

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

D
58

BGB §§ 635, 249

Der Anspruch aus § 635 BGB kann unter Umständen auch auf Schadensersatz in Natur gehen.

BGH, Urt. v. 23. November 1961 - VII ZR 251/60 - OLG Hamm
LG Dortmund

Verkündet

am 23. November 1961

Woitscheck,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Architekten Wolfgang S. in U., P. str.,
Beklagten, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

gegen

den Gastwirt Karl S. in U., H.
straße Nr. ,

Kläger, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

Streithelferin: Firma Witwe August vom S. & Co. in H.,
S. Weg Nr. , vertreten durch die persönlich haftenden
Gesellschafter

- 1) Kaufmann Wilfried R.,
- 2) Frau Irmgard R. geb. vom S.,
- 3) Frau Caroline vom S. geb. K.,

alle in H., C. Weg

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 23. November 1961 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm (Westf.)
vom 18. Oktober 1960 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte hat die Kosten der Revision einschließlich der Streithilfe zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ließ in den Jahren 1955 und 1956 auf seinem Grundstück in Unna-Königsborn ein Wohnhaus mit Laden, Gastwirtschaft und einem Vorraum für eine später noch anzulegende Kegelbahn bauen. Dieser im Keller liegende Vorraum wurde vorläufig als Weinstube oder Gesellschaftszimmer hergerichtet. Dem beklagten Architekten war die Planung, Bauleitung und örtliche Bauaufsicht übertragen.

Das Grundstück des Klägers hat einen verhältnismäßig hohen Grundwasserspiegel. Der Beklagte hat ihn bei der Planung nicht berücksichtigt.

Als in der Baugrube starkes Grundwasser auftrat, entschied sich der Beklagte nach einer Besprechung mit dem Bauunternehmer L. [REDACTED] für die Verlegung einer Innen- und Außendrainage. Er schrieb L. [REDACTED] die Drainage nach Art, Dimensionierung und Bettung vor und übertrug ihm die Ausführung. Einen Drainageplan übergab er ihm nicht.

Trotz der Drainage ist noch während der Bauzeit des Hauses Grundwasser durch die Kellersohle gedrungen und bisher nur zeitweilig zurückgegangen. Die Keller stehen teilweise zum Teil zentimetertief unter Wasser.

Am 22. September 1956 hatte der Kläger die Gastwirtschaft zusammen mit der Weinstube für 650 DM monatlich an den Gastwirt W. [REDACTED] verpachtet. Weil die Weinstube nicht benutzt werden konnte, verglich sich der Kläger mit dem Pächter dahin, daß für die Zeit vom 1. Januar 1957 bis zum 31. März 1958 nur eine Pacht von 500 DM monatlich zu zahlen war. Durch den Vergleich sind dem Kläger Anwaltskosten in Höhe von 740 DM entstanden.



Nach dem 1. April 1958 verpachtete er die Gastwirtschaft ohne die Weinstube an seinen Sohn für 500 DM monatlich.

Der Kläger führt die Feuchtigkeit in seinem Hause darauf zurück, daß der Beklagte die Drainage unzureichend geplant und ihre Ausführung nicht überwacht habe. Er verlangt die Herstellung einer ordnungsgemäßen Drainage und den Ersatz des Schadens, der durch die Unbenutzbarkeit der Weinstube entstanden ist; ferner verlangt er 600 DM, die zur Beseitigung von Schäden am Mauerwerk und am Verputz im Keller und in seiner Wohnung erforderlich seien.

Er hat Klage mit folgenden Anträgen erhoben:

- 1) den Beklagten zu verurteilen, ihm Rechenschaft darüber zu geben, welche der ihm entstandenen Baukosten auf die Planung und Ausführung der Drainage entfallen,
- 2) den Beklagten zu verurteilen, den sich aus der Auskunftserteilung ergebenden Betrag nebst Zinsen zu zahlen,
- 3) den Beklagten zu verurteilen, auf seine Kosten in sämtlichen Kellerräumen den Betonestrich mit Unterlage herausnehmen, eine einwandfreie Innendrainage und eine Drainage auch an den Außenwänden verlegen und darüber den vorschriftsmäßigen Fußboden in Kiesbeton mit Stahleinlage ausführen zu lassen,
- 4) den Beklagten zu verurteilen, als Schadensersatz für die Pachtausfälle 3.440 DM nebst Zinsen zu zahlen,
- 5) den Beklagten zu verurteilen, weitere 600 DM nebst Zinsen zu zahlen,
- 6) festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm allen in Zukunft noch entstehenden Schaden am Hausgrundstück zu ersetzen, soweit diese Schäden Folge der Schlechterfüllung des Architektenvertrages sind.

Der Kläger hat der Firma Witwe August vom S[REDACTED] & Co., die nach seiner Behauptung das Vermögen des Bauunternehmers I[REDACTED] übernommen hat, den Streit verkündet. Sie ist ihm als Streithelferin beigetreten und hat sich seinen Anträgen angeschlossen.

Das Landgericht hat durch Teilurteil den Klageanträgen mit Ausnahme des Antrags Nr. 2 im wesentlichen stattgegeben. Zum Klageantrag Nr. 6 hat es festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der ihm in Zukunft aus der jetzigen Drainageanlage noch entsteht.

Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung des Beklagten den Klageantrag Nr. 1 auf Rechnungslegung sowie den Klageantrag Nr. 5 in Höhe von 300 DM nebst Zinsen abgewiesen. Im übrigen ist die Berufung erfolglos geblieben.

Mit der Revision beantragt der Beklagte, das Urteil des Oberlandesgerichts, soweit es zu seinem Nachteil erkannt hat, aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger und die Streithelferin beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht billigt dem Kläger keinen Anspruch auf Verlegung einer neuen Drainage als Schadensersatz nach § 635 BGB zu.

Es stellt fest, die Keller könnten nicht oder nicht ordentlich benutzt werden, weil das Grundwasser durch die Kellersohle eindringe. Das liege am Versagen der eingebauten Drainage. Der Beklagte habe die Drainage nicht hinlänglich und sorgfältig genug geplant und ihre Verlegung nicht ausreichend überwacht. Er habe die Feuchtigkeit der Kellerräume schuldhaft verursacht.

Daß der Beklagte nach § 635 BGB haftet, wird von der Revision nicht gelugnet und vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler bejaht.

Es könnten höchstens Bedenken auftauchen, ob die schlechte Planung und Ausführung der Drainage den Mangel verursacht haben und ob das angefochtene Urteil in diesem Punkte nicht einen Widerspruch enthält. Das Berufungsgericht bemerkt nämlich bei der Erörterung der Frage, ob der Kläger Schadensersatz in Natur durch Verlegen einer neuen Drainage beanspruchen kann, daß Zweifel möglich seien, ob die Trockenheit der Keller durch eine noch so gute Drainage unter allen Umständen gewährleistet werden könne. Wenn das zu verneinen wäre, so müßte allerdings angezweifelt werden, ob die Kellerfeuchtigkeit auf den Mängeln der jetzigen Drainage beruht. Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe ergibt aber mit Sicherheit, daß das Berufungsgericht trotz der angeführten Zweifel die Ursächlichkeit bejaht. So sagt es: das Eindringen der Feuchtigkeit liege am Versagen der eingebauten Drainage (S. 11 BU); der Beklagte habe es schuldhaft verursacht, daß die Keller feucht seien und in ihnen zeitweise Wasser stehe (S. 12 BU); der Beklagte habe durch sein Versagen bei der Planung und bei der Aufsicht über die Verlegung der Drainage die Feuchtigkeit schuldhaft herbeigeführt (S. 14, 19 BU). Demnach hat das Berufungsgericht trotz der angeführten Zweifel die Überzeugung gewonnen, eine ordnungsgemäß geplante und verlegte Drainage würde trockene Keller-

räume gewährleistet haben. Dieser Überzeugung hat auch der Beklagte selbst in der Berufungsinstanz wiederholt Ausdruck gegeben (S. 10 f der Berufungsbegründung; S. 9, 12 des Schriftsatzes vom 27. Juni 1960).

