

Verkündet
am 9. Juli 1964
Voitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2229 097

B e s c h l u ß

In dem Rechtsstreit

des Architekten Paul G [REDACTED] in H [REDACTED], Sch [REDACTED] str. [REDACTED],
Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

den Rechtsanwalt Dr. Hugo M [REDACTED] in H [REDACTED]-He [REDACTED]-
[REDACTED], Mo [REDACTED] weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 9. Juli 1964 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Hubert Meyer und Dr. Vogt

beschlossen:

Die Sache wird gemäß dem § 137 GVG dem Großen
Senat für Zivilsachen zur Entscheidung der Fra-
ge vorgelegt, ob der Architekt, den der Bauherr
gemäß dem § 635 BGB wegen einer Aufsichtspflicht-
verletzung auf Schadensersatz in Anspruch nimmt,
gegen den Bauunternehmer einen Ausgleichsan-
spruch gemäß dem § 426 BGB geltend machen kann.

G r ü n d e :

Nach der Rechtsprechung des Senats haften der Architekt und der Bauunternehmer nicht als Gesamtschuldner (NJW 1962, 1499; BGHZ 39, 261). Im Urteil NJW 1962, 1499 hat der Senat deswegen ausgesprochen, daß es dem Architekten nicht ohne weiteres möglich sein wird, von den Handwerkern gemäß dem § 426 Abs. 1 BGB Ausgleich zu verlangen. Diese Auffassung hat der Senat in dem Urteil BGHZ 39, 261, 264, f dahin ergänzt, daß ein solcher Ausgleich auf dem Wege über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die ungerechtfertigte Bereicherung erzielt werden kann.

Der vorliegende Fall zeigt, daß auch diese Rechtsmeinung nicht ausreicht, um sachgemäße und gerechte Ergebnisse zu erzielen. Vielmehr bedarf es einer entsprechenden Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB. Diese hat jedoch der Bundesgerichtshof bisher nicht zugelassen (BGHZ 13, 360, 365, f; 19, 114, 123, f).

Der VII. Zivilsenat hat daher beschlossen, die Frage dem Großen Senat für Zivilsachen gemäß dem § 137 GVG vorzulegen.

Sachverhalt:

Der Beklagte ließ im Jahre 1958 ein Einfamilienhaus errichten. Einen Teil der Arbeiten übertrug er dem Bauunternehmer E[REDACTED]. Mit der Planung, Oberleitung und Bauaufsicht beauftragte er den Kläger. Nach dessen erstem Plan (A) sollte der Fußboden in den nicht unterkellerten Räumen so angelegt werden, daß auf die Erdaufschüttung Schlacke in 20 cm Höhe anzubringen und darauf die weiteren Schichten, insbesondere die Isolierschicht, zu errichten waren. Dieser Plan wurde nicht aus--

geführt. Vielmehr ließ der Kläger die Schlacke auf isolierten Beton aufbringen und nach oben ebenfalls isolieren (Plan B genannt).

Nach der Fertigstellung und dem Einzug des Beklagten im Januar 1959 zeigten sich an dem Hause verschiedene Mängel, derentwegen der Beklagte dem Unternehmer E. gegenüber die Bezahlung des Werklohns zum Teil verweigerte. Der darüber geführte Rechtsstreit endete am 4. Februar 1960 mit einem Vergleich; danach hatte der Beklagte an Eickhoff statt der von diesem geforderten rund 15.000 DM nebst 10 % Zinsen nur noch 6.000 DM zu zahlen; hiermit sollten alle gegenseitigen Ansprüche zwischen den Parteien jenes Prozesses erledigt sein.

Im April 1960 verlangte der Kläger mit der Klage sein noch ausstehendes Honorar von 6.595 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat die Bezahlung mit der Behauptung verweigert, daß der Bau Mängel aufweise, für die der Kläger einzustehen habe, weil sein Plan fehlerhaft gewesen sei und er seine Aufsichtspflicht verletzt habe; insbesondere handele es sich um Schäden, die infolge aufsteigender Feuchtigkeit am Fußboden der nicht unterkellerten Räume aufgetreten seien.

In der Tat sind wesentliche Mängel des Hauses, wie jetzt unstreitig ist, auf die Feuchtigkeit der eingebrachten Schlacke zurückzuführen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Dieses Urteil hat das Oberlandesgericht bestätigt.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.



Beurteilung:

I.

Einige formelle Revisionsrügen und sonstige Fragen spielen für die Vorlegung keine entscheidende Rolle. Sie werden deswegen nur in Umrissen behandelt.

1. Die Rüge, das Urteil enthalte keinen ordnungsmässigen Tatbestand, hält der Senat für unbegründet.

2. Die Klageforderung als solche ist unstreitig, wie in der Verhandlung vor dem Senat geklärt worden ist. Es kommt also nicht darauf an, ob der Beklagte mit seinem Schadensersatzanspruch aus dem § 635 BGB aufrechnen konnte oder ob es sich um eine "Verrechnung" handelt. Deswegen bedarf es auch keines Eingehens darauf, ob das Oberlandesgericht das Bestehen der Forderung dahingestellt lassen durfte.

3. Der Senat ist der Ansicht, daß das Berufungsgericht eine Aufsichtspflichtverletzung des Klägers ohne Rechtsirrtum festgestellt hat. Sie liegt darin, daß er die Feuchtigkeit der Schlacke nicht bemerkt und ihr Einbringen nicht verhindert hat.

Einen Planungsfehler hält der Senat dagegen nicht für dargetan.

4. Das Oberlandesgericht nimmt rechtlich zutreffend an, daß der Beklagte im Vergleich vom 4. Februar 1960 auf alle weiteren Ansprüche gegen E[REDACTED], also auch auf den sich aus der Einbringung feuchter Schlacke ergebenden, verzichtet hat.

Es vertritt ferner die Ansicht, der Kläger sei durch diesen Vergleich nicht benachteiligt. Ein Ausgleichsanspruch gegen E[REDACTED] habe ihm ohnehin nicht zugestanden. Da den Kläger die weitaus überwiegende Schuld an dem Schaden treffe, habe ihn der Beklagte mit vollem Recht, wie geschehen, in Anspruch genommen.

Dem Ausgangspunkt des Oberlandesgerichts kann der Senat nicht beipflichten. Vielmehr trifft nach dem festgestellten Sachverhalt die Hauptschuld den Bauunternehmer E[REDACTED], der die Schlacke naß eingebracht hat. Das Aufsichtsverschulden des Klägers tritt demgegenüber weit zurück (vgl. den Rechtsgedanken der §§ 840 Abs. 2 und 1833 Abs. 2 S. 2 BGB).

II.

Das Urteil könnte nach Ansicht des Senats nur aufrecht erhalten werden, wenn dem Kläger im Fall seiner Inanspruchnahme ein Ausgleichsanspruch gegen den Bauunternehmer E[REDACTED] zusteht; andernfalls wäre es grob unbillig. Deshalb hängt die Entscheidung davon ab, ob der Architekt solche Ausgleichsansprüche gegen den Bauunternehmer hat, ob sie hier durch den vom Beklagten mit E[REDACTED] geschlossenen Vergleich beeinträchtigt worden sind und ob der Kläger dies dem Beklagten entgegenhalten kann.

1. Wenn man der Entscheidung des Senats BGHZ 39, 261 folgt, konnte der Kläger ursprünglich seine Rückgriffsansprüche gegen E[REDACTED] nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung verwirklichen.

Diese Ansprüche hat ihm der Beklagte dadurch abgeschnitten, daß er E[REDACTED] aus jeder Haftung entlassen hat.

Denn nunmehr führt der Kläger, wenn er den Beklagten befriedigt, weder ein Geschäft E[REDACTED] noch befreit er ihn von einer Schuld. Er hat dann also durch jene Maßnahme des Beklagten seinen Ausgleichsanspruch verloren.

Nach Ansicht des Senats würde der Beklagte das zu vertreten haben. Es ist bereits in den Urteilen NJW 1962, 1499 und BGHZ 39, 261 darauf hingewiesen worden, daß der Bauherr auf die berechtigten Belange des Architekten Rücksicht zu nehmen hat. Er hat als Auftraggeber seinem Beauftragten gegenüber vertragliche Treuepflichten, die es ihm verbieten, dessen Interessen in unbilliger Weise zu vernachlässigen. Das tut er aber, wenn er den Unternehmer aus jeder Haftung entläßt und trotzdem den Architekten, dem er den Rückgriff unmöglich gemacht hat, in Anspruch nimmt. Denn dadurch setzt er sich mit seinem eigenen früheren Verhalten in einen mit Treu und Glauben unvereinbaren Widerspruch.

