.

Die Beklagte zu 2 habe deshalb wegen einer schuldhaften Verletzung ihrer vertraglichen Pflichten aus dem mit der Klägerin geschlossenen Ingenieurvertrag für die Kosten der noch nicht durchgeführten Sanierung einzustehen.

58 Der so gegebene Schadensersatzanspruch umfasse der Höhe nach auch die kalkulierten Sanierungskosten von 56.525 € für die Ausbildung der Dehnungsfugen. Die Anbringung der Dehnungsfugen sei vertraglich vereinbart worden. Der gerichtlich bestellte Sachverständige habe zwar empfohlen, die gebundene Pflasterfläche ohne Dehnungsfugen herzustellen, jedoch die Anbringung von Dehnungsfugen auch als fachgerecht angesehen.

59 Schließlich könne die Beklagte zu 2 nicht mit ihrem Einwand gehört werden, die Sanierung der vom Durchgangsverkehr nicht oder nur geringfügig tangierten Verkehrsflächen sei unverhältnismäßig. Auch in diesen Bereichen bestehe für die Klägerin das in der Mangelhaftigkeit des Straßenbelags liegende Risiko einer nachhaltigen Funktionsbeeinträchtigung und damit ein unbeschränktes Interesse an einer Mängelbeseitigung. Hinreichende Anhaltspunkte für die Annahme, ein berechtigtes Interesse könne fehlen, weil sich das Risiko einer Funktionsbeeinträchtigung aller Voraussicht nach erst nach der üblichen Nutzungsdauer verwirklicht, habe die Beklagte zu 2 nicht dargetan.

II.

60 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht vollständig stand.

61 Zwar nimmt das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei an, dass die Beklagte zu 2 ihre Pflichten aus dem Ingenieurvertrag mit der Klägerin schuldhaft verletzt hat (1.). Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann aber ein

Mitverschulden der Klägerin hinsichtlich der Schadensentstehung nicht verneint werden (2.).

62 1. a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der bauaufsichtsführende Architekt eine herausgehobene Stellung unter den Baubeteiligten. Ihm obliegt es, für eine mangelfreie Realisierung des Bauvorhabens zu sorgen. Dazu gehört, in den durch die Aufgabe vorgegebenen Grenzen, die Prüfung, ob die ihm vorgelegten Pläne und sonstige Anordnungen geeignet sind, das Bauwerk mangelfrei entstehen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 Rn. 36, 38, BGHZ 179, 55). Für Ingenieurverträge gilt Entsprechendes. An dieser Rechtsprechung wird festgehalten. Die Revision der Beklagten zu 2 legt keine Erwägungen dar, die der Senat nicht bereits berücksichtigt hätte.

63 Auf dieser Grundlage ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht Mängel des Ingenieurwerks der Beklagten zu 2 angenommen hat. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 2 die Verwendung der zur ordnungsgemäßen Herstellung erforderlichen Materialien und eine fachlich ordnungsgemäße Ausführung der Arbeiten nicht sichergestellt.

64 b) Revisionsrechtlich ist es des Weiteren nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht angenommen hat, die Beklagte zu 2 habe den Mangel ihres Ingenieurwerks verschuldet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätte der Beklagten zu 2 bekannt sein müssen, dass die letztendlich umgesetzte Ausführungsplanung fehlerhaft und unzulänglich war. Die dagegen von der Revision der Beklagten zu 2 erhobenen Rügen von Verfahrensmängeln hat der Senat nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

