

**BGH**

**Urteil**

**vom 16.10.2014**

**VII ZR 152/12**

**Der Besteller muss sich ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 Abs. 1 BGB zurechnen lassen, 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 Unternehmer einen Änderungsvorschlag unterbreitet hat.**

BGH, Urteil vom 16.10.2014 - VII ZR 152/12

vorhergehend:

OLG Schleswig, 20.04.2012 - 17 U 9/10

LG Itzehoe, 16.12.2009 - 2 O 44/03

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 20. April 2012 teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung der Klägerin wird die Beklagte unter Abänderung des Urteils der 2. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 16. Dezember 2009 und unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 58.340,94 Euro zu zahlen, Zug um Zug gegen diejenigen Arbeiten der Klägerin, die erforderlich sind, um an der Fassade des Gebäudes M. Straße 3, 3a, 3b, P., eine Fassadensanierung nach Maßgabe des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen T. vom 25. Januar 2012 und nach Entscheidung der Beklagten für eine Ausführung mit entweder 4-mm-Vertikalfugen oder 8-mm-Vertikalfugen herzustellen, wobei diese Arbeiten nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Zuschusses von 56.188,80 Euro seitens der Beklagten an die Klägerin durchzuführen sind.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits erster und zweiter Instanz tragen die Klägerin 24 % und die Beklagte 76 %. Die durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt die Klägerin zu 24 %.

Die Anschlussrevision wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte. Von den Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens tragen die Klägerin 72 % und die Beklagte 28 %; die insoweit durch die Nebenintervention verursachten Kosten trägt die Klägerin zu 72 %.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Zahlung von Restwerklohn für eine Fassadensanierung in Anspruch.

2 Die Beklagte beauftragte die Klägerin im Mai 2001 mit der Anbringung einer Argeton-Tonplattenfassade an ihrem Hochhaus in P. Hinsichtlich der Absprache der technischen Details ließ sie sich dabei durch ihren Architekten, den Streithelfer, vertreten. Nach dem von der Klägerin unterbreiteten Leistungsangebot, das auf der Grundlage des von dem Streithelfer erstellten Leistungsverzeichnisses basierte, sollte die Breite sowohl der horizontalen als auch der vertikalen Fugen 8 mm betragen. Dem Streithelfer waren ausweislich der Leistungsbeschreibung die Genehmigung von Ausführungsdetails des Auftragnehmers und eine stete Abstimmung mit ihm als planendem Architekten vorbehalten.

3 Noch vor Ausführung der Arbeiten äußerte die Beklagte den Wunsch, die vertikalen Fugen aus optischen Gründen schmäler als ursprünglich vorgesehen auszubilden. Der Streithelfer nahm daraufhin Kontakt mit dem Hersteller auf, um sich über die Realisierbarkeit dieser von der Beklagten gewünschten Lösung zu informieren. Auf Betreiben der Beklagten und des Streithelfers verständigten sich die Parteien dann auf eine von der ursprünglichen Planung abweichende Breite der Vertikalfugen von lediglich 2 bis 3 mm und vereinbarten, dass nur in jede dritte Vertikalfuge Halteprofile eingesetzt werden sollten.

4 Die Klägerin errichtete in der Folgezeit entsprechend dieser Planung die Fassade, wobei jedoch die Breite der vertikalen Fugen zwischen 0 mm und 8 mm variierte.

5 Nach Erstellung der Schlussrechnung durch die Klägerin beanstandete die Beklagte die unterschiedliche Fugenbreite und kürzte die Schlussrechnungssumme zudem um einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % (25.104,53 Euro). Gemäß Ziffer 12 der von der Beklagten gestellten Vertragsbedingungen war ein Gewährleistungseinbehalt von 5 % der Gesamtbruttoabrechnungssumme vereinbart, der von der Schlussrechnung in Abzug gebracht werden sollte. Die Klägerin sollte berechtigt sein, den Sicherheitseinbehalt gegen Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern abzulösen.

6 Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Zahlung eines Restbetrags in Höhe von 60.168,79 Euro geltend gemacht. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin ist teilweise erfolgreich gewesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung eines Betrags in Höhe von 33.236,41 Euro Zug um Zug gegen Erstellung einer (näher bezeichneten) mangelfreien Verfugung der Fassade verurteilt, wobei die Mängelbeseitigung wiederum nur Zug um Zug gegen

Zahlung eines Zuschusses von Seiten der Beklagten in Höhe eines Betrags von 56.188,80 Euro erfolgen sollte.

7 Die von dem Senat teilweise zugelassene Revision der Klägerin richtet sich gegen die Teilabweisung der Klage in Höhe des Sicherheitseinbehalts von 5 % der Schlussrechnungssumme. Mit ihrer Anschlussrevision wendet sich die Beklagte gegen die doppelte Zug-um-Zug-Verurteilung, soweit die Beseitigung der Mängel davon abhängig ist, dass sie einen Teilbetrag in Höhe von 38.000 Euro an die Klägerin zu zahlen hat.

Entscheidungsgründe:

8 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines weiteren Betrags in Höhe von 25.104,53 Euro. Die Anschlussrevision der Beklagten ist unbegründet.

9 Auf das Schuldverhältnis zwischen den Parteien ist mit Ausnahme der für die Verjährung geltenden Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch sowie das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

I.

10

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

11 1. In Höhe eines Betrags von 25.104,53 Euro sei die Klage unbegründet, da die Schlussrechnung um einen Sicherheitseinbehalt von 5 % der Bruttoauftragssumme zu kürzen sei. Die formularmäßige Vereinbarung der Sicherheitsleistung sei nicht deshalb unwirksam, weil eine Ablösung des Einbehalts nur durch Stellung einer Bankbürgschaft auf erstes Anfordern vorgesehen sei. Zwar sei die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers enthaltene Verpflichtung eines Bauunternehmers, zur Sicherung von Vertragserfüllungsansprüchen eine Bürgschaft auf erstes Anfordern zu stellen, grundsätzlich unwirksam. Der somit lückenhafte Vertrag könne jedoch ergänzend dahin ausgelegt werden, dass der Bauunternehmer eine unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft schulde. Die Einschränkung des Bundesgerichtshofs in seiner Entscheidung vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99 (BGHZ 151, 229), wonach eine ergänzende Vertragsauslegung für Verträge, die nach Bekanntwerden dieser Entscheidung in den beteiligten Verkehrskreisen abgeschlossen wurden, nicht mehr in Betracht komme, greife nicht, da der streitgegenständliche Bauvertrag bereits vor Erlass dieser Entscheidung geschlossen worden sei.

12

2. In Höhe eines Betrags von 33.236,41 Euro sei die Klage hingegen begründet, jedoch nur Zug um Zug gegen Ausführung derjenigen Arbeiten, die erforderlich seien, um eine mangelfreie Verfügung der Fassade herzustellen. Diese Arbeiten wiederum habe die Klägerin nur Zug um Zug gegen Zahlung eines Zuschusses in Höhe von 56.188,80 Euro

seitens der Beklagten durchzuführen. In Höhe eines Teilbetrags von 38.000 Euro - nur dieser ist in der Revisionsinstanz noch von Bedeutung - beruhe dies darauf, dass die Beklagte den Mangel der Fassade mitverursacht habe. Auf Betreiben des Streithelfers sei von dem ursprünglichen Vorschlag der Klägerin abgewichen worden, 8 mm breite Profile zu verwenden und entsprechende Fugen herzustellen. Dem Streithelfer, der selbst Herstellerinformationen eingeholt habe, habe nicht verborgen geblieben sein können, dass mit dem letztlich eingeschlagenen Weg eine Sonderkonstruktion unter Verzicht auf die herstellerseitigen Profile mit Klemmfeldern gewählt worden sei. Dies sei der Beklagten zuzurechnen, weshalb sie mit einer Quote von 1/3 an den Mängelbeseitigungskosten zu beteiligen sei.

## II. Revision der Klägerin

13 Das Berufungsurteil hält, soweit die Berufung in Höhe eines Betrags von 25.104,53 Euro zurückgewiesen worden ist, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

14 Die Beklagte war nicht berechtigt, die Schlussrechnung um einen Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % der Bruttoauftragssumme zu kürzen, da die Klausel gemäß Nr. 12 des Vertrags nach § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam ist.

15 1. Bei der Bestimmung gemäß Nr. 12 des Vertrags handelt es sich, wie das Berufungsgericht mit Recht angenommen hat, um von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 1 Abs. 1 AGBG.

16

2. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bestellers, die - wie hier - vorsieht, dass der Unternehmer einen Gewährleistungssicherheitseinbehalt von 5 % der Auftragssumme nur gegen Stellung einer Bürgschaft auf erstes Anfordern ablösen kann, den Unternehmer unangemessen benachteiligt (BGH, Beschluss vom 24. Mai 2007 - VII ZR 210/06, BauR 2007, 1575, 1576 = NZBau 2007, 583; Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539, 540 f. = NZBau 2005, 219; jeweils m.w.N.).

17 Fehlerhaft ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Sicherungsabrede könne im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung gemäß §§ 157, 133 BGB dahin ausgelegt werden, der Sicherheitseinbehalt sei durch eine einfache unbefristete selbstschuldnerische Bürgschaft ablösbar. Das widerspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005, 539, 541 f. = NZBau 2005, 219; Urteil vom 22. November 2001 - VII ZR 208/00, BauR 2002, 463, 465 = NZBau 2002, 151; Urteil vom 8. März 2001 - IX ZR 236/00, BGHZ 147, 99, 105 f.), von der abzuweichen kein Anlass besteht.

18 Das Berufungsgericht hat insoweit irrtümlich die Rechtsprechung zur Verpflichtung des Unternehmers, eine Vertragserfüllungsbürgschaft zu stellen, angewendet (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 2002 - VII ZR 502/99, BGHZ 151, 229, 235 f.). Diese findet jedoch auf Vereinbarungen über Gewährleistungseinbehalte und deren Ablösung keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2004 - VII ZR 265/03, BauR 2005,

539, 542 = NZBau 2005, 219; Urteil vom 16. Juni 2009 - XI ZR 145/08, BGHZ 181, 278 Rn. 35 ff.).

### III. Anschlussrevision der Beklagten

19 1. Die Anschlussrevision ist zulässig.

20 Der aufgrund der akzessorischen Natur erforderliche unmittelbare rechtliche oder wirtschaftliche Zusammenhang mit dem Gegenstand der Revision (vgl. BGH, Urteile vom 21. Februar 2014 - V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Rn. 31 - in BGHZ 200, 221 insoweit nicht abgedruckt; vom 22. November 2007 - I ZR 74/05, BGHZ 174, 244 Rn. 38 ff. m.w.N.) ist gegeben. Die Anschlussrevision betrifft einen Mängelbeseitigungsanspruch, der aus demselben Werkvertrag wie der von der Klägerin weiterverfolgte Restvergütungsanspruch resultiert und zudem mit diesem über die von Seiten der Beklagten erhobene Einrede des nicht erfüllten Vertrags prozessual verknüpft ist.

21 2. Die Anschlussrevision ist unbegründet.

22 Ohne Erfolg wendet sich die Anschlussrevision dagegen, dass das Berufungsgericht eine Mitverantwortung der Beklagten für den Mangel der Fassade angenommen und im Wege einer doppelten Zug-um-Zug-Verurteilung eine Beteiligung der Beklagten an den Mängelbeseitigungskosten in Höhe eines Betrags von 38.000 Euro ausgeurteilt hat.

23 a) Zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass sich die Beklagte im Rahmen des geltend gemachten Mängelbeseitigungsanspruchs das Planungsverschulden des Streithelfers gemäß § 254 Abs. 2 Satz 2, § 278 BGB zurechnen lassen muss.

24 (1) Ein auf Seiten des Bestellers mitwirkendes Verschulden ist gemäß §§ 254, 242 BGB auch gegenüber einem ein Verschulden nicht erfordernden Anspruch auf Mängelbeseitigung gemäß § 633 BGB zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82, BauR 1984, 395, 397 f. in BGHZ 90, 344 insoweit nicht abgedruckt). Dem Besteller obliegt es grundsätzlich, dem Unternehmer 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 Bauunternehmer, so dass der Besteller für das Verschulden des Architekten einstehen muss (BGH, Urteil vom 27. November 2008 - VII ZR 206/06, BGHZ 179, 55 Rn. 33 ff. m.w.N.; BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016, 1018 = NZBau 2005, 400). Ein schuldhaftes Verhalten des mit der Planung beauftragten Architekten ist dem Besteller gemäß § 278 BGB zuzurechnen, wenn dieser im Laufe der Bauausführung fehlerhafte Anordnungen erteilt, aufgrund derer von der ursprünglichen Planung abgewichen werden soll (BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016, 1018 = NZBau 2005, 400). 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 Unternehmer einen Änderungsvorschlag unterbreitet hat.

