



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 242/13

Verkündet am:
16. Februar 2017
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1 Bg, Cf

Die von einem Architekten als Allgemeine Geschäftsbedingung gestellte Vertragsbestimmung in einem Architektenvertrag:

"Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadenersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird."

ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 9. April 1981 - VII ZR 263/79, BauR 1981, 395).

BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13 - OLG Oldenburg
LG Osnabrück

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, den Richter Dr. Kartzke und die Richterinnen Graßnack, Sacher und Borris

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 7. August 2013 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger fordert vom beklagten Architekten Schadensersatz wegen Planungsfehlern und wegen mangelhafter Objektüberwachung.
- 2 Der Kläger beauftragte den Beklagten mit Architektenleistungen sämtlicher Leistungsphasen der Objektplanung im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben in L. In § 6.4 Satz 1 des vom Beklagten gestellten Formularvertrags war vereinbart:

"Wird der Architekt wegen eines Schadens am Bauwerk auf Schadensersatz in Geld in Anspruch genommen, kann er vom Bauherrn verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird."

3 Auf der Grundlage eines Angebots vom 7. April 2004 beauftragte der Kläger mit Vertrag vom 13. Mai 2004 die Nebenintervenientin des Beklagten mit der Ausführung der Trockenbauarbeiten. Nach Ausführung der Arbeiten rügte der Kläger Mängel der Leistung der Nebenintervenientin, insbesondere einen unzureichenden Schallschutz.

4 Die Nebenintervenientin nahm den Kläger in einem anderweit beim Landgericht O. geführten Rechtsstreit auf Zahlung des Werklohns in Anspruch, der Kläger machte widerklagend einen Anspruch auf Mängelbeseitigung geltend. Nach dem Ergebnis des in diesem Rechtsstreit eingeholten Gutachtens des Sachverständigen F. waren die Mängel am Schallschutz auf eine nicht fachgerechte Erstellung der Wohnungstrennwände zurückzuführen. Der Kläger verkündete dem Beklagten den Streit, woraufhin der Beklagte auf Seiten des Klägers dem Rechtsstreit beitrug. Die Nebenintervenientin wurde zur Mängelbeseitigung Zug um Zug gegen eine Kostenbeteiligung des Klägers in Höhe von 15.000 € wegen ihm zurechenbarer Planungsfehler des Beklagten verurteilt.

5 Eine Mängelbeseitigung wurde im Anschluss nicht durchgeführt. Die Haftpflichtversicherung des Beklagten zahlte an den Kläger einen Betrag in Höhe von 11.098,40 €.

6 Der Kläger hat den Beklagten in Höhe der Differenz zwischen den vom Sachverständigen F. geschätzten Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 66.564,45 € und der von der Haftpflichtversicherung geleisteten Zahlung, das sind 55.466,05 €, auf Schadensersatz in Anspruch genommen und die Feststellung begehrt, dass der Beklagte verpflichtet sei, ihm alle weiteren Schäden zu

ersetzen, die an dem Objekt in L. aufgrund der fehlerhaften Planung und Überwachung der Errichtung des Objekts hinsichtlich der Gewerke Trockenbau und Schallschutz entstanden seien und noch entstehen.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine auf Zahlung und Feststellung gerichteten Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

9 Das Berufungsgericht hat, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

10 Dem Kläger stehe kein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 633, 634 Nr. 4, § 281 BGB zu. Das Architektenwerk des Beklagten sei zwar mangelhaft, auch sei die Forderung des Klägers nicht verjährt. Jedoch stehe der Inanspruchnahme des Beklagten die Selbsteintrittsklausel gemäß § 6.4 Satz 1 des Vertrags der Parteien entgegen. Diese Vertragsklausel sei nicht deshalb unwirksam, weil sie überraschend im Sinne von § 305c Abs. 1 BGB oder intransparent im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB wäre. Auch inhaltlich bestünden keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Klausel. Die Bestimmung verstoße insbesondere nicht gegen §§ 307, 309 Nr. 7 a) und b) bzw. Nr. 8 b) bb) BGB. Sie räume dem Architekten lediglich das Recht ein, seiner Gewährleistungsver-

pflichtung im gesetzlichen Umfang durch Naturalrestitution statt durch Geldzahlung zu genügen. Die Klausel sei wirksam, weil sie den Schadensersatzanspruch des Auftraggebers nur modifiziere und auf das gesetzliche Leitbild des § 249 BGB zurückführe. Ein Verstoß gegen § 308 Nr. 4 BGB sei ebenfalls zu verneinen. Die Klausel gebe dem Beklagten als Verwender nicht das Recht, die von ihm versprochenen vertraglichen Leistungen einseitig zu ändern.

11 Es bestehe kein sachlicher Grund, warum der Architekt nicht das Recht haben solle, die Erklärung des Selbsteintritts noch im Prozess abzugeben, wenn er - wie hier - nicht zuvor von dem Bauherrn zur Ausübung seines Wahlrechts aufgefordert worden sei. Der Beklagte habe zu keinem Zeitpunkt davor erklärt, nicht zur Naturalrestitution bereit zu sein. Der Geltendmachung des Selbsteintrittsrechts stehe nicht entgegen, dass der Beklagte im Prozess zugleich die Einrede der Verjährung erhoben habe. Dabei handele es sich um ein prozessual zulässiges Vorgehen. Aus der Zahlung des Haftpflichtversicherers des Beklagten an den Kläger in Höhe von 11.098,40 € lasse sich ebenfalls nicht schlussfolgern, dass sich der Beklagte gegen das ihm zustehende Recht zur Naturalrestitution entschieden hätte.

12 Der vom Kläger geltend gemachte Zahlungsanspruch sei unabhängig hiervon nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB beziehungsweise unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB ausgeschlossen. Der Bauherr könne im Einzelfall gegen seine Schadensminderungspflicht gemäß § 254 BGB verstoßen, wenn er dem Architekten nicht die Möglichkeit einräume, den Schaden in Natur mit geringerem Kostenaufwand zu beseitigen, als das sonst möglich wäre. Ein solcher Sonderfall liege vor. Der Sachverständige F. habe nachvollziehbar ausgeführt, dass sich seit 2005 die Materialsituation im Trockenbau fortlaufend deutlich verändert habe. Es gebe inzwischen Platten mit deutlich besserem Schallschutz. Der Sachverständige

sei daher zu der Bewertung gekommen, dass die Kostenschätzung in dem dritten Ergänzungsgutachten nicht mehr dem heutigen Kenntnisstand entspreche und nicht mehr zur Grundlage einer Sanierung gemacht werden könne. Es bestünde die realistische Chance, dass mit Hilfe der neuen Materialien deutlich kostengünstiger der erforderliche Schallschutz zwischen zwei Wohnungen erreicht werden könne. Es stelle sich als treuwidrig dar, wenn der Kläger auf Basis des dritten Ergänzungsgutachtens einen Schaden liquidieren wolle, der aller Wahrscheinlichkeit nach deutlich niedriger ausfallen würde, wenn der Kläger es dem Beklagten und der leistungsfähigen Nebenintervenientin gestatten würde, ihr Sanierungskonzept vorzustellen und umzusetzen. Was das vom Sachverständigen F. nachvollziehbar für erforderlich gehaltene Sanierungskonzept angehe, könne dies vom Beklagten als Architekten erstellt werden.

II.

13 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

14 Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann der vom Kläger mit dem Zahlungs- und Feststellungsantrag geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den Beklagten nicht abgelehnt werden.

15 1. Das Berufungsgericht geht davon aus, dass das Architektenwerk des Beklagten mangelhaft gewesen und die Schadensersatzforderung des Klägers nicht verjährt ist. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

16 2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dem Beklagten stehe aufgrund der Vertragsbestimmung in § 6.4 Satz 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrags ein Selbsteintrittsrecht zu, von dem er während des

Rechtsstreits Gebrauch gemacht habe, ist dagegen von Rechtsfehlern beeinflusst. Die Vertragsbestimmung ist wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam.

17 a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der Vertragsbestimmung in § 6.4 Satz 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Architektenvertrags um eine vom Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung. Dies nimmt die Revision als ihr günstig hin. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

18 b) Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Vertragsbestimmung weder wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 4 BGB noch gegen § 309 Nr. 8 b) bb) BGB unwirksam und eine nach § 309 Nr. 7 a) und b) BGB unzulässige Haftungsbeschränkung mit ihr nicht verbunden ist.

19 aa) Die Vertragsbestimmung in § 6.4 Satz 1 räumt dem Beklagten nicht das Recht ein, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, § 308 Nr. 4 BGB. Das vom Beklagten ausbedungene Selbsteintrittsrecht bezieht sich nicht auf den Inhalt der nach dem Vertrag vom Beklagten geschuldeten Planungs- und Überwachungsleistung, sondern räumt dem Beklagten das Recht ein, den durch einen von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler eingetretenen Schaden am Bauwerk nicht durch Zahlung eines Geldbetrags zu ersetzen, sondern in Natur zu beseitigen. Die Ausübung des zugunsten des Beklagten vereinbarten Selbsteintrittsrechts modifiziert demnach nicht die vertraglichen Leistungspflichten des Beklagten, sondern betrifft die Art der Schadensbeseitigung.

20 bb) Die Vertragsbestimmung in § 6.4 Satz 1 ist auch nicht wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 8 b) bb) BGB unwirksam. Danach ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die bei Verträgen über

Werkleistungen die Ansprüche gegen den Verwender insgesamt oder bezüglich einzelner Teile auf ein Recht auf Nacherfüllung beschränkt werden, sofern dem anderen Vertragsteil nicht ausdrücklich das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlagen der Nacherfüllung zu mindern oder, wenn nicht eine Bauleistung Gegenstand der Mängelhaftung ist, nach seiner Wahl vom Vertrag zurückzutreten. Mit der in Rede stehenden Vertragsbestimmung werden die Mängelrechte des Klägers gegenüber dem Beklagten wegen Mängeln der Planung oder Überwachung nicht auf ein Nacherfüllungsrecht beschränkt. Die Klausel begründet zugunsten des Beklagten vielmehr ein Optionsrecht, den auf Geld gerichteten Schadensersatzanspruch des Klägers wegen eines am Bauwerk eingetretenen Schadens in einen auf Naturalrestitution gerichteten Anspruch umzuwandeln (vgl. Hänsel in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2016, Der Architektenvertrag, Stand: Juli 2011, Rn. 212 f.; Lauer/Wurm, Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 6. Aufl., Rn. 859; Locher in Korbion/Locher/Sienz, AGB und Bauerrichtungsverträge, 4. Aufl., Kap. XII Rn. 64 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 467, juris Rn. 2; a.A. Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Teil 2, [4] Architekten- und Ingenieurverträge, Rn. 5; Hartmann in Festschrift für Locher, 1990, S. 337, 343). Ein solches Optionsrecht wird von § 309 Nr. 8 b) bb) BGB nicht erfasst.

- 21 cc) Zu Recht geht das Berufungsgericht weiter davon aus, dass durch die Vertragsbestimmung in § 6.4 Satz 1 die Haftung des Architekten auf Schadensersatz wegen weiterer Schäden, wie etwa Gutachter- oder Rechtsverfolgungskosten, nicht entgegen § 309 Nr. 7 a) und b) BGB in unzulässiger Weise beschränkt wird. Die Bestimmung in § 6.4 des Vertrags der Parteien bezieht sich ausschließlich auf den Ersatzanspruch des Auftraggebers wegen Schäden am Bauwerk. Unberührt bleiben nach dem Wortlaut danach Ersatzansprüche des Auftraggebers wegen sonstiger Einbußen an seinem Vermögen.

- 22 c) Die Klausel in § 6.4 Satz 1 des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrags ist jedoch wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den Auftraggeber entgegen Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Als unangemessen im Sinne dieser Vorschrift wird nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Klausel angesehen, in der der Verwender missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten des Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne die Interessen des Vertragspartners hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (siehe nur BGH, Urteil vom 20. März 2014 - VII ZR 248/13, BGHZ 200, 326 Rn. 15; Urteil vom 9. Dezember 2010 - VII ZR 7/10, BauR 2011, 677 Rn. 18 = NZBau 2011, 229). So liegt der Fall hier.
- 23 aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schuldet der Architekt als Schadensersatz wegen der von ihm zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsfehler, die sich im Bauwerk bereits verwirklicht haben, nicht die Beseitigung dieser Mängel, sondern grundsätzlich Schadensersatz in Geld (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 Rn. 11 = NZBau 2010, 768; Urteil vom 11. Oktober 2007 - VII ZR 65/06, BauR 2007, 2083, 2084, juris Rn. 15 = NZBau 2008, 187; Urteil vom 29. September 1988 - VII ZR 182/87, BauR 1989, 97, 98, juris Rn. 15; Urteil vom 15. Juni 1978 - VII ZR 15/78, BauR 1978, 498, juris Rn. 9 f.). Bei dem gegen den Architekten gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Bauwerks, die auf seine Planungs- oder Überwachungsfehler zurückzuführen sind, handelt es sich der Sache nach um einen Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, denn die Mängel des Bauwerks können nicht durch Nacherfüllung der Architektenleistung noch beseitigt werden. Mit dem Schadensersatzanspruch neben der Leistung gemäß § 280 Abs. 1 BGB kann Schadensersatz für Schäden beansprucht werden, die an anderen Rechtsgütern des Auftraggebers oder an dessen Vermögen eintreten (vgl.

MünchKommBGB/Ernst, 7. Aufl., § 280 Rn. 69; Staudinger/Schwarze, 2014, BGB, § 280 Rn. E 8 und C 38; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 281 Rn. 2, § 280 Rn. 18).

24 Hat der Architekt die von ihm geschuldeten Planungs- und Überwachungsleistungen mangelhaft erbracht und hat der Auftraggeber deswegen das bei einem Dritten in Auftrag gegebene Bauwerk nicht so erhalten wie als Ziel der vom Architekten geschuldeten Mitwirkung vereinbart, ist das hierdurch geschützte Interesse des Auftraggebers an einer mangelfreien Entstehung des Bauwerks verletzt. Der Schaden des Auftraggebers besteht darin, dass er für das vereinbarte Architektenhonorar im Ergebnis ein Bauwerk erhält, das hinter dem im Architektenvertrag als Ziel vereinbarten Bauwerk zurückbleibt. Für den sich daraus ergebenden Vermögensnachteil hat der Architekt Schadensersatz in Geld zu leisten. Nach § 249 Abs. 1 BGB muss der Architekt den Zustand herstellen, der bestehen würde, wenn er nicht mangelhaft geleistet hätte. Hätte der Architekt die von ihm geschuldeten Architektenleistungen mangelfrei erbracht, wäre es dem Auftraggeber möglich gewesen, das Bauwerk wie gewünscht, insbesondere ohne Mängel, durch den Bauunternehmer entstehen zu lassen. Der Architekt hat dem Auftraggeber als Schadensersatz daher die Mittel zur Verfügung zu stellen, die dieser zur Kompensation des verletzten Interesses benötigt. Dem Auftraggeber steht es in diesem Zusammenhang frei, ob er eine Beseitigung der infolge des Mangels der Architektenleistung am Bauwerk eingetretenen Mängel veranlassen oder Schadensersatz in Höhe des durch die mangelhafte Leistung des Architekten bedingten Minderwerts des Bauwerks verlangen will.

25 bb) Mit der Klausel in § 6.4 Satz 1 des Architektenvertrags, nach der der Architekt von dem Auftraggeber verlangen kann, an Stelle des in Geld zu leistenden Schadensersatzes eine Beseitigung der Mängel selbst zu veranlassen,

werden diese Rechte des Auftraggebers wesentlich beschränkt, ohne dass ihm ein angemessener Ausgleich gewährt wird oder ihm die Möglichkeit verbleibt, die Ausübung des Optionsrechts durch den Architekten abzulehnen.

26

(1) Durch die Klausel in § 6.4 Satz 1 des Architektenvertrags wird zunächst das Recht des Auftraggebers beschränkt, das infolge des vom Architekten zu vertretenden Planungs- oder Überwachungsmangels nicht entsprechend der im Architektenvertrag getroffenen Vereinbarung hergestellte Werk zu behalten und lediglich Schadensersatz in Höhe des durch die mangelhafte Leistung des Architekten bedingten Minderwerts zu verlangen. Nach dem Inhalt der Klausel hat der Architekt das Recht, vom Auftraggeber zu verlangen, dass ihm die Beseitigung des Schadens übertragen wird, wenn er von diesem auf Schadensersatz wegen Mängeln am Bauwerk in Anspruch genommen wird. Er kann durch die Ausübung dieses Optionsrechts dem Auftraggeber nach dem Wortlaut der Bestimmung eine Beseitigung der am Bauwerk bestehenden Mängel selbst dann aufzwingen, wenn dieser eine Beseitigung der Mängel nicht (mehr) anstrebt. Das Recht des Architekten, von dem ihm eingeräumten Selbstbeseitigungsrecht Gebrauch zu machen, besteht nach dem Wortlaut der in Rede stehenden Vertragsbestimmung ohne jede Einschränkung, also auch für den Fall, dass der Auftraggeber eine Beseitigung des Schadens am Bauwerk selbst nicht (mehr) vornehmen will. Diese Einschränkung des dem Auftraggeber zustehenden Wahlrechts, ob er den nach dem Architektenvertrag als Ziel vereinbarten vertragsgemäßen Zustand des vom Bauunternehmer hergestellten Bauwerks (noch) herbeiführen oder ob er sich mit dem Schadensersatz in Höhe des infolge des Mangels der Architektenleistung eingetretenen Minderwerts des Bauwerks begnügen will, ist wesentlich und beeinträchtigt den Auftraggeber entgegen Treu und Glauben unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Denn ihm wird für den Fall, dass er von einer Beseitigung der Mängel am Bauwerk absehen will, eine Beseitigung dieser Mängel durch den Architekten, der

von dem ihm durch die Vertragsklausel eingeräumten Selbstbeseitigungsrecht Gebrauch macht, aufgedrängt, ohne dass er seine Interessen wahren und die Selbstbeseitigung durch den Architekten ablehnen kann.

27 (2) Die streitgegenständliche Vertragsklausel beeinträchtigt den Auftraggeber darüber hinaus aber auch dann entgegen Treu und Glauben unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sie lediglich anwendbar wäre, wenn der Auftraggeber die Beseitigung der am Bauwerk eingetretenen Mängel (noch) anstrebt.

28 Zwar mag es im Einzelfall den Interessen des Auftraggebers nicht zuwiderlaufen, wenn der Architekt an Stelle einer Schadensersatzleistung in Geld die infolge einer von ihm zu vertretenden mangelhaften Leistung entstandenen Mängel des Bauwerks in eigener Regie beseitigt. Die Klausel findet jedoch auch dann Anwendung, wenn der Auftraggeber infolge der mangelhaften Leistung des Architekten das Vertrauen in dessen Leistungsfähigkeit und fachliche Kompetenz verloren hat und ihm eine Beseitigung der am Bauwerk eingetretenen Schäden durch den Architekten nicht zuzumuten ist. Da der Auftraggeber nach dem Inhalt der Vertragsbestimmung auch in einem solchen Fall eine Mangelbeseitigung durch den Architekten dulden müsste, wenn dieser von seinem Recht Gebrauch macht, den Schaden am Bauwerk selbst zu beseitigen, benachteiligt die Klausel den Auftraggeber auch aus diesem Grund entgegen Treu und Glauben unangemessen. Denn sie beschränkt sein Recht, selbst zu entscheiden, ob er den Architekten, den bauausführenden Unternehmer oder einen Dritten mit der Beseitigung der infolge der mangelhaften Leistung des Architekten entstandenen Mängel des Bauwerks beauftragen will, so wesentlich, dass hierdurch der vertragliche Interessenausgleich insgesamt nicht mehr gewahrt ist (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, Anh. II zu § 638 Rn. 9; Wirth in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl., Teil B Rn. 463; Bartsch, BauR 1994,

314, 319; Hartmann in Festschrift für Locher, 1990, S. 337, 343; Bunte, Handbuch der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1982, S. 305; ähnlich Lauer/Wurm, Haftung des Architekten und Bauunternehmers, 6. Aufl., Rn. 858: unzulässige Haftungsbeschränkung nach § 309 Nr. 7 b) BGB; a.A. Hänsel in Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 2016, Der Architektenvertrag, Stand: Juli 2011, Rn. 212; Locher in Locher/Koebler/Frik, HOAI, 13. Aufl., Einleitung Rn. 298; Löffelmann/Fleischmann/Ihle, Architektenrecht, 6. Aufl., Rn. 1767; OLG Frankfurt, Urteil vom 20. Februar 1997 - 16 U 244/95, juris; OLG Hamm, NJW-RR 1992, 467, juris Rn. 2). Soweit der Entscheidung des Senats vom 9. April 1981 (VII ZR 263/79, BauR 1981, 395, 396, juris Rn. 17) etwas Anderes entnommen werden könnte, hält der Senat daran nicht fest.

29

(3) Die Klausel führt darüber hinaus zu einer wesentlichen Verkürzung des dem Auftraggeber bei einer zum Schadensersatz verpflichtenden mangelhaften Leistung des Architekten zustehenden Rechts, den mit der Beseitigung der Mängel am Bauwerk zu beauftragenden Unternehmer selbst auszuwählen. Durch das zugunsten des Architekten vereinbarte Selbsteintrittsrecht wird dem Auftraggeber die ihm grundsätzlich zustehende Entscheidungsbefugnis darüber genommen, ob er den bereits beauftragten Bauunternehmer oder einen anderen Unternehmer mit der Beseitigung der am Bauwerk bestehenden Mängel beauftragen will. Der Architekt kann den vertragsgemäßen Zustand des Bauwerks in aller Regel nicht allein, sondern nur unter Hinzuziehung eines Dritten herbeiführen. Macht er von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch, entscheidet daher er und nicht der Auftraggeber darüber, welcher Unternehmer mit der Beseitigung der Mängel am Bauwerk beauftragt wird. Die Klausel sieht zugunsten des Auftraggebers in diesem Fall keinen angemessenen Ausgleich - etwa in Form eines Genehmigungsvorbehalts - vor, sondern überträgt die Entscheidungsbefugnis, welcher Unternehmer beauftragt werden soll, ohne jede Ein-

schränkung dem Architekten, sobald er von dem Selbsteintrittsrecht Gebrauch macht. Dies führt ebenfalls zu einer den Auftraggeber entgegen Treu und Glauben unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB und damit zur Unwirksamkeit der Klausel.

30 3. Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus einem anderen Grund als richtig dar, § 561 ZPO. Die Erwägung des Berufungsgerichts, der Schadensersatzanspruch des Klägers sei wegen eines ihm zur Last fallenden Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, vermag die Entscheidung im Ergebnis nicht zu tragen.

31 a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann der Auftraggeber, der dem Architekten nicht Gelegenheit gibt, den infolge eines Mangels seiner Planungs- oder Überwachungsleistung verursachten Mangel am Bauwerk zu beseitigen, in Ausnahmefällen gegen seine Schadensminderungspflicht gemäß § 254 Abs. 2 BGB verstoßen (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 1996 - VII ZR 157/94, BauR 1996, 735, 737, juris Rn. 19; Urteil vom 15. Juni 1978 - VII ZR 15/78, BauR 1978, 498, juris Rn. 10; Urteil vom 12. Juli 1971 - VII ZR 239/69, WM 1971, 1372, juris Rn. 9 ff.; Urteil vom 15. Dezember 1966 - VII ZR 151/64, VersR 1967, 260, 262). Dafür kann es ausreichend sein, dass die Art der Mängelbeseitigung oder die Tatsache, dass der Architekt die Mängelbeseitigung veranlasst, zu einem geringeren Kostenaufwand führt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Juni 1978 - VII ZR 15/78, BauR 1978, 498, juris Rn. 10). Ein Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht ist dagegen abzulehnen, wenn zweifelhaft ist, ob die alternative Mängelbeseitigung zum Erfolg führt. Nur außer Zweifel stehende, Erfolg versprechende Maßnahmen braucht der Auftraggeber hinzunehmen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1971 - VII ZR 239/69, WM 1971, 1372, juris Rn. 12).

32 b) Nach diesen Maßstäben kann auf der Grundlage der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen im vorliegenden Fall nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger gegen die Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB verstoßen hat, indem er dem Beklagten nicht die Möglichkeit eröffnet hat, den Schaden selbst zu beseitigen. Das Landgericht, dessen Ausführungen sich das Berufungsgericht insoweit zu eigen gemacht hat, hat keine Feststellungen dazu getroffen, auf welche Art und Weise die vorhandenen Mängel durch den Beklagten beseitigt werden könnten und welche Kosten hierfür anfallen würden. Es hat sich mit der Feststellung begnügt, dass die Kosten aller Wahrscheinlichkeit nach niedriger wären, wenn der Kläger es dem Beklagten und der Nebenintervenientin gestatten würde, ihr Sanierungskonzept vorzustellen und umzusetzen.

33 Damit hat das Landgericht und ihm folgend das Berufungsgericht die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in einem entscheidenden Punkt verkannt. Der Auftraggeber muss sich unter dem Gesichtspunkt der ihm nach § 254 Abs. 2 BGB treffenden Obliegenheit, den Schaden zu mindern, nicht auf ein noch zu erstellendes Sanierungskonzept einlassen, dessen Inhalt ihm nicht bekannt ist. Der Architekt hat vielmehr, wenn er dem Auftraggeber zum Zwecke der Schadensminderung eine kostengünstigere Art der Mängelbeseitigung anbieten will, die Art der alternativen Mängelbeseitigung und die damit verbundenen Kosten nachvollziehbar darzulegen. Hieran fehlt es vorliegend. Der Sachverständige hat im Rahmen seiner Anhörung vor dem Landgericht im Termin vom 21. Januar 2013 weder die Art der in Betracht kommenden alternativen Sanierungsmaßnahmen benennen noch die hierfür erforderlichen Kosten abschätzen können, sondern hat insoweit weiteren Aufklärungsbedarf gesehen. Dies ist nach den vorstehend genannten Maßgaben nicht ausreichend.

34

4. Das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO, weil die Sache noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht hat bislang keine Feststellungen dazu getroffen, in welcher Höhe dem Kläger der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zusteht. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen.

Eick

Kartzke

Graßnack

Sacher

Borris

Vorinstanzen:

LG Osnabrück, Entscheidung vom 18.02.2013 - 2 O 350/12 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 07.08.2013 - 3 U 20/13 -