- 65 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann jedoch ein Mitverschulden der Klägerin für die Mängel des Ingenieurwerks der Beklagten zu 2 nicht verneint werden. Die Auffassung des Berufungsgerichts, allein wegen der einverständlichen Festlegung der Ausführung der Pflasterarbeiten scheidet ein Mitverschulden der Klägerin aus, da für die Beklagte zu 2 besondere Veranlassung bestanden habe, auf eine ordnungsgemäße Auswahl der Materialien und eine fachgerechte Herstellung des Werks hinzuwirken, ist von Rechtsfehlern beeinflusst.
- 66 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss sich der Besteller im Verhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten Fehler des planenden Architekten zurechnen lassen. Es kommt nicht darauf an, ob der Besteller dem von ihm beauftragten bauaufsichtsführenden Architekten die Vorlage von Plänen in dem Sinne schuldet, dass die Lieferung fehlerhafter Pläne als Verletzung einer Leistungspflicht einzuordnen wäre. Denn in seinem Vertragsverhältnis zum bauaufsichtsführenden Architekten trifft den Besteller jedenfalls eine Obliegenheit, diesem mangelfreie Pläne zur Verfügung zu stellen. Nimmt der Besteller den bauaufsichtsführenden Architekten wegen eines Bauwerkmanagements in Anspruch, der darauf zurückzuführen ist, dass die gelieferten Pläne mangelhaft sind und der bauaufsichtsführende Architekt dies pflichtwidrig nicht bemerkt hat, muss er sich gemäß § 254 Abs. 1, § 278 BGB das mitwirkende Verschulden des planenden Architekten als seines Erfüllungsgehilfen zurechnen lassen (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06 Rn. 30, BGHZ 179, 55). Ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten ist dem Besteller gemäß § 278 BGB über eine fehlerhafte Ursprungsplanung hinaus zuzurechnen, wenn der mit der Planung beauftragte Architekt im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, aufgrund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll. Einer solchen Anordnung steht es gleich, wenn der Architekt zwar nicht einseitig eine Planungsänderung vor-

gibt, eine solche jedoch auf sein Betreiben hin einvernehmlich vereinbart wird und er hinsichtlich dieser Änderung die Planungsverantwortung übernimmt. In einem solchen Fall kommt es nicht darauf an, welcher der am Bauvorhaben Beteiligten den Änderungsvorschlag unterbreitet hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 152/12, Rn. 24, BauR 2015, 523 = NZBau 2014, 776). Für Ingenieurverträge gilt Entsprechendes.

67 b) Auf dieser Grundlage kann ein Mitverschulden der Klägerin nicht allein deswegen verneint werden, weil die fehlerhafte Ausführung der Leistungen nicht auf den ursprünglichen Angaben in der Ausführungsplanung beruht. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, ob und wie die Streithelferin der Klägerin in die Entscheidung über die tatsächliche Ausführung der Straßenpflasterarbeiten eingebunden war und dafür die Planungsverantwortung übernommen hat, wovon mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zugunsten der Beklagten zu 2 in der Revisionsinstanz auszugehen war. Sollte die Streithelferin der Klägerin, entsprechend den Behauptungen der Beklagten, an den Gesprächen über die geänderte Ausführung der Pflasterarbeiten teilgenommen und über die Verwendung des Mörtels und die Verfüllung des unteren Fugenraums (mit-)entschieden haben, kommt eine Übernahme der Planungsverantwortung durch sie und damit ein der Klägerin zuzurechnendes Mitverschulden in Betracht.

III.

68 Das Urteil des Berufungsgerichts ist deshalb aufzuheben, soweit zu Lasten der Beklagten zu 2 entschieden worden ist. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht zu den Voraussetzungen der §§ 254, 278 BGB keine Feststellungen getroffen hat.

69 Für die neue Verhandlung und Entscheidung wird auf Folgendes hingewiesen:

70 Die Ermittlung der Höhe des Vermögensschadens der Klägerin durch das Berufungsgericht beruht auf der Annahme, er lasse sich nach den erforderlichen, tatsächlich jedoch nicht angefallenen (Netto-)Mängelbeseitigungskosten bemessen. Diese im Einklang mit der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stehende Auffassung trifft für das vor dem 1. Januar 2002 begründete Schuldverhältnis der Parteien weiterhin zu.

