

Haftung und Haftungsvermeidung in der Leistungskette bei Bauvorhaben

15. Weimarer Baurechtstage

Bearbeitet von
Evangelischen Bundesverband für Immobilienwesen in Wissenschaft und Praxis

Dagmar Sacher*

Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum zivilen Baurecht

Inhaltsübersicht

I. Allgemeines Bauvertragsrecht mit VOB/B

1. „Schwarzarbeit“
2. Vorbehalt der Vertragsstrafe, § 341 III BGB
3. Leistungsverweigerungsrecht nach Eintritt der Verjährung, § 215 BGB
4. Rückgabe einer Gewährleistungsbürgschaft I
5. Rückgabe einer Gewährleistungsbürgschaft II
6. Schadensersatz in der Leistungskette bei Planern
7. Keine Erstattungsfähigkeit nicht angefallener Umsatzsteuer

II. Bauprozessrecht

1. Erforderlichkeit einer Anschlussberufung bei Umstellung von der Abschlags- auf die Schlusszahlungsklage in der Berufungsinstanz
2. Streitverkündung zwischen Gesamtschuldnern

III. Architekten- und Ingenieurrecht

1. Anwendbarkeit der HOAI beim Stufenvertrag, § 55 HOAI (2009)
2. Unbestimmter Architektenvertrag?

I. Allgemeines Bauvertragsrecht mit VOB/B

1. „Schwarzarbeit“

Der Gesetzgeber hat mit Wirkung zum 1.8.2004 das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung (SchwarzArbG) geändert.

Nach § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG leistet Schwarzarbeit, wer Dienst- oder Werkleistungen erbringt oder ausführen lässt und dabei als Steuerpflichtiger seine sich aufgrund der Dienst- oder Werkleistungen ergebenden steuerlichen Pflichten nicht erfüllt.

Zweck der Novellierung war die Intensivierung der Bekämpfung der Schwarzarbeit und der damit zusammenhängenden Steuerhinterziehung, insbesondere auch in Form der „ohne Rechnung“ – Abrede. Die Gesetzesänderung hat in den Fällen der „ohne Rechnung“ – Abrede zu einer neuen Beurteilung der Rechtslage durch den Bundesgerichtshof geführt.

Ausgangspunkt war das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 1.8.2013 – VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 = NJW 2013, 3167 (*Schwarzarbeit I*).

Das Urteil betraf die Frage, ob nach der Änderung des SchwarzArbG im Fall der „ohne Rechnung“ – Abrede Mängelansprüche des Bestellers bestehen. Der Senat hat § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG als Verbotsgesetz qualifiziert. Danach ist der gesamte Werkvertrag gem. § 134 BGB i. V.m. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nichtig, wenn der Unternehmer vorsätzlich hiergegen verstößt und der Besteller den Verstoß des Unternehmers kennt und bewusst zum eigenen Vorteil ausnutzt. Da der Vertrag nichtig ist, stehen dem Besteller keine Mängelansprüche zu. Eine Korrektur über Treu und Glauben gemäß § 242 BGB hat der Bundesgerichtshof aufgrund der neuen Rechtslage ausgeschlossen.

* Die Verfasserin ist Richterin am Bundesgerichtshof, VII, Zivilsenat.

Mit Urteil vom 10.4.2014 – VII ZR 241/13, BGHZ 201, 1 = NJW 2014, 1805 (*Schwarzarbeit II*) folgte eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum geänderten SchwarzArbG.

In dieser Entscheidung ging es um den Vergütungsanspruch des Unternehmers für erbrachte Leistungen im Fall der „ohne Rechnung“ – Abrede. Ein vertraglicher Vergütungsanspruch kam wegen der Nichtigkeit des Vertrags nicht in Betracht. Es blieb die Frage, ob dem Unternehmer ein bereicherungsrechtlicher Anspruch gem. §§ 812 I 1 1. Fall, 818 II BGB zusteht, weil der Besteller die Werkleistungen ohne Rechtsgrund erlangt hat. Der Bundesgerichtshof hat letztlich einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Unternehmers für erbrachte Leistungen wegen § 817 S. 2 BGB verneint und eine Korrektur über Treu und Glauben gemäß § 242 BGB abgelehnt. Dies stellt eine Abkehr von früherer Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1990 – VII ZR 336/89, NJW 1990, 2542) dar.

Im letzten Jahr folgte die dritte Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum SchwarzArbG, in der er seine Rechtsprechung weitergeführt hat.

BGH, Urt. v. 11.6.2015 – VII ZR 216/14, NJW 2015, 2406

Fall: Die Parteien schlossen einen mündlichen Vertrag über einen Dachgeschossausbau zu einem Pauschalpreis von 10.000 €, den der Besteller bar entrichtete. Der Unternehmer erstellte eine Rechnung ohne Ausweis von Umsatzsteuer. Im Prozess hat der Besteller „Schadensersatz“ wegen Mängeln der vom Unternehmer durchgeführten Ausbauarbeiten verlangt.

Entscheidung: Ein Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz gemäß § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 BGB besteht nicht, da der Vertrag gemäß § 134 BGB i.V.m. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG nichtig ist (vgl. BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 6/13, BGHZ 198, 141 = NJW 2013, 3167).

Es besteht auch kein Wertersatzanspruch des Bestellers aus ungerechtfertigter Bereicherung. Zwar sind die Anspruchsvoraussetzungen des § 812 I 1 1. Fall BGB erfüllt, da der Unternehmer die Vergütung wegen der Nichtigkeit des Vertrags ohne Rechtsgrund erlangt hat. Der Anspruch ist aber gemäß § 817 S.2 BGB ausgeschlossen. Nach § 817 S. 2 BGB ist die Rückforderung ausgeschlossen, wenn der Leistende durch die Leistung gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Entsprechend der Zielsetzung des SchwarzArbG verstößt nicht nur die § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG widersprechende vertragliche Vereinbarung der Parteien gegen ein gesetzliches Verbot, sondern auch die in Ausführung dieser Vereinbarung erfolgende Leistungserbringung durch den Unternehmer. Treu und Glauben gemäß § 242 BGB stehen diesem Ergebnis nicht entgegen. Wer bewusst das im SchwarzArbG enthaltene Verbot missachtet, soll nach der Intention des Gesetzgebers schutzlos bleiben und veranlasst werden, das verbotene Geschäft nicht abzuschließen. Geeignetes Mittel hierfür ist auch die abschreckende Wirkung durch den Ausschluss des Bereicherungsanspruchs. § 817 S. 2 BGB ist daher nicht einschränkend auszulegen.

Das gilt, wenn der Unternehmer Bereicherungsansprüche geltend macht (BGH, Urt. v. 10.4.2014 – VII ZR 241/13, BGHZ 201, 1 = NJW 2014, 1805). Das gilt entsprechend für etwaige Rückzahlungsansprüche des Bestellers aus Bereicherungsrecht.

Das heißt: Bei Nichtigkeit eines Werkvertrags gemäß § 134 BGB i. V. m. § 1 II Nr. 2 SchwarzArbG hat der Besteller keinen Anspruch auf Rückzahlung bereits gezahlten Werklohns aus ungerechtfertigter Bereicherung.

2. Vorbehalt der Vertragsstrafe, § 341 III BGB

BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 43/15, NJW 2016, 634

Fall: Der Unternehmer verlangt vom Besteller Restwerklohn Zug um Zug gegen Beseitigung näher bezeichneter Mängel. Der Besteller beruft sich auf eine vorprozessuale Aufrechnung mit einer Vertragsstrafe. Dem Streit der Parteien liegt ein vom Unternehmer gestellter Formularvertrag über die Errichtung einer Doppelhaushälfte zugrunde. Die Vergütung war in mehreren Raten zu zahlen. In dem Vertrag war als Fertigstellungstermin „8 Monate nach Baugenehmigung“ und für den Fall des Verzugs mit dem Fertigstellungstermin eine Vertragsstrafe vereinbart. Die Baugenehmigung wurde am 6.1.2011 erteilt. In einem Termin vom 9.11.2011 beanstandete der Besteller die mangelnde Fertigstellung des Außenbereichs und zahlreiche Baumängel. Er überwies die vorletzte Rate abzüglich der Vertragsstrafe und machte hinsichtlich der letzten Rate ein Zurückbehaltungsrecht geltend. Bis Ende November 2011 stellte der Unternehmer den Außenbereich fertig und beseitigte einen Teil der Mängel. Während des Werklohnprozesses forderte er den Besteller auf, bis zum 24.4.2012 die Abnahme zu erklären. Der Besteller erklärte sich hierzu nicht.

Die Parteien streiten darüber, ob der Werklohnanspruch in Höhe der Vertragsstrafe durch Aufrechnung erloschen ist.

Entscheidung: Problematisch war im Streitfall, ob die wirksam entstandene Vertragsstrafe gemäß § 341 III BGB erloschen ist, weil der Besteller keinen Vorbehalt der Vertragsstrafe bei der Abnahme der Werkleistung erklärt hat.

Nach § 341 III BGB kann ein Gläubiger, der die Erfüllung annimmt, die Vertragsstrafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei Annahme vorbehält. Es besteht Einigkeit darüber, dass im Werkvertragsrecht die Abnahme gemäß § 640 I 1 BGB die Annahme als Erfüllung im Sinne des § 341 III BGB darstellt.

a) Eine (konkludente) Abnahme am 9.11.2011 schied angesichts der fehlenden Fertigstellung und der Mängelrügen aus. Es kam daher nicht darauf an, ob zu diesem Zeitpunkt ein Vorbehalt erklärt worden ist.

b) Am 24.4.2012 lag jedoch eine fiktive Abnahme gemäß § 640 I 3 BGB vor.

aa) Fraglich ist, ob bei einer fiktiven Abnahme überhaupt die Erklärung eines Vertragsstrafenvorbehalts erforderlich ist, um die Vertragsstrafe verlangen zu können. D.h. ist auch die fiktive Abnahme gemäß § 640 I 3 BGB als Annahme als Erfüllung im Sinne des § 341 III BGB zu qualifizieren? Das ist streitig:

Ein Teil des Schrifttums hält eine Vorbehaltserklärung im Fall der fiktiven Abnahme gemäß § 640 I 3 BGB für entbehrlich, weil nur in der Abnahme gemäß § 640 I 1 BGB die für § 341 III BGB erforderliche Äußerung des Annahmewillens liege (Palandt/Sprau, BGB, 75. Aufl., § 640 Rn. 11; Busche, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl., § 640 Rn. 46; Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2015, § 341 Rn. 59). Nach dieser Auffassung wäre das Unterlassen eines Vorbehalts hier daher unschädlich und würde nicht zum Erlöschen der Vertragsstrafe führen. Andere Stimmen in der Literatur halten dagegen wegen der Gleichstellung der fiktiven Abnahme mit der Abnahme gemäß § 640 I 1 BGB die Vorschrift des § 341 III BGB auch in diesem Fall für anwendbar (Zeitler, ZfBR 2007, 216; Kniffka, ZfBR 2000, 227 (230); Voit, in: Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl., § 640 Rn. 42; Oppler, in: Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl., § 12 VOB/B Rn. 29; Korbion, MDR 2000, 932).

bb) Fraglich ist weiter, ob eine konkludente Erklärung des Vertragsstrafenvorbehalts im Rahmen der fiktiven Abnahme anzunehmen ist, weil der Besteller sich zu diesem

Zeitpunkt bereits im Rechtsstreit damit verteidigt hat. Diese Auffassung hatte das Berufungsgericht vertreten, das auf höchstrichterliche Rechtsprechung verwies, nach der ein ausdrücklicher Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme entbehrlich ist, wenn die Vertragsstrafe bereits gerichtlich geltend gemacht wird. Das sei dann bei der Verteidigung durch Aufrechnung mit der Vertragsstrafe in einem laufenden Prozess nicht anders zu bewerten.

Der Bundesgerichtshof konnte beide Fragen offen lassen.

cc) Denn: Ein Vorbehalt der Vertragsstrafe bei Abnahme gemäß § 341 III BGB ist jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Besteller bereits vor der Abnahme die Aufrechnung mit der Vertragsstrafe erklärt hat und der Anspruch auf Vertragsstrafe infolgedessen bereits vollständig erloschen ist.

Mit dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof seine frühere entgegenstehende Rechtsprechung (vgl. BGH, Urt. v. 4.11.1982 – VII ZR 11/82, BGHZ 85, 240 = NJW 1983, 384) aufgegeben. Begründet hat er dies mit dem Wortlaut des § 341 III BGB sowie mit dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Nach dem Wortlaut des § 341 III BGB kann der Gläubiger die Vertragsstrafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei Abnahme vorbehält. Verlangen kann man aber nur etwas, was noch nicht durch Aufrechnung erloschen ist. Sinn und Zweck der Vorschrift ist unter anderem die Schaffung von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Würden Aufrechnungswirkungen im Nachhinein wieder entfallen, weil später kein Vorbehalt erklärt wird, fördert das weder die Rechtsklarheit noch die Rechtssicherheit. Den Schuldner trifft auch keine unbillige Härte. Diese liegt nach der Vorstellung des Gesetzgebers nämlich nur darin, dass er eine Vertragsstrafe erfüllen muss, obwohl er nicht mehr damit rechnet. Hier ist die Vertragsstrafe aber schon im Wege der Aufrechnung erfüllt. Auch die Funktion der Vertragsstrafe als Druckmittel zugunsten des Gläubigers führt zu keinem anderen Ergebnis, weil sich der Gläubiger mit der Aufrechnung dieses Mittels selbst begibt.

3. Leistungsverweigerungsrecht nach Eintritt der Verjährung, § 215 BGB

BGH, Urt. v. 5.11.2015 – VII ZR 144/14, NJW 2016, 52

Fall: Der Unternehmer begehrt Zahlung von Restwerklohn für durchgeführte Rohbauarbeiten bezüglich eines Büros mit Lagerhalle. Der Besteller nahm das Werk unter Vorbehalt von Mängeln ab. Er beruft sich nun auf ein Leistungsverweigerungsrecht wegen näher bezeichneter Mängel. Das Berufungsgericht hat dem Besteller die Berufung auf das Leistungsverweigerungsrecht wegen des Mangels „Wölbung des Pflasters“ versagt, weil dieser Mangel erstmals nach Ablauf der Verjährungsfrist für Mängelansprüche gerügt worden sei.

Entscheidung: Dem ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt.

Nach § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.

Der Vorschrift liegt die Überlegung zugrunde, dass der Schuldner (hier: Besteller), dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger (hier: Unternehmer) abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf. Er soll in diesem Fall durch die Verjährungsregelungen nicht zu einer frühzeitigen Durchsetzung seines Anspruchs gedrängt werden.

Danach ist es ausreichend, dass das Leistungsverweigerungsrecht in nicht verjährter Zeit bestand und ausgeübt werden konnte. Das setzt (nur) voraus, dass der betreffende Mangel vor Ablauf der Verjährungsfrist in Erscheinung getreten ist und daher das darauf gestützte Leistungsverweigerungsrecht vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend gemacht werden konnte. Nicht erforderlich ist es dagegen, dass der Mangel angezeigt und das Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht wurde, bevor die Verjährungsfrist ablief. Eine dahingehende teleologische Reduktion des § 215 BGB scheidet aus.

4. Rückgabe einer Gewährleistungsbürgschaft I

BGH, Urt. v. 26.3.2015 – VII ZR 92/14, BGHZ 204, 346 = NJW 2015, 1952

Fall: Der Auftragnehmer verlangt von der Auftraggeberin im Wege des Schadensersatzes Erstattung von Avalkosten einer von ihm gestellten Gewährleistungsbürgschaft für den Zeitraum September 2007 bis Dezember 2012, soweit die Kosten auf einen 100.000 € übersteigenden Bürgschaftsbetrag entfallen.

Der Auftragnehmer stellte nach Abnahme des Werks im Februar 2001 eine Gewährleistungsbürgschaft über ca. 900.000 €. In der Folgezeit kam es zum Streit über verschiedene Mängel. Ein von der Auftraggeberin eingeleitetes Verfahren wegen Mängeln am Flachdach endete im Jahr 2012 mit einem Vergleich über eine Vorschusszahlung des Auftragnehmers in Höhe von ca. 100.000 €. Eine weitere Klage der Auftraggeberin wegen Mängeln am Pflaster wurde im Jahr 2012 rechtskräftig wegen Verjährung abgewiesen. Die Auftraggeberin erklärte im Februar 2012 eine Teilenthftung der Bürgin und gab im Dezember 2012 die Bürgschaftsurkunde zurück. Das Berufungsgericht hat die Auftraggeberin zum Schadensersatz wegen Verzugs mit der Erfüllung eines Anspruchs auf teilweise Freigabe der Gewährleistungsbürgschaft gemäß §§ 280, 286 BGB verurteilt.

Entscheidung: Die Revision hatte keinen Erfolg.

a) Die vertragliche Regelung zur Rückgabe der Gewährleistungsbürgschaft in § 13 ist als Allgemeine Geschäftsbedingung der Auftraggeberin gemäß § 9 I AGBG wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.

Sie lautet: „... Die Bürgschaft ist zurückzugeben, wenn alle unter die Gewährleistungsfrist fallenden Gewährleistungsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, frühestens fünf Jahre nach erfolgte förmlicher Schlussabnahme ...“ D.h. nach dem Wortlaut darf die Auftraggeberin die Bürgschaft nach Ablauf der Verjährungsfrist von fünf Jahren insgesamt behalten, unabhängig davon, in welcher Höhe sie zu diesem Zeitpunkt noch gesicherte durchsetzbare Gewährleistungsansprüche hat, sofern solche überhaupt bestehen. Das kann zu einem groben Missverhältnis zwischen dem berechtigten Anspruch der Auftraggeberin und den Nachteilen des Auftragnehmers führen. So würde z. B. ein berechtigter Anspruch im Wert von 1.000 € ausreichen, um eine Bürgschaft von nahezu 1 Million € zurückzuhalten, was im Hinblick auf die Avalkosten und die Kreditlinie zu entsprechend hohen Belastungen des Auftragnehmers führen würde.

b) Folge der Unwirksamkeit von § 13:

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann nicht auf § 17 Nr. 8 S. 2 VOB/B (1996) zurückgegriffen werden. Aus dem Vertrag ergibt sich nicht, dass bei Unwirksamkeit einer vorrangigen Vertragsregelung die betreffende Regelung der VOB/B gelten soll. Für diesen Fall findet sich vielmehr in § 18 des Vertrags eine Rege-

lung, nach der eine im wirtschaftlichen Ergebnis gleichkommende Regelung gefunden werden soll. Eine solche wäre aber aus den genannten Gründen ebenfalls unwirksam.

Daher gilt das Gesetz. Da das dispositive Recht keinen Anspruch auf eine Gewährleistungssicherheit vorsieht, existieren auch keine Regelungen über die Rückgewähr solcher Sicherungen. Insoweit kann nur auf eine ergänzende Vertragsauslegung zurückgegriffen werden. Diese ist notwendig, wenn dispositives Recht zur Füllung der aufgrund der Unwirksamkeit der Klausel entstandenen Lücke nicht zur Verfügung steht und die ersatzlose Streichung der Klausel keine angemessene, den typischen Interessen des Verwenders und seines Vertragspartners Rechnung tragende Lösung bietet. Ein solcher Fall liegt hier vor. Trotz der Akzessorietät der Bürgschaft besteht im Hinblick auf die Avalkosten und die Kreditlinie ein berechtigtes Interesse des Auftragnehmers an der Rückgewähr, wenn der Sicherungszweck entfallen ist. **Der Sicherungszweck liegt darin, dass die Auftraggeberin nicht mit Mängelansprüchen ausfallen soll. Er entfällt daher, soweit keine durchsetzbaren Mängelansprüche mehr bestehen. Eine ergänzende Vertragsauslegung führt danach dazu, dass bei einem teilweisen Wegfall des Sicherungszwecks ein Anspruch des Auftragnehmers auf teilweise Rückgewähr besteht.** Hiernach hat die Auftraggeberin nach Ablauf der vereinbarten Frist eine Bürgschaft insoweit freizugeben, als zu diesem Zeitpunkt keine durchsetzbaren Mängelansprüche bestehen.

Im Streitfall wäre die Bürgschaft daher – mit Ausnahme des Betrages für die Beseitigung der Mängel am Flachdach – freizugeben gewesen. Ein „Druckzuschlag“ ist vom Sicherungszweck einer Gewährleistungsbürgschaft regelmäßig nicht umfasst und daher insoweit nicht zu berücksichtigen.

5. Rückgabe einer Gewährleistungsbürgschaft II

BGH, Urt. v. 9.7.2015 – VII ZR 5/15, NJW 2015, 2961

Fall: Die Auftragnehmerin verlangt von der Auftraggeberin die Rückgabe einer unbefristeten Gewährleistungsbürgschaft unter Berufung darauf, dass alle etwaigen Mängelansprüche verjährt seien. Die Parteien hatten im Bauvertrag die Geltung der VOB/B (2002) vereinbart und eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren und zwei Wochen vorgesehen.

Entscheidung: Problematisch war die Auslegung des § 17 Nr. 8 II VOB/B (2002).

a) Nach § 17 Nr. 8 II 1 VOB/B (2002) hat der Auftraggeber eine nicht verwertete Sicherheit für Mängelansprüche nach Ablauf von zwei Jahren zurückzugeben, sofern kein anderer Rückgabezeitpunkt vereinbart worden ist. Ein anderer Rückgabezeitpunkt war im Vertrag nicht vereinbart. Allein aus dem Umstand, dass die Stellung einer unbefristeten Bürgschaft vorgesehen war, folgt nicht die Vereinbarung eines anderen Rückgabezeitpunkts. Im Anwendungsbereich der VOB/B ist es vielmehr gemäß § 17 Nr. 4 S. 2 VOB/B (2002) stets erforderlich, dass eine unbefristete Bürgschaft als Sicherheit angeboten wird. Folglich hatte die Auftraggeberin die Bürgschaft grundsätzlich nach Ablauf von zwei Jahren zurückzugeben.

b) § 17 Nr. 8 II 2 VOB/B (2002) bestimmt weiter, dass der Auftraggeber einen entsprechenden Teil der Sicherheit zurückhalten darf, soweit zum Rückgabezeitpunkt (hier: nach Ablauf von zwei Jahren) seine geltend gemachten Ansprüche noch nicht erfüllt sind.

Hier kommt es nicht mehr darauf an, ob und wegen welcher Mängel die Auftraggeberin berechtigterweise Mängelansprüche in der zweijährigen Sicherungszeit geltend

gemacht hat, die noch nicht erfüllt sind. Jedenfalls nachdem sämtliche Mängelansprüche verjährt sind und der Sicherungszweck damit entfallen ist, ist die Gewährleistungsbürgschaft zurückzugewähren. Aus § 17 Nr. 8 II 2 VOB/B (2002) folgt nichts anderes. Diese Bestimmung erweitert den Sicherungszweck nicht dahin, dass auch verjährte Ansprüche gesichert sind, wenn der Auftragnehmer die Einrede der Verjährung erhebt. Der Wortlaut gibt hierfür keine Anhaltspunkte. Auch Sinn und Zweck der Bestimmung lassen das nicht erkennen – im Gegenteil: die Bürgschaft ist danach in der Regel sogar früher (vor Ablauf der Verjährungsfrist) zurückzugewähren.

Hinweis: Die Frage, ob § 17 Nr. 8 II 2 VOB/B (2002) auch verjährte Mängelansprüche sichert, stellte sich letztlich deshalb, weil es dahingehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 17 Nr. 8 VOB/B a.F. gibt (vgl. BGH, Urt. v. 21.1.1993 – VII ZR 127/91 und 221/91, BGHZ 121, 168 = NJW 1993, 1131 und BGHZ 121, 173 = NJW 1993, 1132). Diese Rechtsprechung kann jedoch nicht zur Auslegung des § 17 Nr. 8 II 2 VOB/B (2002) herangezogen werden, weil § 17 Nr. 8 VOB/B a.F. einen anderen Wortlaut hatte. Satz 1 der letztgenannten Bestimmung knüpft die Verpflichtung zur Rückgabe durch die Wendung „spätestens nach Ablauf der Verjährungsfrist für die Gewährleistung“ ausdrücklich an den Ablauf dieser Verjährungsfrist. § 17 Nr. 8 S. 2 VOB/B a.F. bezieht sich auf diesen Zeitpunkt und gibt dem Auftraggeber für die Zeit danach unter bestimmten Voraussetzungen ein Zurückhaltungsrecht, weshalb die Verjährung der Gewährleistungsansprüche Voraussetzung für die Anwendung dieser Bestimmung ist. Sie hat daher nur einen Anwendungsbereich, wenn sie verjährte Forderungen betrifft. Das ist bei § 17 Nr. 8 II VOB/B (2002) anders.

6. Schadensersatz in der Leistungskette bei Planern

BGH, Urt. v. 28.1.2016 – VII ZR 266/14

Fall: Die Klägerin, eine Fachplanerin, macht Honorar für erbrachte Planungsleistungen gemäß § 73 HOAI a.F. im Bereich Heizung/Lüftung/Sanitär (HLS) gegen ihren Auftraggeber, einen Generalplaner, geltend.

Der Generalplaner war seinerseits vom Besteller mit der Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 8 gemäß § 15 II HOAI a.F. für das Bauvorhaben beauftragt worden. Aufgrund eines Planungsfehlers der Fachplanerin war die Heizungsanlage nicht ausreichend dimensioniert, so dass die Raumtemperatur nicht den gültigen Arbeitsschutzbestimmungen entsprach. Ungeachtet dessen hatte der Besteller das Honorar des Generalplaners im Oktober 2008 bezahlt. Im Oktober 2013 verjährten die Mängelansprüche des Bestellers gegen den Generalplaner, ohne dass eine Ertüchtigung der Heizungsanlage vorgenommen oder der Generalplaner insoweit in Anspruch genommen worden wäre.

Der Generalplaner beruft sich gegenüber dem Honoraranspruch der Fachplanerin wegen der Mangelhaftigkeit der HLS-Planung auf eine Minderung und rechnet im Übrigen gegen das Honorar der Fachplanerin mit Schadensersatzansprüchen wegen des Planungsfehlers in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten auf.

Entscheidung: a) Das erste Problem war, ob der fällige Honoraranspruch der Fachplanerin durch die Aufrechnung des Generalplaners mit einem Schadensersatzanspruch erloschen ist.

aa) Nach § 387 BGB müssen die Forderungen, mit denen und gegen die aufgerechnet wird, nicht nur im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen, sondern auch gleichartig sein. Die

Honorarforderung ist eine Geldforderung. Der Schadensersatzanspruch des Generalplaners wegen der mangelhaften Planung der Fachplanerin ist dagegen nur auf Freistellung gerichtet und damit nicht gleichartig. **Der Schaden des Generalplaners liegt darin, dass er infolge der mangelhaften Planung der Fachplanerin mit Verbindlichkeiten belastet wird, weil seiner Auftraggeberin, der Bestellerin, aufgrund des Planungsmangels, der sich im Bauwerk realisiert hat, Schadensersatzansprüche gegen ihn zustehen.** Von diesen Ansprüchen hat ihn die Fachplanerin im Wege des Schadensersatzes freizustellen.

Die **Rechtsprechung zur Leistungskette** in den Bauunternehmerfällen passt hier nicht und ist daher nicht übertragbar.

Hinweis: In den Fällen der Leistungskette bei Bauunternehmern kann der Generalunternehmer den Schaden gegenüber dem mangelhaft leistenden Nachunternehmer nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bislang unter Berücksichtigung des Grundsatzes „der Mangel selbst ist der Schaden“ nach den voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten berechnen. Der Umstand, dass der Generalunternehmer vom Besteller wegen des Mangels nicht in Anspruch genommen wird, berührt seinen Schaden daher zunächst nicht. In den ersten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (vgl. Ur. v. 28.6.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695) wurde dann jedoch der auf Treu und Glauben beruhende Gedanke der Vorteilsausgleichung herangezogen, in nachfolgenden Entscheidungen (vgl. Ur. v. 1.8.2013 – VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150 = NJW 2013, 3297) wurde mit der von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung argumentiert. Im Ergebnis besteht nach dieser Rechtsprechung (ungeachtet des dogmatischen Ansatzes) letztlich dann kein Schadensersatzanspruch des Generalunternehmers gegen den Nachunternehmer in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten, wenn er vom Besteller wegen des Mangels nicht mehr in Anspruch genommen werden kann.

Die Ausgangslage ist in den Fällen der Leistungskette bei Planern eine andere. Hier passt der Grundsatz „der Mangel selbst ist der Schaden“ nicht. Die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten bezüglich des Bauwerks sind nämlich nur ein Folgeschaden der mangelhaften Planung. Diese Kosten können daher nicht unter Berücksichtigung des Grundsatzes „der Mangel selbst ist der Schaden“ als Schaden des Generalplaners angesehen werden. Der Schaden ist mithin anders zu bestimmen. Er besteht – so die Entscheidung – in der Belastung mit einer Verbindlichkeit (sog. Haftungsschaden).

bb) Ob eine Umdeutung der Aufrechnung in eine Einrede des Zurückbehaltungsrechts in Betracht kommt, kann dahinstehen. Denn die Mängelansprüche des Bestellers gegen den Generalplaner sind inzwischen verjährt. **Der Generalplaner ist in einem solchen Fall im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht gem. § 254 II 1 BGB grundsätzlich gehalten, die Einrede der Verjährung zu erheben** (vgl. schon BGH, Ur. v. 28.6.2007 – VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 = NJW 2007, 2695). Ein Ausnahmefall wegen Unzumutbarkeit der Erhebung der Einrede war nicht gegeben. Im Ergebnis bestand daher auch kein Freistellungsanspruch.

cc) Fraglich war in diesem Zusammenhang schließlich noch, ob eine etwaige **Sekundärhaftung des Generalplaners** im Verhältnis zum Besteller mit der Folge, dass er gegenüber dem Besteller die Einrede der Verjährung nicht erheben könnte, zu einer anderen Beurteilung führt. Das hat der Bundesgerichtshof abgelehnt, da es sich insoweit um einen selbständigen Haftungsgrund im Verhältnis des Generalplaners zum Besteller handelt, mit dem die Fachplanerin nichts zu tun hat.

b) Das **zweite Problem** war, ob eine Minderung des Honoraranspruchs gerechtfertigt ist.