Hinzu kommt, daß der Beklagte im Vorprozeß gegen E[REDACTED] auch Ansprüche wegen Mängeln erhoben hat, die durch von unten eindringende Feuchtigkeit verursacht sein sollten. Er hat dafür einen Betrag von 4.500 DM angesetzt. Es hätte für ihn nahe liegen müssen, damals bereits an den Kläger heranzutreten und nicht erst, nachdem er sich mit E[REDACTED] verglichen hatte.

Der Senat gelangt also zu dem Ergebnis, daß der Beklagte, wenn man das Innenverhältnis zwischen dem Architekten und dem Unternehmer nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag und der ungerechtfertigten Bereicherung beurteilt, gehindert wäre, von dem Kläger Schadensersatz wegen der Schäden zu verlangen, die sich aus der Feuchtigkeit der eingebrachten Schlacke ergeben haben; mindestens bedürfte es insoweit noch einer tat-

richterlichen Prüfung. Das Urteil müßte dann in jedem Falle aufgehoben werden.

2. Dieses Ergebnis wird zwar den berechtigten Belangen des Architekten gerecht. Es widerspricht aber denen des Bauherrn. Dieser würde in seinen Maßnahmen unbillig beschränkt, wenn er bei einem Vergleich mit dem Bauunternehmer einen Verlust seiner Ansprüche gegen den Architekten befürchten müßte. Zudem können auch Schwierigkeiten entstehen, wenn etwa der Anspruch des Bauherrn gegen den Unternehmer durch ein Urteil verneint wird, das keine Rechtskraftwirkung für oder gegen den Architekten hat.

Der Senat ist danach der Ansicht, daß eine gerechte Lösung nur auf dem Wege über eine entsprechende Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB zu erzielen ist. Dann wäre vorliegend die Revision zurückzuweisen, weil nicht anzunehmen ist, daß der Beklagte durch den Vergleich mit E[REDACTED] auch den Kläger aus der Haftung entlassen wollte (vgl. § 423 BGB). Andererseits wäre es dem Kläger unbenommen, Rückgriff bei E[REDACTED] zu nehmen.

a) Der Senat hält jene Vorschrift nicht für unmittelbar anwendbar, weil der Kläger und E[REDACTED] dem Beklagten gegenüber keine Gesamtschuldner sind.

Voraussetzung dafür wäre, daß sie e i n e Leistung schuldeten. Das war und ist nicht der Fall.

Der Bauunternehmer und der Handwerker schulden den von ihnen körperlich auszuführenden Teil des Bauwerks. Demgegenüber besteht die Verpflichtung des Architekten in der Planung und Beaufsichtigung. Diese Tätigkeiten sind zwar ebenfalls auf die Erstellung des Bauwerks ge-

richtet und damit ein Teil der Gesamtausführung (BGHZ 31, 206; NJW 1962, 1764). Das ändert aber nichts daran, daß die Verpflichtungen des Handwerkers auf der einen und die des Architekten auf der anderen Seite einen ganz unterschiedlichen Inhalt haben (insoweit zutreffend Herding-Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, S. 260, f und S. 336). Deswegen scheidet die Annahme einer Gesamtschuld aus.

Diese Rechtslage ändert sich regelmäßig auch dann nicht, wenn der Bauherr gegen den Handwerker und den Architekten Ansprüche wegen Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten erhebt. Der Architekt, der seine Aufsichtspflicht nicht ordnungsmäßig erfüllt hat, haftet dann gemäß dem § 635 BGB sofort auf Schadensersatz, weil ihm die Nachbesserung nicht möglich ist (§ 634 Abs. 2 BGB i.V. mit RGZ 56, 81 - vgl. Urteil des Senats NJW 1962, 1499; Urt.v. 2. Mai 1963 VII ZR 233/61 sowie das zur Veröffentlichung bestimmte Urt.v. 25. Mai 1964 VII ZR 239/62). Wandlung oder Minderung gegenüber dem Architekten bringen den Bauherrn nicht weiter. Demgegenüber hat der Unternehmer zunächst das Recht und die Pflicht zur Nachbesserung (§ 633 Abs. 2 BGB); der Bauherr kann ferner von ihm nach fruchtloser Fristsetzung Wandlung oder Minderung verlangen (§ 634 BGB); nur unter weiteren Voraussetzungen haftet der Unternehmer gemäß dem § 635 BGB ebenfalls auf Schadensersatz.

Ein gleicher Leistungsinhalt hinsichtlich der Ersatzpflicht des Architekten und des Unternehmers könnte also höchstens in Betracht kommen, wenn beide auf Schadensersatz gemäß dem § 635 BGB haften. Daß dies hier der Fall war, ergibt sich, was den Bauunternehmer E. [REDACTED] anlangt, nicht aus den Feststellungen des Berufungsgerichts oder den Schriftsätzen, auf die das Oberlandesgericht im

Urteil verwiesen hat. Der Beklagte hat zwar im Prozeß gegen E[REDACTED] erklärt, daß er eine Nachbesserung durch die-
sen ablehne (Bl. 117 BA); E[REDACTED] selbst hat aber eine
solche Nachbesserung angeboten (Bl. 110 BA), und es ist
damit zu rechnen, daß er das Recht darauf noch nicht ver-
loren hatte. Im übrigen besteht auch die Möglichkeit, daß
der Beklagte gegen E[REDACTED] nur Minderungs-, nicht Scha-
densersatzansprüche geltend gemacht hatte (Bl. 15 BA).

Somit hat mindestens das Revisionsgericht davon aus-
zugehen, daß der Kläger und E[REDACTED] nicht die gleiche
Leistung schuldeten. Deswegen entfällt die Annahme eines
echten Gesamtschuldverhältnisses (vgl. hierzu Tschernit-
scheck NJW 1963, 1133; Selb NJW 1964, 18; Herding-Schmalzl
aaO S. 276 und Schmalzl Mdr 1964, 362).

b) Allerdings wird im Schrifttum die Ansicht ver-
treten, daß ein verschiedener Leistungsinhalt nicht
stets das Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses aus-
schließe. Das kommt aber nur bei unwesentlichen Abwei-
chungen in Betracht (Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht,
§ 91 II; RGRK § 421 Anm. 2). Hier handelt es sich aber
um grundlegende Unterschiede.

c) Rechtsprechung und Schrifttum haben sich mehr-
fach mit dem Unterschied zwischen dem echten und dem
sog. unechten (scheinbaren) Gesamtschuldverhältnis befaßt
(u.a. BGHZ 13, 360, 365; 19, 114, 123; RGRK § 421
Anm. 7 und 8; Erman § 421 Anm. 2 mit weiteren Nachw.).

Eines Eingehens hierauf bedarf es nicht. Denn
Voraussetzung für die Annahme auch eines unechten Ge-
samtverhältnisses wäre, daß die geschuldeten Leistungen
einen gleichen Inhalt hätten. Das ist nach dem Gesagten
nicht der Fall.

3. Demnach verbleibt zur Erzielung eines gerechten Ausgleichs zwischen dem Architekten und dem Bauunternehmer nur die entsprechende Anwendung des § 426 Abs. 1 BGB.

Soweit ersichtlich, haben das die Rechtsprechung und das Schrifttum bisher nicht für zulässig erachtet. Jedenfalls findet sich allenthalben der Satz, daß ein Ausgleich gemäß dem § 426 Abs. 1 BGB nur in Betracht komme, wenn es sich um ein echtes Gesamtschuldverhältnis handle (vgl. u.a. RGRK § 426 Anm. 1 sowie BGHZ 19, 114, 123).

Der Senat ist demgegenüber der Ansicht, daß kein Grund besteht, eine solche entsprechende Anwendung auszuschließen, wenn, wie hier, die rechtliche Zweckgemeinschaft zwischen den Schuldnern besteht und die Interessenlage auch sonst der bei einem Gesamtschuldverhältnis bestehenden gleicht. Der Besteller ist dann, unbeschadet der Regelung im § 423 BGB, in seinen Entschlüssen unbehindert, während andererseits der Rückgriffsanspruch zwischen Architekt und Unternehmer durch Maßnahmen des Bauherrn nicht berührt wird. Bei der Ermittlung dieser Rückgriffsansprüche hat der Richter gemäß dem entsprechend anzuwendenden § 426 Abs. 1 S. 1 BGB einen Ermessensspielraum, der es ihm erlaubt, die Entscheidung der jeweiligen Sachlage anzupassen.

Im Ergebnis vertreten Herding-Schmalzl aaO S. 276 und Schmalzl MdR 1964, 362 dieselbe Ansicht. Eine erweiternde Auslegung des § 426 Abs. 1 BGB ergibt sich ferner aus den Urteilen des VI. Zivilsenats BGHZ 12, 213 und 35, 317, 322 ff; auch dort ist eine Ausgleichspflicht entsprechend jener Vorschrift angenommen worden, obwohl es an einer gesamtschuldnerischen Leistungspflicht fehlte.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Meyer

Vogt