

Sachverhalt

Der Unternehmer Karl Claasen kaufte im Jahre 1984 ein Grundstück und ließ von dem Architekten Hansen ein Ein- Familien- Haus konstruieren und bauen. Nach einigen Jahren stellte Claasen Feuchtigkeit im Keller fest. Die Ursache war nicht auszumachen. Da er jedoch Sorge hatte, daß die Feuchtigkeit sich ausbreiten könnte, drohte er dem Architekten, einen Sachverständigen hinzuzuziehen und eventuell Klage zu erheben. Um dies abzuwenden, verpflichtete sich Hansen, für eventuelle Schäden am Haus wegen konstruktiver oder baulicher Mängel bis 1994 einzustehen. 1994 erhob Claasen schließlich Klage gegen Hansens Erben, da der Architekt inzwischen gestorben war. Im Keller hatte sich Schwamm gebildet. Der Fußboden im Erdgeschoß war teilweise verfault, so daß auch der Teppichboden teilweise unbrauchbar geworden war. Claasen mußte für die Beseitigung des Schwamms 20.000 DM, für die Erneuerung des Fußbodens 10.000 DM und für die Verlegung eines neuen Teppichs 5.000 DM aufwenden. Er konnte das Haus für 2 Monate nicht benutzen und verlangt dafür 5.000 DM Ersatz (bei einem Wert des Hauses von 250.000 DM). Außerdem verlangt er wegen der Erkrankung seines etwas anfälligen Sohnes an Lungenentzündung 6.000 DM Krankenhauskosten und 5.000 DM Schmerzensgeld. Die Lungenentzündung ließ sich zwar nicht eindeutig auf die Feuchtigkeit im Haus zurückführen, aufgrund der Disposition des Kindes ist dies jedoch nicht auszuschließen.

Wird die Klage Erfolg haben?

Könnten die Erben die Beträge, die sie an Claasen bezahlen, vom Bauunternehmer Pracht zurückverlangen, da sich herausstellte, daß die Feuchtigkeit durch einen schlecht gebauten Schornstein entstanden ist. Da der Schornstein direkt an einem Balkon liegt, konnte durch nicht sorgfältig gestaltete Übergänge Feuchtigkeit den Balkon runterfließen und auf diese Weise den Balkon naß halten. Dies war bei der Konstruktion nicht optimal berücksichtigt worden und der Bauunternehmer Pracht hatte bei der Ausführung des Baus die Abdichtung der Übergänge unsorgfältig vorgenommen.

Gehen Sie im folgenden davon aus, daß der Schaden am Fußboden nur 5.000 DM (7.000 DM) betragen hätte, wenn Claasen ihn bereits zwei Jahre (ein Jahr) früher entdeckt und beseitigen lassen hätte. Die Wahrscheinlichkeit dafür, daß sich Fäulnis im Fußboden gebildet hat, schätzte Claasen zu jedem Zeitpunkt auf 10 %, eine Größenordnung, die den ihm zugänglichen Informationen durchaus entsprach. Ob tatsächlich Fäulnis im Fußboden war, hätte nur von einem Fachmann untersucht werden können, was Kosten in Höhe von 250 DM verursacht hätte.

Untersuchen Sie bitte ökonomisch, wie sich eine 1) Garantiehafung a) ohne Mitverschuldensregel, b) mit einer Mitverschuldenseinrede ("contributory negligence") und c) mit der Mitverschuldensregel des § 254 BGB (wenn Sie ein Mitverschulden annehmen, unterstellen Sie bitte, daß Hansen zwei Drittel der Schäden zu tragen hat) sowie 2) gar keine Haftung des Hansen auf das Verhalten des Claasen ausgewirkt hätten. Vergleichen Sie die Ergebnisse bitte mit der volkswirtschaftlich optimalen Verhaltensweise des Claasen. Begründen Sie kurz, ob und warum die Ablehnung jeglicher Haftung des Hansen aus ökonomischen Gesichtspunkten (nicht) zu unerwünschten Ergebnissen führt.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Sachverhalt	II
Inhaltsverzeichnis.....	III
Literaturverzeichnis.....	VI
Fallbearbeitung.....	1
I. Ansprüche des Karl Claasen.....	1
A. Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 BGB.....	1
1. Werkvertrag	1
a) wirksamer Werkvertrag	1
(1) Kombinationsmethode.....	1
(2) Schwerpunktmethod	2
b) Übergang der Verbindlichkeiten.....	2
2. Werkmangel.....	3
a) Bauwerksmangel.....	3
(1) Fehler.....	3
(2) zugesicherte Eigenschaft	4
b) Vertragspflichtverletzung	4
(1) Aufsichtstätigkeit.....	4
(2) Konstruktionsfehler	5
c) bis zur Abnahme entstanden	5
3. Fristsetzung.....	5
a) Rechtliche Unmöglichkeit	5
b) Mangelfolgeschäden	6
4. Verschulden	6
5. Schaden ist durch den Mangel verursacht	7
6. Abnahme des Werkes	8
7. Verjährung	8
8. Rechtsfolge	9
a) Ersatzfähiger Schaden.....	9
(1) Kellerwand	9
(2) Fußboden	10
(3) Teppichboden	10
(4) Nutzungsausfall	10
(5) Krankenhauskosten.....	10
(6) Schmerzen	11
b) Mitwirkendes Verschulden.....	11
b) Schadensberechnung.....	11
e) Ergebnis	11
B. Anspruch auf Schadensersatz aus pFV	12
1. Anspruch auf pFV wegen Schlechtleistung.....	12
a) Werkvertrag	12
b) Regelungslücke.....	12
c) Mangel	12
d) Pflichtverletzung.....	12
e) Mangelfolgeschaden	12

f) Verschulden.....	12
g) Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden	13
h) Verjährung	13
(1) Frist aus § 195	13
(2) Frist aus § 638	13
(3) Frist aus § 638 i.V.m. § 852 analog.....	13
i) Rechtsfolge	14
(1) Mitwirkendes Verschulden.....	14
(2) Ergebnis	14
2. Anspruch aus pFV wegen Nebenpflichtverletzung	14
a) Werkvertrag	14
b) Nebenpflichtverletzung	14
(1) Aufklärungspflicht.....	14
(2) Schutzpflichtverletzung.....	14
(3) Ergebnis	15
C. Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung	15
1. Anspruch aus § 823 I	15
a) Verletzung eines geschützten Rechtsgutes	16
(1) Gesundheitsverletzung	16
(2) Eigentumsverletzung	16
(i) Substanzverletzung.....	16
(a) Kellerwand	16
(aa) Eigentumsverletzung	16
(bb) keine Eigentumsverletzung	17
(b) Fußboden	18
(c) Teppichboden.....	19
(ii) Beeinträchtigung des Gebrauchs	19
b) Garantenstellung	19
c) Haftungsbegründende Kausalität	20
d) Rechtswidrigkeit	20
e) Verschulden	20
f) Verjährung.....	20
g) Rechtsfolge	21
(1) Mitverschulden	21
(2) Ergebnis	21
2. Anspruch aus § 823 II.....	21
a) Verstoß gegen Schutzgesetze.....	21
(1) Verstoß gegen §§ 230, 13 StGB	22
(i) Unterlassen	22
(ii) Tatbestand	22
(a) Objektiv.....	22
(aa) körperliche Mißhandlung	22
(bb) Gesundheitsbeschädigung	22
(b) Garantenstellung	22
(c) Fahrlässigkeit	22
(iii) Rechtswidrigkeit.....	22
(iv) Schuld	22
(v) Zwischenergebnis	23
(2) Verstoß gegen § 323 StGB	23
(i) Objektiv	23

(a) Bauplanung	23
(b) Bauleitung	23
(ii) Zwischenergebnis	24
d) Rechtsfolge	24
(1) Mitverschulden	24
(2) Ergebnis	24
II. Ansprüche der Erben des H	24
A) Anspruch aus § 426 I	24
1. Gesamtschuldverhältnis nach § 421	24
a) Gesamtschuldverhältnis	24
(1) Haftung des P	25
(i) Anspruch § 635	25
(ii) Anspruch aus pFV	25
(2) Leistungsinteresse	25
(3) Gleichstufigkeit	26
2. Gesamtschuldverhältnis nach § 840	26
a) Rechtsgutverletzung	26
b) Verletzungshandlung	26
c) haftungsbegründende Kausalität	26
d) Rechtswidrigkeit	27
e) Verschulden	27
f) Rechtsfolge	27
3. Rechtsfolge	27
a) Schadensbemessung	27
b) Verjährung	27
(1) vertraglicher Ausgleich	27
(i) kein Ausgleich	28
(ii) Ausgleich	28
(a) Innenverhältnis	28
(b) Regreßzirkel	28
(iii) verminderter Anspruch	28
(2) deliktischer Ausgleich	29
B. Anspruch aus § 426 II	29
III. Ökonomische Analyse	29
A. optimale Verhaltensweise	29
B. Garantiehaftung	30
1. ohne Mitverschuldensregel	30
2. Contributory Negligence	30
a) kein Mitverschulden nach Gutachten	30
b) Mitverschulden nach Learned - Hand	30
3. Mitverschulden nach § 254 BGB	31
a) kein Mitverschulden nach Gutachten	31
b) Mitverschulden nach Fallfrage	31
C. Keine Haftung des Hansen	31
D. Ergebnis	31

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Hans - Peter Die Abgrenzung "nächster" von weiteren Mangelfolgeschäden bei der Verjährung nach § 638 - eine Malaise ohne Ende ?
in Juristenzeitung 1992, 670 (676)
- Bindthardt, Walther
Jagenburg, Walter Die Haftung des Architekten
8. Auflage
Werner - Verlag, Düsseldorf 1981
- Brox, Hans Besonderes Schuldrecht
17. Auflage
C. H. - Beck, München 1991
- Erman, Walter Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
1. Band
9. Auflage
Aschendorff, Münster 1993
- Esser, Josef
Weyers, Hans - Leo Schuldrecht, Besonderer Teil II
Ein Lehrbuch
7. Auflage
C. F. Müller, Heidelberg 1991
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht
8. Auflage
de Gruyter, Berlin 1992
- Ganter, Alexander Die Anwendung von Deliktsrecht neben kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüchen
in: Juristische Schulung 1984, 592 (595)
- Harrer, Friedrich Deliktische Haftung für Schäden an der Sache bei "weiterfressenden" Mängeln
in Juristische Ausbildung 1984, 80 (87)
- Heinrichs, Helmut Münchener Kommentar
Band 2, §§ 241 - 432
3. Auflage
C. H. - Beck, München 1994
- Jauernig, Othmar Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
7. Auflage
C. H. - Beck, München 1994
- Jeschek, Hans - Heinrich Leipziger Kommentar
Großkommentar zum Strafgesetzbuch
11. Auflage
de Gruyter, Berlin 1993

- Kaiser, Gisbert
Das Mängelhaftungsrecht in Baupraxis und Bauprozess
7. Auflage
Müller - Jur. Verlag, Heidelberg 1991
- Die gesamtschuldnerische Haftung des Architekten neben anderen Baubeteiligten
in: Zeitschrift für Baurecht 1985, 101 (106)
- Kniffka, Rolf
Die deliktische Haftung für durch Baumängel verursachte Schäden
in: Zeitschrift für Baurecht 1991, 1 (7)
- Korbion, Hermann
in: Kommentar zur Honorarordnung für Architekten und Ingenieure
3. Auflage
C. H. Beck, München 1990
- Kötz, Hein
Deliktsrecht
6. Auflage
Luchterhand, Berlin 1994
- Larenz, Karl
Lehrbuch des Schuldrechts
Allgemeiner Teil Band 1
14. Auflage
C. H. - Beck, München 1987
- Besonderer Teil Band 2.I
13. Auflage
C. H. - Beck, München 1986
- Locher, Horst
Das private Baurecht
5. Auflage
C. H.- Beck, München 1993
- Löffelmann, Peter
Fleischmann, Guntram
Architektenrecht
2. Auflage
Werner Verlag, Düsseldorf 1993
- Medicus, Dieter
Schuldrecht, Besonderer Teil II
3. Auflage
C. H. - Beck, München 1987
- Musielak, Hans - Joachim
Grundkurs Bürgerliches Gesetzbuch
4. Auflage
C. H. - Beck, München 1994
- Neuenfeld, Klaus
Probleme der Leistungsphasen 8 und 9 des § 15 HOAI
in: Baurecht 1981, 436 (445)

- Nipperdey, Hans - Carl "Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit und Schuld im Zivilrecht"
in: Neue Juristische Wochenschrift 1957, 1777 (1779)
- Palandt, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Recht
53. Auflage
C. H.- Beck, München 1994
- Peters, Frank Grundfälle zum Werkvertragsrecht, 5. Teil
in Juristische Schulung, 1993, 289 (290)
- Pott, Werner
Frieling, Günter Vertragsrecht für Architekten und Ingenieure
Verlag für Wirtschaft und Verwaltung, Essen 1979
- Preißer, Michael Grundfälle zur Gesamtschuld im Privatrecht
Teil 1 in: Juristische Schulung 1987, 208 (212)
Teil 2 in: Juristische Schulung 1987, 289 (295)
- Reinicke, Dietrich
Tiedke, Klaus Gesamtschuld und Schuldsicherung
2. Auflage
Luchterhand, Darmstadt 1988
- Stoffgleichheit zwischen Mangelunwert und Schäden
in: Neue Juristische Wochenschrift 1986, 10 (15)
- Schäfer, Hans - Bernd
Ott, Claus Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts
Spinger Verlag, Berlin 1986
- Schlechtriem, Peter Außervertragliche Haftung für Bearbeitungschäden
und weiterfressende Mängel bei Bauwerken
in: Zeitschrift für Baurecht 1992, 95 (106)
- Schmalzl, Max Die Haftung des Architekten und Bauunternehmers
4. Auflage
C. H. - Beck, München 1980
- Neue Tendenz der Rechtsprechung im Architektenhaftpflichtrecht
Weg von der pVV hin zu § 635 BGB
in: Neue Juristische Wochenschrift 1983, 1717 (1718)
- Schönke, Adolf
Schröder, Horst Kommentar zum Strafgesetzbuch
24. Auflage
C. H. - Beck, München 1991
- Schünemann, Bernd Grundfragen der strafrechtlichen Zurechnung im Tatbestand der Bauefährdung
Teil 1 in: Zeitschrift für Baurecht 1980, 4 (9)
Teil 2 in: Zeitschrift für Baurecht 1980, 113 (119)

- Soergel, Hans - Theodor
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 2, Schuldrecht I, §§ 241 - 432
12. Auflage 1990
Band 3, Schuldrecht II, §§ 433 - 515
12. Auflage 1991
Kohlhammer, Köln
- Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 2, §§ 243 - 254
12. Auflage
de Gruyter, Berlin 1983
- Tempel, Otto
Zur Rechtsnatur des Architektenvertrages
in Juristische Schulung 1964, 346 (352)
- Werner, Ulrich
Pastor, Werner
Der Bauprozeß
6. Auflage
Werner Verlag, Düsseldorf 1990
- Westermann, Harm - Peter
in Münchener Kommentar
Band 3.I, §§ 433 - 651
2. Auflage
C. H.- Beck, München 1988

Fallbearbeitung

I. Ansprüche des Karl Claasen¹

C verlangt von dem Architekten Hansen² Schadensersatz in Höhe von 20.000 DM für die Beseitigung des Hausschwamms, 10.000 DM für die Erneuerung des Fußbodens, 5.000 DM für die Verlegung eines neuen Teppichs, 5.000 DM für die Unbenutzbarkeit seines Hauses, 6.000 DM für die Krankenhauskosten seines Sohnes sowie 5.000 DM Schmerzensgeld für diesen.

A. Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 BGB³

C könnte einen Anspruch auf Ersatz der genannten Schäden wegen Nichterfüllung aus § 635 gegenüber den Erben des H haben.

1. WERKVERTRAG

Zunächst müßte für den Anspruch aus § 635 ein wirksamer Werkvertrag nach § 631 zwischen C und H zustande gekommen sein, dessen vertragliche Verbindlichkeiten auf die Erben des H übergegangen sein müßten.

a) wirksamer Werkvertrag

C und H müßten sich nach § 631 über die Herstellung eines Werkes geeinigt haben. C ließ von H ein Haus konstruieren und bauen. Fraglich ist, ob sich der H dadurch zur Herstellung eines Werkes, das heißt zur Herbeiführung eines Erfolgs, verpflichtete.

Der eigentliche Bau des Hauses wurde von dem Bauunternehmer Pracht ausgeführt. Es ist daher davon auszugehen, daß unter Konstruktion und Bau des Hauses die Planung und die Objektüberwachung zu verstehen ist, zumindest also die Leistungsphasen nach § 15 II, III, IV, V und § 15 VIII der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure. Ob dies als Herstellung eines Werkes zu qualifizieren ist, ist strittig.

(1) Kombinationsmethode

Zum einen wird die Kombinationsmethode⁴ vertreten, wonach der rechtliche Charakter der verschiedenen Leistungen des Architekten (vgl. § 15 I bis IX HOAI) nach den für sie jeweils maßgebenden Vorschriften zu beurteilen sei.⁵ In die gleiche Richtung zielend wird vertreten, daß auf die handlungsbetonten Teile des Architektenvertrages vorsichtig ergänzend auch Dienstvertragsrecht anzuwenden sei.⁶ Begründet wird diese Kombinationsmethode damit, daß ein

¹ im Folgenden C

² im Folgenden H

³ alle §§ ohne nähere Angabe sind solche des BGB

⁴ Locher, Rz. 222

⁵ Tempel, JuS 1964, 346 (352)

⁶ Medicus, SR BT II, § 99

Überwiegen einzelner Architektenleistungen bei dem Gesamtvertrag nicht feststellbar sei, so daß die einzelnen Teilleistungen mit ihren verschiedenen Inhalten gleichberechtigt nebeneinander stünden.⁷ Folgte man der ersten Meinung, wäre zu prüfen, ob die Leistung des Architekten, die letztendlich zu einem eventuellen Mangel geführt haben soll nach Dienst- oder Werkvertragsrecht zu beurteilen wäre, folgte man der zweiten, wäre, wenn der eventuelle Mangel in einem handlungsbetonten Teil der Architektenleistung entstanden sein sollte, Dienstvertragsrecht zu ergänzen.

(2) Schwerpunktmethode

Dagegen steht die Auffassung, nach der ein Vertrag über Objektplanung und Objektüberwachung als ein Werkvertrag zu qualifizieren sei.⁸ Diese Auffassung stützt sich auf die sogenannte Schwerpunktmethode, nach der der dominante Leistungsteil die anderen Leistungsteile absorbiere, so daß die übrigen Vertragsbestandteile der rechtlichen Qualifizierung des dominanten untergeordnet würden.⁹ Sämtliche handlungsbetonten Leistungen des Architektenvertrages dienen, nach der hier vertretenen Auffassung, der Verwirklichung des im Bauplan verkörperten geistigen Werkes und hätten somit den Zweck, den dem Bauauftraggeber geschuldeten Erfolg, nämlich die mängelfreie Errichtung des geplanten Bauwerks, zu bewirken. Als Dienstleistungen im Sinne der §§ 611 ff. könnten sie daher im Rahmen des Gesamtvertrages nicht gewertet werden.¹⁰ Folgte man dieser Meinung, wäre, ganz gleich welche Leistung des Architekten zu einem Mangel führen würde, Werkvertragsrecht anzuwenden.

Die Schwerpunktmethode vermag hier mehr zu überzeugen. In der Tat steht das Erfüllungsinteresse der mängelfreien Errichtung des Bauwerks als Erfolg im Vordergrund.

H schuldete dem C also die Herbeiführung eines Erfolges. C und H haben sich über die Herstellung eines Werkes geeinigt. Ein Werkvertrag zwischen C und H ist zustande gekommen. Hinsichtlich der Wirksamkeit liegen keine Bedenken vor.

b) Übergang der Verbindlichkeiten

Fraglich ist, ob eventuelle vertraglich Ansprüche des C gegenüber dem H nach dessen Tode auf seine Erben übergehen. Die Erbschaft, also das auf den Erben übergehende Vermögen, ist nach § 1922 die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers. Zur Erbschaft gehören auch die Verbindlichkeiten des Erblassers.¹¹ Nach § 1967 haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten, also unter anderem

⁷ Tempel, JuS 1964, 346 (349)

⁸ Kaiser, Rz. 238

Jagenburg in Bindhardt / Jagenburg, § 6 Rz. 70
BGH NJW 1960, 431; BGH NJW 1974, 898

⁹ Jagenburg in Bindhardt / Jagenburg, § 2 Rz. 70

¹⁰ BGHZ 31, 224 (227)

¹¹ Edenhofer in Palandt, § 1922, Rz. 11

für vertragliche Verpflichtungen.¹² C macht vertragliche Ansprüche gegenüber den Erben des H geltend.

Die vertraglichen Verbindlichkeiten des H sind somit auf seine Erben übergegangen.

2. WERKMANGEL

Des weiteren müßte ein Werkmangel im Sinne des § 633 vorliegen, der bis zur Abnahme entstanden ist. Fraglich ist, wann dem Architektenwerk ein Mangel anhaftet. Der Architekt schuldet nicht das Bauwerk als körperliche Sache, sondern das geistige Architektenwerk.¹³ Die Einstandsverpflichtung kann sich nur auf die vertraglich geschuldete Mangelfreiheit beziehen.¹⁴ Der Mangel aber kann nur am körperlich erstellten Bauwerk sichtbar werden. Das Architektenwerk als geistige Leistung besteht aus einer Vielzahl von Einzelleistungen, die alle darauf angelegt sind, das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entstehen zu lassen, so daß Bau- und Architektenwerk zwar begrifflich nicht dasselbe sind, in ihrem tatsächlichen Ergebnis aber weitgehend übereinstimmen. Die unmittelbare Beziehung zwischen Bau- und Architektenwerk führt dazu, daß sich das im Bauwerk verkörperte Architektenwerk als mangelhaft erweist, wenn am Bauwerk Mängel auftreten und diese zugleich im Pflichtenkreis des Architekten liegen¹⁵, also eine Vertragspflichtverletzung vorliegt.

a) Bauwerksmangel

Ein Werkmangel kann in einem Fehler des Werkes, wie auch in dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft liegen, wobei der Mangel in allen seinen ursächlichen Auswirkungen nicht identisch mit den bloßen Mangelperscheinungen ist.¹⁶ Nur der Mangel selbst ist jedoch Gegenstand des vertraglichen Verfahrens.¹⁷ Mangelperscheinung und Mangel stehen im Verhältnis von Symptom und Ursache.¹⁸ Als Fehler oder als das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft kommt hier also nur die Ursache, nämlich die nicht sorgfältig gestalteten Übergänge zwischen Balkon und Schornstein in Betracht, die Feuchtigkeit den Schornstein herunterfließen lassen. Der Hausschwamm im Keller und der teilweise verfaulte Fußboden sind nur Symptome.

(1) Fehler

Fraglich ist, ob die nicht sorgfältig gestalteten Übergänge ein Fehler sind. Als Fehler ist jede dem Besteller ungünstige, nicht unerhebliche Abweichung der tatsächlichen Beschaffenheit von der vertraglich (gesollten) oder zumindestens normalen (typischen) Beschaffenheit derartiger Werke zu verstehen, sofern diese Abweichung seinen Wert oder (vertraglichen oder gewöhnlichen)

¹² Edenhofer in Palandt, § 1967 Rz. 2

¹³ Soergel in MüKo, § 633 Rz. 50

¹⁴ Soergel in MüKo, § 633 Rz. 56

¹⁵ Soergel in MüKo, § 633 Rz. 50

¹⁶ BGHZ in NJW 1990, 1472 (1473)

¹⁷ Kaiser, Rz. 23

¹⁸ Kaiser, Rz. 23

Gebrauchszweck beeinträchtigt.¹⁹ Ungenügende Isolierung sowie Risse im Mauerwerk sind erhebliche Fehler im Sinne des § 633²⁰, wenn die Bewohner das Bauwerk nicht in verkehrsüblicher Weise zum dauernden Aufenthalt für sich und zur Unterbringung ihrer Sachen benutzen können, und insbesondere wenn mit der Benutzung eine Gefährdung der Gesundheit der Bewohner verbunden ist.²¹ Grundsätzlich kann darauf vertraut werden, daß das Bauwerk vor Witterungseinflüssen schützt.²² Die durch die Übergänge ständig ins Haus eindringende Feuchtigkeit läßt die Bewohner es nicht mehr in verkehrsüblicher Weise nutzen und setzt sie einer Gesundheitsgefährdung aus. Die Übergänge stellen also einen erheblichen Fehler im Sinne des § 633 dar.

(2) *zugesicherte Eigenschaft*

Ein Mangel könnte auch in dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft liegen. Eine vertraglich zugesicherte Eigenschaft muß im Bauvertrag vereinbart sein.²³ Da diesbezüglich im Sachverhalt nichts erwähnt wird, ist davon auszugehen, daß dies nicht der Fall ist. Eine Eigenschaft wurde nicht vertraglich zugesichert und kann somit auch nicht fehlen. Es liegt kein Mangel in diese Form vor.

Ein Bauwerksmangel in Form eines Fehlers im Sinne des § 633 liegt vor.

b) Vertragspflichtverletzung

Der Mangel des Bauwerks müßte des weiteren Ausdruck einer Vertragspflichtverletzung des H sein. Eine Vertragspflichtverletzung könnte in einem Verstoß gegen die in § 15 VIII HOAI geregelte haftungsträchtige Aufsichtstätigkeit liegen, die den Architekten zum Einstehen für Unternehmensfehler zwingt²⁴, da es sich hier grundsätzlich um Hauptpflichten des Architekten handelt, bei deren Verletzung regelmäßig Schadensersatzansprüche aus § 635 bestehen.²⁵ Eine Vertragspflichtverletzung könnte auch in einem Konstruktionsfehler liegen.

(1) *Aufsichtstätigkeit*

Der Mangel könnte Ausdruck einer Vertragspflichtverletzung nach § 15 VIII HOAI sein. Hiernach ist der Architekt verpflichtet die Ausführung des Objekts auf Übereinstimmung mit den Ausführungsplänen und Leistungsbeschreibungen sowie mit den anerkannten Regeln der Technik sowie den einschlägigen Vorschriften hin zu überwachen. Der Objektüberwacher hat an Ort und Stelle dafür zu sorgen, daß das Bauwerk plangerecht und frei von Mängeln entsteht.²⁶ Er muß seine Aufmerksamkeit wichtigen und kritischen Bauabschnitten zuwenden. Typische Gefahrenquellen, zu denen die

¹⁹ Kaiser, Rz. 23; vgl.: Thomas in Palandt § 633 Rz. 1

²⁰ Westermann in MüKo, § 459 Rz. 31

²¹ vgl.: RG in JW 1933, 1387 (1388)

²² BGHZ in NJW 1987, 1013 (1013)

²³ Kaiser, Rz. 66 i

²⁴ Neuenfelde in BauR 1981, 436 (441)

²⁵ Korbion in Kommentar zur HOAI, § 15 Rz. 186

²⁶ Locher, Rz. 256

Durchführung der Isolation²⁷ so wie z. B. die Abdichtung von Balkonen²⁸ gehören, müssen ihn zu besonderer Aufmerksamkeit und Überwachung veranlassen.²⁹ Obwohl H mit der Objektüberwachung beauftragt war, ist es jedoch zu einer mangelhaften Durchführung der Isolation in Form der Übergänge zwischen Balkon und Schornstein gekommen. Es handelte sich hier um wichtige und kritische, mithin um besonders heikle und schadensträchtige Arbeiten.

H hat seine Aufsichtspflicht verletzt.

(2) *Konstruktionsfehler*

Fraglich ist, ob dem H durch eine Vertragspflichtverletzung bezüglich der Planung des Baus der Mangel zuzurechnen ist. Dazu müßte er die vertraglich übernommene Leistung der Bauplanung mangelhaft erbracht haben.

Zwar schuldet der Architekt dem Auftraggeber eine in jeder Hinsicht mängelfreie Erbringung der vertraglich übernommenen Leistungen, daß heißt aber nicht, daß er stets die objektiv bestmögliche, also optimale Lösung liefern muß. Es genügt, wenn seine Leistung brauchbar, vernünftigerweise durchführbar ist.³⁰ Der H hat die Übergänge zwischen Balkon und Schornstein bei der Konstruktion nicht optimal berücksichtigt. Da der Mangel aber durch ein sorgfältige Abdichtung von seiten des Bauunternehmers Pracht³¹ vermieden hätte werden können, ist davon auszugehen, daß der Plan des H grundsätzlich durchführbar ist.

H hat die vertraglich übernommenen Leistungen des § 15 II, III und V HOAI mangelfrei erbracht.

Hinsichtlich der Bauüberwachung ist der Mangel Ausdruck einer Vertragspflichtverletzung.

c) bis zur Abnahme entstanden

Das Werk müßte nach § 640 bereits im Zeitpunkt der Abnahme mit dem Fehler behaftet gewesen sein.³² Fraglich ist, ob und wann das Werk abgenommen wurde. Unter Abnahme des vertragsgemäßen Werkes ist die körperliche Hinnahme im Wege der Besitzübertragung, verbunden mit der Erklärung des Bestellers, daß er das Werk als der Hauptsache nach vertragsgemäße Leistung anerkennt.³³ Die Abnahme des Architektenwerkes darf jedoch nicht mit der Abnahme des Bauwerks verwechselt werden.³⁴ Die Abnahme erfolgt bei Übernahme der Architektur durch den Auftraggeber, in der Regel durch eine Schlußzahlung.³⁵ Es wird davon ausgegangen, daß C bezahlt und übernommen hat. Das Werk ist abgenommen worden.

²⁷ BGHZ in NJW 1991, 562 (563)

²⁸ Korbion in Kommentar zur HOAI, § 15 Rz. 188

²⁹ Locher, Rz. 256

³⁰ Jagenburg in Bindthard / Jagenburg, § 4 Rz. 1

³¹ im Folgenden P

³² Thomas in Palandt, § 633 Rz. 1

³³ Thomas in Palandt, § 640 Rz. 2

³⁴ Kaiser, Rz. 282

³⁵ vgl.: Peters in JuS 1993, 289 (289)

Es ist davon auszugehen, daß das Werk schon vor der Abnahme mit dem Fehler behaftet war.

Es liegt ein Werkmangel im Sinne des § 633 vor.

3. FRISTSETZUNG

Der C müßte eine Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung gesetzt haben, oder dieselbe müßte nach § 634 II entbehrlich sein.

Die Frist könnte nach § 634 II entbehrlich sein.

a) Rechtliche Unmöglichkeit

Das Erfordernis der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entfällt, wenn die Mängelbeseitigung unmöglich geworden ist. Unmöglichkeit im Sinne des § 634 II erfaßt auch die Nicht(mehr)durchführbarkeit aus rechtlichen Gründen.³⁶ Rechtlich unmöglich ist die Mängelbeseitigung geworden, wenn die Vertragsparteien nach Kenntnis des Mangels einvernehmlich auf eine Nachbesserung verzichtet haben.³⁷ Einige Jahre nach Bau des Hauses verpflichtet sich H gegenüber C für Schäden bis 1994 einzustehen. Damit haben sie die gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften durch eine eigene vertragliche Abrede ersetzt. Hätte nach dem Willen des C und H ein Anspruch auf Nachbesserung weiterbestehen sollen, hätten sie sich auch diesbezüglich einvernehmlich geeinigt. Anstelle der gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften hat H jetzt nur noch für Schäden einzustehen, sie also zu ersetzen. Dies muß er allerdings bis 1994. Es ist davon auszugehen, daß durch diesen Vertrag die Nachbesserung ausgeschlossen ist. Dies ist zulässig nach § 637, der besagt, daß die §§ 633 ff. abdingbar sind.³⁸ Seit dem Zeitpunkt der Vereinbarung ist die Mängelbeseitigung also rechtlich unmöglich geworden. Das Erfordernis der Fristsetzung entfällt.

b) Mangelfolgeschäden

Die Fristsetzung könnte des weiteren entbehrlich sein, wenn der Ersatz von Schäden verlangt wird, die durch die Mangelhaftigkeit des Werkes entstehen³⁹, das heißt Schäden an anderen Bauteilen oder sonstigem Eigentum des Auftraggebers, die lediglich auf Mängeln der Leistung beruhen und von der Nachbesserungspflicht nicht umfaßt sind.⁴⁰ Da der Auftragnehmer in Bezug auf Mangelfolgeschäden, ganz gleich, ob in engem oder entfernteren Zusammenhang mit dem Mangel überhaupt keine Nachbesserung schuldet, kann der Schadensersatzanspruch nicht statt der Erfüllungsleistung verlangt werden, sondern steht von vornherein neben dem Nachbesserungsanspruch.⁴¹ Wegen dieser rechtlichen Unmöglichkeit der Nachbesserung von Mangelfolgeschäden bedarf es einer

³⁶ OLG Bremen in NJW - RR 1990, 218 (218)

³⁷ Kaiser, Rz. 87 a; BGHZ in Baur 1982, 277 (279)

³⁸ Thomas in Palandt, § 637 Rz. 1

³⁹ Soergel in MüKo, § 635 Rz. 2

⁴⁰ BGHZ 96, 221 (225)

⁴¹ BGHZ 96, 221 (225)

Fristsetzung nicht. Mangelfolgeschäden sind Schäden, die aus einem Mangel folgen, das heißt, durch ihn herbeigeführt werden.⁴² Alle Schäden, die der C ersetzt haben möchte, können nur Mangelfolgeschäden sein, allen ist gemein, daß sie durch den Mangel und der deshalb eindringenden Feuchtigkeit herbeigeführt wurden. Einer Nachbesserung durch den H waren sie von Anfang an nicht zugänglich. Eine Fristsetzung ist also entbehrlich.

Die Fristsetzung nach § 634 II ist demnach entbehrlich.

4. VERSCHULDEN

Der sich aus § 635 ergebende Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung setzt voraus, daß der einen Schaden verursachende Mangel auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat. Dies ist dann der Fall, wenn der Unternehmer zumindestens fahrlässig den Mangel herbeigeführt hat (§ 276).⁴³ Fraglich ist, ob der H den Mangel fahrlässig herbeigeführt hat. Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt. Fraglich ist, ob H die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat. Der zur Objektüberwachung verpflichtete Architekt hat insbesondere darauf zu achten, daß bei der Bauausführung die anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden. Er muß sich bei gefahrenträchtigen und typischerweise risikoreichen Arbeiten vergewissern, ob der Bauunternehmer die Arbeiten ordnungsgemäß ausführte⁴⁴, unterläßt er dies, hat er die dort entstehenden Mängel mit zu vertreten.⁴⁵ Zu diesen Arbeiten gehört die Abdichtung von Balkonen.⁴⁶ Der Mangel liegt in den nicht sorgfältig gestalteten Übergängen zwischen Balkon und Schornstein. H hätte sich vergewissern müssen, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten wurden. H hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen.

H hat den Mangel, auf dem der Schaden beruht, zu vertreten.

5. SCHADEN IST DURCH DEN MANGEL VERURSACHT

Die Schadensersatzpflicht nach § 635 setzt voraus, daß der Schaden durch das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis verursacht wurde. Das Verhalten des Schädigers muß für den Schaden kausal geworden sein.⁴⁷ Der Zurechnungszusammenhang erstreckt sich grundsätzlich auch auf mittelbar verursachte Schäden.⁴⁸ Fraglich ist, ob das Verhalten des H für die Entstehung der Schäden kausal geworden ist. H hat es unterlassen seiner Aufsichtspflicht nachzukommen. Auch ein Unterlassen kann jedoch im Rechtssinn einen Schaden zurechenbar verursachen, sofern eine Pflicht zum Handeln bestand, die auf Vertrag beruhen kann. Um die adäquate Kausalität zu bejahen,

⁴² Musielak, Rz. 537

⁴³ Soergel in MüKo, § 635 Rz. 7

⁴⁴ Kaiser, Rz. 255

⁴⁵ BGHZ in NJW 1991, 562 (563)

⁴⁶ Korbion in Kommentar zur HOAI, § 15 Rz. 188

⁴⁷ Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 54

⁴⁸ Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 72

muß die unterbliebene Handlung hinzugedacht und festgestellt werden, daß der Schaden dann nicht eingetreten wäre, bloße Wahrscheinlichkeit des Nichteintritts genügt nicht.⁴⁹

Nach § 15 VIII HOAI bestand eine Vertragspflicht zur Objektüberwachung.

Hätte H gehandelt, wäre der Mangel mit Sicherheit nicht entstanden. Ein Zurechnungszusammenhang ist auch dann gegeben, wenn die Handlung des Schädigers den Schaden nicht allein, sondern nur im Zusammenwirken mit dem Handeln eines anderen herbeiführen konnte, sogenannte Gesamtkausalität.⁵⁰ Ob die unsorgfältige Bauausführung des P auch adäquat kausal für den Mangel ist, ist aus diesem Grund hier unbeachtlich.

Der Mangel ist adäquat kausale Folge der nicht geleisteten Bauüberwachung des H.

Der Schaden müßte jedoch auch adäquat kausale Folge des Mangels sein.⁵¹ Ohne den Mangel wäre keine Feuchtigkeit in das Haus gelangt, die den Hausschwamm, die Verfaulung des Fußbodens, des Teppichs und dadurch den Nutzungsausfall wegen der Reparaturarbeiten herbeigeführt hat. Der Mangel ist die Ursache dieser Schäden und somit auch adäquat kausal für ihn.

Das Verhalten des H ist für die Entstehung dieser Schäden kausal geworden.

Fraglich ist, ob das Verhalten des H auch für Lungenentzündung des S und somit für die Krankenhauskosten kausal geworden ist.

Die Lungenentzündung des Kindes ließ sich nicht mit Sicherheit auf die Feuchtigkeit im Haus zurückführen. Fraglich ist, ob die Lungenentzündung dem H zugerechnet werden kann. Steht ein Sachverhalt fest, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Geschehensverlauf hinweist, so ist dieser Verlauf regelmäßig, wenn der Fall das Gepräge des Typischen und Üblichen trägt, im Wege des Anscheinbeweises als bewiesen anzusehen.⁵² Der Sachverhalt weist auf einen bestimmten Geschehensablauf hin. Es ist sehr wahrscheinlich, daß die Feuchtigkeit die Lungenentzündung ausgelöst hat. Zwar könnten hierfür auch andere Gründe maßgeblich sein, sollten solche aber existieren, ist davon auszugehen, daß sie Bestandteil des Sachverhalts wären. Ein Zurechnungszusammenhang besteht auch dann, wenn der Schaden durch eine zum Schaden neigende Konstitution des Geschädigten ermöglicht oder wesentlich erhöht worden ist.⁵³ Die Tatsache, daß S etwas anfällig ist, ist also unbeachtlich. Die Lungenentzündung ist also adäquat kausal durch den Mangel entstanden. Sie ist adäquat kausal für die Krankenhauskosten. Ebenso ist die adäquat kausal für die dem S entstandenen Schmerzen.

⁴⁹ Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 84

⁵⁰ Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 86

⁵¹ vgl.: BGHZ 57,245 (255)

⁵² BGHZ in NJW - RR 1988, 789 (790)

⁵³ Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 67

Das Verhalten des H ist auch für die Krankenhauskosten und die Schmerzen des S adäquat kausal geworden.

6. ABNAHME DES WERKES

Das Werk muß nach § 640 vom Auftraggeber abgenommen werden. Das Werk ist abgenommen worden (siehe I.A.2.c)).

7. VERJÄHRUNG

Nach § 638 verjährt der Anspruch auf Schadensersatz bei Bauwerken in 5 Jahren nach Abnahme des Werkes. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag nach § 638 II verlängert werden. H hat sich verpflichtet für eventuelle Schäden am Haus wegen baulicher oder konstruktiver Mängel bis 1994 einzustehen (siehe I.A.4.b)(1)). Es ist davon auszugehen, daß unter "bis 1994" bis Ende 1994 bedeutet. C begehrt 1994 Schadensersatz. Der Schaden ist durch einen baulichen Mangel entstanden. Der Anspruch auf Schadensersatz ist nicht verjährt.

8. RECHTSFOLGE

Grundsätzlich hat der C einen Schadensersatzanspruch aus § 635. Fraglich ist jedoch, ob die von ihm geltend gemachten Schäden auch ersatzfähig im Sinn des § 635 sind.

a) Ersatzfähiger Schaden

Es ist umstritten, welche Schäden aus § 635 ersatzfähig sind. Die Meinungen schwanken zwischen der Ersatzfähigkeit von nur reinen Mangelschäden⁵⁴ und der Ersatzfähigkeit auch aller Mangelfolgeschäden⁵⁵. Der Streit geht in der Sache um eine angemessene Verteilung des Verjährungsrisikos⁵⁶ im Zusammenhang mit dem Anspruch aus pFV. Der Anspruch aus § 635 verjährt gesetzlich nach 5 Jahren, der aus pFV unterliegt der 30-jährigen Verjährungsfrist. Da hier der Anspruch des C aus § 635 jedoch nicht verjährt ist (siehe I.A.7.), und somit auch für alle Mangelfolgeschäden gesetz dem Fall, man müsse sie aus § 635 ersetzen, die Verjährungsfrist nicht abgelaufen wäre, kann der ständigen Rechtsprechung des BGH⁵⁷ gefolgt werden. Nach dieser ist § 635 auf Ersatz desjenigen Mangelschadens gerichtet, der dem Werk unmittelbar anhaftet, sowie auch den, der zwar außerhalb des Werkes auftritt, aber mit dem Mangel des Werkes in einem engen und unmittelbaren Zusammenhang steht.⁵⁸ Fraglich ist, ob die jeweils geltend gemachten Schäden zu den letzteren gehören.

(1) Kellerwand

Grundsätzlich rechtfertigt die Verkörperung eines geistigen Werkes die Schlußfolgerung, daß der durch einen Bauwerksmangel verursachte Schaden zwar außerhalb des Architektenwerkes aufgetreten

⁵⁴ Larenz, BT/1 § 53 II b

⁵⁵ Soergel in MüKo, § 635 Fn. 34 m. w. N.

⁵⁶ Ackermann, JZ 1992, 670 (671)

⁵⁷ BGHZ 67, 1; BHZ 98, 45; m. w. N.

⁵⁸ Soergel in MüKo, § 635 Rz. 18

ist, aber doch so eng und unmittelbar mit dem mangelhaften Werk zusammenhängt, daß der Schaden Gegenstand eines gegen den Architekten gerichteten Schadensersatzanspruch aus § 635 ist.⁵⁹ Fraglich ist also nur noch, ob der jeweils geltend gemachte Schaden in dem geforderten Zusammenhang zum Mangel steht.

Der Hausschwamm könnte in einem solchen Zusammenhang mit dem Mangel des Werkes stehen. Die Einbeziehung der mit dem Mangel in einem eng und unmittelbar zusammenhängenden Mangelfolgen in den Anspruchsbereich des § 635 ist für die Schäden gedacht, die sich am Bauwerk (= Sachwerk) verwirklichen.⁶⁰ Einbezogen wird also nicht kausal, sondern am Leistungsobjekt orientiert lokal.⁶¹ Falls eine unzureichende Isolierung von Außenmauern zu einem Feuchtigkeitsschaden am Mauerwerk führt, ist der enge und unmittelbare Zusammenhang zu bejahen.⁶² Der Hausschwamm ist ein Feuchtigkeitsschaden am Mauerwerk. Der Schaden in Form des Hausschwamms ist nach § 635 ersatzfähig.

(2) *Fußboden*

Zwar ist der Fußboden kein Mauerwerk, er gehört jedoch in gleicher Art und Weise zum Sachwerk. Auch hier handelt es sich um einen Feuchtigkeitsschaden. Der geforderte Zusammenhang ist gegeben. Der Schaden in Form des Fußbodens ist ersatzfähig.

(3) *Teppichboden*

Nicht als enge und unmittelbare Mangelfolgeschäden sind solche zu verstehen, die außerhalb des Werkes an anderen Vermögensgütern des Bestellers auftreten, so zum Beispiel Schäden an der Einrichtung oder des Mobiliars⁶³ eines Bauwerks.⁶⁴ Der Teppichboden ist Gegenstand der Einrichtung, bzw. des Mobiliars des Bestellers. Er gehört nicht zum Sach-, also dem Bauwerk, der enge lokale Zusammenhang ist nicht gegeben. Der Schaden in Form des Teppichbodens ist nicht ersatzfähig im Rahmen des § 635.

(4) *Nutzungsausfall*

Fraglich ist, ob der Eigentümer einer von ihm selbst genutzten Sache, insbesondere eines von ihm selbst genutzten Hauses, der die Sache vorübergehend nicht benutzen kann, einen ersatzfähigen Vermögensschaden geltend machen kann. Die Nutzungsmöglichkeit ist als Mangelschaden im Sinne von § 635 aufzufassen⁶⁵, wenn das gesamte Haus fühlbar mit einem Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Tauglichkeit des Hauses zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch mindert.⁶⁶ Eindringende Feuchtigkeit mindert die Wohnqualität, kann sogar zu Krankheiten führen und

⁵⁹ Soergel in MüKo, § 635 Rz. 48

⁶⁰ Schmalzl in NJW 1983, 1717 (1718)

⁶¹ BGHZ 67, 1 (8)

⁶² Schmalzl in NJW 1983, 1717 (1717)

⁶³ Schmalzl in NJW 1983, 1717 (1717)

⁶⁴ Soergel in MüKo, § 635 Rz. 53

⁶⁵ Soergel in Müko, § 635 Rz. 41

⁶⁶ BGHZ in NJW 1986, 427 (429)

mindert deshalb die Tauglichkeit eines Hauses fühlbar. Der Schaden in Form des Nutzungsausfalls ist ersatzfähig nach § 635.

(5) *Krankenhauskosten*

Fraglich ist, ob die Krankenhauskosten des Sohnes des C geltend gemacht werden können, da es sich bei dem Sohn nicht um den Vertragspartner handelt. Die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutz wird bejaht, wenn ihnen gegenüber dem Vertragsgläubiger familienrechtlich eine besondere Fürsorgepflicht auferlegt ist.⁶⁷ Es wird davon ausgegangen, daß der Sohn ein minderjähriges Kind ist. Die Fürsorgepflicht ist dem Vater aus § 1626 auferlegt. Der Sohn des C ist folglich in den vertraglichen Schutz mit einbezogen. Dem Einbezogenen steht ein eigener vertraglicher Schadensersatzanspruch zu.⁶⁸ Es ist davon auszugehen, daß C als Vater des S seine Berechtigung nutzt, nach § 1629 mit Wirkung für das Kind in eigenem Namen Rechtsstreitigkeiten zu führen.⁶⁹

Zwischen den Krankenhauskosten und dem Sachwerk ist jedoch ein enger lokaler Zusammenhang nicht vorhanden. Dieser Schaden ist nicht ersatzfähig im Sinne des § 635.

(6) *Schmerzen*

§ 253 besagt, daß wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine Entschädigung nur in den durch Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden kann. § 635 ist kein gesetzlich bestimmter Fall. Die Schmerzen sind nicht ersatzfähig im Sinne des § 635.

b) Mitwirkendes Verschulden

Ein Mitverschulden gemäß § 254 könnte dergestalt vorliegen, daß C seiner Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen ist. Der Geschädigte darf zur Geringhaltung des Ausfallschadens der Schadenentwicklung nicht tatenlos zusehen⁷⁰, sondern er hat regelmäßig die Anstrengungen zu unternehmen, die er auch auf sich nehmen würde, wenn kein ersatzpflichtiger Schädiger vorhanden wäre.⁷¹ Dies gilt jedoch nicht, wenn ungeklärt ist, welche Arbeiten zur Schadensbeseitigung erforderlich und geeignet sind.⁷² Die Ursache der Mängel war laut Sachverhalt nicht auszumachen. Daß der C eventuell Anstrengungen nicht unternommen hat, die er ohne ersatzpflichtigen Schädiger unternommen hätte, begründet also kein Mitverschulden. Zwar hat der Auftraggeber vielfach die Möglichkeit, die Einleitung eines Beweissicherungsverfahrens zu beantragen, um alsbald nach Erstattung des in diesem Verfahren eingeholten Gutachtens die Mängel abzustellen, und auf diese Weise weitere Schäden zu vermeiden, die Nichteinholung eines solchen Gutachtens stellt jedoch

⁶⁷ Schmalzl, Rz. 81

⁶⁸ Heinrichs in Palandt, § 328 Rz. 19

⁶⁹ vgl.: Diederichsen in Palandt, § 1629 Rz. 6

⁷⁰ BGHZ WM 1974, 200

⁷¹ Medicus in Staudinger, § 254 Rz. 44

⁷² BGHZ in BauR 1974, 205 (206)

in der Regel keinen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht dar.⁷³ Ein Mitverschulden des C ist nicht gegeben.

b) Schadensberechnung

Für den Nutzungsausfall muß der Schaden berechnet werden. Grundlage der Schadensberechnung ist danach die Wertminderung, die ein Bauobjekt erfährt, wenn es auf Dauer nicht benutzbar ist. Diese ist alsdann im Verhältnis des Zeitraums zu berücksichtigen, in dem der Wert des Bauwerks aus Verschulden gemindert worden ist, zu der Dauer, für die nach den Verträgen mit der Benutzbarkeit der Sache gerechnet werden durfte.⁷⁴ Die Wertminderung ergibt sich aus der Differenz zwischen dem Kaufpreis (p) minus den geminderten Kaufpreis (x), der dem wirklichen Wert der mangelhaften Sache (w) multipliziert mit dem vereinbarten Kaufpreis (p) und dividiert durch den hypothetischen Wert der mangelfreien Sache (h) entspricht.⁷⁵

e) Ergebnis

C hat einen Anspruch aus § 635 auf den von ihm geforderten Schadensersatz für Hausschwamm und Fußboden in Höhe von insgesamt 30.000 DM und einen Anspruch auf die zu errechnende Summe Schadensersatz für den Nutzungsausfall.

B. Anspruch auf Schadensersatz aus pFV

C könnte einen Anspruch auf Schadensersatz bezüglich des Teppichs und der Krankenhauskosten aus positiver Forderungsverletzung haben.

1. ANSPRUCH AUF pFV WEGEN SCHLECHTLEISTUNG

C könnte einen Anspruch aus pFV wegen einer Schlechtleistung des H haben.

a) Werkvertrag

Ein wirksamer Werkvertrag ist geschlossen. (siehe I.A.) Verbindlichkeiten gehen auch bei außervertraglichen Verpflichtungen auf die Erben über.⁷⁶ Die Erben des H können grundsätzlich Ansprüche aus pFV geltend machen.

b) Regelungslücke

Unter den Begriff der pFV fallen alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses, die weder Unmöglichkeit noch Verzug herbeiführen, und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften umfaßt sind.⁷⁷ H ist mit seiner Leistung nicht im Verzug, sie ist auch nicht unmöglich. Aus diesem Grunde sind die Regeln über den Verzug und die Unmöglichkeit nicht anwendbar. Der geltend gemachte Schaden in Form des Teppichs ist ein entfernter Mangelfolgeschaden, der nicht ersatzfähig

⁷³ Pott / Frieling, Rz. 538

⁷⁴ Soergel in MüKo, § 635 Rz. 41;
BGHZ in NJW 1986, 427 (428)

⁷⁵ Huber in Soergel, § 472 Rz. 2

⁷⁶ Edenhofer in Palandt, § 1967 Rz. 2

⁷⁷ Heinrichs in Palandt, § 276 Rz. 107

im Sinne des § 635 ist (siehe I.A.8.a)(3)). Die Krankenhauskosten und die Schmerzen stehen nicht in engem und unmittelbarem lokalen Zusammenhang mit dem Mangel. Somit sind sie entfernte Mangelfolgeschäden und ebenfalls nicht aus § 635 zu ersetzen.

c) Mangel

Das Architektenwerk ist fehlerhaft (siehe I.A.2.)

d) Pflichtverletzung

Die Pflichtverletzung liegt in der Leistung des mangelhaften Werkes.

e) Mangelfolgeschaden

Es werden Mangelfolgeschäden geltend gemacht (siehe I.B.1.b)).

f) Verschulden

H müßte die Pflichtverletzung durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit zu vertreten haben. Vorsatz ist das Wissen und Wollen des rechtswidrigen Erfolges.⁷⁸ Der Vorsatz braucht sich nur auf die Verletzung des Vertrages erstrecken, nicht auf den eingetretenen Schaden.⁷⁹ Rechnet der Handelnde mit dem Eintritt des Schadens, vertraut aber darauf, der Schaden werde nicht eintreten, handelt er bewußt fahrlässig.⁸⁰ Da H sicherlich bei Erledigung seiner Aufsichtspflicht die für einen Architekten offensichtlichen Mängel der Isolierungsarbeiten erkannt hätte, ist davon auszugehen, daß er den Fehler bewußt fahrlässig in Kauf nahm. Den Vertragsteil der Bauüberwachung hat er demnach vorsätzlich nicht ausgeführt, folglich auch das mangelhafte Architektenwerk. Er hat die Pflichtverletzung zu vertreten.

g) Kausalität der Pflichtverletzung für den Schaden

Die Pflichtverletzung muß für den Schaden kausal geworden sein.

Der Schaden ist durch die Pflichtverletzung verursacht, wenn er adäquat kausal auf sie zurückzuführen ist. Die Pflichtverletzung in Form der Leistung eines mangelhaften Architektenwerkes besteht in dem Unterlassen der Bauüberwachung. Jene ist adäquat kausal für die Schäden in Form des Teppichbodens, der Krankenhauskosten und der Schmerzen (siehe I. A.5.).

h) Verjährung

Der Schadensersatzanspruch der pFV unterliegt grundsätzlich der dreißigjährigen Verjährungsfrist aus § 195, soweit nicht die für den entsprechenden Vertragstyp geltenden kürzeren Verjährungsfristen eingreifen.⁸¹ Ob die Verjährungsfristen des § 638 für die pFV eingreifen ist strittig.

(1) Frist aus § 195

Einer Meinung nach gelten eben diese nach § 638 für die pFV nicht.⁸² Dieser folgend wäre der Anspruch aus pFV nicht verjährt.

⁷⁸ Hanau in Müko, § 276 Rz. 49

⁷⁹ Heinrichs in Palandt, § 276 Rz. 10

⁸⁰ Heinrichs in Palandt, § 276 Rz. 13

⁸¹ Heinrichs in Palandt, § 276 Rz. 123

⁸² Heinrichs in Palandt, § 195 Rz. 9

(2) *Frist aus § 638*

Einer anderen Meinung nach entspreche es jedoch der Gesetzeslage, auch auf sämtliche Ersatzansprüche des Werkbestellers aus pFV, sofern sie nur in irgendeinem Zusammenhang mit dem Mangel stehen, die kurze Verjährungsfrist des § 638 anzuwenden.⁸³ Die hier geltend gemachten Mangelfolgeschäden stehen in Zusammenhang mit dem Mangel, die Frist des § 638 wäre also grundsätzlich anzuwenden. Folgte man der Meinung, die Frist des § 638 sei anzuwenden, wäre jedoch fraglich, ob die gesetzliche Frist selbst, oder aber die eventuell nach § 638 II vertraglich vereinbarte für die pFV anzuwenden wäre. Meines Erachtens müßte die Verjährungsfrist der pFV sich entsprechend der vereinbarten Verjährungsfrist für den Werkvertrag nach § 638 II richten, da nicht einzusehen ist, warum der Unternehmer für einen vom Mangel entfernteren Schaden, der gemeinhin später auftritt, als der dem Mangel näher stehende, weniger lange einstehen müßte. Da hier die zehnjährige Verjährungsfrist gewählt wurde, wäre der Anspruch aus pFV bei Anwendung des § 638 nicht verjährt.

(3) *Frist aus § 638 i.V.m. § 852 analog*

Diese Lösung wird wiederum modifiziert in der Form vertreten, daß zwar die kurze Verjährungsfrist des § 638 zu benutzen ist, aber die Verjährung analog § 852 erst nach Erkennbarkeit des Schadens für den Besteller beginnt.⁸⁴ Auch hier hätte man sich wieder nach der vereinbarten Frist des § 638 II anstelle der gesetzlichen aus § 638 I zu richten, so daß der Ersatzanspruch des C auch dieser Meinung folgend nicht verjährt wäre.

Alle Meinungen führen zum gleichen Ergebnis, so daß eine Entscheidung daher nicht notwendig ist.

i) Rechtsfolge

(1) *Mitwirkendes Verschulden*

Ein Mitverschulden ist nicht ersichtlich (siehe I.A.8.b)).

(2) *Ergebnis*

C hat einen Anspruch auf Ersatz der 5.000 DM für die Verlegung eines neuen Teppichbodens. Da eine Schutzwirkung zugunsten des Sohnes aus dem Vertrag hervorgeht (siehe I.A.8.a)(5)), und C seinen Anspruch nach § 1629 geltend macht, hat er auch Anspruch auf Ersatz der 5.000 DM Krankenhauskosten aus pFV. Ein Anspruch auf Ersatz der Schmerzen besteht wegen § 253 nicht.

2. ANSPRUCH AUS pFV WEGEN NEBENPFLICHTVERLETZUNG

C könnte auch einen Anspruch aus pFV aus der Verletzung einer Nebenpflicht seitens des H haben.

a) Werkvertrag

Ein Werkvertrag liegt vor (siehe I.A.1.a)).

⁸³ Emmerich in Müko, vor § 275 Rz. 341

⁸⁴ Emmerich in MüKo, vor § 275 Rz. 341

b) Nebenpflichtverletzung

Eine Nebenpflichtverletzung des H könnte in einer Verletzung der Aufklärungs- oder Schutzpflicht liegen.⁸⁵

(1) Aufklärungspflicht

Eine Aufklärungspflichtverletzung wird als Nebenpflichtverletzung angesehen, ganz gleich, ob sie Vertragsbestandteil gemäß § 15 IX HOAI ist oder nicht, da sie selbst im Falle der Vertragszugehörigkeit nicht die Herstellung des geschuldeten Werkes betrifft, und ihre Verletzung nicht zu einem Mangel des Werkes führt.⁸⁶ Treten an einem Bauwerk Mängel auf, so trifft den Architekten die Pflicht, sich umfassend und objektiv um eine Klärung der Ursachen zu bemühen.⁸⁷ Eine Aufklärungspflichtverletzung wird dann bejaht, wenn der Architekt die Ermittlung der Schadensursache dem Auftraggeber allein überläßt.⁸⁸ C hat H über die Feuchtigkeiterscheinungen informiert. H könnte seine Pflicht zur Ermittlung der Schadensursache verletzt haben. Der Architekt ist jedoch von seiner Aufklärungspflicht befreit, wenn der Besteller erklärt, einen sachkundigen Dritten mit der Wahrung seiner Interessen wegen der Nachbesserung betrauen zu wollen.⁸⁹ Zwar hat C keinen Sachkundigen betraut, jedoch hat er dem H gedroht, dies zu tun, und eventuell Klage zu erheben. Somit hat er dem H gegenüber erklärt, einen Sachkundigen betrauen zu wollen. H war von seiner Aufklärungspflicht befreit. Eine Nebenpflichtsverletzung des H liegt hier nicht vor.

(2) Schutzpflichtverletzung

Eine Schutzpflichtverletzung könnte dergestalt vorliegen, daß der Architekt die Pflicht, sich bei der Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, daß Person und Eigentum des anderen Vertragspartners nicht verletzt werden (Verkehrssicherungspflicht) nicht eingehalten hat.⁹⁰ Ein Fall der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht liegt in der Verletzung der Person und des Eigentums durch eindringendes Regenwasser, infolge der mangelhaften Beaufsichtigung der Isolierarbeiten,⁹¹ vor. Zwar hat H seine Bauaufsichtspflicht verletzt (siehe I.A.2.b)(1)), fraglich ist jedoch, ob es sich hier um eine Nebenpflichtverletzung handelt, da die geschuldete Bauüberwachung Vertragsbestandteil war. Als Anwendungsbereich der allgemeinen Verschuldenshaftung jenseits des § 635 bleiben im Werkvertragsrecht zunächst sämtliche Verstöße gegen solche Nebenpflichten, die keinen unmittelbaren Bezug zur Mangelfreiheit des Werkes aufweisen.⁹² Ob die fragliche Pflicht (noch) als Nebenpflicht oder (schon) als Hauptpflicht zu qualifizieren ist, so daß es sich bei ihrer Verlet-

⁸⁵ vgl.: Heinrichs in Palandt, § 276 Rz. 116/ 118

⁸⁶ BGHZ in NJW 1964, 1022 (1023)

⁸⁷ Emmerich in Müko, vor § 275 Rz. 251

⁸⁸ BGHZ in BauR 1985, 232 (233)

⁸⁹ BGHZ in NJW 1973, 1457 (1458)

⁹⁰ vgl.: Heinrichs in Palandt, § 276 Rz. 116

⁹¹ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 64/ 66

⁹² Emmerich in Müko, vor § 275 Rz. 249

zung um einen "normalen" Fall der Schlechtleistung handelt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.⁹³ Ein Verstoß gegen die Bauüberwachungspflicht nach § 15 VIII HOAI steht jedoch in unmittelbarem Bezug zu der Mangelfreiheit des Architekten- wie auch Bauwerkes, ohne den Verstoß wären dieselben mangelfrei (vgl.: I.A.5.). Da davon ausgegangen wird, daß § 15 VIII HOAI, eine Hauptpflicht des Architekten aus seinem Vertrag,⁹⁴ Vertragsbestandteil ist, kann nur eine Hauptpflichtverletzung eingetreten sein. Eine Nebenpflicht- in Form einer Schutzpflichtverletzung ist nicht ersichtlich.

Weitere Nebenpflichtverletzungen sind nicht ersichtlich.

(3) Ergebnis

Ein Anspruch auf Schadensersatz aus pFV wegen einer Nebenpflichtverletzung ist nicht gegeben.

C. Anspruch auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung

C könnte desweiteren einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823, unerlaubter Handlung, haben. H müßte widerrechtlich den Tatbestand einer Deliktsnorm verwirklicht haben. In Betracht zu ziehen wären hier die §§ 823 I und 823 II in Verbindung mit §§ 230, 303 und 323 StGB.

Ansprüche aus gesetzlichen Verpflichtungen gehen auf die Erben über.⁹⁵ Im Falle des § 823 I ist der, dessen Recht durch die unerlaubte Handlung verletzt worden ist, im Falle des § 823 II der, dessen Schutz die verletzte Norm dienen soll, ersatzberechtigt.⁹⁶ C kann also die Krankenhauskosten sowie das Schmerzensgeld für den Sohn wiederum nur über § 1629 verlangen. Als mittelbar Geschädigter hat er keinen Anspruch aus § 823.⁹⁷

1. ANSPRUCH AUS § 823 I

H könnte einen Anspruch § 823 I haben.

a) Verletzung eines geschützten Rechtsgutes

Dazu müßte er ein in § 823 I geschütztes Rechtsgut des C verletzt haben. In Betracht kommen die 3. und 5. Alternative.

(1) Gesundheitsverletzung

Eine Verletzung der Gesundheit ist eine Störung der inneren Funktionen, dazu zählen physische Erkrankungen.⁹⁸ Eine Lungenentzündung ist eine physische Erkrankung. Eine Rechtsgutverletzung in Form der Verletzung der Gesundheit liegt vor.

(2) Eigentumsverletzung

Aus der Definition des § 903 als uneingeschränkte Herrschaftsmacht ergibt sich, daß eine Verletzung des Rechts auf Eigentum auf

⁹³ Emmerich in Müko, vor § 275 Rz. 284

⁹⁴ Korbion in HOAI- Kommentar, § 15 Rz. 186

⁹⁵ Edenhofer in Palandt, § 1967 Rz. 2

⁹⁶ Grunsky in MüKo, vor § 249 Rz. 113

⁹⁷ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 157

⁹⁸ Teichmann in Jauernig, § 823 II.A.2.a)

verschiedene Weise erfolgen kann.⁹⁹ Eine Eigentumsverletzung könnte in einer Substanzverletzung oder in einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs liegen.¹⁰⁰

(i) Substanzverletzung

Eine Substanzverletzung liegt vor, wenn die Sache beschädigt wurde.¹⁰¹ Fraglich ist, ob Schwamm, Fäulnis oder Unbrauchbarkeit Beschädigungen sind.

(a) Kellerwand

Fraglich ist, ob eine Eigentumsverletzung vorliegt, wenn das Werk selbst nach Übereignung, aufgrund eines bereits vorher vorhandenen Mangels in Mitleidenschaft gezogen wird.¹⁰² Das ist bei dem Hausschwamm der Fall (siehe I.A.5.a)). Zwar kann nach der Rechtsprechung des BGH eine Verletzung des Eigentums des Bestellers der Sache auch dann anzunehmen sein, wenn der fehlerhafte Teil von Anfang an Bestandteil der vom Verletzer hergestellten Sache war¹⁰³, diese Ansicht wird aber von einem bedeutenden Teil der Lehre nicht geteilt.¹⁰⁴

(aa) Eigentumsverletzung

Die erstgenannte Ansicht beruht auf dem Grundgedanken, daß sich die in der Mitlieferung des Mangels liegende Gefahrenursache erst nach Eigentumsübergang zu einem über diesen Mangel hinausgehenden Schaden realisiere,¹⁰⁵ und dadurch in schon vorhandenes und bisher unversehrtes Eigentum des Auftraggebers eingreife.¹⁰⁶ Eine Eigentumsverletzung liege jedoch nur vor, wenn sich der Schaden nicht mit der durch den Mangel begründeten teilweisen Entwertung der Sache decke, nicht "stoffgleich" oder "deckungsgleich" sei, da mit der im Mangel verkörperten Entwertung der Sache nur das Äquivalenz-, mit dem nicht "stoffgleichen" sich im Schaden auch das verletzte Integritätsinteresse des Eigentümers niederschlagen könne.¹⁰⁷ Stoffgleich sei der geltend gemachte Schaden, wenn er sich mit dem Unwert, welcher der Sache wegen ihrer Mangelhaftigkeit schon von Anfang an bei ihrem Erwerb anhaftete, decke,¹⁰⁸ und so in etwa dem entspreche, was der Eigentümer im Wege der Minderung für den ursprünglichen Mangel (zurück-)verlangen könne, der Gesamtschaden über den Minderwertschaden also nicht hinausgehe.¹⁰⁹ Der vom C geltend gemachte Schaden geht über den Minderwertschaden hinaus,

⁹⁹ vgl.: Bassenge in Palandt § 903 Rz. 6

¹⁰⁰ vgl.: Schiemann in Erman, § 823 Rz. 25

¹⁰¹ vgl.: Schiemann in Erman, § 823 Rz. 25

¹⁰² vgl.: Mertens in MüKo, § 823 Rz. 79

¹⁰³ Mertens in MüKo, § 823 Rz. 79

¹⁰⁴ Kötz. Rz. 65; Esser - Weyers § 6 III 2

Reinicke / Tiedke NJW 1986, 10 ff.

¹⁰⁵ Mertens in MüKo, § 823 Rz. 84

¹⁰⁶ BGHZ 96, 221 (228)

¹⁰⁷ BGHZ 86, 256 (259)

¹⁰⁸ BGHZ in NJW 1992, 1225 (1226)

¹⁰⁹ Schlechtriem in ZfBR 1992, 95 (99)

mindern kann C nur wegen des Mangels, nicht wegen eines Mangelfolgeschadens (siehe I.A.3.b)(2)). Der von H geltend gemachte Schaden deckt sich nicht mit dem Unwert, der der Sache von Anfang an anhaftete. Diesbezüglich liegt Stoffgleichheit nicht vor. Stoffgleichheit liege wiederum auch vor, wenn sich der ursprüngliche Defekt nicht auf einen abgrenzbaren Teil der Sache beschränke, die spätere Beschädigung der Sache sich bei rechtzeitiger Entdeckung des anfänglichen Teildefekts nicht hätte vermeiden lassen und wenn die Beseitigung des Teildefekts Kosten verursacht hätte, die nicht deutlich niedriger wären als der im Fall der Nichtbeseitigung drohende Schaden.¹¹⁰ Der Mangel beschränkt sich auf ein abgrenzbares Teil der Sache, das Haus war nicht als gesamte Einheit mit dem Mangel behaftet, ein Teil, nämlich eine Abdichtung war mangelhaft. Die spätere Beschädigung der Sache hätte sich bei rechtzeitiger Entdeckung des Mangels vermeiden lassen. Die Mangelbeseitigungskosten wären in erheblichem Maße niedriger gewesen als die Kosten allein für den von H beseitigten Schwamm. Auch unter diesen Gesichtspunkten ist der von H geltend gemachte Schaden nicht stoffgleich mit dem Mangel.

Der Schaden ist nicht stoffgleich mit dem Mangel.

Folgte man der hier dargestellten Meinung, wäre der Hausschwamm, der als solcher eine Beschädigung der Kellerwand darstellt, als Eigentumsverletzung zu betrachten.

(bb) keine Eigentumsverletzung

Die vorangehende Ansicht wird aus unterschiedlichen Gründen abgelehnt. So wird zum Einen argumentiert, daß entscheidend sei, daß der Schutzzweck des § 823 sich nicht auf die Vermeidung von Schäden an der Sache selbst richte. Die Erwartung, die gelieferte Sache sei funktionsfähig, und werde es auch bleiben, insbesondere nicht durch einen "weiterfressenden Mangel" beeinträchtigt, sei durch den Vertrag begründet. Insoweit werde Deliktsrecht durch Kaufrecht verdrängt.¹¹¹ Das Kriterium der Stoffgleichheit sei nicht in der Lage eine Trennlinie zwischen der Verletzung des Äquivalenz- und der des Integritätsinteresses zu ziehen.¹¹² Die Selbstzerstörung der Integrität der Sache sei von der Äquivalenzstörung nicht unterscheidbar, weil sie ein Unterfall von dieser sei. Der über das Vorliegen einer Äquivalenzstörung entscheidende "Wert" einer Sache werde nicht nur statisch durch Faktoren bestimmt, die bereits bei Gefahrübertragung feststehen. Vielmehr werde der Wert einer Sache für den einzelnen auf dem Markt bestimmt, durch eine Nutzungserwartung, die sich nur im Zeitablauf erfüllen könne. Eine Äquivalenzstörung läge immer vor, wenn die Sache die im Vertrag vorausgesetzte Nutzung im Zeitablauf nicht ermögliche, ganz gleich wegen welcher Ursache.¹¹³

¹¹⁰ Huber in Soergel, vor § 459 Rz. 267

¹¹¹ Kötz, Rz. 66

¹¹² Esser - Weyers, § 6 III 2

¹¹³ Esser - Weyers, § 6 III 2

Die es auf Stoffgleichheit abstellende Auffassung widerspreche einer natürlichen Betrachtungsweise, wenn sie die Gesamtsache in Gedanken in ein defektes Einzelteil und intakte Restteile zerlege, da der Erwerber nicht Bestandteile sondern die Gesamtsache als im Verkehr einheitliche Sache kaufe.¹¹⁴ Angeführt wird auch, es leuchte nicht ein, daß kleine Ursachen mit großen Wirkungen den Deliktsanspruch begründeten, größere Ursachen (mit gleichen Wirkungen) hingegen nicht.¹¹⁵ Das Kriterium der Stoffgleichheit hätte eine Ungerechtigkeitsbeziehung. Je kleiner der Vorwurf sei, der dem Hersteller zu machen sei, desto größer sei seine Haftung. Aufgrund dieser Rechtsprechung hafte der Hersteller deliktisch nicht, wenn die von ihm hergestellte Sache von Anfang an unbrauchbar und damit wertlos wäre, er hafte aber, wenn die Sache aufgrund eines von vornherein in der Sache steckenden Mangels später unbrauchbar werde, dies sei willkürlich und nicht nachvollziehbar.¹¹⁶

Folgte man dieser Ansicht, so stünden dem Besteller keine Ansprüche aus unerlaubter Handlung gegen den Hersteller einer mangelhaften Sache zu, soweit die Schäden an der hergestellten Sache selbst eintreten.

Die an der Rechtsprechung geäußerte Kritik vermag nicht zu überzeugen. Der Auffassung, daß der Mangel der Gesamtsache anhafte, und somit eine Eigentumsverletzung unmöglich werde, widerspricht der Existenz des § 634. Denn würde bereits ein kleiner Fehler zur Unbrauchbarkeit der Sache führen, wäre die Minderungsmöglichkeit, die gerade einen Restwert voraussetzt, überflüssig.¹¹⁷ Auch ein mangelhafter Gegenstand kann noch weiter beschädigt werden, andernfalls stünde dem Käufer auch dann kein Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung zu, wenn ein Dritter die mit einem Mangel behaftete Sache beschädigt. Insoweit ist auch der deliktsrechtliche Anspruch grundsätzlich zu bejahen, da deutlich wird, daß es sich nicht nur um eine Verletzung des Nutzungs- sondern auch des Integritätsinteresses handelt.¹¹⁸

Es kann sich also bei der Verletzung des gelieferten Werkes aus einem der Sache anhaftenden Mangel um eine Eigentumsverletzung handeln.

Ein Hausschwamm stellt eine Beschädigung der Wand, also auch eine Substanzverletzung dar.

(b) Fußboden

Das Verfaulen des Fußbodens stellt eine Beschädigung desgleichen dar. Fraglich ist, ob diese stoffgleich mit dem Mangel ist. Der geltend gemachte Schaden geht über den Minderwert des gelieferten mangelhaften Werkes hinaus, die spätere Beschädigung hätte sich

¹¹⁴ Reinicke / Tiedke in NJW 1986, 10 (12)

¹¹⁵ Harrer in JURA 1984, 80 (87)

¹¹⁶ Reinicke / Tiedke in NJW 1986, 10 (14)

¹¹⁷ vgl.: Ganter in NJW 1984, 592 (593)

¹¹⁸ vgl.: Ganter in NJW 1984, 592 (594)

bei rechtzeitiger Entdeckung des Mangels vermeiden lassen. Der geltend gemachte Schaden ist nicht stoffgleich mit dem Mangel.

Folglich liegt eine Substanzverletzung vor.

(c) Teppichboden

Fraglich ist, ob der Teppichboden beschädigt ist. Wenn der beschädigte Gegenstand nicht zu dem geschuldeten Werk gehört, ist in jedem Falle das Integritätsinteresse des C beeinträchtigt.¹¹⁹ Der Teppichboden gehört nicht zu dem Werk und ist infolge der Durchfeuchtung und Verfaulung des Fußbodens unbrauchbar geworden. Der Teppichboden wird also auch angefault und porös sein. Eine Beschädigung des Teppichbodens liegt vor.

Eine Substanzverletzung bezüglich des Teppichbodens liegt vor.

(ii) Beeinträchtigung des Gebrauchs

Eine Eigentumsverletzung könnte desweiteren in einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache liegen. Fraglich ist, ob die nötigen Reperaturarbeiten an dem Haus des C diesen Tatbestand erfüllen. Gebrauchsbehinderungen sind erst als Eigentumsverletzung zu betrachten, wenn sie so schwerwiegend sind, daß sie den Marktwert der Sache, nämlich die objektive Wertschätzung, beeinträchtigen, die der Sache im Verkehr entgegengebracht wird.¹²⁰ C konnte das Haus für 2 Monate nicht bewohnen. Ein nicht bewohnbares ist ein in seinem Marktwert schwerwiegend beeinträchtigtes Haus, die objektive Werteschatzung des Hauses ist bei Unbewohnbarkeit gemindert. Das Haus ist in seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt.

Eine Eigentumsverletzung ist bei den geltend gemachten Schäden in Form der Kellerwand, des Fußbodens, des Teppichs und des Nutzungsausfalls also gegeben.

b) Garantenstellung

Wie bereits festgestellt, könnte H die obigen Rechtsgutverletzungen höchstens durch Unterlassen begangen haben (siehe I.A.5)). Daher müßte H gegenüber dem C eine Garantenstellung gehabt haben. Diese könnte sich aus Verkehrssicherungspflichten für Architekten ergeben. Die Rechtsfigur der Verkehrssicherungspflicht dient der Eingrenzung der Haftung in den Fällen, in denen der Schaden erst mittelbar durch Hinzutreten weiterer Umstände, wie zum Beispiel dem Eindringen der Feuchtigkeit in das Bauwerk, verursacht wird.¹²¹ Den Architekten trifft deliktisch die Verkehrssicherungspflicht, etwaigen Gefahren, die von dem Bauwerk für Gesundheit und Eigentum des Auftraggebers und bestimmungsgemäß mit dem Bauwerk in Berührung kommender Dritter ausgehen, vorzubeugen, so daß ein Architekt aus unerlaubter Handlung für Schäden einzustehen haben kann, die auf Aufsichtsfehlern beruhen.¹²²

¹¹⁹ vgl.: Schlechtriem in ZfBR 1992, 95 (100)

¹²⁰ Kötz, Rz. 60

¹²¹ Kniffka in ZfBR 1991, 1 (2)

¹²² BGHZ in NJW 1987, 1013 (1013)

H war dem C und dem S gegenüber garantenpflichtig.

c) Haftungsbegründende Kausalität

Hätte H seine Verkehrssicherungspflichten beachtet, so wären die oben genannten Rechtsgutverletzungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszuschließen gewesen. Die Verletzung der Verkehrssicherungspflichten war für den Schadenseintritt adäquat kausal (siehe I.A.5.).

d) Rechtswidrigkeit

Fraglich ist, ob H auch rechtswidrig gehandelt hat. Nach der Lehre vom Erfolgsunrecht wäre die Rechtswidrigkeit bei Nichtvorliegen von Rechtfertigungsgründen schon durch die Tatstandsmäßigkeit indiziert.¹²³ Da keine Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des H vorliegen, hätte er rechtswidrig gehandelt. Nach der Lehre vom Handlungsunrecht ist ein Verhalten erst rechtswidrig, wenn es auch objektiv sorgfaltswidrig ist.¹²⁴ H müßte also zudem die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen haben. H hat diese außer Acht gelassen (siehe I.A.4.). Somit hat er auch nach der Lehre vom Handlungsunrecht rechtswidrig gehandelt. Eine Entscheidung ist daher nicht notwendig.

H hat demnach rechtswidrig gehandelt.

e) Verschulden

H hat vorsätzlich gehandelt, und demnach das Unterlassen nach § 276 zu vertreten.(siehe I.B.1.f))

f) Verjährung

Nach § 852 verjährt der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung entstandenen Schadens innerhalb von 3 Jahren nach Kenntnisnahme des Schadens und des Ersatzpflichtigen durch den Verletzten. Fraglich ist, wann C Kenntnis von dem Schaden und dem Ersatzpflichtigen hatte. Kenntnis im Sinne des § 852 setzt nicht voraus, daß der Ersatzberechtigte alle Einzelheiten des Schadens überblickt. Vielmehr genügt es, daß er den Hergang der Schädigung in seinen Grundzügen kennt, und weiß, daß der Sachverhalt erhebliche Anhaltspunkte für eine Ersatzpflicht des Verantwortlichen bietet.¹²⁵ Ab wann C der Meinung war, daß H für die Schäden einzustehen hat, läßt sich dem Sachverhalt nicht genau entnehmen. Dem Umstand, daß er eventuell einen Sachverständigen hinzuzuziehen drohte, um Klage zu erheben, ist jedoch das Wissen um eine Ersatzpflicht des H nicht zu entnehmen, da die Schadensursache zu diesem Zeitpunkt noch unbekannt war. Es ist davon auszugehen, daß sich C dieser erst nach Behebung des Schadens und Aufklärung der Schadensursache bewußt war. Diese dürfte noch keine 3 Jahre zurückliegen. Eine Obliegenheit des Verletzten sich durch eigene Nachforschungen über die anspruchsbegründenden Tatsachen Gewißheit zu verschaffen besteht nicht, wenn diese nicht mühelos und ohne erheblichen Kostenaufwand zu bewerk-

¹²³ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 33

¹²⁴ Nipperdey in NJW 1957, 1777 (1779)

¹²⁵ Mertens in MüKo, § 852 Rz. 9

stelligen ist.¹²⁶ C konnte nur durch einen Sachverständigen die nötige Gewißheit erlangen, ein erheblicher Kostenaufwand wäre also erforderlich gewesen.

Aus diesem Grunde ist der Ersatzanspruch nach § 852 nicht verjährt.

g) Rechtsfolge

(1) Mitverschulden

Fraglich ist, ob C die Schäden mitverursacht hat. Deliktische Ersatzansprüche der Benutzer eines Gebäudes können durch den rechtlichen Gesichtspunkt des Handelns auf eigene Gefahr oder durch Obliegenheiten zu eigenen Schutzmaßnahmen beschränkt sein, falls sie trotz Kenntnis konkreter Gefahren aufgrund von Baumängeln ihr Nutzungsinteresse uneingeschränkt zu realisieren suchen, die Eigenart und Quelle der Gefahr erkennbar ist und deshalb den Betroffenen ein ausreichender Selbstschutz möglich ist.¹²⁷ Die von der Feuchtigkeit ausgehenden Gefahren und ihre Art könnten C bewußt gewesen sein. Fraglich ist, ob die Quelle der Gefahr für C erkennbar war. Da er drohte einen Sachverständigen hinzuzuziehen, ist davon auszugehen, daß er die Quelle der Gefahr nicht erkennen konnte. Aus diesem Grunde ist ein Mitverschulden des C auszuschließen.

(2) Ergebnis

C hat Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 I in Höhe von 35.000 DM für die Beseitigung der Schäden an Haus und Mobiliar, 5.000 DM für den Nutzungsausfall¹²⁸.

Im Falle des § 823 I ist der, dessen Recht durch die unerlaubte Handlung verletzt worden ist, ersatzberechtigt.¹²⁹ Der mittelbar Geschädigte hat keinen Anspruch aus § 823.¹³⁰ C kann also die Krankenhauskosten sowie das Schmerzensgeld für den Sohn wiederum nur über § 1629 verlangen. Somit hat C einen Anspruch auf Ersatz der 5.000 DM für die Krankenhauskosten¹³¹.

Weiterhin verlangt H Schmerzensgeld. Dieser Anspruch könnte sich aus § 847 ergeben. Schmerzen sind Schäden, die keine Vermögensschäden sind. Die Schmerzen des S sind aufgrund der Lungenentzündung entstanden. Er kann daher eine billige Entschädigung in Geld verlangen.

2. ANSPRUCH AUS § 823 II

C könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 823 II haben. Dazu müßte H gegen ein Schutzgesetz verstoßen haben.

a) Verstoß gegen Schutzgesetz

In Betracht kommen ein Verstoß gegen §§ 230, 13 und 323 StGB. Fraglich ist, ob es sich bei diesen um Schutzgesetze handelt.

¹²⁶ Mertens in MüKo, § 852 Rz. 9

¹²⁷ BGHZ in NJW 1987, 1013 (1014)

¹²⁸ vgl.: Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 15

¹²⁹ Grunsky in MüKo, vor § 249 Rz. 113

¹³⁰ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 157

¹³¹ vgl.: Heinrichs in Palandt, vor § 249 Rz. 15

Schutzgesetz ist jede Rechtsnorm, die dem Schutz der Interessen anderer dienen soll.¹³² § 233 StGB ist als Schutzgesetz anerkannt¹³³, ebenso wie § 323 StGB¹³⁴.

(1) Verstoß gegen §§ 230, 13 StGB

Fraglich ist, ob H eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen begangen hat.

(i) Unterlassen

Wie bereits oben festgestellt, war das hier relevante Verhalten des H ein Unterlassen (siehe I.A.5.a)).

(ii) Tatbestand

(a) Objektiv

Eine Körperverletzung ist eine körperliche Mißhandlung oder eine Gesundheitsbeschädigung.

(aa) körperliche Mißhandlung

Eine körperliche Mißhandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.¹³⁵ Um von einer körperlichen Mißhandlung sprechen zu können, muß sich im Handlungsvollzug das objektive Gerichtetsein gegen das Körperinteresse widerspiegeln.¹³⁶ Im Unterlassen der Bauaufsicht von H ist ein objektives Gerichtetsein gegen das Körperinteresse des S nicht zu erkennen.

H hat S nicht körperlich mißhandelt.

(bb) Gesundheitsbeschädigung

Eine Gesundheitsbeschädigung ist das Hervorrufen oder Steigern eines krankhaften Zustandes körperlicher Art.¹³⁷ Eine Lungenentzündung ist ein krankhafter Zustand körperlicher Art. Sie wurde durch die nicht geleistete Bauaufsicht verursacht (siehe I.A.5).

Demnach liegt eine Gesundheitsbeschädigung vor.

(b) Garantenstellung

H müßte eine Garantenstellung inne gehabt haben. Diese könnte sich aus der Verkehrssicherungspflicht ergeben.¹³⁸ H hatte eine solche Garantenstellung inne (siehe I.C.1.b)).

(c) Fahrlässigkeit

H hat ebenfalls die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen (siehe I.A.4.). Die durch diese Pflichtwidrigkeit gesetzte Gefahr hat sich in der Lungenentzündung realisiert.

(iii) Rechtswidrigkeit

Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des H sind nicht ersichtlich. H handelte somit rechtswidrig.

¹³² Brox, Rz. 465

¹³³ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 149

¹³⁴ Locher, Rz. 461

¹³⁵ Wessels, BT, § 5 II 1

¹³⁶ Hirsch in Leipziger Kommentar, § 223 Rz. 6

¹³⁷ Wessels, BT, § 5 II 2

¹³⁸ Wessels, AT, § 16 II 6 a)

(iv) Schuld

Sein Verhalten müßte H auch persönlich vorwerfbar sein. H konnte den Schadesneintritt voraussehen und vermeiden. Entschuldigungsgründe für das Verhalten des H sind nicht ersichtlich. H handelte daher schuldhaft.

(v) Zwischenergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen § 230, 13 StGB vor. Somit ist auch der Tatbestand des § 823 II erfüllt.

(2) Verstoß gegen § 323 StGB

Des weiteren könnte H eine Baugefährdung begangen haben.

(i) Objektiv

Der objektive Tatbestand der Baugefährdung setzt voraus, daß bei der Errichtung eines Baues die allgemein anerkannten Regeln der Technik verletzt und dadurch Leib und Leben anderer gefährdet werden.¹³⁹ Als Täter kommt in Betracht, wer den Bau plant, leitet oder ausführt.¹⁴⁰ Der Begriff der Bauausführung umfaßt alle unmittelbaren Verrichtungen auf der Baustelle.¹⁴¹ H hat nicht an der unmittelbaren Erstellung des Bauwerks teilgenommen. H ist also nur im Rahmen der Bauplanung und im Rahmen der Bauleitung tauglicher Täter. H könnte Leib und Leben anderer in der Funktion des Bauplaners oder Bauleiters gefährdet haben, indem er in der jeweiligen Funktion die anerkannten Regeln der Technik verletzt hat.

(a) Bauplanung

Fraglich ist, ob H in seiner Funktion als Bauplaner gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik verstoßen hat. H hat die vertraglich übernommene Bauplanung mangelfrei erbracht (siehe I.A.2.b)(2)). Weitere Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik als Bauplaner sind nicht ersichtlich. H hat nicht gegen sie verstoßen. Als Bauplaner hat H den Tatbestand der Baugefährdung nach § 323 StGB nicht erfüllt.

(b) Bauleitung

H könnte die allgemein anerkannten Regeln der Technik in der Funktion des Bauleiters verletzt haben. Fraglich ist, ob H Bauleiter im Sinne des § 323 StGB war. Die Bauleitung ist von der Bauüberwachung zu unterscheiden. Da der Unternehmer seine Arbeitskräfte tatsächlich kommandiert und ihren Einsatz effektiv leitet, während der Architekt diesen Vorgang lediglich überwacht, ist die Gleichsetzung von Bauleiter und Bauunternehmer durchaus konsequent.¹⁴² Als Bauleiter fungiert der Architekt nur insoweit, als die notwendige Koordinierung der einzelnen Bauhandwerker durch die Baupläne nicht hinreichend gesichert ist, sondern konkretisierende Einzelanweisungen auf der Baustelle erfordert oder falls er tatsächlich Einzelanweisungen gibt.¹⁴³ H hat keine

¹³⁹ Cramer in Schönke / Schröder, § 323 Rz. 1 und 6

¹⁴⁰ Cramer in Schönke / Schröder, § 323 Rz. 7

¹⁴¹ Schünemann in ZfBR 1980, 4 (9)

¹⁴² Schünemann in ZfBR 1980, 4 (7)

¹⁴³ Schünemann in ZfBR 1980,4 (8, 9)

Einzelanweisungen auf der Baustelle gegeben. Fraglich ist, ob konkretisierende Einzelanweisungen notwendig gewesen sind. Dazu ist dem Sachverhalt nichts zu entnehmen. Es ist davon auszugehen, daß die Baupläne ordnungsgemäß erstellt wurden, deshalb kein Bedarf an Einzelanweisungen bestand. H ist also nicht Bauleiter im Sinne des § 323 StGB.

Der Tatbestand der Baugefährdung im Sinne des § 323 StGB ist in der Funktion als Bauleiter nicht erfüllt.

(ii) Zwischenergebnis

Es liegt kein Verstoß gegen § 323 StGB vor, der Tatbestand des § 823 II ist somit nicht erfüllt.

Der Tatbestand des § 823 II ist durch den Verstoß gegen §§ 230, 13 StGB erfüllt.

d) Rechtsfolge

(1) Mitverschulden

Ein Mitverschulden des C liegt nicht vor (siehe I.C.1.g(1)).

(2) Ergebnis

Der Schadensersatz aus § 823 II umfaßt den unmittelbar und mittelbar verursachten Schaden, der aus der Verletzung des Schutzgesetzes entstanden ist.¹⁴⁴ Nach § 823 II ist derjenige ersatzberechtigt, dessen Schutz das verletzte Gesetz dienen soll.¹⁴⁵ Das ist in diesem Fall der S. C hat über den Weg des § 1629 einen Anspruch aus § 823 II auf Ersatz der Krankenhauskosten und in Verbindung mit § 847 auf eine billige Entschädigung in Geld bezüglich der Schmerzen.

Abschließend bleibt festzustellen, daß C Anspruch auf Ersatz aller geltend gemachten Schäden hat. Vertragliche und deliktische Schadensersatzansprüche können grundsätzlich nebeneinander geltend gemacht werden.¹⁴⁶

II. Ansprüche der Erben des H

A) Anspruch aus § 426 I

Die Erben des H verlangen vom P die Beträge, die sie an C bezahlen zurück. Die Erbschaft ist die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers.¹⁴⁷ Die Ansprüche des H gehen also auf seine Erben über. Anspruchsgrundlage könnte § 426 sein. Nach § 426 haben die Schuldner einen Ausgleichsanspruch mit der Begründung der Gesamtschuld nach § 421 oder § 840.

¹⁴⁴ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 159

¹⁴⁵ Thomas in Palandt, § 823 Rz. 157

¹⁴⁶ Brox, Rz. 521

¹⁴⁷ Edenhofer in Palandt, § 1922 Rz. 11

1. GESAMTSCHULDVERHÄLTNIS NACH § 421

Fraglich ist, ob zwischen H und P ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt.

a) Gesamtschuldverhältnis

Stehen dem Gläubiger Ansprüche gegen mehrere Schuldner auf eine Leistung zu, so sind die Verpflichteten Gesamtschuldner, sofern jeder auf das Ganze haftet, der Gläubiger aber nach § 421 nur einmal die von jedem geschuldete Leistung verlangen kann. Ein solches Gesamtschuldverhältnis setzt zunächst voraus, daß P wie H für die entstandenen Schäden haftet, dies wird gefordert, daß das gleiche Leistungsinteresse vorliegt und daß der Anspruch im Außenverhältnis gleichstufig ist.

(1) Haftung des P

Fraglich ist, ob C gegen P Ansprüche aus § 635 und pFV geltend machen könnte.

(i) Anspruch § 635

P schuldete C die Herbeiführung eines Erfolges, nämlich den Bau eines Hauses. Es ist davon auszugehen, daß zwischen C und P ein Werkvertrag vorliegt. Auch ein Bauwerksmangel liegt vor (siehe I.A.2.a)). Die Fristsetzung ist entbehrlich, da alle von C geltend gemachten Schäden einer Nachbesserung durch P von Anfang an nicht zugänglich gewesen wären (siehe I.A.3.b)(2)).

Der Anspruch aus § 635 setzt Verschulden nach § 276 voraus. Grundsätzlich trifft den Bauunternehmer die Pflicht etwaigen Gefahren, die von dem Bauwerk für Gesundheit und Eigentum ausgehen, vorzubeugen.¹⁴⁸ H hat die Abdichtung unsorgfältig verarbeitet, somit etwaigen Gefahren nicht vorgebeugt. Damit hat er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen, und somit den Mangel, auf dem der Schaden beruht, zu vertreten.

Der Mangel ist adäquat kausale Folge des Verhaltens des C in Form der unsorgfältigen Abdichtung. Alle geltend gemachten Schäden sind durch den Mangel adäquat verursacht (siehe I.A.5).

Die Abnahme des Bauwerks nach § 640 kann durch schlüssiges Verhalten geschehen, zum Beispiel der Ingebrauchnahme des im wesentlichen funktionstüchtigen Werkes.¹⁴⁹ Das Haus war im wesentlichen funktionstüchtig und C ist eingezogen. Das Haus ist im Sinne des § 640 abgenommen.

C hätte grundsätzlich einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 für die gleichen Schäden, für die auch H haftet.

(ii) Anspruch aus pFV

Da auch zwischen P und C ein Werkvertrag vorliegt (siehe II.A.1.a)(1)(i)), eine Regelungslücke gegeben ist (siehe I.B.1b)), in der Schlechtleistung des P eine Pflichtverletzung liegt, die für den Schaden kausal geworden ist (siehe II.A.1.a)(1)(v)) und er die Pflichtverletzung zu vertreten hat (siehe II.A.1.a)(1)(iv)

¹⁴⁸ Kniffka in ZfBR 1991, 1 (2)

¹⁴⁹ Thomas in Palandt, § 640 Rz. 2

hat er auch wie H für die gleichen entfernten Mangelfolgeschäden einzustehen.

(2) *Leistungsinteresse*

Die Gesamtschuld nach § 421 erfordert weiterhin, daß die Schuldner dem Gläubiger eine Leistung schulden. Der Begriff "eine Leistung" ist im Sinne von "dasselbe Leistungsinteresse" zu verstehen.¹⁵⁰ Obwohl Architekt und Bauunternehmer Verschiedenes schulden, nämlich Planung und Überwachung, beziehungsweise Errichtung des Baus, schulden beide dennoch ein identisches Leistungsinteresse, ungeachtet verschiedener Verträge als Verpflichtungsgrundlage.¹⁵¹ H und P schulden C eine Leistung.

(3) *Gleichstufigkeit*

Des weiteren muß geprüft werden, ob eine Gleichstufigkeit der Verbindlichkeit im Außenverhältnis vorliegt. Gleichstufigkeit bedeutet, daß nicht einer der Schuldner von vornherein der Primärverpflichtete ist, vielmehr alle letztlich einen Beitrag zu leisten haben, mag er auch in Einzelfällen bis auf Null zurückgehen.¹⁵² In dem Fall, in dem Architekt und Unternehmer denselben Baumangel verschuldet haben liegt eine solche Gleichstufigkeit vor, da sich der Auftraggeber nicht zunächst an einen der beiden Baubeteiligten als Verursacher des Schadens wenden muß.¹⁵³ H und P haben denselben Baumangel zu verschulden. Eine Gleichstufigkeit der Verbindlichkeiten im Außenverhältnis liegt vor.

Ein Gesamtschuldverhältnis im Sinne des § 421 ist gegeben.

2. GESAMTSCHULDVERHÄLTNIS NACH § 840

Gesamtschuldner im Sinne des § 840 sind mehrere, wenn jeder von ihnen nach § 830 haftet, oder mehrerer nicht in Verbindung stehende Personen, die selbständig als Nebentäter denselben Schaden verursacht haben.¹⁵⁴ § 830 setzt vorsätzliches Zusammenwirken voraus.¹⁵⁵ Vorsätzliches Zusammenwirken seitens H und P ist nicht ersichtlich. Fraglich ist, ob H und P denselben Schaden selbständig als Nebentäter verursacht haben. Dazu müßte P aus § 823 haften.

a) Rechtsgutverletzung

Eine Rechtsgutverletzung liegt in Form einer Gesundheitsverletzung und in Form einer Eigentumsverletzung vor (siehe I.C.1.a)).

b) Verletzungshandlung

Die Verletzungshandlung liegt in der unsorgfältigen Abdichtung.

c) haftungsbegründende Kausalität

Die geltend gemachten Schäden sind adäquat kausal durch den Mangel verursacht (siehe I.A.5.)

¹⁵⁰ Preißer in JuS 1984, 208 (212)

¹⁵¹ Selb in MüKo, § 421 Rz. 6

¹⁵² Larenz, AT Bd. I, § 37 I, S.635

¹⁵³ Werner / Pastor, Rz. 1684, 1685

¹⁵⁴ Thomas in Palandt, § 840 Rz. 2

¹⁵⁵ Thomas in Palandt, § 830 Rz. 2

Was die durch ein mangelhaftes Bauwerk verursachten Schäden Schäden unter dem Gesichtspunkt des weiterfressenden Mangels angeht, reicht allein die adäquate Verursachung nicht aus, um die Verantwortlichkeit des Bauunternehmers für sie zu begründen. Sein Beitrag führt nämlich nicht unmittelbar zur Schädigung, und liegt im Grenzbereich des Unterlassens. Wenn zum Beispiel der Schaden durch Eindringen von Feuchtigkeit in ein Bauwerk verursacht wird, ist die Haftung aus der Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht herzuleiten.¹⁵⁶ Grundsätzlich trifft den Bauunternehmer die Pflicht etwaigen Gefahren, die von dem Bauwerk für Gesundheit und Eigentum ausgehen, vorzubeugen.¹⁵⁷ P hat durch die unsorgfältige Abdichtung Verkehrssicherungspflichten verletzt. Der Schaden wäre ohne die Verkehrssicherungspflichtverletzung des P nicht entstanden.

Die geltend gemachten Schäden sind adäquat kausal aus dem Verhalten des P entstanden.

d) Rechtswidrigkeit

Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit.

e) Verschulden

P hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen und somit den Schaden zu vertreten (siehe II.A.1.a)(1)).

f) Rechtsfolge

C hätte einen Anspruch gegen P auf alle von ihm geltend gemachten Schäden.

Ein Gesamtschuldverhältnis nach § 840 liegt somit vor.

3. RECHTSFOLGE

a) Schadensbemessung

Gesamtschuldner haften nach § 426 anteilig nach Köpfen, wenn nichts anders bestimmt ist. Eine solche andere Bestimmung ist § 254.¹⁵⁸ Nach § 254 hängt der Umfang des zu leistenden Schadenersatzes davon ab, in welchem Maße der Schaden von dem einen oder anderen Teile verursacht worden ist. Grundsätzlich steht dem im Außenverhältnis nur wegen eines Überwachungsfehlers haftenden Architekten im Innenverhältnis ein 100%tiger Ausgleichsanspruch zu, weil der bauausführende Unternehmer in aller Regel weder gegen den Architekten, noch gegen den Bauherrn Anspruch auf Überwachung hat.¹⁵⁹ Die Bauüberwachungspflicht des H wurzelt lediglich in dessen Verhältnis zum Bauherrn. P hat keinen Anspruch auf Überwachung durch H. H haftet nur wegen eines Überwachungsfehlers (siehe I.A.2.b)). Hat der Architekt jedoch einen Aufsichtsfehler zu vertreten, von dem das Gelingen des ganzen Werkes abhängt, dann ist Schadensteilung angebracht.¹⁶⁰ Auch mit dem durch den Aufsichtsfehler des H verursachten Mangel ist das Werk anfänglich

¹⁵⁶ Kniffka in ZfBR 1991, 1 (1, 2)

¹⁵⁷ Kniffka in ZfBR 1991, 1 (2)

¹⁵⁸ Fikentscher, Rz. 633

¹⁵⁹ Löffelmann / Fleischmann, Rz. 547

¹⁶⁰ Kaiser in ZfBR 1985, 101 (106)

funktionstüchtig (siehe II.A.1.a)(1)(i)(ff)). Von dem Aufsichtsfehler des H hängt also nicht das Gelingen des ganzen Werkes ab.

Die Ausgleichungsquote beträgt 100% zugunsten des H.

b) Verjährung

(1) vertraglicher Ausgleich

Fraglich ist jedoch, ob der Ausgleichsanspruch des Architekten nicht schon verjährt ist. Grundsätzlich ist der Regreßanspruch des § 426 I ein gesetzlicher Anspruch der nach § 195 nach 30 Jahren verjährt.¹⁶¹ Jedoch ist der Anspruch des C gegen P aus dem Werkvertrag 1994 bereits verjährt. Ob diese Vereinbarung sich auch auf das Innenverhältnis zwischen H und P auswirkt, ist strittig.

(i) kein Ausgleich

Der nicht privilegierte und an der Verantwortung teilweise Beteiligte trage den vollen Schaden, ohne einen Ausgleichsanspruch aus § 426 I zu haben.¹⁶² H ist der nicht privilegierte Schuldner. Folgte man dieser Meinung hätte H keinen Anspruch aus § 426.

(ii) Ausgleich

(a) Innenverhältnis

Es wird die Auffassung vertreten, daß der Ausgleichsanspruch nach § 426 I auch dann bestehe, wenn ein Gesamtschuldner wegen einer vertraglichen Abrede nicht mehr hafte.¹⁶³ Der nach außen befreite Gesamtschuldner bleibe im Innenverhältnis grundsätzlich zur Ausgleichung verpflichtet, seine Befreiung im Außenverhältnis beseitige nicht das Gesamtschuldnerverhältnis zum Zwecke des Ausgleichs. Das Gesamtschuldnerverhältnis werde als fortbestehend fingiert.¹⁶⁴ Ein Anspruch aus § 426 I bliebe bestehen. Folgte man dieser Meinung hätte H Anspruch auf Schadensausgleich gegen P.

(b) Regreßzirkel

Der nach § 426 I in Anspruch genommene privilegierte Schädiger kann seinerseits Ansprüche beim Geschädigten geltend machen, so daß es zum Regreßzirkel komme.¹⁶⁵ P könnte Ansprüche gegen C geltend machen.

(iii) verminderter Anspruch

Vertreten wird auch, daß sich der Anspruch des Geschädigten von vornherein auf den Teil, den der nicht haftungsbeschränkte Schädiger im Innenverhältnis trage, verkürze.¹⁶⁶ So werde ein aus prozeßwirtschaftlichen Gründen unerwünschter Regreßzirkel vermieden.¹⁶⁷ Für den Fall, daß ein Gesamtschuldner den Schädiger bereits voll befriedigt habe, könne er jedoch aus § 426 I Ausgleich

¹⁶¹ Heinrichs in Palandt, § 426 Rz. 18

¹⁶² vgl.: Werner / Pastor, Rz. 1720

¹⁶³ Werner / Pastor, Rz. 1721

¹⁶⁴ Wolf in Soergel, § 426 Rz. 42

¹⁶⁵ vgl.: BGHZ in NJW 1983, 624 (626)

¹⁶⁶ Fikentscher, Rz. 636

¹⁶⁷ Kaiser in ZfBR 1985, 101 (107)

erlangen.¹⁶⁸ So komme es wieder zum Regreßzirkel. Die Erben wollen die Beträge, die sie an C bezahlen, zurück. Sie haben die Ansprüche des C voll befriedigt. H hätte nach dieser Meinung einen Anspruch auf Ausgleich gegen den P aus § 426 I.

Die erstgenannte Auffassung ist abzulehnen. Haftungsbegünstigende Vereinbarungen mit einem Gesamtschuldner dürfen nicht zu Lasten Dritter gehen.¹⁶⁹ Die beiden anderen Auffassungen führen hier zu dem gleichen Ergebnis. Eine Entscheidung ist von daher nicht notwendig. Ein Vertrag zu Lasten Dritter liegt aufgrund der Regreßzirkelregelung nicht vor, also ist diesen Auffassungen zu folgen.

Die Erben des H haben Anspruch auf Schadenausgleich in Höhe von 100% aus § 426 I in Verbindung mit § 412 bezüglich aller Schäden, die sie aus § 635 und aus pFV tragen mußten.

(2) *deliktischer Ausgleich*

Die deliktischen Ansprüche des C gegen H und P verjähren beide ab dem gleichen Zeitpunkt, nämlich dem der "Kenntnisnahme". Sie sind nicht verjährt (siehe I.C.1.f)).

Die Erben haben des weiteren einen Anspruch auf Schadenausgleich aller Schäden in Höhe von 100% aus § 426 I in Verbindung mit § 840.

B. Anspruch aus § 426 II

Ein Anspruch aus § 426 II besteht, wenn ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat. Die Gläubigeransprüche gehen dann auf den befriedigenden Gesamtschuldner über, beschränken sich aber auf den Umfang des Ausgleichsanspruch.¹⁷⁰

C hat gegen P einen Anspruch auf Ersatz aller geltend gemachten Schäden aus § 823 I. Der Anspruch aus § 635 ist verjährt.

H könnte aus § 426 II in Verbindung mit § 840 Ausgleich für alle bezahlten Schäden in Höhe von 100% verlangen.

III. Ökonomische Analyse

A. optimale Verhaltensweise

Volkswirtschaftlich optimal ist das Verhalten des C, wenn es zum geringsten volkswirtschaftlichen Schaden führt. Der volkswirtschaftliche Gesamtschaden besteht aus der Schadenshöhe (S) multipliziert mit der Schadenswahrscheinlichkeit (q) addiert mit dem Schadensvermeidungsaufwand (V).

¹⁶⁸ Reinicke / Tiedke, S. 78

¹⁶⁹ Werner / Pastor, Rz. 1720

¹⁷⁰ Heinrichs in Palandt, § 426 Rz. 14

Tabelle zur Ermittlung der volkswirtschaftlich optimalen Verhaltensweise des Claasen:

	V	q × S	Gesamtschaden
1994	-	1000 DM	1000 DM
1993	250 DM	700 DM	950 DM
1992	250 DM	500 DM	750 DM

Der volkswirtschaftliche Gesamtschaden war 1992 am geringsten. Das volkswirtschaftlich optimale Verhalten des C wäre, schon 1992 einen Gutachter zu bestellen.

Fraglich ist nun, welche Verschuldensregelung C Anreiz zum volkswirtschaftlich optimalen Verhalten geben könnte.

Tabelle zur Ermittlung der besten Verschuldensregel

		Garantiehaftung ohne Mitverschuldensregel	Contributory Negligence ohne Mitverschulden	Contributory Negligence mit Mitverschulden	§ 254 mit Mitverschulden	§ 254 ohne Mitverschulden	Keine Haftung des Hansen
1994	Claasen	-	-	1000 DM	333 DM	-	1000 DM
	Hansen	1000 DM	1000 DM	-	666 DM	1000 DM	-
1993	Claasen	250 DM	250 DM	950 DM	483 DM	250 DM	950 DM
	Hansen	750 DM	750 DM	-	466 DM	750 DM	-
1992	Claasen	250 DM	250 DM	750 DM	416 DM	250 DM	750 DM
	Hansen	500 DM	500 DM	-	333 DM	500 DM	-

B. Garantiehaftung

1. OHNE MITVERSCHULDENSREGEL

Die Wirtschaftswissenschaft unterstellt den rational egoistischen Menschen, der versucht seinen eigenen Nutzen zu mehren und seinem persönlichen Vorteil nachstrebt.¹⁷¹ C müßte bei der Garantiehaftung ohne Mitverschuldenseinrede aus der mangelhaften Werkleistung des P oder H entstehende Schäden in keinem Fall tragen. Da er keine finanziellen Nachteile mit der Vergrößerung der Schäden zu erwarten hat, besteht für ihn kein Anreiz die Schäden frühestmöglich zu vermeiden, bzw. feststellen zu lassen. Deshalb wird er solange warten, bis er die Schäden selbst erkennt, und keine Gutachterkosten zu tragen hat. Er würde also gemäß der obigen Tabelle erst 1994 handeln, was zu einen volkswirtschaftlichen suboptimalen Verhalten führen würde.

2. CONTRIBUTORY NEGLIGENCE

a) kein Mitverschulden nach Gutachten

Die Mitverschuldenseinrede, sogenannte Contributory Negligence, zeichnet sich dadurch aus, daß der Schädiger nur solange haftet, wie das Opfer kein Mitverschulden trifft. Träfe C kein Mitverschulden, wäre er als egoistischer Netto - Nutzen - Maximierer wie bei der Garantiehaftung ohne Mitverschulden darauf bedacht, keinen Gutachter

¹⁷¹ Schäfer / Ott, S. 46

zu bestellen um 1994 seine Kosten zu minimieren. Das würde wiederum zu einem suboptimalen Verhalten führen.

b) Mitverschulden nach Learned - Hand

Die ökonomische Analyse des Rechts bedient sich zur Festlegung des optimalen Sorgfaltsniveaus der sogenannten "Learned - Hand - Formel". Danach handelt jemand dann fahrlässig, wenn der Schadenserwartungswert, nämlich die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintrittes, multipliziert mit der Höhe des Schadens, größer ist, als die Aufwendungen für angemessene Vorsichtsmaßnahmen.¹⁷² Die Aufwendung zur Vermeidung des Schadens beträgt 250 DM. Der Schadenserwartungswert beträgt 1992 500 DM. Somit handelt er selbst 1992 nach dem Learned - Hand - Kriterium fahrlässig. Er würde also den Schaden alsbald beheben lassen, um keine finanziellen Einbußen zu erleiden. Im Falle eines Mitverschuldens führt die Contributory Negligence zu einem optimalen Verhalten des C.

3. MITVERSCHULDEN NACH § 254 BGB

a) kein Mitverschulden nach Gutachten

Nach der Mitverschuldensregel des § 254 haftet jeder der Schadensverursacher nach dem Grad seiner Schuld. C handelt nach der Tabelle also erst 1994, um seine Kosten zu minimieren. Dieses Verhalten führt zu einem volkswirtschaftlich suboptimalen Ergebnis.

b) Mitverschulden nach Fallfrage

Im Falle eines Mitverschuldens soll (nach Fallfrage) Hansen zwei Drittel der Schäden tragen. C würde 1992 und 1993 keinen Gutachter bestellen, da seine Kosten 1994 nach der Tabelle geringer wären. Ein suboptimales Verhalten wird provoziert.

C. Keine Haftung des Hansen

Haftete H in keinem Falle für die entstehenden Mängel, würde C versuchen die Schäden von Anfang an möglichst gering zu halten, um möglichst wenig Geld zur Schadensbehebung aufwenden zu müssen. Somit würde er nach der Tabelle 1992 einen Gutachter bestellen und sich optimal verhalten.

D. Ergebnis

Aus den obigen Feststellungen ergibt sich, daß die Contributory Negligence mit Mitverschulden nach Learned - Hand und die alleinige Haftung des C zu volkswirtschaftlich optimalen Verhaltensweisen des C führt. Zu beachten ist jedoch, daß auch die Mitverschuldensregel des § 254 zu einem optimalen Verhalten führen könnte. Dies wäre der Fall, wenn C sich gemäß Learned - Hand nicht - fahrlässig verhalten könnte, und somit sein Mitverschulden wegfallen würde. Dann würden ihm die geringsten Kosten entstehen.

Nach der ökonomischen Analyse soll jedoch der "cheapest cost avoider" haften, da jede andere Haftungsregelung die Verschwendung

¹⁷² United States vs. Caroll Towing Co., 159F. 2d. 169 (2d. Cir. 1947),
Übersetzung aus Schäfer / Ott, S. 97

begünstigen würde.¹⁷³ Der "cheapest cost avoider" ist derjenige Vertragsteil, der mit dem geringsten Aufwand den Schadenseintritt hätte vermeiden können. H, der mit Bauwerken beruflich umgeht, besitzt bessere Kenntnisse als C um eventuell auftretende Schäden zu vermeiden. Da er keinen Sachverständigen beauftragen muß, kann er die Schäden mit geringerem Aufwand als C vermeiden. Durch eine Haftung des H würde sich der volkswirtschaftliche Schaden verringern. Ein Haftungsausschluß des H ist also aus ökonomischen Gründen abzulehnen.

¹⁷³ Schäfer / Ott, S. 122