BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 31/11

Verkündet am:
9. Februar 2012
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

HOAI § 4 Abs. 1 a.F.

Eine Mindestsatzunterschreitung liegt vor, wenn das für die vertraglichen Leistungen insgesamt vereinbarte Honorar unterhalb des nach den Mindestsätzen der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure ermittelten Honorars liegt. Eine isolierte Prüfung, ob einzelne in der Honorarordnung vorgesehene Abrechnungseinheiten unterhalb der Mindestsätze honoriert werden, ist nicht zulässig.

HOAI § 22 Abs. 1, § 66 Abs. 1 a.F.

Ein Auftrag umfasst jedenfalls dann mehrere Gebäude im Sinne der § 22 Abs. 1, § 66 Abs. 1 HOAI a.F., wenn die Gebäude konstruktiv voneinander getrennt sind und nicht in einem funktionellen Zusammenhang stehen.

BGH, Urteil vom 9. Februar 2012 - VII ZR 31/11 - OLG Stuttgart
LG Heilbronn

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, den Richter Bauner, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 23. Dezember 2010 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Widerklage in Höhe von 42.574,42 € abgewiesen worden ist.

Die weitergehende Revision des Beklagten wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um Restwerklohn und um Schadensersatz.

2 Mit Vertrag vom 2. Juli/20. August 1990 beauftragte die Klägerin den beklagten Ingenieur mit der Erstellung der Tragwerksplanung für eine Sport- und Feuerwehrgerätehalle mit Hausmeisterwohnung sowie eine Doppelgarage. Der Beklagte hatte die Leistungen nach § 64 Abs. 1 HOAI a.F. mit Ausnahme der

Grundlagenermittlung zu erbringen. Die Vergütung sollte nach der Honorarzone II Mitte erfolgen; für die Objektüberwachung, die ebenfalls beauftragten Leistungen der Thermischen Bauphysik sowie für die Nebenkosten waren jeweils Pauschalbeträge vereinbart. Die Klägerin hat zunächst Schadensersatzansprüche wegen mangelhafter Leistungen geltend gemacht. Der Beklagte hat widerklagend restlichen Werklohn in Höhe von 146.912,41 € verlangt.

3 Das Landgericht hat dem Beklagten 38.139,55 € nebst Zinsen zugesprochen und Klage und Widerklage im Übrigen abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin hat das Berufungsgericht dem Beklagten 54.720,17 € (104.337,99 € Honorar abzüglich 49.617,82 € Schadensersatz) zugesprochen und die Rechtsmittel im Übrigen zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Honoraranspruch in Höhe von noch 92.192,24 € weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit die Widerklage in Höhe von 42.574,42 € abgewiesen worden ist, und insoweit zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Im Übrigen ist die Revision erfolglos.

5 Auf das Rechtsverhältnis ist die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) in der Fassung der 3. Verordnung zur Änderung der HOAI vom 17. März 1988 (BGBl. I S. 359) anwendbar, § 103 Abs. 4 HOAI. Im Übrigen finden das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung und das AGB-Gesetz Anwendung, Art. 229 § 5 EGBGB, mit Ausnah-

me der für die Zinsentscheidung maßgeblichen Vorschriften; insoweit ist das Bürgerliche Gesetzbuch in seiner bis zum 1. Mai 2000 geltenden Fassung anzuwenden.

I.

6 1. Zum Honoraranspruch des Beklagten hat das Berufungsgericht, dessen Urteil in BauR 2011, 1358 veröffentlicht ist, ausgeführt, dass für die Abrechnung von zwei Gebäuden im Sinne des § 66 Abs. 1 HOAI auszugehen sei, nämlich der Sporthalle einerseits und der Feuerwehrgerätehalle einschließlich der Hausmeisterwohnung andererseits. Die Doppelgarage sei in diesem Sinne kein eigenständiges Gebäude, sondern gehöre trotz ihrer konstruktiven Trennung von beiden Gebäuden funktional zur Hausmeisterwohnung und damit zur Feuerwehrgerätehalle.

7 Die anrechenbaren Kosten seien aufgrund der vorläufigen Kostenfeststellung mit 4.927.905,76 DM anzusetzen. Die im Gutachten des Sachverständigen E. ermittelten anrechenbaren Kosten von 5.189.964,73 DM seien nicht maßgeblich, weil darin Mehrkosten für die Ausführung von Erdankern enthalten seien. Bei diesen handele es sich um vom Beklagten verursachte Mangelbeseitigungsmaßnahmen. Der Beklagte habe die Kippsicherheit der von ihm geplanten Konstruktion nicht berechnet. Infolge des fehlenden Nachweises habe der Prüfingenieur die Anbringung von Erdankern angeordnet. Die damit verbundenen Mehrkosten wären nicht angefallen, hätte der Beklagte den Kippsicherheitsnachweis erbracht. Diese Kosten könnten bei den anrechenbaren Kosten nicht berücksichtigt werden. Entsprechendes ergebe sich aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. August 2010 (VII ZR 14/09, BauR 2010, 1957).

8

Das Gebäude Sporthalle sei in die Honorarzone III einzuordnen. Für die Feuerwehrgerätehalle verbleibe es bei der vereinbarten Honorarzone II Mitte. Bei der Abrechnung der Sporthalle, die laut Vertrag nach der Honorarzone II Mitte habe erfolgen sollen, komme es zu einer Mindestsatzunterschreitung. Dies sei durch eine Abrechnung nach der Honorarzone III unten zu korrigieren. Für die Leistungen der Thermischen Bauphysik könne der Beklagte das nach Mindestsätzen berechnete Honorar von 5.029,24 DM verlangen, weil die vereinbarte Pauschale den Mindestsatz unterschreite und deshalb nicht wirksam vereinbart sei.

9 Wegen Änderungen der Tragwerksplanung stünden dem Beklagten weitere 24.533,36 DM zu. Für die Planung und Berechnung der Stützmauern, die letztlich nicht ausgeführt worden seien, könne er jedoch nichts verlangen. Denn er habe die Beauftragung durch die Klägerin nicht nachgewiesen.

10 Verzugs- oder Prozesszinsen könne der Beklagte ab dem 1. September 2000 nur in Höhe von 4 v.H. pro Jahr beanspruchen.

11 2. Das hält der rechtlichen Nachprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

12 a) Nicht zu beanstanden und von der Revision nicht angegriffen ist die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Sporthalle und die Feuerwehrgerätehalle seien zwei Gebäude im Sinne des § 66 Abs. 1 HOAI.

13 Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, bei der Feuerwehrgerätehalle und der Doppelgarage handele es sich trotz konstruktiver Trennung der Gebäude und konstruktiv verschiedener Tragwerke um ein Gebäude im Sinne des § 66 Abs. 1 HOAI, so dass der Auftrag einheitlich abzurechnen sei. Ein Gebäude im Sinne der § 22 Abs. 1, § 66 Abs. 1 HOAI liegt grundsätzlich nicht vor, wenn zwei Gebäude errichtet werden, die konstruktiv,

etwa durch einen Zwischenraum, voneinander getrennt sind (OLG München, BauR 1991, 650, 651; OLG Köln, BauR 2007, 132, 134; OLG Brandenburg, BauR 2008, 118, 120; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl., § 22 Rn. 4; Seifert in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 7. Aufl., § 22 Rn. 5a m.w.N.; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 12. Teil Rn. 340; Pott/Dahlhoff/Kniffka, HOAI, 7. Aufl., § 22 Rn. 4; Hartmann, HOAI, Stand Juni 2009, Teil 4 Kap. 2 § 22 Rn. 2; vgl. auch Seifert, BauR 2000, 801, 803).

14 Der Senat muss nicht entscheiden, ob im Ausnahmefall trotz konstruktiver Trennung durch einen engen räumlichen und funktionellen Zusammenhang der Gebäude eine Verknüpfung geschaffen werden kann, die es rechtfertigt, ein Gebäude im Sinne der § 22 Abs. 1, § 66 Abs. 1 HOAI anzunehmen (vgl. etwa Seifert in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 7. Aufl., § 22 Rn. 5a m.w.N., der meint, es müsse sowohl eine konstruktive als auch eine funktionelle Selbständigkeit vorliegen). Denn ein solcher funktioneller Zusammenhang liegt nicht vor. Die Garage dient einer anderen Funktion als die Feuerwehrgerätehalle und die dazugehörige Hausmeisterwohnung. Dass sie der Hausmeisterwohnung zugeordnet ist und ihr Zweck darin liegt, den Nutzern der Wohnung eine abgeschlossene Abstellmöglichkeit für ihr Fahrzeug zu verschaffen, spielt keine Rolle. Verfehlt wäre es, aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs, in dem es um die Einordnung von Bauwerken geht, die konstruktiv zusammenhängen, jedoch unterschiedlichen Funktionen dienen (BGH, Urteil vom 16. Dezember 2004 - VII ZR 16/03, BauR 2005, 735 = NZBau 2005, 285 = ZfBR 2005, 355), Schlüsse für den umgekehrten Fall abzuleiten, in dem zwei konstruktiv getrennte Gebäude vorliegen.

15 b) Im Ergebnis zu Recht hat das Berufungsgericht bei der Feststellung der anrechenbaren Kosten diejenigen Kosten unberücksichtigt gelassen, die angefallen sind, weil der Beklagte die Kippsicherheit der Sporthalle nicht be-

rechnet hat und deshalb auf Anordnung des Prüfingenieurs unnötige Erdanker gesetzt wurden.

16 Erbringt der Statiker die vertraglich geschuldete Leistung in mangelhafter Weise, bietet das öffentliche Preisrecht der HOAI allerdings keine Grundlage, den Honoraranspruch des Statikers ganz oder teilweise entfallen zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 2004 - VII ZR 259/02, BGHZ 159, 376, 381). Der vom Berufungsgericht unter Verweis auf Locher/Koeble/Frik (HOAI, 9. Aufl., § 4a Rn. 16) gezogene Umkehrschluss aus § 4a Satz 2 HOAI, wonach die durch eine mangelhafte Leistung bedingten Kosten nicht anrechenbar sein sollen, führt schon deshalb zu keinem anderen Ergebnis, weil die durch die 5. Verordnung zur Änderung der HOAI vom 21. September 1995 (BGBl. I S. 1174) eingeführte Vorschrift auf den Sachverhalt keine Anwendung findet, Art. 103 Abs. 6 mit Abs. 1 Satz 2 HOAI. Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht auch auf das Urteil des Senats vom 5. August 2010 (VII ZR 14/09, BauR 2010, 1957 = NZBau 2010, 706 = ZfBR 2010, 820), denn der Senat hat dort zu der hier interessierenden Frage keine Stellung genommen.

17 Der Beklagte ist jedoch nach Treu und Glauben, § 242 BGB, gehindert, in seine Honorarberechnung diejenigen anrechenbaren Kosten einzustellen, die dadurch verursacht worden sind, dass er diese Kosten durch eine fehlerhafte Planungsleistung unnötig hat entstehen lassen. Der Beklagte hat einen Planungsfehler begangen, indem er die Kippsicherheit der Sporthalle nicht berechnet hat. Wegen dieses Planungsfehlers ist er der Klägerin zum Ersatz der Aufwendungen verpflichtet, die dadurch entstanden sind, dass Erdanker eingebaut worden sind, obwohl diese nicht notwendig gewesen sind (dazu unter II.). Zu diesen Aufwendungen würde auch das Honorar gehören, soweit es durch die Erhöhung der anrechenbaren Kosten gestiegen ist. Der Beklagte würde also etwas fordern, was er im Wege des Schadensersatzes umgehend an die Kläge-

rin erstatten müsste. Eine solche Forderung verstieße gegen Treu und Glauben (dolo petit-Einwand, vgl. Meurer, BauR 2003, 328, 332; vgl. auch BGH, Urteil vom 23. Januar 2003 - VII ZR 362/01, BauR 2003, 566 f. = NZBau 2003, 281 = ZfBR 2003, 359).