25 (2) So liegt der Fall hier. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben sich die Parteien auf maßgebliches Betreiben der Beklagten und des Streithelfers darauf geeinigt, die Breite der Vertikalfugen abweichend von der ursprünglichen Planung auf 2 bis 3 mm zu reduzieren und nur in jeder dritten Vertikalfuge Haltewinkel anzubringen. Dadurch sollte einem Wunsch der Beklagten Rechnung getragen werden, das Gebäude schmaler erscheinen zu lassen. Für diese Planungsänderung hatte der Streithelfer die Planungsverantwortung übernommen. Ihm war als planendem Architekten nach dem zwischen den Parteien geschlossenen Bauvertrag, Ziffer 22.4.1 des Leistungsverzeichnisses, die Genehmigung der Ausführungsdetails vorbehalten. Zudem war der Klägerin eine stete Abstimmung des Planungsgrades mit dem Streithelfer vorgegeben. Die Planungsverantwortung des Streithelfers sollte demnach sämtliche nachträglichen Planungsänderungen umfassen, mithin auch die zwischen den Parteien vereinbarte Reduzierung der Fugenbreite unter teilweisem Verzicht auf die herstellerseits vorgesehenen Haltewinkel. Dementsprechend hat sich der Streithelfer die Planungsänderung bezüglich der Fugenausführung zu Eigen gemacht und diese maßgeblich verantwortlich mitgetragen. Das zeigt sich nicht nur daran, dass die Planungsänderung auf sein Betreiben vereinbart worden ist, sondern auch daran, dass er - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - bereits im Vorfeld eine beträchtliche Eigeninitiative entwickelt und Erkundigungen sowohl bei der Klägerin als auch bei dem Hersteller bezüglich der Realisierbarkeit des Wunsches der Beklagten auf schmalere Vertikalfugen eingeholt hatte.

26 b) Entgegen der Ansicht der Anschlussrevision weist das Berufungsurteil auch keinen Begründungsmangel auf. Das Berufungsgericht habe, so meint die Anschlussrevision, eine Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB vorgenommen, ohne die Vorschrift angeführt und ohne die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen geprüft zu haben. Mit diesem Vorbringen vermag die Revision einen Begründungsmangel nach § 547 Nr. 6 ZPO nicht aufzuzeigen. Ein solcher liegt nur dann vor, wenn das Urteil entweder gar nicht begründet ist oder die Gründe für alle oder einzeln geltend gemachte Ansprüche oder Angriffs- oder Verteidigungsmittel fehlen. Eine bloße Unvollständigkeit der Begründung füllt die Bestimmung hingegen nicht aus (vgl. BGH, Urteil vom 23. April 2002 - X ZR 29/00, juris Rn. 40). Eine solche bloße Unvollständigkeit liegt vor, wenn im Urteil nicht sämtliche Voraussetzungen einer angewendeten Norm erörtert werden oder die angewendete Norm nicht ausdrücklich bezeichnet wird.

27 So verhält es sich hier. Das Berufungsurteil nennt die Vorschrift des § 278 BGB zwar nicht, es geht jedoch ausführlich auf die einvernehmliche Planabweichung, das diese betreffende Verhalten des Streithelfers und den ihm insoweit zugewiesenen Aufgabenbereich ein.

28 c) Nicht zu beanstanden ist schließlich die vom Berufungsgericht vorgenommene Abwägung der jeweiligen Verursachungsbeiträge. Diese ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann lediglich prüfen, ob sämtliche in Betracht kommenden Umstände berücksichtigt und keine rechtsirrtümlichen Erwägungen angestellt worden sind (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2011 - VII ZR 198/10, BauR 2012, 494 Rn. 16 = NZBau 2012, 104; Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016, 1018 = NZBau 2005, 400).

29 Diesen Anforderungen genügt das Berufungsurteil. Das Berufungsgericht hat in seine Abwägung einerseits die mangelhafte Bauausführung durch die Klägerin und andererseits die in der Planungsänderung liegende Obliegenheitsverletzung der Beklagten eingestellt. Bei der Gewichtung der Verursachungsbeiträge hat es hinreichend berücksichtigt, dass die Klägerin als Unternehmerin eine Ursache für die Mängel gesetzt und die Planungsänderung ohne Bedenkenhinweis umgesetzt hat. Den Verursachungsanteil der Klägerin mit einer Quote von 2/3 zu gewichten, ist vor diesem Hintergrund revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

IV.

30 Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO.