arge arbeitsgemeinschaft für bau- und immobilienrecht baurecht
baurecht Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
WERNER VERLAG

Zahn, BauR 2017, 1262

Thema: Verjährungsbeginn des Ausgleichsanspruchs bei Gesamtschuld zwischen Architekt und Bauunternehmer

Zeitschrift: BauR - Baurecht
Rubrik: Aufsätze
Autor: Dr. Alexander Zahn
Referenz: BauR 2017, 1262 - 1266 (Heft 8)

Verjährungsbeginn des Ausgleichsanspruchs bei Gesamtschuld zwischen Architekt und Bauunternehmer

– auch bei § 650t BGB n.F. –

von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht Dr. Alexander Zahn, Reutlingen

In einer ganzen Reihe von Entscheidungen[1] hat sich der Bundesgerichtshof mit dem Verjährungsbeginn des Ausgleichsanspruches aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB befasst. Der Beitrag untersucht verschiedene Fallkonstellationen bei einem Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer aufgrund von Baumängeln. Ferner wird die Frage untersucht, wie sich § 650t BGB n.F. auf den Beginn der Verjährungsfrist für Gesamtschuldnerausgleichsansprüche des Architekten gegen den Bauunternehmer auswirken wird.

I. Grundlagen zum Verjährungsbeginn

Bei einem Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB spielt zunächst das *subjektive Element* des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB für den Verjährungsbeginn regelmäßig eine wichtige Rolle. Voraussetzung hierfür ist, dass der Ausgleichsberechtigte Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen hat, die einen Anspruch des Gläubigers (Bauherr) gegen den Ausgleichsverpflichteten (gegen den anderen Gesamtschuldner) begründen, von denjenigen, die einen Anspruch des Gläubigers gegen ihn selbst begründen, sowie von denjenigen, die das Gesamtschuldverhältnis begründen, und schließlich von den Umständen, die im Innenverhältnis eine Ausgleichspflicht begründen.[2] Diese Voraussetzungen dürften bei Baumängeln üblicherweise erst dann vorliegen, wenn die Ursachen einer Mangelerscheinung bekannt sind, was wiederum regelmäßig nach Vorlage eines Gutachtens der Fall sein wird. Allerdings sind Ausnahmen hiervon gerade aufgrund der beim Architekten vorhandenen bzw. zu erwartenden Kenntnisse vom Bauablauf bei Beauftragung mit Überwachungsleistungen denkbar.

Für den Beginn der Verjährungsfrist muss hinzukommen, dass, der Anspruch i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB *entstanden* ist. Der Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht nach herrschender Meinung in dem Augenblick, in dem die mehreren Ersatzpflichtigen dem Geschädigten ersatzpflichtig werden, also mit der Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses.[3] Er besteht zunächst als Mitwirkungs- und Befreiungsanspruch und wandelt sich erst nach Befriedigung des Gläubigers in einen Zahlungsanspruch um.[4] Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes handelt es sich sowohl bei dem Mitwirkungs-, Befreiungs- als auch bei dem Zahlungsanspruch um einen einheitlichen Anspruch, der einer einheitlichen Verjährung unterliegt.[5] Bezifferbarkeit des Ausgleichsanspruchs ist nicht Voraussetzung für den Beginn der Verjährungsfrist. Es genügt die Möglichkeit, eine die Verjährung unterbrechende Feststellungsklage zu erheben.[6]

II. Begründung der Gesamtschuld

Wann entsteht das Gesamtschuldverhältnis bei Mängeln der Werkleistung des Architekten und des Bauunternehmers? Nach Auffassung des BGH ist dies in dem Augenblick der Fall, in dem sowohl der Architekt als auch der Bauunternehmer dem Geschädigten ersatzpflichtig werden.[7] Architekt und Bauunternehmer müssen nach § 421 Satz 1 BGB dem Bauherrn

---

1 Zuletzt BGH, Urt. v. 08.11.2016 – VI ZR 200/15 = VersR 2017, 170, m.w.N; umfassend und ausführlich Preussner, bauR 2014, 751ff.