71 Der Bundesgerichtshof hat nach Erlass des angefochtenen Urteils für einen nach dem 31. Dezember 2001 geschlossenen Vertrag unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung entschieden, dass ein Besteller, der den Mangel seines Werks nicht beseitigen lässt, seinen Schaden im Verhältnis zum Architekten nicht nach den fiktiven Mängelbeseitigungskosten bemessen kann (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 60 ff., BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Eine solche Bemessung lässt sich entgegen der bisherigen Rechtsprechung, wonach ein Mangel selbst ein Vermögensschaden in Höhe der notwendigen Mängelbeseitigungskosten sei, nicht begründen. Denn es geht im Verhältnis zum Architekten nicht um die Bemessung eines Mangelschadens, weil der Architekt nicht die Errichtung des Bauwerks selbst schuldet. Mängel des Architektenwerks sind nur Defizite in der Planung und Überwachung (BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 61, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201). Für die Schadensersatzhaftung wegen Mängeln der Ingenieurleistung gilt Entsprechendes.

72 Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof im Rahmen des zum 1. Januar 2002 in Kraft getretenen Schuldrechts das Schadensersatzrecht so-

wohl für Ansprüche gegen den Architekten als auch gegen den Unternehmer neu gestaltet und harmonisiert.

73 Diese neue Rechtsprechung kann nicht auf vor dem 1. Januar 2002 geschlossene Verträge angewandt werden, weil eine entsprechende Neugestaltung und Harmonisierung auf der Grundlage des alten Schuldrechts nicht möglich ist.

C. Anschlussrevision der Klägerin

74 Die Anschlussrevision der Klägerin hat keinen Erfolg.

I.

75 Das Berufungsgericht hat - soweit für die Anschlussrevision von Bedeutung - im Wesentlichen ausgeführt:

76 Die Klägerin müsse sich im Rahmen des Schadensersatzanspruchs gegen die Beklagte zu 2 zusätzlich zu den von der Klägerin akzeptierten Sowieso-Kosten weitere Sowieso-Kosten im Umfang von 122.555,48 € brutto anspruchsmindernd anrechnen lassen. Für die Bemessung der Sowieso-Kosten sei auf der Grundlage der fachlichen Ausführungen des gerichtlich bestellten Sachverständigen davon auszugehen, dass nur die vollständige Verfügbung der Pflastersteine unter Abzug von 20 mm der Fugenhöhe, die durch das Eindringen des Bettungsmaterials in die Fuge ausgefüllt würden, zu einer konstruktiv ordnungsgemäßen Herstellung des Werks führe. Diese Anforderungen des Sachverständigen an die erforderliche Einbaustärke des Fugenmörtels seien

nicht von dem im Leistungsverzeichnis vorgegebenen Auftragsumfang umfasst.
Die im Leistungsverzeichnis enthaltene Formulierung

"hoch belastbarer Pflasterfugenmörtel (fa vdw Typ 855) gemäß Herstellerangaben und DIN-Merkblatt fachgerecht und intensiv in die Fugen einarbeiten. Fugen nach Herstellerangaben vorbereiten und füllen"

77 könne nicht dahin ausgelegt werden, dass Inhalt der Leistungsbeschreibung die Verfüllung in Höhe der gesamten Steinstärke gewollt gewesen sei. Die Formulierung nehme eindeutig Bezug auf die Herstellerangaben des Unternehmens W., die die Empfehlung zu einer Fugenstärke von mindestens 30 mm enthielten. Entscheidend für diese Auslegung der Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses sei darüber hinaus, dass die Erhöhung der Einbaustärke des Fugenmörtels einen ganz wesentlichen Kostenfaktor bilde, so dass die Klägerin nicht ohne Weiteres davon ausgehen könne, die fehlende Beschreibung der Verfüllung des unteren Fugenraums müsse qua Auslegung von dem Auftragnehmer dahin verstanden werden, die Fugenverfüllung im oberen Bereich solle mit dem gleichen Material auch in dem unteren Teil fortgesetzt werden.

78 Die Klägerin müsse sich darüber hinaus diejenigen Vorteile anspruchsmindernd anrechnen lassen, die sie daraus erlangt habe, dass der Straßenabschnitt über einen Zeitraum von fast vier Jahren zweckentsprechend und ohne erkennbare Einschränkungen habe genutzt werden können. Diese Gebrauchsvorteile seien ausgehend von einer voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer des Pflasters von etwa 30 Jahren und Herstellungskosten von 333.042,89 € mit 46.814,73 € brutto zu bemessen.

II.

79 Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

80 1. Revisionsrechtlich ist es nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht weitere Sowieso-Kosten im Umfang von 122.555,48 € anspruchsmindernd berücksichtigt hat.

81 a) Nach den Grundsätzen des Vorteilsausgleichs schuldet der Unternehmer keinen Schadensersatz für die Kosten solcher Maßnahmen, die bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags ohnehin angefallen wären (Sowieso-Kosten; vgl. BGH, Urteil vom 18. Januar 1990 - VII ZR 171/88, juris Rn. 13 m.w.N., BauR 1990, 360). Zur Bezifferung der Sowieso-Kosten sind die Mehraufwendungen zu ermitteln, die bei Befolgung des mit der Beseitigung der Mängel am Bauwerk vorgesehenen Konzepts entstanden wären (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, juris Rn. 31, BGHZ 91, 206).

82 b) Auf dieser Grundlage hat das sachverständig beratene Berufungsgericht festgestellt, dass für die Sanierung des Straßenbereichs eine vollständige Verlegung der Pflastersteine unter Abzug von 20 mm Fugenhöhe erforderlich ist. Die Auslegung des Leistungsverzeichnisses ergebe jedoch, dass diese Art der Sanierung vom Auftragsumfang nicht umfasst gewesen sei.

83 Diese Auslegung der Leistungsbeschreibung, gegen die sich die Anschlussrevision wendet, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

84 Die tatrichterliche Vertragsauslegung ist revisionsrechtlich nur dahingehend überprüfbar, ob Verstöße gegen gesetzliche Auslegungsregeln, anerkannte Auslegungsgrundsätze, sonstige Erfahrungssätze oder Denkgesetze vorliegen oder ob die Auslegung auf Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 26. April 2018 - VII ZR 82/17 Rn. 15 m.w.N., BauR 2018, 1267

= NZBau 2018, 461). Solche Rechtsfehler des Berufungsgerichtes bei der Auslegung der Leistungsbeschreibung sind nicht ersichtlich und werden von der Anschlussrevision in der Sache nicht mit Erfolg dargelegt.

85 2. Revisionsrechtlich ist schließlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht diejenigen Vorteile anspruchsmindernd berücksichtigt hat, die die Klägerin daraus erlangt hat, dass der Straßenabschnitt über einen Zeitraum von fast vier Jahren zweckentsprechend und ohne erkennbare Einschränkungen genutzt werden konnte.

86 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist eine Anrechnung des Vorteils, der durch eine deutlich verlängerte Nutzungsdauer entsteht, zu erwägen, wenn der Mangel sich verhältnismäßig spät auswirkt und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchsnachteile hinnehmen musste (BGH, Urteil vom 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82, juris Rn. 39, BGHZ 91, 206; Urteil vom 15. Juni 1989 - VII ZR 14/88, juris Rn. 33, BauR 1989, 606 - insoweit in BGHZ 108, 65 nicht abgedruckt; Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00, juris Rn. 22, BauR 2002, 86 = NZBau 2002, 31).

87 Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht für den Zeitraum vom 12. Juni 2003 bis zum 30. August 2007 Gebrauchsvorteile festgestellt.

88 Soweit die Anschlussrevision die Auffassung vertritt, dass die besondere Stellung eines öffentlich-rechtlichen Auftraggebers einer Anrechnung entgegenstehe, ist nicht erkennbar, warum der öffentlich-rechtliche Auftraggeber anders als der private Auftraggeber behandelt werden müsste. Im Übrigen hat der Bundesgerichtshof auch in den Fällen, in denen eine Ortsgemeinde oder ein Kreis Auftraggeber war, die Möglichkeit einer Anrechnung von Gebrauchsvorteilen bejaht (BGH, Urteil vom 15. Juni 1989 - VII ZR 14/88, BGHZ 108, 65; BGH,

Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00, BauR 2002, 86 = NZBau 2002, 31).

Kartzke

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Koblenz, Entscheidung vom 19.05.2014 - 4 O 155/11 -

OLG Koblenz, Entscheidung vom 24.01.2017 - 4 U 673/14 -