18 c) Im Ansatz zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass sich die anrechenbaren Kosten für Leistungen der Thermischen Bauphysik nach § 78 Abs. 2, § 10 HOAI beurteilen. Der Beklagte war mit den in § 78 Abs. 1 Nr. 1 - 3 HOAI genannten Leistungen beauftragt. Die dafür anrechenbaren Kosten bestimmen sich nach der Kostenberechnung, § 78 Abs. 2, § 10 Abs. 2 Nr. 1 HOAI. Unzutreffend zieht das Berufungsgericht bei seiner Honorarberechnung jedoch die Kosten heran, die es im Rahmen der Kostenfeststellung nach § 62 HOAI ermittelt hat. Diese fallen deutlich geringer aus als jene, wie den Ausführungen des Sachverständigen in seinem erstinstanzlich erstatteten Gutachten vom 10. Mai 2004 zu entnehmen ist. Der Einwand der Revisionserwiderung, der Beklagte habe seinen Anspruch in der Revision erstmalig auf der Grundlage der §§ 78, 10 HOAI berechnet, geht fehl. Denn der Beklagte hatte sich in beiden Vorinstanzen der Berechnung des Sachverständigen gemäß den genannten Vorschriften angeschlossen und sie seiner Honorarforderung zugrunde gelegt.

19 d) Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen den Ansatz des Honorars für wiederholt erbrachte Leistungen wegen Änderungen der Tragwerksplanung mit 81 v.H. Das Berufungsgericht meint, dem Beklagten gebühre dieser Satz für Leistungen der Leistungsphasen 1 (richtig: 2) bis 5 nach § 64 Abs. 1 HOAI. Für das Anfertigen von Tragwerksausführungszeichnungen im Rahmen der Leistungsphase 5 sehe der Vertrag einen Satz von 26 v.H. vor, der auch gerechtfertigt sei. Die Revision rügt, dass das Berufungsgericht den weiteren Satz von 16 v.H. für das Anfertigen der Schalpläne im Stahlbetonbau nicht berücksichtigt

habe. Dabei stützt sie sich auf eine Bemerkung des Sachverständigen E., wonach die wiederholt erbrachten Leistungen nicht unwesentliche Stahlbetonarbeiten betroffen hätten und hierfür Schalpläne erforderlich gewesen seien. Das allein rechtfertigt den höheren Anspruch nicht. Denn daraus ergibt sich nicht, dass der Beklagte mit der wiederholten Anfertigung von Schalplänen im Stahlbetonbau beauftragt worden wäre und er diese Leistung auch erbracht hätte. Die Revision zeigt keinen weiteren Vortrag auf, der diesen Sachverhalt belegen würde.

20 e) Das Honorar für die Statik der Stützmauern kann nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung versagt werden. Das Berufungsgericht hat gemeint, der Beklagte habe nicht nachweisen können, dass er einen Auftrag für die Statik erhalten habe. Die Behauptung des Beklagten, der Auftrag sei jedenfalls konkludent erteilt worden, indem die Klägerin die Statik bei der Bauordnungsbehörde eingereicht habe, um eine Baugenehmigung zu erhalten, hat das Berufungsgericht nach § 531 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

21 Diese Zurückweisung ist verfahrensfehlerhaft. Nach § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz zugelassen, wenn sie infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht wurden. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen, wie die Revision zutreffend bemerkt, vor. In der ersten Instanz war die Beauftragung des Beklagten mit der Erstellung der Statik für die Stützmauern unstreitig gewesen. Streit herrschte lediglich darüber, von welchen anrechenbaren Kosten auszugehen sei. Überraschend hat das Landgericht in seinem Urteil die Auffassung vertreten, es fehle an einem Vertrag hinsichtlich der Stützmauern. Das hat es, anders als die Revisionserwiderung meint, nicht damit begründet, dass ein Vertragsschluss strittig gewesen und vom Beklagten nicht bewiesen

worden sei, sondern damit, dass schlüssiger Vortrag dazu fehle. Das Landgericht hat den notwendigen Hinweis nach § 139 Abs. 2 ZPO auf die nach seiner Auffassung unschlüssige Klage verfahrensfehlerhaft unterlassen. Mit dem neuen Vortrag zu einem Vertragsschluss durfte der Beklagte in der Berufungsinstanz deshalb nicht ausgeschlossen werden. Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht unter Beachtung des neuen Vortrags zu einer dem Beklagten günstigen Beurteilung gekommen wäre, indem es einen konkludenten Vertragsschluss bejaht (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 12. Teil Rn. 10 m.w.N.) oder die Einreichung bei der Behörde als Indiz für einen Vertragsschluss zu einem früheren Zeitpunkt - wie er vom Beklagten auch vorgetragen worden war - gewertet hätte.

22 f) Im rechtlichen Ansatz geht das Berufungsgericht fehl, wenn es eine Unterschreitung der Mindestsätze darin sieht, dass die Parteien eine Abrechnung nach der Honorarzone II Mitte vereinbart hätten, die Teilleistung für die Sporthalle jedoch der Honorarzone III zuzuordnen sei. Ebenso fehlerhaft ist, die Vergütungsvereinbarung hinsichtlich der Leistungen der Thermischen Bauphysik deshalb für unwirksam zu halten, weil insofern eine Mindestsatzunterschreitung vorliege. Eine derartige isolierte Bewertung einzelner Teilleistungen ist bei der Prüfung der Frage, ob die getroffene Honorarvereinbarung unwirksam ist, unzulässig.

23 aa) Nach § 4 Abs. 1 HOAI richtet sich das Honorar nach der schriftlichen Vereinbarung, die die Vertragsparteien bei Auftragserteilung im Rahmen der durch die Verordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen. Unterschreitet das schriftlich vereinbarte Honorar das nach den Mindestsätzen berechnete Honorar, so ist die Honorarvereinbarung unwirksam, wenn nicht ein Ausnahmefall gemäß § 4 Abs. 2 HOAI vorliegt. Der Auftragnehmer kann dann grundsätzlich das nach den Mindestsätzen berechnete Honorar verlangen, § 4

Abs. 4 HOAI. Ob eine Honorarvereinbarung nach § 4 Abs. 1 HOAI unwirksam ist, wird durch einen Vergleich des für einen Auftrag vereinbarten Honorars mit dem sich aus der Honorarordnung ergebenden Honorar ermittelt. Maßgebend ist allein das Ergebnis dieses Vergleichs. Liegt das für einen Auftrag bei Auftragserteilung schriftlich vereinbarte Honorar in dem Rahmen, der sich unter Zugrundelegung der Mindest- und Höchstsätze aus der Honorarordnung ergibt, so ist die Vereinbarung auch dann wirksam, wenn von den Honorarbemessungsgrundlagen der HOAI abgewichen wird oder diese ganz außer Kraft gesetzt werden (BGH, Urteil vom 17. April 2009 - VII ZR 164/07, BGHZ 180, 235 Rn. 24 m.w.N.). Kommt es danach für den Honorarvergleich nicht darauf an, wie sich das Honorar nach der Honorarordnung im Einzelnen zusammensetzt, so ist es auch nicht zulässig, den Vergleich auf einzelne Honorarbestandteile zu reduzieren und nur insoweit die Prüfung vorzunehmen, ob ein nach der Honorarordnung zu berechnendes Teilhonorar für bestimmte Leistungen die Mindestsätze unterschreitet. Die preisrechtliche Einteilung der gesamten Vertragsleistung in mehrere Abrechnungseinheiten ist ein allein der Honorarordnung zuzuordnender Berechnungsmodus. Er ist nicht der Maßstab für die Prüfung, ob das Honorar für einen Auftrag wirksam vereinbart worden ist. Denn die Honorarordnung für Architekten und Ingenieure hat nicht den Zweck, ein Mindesthonorar für einzelne Teilleistungen zu garantieren. Sie soll gewährleisten, dass der Architekt keinem ruinösen Preiswettbewerb ausgesetzt ist und für die beauftragten Leistungen insgesamt ein auskömmliches Honorar erhält (vgl. BVerfGE 58, 283, 291; BVerfG, BauR 2005, 1946, 1948; BGH, Urteil vom 27. Oktober 2011 - VII ZR 163/10, BauR 2012, 271 Rn. 18). Diesem Zweck ist Genüge getan, wenn die für den Gesamtauftrag vereinbarte Vergütung diejenige Vergütung nicht unterschreitet, die sich aus dem Berechnungsmodell der Honorarordnung unter Zugrundelegung der Mindestsätze ergibt.

24

bb) Das Berufungsgericht wird danach erneut zu prüfen haben, ob die Honorarvereinbarung der Parteien deshalb unwirksam ist, weil sie nicht im Rahmen der durch die Honorarordnung festgesetzten Mindest- und Höchstsätze getroffen worden ist. Es wird festzustellen haben, ob die Summe der nach den jeweiligen Mindestsätzen berechneten Honorare für die nach der Honorarordnung getrennt abzurechnenden Leistungen die vereinbarte Vergütung übersteigt. Dabei wird es die Feuerwehrgerätehalle zum Zwecke der Mindestsatzberechnung in die Honorarzone II unten einzustufen haben; dasselbe gilt für die Doppelgarage, wenn ihre - vom Berufungsgericht noch festzustellenden - anrechenbaren Kosten innerhalb der Tafelwerte liegen sollten. Demgegenüber sind die Leistungen an der Sporthalle in die Honorarzone III unten einzuordnen.

25 cc) Unterschreitet die vereinbarte Gesamtvergütung das nach den Mindestsätzen berechnete Honorar, so ist die Vergütungsvereinbarung unwirksam, weil - wie das Berufungsgericht unangefochten festgestellt hat - kein Ausnahmefall gemäß § 4 Abs. 2 HOAI vorliegt. Der Beklagte kann das nach Mindestsätzen berechnete Honorar fordern. Zutreffend geht das Berufungsgericht insoweit davon aus, dass die Vereinbarung des Mittelsatzes keine Rolle mehr spielt, sondern die Sporthalle nach dem Mindestsatz der Honorarzone III abzurechnen ist.

26 g) Nicht zu beanstanden sind die Erwägungen des Berufungsgerichts zu den Zinsen. Dem Beklagten stehen weder unter dem Gesichtspunkt des Verzuges noch unter dem der Rechtshängigkeit höhere Zinsen als 4 v.H. pro Jahr seit dem 1. September 2000 zu. Bei Verzugseintritt am 6. September 1995 war die Forderung des Beklagten von Gesetzes wegen mit 4 v.H. zu verzinsen, § 288 Abs. 1 Satz 1 BGB a.F. Das Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. März 2000 (BGBl. I S. 330), das den Verzugszinssatz auf fünf Prozentpunkte über dem Basiszinssatz nach dem Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz anhob,

änderte nicht die Verzinsung von Forderungen, die vor dem 1. Mai 2000 fällig geworden sind, Art. 229 § 1 Abs. 1 Satz 3 EGBGB (vgl. auch BT-Drucks. 14/2752, S. 14). Eine Änderung ist insoweit auch nicht durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138) eingetreten, Art. 229 § 5 Satz 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Nichts anderes gilt unter dem Gesichtspunkt der Prozesszinsen, denn § 291 Satz 2 BGB verweist wegen der Höhe der Zinsen auf § 288 BGB. Für die von der Revision befürwortete analoge Anwendung des Art. 229 § 5 Satz 2 EGBGB auf das Prozessrechtsverhältnis fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.

II.

27 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe ein aufrechenbarer Schadensersatzanspruch gegen die Honorarforderung zu. Der Beklagte habe die nachweisbare Kippsicherheit der von ihm gewählten Konstruktion der Sporthalle - ohne Erdanker - nach der Reduzierung des Erddruckbeiwerts nicht berechnet. Deshalb habe der Prüfingenieur die Statik zurückgewiesen. Von der eigenen Berechnung hätte sich der Beklagte nicht dadurch abhalten lassen dürfen, dass der Prüfingenieur vorgegeben habe, eine Wand als lastabtragendes Element nur zur Hälfte zu berücksichtigen. Denn der Prüfingenieur müsse das nachvollziehen, was ihm vorgelegt werde. Zwar habe er einen eigenen Lösungsansatz erarbeitet, er sei aber für andere Lösungen, die vollständig nachgewiesen würden, offen gewesen. Die Lösung, die in der Fertigstellung der Berechnung des eigenen Tragwerkskonzepts gelegen habe, habe der Beklagte indes nicht erkannt. Infolgedessen sei das Konzept des Prüfingenieurs verwirklicht worden. Das habe zu überflüssigen Mehrkosten für die Erdanker geführt. Die Haftung des Beklagten werde nicht deshalb ausgeschlos-

sen, weil die Klägerin bewusst dem Prüfingenieur gefolgt sei. Denn sie habe keine tragfähige Alternative zur Lösung des Prüfingenieurs gesehen.

28 Daher könne die Klägerin 97.044,02 DM an Schadensersatz für den dem Beklagten zurechenbaren Mehraufwand verlangen. Für den größten Schadensposten, die Kosten des Einbaus der Erdanker, habe die Klägerin zwar 138.862,14 DM an den ausführenden Unternehmer gezahlt. Sie könne jedoch nur 93.571,38 DM als Schadensersatz verlangen, weil sie ohne Widerstand dessen überzogenen Preisforderungen nachgegeben habe. Der zuerkannte Betrag errechne sich auf der Grundlage der vom Sachverständigen ermittelten Einheitspreise zuzüglich eines pauschalen Aufschlags von 30 v.H., wie ihn bereits das Landgericht vorgenommen habe.

29 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

30 a) Zutreffend sieht das Berufungsgericht, dass die Aufrechnung gegen den Honoraranspruch des Beklagten durch § 3 Nr. 3.2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen zum Ingenieurvertrag nicht ausgeschlossen ist. Denn diese von dem Beklagten gestellte Klausel ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG unwirksam, weil sie die Klägerin unangemessen benachteiligt. Das hat der Senat für eine gleichlautende Klausel in einem Architektenvertrag bereits entschieden (BGH, Urteil vom 7. April 2011 - VII ZR 209/07, BauR 2011, 1185 Rn. 15 ff. = NZBau 2011, 428 = ZfBR 2011, 472). Für den Vertrag eines Tragwerkplaners gilt nichts anderes.

31 b) Die getroffenen Feststellungen tragen einen Schadensersatzanspruch der Klägerin aus § 635 BGB dem Grunde nach.

32 aa) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass dem Beklagten eine Schlechterfüllung seiner Vertragspflichten vorzuwerfen ist. Der Beklagte hatte die Kippsicherheit der Sporthalle weder auf der Grundlage des ursprüngli-

chen geologischen Gutachtens noch nach der Reduzierung des Erddruckbeiwerts berechnet. Damit hatte er seine Vertragspflichten nicht vollständig erfüllt. Die Pflichtwidrigkeit des Beklagten entfällt nicht, weil der Prüfingenieur ihm, wie die Revision meint, überzogene Vorgaben gemacht hätte. Denn das Unterlassen einer vollständigen Berechnung seitens des Beklagten war die Ursache dafür, dass der Prüfingenieur überhaupt eine eigene Lösung für die Kippsicherheit in Gestalt der Erdanker entwickelte, und nicht dessen Folge. Dieser Lösungsansatz enthob den Beklagten nicht von der Pflicht, seine eigene Leistung innerhalb der Parameter der bisherigen Planung fertigzustellen.

33 bb) Die Schlechtleistung war ursächlich für die Umsetzung des kostspieligeren Tragwerkkonzepts des Prüfingenieurs. Auf die vom Berufungsgericht angeführte Vermutung, dass der Prüfingenieur eine objektiv zutreffende Berechnung akzeptiert hätte, kommt es nicht an. Denn das Berufungsgericht gelangt zu seinem Urteil auch aufgrund der Würdigung der Aussage des Zeugen De. Das ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Einwände der Revision, es sei dem Beklagten nicht zumutbar gewesen, seine Berechnung gegen die konkurrierende Berechnung des Prüfingenieurs zu verteidigen und die Klägerin habe sich in Kenntnis der unterschiedlichen Standpunkte für denjenigen des Prüfingenieurs entschieden, gehen fehl. Denn dem Prüfingenieur lag keine durchgerechnete Alternative vor, die der Beklagte hätte verteidigen und die sich die Klägerin hätte zu eigen machen können. Zudem ist nicht festgestellt, dass die Klägerin über eigene Sachkunde verfügte, aufgrund derer sie sich gegen den Standpunkt des Prüfingenieurs hätte entscheiden können; darin unterscheidet sich der Fall von demjenigen, der der Senatsentscheidung vom 29. September 1988 (VII ZR 182/87, BauR 1989, 97, 100 = ZfBR 1989, 24) zu Grunde lag.

34 Sofern die Revision meint, das Berufungsgericht habe Vorbringen des Beklagten übergangen, so hat der Senat die erhobenen Rügen geprüft, sie jedoch nicht für durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO.

35 cc) Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass der Schadensersatzanspruch nicht voraussetzt, dass die Klägerin dem Beklagten zur Nachbesserung eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat. Dieses Erfordernis entfällt, wenn es um den Schadensersatz für Mängel einer Statikerleistung geht und das Bauwerk bereits auf der Grundlage einer anderen Statik ausgeführt worden ist, so dass der Planungsfehler durch eine Nachbesserung nicht mehr korrigiert werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 488/99, BauR 2001, 667, 669 = NZBau 2001, 211 = ZfBR 2001, 177; Urteil vom 7. Juli 1988 - VII ZR 320/87, BGHZ 105, 103, 105; Urteil vom 18. September 1967 - VII ZR 88/65, BGHZ 48, 257, 261 f.). So liegt der Fall hier.

36 c) Ohne Erfolg rügt die Revision, dass das Berufungsgericht bei der Ermittlung des ausgleichsfähigen Schadens auf die sachverständig ermittelten üblichen Baupreise einen Aufschlag von 30 v.H. gemacht hat. Sie meint, dem Aufschlag fehle eine tragfähige Grundlage. Gegebenenfalls hätte das Berufungsgericht eine Ergänzung des Gutachtens veranlassen müssen. Das Berufungsgericht habe willkürlich die Grenzen des Schätzermessens überschritten.

37 Die vom Tatrichter gemäß § 287 Abs. 1 ZPO nach freiem Ermessen vorzunehmende Schadensschätzung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsrechtlichen Überprüfung dahin, ob Rechtsgrundsätze der Schadensbemessung verkannt, wesentliche Bemessungsfaktoren außer Betracht gelassen oder der Schätzung unrichtige Maßstäbe zugrunde gelegt wurden (st. Rspr., BGH, Urteil vom 5. Oktober 2010 - VI ZR 186/08, NJW 2011, 1148 Rn. 17 m.w.N.). Diese Grenzen hat das Berufungsgericht nicht überschritten.

38 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht eine Schadensersatzpflicht von vornherein nur insoweit, als sich die Aufwendungen im Rahmen wirtschaftlicher Vernunft halten (BGH, Urteil vom 15. Oktober 1991 - VI ZR 314/90, BGHZ 115, 364, 369; Urteil vom 24. April 1990 - VI ZR 110/89, BGHZ 111, 168, 178). In diesem Zusammenhang steht die Erwägung des Berufungsgerichts, bei der Schätzung des für die Schadensbehebung angemessenen Betrags sei zu berücksichtigen, was eine verständige und wirtschaftlich denkende Person in der besonderen Lage der Geschädigten unter Berücksichtigung ihrer Erkenntnis- und Einflussmöglichkeiten sowie der örtlichen und zeitlichen Gegebenheiten zur Schadensbeseitigung für zweckmäßig und angemessen habe halten dürfen.

39 Besonderheiten des Falls hat das Berufungsgericht in den Schätzunsicherheiten des Sachverständigen und in der Lage der Klägerin begründet gesehen. Diese Lage habe darin bestanden, dass die Klägerin bei der Vergabe der Arbeiten für die Erdanker wegen des Zeitdrucks infolge des Baufortschritts und zur Vermeidung teurer Bauverzögerungen gezwungen gewesen sei, höhere Preise für die geänderten Leistungen hinzunehmen. Die Berücksichtigung dieser Umstände durch einen prozentualen Aufschlag auf die üblichen Baupreise ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Diese Umstände stellen, entgegen der Revision, die Brauchbarkeit des Gutachtens des Sachverständigen N. als Grundlage der Schätzung nicht in Frage; das Berufungsgericht musste den Sachverständigen auch nicht ergänzend befragen, § 287 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

III.

40 Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben, soweit die Widerklage in Höhe von 42.574,42 € abgewiesen worden ist. In diesem Umfang ist es aufzuheben und die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Kniffka Kuffer Kniffka

RiBGH Bauner ist wegen Erkrankung verhindert zu unterschreiben.

Safari Chabestari Eick

Vorinstanzen:
LG Heilbronn, Entscheidung vom 18.12.2008 - 5 O 1/03 Fe -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 23.12.2010 - 10 U 15/09 -