2 BGH Urt. v. 18.06.2009 – VII ZR 167/08 = BGHZ 181,310 = BauR 2009, 1458 = NJW 2010, 60.

3 BGH, Urt. v. 08.11.2016 – VI ZR 200/15 = VersR 2017, 170.

4 BGH, Urt. v. 08.11.2016 – VI ZR 200/15 = VersR 2017, 170.

5 BGH, Urt. v. 08.11.2016 – VI ZR 200/15 = VersR 2017, 170; BGH, Urt. v. 18.06.2009 – VII 167/08 = BGHZ 181, 310 Rdnr. 12 ff. = BauR 2009, 1458 = NJW 2010, 60; BGH, Urt. v. 09.07.2009 – VII ZR 109/08 = VersR 2010, 396

Rdnr. 22; BGH Urt. v. 20.07.2006 – IX ZR 44/05 = NJW-RR 2006, 1718; BGH, Urt. v. 15.10.2007 – VII ZR 136/06 = BauR 2008, 381 = NJW-RR 2008, 256.

6 BGH Urt. v. 18.06.2009 – VII ZR 167/08 = BGHZ 181, 0310 = BauR 2009, 1458 = NJW 2010, 60; BGH, Urt. v. 23.03.1987 – II ZR 190/86 = BGHZ 100, 228 Rdnr. 14 ; BGH, Urt. v. 08.11.2016 – VI ZR 200/15 = VersR 2017, 170.

7 BGH, Urt. v. 08.11.2016 – VI ZR 200/15 = VersR 2017, 170.

„eine Leistung“ schulden und der Bauherr muss berechtigt sein, von beiden diese Leistung zu fordern. Dass es sich insoweit um nicht gleichartige Leistungen (Schadenersatzanspruch, gerichtet auf Zahlung gegen den Architekten und Nachbesserungsanspruch gegen den Bauunternehmer) handelt, ist für die Begründung des Gesamtschuldverhältnisses unschädlich.[8] Der Gesetzgeber hat in der Überschrift des § 650t BGB n.F. ausdrücklich das Gesamtschuldverhältnis zwischen ausführendem Unternehmer und bauüberwachenden Architekten angesprochen und damit die Rechtsprechung zur Gesamtschuld erstmalig in eine Rechtsnorm überführt. Die Begründung der Gesamtschuld setzt Folgendes voraus:

1. Das Bauwerk muss errichtet worden sein; die Mängel müssen sich *im Bauwerk verkörpert* haben. Andernfalls stünden dem Bauherrn (noch) keine Mängelrechte gegen den Bauunternehmer zu. Gegen den Architekten stünde dem Bauherrn in diesem Fall ebenfalls noch kein Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (Mangelbeseitigungskosten) zu, sondern allenfalls Nachbesserungsansprüche im Falle des Vorhandenseins noch korrigierbarer Planungsfehler. Jedenfalls wären die Voraussetzungen für ein Gesamtschuldverhältnis zwischen Architekt und Bauunternehmer nicht gegeben.

2. Haben sich der Mangel der Werkleistung des Architekten und der Mangel des Bauunternehmers im Bauwerk verkörpert, sind die Voraussetzungen für ein Gesamtschuldverhältnis grundsätzlich gegeben. Die Rechtsprechung und Stimmen in der Literatur fordern allerdings neben dem Vorhandensein zweier Schuldner die *Gleichrangigkeit* bzw. *Gleichstufigkeit* der Ansprüche des Gläubigers gegen die beiden Schuldner.[9] Gleichrangigkeit bzw. Gleichstufigkeit ist nicht gegeben, wenn einer der beiden Schuldner nur subsidiär haftet, also z.B. nur das Ausfallrisiko des Gläubigers im Hinblick auf den anderen Schuldner vermindern[10] soll. Im Regelfall ist die Gleichstufigkeit bzw. die Gleichrangigkeit bei Mängeln der Werkleistung des Architekten und des Bauunternehmers zu bejahen. Etwas anderes könnte allerdings dann gelten, wenn *Subsidiaritätsklauseln* vertraglich zwischen dem Gläubiger und einem der Schuldner vereinbart wurden. In Architektenverträgen finden sich gelegentlich derartige Subsidiaritätsklauseln mit unterschiedlichem Inhalt.[11]

III. Verjährungsbeginn bei einem Freistellungsanspruch

Entsteht der Gesamtschuldnerausgleichsanspruch in jedem Fall mit der Verkörperung des Mangels im Bauwerk? Oder gelten Besonderheiten aufgrund des Umstandes, dass es sich vor Zahlung an den Gläubiger um einen Freistellungsanspruch handelt? Denkbar wäre, dass der Freistellungsanspruch unabhängig von der Fälligkeit desjenigen Anspruchs, von dem Freistellung begehrt wird, fällig wird bzw. entsteht i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB . Für bestimmte Freistellungsansprüche ordnet § 257 Satz 2 BGB an, dass der Freistellungsschuldner anstelle der Befreiung Sicherheit leisten kann, wenn die Drittforderung, von der freigestellt werden soll, noch nicht fällig ist. Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass der Freistellungsanspruch sofort fällig werden muss.[12] Allerdings gilt die Regelung in § 257 BGB nur für eine spezielle Art von Freistellungsansprüchen, nämlich für Freistellungsansprüche, die aufgrund des Eingehens einer Verbindlichkeit als Aufwendung entstanden sind. Diese Regelungen sind – auch nach Auffassung des BGH – nicht ohne weiteres auf den Gesamtschuldnerausgleich zu übertragen.[13] Nach Ansicht des BGH[14] soll bei anderen Freistellungsansprüchen (außerhalb des Anwendungsbereiches des § 257 BGB) demgegenüber für den Beginn der Verjährungsfrist nicht auf den Schluss des Jahres abzustellen sein, in dem der Freistellungsanspruch fällig geworden ist, sondern auf den Schluss des Jahres, in dem die Drittforderung fällig wird, von der zu befreien ist.[15] Im entschiedenen Fall ging es um Freistellungsansprüche aus einem Treuhand-

8 BGH, Beschl. v. 01.02.1965 – GSZ 1/64 = BGHZ 43, 227 = NJW 1965, 1175; BGH, Urt. v. 19.12.1968 – VII ZR 23/66 = BGHZ 51, 275 = NJW 1969, 653; kritisch zur Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses: Preussner, BauR 2014, 751 ff.

9 Palandt/Grüneberg, 76. Aufl. 2017, § 421 Rdnr. 7 ff.; BeckOGK/Kreße, BGB § 421 Rdnr. 40, Stand 01.10.2016.; die frühere Voraussetzung einer Zweckgemeinschaft wurde aufgegeben; umfassend und ausführlich Preussner, BauR 2014, 751 .

10 BeckOGK/Kreße, BGB § 421 Rdnr. 41, Stand 01.01.2016.

11 Dazu unten, auch zu den unterschiedlichen Inhalten von Subsidiaritätsklauseln; BGH, Urt. v. 28.11.2006 – VI ZR 136/05 = NJW 2007, 1208.

12 BGH, Urt. v. 12.11.2009 – III ZR 103/09 = NJW-RR 2010, 333 [BGH 12.11.2009 - III ZR 113/09] .

13 BGH, Urt. v. 20.07.2006 – IX ZR 44/05 = NJW-RR 2006, 1718.

14 BGH, Urt. v. 05.05.2010 – III ZR 209/09 = BGHZ, 185, 310 = NJW 2010, 2197.

15 Zustimmend Dölle, in: Werner/Pastor, 15. Aufl. Rdnr. 2885.

verhältnis. Die Ausführungen des Bundesgerichtshofes zur Begründung seiner Auffassung über den Verjährungsbeginn lassen sich jedoch auch auf andere Freistellungsansprüche – hier den Freistellungsanspruch aufgrund des Gesamtschuldverhältnisses – übertragen.[16]

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB dann i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB „entsteht“, wenn die Drittforderung, von der freigestellt werden soll, d.h. der Schadenersatzanspruch des Bauherrn gegen den Architekten, fällig wird.

IV. Fälligkeit des Schadenersatzanspruches des Bauherrn gegen den Architekten

Ist für den Verjährungsbeginn des Freistellunganspruches darauf abzustellen, wann die Drittforderung, von der freizustellen ist, fällig wird, stellt sich die Folgefrage, wann der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten fällig wird. Nach herrschender Meinung handelt es sich bei Verkörperung des Mangels der Werkleistung des Architekten im Bauwerk um einen Folgeschaden, der auf die mangelhafte Architektenleistung zurückzuführen ist.[17]

1. Sind keine Besonderheiten gegeben, kann der Bauherr den Mangelfolgeschaden gegen den Architekten sofort, mit Verkörperung des Mangels im Bauwerk geltend machen, § 271 BGB . Gleichzeitig tritt Fälligkeit des Freistellungsanspruchs ein. Mit der Verkörperung des Mangels im Bauwerk beginnt die Verjährungsfrist für den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB zu laufen.

2. Anders sieht die Sache dann aus, wenn aufgrund besonderer Umstände eine sofortige Inanspruchnahme des Architekten durch den Bauherrn, trotz der bereits erfolgten Verkörperung des Mangels im Bauwerk, nicht möglich ist. In Architektenverträgen werden gelegentlich Subsidiaritätsklauseln aufgenommen. Diese Subsidiaritätsklauseln gibt es in verschiedenen Ausprägungen:
   - Die Subsidiaritätsklausel kann vorsehen, dass eine Inanspruchnahme des Architekten erst dann möglich ist, wenn feststeht, dass Ansprüche gegenüber dem Bauunternehmer nicht erfolgreich durchgesetzt werden können.[18] Subsidiaritätsklauseln in diesem Sinne gibt es in verschiedenen Schattierungen. Teilweise ist die Inanspruchnahme des Architekten bereits dann möglich, wenn eine dem Bauunternehmer gegenüber gesetzte Frist zur Nachbesserung fruchtlos abgelaufen ist. Teilweise ist die Durchführung eines Klageverfahrens und/oder die Durchführung von erfolglosen Zwangsvollstreckungsversuchen Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber dem Architekten. Allen Klauseln ist jedoch gemein, dass die Wirkungen der Klausel unabhängig vom Verhalten des Architekten eintreten, dieser also keine Einrede erheben muss.
   - Eine andere Art von Subsidiaritätsklausel sieht nur die Möglichkeit für den Architekten vor, eine *Einrede* gegenüber Ansprüchen des Auftraggebers zu erheben. In einem derartigen Fall entfaltet die Subsidiaritätsklausel nur dann Wirkung, wenn sich der Architekt ausdrücklich hierauf beruft.[19]

Subsidiaritätsklauseln in *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* sind aufgrund der Regelung in § 309 Nr. 8 b) aa) BGB[20] und auch nach § 307 BGB [21] jedenfalls problematisch, wenn Voraussetzung für die Geltendmachung von Ansprüchen die vorherige *gerichtliche Inanspruchnahme* des Bauunternehmers vorgesehen ist. Nach anderer Auffassung soll eine derartige Regelung in AGB nicht gegen § 309 Nr. 8b) aa) BGB verstoßen. Wenn keine vollständige Freizeichnung des Architekten erfolgt, der Architekt also weiterhin nachrangig haftet[22] , handele es sich (nur) um die Vereinbarung einer nach § 249 BGB sowieso

vorgesehenen Schadensbeseitigung im Wege der Naturalrestitution.[23] Eine unangemessene Benachteiligung sei damit nicht verbunden.

Liegt eine wirksame Subsidiaritätsklausel der oben zuerst genannten Art vor, wird in der Literatur und

---

16 In diesem Sinne auch MünchKomm./Krüger, BGB, 7. Aufl., § 257 Rdnr. 8.

17 Zuletzt BGH, Urt. v. 28.01.2016 – VII ZR 266/14 = NJW 2016, 2032 RZ 26.

18 Zu einer derartigen Klausel: BGH, Urt. v. 22.01.1987 – VII ZR 88/85 = NJW 1987, 2743.

19 Zu einer derartigen Klausel: OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2011 – 11 U 214/10 = NZBau 2011, 430.

20 Vgl. hierzu auch Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 12. Teil Rdnr. 761, 824; OLG Hamm, Urt. v. 06.12.2005 – 21 U 66/05 = BauR 2006, 704 ; MünchKomm./Busche, BGB, 7. Aufl. § 634 Rdnr. 137–146.

21 Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, 6. Aufl. 2013, § 309 Nr. 8 Buchst. b) aa Rdnr. 49.

22 Schleswig-Holsteinisches OLG, Urt. v. 31.01.2007 – 9 U 43/06 = BauR 2007, 932 .

23 OLG Hamm, Urt. v. 27.11.1991 – 25 U 51/91 = BauR 1992, 800 = NJW-RR 1992, 467.

Rechtsprechung auf die bereits entschiedenen Fälle der Subsidiaritätsklauseln in Bauträgerverträgen[24] zurückgegriffen und die Auffassung vertreten, dass die Haftung des Architekten insoweit *aufschiebend bedingt* sei.[25] Dies führt dann weiter dazu, dass die Fälligkeit der Drittforderung (Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten) erst zu einem späteren Zeitpunkt eintritt.[26] Aufschiebend bedingte Ansprüche sind erst mit dem Eintritt der Bedingung entstanden i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB .[27]

Erst in diesem Augenblick tritt dann auch die Fälligkeit des Freistellungsanspruchs ein. Dem steht auch nicht das Argument des Bundesgerichtshofes[28] zur Unerheblichkeit des Zeitpunktes einer Zahlung durch den ersten Gesamtschuldner an den Gläubiger für den Verjährungsbeginn entgegen. Dieses Argument des Bundesgerichtshofes geht dahin, dass der Verjährungslauf bei Anknüpfung des Verjährungsbeginns an die Zahlung vom Verhalten des Ausgleichsberechtigten abhinge und dieser es somit in der Hand hätte, den Verjährungsbeginn und die Notwendigkeit verjährungshemmender Maßnahmen beliebig hinauszuzögern. Die vorliegende Situation ist jedoch eine andere. Der Verjährungsbeginn hängt nicht vom Verhalten des Architekten ab, sondern vom Verhalten des Bauherrn.

Im Fall der oben genannten zweiten Art von Subsidiaritätsklauseln (Einredemöglichkeit des Architekten) wird der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten von vorne herein fällig.[29] Damit beginnt auch die Verjährungsfrist für diesen Anspruch zu laufen. Der Anspruch ist entstanden i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB . Erhebt der Architekt bei wirksamer Vereinbarung einer derartigen Subsidiaritätsklausel die Einrede, wonach zunächst der Bauunternehmer in Anspruch genommen werden müsse, führt dies (lediglich) zur *Hemmung der Verjährung*.[30] Auch derartige Subsidiaritätsklauseln sind in *Allgemeinen Geschäftsbedingungen* jedenfalls dann problematisch, wenn sie vorsehen, dass der Bauunternehmer zunächst gerichtlich in Anspruch genommen werden muss, § 309 Nr. 8 b) aa) BGB.

Da der Anspruch des Bauherrn fällig wird und es sich lediglich um eine Einredemöglichkeit des Architekten handelt, „entsteht“ der Anspruch des Bauherrn i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB bereits mit der Verkörperung des Mangels im Bauwerk. Dementsprechend beginnt bei einer derartigen Subsidiaritätsklausel die Verjährungsfrist des Freistellungsanspruchs auch bereits in diesem Zeitpunkt zu laufen.

V. Zur Regelung des § 650z BGB n.F.

Die im Regierungsentwurf vorgesehene neue Regelung zum Architektenvertrag in § 650t BGB n.F. hat folgenden Inhalt[31] :

> „§ 650t
>
> Gesamtschuldnerische Haftung mit dem bauausführenden Unternehmer
>
> Nimmt der Besteller den Unternehmer wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, der zu einem Mangel an dem Bauwerk oder an der Außenanlage geführt hat, kann der Unternehmer die Leistung verweigern, wenn auch der ausführende Bauunternehmer für den Mangel haftet und der Besteller dem bauausführenden Unternehmer noch nicht erfolglos eine angemessene Nachfrist zur Nacherfüllung bestimmt hat.“

Die Neuregelung sieht bei Überwachungsfehlern des Architekten vor, dass dieser die Erfüllung eines

Schadenersatzanspruchs des Bauherrn verweigern kann, wenn auch das bauausführende Unternehmen für den Mangel haftet und der Bauherr diesem noch nicht erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Nach dem Wortlaut und auch nach der Begründung handelt es sich nicht um eine – vom Willen des Architekten unabhängige – Subsidiaritätsklausel im Sinne der oben dargestellten ersten Art von Subsidiaritätsklauseln. Vielmehr wird dem Architekten die Möglichkeit eingeräumt, die Leistung zu

24 Vom BGH wurden derartige Klauseln in Bauträgerverträgen für unwirksam erklärt: Urt. v. 21.03.2002 – VII ZR 493/00 = BGHZ 150, 226 = BauR 2002, 1385 .

25 Vgl. die Ausführungen in der Entscheidung OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2011 – 11 U 214710 = NZBau 2011, 430 [OLG Köln 21.03.2011 - 11 U 214/10] ; BGH, Urt. v. 22.01.1987 – VII ZR 88/85 = BauR 1987, 343 = NJW 1987, 2743; OLG Hamm, Urt. v. 06.12.2005, 21 U 66/05 = NZBau 2006, 324.

26 A.A. Kapellmann/Messerschmidt/Weyer,VOB/B, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 204: Hemmungswirkung bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung.

27 BGH, Urt. v. 22.01.1987 – VII ZR 88/85 = BauR 1987 343 = NJW 1987, 2743; BGH, Urt. v. 12.07.1984 – VII ZR 268/83 = BGHZ 92, 123 = BauR 1984, 634 = NJW 1984, 2573; BGH, Urt. v. 04.06.1981 – VII ZR 212/80 = BauR 1981, 469 = NJW 1981, 2343; OLG Düsseldorf, Urt. v. 21.02.1992 – 22 U 154/91 = BauR 1992, 775 = NJW-RR 1992, 1108.

28 BGH, Urt. v. 18.06.2009 – VII ZR 167/08 = BGHZ 181, 310 = BauR 2009, 1458 = NJW 2010, 60.

29 So auch OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2011 – 11 U 214/10 = BauR 2011, 1844 .

30 OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2011 – 11 U 214/10 = BauR 2011, 1844 .

31 BT-Drucks. 18/8486 vom 18.05.2016.

verweigern. Nach der Begründung zum Regierungsentwurf[32] soll es sich bei der Regelung ausdrücklich um ein *Leistungsverweigerungsrecht* des Architekten handeln, woran angesichts des klaren Wortlauts auch kein Zweifel bestehen kann. In diesem Fall tritt die Fälligkeit des Schadenersatzanspruchs des Bauherrn mit der Verkörperung des Mangels im Bauwerk ein (vgl. oben).[33] Der Anspruch des Bauherrn entsteht i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB in diesem Zeitpunkt. Gleiches gilt für den Freistellungsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB .

Welche Auswirkung die Erhebung der Einrede durch den Architekten in diesem Fall auf den Lauf der Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen des Bauherrn gegen den Architekten hat, wird noch zu klären sein. Ebenso wie bei den oben genannten vertraglichen Subsidiaritätsregelungen, die dem Architekten eine Einrede gewähren[34] , ist in der hier zu beurteilenden Situation eine *Hemmung der Verjährung* anzunehmen. Allerdings kommt eine direkte Anwendung des § 205 BGB nicht in Betracht, da dieser eine *vertragliche Vereinbarung* voraussetzt. Richtig erscheint eine analoge Anwendung dieser Vorschrift mit dem Ergebnis, dass mit Erhebung der Einrede durch den Architekten die Hemmungswirkung einsetzt.[35]

VI. Zusammenfassung

Der Ausgleichsanspruch des Architekten gegen den Bauunternehmer nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB beginnt regelmäßig mit der Verkörperung des Mangels im Bauwerk zu verjähren, sofern auch die subjektiven Voraussetzungen des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erfüllt sind. Etwas anderes kann bei einer im Architektenvertrag wirksam vereinbarten Subsidiaritätsklausel gelten. Ist nach dieser Klausel eine unmittelbare Inanspruchnahme des Architekten nicht möglich und tritt diese Wirkung unabhängig vom Willen und Verhalten des Architekten ein, ist der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten aufschiebend bedingt. Dies wiederum wirkt sich auf den Verjährungsbeginn des Ausgleichsanspruches aus. Vor Befriedigung des Bauherrn durch den Architekten ist der Ausgleichsanspruch gegen den Bauunternehmer auf Freistellung gerichtet. Bei einem Freistellungsanspruch beginnt die Verjährungsfrist nicht am Ende des Jahres, in dem der Freistellungsanspruch fällig geworden ist, sondern am Ende des Jahres, in dem die Drittforderung, also der Anspruch des Bauherrn, fällig wurde. Ist dieser Anspruch aufgrund der Subsidiaritätsklausel aufschiebend bedingt, entsteht der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten und damit auch der Freistellungsanspruch des Architekten gegen den Bauunternehmer i.S.d. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB erst mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung. Dies gilt allerdings nicht bei Subsidiaritätsklauseln, nach denen der Architekt im Hinblick auf die vorrangige Inanspruchnahme des Bauunternehmers eine Einrede erheben muss. Gleiches gilt auch für die Regelung des § 650t BGB n.F., da dieser als Leistungsverweigerungsrecht ausgestaltet ist. In den beiden zuletzt genannten Fällen, tritt die Fälligkeit des bauherrenseitigen Anspruchs gegen den Architekten und damit auch der Beginn der Verjährungsfrist des Ausgleichsanspruches bereits mit der Verkörperung des Mangels im Bauwerk ein.

32 Seite 71, Drucksache 18/8486.

33 Locher, in: Locher/Koeble/Frik, 13. Aufl. Einl. Rdnr. 234.

34 Vgl. oben, IV. 2.

35 Im Ergebnis ebenso: OLG Köln, Beschl. v. 21.03.2011 – 11 U 214/10 = NZBau 2011, 430.