Oberlandesgericht München

Az.: 28 U 2914/17
11 O 21380/03 Landgericht München I

-

In dem Rechtsstreit

1) ...

- Kläger, Widerbeklagter und Berufungsbeklagter -

2) ...

- Drittwiderbeklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte ...

Streithelferin zu 1:

...

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

Streithelfer zu 1:

...

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

gegen

1) ...

- Beklagter, Widerkläger, Berufungskläger u. Berufungsbeklagter -

2) ...

- Beklagte, Widerklägerin, Berufungsklägerin u. Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte zu 1 und 2:

Rechtsanwälte ...

Streithelfer u. Berufungskläger zu 1 und 2:

...

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte ...

wegen Forderung
-
erlässt das Oberlandesgericht München - 28. Zivilsenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht …, die Richterin am Oberlandesgericht … und den Richter am Oberlandesgericht … am 20.09.2019 folgenden

Beschluss

1. Der Kläger ist des Rechtsmittels der Berufung verlustig.

2. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts München I vom 27.07.2017, Aktenzeichen 11 O 21380 / 03, wird zurückgewiesen.

3. Die Beklagten haben als Gesamtschuldner die Kosten des Berufungsverfahrens einschließlich der Kosten der Streithilfe auf Klägerseite im Berufungsverfahren zu tragen.

4. Das in Ziffer 2 genannte Urteil des Landgerichts München I ist ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

5. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 103.128,53 € festgesetzt.

Gründe

I.

Das Landgericht sprach dem Kläger Architekten den geltend gemachten Architektenhonoraranspruch in Höhe von etwa 100.000 Euro zu, da dieser berechtigt den Umfang der mitverarbeiteten Bausubstanz mit 650.000 Euro beziffert habe und der Honoraranspruch nicht durch Aufrechnung erloschen sei.

Hinsichtlich der Darstellung des Sach- und Streitstandes sowie der Antragstellung erster Instanz

wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil des Landgerichts München I vom 27.07.2017 Bezug genommen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese einwenden, das Erstgericht habe bei Ermittlung der Honorarforderung fehlerhaft einen zu hohen Betrag für die verarbeitete Bausubstanz angesetzt; auch sei die Honorarforderung durch Aufrechnungen erloschen. Die Beklagten haben ihre Verteidigung mittels der Prozessaufrechnungen im Rechtsstreit mehrfach neu ausgerichtet; zuletzt haben die Beklagten hilfsweise allein die Aufrechnung mit Ansprüchen im Zusammenhang mit dem mangelhaften Einbau von Fenstern, Türen und Rollos erklärt.

Im Berufungsverfahren wird beantragt:

Die Beklagten beantragen:

I. **Das Urteil des Landgerichts München I vom 27.07.2017 wird aufgehoben, soweit es der Klage stattgibt und die Widerklage abweist.**

I. **Es wird festgestellt, dass der Widerbeklagte und der Drittwiderbeklagte gesamtverbindlich den Widerklägern den Schaden zu ersetzen haben, der den Widerklägern dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, dass durch fehlerhafte Planung und Überwachung die Drainage um das Anwesen der Widerkläger in der I.straße 3 in … M. nicht den Forderungen der DIN 4049 entspricht, insbesondere zu hoch liegt, ein falsches Gefälle aufweist und keine Sickerschächte/ Spül-Rollschächte hat, so dass es zu Wassereintritten in das Gebäudeinnere kommt.**

I. **Es wird festgestellt, dass eine Entscheidung über die von den Beklagten und Widerklägern mit Schriftsatz vom 22.05.2017 mit Ansprüchen gemäß Schriftsatz vom 22.09.2010 (Nr. 1 —105) nicht ergeht.**

Die Berufungsbeklagten beantragen

die Berufung zurückzuweisen.

Die vom Streithelfer der Beklagten eingelegte Berufung wurde nicht begründet (Bl. 1043); die von dem Kläger und Drittwiderbeklagten eingelegte Berufung wurde zurückgenommen (Bl. 1137). Der Senat hat mit Verfügung vom 23.7.2019 einen umfangreichen Hinweis erteilt, auf den

die Beklagten Gegenerklärungen abgegeben haben (Schriftsätze vom 16.9. und 17.9.2019).

II.

Die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 27.07.2017, Aktenzeichen 11 O 21380/03, ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist. Zur Begründung wird auf den vorausgegangenen Hinweis des Senats Bezug genommen.

Im Hinblick auf die Gegenerklärungen sind folgende Ausführungen veranlasst:

1. Die Beklagten sind der Ansicht, dass die mitverarbeitete Bausubstanz fehlerhaft zu hoch angesetzt worden sei.

   Der Senat hat sich in seinem Hinweis ausführlich zu dieser Frage geäußert. Die Parteien haben den Umfang der mitverarbeitende Bausubstanz vertraglich fixiert. Dies ist im Rahmen der Privatautonomie möglich. Eine Auslegung ergibt, dass in den hierbei maßgeblichen Leistungsphasen jeweils der vereinbarte Betrag zum Tragen kommen soll, nachdem es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Parteien den Betrag für unterschiedliche Leistungsphasen aufsplitten wollten.

   Der Verweis in der Gegenerklärung auf die BGH-Entscheidung vom 27.2.2002 greift nicht. Der Bundesgerichtshof hat nicht entschieden, dass der vereinbarte Betrag in unterschiedlichen Teilen bei den einzelnen Leistungsphasen anzusetzen ist. Für den vorliegenden Rechtsstreit ist allein maßgeblich, dass - soweit Bausubstanz verarbeitet wird - die Privatautonomie den Parteien die Möglichkeit gibt, sich auf den anzusetzenden Betrag zu verständigen. Ob der gewählte Betrag zutreffend ist oder nicht, ist nicht entscheidungserheblich, weshalb die weiteren Ausführungen in der Gegenerklärung nicht greifen. Ein Verstoß gegen die Höchstsätze ist - unabhängig von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs vom 4.7.2019 (C-377/17) - bereits nicht ersichtlich.

2. Im Berufungsverfahren haben die Beklagten, soweit sie sich mit Prozessaufrechnungen verteidigt haben, die Verteidigung zuletzt allein auf die möglichen Gegenansprüche aus dem Gewerk „Fenster, Türen, Rollos“ beschränkt. Die weiter erklärten Prozessaufrechnungen wurden zurückgenommen, so dass hierüber keine gerichtliche Entscheidung getroffen wurde.

2. Der Senat hält an seiner Einschätzung im vorgenannten Hinweis fest, dass die Hilfsaufrechnung wegen Überwachungsfehlern im Hinblick auf das mangelhafte Gewerk „Fenster, Türen und Rollos“ (§§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB) unzulässig ist und daher auch keine der Rechtskraft fähige Entscheidung hierüber ergeht.

   Aufgrund der vorliegenden Gesamtumstände ist eine Aufrechnung treuwidrig. Die Gegenerklärung hat insoweit einzelne Gesichtspunkte isoliert betrachtet und vrekenn dabei, dass für den Senat die Zusammenschau maßgeblich ist. Daher greift der Einwand der Gegenerklärung nicht, dass die - streitige - Werklohnforderung über 100.000 Euro im Verhältnis zum behaupteten Gegenanspruch über 150.000 Euro deutlich geringer ausfällt.

   Der Senat folgt auch nicht der Argumentation der Beklagten, dass die Werklohnforderung gekürzt und daher nicht zu berücksichtigen sei. Für den Senat ist maßgeblich, dass die Beklagten die Vergütung für das o.g. Gewerk in erheblichem Umfang zurückgehalten haben, die Vergütung anderweitig rechtshängig ist und der Rückhalt im Verhältnis Beklagte/Unternehmer auch im Verhältnis zum Kläger zu berücksichtigen ist. Ferner wurde berücksichtigt, dass die im Raum stehenden Beträge überwiegend streitig sind, die Beklagten tatsächlich den Unternehmer gerichtlich in Anspruch genommen haben und die streitigen Fragen dort anhängig sind. Im Rahmen des dolo agit-Hinweises verkennen die Beklagten, dass der Gesamtschuldnerausgleich der dann entstehenden Fälligkeit der Werklohnforderung nicht entgegengehalten werden kann. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände, war die Aufrechnung nicht zuzulassen.

3. Mit der o.g. Beschränkung haben die Beklagten konkludent den Feststellungsantrag 2 zurückgenommen.

   Der Feststellungsantrag 3 ist durch die obigen Ausführungen zu Ziff. 2 entbehrlich. Da die Beklagten sich im gerichtlichen Verfahren zuletzt allein auf die Prozessaufrechnung „Fenster, Türen, Rollos“ beschränkt haben, erging im gesamten Rechtsstreit keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über irgendeine Prozessaufrechnung.

Die Berufung der Beklagten ist daher zurückzuweisen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 2 Nr. 1, 97 Abs. 1, 101 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit des angefochtenen Urteils erfolgt gemäß § 708 Nr. 10 ZPO.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wurde in Anwendung der §§ 3 ZPO, 47, 48 GKG bestimmt.

…	…	…
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht	Richterin am Oberlandesgericht	Richter am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht München München, 20.09.2019

28 U 2914/17

Verfügung

1. Beschluss vom 20.09.2019 hinausgeben an:

Prozessbevollmächtigte der Streithelferin des Berufungsbeklagten zu 1 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Streithelfers des Berufungsbeklagten zu 1 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Berufungsbeklagten zu 1, 2 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Streithelfers u. Berufungsklägers des Berufungsklägers zu 1, 2 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Berufungsklägers zu 1, 2 …	zustellen

2. Schlussbehandlung

…
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht

Oberlandesgericht München München, 23.07.2019

28 U 2914/17

Verfügung

-

In Sachen
… ./. …
wg. Forderung

-

1.

Hinweis

Der Senat beabsichtigt, die Berufung der Beklagtenseite gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 27.07.2017, Az. 11 O 21380/03, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass diese Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordern und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

I. Urteil des Landgerichts München I

Das Landgericht sprach dem Architekten den geltend gemachten Honoraranspruch in Höhe von etwa 100.000 Euro zu.

Unabhängig von der rechtlichen Einordnung als Schluss- oder Abschlagsrechnung seien keine Einwendungen gegen die Prüffähigkeit der geänderten Rechnung K 24 erhoben worden. Die Leistungsphasen 1 bis 7 seien vollständig und die Leistungsphase 8 teilweise erbracht worden. Die Parteien seien bei der Festlegung der Architektenvergütung im Wesentlichen frei, wenn nicht hierdurch gegen die Mindest-/Höchstsätze verstoßen werde. Eine Aufrechnung wegen angeblich fehlerhafter Überwachung bei den Schreinerarbeiten der Fenster etc. sei wegen § 242 BGB unzulässig, da insoweit der Schreiner in Anspruch hätte genommen werden müssen. Schadensersatzansprüche für die fehlerhafte Ausführung der Drainage seien nicht zu berücksichtigen, da die Drainage überflüssig war.

II. Berufung der Beklagten

Die Beklagten wenden sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von Architektenlohn und

die Abweisung der Feststellungsklage, wonach die Kläger für eine fehlerhafte Verlegung der Drainage haften müssten.

Im Hinblick auf die Rechnung seien die Einwendungen aus den Schriftsätzen vom 2.7.2014 bzw. 28.1.2004 übergangen worden, die geplante Tiefgarage sei nicht durchführbar und die pauschale Bewertung der mitverarbeiteten Bausubstanz sei fehlerhaft.

Auch habe das Landgericht rechtsfehlerhaft die Aufrechnungen abgewiesen, wobei das Verteidigungsmittel der Aufrechnung in der Berufung neu gefasst wurde.

III. **Einschätzung des Senats**

Die Berufung der Beklagten hat keine Aussicht auf Erfolg.

III. Die Kläger haben einen Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB auf Zahlung des Architektenlohns in der ausgeurteilen Höhe.

III) Die Klassifizierung als Schluss- oder Abschlagsrechnung der Anlage K 24 ist, worauf das Erstgericht zumindest im Ergebnis richtig verwiesen hat, nicht entscheidungserheblich.

Die Beklagten haben in der Berufung die Einwendungen aus dem Schriftsatz vom 2.7.2014 (Bl. 773/779) wiederholt und monieren die Berücksichtigung der Tiefgarage und den Ansatz der Bausubstanz mit 650.000 Euro. Beide Einwendungen betreffen nicht die Prüffähigkeit als Fälligkeitsvoraussetzung, sondern die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung, mithin den Anspruchsumfang.

III) Die Einwendungen der Beklagten gegen die Abrechnung greifen nicht.

III) Der Ansatz der mitverarbeiteten Bausubstanz begegnet keinen Bedenken.

Nach § 10 Abs. 3a HAOI 2002 ist die vorhandene Bausubstanz bei den anrechenbaren Kosten angemessen zu berücksichtigen, wobei der Umfang einer schriftlichen Vereinbarung bedarf.

(III)

Nachdem zunächst streitig war, in welchem Konkurrenzverhältnis

diese Bestimmung zu § 4 HOAI 2002 (Honorarvereinbarung) stand, wurde aus der Rechtsprechung des BGH zu den Honorarzonen die Wertung entnommen, dass eine Vereinbarung in den Grenzen des § 4 HOAI 2002 zulässig sein müsse. Dem stimmt der Senat zu: Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass sich die Parteien über den Umfang verständigen können, andernfalls kein Zusammenhang zwischen dem Ermessen einerseits und der Vereinbarung der Vertragsparteien andererseits hergestellt worden wäre. Der Senat schließt sich auch der Kommentierung in Locher / Koeble / Frik zu dieser Vorschrift (HOAI, 9. Auflage, 2005, § 10 Rnr. 90) an, wonach eine Vereinbarung auf einen bestimmten Betrag nicht aufgeteilt werden kann auf einzelne Leistungsphasen, so wie es die Beklagten meinen. Vielmehr gilt der vereinbarte Betrag für alle Leistungsphasen, da jede andere Lesart die Vorrangigkeit einer „Vereinbarung“ konterkariert. Mit der Vereinbarung bezwecken die Vertragsparteien eine Abrechnungssicherheit, die andernfalls verloren ginge. Auch bliebe völlig unklar, in welchem Umfang wann welcher Betrag anzusetzen wäre und dann hätten die Parteien gerade keine „Einigung“ erzielt.

(III)

Auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 4.7.2019 (C-377/17) führt eine - durch das Urteil des EuGH erforderliche - europarechtskonforme Auslegung zu einem Vorrang des § 10 Abs. 3a HOAI 2002 vor der Sperre des § 4 HOAI, da die Mindestsätze zur Qualitätssicherung nicht geeignet (Rz. 93 der vorgenannten Entscheidung) und die Höchstsätze für den Verbraucherschutz unverhältnismäßig sind (Rz. 94).

III) Die Berufung wendet sich gegen die Berücksichtigung der Kosten der Tiefgarage, da die Planungsleistung insoweit wertlos gewesen sei.

Da unstreitig die Planung einer Tiefgarage in Auftrag gegeben wurde, können die Kläger insoweit die ihnen hierfür zustehende Vergütung fordern. Der Senat folgt der Einschätzung der Kläger, wonach die geltend gemachten Einwendungen unbeachtlich sind. Wenn die Beklagten meinen, dass für jedermann auf den ersten Blick ersichtlich sei, dass die Planung der Tiefgarage so nicht umsetzbar sein soll, erschließt sich das auch für das Gericht nicht. Die

Beklagten verweisen auf eine alte Bausubstanz, auf eine angebliche Gefährdung der Nachbarhäuser und auf die Existenz eines Bunkers. Keines dieser angeführten Gründe ist per se geeignet, die Errichtung einer Tiefgarage unmöglich zu machen. Dem Senat ist aus anderen Verfahren bekannt, dass trotz „alter Bausubstanz“ Tiefgaragen errichtet werden können; dass einer – angeblichen - Gefährdung von Nachbargrundstücken nicht durch Stützmaßnahmen begegnet werden könnte, was bei Hanggrundstücken nicht die Ausnahme ist, ist nicht verständlich. Gleiches gilt für den Verweis auf einen Bunker. D. h. die Einwendungen sind pauschal, unsubstantiiert und erfolgen offensichtlich ins Blaue, unabhängig davon, dass die Verteidigung allenfalls die Leistungsphasen drei und vier in Frage stellen könnte.

III) Soweit die Berufung den Ansatz für die Leistungsphase 8 mit 29 % angreift, ist die Berufungsrüge für den Senat nicht nachvollziehbar: Die Parteien haben im Termin vom 23.5.2017 einen Kostenansatz von 29 Prozent unstreitig gestellt (Protokoll S. 4 am Ende, Bl. 971).

III. Die Vergütungsforderung ist auch nicht gem. § 389 BGB durch Aufrechnungen erloschen.

III) Soweit wegen Planungsfehlern (§§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB) bei der Tiefgarage die Aufrechnung erklärt wurde - die Bedingung ist im Hinblick auf Ziff. 1 eingetreten - ist ein entsprechender Schadensersatzanspruch nicht ausreichend substantiiert geltend gemacht worden (s. o.).

III) Aus Sicht des Senats greift auch die Hilfsaufrechnung wegen Überwachungsfehlern im Hinblick auf die mangelhaften Gewerke Fenster, Türen und Rollos nicht (§§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB).

Der Senat hält an seiner Rechtsauffassung fest, dass die Aufrechnung im Hinblick auf § 242 BGB unbeachtlich ist:

Der Berufung ist zwar insoweit zuzustimmen, dass im Verhältnis Bauüberwacher und Ausführender ein gesamtschuldnerisches Verhältnis besteht; nur ausnahmsweise ist es nach den Grundsätzen von Treu und Glauben geboten, den Gläubiger auf die vorrangige Inanspruchnahme eines anderen Gesamtschuldners zu verweisen. Die Voraussetzungen liegen im streitgegenständlichen Fall zur Überzeugung des Senats aber ausnahmsweise vor.

III) Die Beklagten als Gläubiger sind nicht schützenswert, da sie im Verhältnis zum Unternehmer durch den Sicherheitseinbehalt nach § 641 Abs. 3 BGB a.F. ausreichend geschützt ist. Nach dieser Vorschrift kann der Besteller einen Teil der Vergütung zurückhalten, sofern das Gewerk mangelhaft ist. Da der Betrag höher ist, als der zur Nachbesserung erforderliche Betrag erhält der Besteller gegenüber dem Unternehmer ein taugliches Druckmittel für eine zügige Mangelbeseitigung; sofern der Unternehmer den Mangel nicht beseitigt, kann der Besteller einen entsprechenden Kostenvorschuss geltend machen, allerdings nach § 242 BGB gemindert um den zurückbehaltenen Teil (beck-online Großkommentar, Stand 1.3.2019, § 637 Rnr. 177). Auch steht es dem Besteller frei, insoweit die Aufrechnung zu erklären.

Wenn nun der Gläubiger – hier die Beklagten - entsprechend abgesichert sind, muss diese Sicherung nach § 242 BGB berücksichtigt werden. Nach § 422 BGB wirkt die Erfüllung eines Gesamtschuldners auch für den anderen Gesamtschuldner. Können nun die Beklagten als Gläubiger die Erfüllung durch Aufrechnung jederzeit herbeiführen, greift die Wertung des § 422 BGB und die Kläger als weitere Gesamtschuldner können sich hierauf berufen. Vieles spricht auch bereits dafür, dass die Verteidigung der Beklagten im Parallelprozess als konkludente Aufrechnung zu werten ist (beck-online Großkommentar a. a. O.). Eine unangemessene Risikoverteilung ist hiermit nicht verbunden, da die Beklagten durch den Sicherungseinbehalt keinem Insolvenzrisiko des Unternehmers ausgesetzt sind.

III) Auch würde eine Inanspruchnahme der Kläger im vorliegenden Fall bedeuten, dass mit einem zusprechenden Urteil das Zurückbehaltungsrecht erlischt; die Beklagten müssten dann unmittelbar den fälligen Werklohn an den Unternehmer entrichten, d. h. die Beklagten müssten mit Erhalt der Leistung diese - nur an einen anderen Gesamtschuldner – wirtschaftlich weiterreichen, was unzulässig ist (dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est, beck-online Großkommentar a. a. O., § 242 Rnr. 1265 ff.).

III) Aus Sicht des Senats entspricht es auch der Billigkeit, dass sich die Beklagten im vorliegenden Fall insgesamt nicht auf den angeblichen Schadensersatzanspruch berufen können.

Der Anspruch ist streitig, die Beklagten haben zunächst mit dem Sicherungseinbehalt einen Mitschuldner in Anspruch genommen, die Zulassung der Aufrechnung wäre unökonomisch und stünde im Ergebnis einem zusprechenden Urteil nicht entgegen:

– Entgegen der Ansicht der Beklagten haben die Kläger von Anfang an den Anspruch wirksam bestritten (u. a. Schriftsatz vom 17.3.2004).

– Durch den Einbehalt des Werklohns, haben die Beklagten den Schuldner gewählt, den sie in Anspruch nehmen und den Umfang durch Bestimmung der Höhe des Selbstbehalts festgesetzt (Wertung des § 421 S. 2 BGB).

– Nachdem der Anspruch dem Grunde nach und dem Umfang nach streitig ist und im Verhältnis zu dem anderen Gesamtschuldner ein aufwendiger Rechtsstreit anhängig ist, sind die Rechtsfragen in diesem Rechtsstreit zu klären, jedes andere Vorgehen wäre prozessunwirtschaftlich. Stünde § 242 einer Aufrechnung der Beklagten nicht entgegen, lägen die Voraussetzungen eines Vorbehaltsurteils gemäß § 302 Abs. 1 ZPO vor, das für die Vollstreckung einem Endurteil gleichsteht (Abs. 3). Im Hinblick auf die Aufrechnung wäre der Rechtsstreit nach § 148 ZPO auszusetzen.

III) Auch die Aufrechnung wegen des Schadensersatzes der Mangelhaftigkeit der Drainage greift nicht.

Der Senat geht hierbei von folgendem Sachverhalt aus:

III) Eine Drainage war nicht erforderlich, was sich aus dem Gutachten des Sachverständigen K. ergibt. Die Drainage wurde - fehlerhaft - von den Klägern für erforderlich erachtet, nicht aber von den Beklagten als Wunsch nach zusätzlicher Sicherheit in Auftrag gegeben.

III) Soweit die Beklagten meinen, dass sich aus dem Gutachten nicht ergebe, dass eine Drainage nicht erforderlich sei, da zumindest die Sicherheit erhöht werde, folgt der Senat dem nicht. Die Beklagten greifen insoweit die Beweiswürdigung erster Instanz an, ohne Fehler aufzuzeigen. Der Senat sieht keinerlei Anhaltspunkte, die Zweifel an

der Richtigkeit oder Vollständigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen (§ 529 ZPO) wecken und solche zeigt auch die Berufung nicht auf. Der Senat schließt sich der Einschätzung der Erstgerichts an und macht sich die Würdigung zu Eigen.

III) Für die rechtliche Bewertung gilt:

(III)

Die Beklagten haben keinen Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB (Schadensersatz statt der Leistung).

Da die Drainage nicht erforderlich war, stellen Kosten, die erforderlich sind, Mängel an derselben zu beheben, keinen tauglichen Schaden statt der Leistung dar. Nach dem Vertragssoll war die Drainage nicht geschuldet und die Beklagten haben nicht dargelegt (s. o.), dass sie aus einem erhöhten Sicherheitsbedürfnis eine nicht erforderliche Drainage wollten. Hierfür gibt es keine Anhaltspunkte und die Beklagten haben mit ihrem Sicherheitsbedürfnis erst im Hinblick auf die für sie nachteiligen Feststellungen des Sachverständigen argumentiert; Anhaltspunkte für eine gesonderte Beauftragung standen nie im Raum.

Da die Drainage nicht geschuldet war, können die Beklagten auch keine funktionierende Drainage verlangen und für einen Schadensersatz statt der Leistung ist kein Raum.

(III)

Ob die Beklagten einen Anspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB (Schadensersatz neben der Leistung) haben mit dem Ziel die Drainage zu entfernen, kann offenbleiben.

Da eine nicht geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbracht wurde, steht zumindest ein Beseitigungsanspruch im Raum, der nicht auf das Äquivalenzinteresse gerichtet ist. Ein solcher Anspruch stellt aber einen weiteren Streitgegenstand dar, der nicht geltend gemacht wurde.

(III)

Ein möglicher Schadensersatzanspruch aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1 BGB (Schadensersatz neben der Leistung) wegen überflüssiger Arbeiten steht zwar durchaus im Raum.

Ein solcher Schadensersatzanspruch stellt aber im Verhältnis zum Schaden wegen der mangelhaften Erstellung eines Gewerks einen anderen Streitgegenstand dar (s.o.). Soweit in der Berufung nunmehr dieser Schaden als „frustrierte Aufwendungen“ höchst hilfsweise geltend gemacht wird, differenziert die Berufung die unterschiedlichen Streitgegenstände nicht ausreichend. Aufgrund der unterschiedlichen Streitgegenstände stellt diese Aufrechnung ein neues Verteidigungsmittel dar, dem das Novenrecht der Berufung entgegensteht (§ 533 ZPO). Die Kläger haben wirksam eingewandt, dass die Beklagten bisher die Herstellungskosten nach § 641 BGB zurückgehalten haben, was der Annahme eines Schadens entgegenstünde.

III. Aus den vorgenannten Erwägungen war die Abweisung der Feststellungsklage nicht zu beanstanden:

III) Soweit die Feststellung, was das ursprüngliche Klagepetitum angeht, sich auf die Ersatzpflicht für den Schadensersatz statt der Leistung bezieht (s. o. Ziff. (1)), besteht kein Anspruch und die Feststellungsklage ist unbegründet.

III) Soweit nunmehr auch – die Berufung trennt nicht ausreichend nach Streitgegenständen - eine Feststellung der Erstattungspflicht für die überflüssigen Kosten (s. o. Ziff. (3)) im Raum steht, läge eine nachträgliche Klagehäufung vor, die nach den Regeln der Klageänderung unzulässig wäre, was aber nicht entscheidungserheblich ist, da die Errichtungskosten feststehen und daher im Hinblick auf den Vorrang der Leistungsklage kein Raum für eine entsprechende Feststellungsklage ersichtlich ist, so dass diese im Ergebnis jedenfalls als unzulässig abzuweisen wäre.

IV. Soweit die Beklagten eine gütliche Einigung anstreben, ist das angesichts der langen Prozessdauer dringend zu empfehlen; der Senat kann allerdings - trotz entgegenstehender Hinweise haben die Beklagten keine privatgutachtliche Einschätzung der Unterfangungskosten erholt - nur den bereits erfolgten und bekannten Vergleichsvorschlag wiederholen, wobei dann eine Gesamtbefriedigung erreicht werden könnte.

Der Senat regt daher die **Rücknahme** der Berufung der Beklagten an. Hierzu bzw. zur

Stellungnahme zu diesem Hinweis besteht Gelegenheit bis zum 16.08.2019.

2. Verfügung vom 23.07.2019 hinausgeben an:

Prozessbevollmächtigte der Streithelferin des Berufungsbeklagten zu 1 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Streithelfers des Berufungsbeklagten zu 1 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Berufungsbeklagten zu 1, 2 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Streithelfers u. Berufungsklägers des Berufungsklägers zu 1, 2 …	zustellen
Prozessbevollmächtigte des Berufungsklägers zu 1, 2 …	zustellen

3. Wiedervorlage mit Fristablauf

…
Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht