



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 266/14

Verkündet am:
28. Januar 2016
Klein,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 249 A, Bb, § 634 Nr. 3, 4, § 638

- a) Der Schaden des Architekten wegen eines sich im Bauwerk seines Auftraggebers bereits verkörperten Planungsmangels des vom Architekten beauftragten Fachplaners liegt darin, dass dem Auftraggeber gegen den Architekten aufgrund des Planungsmangels Schadensersatzansprüche zustehen. Von diesen Ansprüchen hat ihn der Fachplaner im Wege des Schadensersatzes freizustellen.
- b) Die eine Sekundärhaftung des Architekten gegenüber seinem Auftraggeber begründende Pflichtverletzung bildet einen selbständigen Haftungsgrund in diesem Vertragsverhältnis, den sich der vom Architekten beauftragte Fachplaner nicht zurechnen lassen muss.
- c) Das Recht des Architekten, den Honoraranspruch des von ihm beauftragten Fachplaners wegen Mängeln der von diesem erbrachten Planungsleistung zu mindern, wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass er sein Honorar von seinem Auftraggeber vollständig erhalten hat.

BGH, Urteil vom 28. Januar 2016 - VII ZR 266/14 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterinnen Graßnack und Wimmer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 14. Oktober 2014 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten betreffend die Abweisung der Klage in Höhe von 7.735 € zuzüglich Zinsen (Minderung) sowie hinsichtlich der vor dem 13. Dezember 2007 zuerkannten Zinsen zurückgewiesen hat.

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

Im Übrigen wird die Revision des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die klagende Ingenieurgesellschaft, die Planungsleistungen im Bereich Heizung/Klima/Sanitär durchführt, fordert von dem Beklagten Ingenieurhonorar in Höhe von 38.496,50 €.

2 Die J. GmbH & Co. Immobilien KG (im Folgenden: J. KG) beauftragte den beklagten Architekten durch Vertrag vom 11. April 2007 mit der Erbringung der Leistungsphasen 1 bis 8 gemäß § 15 Abs. 2 HOAI a.F. bei dem Bauvorhaben "Betriebsgebäude K.-P. in V.". Im Juli 2007 beauftragte der Beklagte seinerseits die Klägerin mit Planungsleistungen gemäß § 73 HOAI a.F. für die Gewerke Heizung/Lüftung/Sanitär (im Folgenden: HLS) sowie Elektrotechnik.

3 Die Klägerin stellte ihre Leistungen mit Schlussrechnung vom 2. August 2007 über 15.470 € (Gewerk HLS) bzw. 17.850 € (Gewerk Elektrotechnik) dem Beklagten in Rechnung. Des Weiteren berechnete die Klägerin unter dem 3. Dezember 2007 Umplanungsarbeiten sowie Honorar für Einweisung in Höhe von insgesamt 5.176,50 €. Mit anwaltlichem Schreiben vom 4. Dezember 2007 wurde der Beklagte zur Zahlung des Gesamthonorars in Höhe von 38.496,50 € bis 12. Dezember 2007 aufgefordert. Eine Zahlung erfolgte nicht.

4 Am 14. Dezember 2007 fand ein mit "Jour fixe 008-Gebäudeübergabe" bezeichnetes Treffen von Vertretern der Nutzerin K.-P., ihrer Leasinggeberin VR-L. sowie des Beklagten statt, wobei das Gebäude begangen und sodann von der Leasinggeberin an die K.-P. übergeben wurde. Etwaige Mängelansprüche trat die J. KG an die K.-P. im Jahr 2008 ab (im Folgenden auch einheitlich: Auftraggeberin). Die Honoraransprüche des Beklagten wurden im Oktober 2008 von der J. KG vollständig beglichen.

5 Bei der Planung der Heizungsanlage legte die Klägerin einen unzutreffenden, nur für konventionelle Fassaden geeigneten k-Wert zugrunde. Die Heizleistung der basierend auf der Planung der Klägerin erstellten Heizungsanlage ist deshalb nicht ausreichend. Ihre Ertüchtigung würde Kosten in Höhe von ca. 70.000 € verursachen. Mit Schreiben vom 6. März 2008 an den Beklagten rügte

die K.-P., dass die Raumtemperatur an den Arbeitsplätzen nicht den gültigen Arbeitsschutzbestimmungen entspreche.

- 6 Im Jahr 2008 hat die Klägerin gegen den Beklagten Honorarklage erhoben. Mit E-Mail vom 19. Juli 2013 übersandte der Beklagte der J. KG das in erster Instanz eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. W. vom 13. Juli 2011 mit folgendem Begleittext:

"... Die Gewährleistung für die Generalplanungsleistung bei oben genanntem Projekt läuft am 1.10.2013 ab.

Inzwischen liegt - aufgrund diverser Untersuchungen im Zusammenhang mit beanstandeten Mängeln beim Gewerk Heizung - ein Gutachten vor, welches Mängel im Leistungsbereich Technische Anlagenplanung nachweist.

Dieses Gutachten erhalten Sie beigefügt mit der Bitte um Durchsicht und Rücksprache bzgl. weiteren Vorgehens bis 31.7.2013 ..."

- 7 Unter dem 13. August 2013 teilte die J. KG dem Beklagten mit, sie bestehe auf Mängelbeseitigung. Aufgrund der mit der K.-P. vereinbarten Abtretung der Mängelrechte sei allerdings allein diese zur Verfolgung von Objektmängeln berechtigt und verpflichtet. Mit E-Mail vom 4. Dezember 2013 forderte die K.-P. den Beklagten auf, ihr alle weiteren gerichtlichen Beschlüsse bzw. Urteile in Kopie zu überlassen und sie über den weiteren Verfahrensstand zu unterrichten.

- 8 Eine Ertüchtigung der Heizungsanlage ist weder erfolgt noch wurde der Beklagte insoweit in Anspruch genommen.

9 Der Beklagte beruft sich wegen der Mangelhaftigkeit der HLS-Planungsleistung auf Minderung des von der Klägerin geforderten Honorars über 15.470 € in Höhe von 50 % und erklärt im Übrigen die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aufgrund der Mangelhaftigkeit der Planungsleistung der Klägerin.

10 Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 38.496,50 € nebst Zinsen in Höhe von acht Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Teilbetrag von 33.320 € seit 1. Dezember 2007 und aus einem weiteren Teilbetrag von 5.176,50 € seit 5. Dezember 2007, ferner vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.099 € nebst näher bezeichneter Zinsen hieraus zu bezahlen. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.

11 Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revision des Beklagten führt zur teilweisen Aufhebung des Berufungsurteils und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist die Revision unbegründet.

I.

13 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2015, 1705 veröffentlicht ist, bejaht einen Ingenieurhonoraranspruch der Klägerin auf Zahlung von 38.496,50 € nebst Zinsen gegen den Beklagten.

14 Nach den in zweiter Instanz nicht angefochtenen Feststellungen des Landgerichts habe die Klägerin ihre Leistung vollständig erbracht. Die Honorarforderung sei fällig. Die Planung der Heizungsanlage sei im Hinblick auf die Verwendung eines unzutreffenden, nur für konventionelle Fassaden geltenden k-Wertes zwar mangelhaft. Der Beklagte könne gleichwohl gegen den Honoraranspruch der Klägerin nicht mit Schadensersatzansprüchen wegen der Mangelhaftigkeit der Planungsleistung der Klägerin aufrechnen, da die zwischenzeitlich eingetretene Verjährung der Mängelrechte der Auftraggeberin gegenüber dem Beklagten zum Wegfall des Schadensersatzanspruches im Verhältnis der Parteien führe.

15 Die Verjährungsfrist betreffend die Mängelansprüche der Auftraggeberin gegenüber dem Beklagten betrage gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB fünf Jahre ab Abnahme, welche spätestens im Oktober 2008 erfolgt sei, und sei daher jedenfalls Ende Oktober 2013 abgelaufen. Eine Verlängerung der Verjährungsfrist durch Hemmung oder ein Anerkenntnis des Beklagten komme nicht in Betracht.

16 Der Beklagte sei wegen der ihm aus § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB der Klägerin gegenüber obliegenden Schadensminderungspflicht verpflichtet, die Einrede der Verjährung gegenüber seiner Auftraggeberin zu erheben. Ein Ausnahmefall, in dem die Berufung auf die Verjährung dem Berechtigten nicht zumutbar wäre, etwa weil sonst der Fortbestand einer langjährigen Geschäftsbeziehung gefährdet wäre, sei vorliegend weder vorgetragen noch ersichtlich. Daher dürfe sich

der Beklagte gegenüber der Klägerin auch nicht auf einen nach Verjährungseintritt erklärten Verzicht berufen oder auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten, beziehungsweise die bereits verjährte Forderung noch anerkennen.

17 Eine etwaige Sekundärhaftung des Beklagten, mithin eine Verletzung seiner Pflicht, eigene Fehler seinem Auftraggeber gegenüber ungefragt zu offenbaren, führe zu keiner anderen Bewertung, denn der Haftungsgrund sei hier ein anderer. Die Sekundärhaftung gründe nicht auf der Mangelhaftigkeit des Werkes, sondern auf der Verletzung einer Offenbarungspflicht als Sachwalter. Diese habe allein der Architekt zu verantworten, nicht der von ihm beauftragte, mangelhaft planende Fachplaner.

18 Durch die Erklärung der Aufrechnung mit Klageerwiderung vom 2. April 2008, als die Mängelrechte der Auftraggeberin des Beklagten noch nicht verjährt gewesen seien, sei der Werklohnanspruch der Klägerin nicht erloschen. Ein gleichartiger Gegenanspruch, mit dem gemäß § 387 BGB wirksam eine Aufrechnung hätte erklärt werden können, habe dem Beklagten zu diesem Zeitpunkt nicht zugestanden. Nachdem sich der Schaden des Beklagten, der eine eigene wirtschaftliche Einbuße nicht erlitten habe, darauf beschränkt habe, dass er sich der Möglichkeit ausgesetzt gesehen habe, von der Auftraggeberin in Anspruch genommen zu werden, habe ihm gegen die Klägerin lediglich ein Freistellungs-, aber kein Zahlungsanspruch zugestanden.

19 Der Beklagte könne auch das klägerische Honorar wegen der Fehlerhaftigkeit der Planungsleistung nicht mindern. Der der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde liegende Gedanke der Vorteilsausgleichung greife bei Minderung in gleicher Weise wie beim Schadensersatz, denn der nur eine Zwischenstation darstellende Generalplaner würde durch die Reduzierung des Werklohns des Fachplaners in ungerechtfertigter Weise privilegiert, obschon er

von seiner Auftraggeberin vollumfänglich bezahlt worden sei und selbst keinerlei Vermögenseinbußen aufgrund des Mangels erleide. Anderes folge auch nicht daraus, dass die Minderung als Gestaltungsrecht in noch unverjährter Zeit, nämlich mit der Klageerwiderung vom 2. April 2008, ausgeübt worden sei. Denn es fehle an der gemäß § 638 BGB erforderlichen Fristsetzung zur Mangelbeseitigung. Die Notwendigkeit der Fristsetzung entfalle auch nicht wegen Unmöglichkeit der Mangelbeseitigung. Die Klägerin hätte eine Neuplanung mit dem zutreffenden k-Wert vornehmen können, aus der ersichtlich würde, wie die bestehende Heizungsanlage zu ertüchtigen wäre, um die notwendige Heizleistung zu erbringen.

II.

20 Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht eine Minderung des Honoraranspruchs für die ausgeführten HLS-Leistungen verneint und die Verurteilung durch das Landgericht zur Zahlung von Verzugszinsen bis zum 13. Dezember 2007 bestätigt hat.

21 1. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass der Klägerin dem Grunde nach ein Honoraranspruch für die von ihr ausgeführten Ingenieurleistungen gemäß § 631 Abs. 1 BGB zusteht.

22 a) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, der durch die Klägerin geltend gemachte Anspruch sei in der ausgeurteilten Höhe entstanden und fällig, wird dies von den Parteien hingenommen. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

23 b) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Anspruch der Klägerin sei nicht durch die mit Klageerwide-

rung vom 2. April 2008 erklärte Aufrechnung des Beklagten mit einem Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Planungsleistung erloschen.

24 aa) Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, dass die Planung der Klägerin betreffend das Gewerk Heizung wegen der Verwendung eines unzutreffenden, nur für konventionelle Fassaden geeigneten k-Wertes mangelhaft ist, sich dieser Planungsmangel im Bauvorhaben der Bauherrin in einer unterdimensionierten Heizungsanlage realisiert hat und die Klägerin die Verantwortung für die Verwendung dieses unzutreffenden k-Wertes trifft, erinnern die Parteien hiergegen nichts. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

25 bb) Die vom Beklagten in der Klageerwiderung vom 2. April 2008 erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen mangelhafter Planungsleistungen der Klägerin hat die Klageforderung nicht zum Erlöschen gebracht. Der vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch ist mit dem geltend gemachten Honoraranspruch nicht gleichartig im Sinne von § 387 BGB.

26 (1) Dem Beklagten steht wegen der von der Klägerin mangelhaft erbrachten Planungsleistungen im Bereich HLS kein auf Zahlung gerichteter Schadensersatzanspruch wegen der Mängel an der Heizungsanlage, sondern lediglich ein Freistellungsanspruch zu. Eine Aufrechnung mit einem Freistellungsanspruch gegen den von der Klägerin geltend gemachten Zahlungsanspruch kommt nicht in Betracht, weil es an der gemäß § 387 BGB erforderlichen Gleichartigkeit der Forderungen fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 2. April 1987 - IX ZR 68/86, NJW-RR 1987, 869, 870, juris Rn. 17 m.w.N.). Der Schaden des Beklagten liegt darin, dass er infolge der mangelhaften Leistung der Klägerin mit Verbindlichkeiten belastet wird, weil seiner Auftraggeberin aufgrund des Pla-

nungsmangels, der sich im Bauwerk bereits verkörpert hat, Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten zustehen. Von diesen Ansprüchen hat ihn die Klägerin im Wege des Schadensersatzes freizustellen. Die bisherige Rechtsprechung des Senats zur Leistungskette im Verhältnis zwischen Werkunternehmern (vgl. Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580 und VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83; vom 10. Juli 2008 - VII ZR 16/07, BauR 2008, 1877 = NZBau 2009, 34; vom 20. Dezember 2012 - VII ZR 209/11, BauR 2013, 624 = NZBau 2013, 244) ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - auf den Ersatz von durch Mängel der Planung bedingte Folgeschäden nicht anwendbar.

27 (2) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat sich der Freistellungsanspruch im Prozessverlauf nicht in einen Zahlungsanspruch umgewandelt, etwa durch Erfüllung der Ansprüche, wegen derer freigestellt werden muss (vgl. BGH, Urteil vom 13. November 2012 - XI ZR 334/11, NJW 2013, 450 Rn. 18), oder durch erfolglose Aufforderung zur Erfüllung (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - III ZR 144/10, NJW-RR 2011, 910 Rn. 22 m.w.N.). Hierzu haben die Parteien keinen Sachvortrag gehalten und hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

28 2. Der Revision des Beklagten verhilft auch eine etwaige Umdeutung seiner Aufrechnungserklärung in eine Einrede eines Zurückbehaltungsrechts nach §§ 273, 274 BGB wegen eines Anspruchs auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen seiner Auftraggeberin nicht zum Erfolg. Denn dieser Anspruch des Beklagten ist entfallen, weil solche Ansprüche seiner Auftraggeberin im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht verjährt waren.

- 29 Zwar erlischt eine Forderung nicht, wenn sie verjährt. Vielmehr bleibt sie erfüllbar. Indes ist der Fall, in dem der Gläubiger des Schuldbefreiungsanspruchs der gegen ihn gerichteten Forderung seines Gläubigers die Einrede der Verjährung entgegensetzen kann, grundsätzlich nicht anders zu behandeln als jener, in dem die Forderung nicht besteht. Das folgt aus dem - auch für den Gläubiger des Freistellungsanspruchs erkennbaren und zu berücksichtigen - Interesse des Schuldners, diesen nur insoweit von seiner Schuld befreien zu müssen, als er auf deren Erfüllung in Anspruch genommen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 12. März 1984 - II ZR 82/83, VersR 1984, 580, 581 f., juris Rn. 23). Im Regelfall kann von ihm daher verlangt werden, dass er sich gegenüber seinem Gläubiger auf die Einrede der Verjährung beruft (vgl. BGH, Urteil vom 28. Juni 2007 - VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83 Rn. 23). Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.
- 30 a) Soweit das Berufungsgericht eine schlüssig erklärte Abnahme der Auftraggeberin und damit den Beginn der Verjährungsfrist in der vollständigen Begleichung der Schlussrechnung des Beklagten spätestens mit Ablauf des Oktobers 2008 sieht, erinnern die Parteien hiergegen nichts. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.
- 31 b) Zutreffend geht das Berufungsgericht ferner davon aus, dass die Verjährung weder gemäß §§ 203, 204 BGB gehemmt worden ist noch gemäß § 212 BGB durch Anerkenntnis neu begonnen hat, die Mängelansprüche der Auftraggeberin somit spätestens mit Ablauf des Oktober 2013 verjährt sind. Die in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 ZPO.
- 32 c) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht ferner festgestellt, dass der Beklagte im Hinblick auf die ihm gemäß § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB obliegende

Schadensminderungspflicht gegenüber der Klägerin gehalten war, die Einrede der Verjährung zu erheben und weder auf die Einrede der Verjährung nach deren Eintritt zu verzichten noch die verjährte Forderung anzuerkennen. Umstände, die es für den Beklagten ausnahmsweise als unzumutbar erscheinen lassen, die Einrede der Verjährung zu erheben, sind nicht gegeben. Eine bloß vage Befürchtung des Beklagten, dass ihm durch die Erhebung der Verjährungseinrede nicht näher dargestellte berufliche Nachteile drohen, rechtfertigt es nicht, die Erhebung der Einrede ausnahmsweise als unzumutbar anzusehen. Ohne Erfolg beruft sich die Revision darauf, dass der Beklagte von der Erhebung der Einrede der Verjährung gegenüber seiner Auftraggeberin deswegen befreit sein müsse, weil er anders als ein Unternehmer wegen der infolge des Planungsfehlers entstandenen Mängel am Bauwerk kein Zurückbehaltungsrecht ausüben, sondern lediglich Schadensersatz verlangen könne. Eine Gleichbehandlung des Beklagten mit dem Unternehmer in einer Leistungskette kann nicht dadurch herbeigeführt werden, dass es ihm - anders als jenem - ermöglicht wird, von dem von ihm beauftragten Fachplaner die Kosten erstattet zu verlangen, die er zur Begleichung bereits verjährter Mangelansprüche gegenüber seiner Auftraggeberin aufwenden müsste.

- 33 d) Zu Recht ist das Berufungsgericht ferner davon ausgegangen, dass auch eine etwaige Sekundärhaftung des Beklagten im Verhältnis zu seiner Auftraggeberin, die zur Folge hätte, dass er sich dieser gegenüber nicht auf die Einrede der Verjährung berufen könnte, zu keiner anderen Beurteilung führt. Die eine Sekundärhaftung des Beklagten gegenüber seiner Auftraggeberin begründende Pflichtverletzung bildet einen selbständigen Haftungsgrund in diesem Vertragsverhältnis, den sich die Klägerin nicht zurechnen lassen muss. Ein eine solche Pflichtverletzung darstellendes Verhalten des Beklagten ist durch die mangelhafte Leistung der Klägerin nicht herausgefordert worden.

- 34 3. Dagegen kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung eine Minderung des klägerischen Honoraranspruchs nicht verneint werden, soweit diese die von der Klägerin für Planungsleistungen im Bereich HLS geltend gemachte Honorarforderung betrifft. Der Beklagte hat sich gegenüber dem Honoraranspruch der Klägerin in Höhe von 15.470 € auf eine Minderung von 50 % berufen. Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerhaft davon aus, dass der Geltendmachung der Minderung der Rechtsgedanke des Vorteilsausgleichs entgegenstehe.
- 35 a) Die Rechtsprechung des Senates zur Leistungskette (BGH, Urteile vom 28. Juni 2007 - VII ZR 8/06, BauR 2007, 1567 = NZBau 2007, 580; VII ZR 81/06, BGHZ 173, 83; vom 10. Juli 2008 - VII ZR 16/07, BauR 2008, 1877 = NZBau 2009, 34; vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150) beruht auf der normativen, von Treu und Glauben geprägten schadensrechtlichen Wertung, dass dem Hauptunternehmer, jedenfalls dann, wenn er wegen des Mangels nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, ungerechtfertigte, ihn bereichernde Vorteile zufließen, wenn er gleichwohl als Schadensersatz die Mängelbeseitigungskosten vom Nachunternehmer fordern (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11, aaO Rn. 22) oder dessen Vergütung in Höhe der Mängelbeseitigungskosten mindern kann (BGH, Urteil vom 1. August 2013 - VII ZR 75/11, BGHZ 198, 150 Rn. 24; Beschluss vom 20. Dezember 2010 - VII ZR 100/10, NZBau 2011, 232 Rn. 2 = NJW-RR 2011, 377). Darauf kommt es im Fall der Minderung wegen des Minderwerts der Fachplanung nicht an, weil dieser zum Folgeschaden am Bauwerk keinerlei Bezug hat.
- 36 b) Auch der Umstand, dass der Beklagte von seiner Auftraggeberin wegen seiner Planungsleistungen in voller Höhe bezahlt worden ist, führt nicht dazu, ihm sein Recht auf Minderung gegenüber der Klägerin zu versagen. Das Recht des Beklagten, den Honoraranspruch der Klägerin wegen Mängeln der

Planungsleistung zu mindern, wird durch das Verhalten der Auftraggeberin des Beklagten nicht berührt, weil insoweit zwei selbständige Schuldverhältnisse in Rede stehen, die grundsätzlich unabhängig voneinander zu beurteilen sind.

37 c) Auch die übrigen Voraussetzungen der Minderung gemäß § 634 Nr. 3, §§ 636, 638 BGB liegen vor, insbesondere ist - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung entbehrlich. Eine solche ist nicht Voraussetzung für die Minderung wegen eines Mangels der Architektenleistung, wenn der Auftraggeber das Interesse an der Leistung deshalb verloren hat, weil die Leistung ihren vertraglich vorgesehenen Zweck nicht mehr erfüllen kann (BGH, Urteil vom 11. November 2004 - VII ZR 128/03, BauR 2005, 400, juris Rn. 53 = NZBau 2005, 158). Nachdem die fehlerhafte Planung der Klägerin sich bereits im Bauwerk konkretisiert hat, kann eine Nachbesserung nicht mehr zu dem geschuldeten Erfolg führen. Der Beklagte musste sich daher nicht darauf verweisen lassen, dass er eine Neuplanung mit zutreffendem k-Wert gegebenenfalls zur Beseitigung der Mängel an der Heizungsanlage der Bauherrin verwenden kann.

38 4. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Beklagten für verpflichtet erachtet, an die Klägerin Verzugszinsen vor dem 13. Dezember 2007 zu zahlen.

39 a) Keinen Erfolg hat die Revision allerdings mit ihrer Rechtsansicht, der Zinsanspruch bestehe frühestens ab Oktober 2013, da vor diesem Zeitpunkt im Hinblick auf die Berechtigung zur Aufrechnung beziehungsweise das Leistungsverweigerungsrecht betreffend den Freistellungsanspruch kein fälliger und durchsetzbarer Anspruch bestanden habe. Ein Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273, 274 BGB schließt die Fälligkeit der Forderung nur dann aus, wenn der Schuldner es auch geltend macht; denn nur dann wird der Gläubiger in die Lage versetzt, die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleis-

tung (§ 273 Abs. 3 BGB) abzuwenden (BGH, Urteil vom 21. Oktober 2004 - III ZR 323/03, BauR 2005, 693 f., juris Rn. 6). Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass der Beklagte sich vor Verzugseintritt auf seine Rechte aus der mangelhaften Planung berufen hat. Dies nimmt die Revision hin. Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB schließt den Verzug mit der Erfüllung der Leistungspflicht und damit die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen nur aus, wenn es vor oder bei Eintritt der Verzugsvoraussetzungen ausgeübt wird (vgl. BGH, Urteile vom 26. September 2013 - VII ZR 2/13, BauR 2014, 99 Rn. 46 = NZBau 2013, 760; vom 21. Oktober 2004 - III ZR 323/03, BauR 2005, 693 f., juris Rn. 6). Eine spätere Berufung auf das Zurückbehaltungsrecht beseitigt den bereits eingetretenen Verzug nicht. Der Schuldner muss vielmehr durch geeignete Handlungen den Verzug beenden, etwa seine eigene Leistung Zug um Zug gegen Bewirkung der Gegenleistung anbieten (BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 2/13, aaO m.w.N.). Hierzu trägt der Beklagte weder vor noch sind entsprechende Feststellungen getroffen.

- 40 b) Mit der Begründung des Landgerichts, auf die sich die Berufungsentcheidung pauschal bezieht, kann die Zinsentscheidung keinen Bestand haben. Nach den bisherigen Feststellungen befand sich der Beklagte mit der Zahlung des klägerischen Honorars mit Ablauf der Zahlungsfrist im Mahnschreiben vom 4. Dezember 2007, mithin seit dem 13. Dezember 2007, in Verzug, sodass ab diesem Zeitpunkt Verzugszinsen nach § 286 Abs. 1 BGB geschuldet sind. Einen früheren Verzugseintritt haben die Vorinstanzen nicht festgestellt.

III.

41 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben, soweit es die vom Beklagten geltend gemachte Minderung unberücksichtigt gelassen und die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von Verzugszinsen vor dem 13. Dezember 2007 bestätigt hat. Der Senat kann insoweit in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Das Berufungsgericht hat sich - aus seiner Sicht folgerichtig - nicht mit einem von Amts wegen zu berücksichtigenden (BGH, Urteil vom 18. November 1999 - III ZR 63/98, NJW-RR 2000, 549, 550, juris Rn. 8 m.w.N.) Mitverschulden des Beklagten an der fehlerhaften Planung auseinandergesetzt. Ein solches ist entsprechend § 254 BGB auch im Rahmen der Minderung zu berücksichtigen (MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 638 Rn. 19).

42 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Klägerin von dem Beklagten zunächst nur ein für konventionelle Fassaden geeigneter k-Wert mitgeteilt worden. Die Klägerin hatte ihre Planung unter Zugrundelegung dieses Wertes begonnen. Später ist ihr vom Beklagten der für Polycarbonatfassaden taugliche k-Wert mitgeteilt worden. Zu dieser Zeit war aus Sicht der Klägerin die Art der auszuführenden Fassade noch offen. Es hätte deshalb einer Prüfung und Erörterung bedurft, ob der Beklagte mit der allein durch das Berufungsgericht festgestellten Übersendung einer Zeichnung eines Fassadendetails, aus der sich ergibt, dass eine Polycarbonatfassade zur Ausführung gelangen sollte, das seinerseits Erforderliche getan hat, um sicher zu stellen, dass die Klägerin ihrer Planung den richtigen k-Wert zugrunde legt (zur Prüfpflicht vgl. BGH, Urteile vom 4. März 1971 - VII ZR 204/69, BauR 1971, 265, 267, juris Rn. 25; vom 15. Mai 2013 - VII ZR 257/11, BGHZ 197, 252 Rn. 20; OLG Düsseldorf, BauR 2015, 856, 860, juris Rn. 71 = NZBau 2015, 882).

43 Der Senat kann über die Frage eines solchen etwaigen Mitverschuldens des Beklagten nicht selbst entscheiden, da die hierfür erforderlichen Feststellungen fehlen. Das Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

Eick

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Wimmer

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 22.01.2014 - 18 O 42/08 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 14.10.2014 - 10 U 15/14 -