Auch die Ursächlichkeit der Mängel der Drainage für die Kellerfeuchtigkeit ist demnach ohne Rechtsfehler vom Berufungsgericht bejaht worden, zumal es diese Frage nach seiner freien Überzeugung (§ 287 ZPO) entscheiden durfte.

II.

Die Revision leitet denn auch aus den vom Berufungsgericht angeführten Zweifeln nichts gegen die Ursächlichkeit des Handelns des Beklagten her. Sie glaubt aber, daß der Beklagte wegen dieser Zweifel nicht zum Verlegen einer neuen Drainage, sondern höchstens zum Schadensersatz in Geld hätte verurteilt werden können. Sie weist darauf hin, daß der Beklagte, da eine einwandfreie Drainage die Trockenheit der Keller nicht unbedingt gewährleistete, vielleicht nutzlos erhebliche Aufwendungen für eine neue Drainage machen und dann doch noch den Kläger auf andere Weise schadlos halten müsse. Das sei unzumutbar.

Die Verurteilung des Beklagten zum Schadensersatz in Natur ist jedoch rechtlich nicht zu beanstanden.

Der Kläger verlangt Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 BGB. Der Anspruch aus § 635 BGB wird - ähnlich wie im Falle der §§ 325, 326 BGB (LM Nr. 3 zu § 325 BGB) - in der Regel (nicht notwendig immer, vgl. z.B. RG Warn 1920 Nr. 107; OLG Braunschweig SeuffArch Bd. 67 Nr. 4) abweichend von § 249 BGB dann auf Entschädigung in Geld gehen, wenn der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages

verlangt und deshalb die beiderseitigen Leistungen abgerechnet werden müssen. Dies zu verlangen, ist der Besteller zwar berechtigt (BGHZ 27, 215), aber nicht verpflichtet. Er kann sich auch darauf beschränken, nur den in der Mangelhaftigkeit des Werks liegenden Schaden geltend zu machen.

Es besteht - jedenfalls im vorliegenden Falle - kein Grund, auf diesen Schadensersatzanspruch den § 249 BGB nicht anzuwenden (vgl. auch RG DR 1942, 1704 für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 280 BGB). Es ließe sich allenfalls einwenden, Naturalersatz im Falle des § 635 BGB bedeute dasselbe wie die ursprünglich geschuldete Vertragsleistung, und es sei mit dem Sinn des § 635 BGB unvereinbar, im Ergebnis auf den Erfüllungsanspruch zurückzugreifen; auch ließe sich einwenden, der Anspruch auf Naturalersatz komme im Ergebnis dem Anspruch auf Mängelbeseitigung gleich, der aber, wenn der Anspruch aus § 635 BGB erhoben werde, ebenso wie beim Wandlungs- oder Minderungsbegehren (§ 634 Abs. 1 Satz 3 BGB) ausgeschlossen sei. Diese Einwendungen treffen auf den vorliegenden Fall aber nicht zu. Die Verpflichtungen des Beklagten als Architekten sind zwar, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, nach Werkvertragsrecht zu beurteilen. Jedoch schuldete der Beklagte als Architekt nicht das Bauwerk selbst als körperliche Sache (BGHZ 31, 224, 227). Er schuldete demgemäß, wie das Berufungsgericht zutreffend sagt, dem Kläger keine Drainageanlage, sondern sorgfältige Planung dieser Anlage und genaue Überwachung der Planausführung. Diese Leistung kann er nicht mehr erbringen, und er kann sie auch nicht nachbessern; und wenn der Kläger jetzt vom Beklagten eine einwandfreie Drainage verlangt, so begehrt er damit weder Erfüllung der ursprünglichen Vertragsleistung - die wie gesagt einen anderen Inhalt hatte - noch Beseitigung von Mängeln dieser Leistung; er fordert vielmehr nur wegen der nicht vertragsgemäßen

Leistung entsprechend dem § 249 BGB als Schadensersatz die Herstellung des Zustandes, der bei vertragsgemäßer Leistung bestehen würde.

Gegenüber diesem Herstellungsanspruch könnte der Beklagte den Kläger nur dann auf Geldersatz verweisen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich wäre (§ 251 Abs. 2 BGB). Diese Voraussetzung muß der Schädiger dartun und beweisen (Staudinger 11. Aufl. § 251 Rdz. 25; RGRK 11. Aufl. § 251 Anm. 39). Dazu ist der Beklagte nicht in der Lage. Er hält die Verurteilung zur Herstellung der Drainage nur deshalb nicht für statthaft, weil die Herstellung vielleicht keine trockenen Kellerräume gewährleiste. Wie unter I schon ausgeführt, ist aber das Berufungsgericht vom Gegenteil überzeugt und stimmt darin mit dem Vortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz überein.

Die Revision hält es auch zu Unrecht für unzulässig, daß das Berufungsgericht dem Beklagten vorgeschrieben hat, wie die Herstellung der Drainage zu bewerkstelligen ist. Die vom Berufungsgericht ausgesprochene Verurteilung gibt dem Beklagten auf, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn die Drainage gut geplant und unter gehöriger Bauaufsicht sorgfältig ausgeführt worden wäre. Die Verurteilung entspricht damit der Vorschrift des § 249 Satz 1 BGB. Der Beklagte hat auch in den Tatsacheninstanzen nie geltend gemacht, daß die vom Kläger verlangten Maßnahmen nicht erforderlich oder nicht geeignet seien, um den Schaden zu beheben.

Die Revision meint, der Beklagte könne nur allgemein zur Beseitigung des Mangels verurteilt werden; wie er den Mangel beseitige, müsse seine Sache bleiben; außerdem habe das Berufungsgericht ihn zur Neuherstellung verurteilt, während er doch nach § 633 BGB nur zur Beseitigung des Mangels verpflichtet sei. Bei diesen Ausführungen wird übersehen,

daß der Kläger keinen Anspruch auf Beseitigung des Mangels, sondern auf Schadensersatz in Natur nach §§ 635, 249 Satz 1 BGB geltend macht.

Die Revision rügt schließlich noch, das Berufungsgericht habe die Regeln über die Vorteilsausgleichung nicht beachtet. Sie behauptet dazu, hätte man von vornherein eine der jetzigen Verurteilung entsprechende Drainage verlegt, so wären höhere Kosten entstanden, weil sie größer und umfangreicher sei als die bisherige. Die Revision beanstandet, daß das Berufungsgericht hierüber keinen Sachverständigen gehört und den Kläger nicht wenigstens befragt hat, ob er ein Sachverständigengutachten beantrage. Die Rüge ist nicht begründet, weil der Beklagte eine Behauptung dieses Inhalts in den Tatsacheninstanzen nicht aufgestellt hat. Zwar braucht der Ersatzpflichtige die Vorteilsausgleichung nicht durch Einrede geltend zu machen (BGHZ 27, 241, 249). Es geht aber zu seinen Lasten, wenn er die Tatsachen, aus denen sich ein auszugleichender Vorteil für den Gläubiger ergibt, nicht dem Gericht unterbreitet (vgl. BGH VIII ZR 51/59 vom 9. Februar 1960). Daß durch eine Drainage, wie sie der Beklagte nach dem Berufungsurteil herstellen muß, höhere Kosten entstanden wären, wenn sie sogleich in dieser Art hergestellt worden wäre, ergibt sich aus dem Sachvortrag des Beklagten in der Berufungsinstanz nicht. Dies vorzutragen, wäre seine Sache gewesen, zumal das Landgericht (S. 10 des Urteils) ausgeführt hatte, es seien möglicherweise höhere Drainagekosten dadurch entstanden, daß der Beklagte die Anlage der Drainage nicht von vornherein, sondern erst dann veranlaßt hat, als schon ein Teil des Rohbaus vollendet war.

III.

Das Berufungsgericht billigt dem Kläger einen Anspruch auf den Pachtausfall zu, den er dadurch erlitten hat, daß die Weinstube infolge der Feuchtigkeit nicht benutzt werden

konnte. Es kann auf sich beruhen, ob dieser Anspruch mit dem Berufungsgericht aus einer positiven Vertragsverletzung herzuleiten ist oder aus § 635 BGB, weil dem Kläger durch die Mängel des Werks Gewinn entgangen ist (vgl. BGHZ 35, 130, 133). Es genügt die Feststellung, daß der Beklagte den Pacht- ausfall durch schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten verursacht hat. Diese Feststellung trifft das Berufungsge- richt, und sie hält den Angriffen der Revision stand.

1) Das Berufungsgericht spricht dem Kläger den Betrag zu, um den er die mit seinem Pächter W [REDACTED] vereinbarte Pacht wegen der Unbenutzbarkeit der Weinstube vergleichsweise er- mäßigt hat, und gewährt ihm auch Ersatz der durch den Ver- gleich entstandenen Anwaltskosten. Das Berufungsgericht legt dar, daß der Kläger sich zu diesem Vergleich mit dem Pächter, der ihm einen Rechtsstreit angedroht hatte, auf Grund langwieriger Verhandlungen und auf den Rat seines An- walts und nicht etwa aus leichtfertiger Großzügigkeit bereit- gefunden hat. Es hält deshalb die im Vergleich vereinbarte Pachtminderung und die Anwaltskosten für eine adäquate Folge des schädigenden Handelns des Beklagten.

Hiergegen wendet sich die Revision. Sie meint, der Kläger habe keinen Anlaß gehabt, sich mit dem Pächter W [REDACTED] zu vergleichen; denn dieser habe überhaupt keine An- sprüche gehabt, weil er den Mangel der Räume gekannt habe (§ 539 BGB).

Diese Behauptung trifft indessen nach den Feststellun- gen des Berufungsgerichts nicht zu. Danach sind der Kläger und der Pächter davon ausgegangen, die Feuchtigkeit werde sich geben und die Weinstube werde sich nutzen lassen; das hätten sie insbesondere deshalb annehmen können, weil der Beklagte gerade zur Zeit der Verpachtung versucht habe, die Nässe durch die Anlage eines zweiten Pumpensumpfes zu

beseitigen. Hieraus ergibt sich, daß der Pächter allenfalls die derzeitige, für vorübergehend gehaltene Feuchtigkeit gekannt hat, aber nicht den eigentlichen Mangel, der in der Unbenutzbarkeit auf die Dauer liegt. Hierauf kommt es aber für die Kenntnis im Sinne des § 539 BGB an (vgl. auch RGZ 149, 402 ff). Der Kläger hätte W. auch nicht grobfahrlässige Unkenntnis des Mangels (§ 539 Satz 2 BGB) entgegenhalten können, da W. nach den Feststellungen des Berufungsgerichts darauf vertrauen durfte, daß die Feuchtigkeit beseitigt wurde.

Im Vergleich ist dem Pächter W. eine Pachtminderung von 150 DM zugestanden worden. Der Sachverständige Menk hält dagegen eine Minderung von nur 100 DM für angemessen. Es liegt jedoch kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht für den Ersatzanspruch des Klägers den Betrag von 150 DM monatlich zugrunde legt. Es stellt fest, daß der Pächter dem Kläger bereits Klage angedroht hatte, daß der Ausgang des Rechtsstreits für den Kläger ungewiß war und er befürchten konnte, unter Umständen noch zu mehr als 150 DM Pachtminderung verurteilt zu werden. Diese Feststellung und der aus ihr gezogene Schluß, daß der Kläger bei Abschluß des Vergleichs nicht mit leichtfertiger Großzügigkeit verfahren sei, stellen eine Tatsachenwürdigung dar, die Sache des Berufungsgerichts und mit der Revision nicht angreifbar ist. Auf Grund dieser Würdigung konnte das Berufungsgericht den Kausalzusammenhang bejahen und ein mitwirkendes Verschulden des Klägers verneinen. Das gilt auch für die Kosten, die durch das Hinzuziehen eines Anwalts entstanden sind.

2) Ab 1. April 1958 hat der Kläger die Gastwirtschaft ohne die Weinstube an seinen Sohn für 500 DM monatlich verpachtet, also für denselben Pachtzins, den er dem Pächter W. vergleichsweise eingeräumt hatte. Er hat für die Zeit ab 1. April 1958 einen Pachtausfall von 50 DM monatlich

geltend gemacht. Diesen billigt ihm das Berufungsgericht zu mit der Begründung, daß er den feuchten Kellerraum nicht wieder habe verpachten können und dadurch um 50 DM monatlich weniger Einnahmen gehabt habe.

Diese Begründung ist zwar kurz, aber ausreichend. Die Revision rügt ohne Erfolg Verletzung des § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO.

Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, daß das Grundwasser fortlaufend eindringt, die Kellerräume zeit- und teilweise unter Wasser setzt und unbenutzbar macht und daß dieser Zustand bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht beseitigt war. Es bedurfte deshalb keiner besonderen Begründung, daß die Weinstube auch in der Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 1958 nicht zu verpachten war.

Aus den Erörterungen des Berufungsgerichts zur Höhe der angemessenen Pachtminderung im Falle W [REDACTED] und dem Inhalt des Gutachtens des Sachverständigen Menk ergibt sich auch mit Sicherheit, daß nach der Überzeugung des Berufungsgerichts der Umstand, daß die Weinstube nicht verpachtet werden kann, einen Pachtausfall bedingt, der jedenfalls nicht unter den vom Kläger für die Zeit vom 1. April 1958 an verlangten 50 DM liegt.

IV.

Das Berufungsgericht billigt dem Kläger 300 DM als Schadensersatz für Setzrisse und Putzmängel in der Weinstube sowie für Setzschäden in der Wohnung zu.

Die Revision bestreitet nicht, daß der Beklagte auch für diese Schäden haftet. Sie meint aber, der Kläger könne nicht teils Naturalersatz, teils Entschädigung in Geld fordern. Es bestehen jedoch keine rechtlichen Bedenken dagegen, daß der Kläger die Beseitigung der Schadensquelle - der mangelhaften Drainage - in Natur verlangt, für die Folgeschäden dagegen, die aus den Mängeln der Drainage am fertigen Haus entstanden sind, Ersatz in Geld beansprucht (§ 249 Satz 2 BGB).

V.

Das Berufungsgericht legt dar, daß die Schadensersatzansprüche des Klägers nicht von den zwischen ihm und dem Bauunternehmer I [REDACTED] sowie der Streithelferin bestehenden Rechtsbeziehungen beeinflußt werden und daß es nicht darauf ankommt, ob er diesen noch etwas schuldet oder etwas von ihnen fordern kann. Die Angriffe der Revision hiergegen gehen teils von einem anderen als dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt aus; teils beruhen sie auf rechtsirrigen Erwägungen.

Bei der Erörterung der Revisionsangriffe kann zugunsten der Revision unterstellt werden, daß der Beklagte gesamtschuldnerisch mit I [REDACTED] und der Streithelferin haftet; auch dann sind die Revisionsrügen nicht begründet.

1) Der Kläger könnte allerdings keinen Schadensersatz verlangen, soweit I [REDACTED] oder die Streithelferin seine Schadensersatzansprüche bereits durch Erfüllung oder Aufrechnung getilgt hätten.

a) Die Revision macht geltend, der Kläger habe von L [REDACTED] 2 Wechsel von 3.000 und 4.000 DM erhalten. Hierin irrt sie. Diese zwei Wechsel hat der Kläger nicht von L [REDACTED] erhalten, sondern umgekehrt sie ihm gegeben. Das ist in dem den Parteien mitgeteilten Aktenvermerk des Berichterstatters zum Termin vom 6. Juli 1960 klargestellt worden, und der Beklagte hat es nach diesem Termin eingeräumt (S. 3 seines Schriftsatzes vom 8.9.60); damit ist sein früherer Vortrag, auf den sich die Revision bezieht, überholt.

b) Wohl hat der Kläger seinerseits von der Streithelferin einen anderen Wechsel über 3.000 DM erhalten. Der Kläger hat diesen Sichtwechsel nicht verlängern lassen. Das Berufungsgericht erörtert diesen Umstand und stellt fest, es sei ungewiß gewesen, ob die Streithelferin dem Kläger einen neuen Wechsel gegeben und ihn bei Fälligkeit eingelöst haben würde; die Streithelferin habe dargelegt, sie habe den Wechsel nur als Vertreterin L [REDACTED] gegeben, dessen inländisches Vermögen sei aber durch Tilgung oder Verrechnung von Schulden L [REDACTED] aufgebraucht.

Die Revision macht demgegenüber geltend, der Wechsel sei erfüllungshalber gegeben worden. Der Kläger habe deshalb versuchen müssen, sich aus dem Wechsel zu befriedigen. Wenn er das unterlassen habe, müsse er sich so behandeln lassen, als ob sein Anspruch in Höhe von 3.000 DM erfüllt sei.

Es mag dahinstehen, ob es dem Beklagten zugutekommen könnte, wenn der Wechsel erfüllungshalber gegeben worden wäre. Die Hingabe erfüllungshalber ist nicht festgestellt. Nach dem Vortrag des Klägers hat er den Wechsel nur zur Sicherung etwaiger Ansprüche aus Baumängeln gegen den Bauunternehmer L [REDACTED] oder die Streithelferin erhalten (vgl. S. 1 des Schriftsatzes vom 12. Februar 1958 und den oben erwähnten Aktenvermerk). Gegenteiliges hat der Beklagte nicht behauptet.

(vgl. S. 11 des Schriftsatzes vom 27. Juni 1960). Daß der Kläger nicht für die Erneuerung dieser Sicherheit gesorgt hat, kann ihm aber schon deshalb nicht vom Beklagten vorgeworfen werden, weil es dem Kläger freisteht, welchen seiner Schuldner er in Anspruch nehmen will.

c) Eine Aufrechnung des Klägers gegen eine möglicherweise noch bestehende Werklohnforderung L. [REDACTED] hat der Beklagte nach der Feststellung des Berufungsgerichts nicht substantiiert behauptet. Hiergegen bringt die Revision nichts Beachtliches vor.

2) Aus dem zu 1) Ausgeführten ergibt sich, daß es an einer tatsächlichen Grundlage für die Behauptung der Revision fehlt, der Kläger habe von Liebschwager und der Streithelferin Entschädigung in Geld verlangt. Es bedarf deshalb keiner Erörterung, ob sich, wenn der von der Revision behauptete Sachverhalt zuträfe, daraus ein Hindernis für die Geltendmachung des Herstellungsanspruchs gegen den Beklagten ergäbe.

3) Ob der Kläger gegenüber L. [REDACTED] oder der Streithelferin aufrechnen könnte, ist unerheblich. Wie schon gesagt, kann der Kläger wählen, welchen Schuldner er in Anspruch nimmt. Erst recht kann er nicht gezwungen sein, gegen einen der Gesamtschuldner aufzurechnen; das wäre, wie das Berufungsgericht mit Recht sagt, nicht vereinbar damit, daß das Gesetz dem Gesamtschuldner selbst versagt, mit der Forderung eines anderen Gesamtschuldners aufzurechnen (§ 422 Abs. 2 BGB).

Das Berufungsgericht erwägt noch, ob unter besonderen Umständen ein Bauherr gegen Treu und Glauben handle, wenn er ausschließlich gegen den Architekten vorgehe, während er mühelos von dem Bauunternehmer, der den Schaden haupt-

sächlich angerichtet habe, Ersatz verlangen könne. Ein Fall dieser Art ist nach seinen rechtlich nicht zu beanstandenden Ausführungen hier jedenfalls nicht gegeben.

Demnach kommt es nicht auf die Frage an, ob L. [REDACTED] oder die Streithelferin noch einen Werklohnanspruch von 7.000 DM gegen den Kläger haben oder nicht. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe diese Frage nicht aufgeklärt, ist unbegründet.

4) Diese Frage ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung von Bedeutung, wie die Revision (S. 8 f der schriftlichen Begründung) meint. Wenn L. [REDACTED] oder die Streithelferin einen Anspruch auf Zahlung von 7.000 DM gegen den Kläger haben, muß der Kläger diesen Betrag nach wie vor zahlen; es ist nicht ersichtlich, worin der Vorteil des Klägers liegen soll.

Auf ein Zurückbehaltungsrecht, das etwa L. [REDACTED] oder die Streithelferin einem gegen sie erhobenen Schadensersatzanspruch entgegenhalten könnten, kann sich der Beklagte nicht berufen.

5) Das Berufungsgericht verneint mit rechtlich einwandfreier Begründung, daß die Schuld des Beklagten teilweise durch Erlaß erloschen sei.

VI.

Die Revision bestreitet ein Feststellungsinteresse hinsichtlich zukünftiger Schäden. Sie stützt sich hierbei darauf, daß der Kläger nur einen Anspruch auf Geldentschädigung habe. Diese Ansicht der Revision trifft nicht zu, wie bereits ausgeführt ist. Davon abgesehen könnten auch dann,

wenn der Beklagte zur Zahlung von Geld verurteilt worden wäre, künftig noch Schäden auftreten.

Die weiter gegenüber dem Feststellungsbegehren angeführte Erwägung, der Kläger müsse selbst nach § 254 Abs. 2 BGB einen mangelfreien Zustand herstellen, dann könne aber in Zukunft kein Schaden mehr entstehen, ist abwegig.

VII.

Das Berufungsgericht hat den Antrag, den Beklagten zu verurteilen, über die Drainagekosten Rechnung zu legen, abgewiesen. Nach seiner Ansicht hat der Beklagte bereits ausreichend Rechnung gelegt. Da aber ein Anspruch auf Erstattung von Drainagekosten nach Ansicht des Berufungsgerichts möglicherweise besteht, hat es die Sache zur Entscheidung über den Zahlungsanspruch an das Landgericht zurückverwiesen.

Dieses Verfahren ist entgegen der Meinung der Revision nicht zu beanstanden. Die Einwendungen der Revision beruhen auf ihrer Ansicht, der Beklagte habe ein Zurückbehaltungsrecht und hätte deshalb höchstens zur Leistung Zug um Zug (§ 274 BGB) verurteilt werden dürfen. Sie liegen neben der Sache, weil der Zahlungsanspruch beim Landgericht noch anhängig ist.

VIII.

Die Revision ist demnach zurückzuweisen. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf §§ 97 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke