

Frank Müller

Gerichtliche Entscheidung: Hilfswiderklage, Parteifähigkeit eines nicht rechtsfähigen Vereins, Klagehäufung, Feststellung der Ersatzpflicht künftiger Schäden, Klageerhöhung, Streitgenossen, Gerichtsstand des Erfüllungsortes, Gerichtsstandsvereinbarung, Wirksamkeit eines Werkvertrages, Kostenvorschuss, Schadensersatz statt der Leistung, Schadensersatz neben der Leistung, Gesamtschuld, Zessionsregress, selbstständiges Beweisverfahren

§§ 134, 138, 139, 242, 255, 280, 281, 283, 288, 421, 426, 634, 637 BGB; §§ 29, 33, 38, 59, 61, 256, 263, 264, 485, 494 a ZPO

A. Lösungshinweise

Beachte: Die Lösungshinweise sind nicht Bestandteil der im Rahmen einer solchen Klausur anzufertigenden Lösung. Sie enthalten ergänzende Hinweise zur Lösung, zu den Schwerpunkten der Klausur und zu Aufbaufragen sowie klausurtaktische Überlegungen.

Die vorliegende Klausur enthält aktuelle Probleme zur aktiven Parteifähigkeit des Vereins sowie zur (Un)-Anwendbarkeit des § 38 Abs. 1 ZPO. Daneben die beliebte Problematik zur Eventualwiderklage, hinsichtlich der Zuständigkeit des Hauptsachegerichts sowie das Problem des Rechtsschutzbedürfnisses für die Widerklage trotz Zug um Zug-Verurteilung aufgrund der Klage. Anspruchsvoll ist auch die differenzierte Tenorierung hinsichtlich der Beklagten. Materiell interessant sind die immer noch nicht abschließend geklärte Frage einer Nichtigkeit bei Ohne-Rechnung-Abreden sowie die einschlägige Anspruchsgrundlage für den Klageantrag zu 2. sowie der Zinsanspruch. Ferner zeigt sich das klassische Problem der Abgrenzung Gesamtschuld zu Zessionsregress i.S.v. § 255 BGB sowie seine prozessualen Auswirkungen.

Teil 1: Die (Haupt-)Klage

I. Zulässigkeit der Klage

1. Da der Kläger ein nicht rechtsfähiger Verein ist, ist dessen Parteifähigkeit fraglich. Nach dem Wortlaut des § 50 Abs. 2 ZPO ist für nicht rechtsfähige Vereine eine nur passive Parteifähigkeit vorgesehen. Nach verbreiteter Auffassung¹ sind – entgegen § 50 Abs. 2 ZPO – auch nichtrechtsfähige Vereine aktiv parteifähig; die weitgehende Angleichung des nichtrechtsfähigen an den rechtsfähigen Verein im materiellen Recht verlange als Konsequenz die aktive Parteifähigkeit für nichtrechtsfähige Vereine.² Die Gegenauffassung laufe auf eine auch verfassungsrechtlich bedenkliche weitgehende Verweigerung von gerichtlichem Rechtsschutz hinaus.³ Wer die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als rechts- und parteifähig ansieht, wird – gestützt auf § 54 S. 1 BGB – auch den „nichtrechtsfähigen“ Verein als rechts- und parteifähig ansehen müssen.⁴ Der BGH⁵ hat sich dieser Auffassung kürzlich angeschlossen. Die Einschränkung des § 50 Abs. 2 ZPO sei ein Relikt des verschleierte Konzessionssystems, mit

¹ Thomas/Putzo/Hüßtege, 29. Aufl. 2008, § 50 Rdnr. 8.

² Musielak/Weth, 6. Aufl. 2008, § 50 Rdnr. 29.

³ Palandt/Ellenberger, 68. Aufl. 2009, § 54 Rdnr. 10.

⁴ Musielak/Weth § 50 Rdnr. 29 m.w.N.

⁵ BGH, Urt. v. 2.7.2007 - II ZR 111/05, NJW 2008, 69.

dem der Gesetzgeber früher Vereine zur Eintragung habe drängen wollen, was heutzutage überholt sei. Somit ist der nicht rechtsfähige Verein auch aktiv parteifähig.

2. Es liegt eine **objektive Klagehäufung im Sinne von § 260 ZPO** sowie eine subjektive Klagehäufung in Sinne einer **einfachen Streitgenossenschaft, §§ 59, 61 ZPO** vor.

3. Fraglich ist, ob eine **Klageänderung** durch Erhöhung des Klageantrags zu 2. vorliegt, gegen die dann zumindest der Beklagte zu 1) widersprochen hat. Da jedoch der Klagegrund, d.h. der zugrundeliegende Lebenssachverhalt, gleich geblieben ist, gilt gemäß **§ 264 Abs. 1 Nr. 2 1. Var. ZPO** die bloße Erhöhung des Klageantrags nicht als Klageänderung.

4. Zuständigkeit des Landgerichts Münster

a) Sachliche Zuständigkeit, §§ 23, 71 Abs. 1 GVG: Aufgrund der gem. § 5 2. HS ZPO vorzunehmenden Addition der Streitwerte liegt der Streitwert über 5.000 € und begründet daher die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts. Zwar ist gegenüber dem Beklagten zu 2) lediglich der Klageantrag zu 1) erhoben, der unter 5.000 € liegt. Jedoch führt die gegenüber dem Beklagten zu 1) gegebene Anspruchshäufung und damit verbundene Streitwertaddition gem. § 5 ZPO dazu, dass bei der hier vorliegenden Streitgenossenschaft einheitlich das Landgericht zuständig ist.⁶

b) Örtliche Zuständigkeit des Landgerichts Münster

aa) Ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht vorliegend nicht.

bb) Der allgemeine Gerichtsstand, §§ 12, 13 ZPO greift hier nicht ein, da keiner der Beklagten seinen Sitz in Münster hat.

cc) Fraglich ist, ob ein **besonderer Gerichtsstand** eingreift.

(1) In Betracht kommt gegenüber beiden Beklagten der **besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes, § 29 Abs. 1 ZPO**. Da die Nachbesserung des Beklagten zu 1) dort zu erbringen ist, wo sich das nachzubessernde Werk vertragsgemäß befindet⁷ und dies auch für entsprechende Kosten- und Schadensersatzansprüche gilt,⁸ ist insoweit Erfüllungsort Münster.

(2) Obwohl jedenfalls ein beachtlicher Teil der Architektenleistungen, nämlich die eigentliche Planung, im Büro des Architekten erfolgt, ist als **Erfüllungsort des Architektenvertrages** der Ort, an dem sich das Bauwerk befindet, anzusehen.⁹ Somit wäre über § 29 Abs. 1 ZPO auch hinsichtlich des Beklagten zu 2) der Gerichtsstand Münster eröffnet. Fraglich ist jedoch, ob durch die AGB des Beklagten zu 2) wirksam als Gerichtsstand Dortmund vereinbart worden ist. Dazu müssten die AGB zunächst in den Vertrag einbezogen worden sein, was nicht der Fall sein könnte, wenn der vertretungsberechtigte Vorstand des Vereins die AGB nicht zur Kenntnis genommen hat. Ob insoweit § 305 Abs. 2 BGB gemäß § 310 Abs. 1 BGB nicht gilt, weil es sich bei einem Verein um einen Unternehmer i.S.d. § 14 BGB handelt, kann jedoch dahinstehen, denn selbst wenn die AGB in den Vertrag mit einbezogen worden wären, ist die **Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 38 Abs. 1 ZPO unwirksam**: Hiernach kann vor Entstehen der Streitigkeit eine Gerichtsstandsvereinbarung nur zwischen Kaufleuten bzw. juristischen Personen des öffentlichen Rechts getroffen werden. Ein Anglerverein ist kein Kaufmann i.S.d. § 1 ff. HGB.¹⁰

(3) Hinsichtlich des Beklagten zu 1) ergibt sich die örtliche Zuständigkeit des LG Münster, jedenfalls was die Klageanträge zu 2. und 3. anbelangt, ergänzend auch aus § 32 ZPO, da in der Beschädigung des Fensterrahmens gleichzeitig eine unerlaubte Handlung liegt.

5. Ein **Feststellungsinteresse bzgl. der Feststellungsklage** gegen den Beklagten zu 2) besteht i.S.v. § 256 Abs. 1 ZPO, da dem Kläger nicht zugemutet werden kann, vorsorglich das

Umgekehrt gem. § 5 2. HS ZPO keine Streitwertaddition für Klage und Widerklage

Dementsprechend erübrigt sich dann auch eine gerichtliche Bestimmung der Zuständigkeit gem. § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO

⁶ Vgl. Thomas/Putzo/Hüßtege § 5 Rdnr. 1.

⁷ BGH, Urt. v. 08.01.2008 – X ZR 97/05, RÜ 2008, 299.

⁸ Thomas/Putzo/Hüßtege § 29 Rdnr. 6.

⁹ BGH, Urt. v. 7.12. 2000 - VII ZR 404/99, NJW 2001, 1936; Thomas/Putzo/Hüßtege § 29 Rdnr. 6.

¹⁰ Thomas-Putzo § 38 Rdnr. 10.



gesamte Dach aufzunehmen, um etwaige Folgeschäden, die ja noch nicht einmal jetzt eingetreten sein müssen, zu erforschen.

Die erhobene Klage ist daher zulässig.

II. Begründetheit der Klage

1. Klage gegen den Beklagten zu 1)

a) Klageantrag zu 1.

aa) Der geltend gemachte **Anspruch auf Kostenersatz in Höhe von 4.130,22 € könnte sich aus § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 Abs. 1 BGB** ergeben.

(1) Fraglich ist aber, ob überhaupt ein **wirksamer Werkvertrag, § 631 BGB**, vorliegt.

(a) Der Vertrag könnte gem. **§ 134 BGB iVm § 370 AO** nichtig sein. Die zwischen den Parteien getroffene „Ohne-Rechnung-Abrede“ ist auf eine Steuerhinterziehung gerichtet und verstößt daher gegen ein gesetzliches Verbot. Gem. § 134 BGB ist der Vertrag nichtig, wenn sich aus dem Verbotsgesetz nicht ein anderes ergibt. Nach der Rechtsprechung des BGH führt Steuerhinterziehung nur dann zur Gesamtnichtigkeit eines Vertrages nach § 134 BGB, wenn diese Hauptzweck des Vertrages ist.¹¹ Vorliegend kann ein derartiger Hauptzweck nicht angenommen werden, da es Hauptzweck des Vertrages war, die Werkleistung gegen Entgelt durchzuführen und nur bei dieser Gelegenheit Umsatz- und Einkommensteuer zu hinterziehen. Vielmehr ist lediglich die „Ohne-Rechnung-Abrede“ als solche nach § 134 BGB unwirksam.

(b) Fraglich ist jedoch, ob der Vertrag nicht gem. **§ 134 BGB iVm § 1 Abs. 1 Nr. 2 SchwarzArbG** nichtig ist. Danach leistet Schwarzarbeit, wer seinen steuerlichen Pflichten nicht nachkommt. Gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 1 UStG ist der Erbringer einer Werkleistung verpflichtet, eine Rechnung auszustellen. Außerdem verletzt der Handwerker seine steuerlichen Pflichten dadurch, dass er weder seine Einkünfte erklärt noch seine Umsätze der Umsatzsteuer unterwirft. Es liegt seitens des Handwerkers ein Verstoß gegen die Erklärungs- und Anmeldungspflichten gemäß § 25 Abs. 3 S. 1 EStG und § 18 Abs. 1 und Abs. 3 UStG vor.¹² Der Besteller ist nach § 14b Abs. 1 S. 4 UStG verpflichtet, die Rechnung aufzubewahren. Außerdem ist gemäß § 13b Abs. 1 S. 1 Nr. 4 UStG bei Bauleistungen der Leistungsempfänger Steuerschuldner der Umsatzsteuer. Durch die „Ohne-Rechnung-Abrede“ wollte sich deshalb auch der Kläger seinen steuerlichen Pflichten entziehen, sodass seinerseits ein Verstoß gegen das SchwarzArbG vorliegt. Da aber bereits ein Verstoß gegen § 370 AO nicht zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages führt, erscheint es unangemessen eine Gesamtnichtigkeit nach § 134 BGB iVm § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG anzunehmen.¹³

(c) Auch eine Gesamtnichtigkeit gem. **§ 138 BGB** scheidet aus: Sofern man nicht bereits § 134 BGB als *lex specialis* ansieht¹⁴, lässt sich eine Gesamtnichtigkeit über § 138 BGB ebenfalls nur annehmen, wenn die Steuerhinterziehung Hauptzweck des Vertrages war.

(d) Ist damit die „Ohne-Rechnung-Abrede“ nur isoliert nichtig, so lässt sich eine **Gesamtnichtigkeit** des Vertrages nur **über § 139 BGB** begründen. Hiernach wird die Gesamtnichtigkeit vermutet, es sei denn, aus dem entgegenstehenden hypothetischen Parteiwillen ergibt sich ein anderes. Dementsprechend stellt der BGH¹⁵ darauf ab, was die Parteien hypothetisch gewollt hätten: Gesamtnichtigkeit des Vertrages tritt nur dann nicht ein, wenn angenommen werden kann, dass ohne die „Ohne-Rechnung-Abrede“ bei ordnungsgemäßer Rechnungsle-

Die Bearbeiter müssen die relevanten steuerrechtlichen Vorschriften nicht kennen. Es reicht aus, dass auch im Hinblick auf § 1 Abs. 2 SchwarzArbG mit der Beabsichtigten Steuerhinterziehung argumentiert wird.

¹¹ BGH, Urt. v. 24.04.2008 – VII ZR 42/07, RÜ 2008, 409 m.w.N.

¹² BT-Drucksache 15/2573, S. 19; Spatschek/Wulf/Fraederich DStR 2005, 129, 130 sowie Spatschek/Fraederich NZBau 2007, 673, 674.

¹³ Diese Frage hat der BGH für einen Verstoß gegen § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchwarzArbG bislang ausdrücklich offen gelassen; ein Verstoß gegen § 1 Abs. 2 SchwarzArbG führt aber normalerweise zur Gesamtnichtigkeit des Vertrages, so dass auch diese Argumentation gut vertretbar ist.

¹⁴ Münch/Komm/Armbruster § 134 Rdnr. 4.

¹⁵ BGH, Urt. v. 24.04.2008 – VII ZR 42/07, RÜ 2008, 409, 411.

gung und Steuerabführung der Vertrag zu denselben Kontitionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre. Da der wirtschaftliche Zweck einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ regelmäßig aber gerade darin besteht, dass die Werkleistung zu einem niedrigeren Werklohn erbracht wird, kann dies grundsätzlich nicht angenommen werden. Nach der Regelvermutung des § 139 BGB wäre damit Gesamtnichtigkeit anzunehmen, wenn nicht dargetan ist, dass der Unternehmer, z.B. wegen Auftragsmangels, auf jeden Fall zu diesem Preis den Vertrag geschlossen hätte.

(e) Letztlich kann hier die Frage aber offen bleiben, weil der Beklagte zu 1) selbst bei Gesamtnichtigkeit des Vertrages sich gem. **§ 242 BGB** nicht hierauf berufen könnte.¹⁶ Denn der Werkunternehmer setzt sich dadurch, dass er in Kenntnis dieser Abrede das Werk ausgeführt und den Werklohn kassiert hat, unter Verstoß gegen Treu und Glauben in Widerspruch zu seinem bisher auf Erfüllung gerichteten Verhalten, wenn er nunmehr unter Missachtung der besonderen Interessen seines Vertragspartners die „Ohne-Rechnung-Abrede“ zum Anlass nimmt, für die Mangelhaftigkeit seiner Leistung nicht eintreten zu wollen. Damit würde der Bauherr einseitig mit den Folgen der Steuerhinterziehung belastet.

(2) Ein **Werkmangel i.S.v. § 633 Abs. 1 BGB** liegt vor, denn ein Fensterbauer ist verpflichtet, die Fenster so in die vorhandene Bausubstanz einzubauen, dass derartige Kondenswasserschäden vermieden werden.

(3) Eine (weitere) **Fristsetzung zur Nacherfüllung i.S.v. § 637 Abs. 1 BGB** ist **entbehrlich**, da die Nacherfüllung fehlgeschlagen ist, § 637 Abs. 2 S. 2 BGB.

(4) **Rechtsfolge: Gem. § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 Abs. 1 BGB** haftet der Beklagte zu 1) verschuldensunabhängig für die von dem Kläger in Auftrag gegebene ersatzweise Beseitigung der Schäden. Demnach hat der Beklagte zu 1) die lt. Anlage K 2 angefallenen – und in ihrer Angemessenheit unbestrittenen – Kosten in Höhe von 4.130,22 € zu ersetzen.

bb) Der gleiche Anspruch folgt aus dem Aspekt Schadenersatz statt der Leistung aus **§ 634 Nr. 4 iVm § 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB**, wenn man die Nacherfüllung für den Beklagten zu 1) wegen der zwischenzeitlich durchgeführten Ersatzvornahme als unmöglich ansieht. Zwar ist der Schadenersatzanspruch verschuldensabhängig. Jedoch wird das Verschulden gem. § 280 Abs. 1 BGB vermutet und eine Exkulpation i.S.v. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auf Seiten des Beklagten zu 1) liegt nicht vor.

cc) Der **Zinsanspruch** ab Rechtshängigkeit richtet sich gem. **§ 291 S. 2 BGB nach § 288 BGB**. Für die hier beantragten Zinsen von 8 %-Punkten über dem Basiszins liegen jedoch die Voraussetzungen des § 288 Abs. 2 BGB nicht vor, da es sich zwar um ein Rechtsgeschäft handelt, an dem ein Verbraucher nicht beteiligt ist,¹⁸ jedoch die Vorschrift nur für „Entgeltforderungen“ gilt. Eine Entgeltforderung liegt aber nur bei im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Leistungen vor, sodass die Vorschrift auf Schadenersatzansprüche aus Vertrag, Delikt etc. nicht anwendbar ist.¹⁹ Mithin sind dem Kläger nur 5 %-Punkte über Basiszinssatz gem. **§ 288 Abs. 1 BGB** zuzusprechen.

b) Klageantrag zu 2.

aa) Der (zulässigerweise erhöhte) Ersatzanspruch in Höhe von 2.934,20 € könnte sich unter dem Aspekt **Kostenvorschuss aus § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 Abs. 3 BGB** ergeben. Zwar ist ein wirksamer Werkvertrag zumindest unter dem Aspekt von Treu und Glauben anzunehmen (siehe oben), jedoch ist weiterhin ein Werkmangel i.S.v. § 633 BGB erforderlich. Hier besteht die Besonderheit, dass die geltend gemachten Schäden am Fensterrahmen im Zeitpunkt der Abnahme des Werkes (§ 640 BGB) nicht vorhanden waren, sodass bei Gefahrübergang kein mangelhaftes Werk vorlag. Vielmehr sind die Schäden dadurch entstanden, dass der Beklagte

Sieht man den Vertrag als gesamtnichtig an, ohne dies mit § 242 BGB zu überwinden¹⁷, so ist nach dem Bearbeitervermerk gleichwohl hilfsweise weiter zu prüfen.

¹⁶ BGH, Urt. v. 24.04.2008 – VII ZR 42/07, RÜ 2008, 409, 412 ff

¹⁷ Jauernig § 134 Rdnr. 17; Münch/Komm/Armbruster § 134 Rdnr. 112.

¹⁸ Insofern ist die Wortfassung weiter als die des § 38 Abs. 1 ZPO.

¹⁹ Palandt/Grüneberg § 288 Rdnr. 8.



zu 1) im Rahmen der Nachbesserungsversuche die Fensterrahmen beschädigt hat. Neue Beschädigungen im Rahmen der Nachbesserung begründen jedoch keinen Sachmangel, sondern stellen lediglich eine Nebenpflichtverletzung dar, die über die allgemeinen Regeln des Schuldrechts zu lösen ist.²⁰ Damit besteht aber kein Anspruch auf Kostenvorschuss aus § 634 Nr. 2, § 637 BGB.

bb) Da somit kein Mangel vorliegt, scheidet auch ein **Schadenersatzanspruch aus § 634 Nr. 4 i.V.m. §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB** aus.

cc) Gegeben ist jedoch ein **Schadenersatzanspruch aus § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 BGB**.

(1) Auch im Rahmen der Nacherfüllung bestehen Schutz- und Sorgfaltspflichten des Unternehmers gem. § 241 Abs. 2 BGB.²¹

(2) Sowohl die **Pflichtverletzung** als auch die **Schadenshöhe** stehen aufgrund des Gutachtens aus dem zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) betriebenen selbstständigen Beweisverfahren i.S.v. §§ 485 ff. ZPO fest, vgl. **§ 493 Abs. 1 ZPO**. Fraglich ist jedoch, ob der Kläger auch die allgemeine **Kostenpauschale von 25,00 €** beanspruchen kann. Denn diese wird in der Rechtsprechung vorwiegend im Deliktsrecht zuerkannt.²²

(3) Letztlich kann die Frage jedoch dahinstehen, da der Beklagte zu 1) gleichzeitig aus **§ 823 Abs. 1 BGB** wegen Eigentumsverletzung an den Fenstern haftet. Denn das Eigentum an den Fenstern war vorher intakt und ist durch ein nachträgliches Verhalten während der Nachbesserungsversuche an der Dachhaut beschädigt worden.

dd) Der **Zinsanspruch** besteht nur in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus **§ 291 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB** (siehe oben).

c) Klageantrag zu 3.

Die Feststellungsklage ist ebenfalls begründet, da ausweislich des Gutachtens aus dem Beweisverfahren weitere vom Beklagten zu 1) verursachte Folgeschäden nicht auszuschließen sind, welche aber derzeit nicht beziffert werden können.

Zwischenergebnis: Die Klage gegen den Beklagten zu 1) ist bis auf die Zuvieforderung der Zinsen begründet.

2. Klage gegen den Beklagten zu 2)

Der Architekt, dem die Nacherfüllung seiner Planungsleistungen regelmäßig unmöglich ist, haftet von vornherein nur auf **Schadenersatz statt der Leistung aus § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB bzw. nur i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB**, wenn man die Schäden am Dach als Mangelfolgeschäden (sog. Realisierungsschäden) nicht unter Schadensersatz statt der Leistung, sondern unter Schadensersatz neben der Leistung fasst.

a) Allerdings ist der Beklagte zu 2) der Auffassung, es liege kein **Mangel** seines (Geistes-)Werkes i.S.v. **§ 633 Abs. 1 BGB** vor. Vielmehr sei die nicht vorhandene Dämmung der Dachhaut dem Risikobereich des Bestellers zuzuordnen. Gemäß **§ 645 BGB** hat der Besteller zwar für den von ihm zur Verfügung gestellten mangelhaften Stoff selbst einzustehen. Jedoch gilt die Risikoverteilung des § 645 BGB nur, wenn kein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat. Wird ein Architekt mit der Planung von Renovierungsarbeiten an Altbauten beauftragt, so hat er als Fachmann die vom Besteller zur Verfügung gestellte Bausubstanz auf ihre Eignung zu überprüfen und für die Renovierung erforderliche Ratschläge zu geben bzw. Gegenmaßnahmen zu planen. Weist er den Besteller nicht auf die fehlende Eignung oder auf seine Bedenken bzw. geeignete Gegenmaßnahmen hin, so hat er selbst die Verschlechterung des Werkes zu vertreten.²³

Im selbstständigen Beweisverfahren ergeht kein Beschluss. Vielmehr endet das Verfahren mit dem Gutachten/Vergleich im Sinne von § 492 ZPO. Es ergeht auch keine gesonderte Kostenentscheidung (Ausnahme: § 494a Abs. 2 ZPO).

Insofern liegt nicht die Problematik des weiterfressenden Mangels vor. Denn die Fensterrahmen waren zuvor intakt auf den Kläger übereignet worden.

²⁰ OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503; Cziupka/Kliebisch JuS 2008, 855; Veltmann RÜ 2008, 707.

²¹ OLG Saarbrücken NJW 2007, 3503, 2505; Cziupka/Kliebisch JuS 2008, 855; Veltmann RÜ 2008, 707.

²² Vgl. Palandt/Heinrichs § 249 Rdnr. 43.

²³ Palandt/Sprau § 645 Rdnr. 7 aE.

b) Somit haftet der Beklagte zu 2) auf Schadenersatz in Höhe des von ihm mitverursachten Schadens von 4.130,22 €. Mal abgesehen davon, dass er als planender Architekt eine wesentliche Mitursache gesetzt hat, sind nach der Äquivalenztheorie alle Mitursachen gleichwertig, sodass er sich nicht auf „überholende Kausalität“ des Beklagten zu 1) berufen kann.

c) Fraglich ist jedoch die **Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruches**. Der Beklagte zu 2) beruft sich hier auf ein **Zurückbehaltungsrecht wegen** eines angeblichen **Gegenanspruchs** auf Abtretung **aus § 255 BGB**.

Gem. § 255 BGB kann ein Mitschädiger vom Geschädigten die Abtretung der anderweitigen Ersatzansprüche gegen den anderen Schädiger – hier gegen den Beklagten zu 1) – verlangen, wenn er vom Geschädigten (Kläger) in Anspruch genommen wird. Schadenersatzanspruch und Gegenanspruch auf Abtretung aus § 255 BGB sind dann Zug um Zug zu erfüllen.²⁴ Jedoch setzt § 255 BGB vom Wortlaut den Verlust einer Sache voraus, was hier nicht der Fall ist. Ferner ist die Vorschrift, die einen späteren Zessionsregress aus abgetretenem Recht gegen den Mitschädiger ermöglichen soll, unanwendbar, wenn von vornherein eine **Gesamtschuld i.S.v. §§ 421 ff. BGB** besteht. Denn dann ist ein Zessionsregress auch nicht erforderlich, weil ohnehin der Anspruch des Geschädigten gegen den Mitschädiger gem. § 426 Abs. 2 BGB per cessio legis übergeht, sobald der Beklagte zu 2) an den Kläger zahlt. Deswegen schließen sich § 255 BGB und Gesamtschuld gegenseitig aus. Die Abgrenzung erfolgt nach gefestigter Rechtsprechung über das Kriterium der Gleichstufigkeit. Eine Gesamtschuld setzt voraus, dass beide Schädiger in etwa gleichermaßen das Schadensereignis mitverursacht haben. Hiergegen könnten vorliegend Bedenken bestehen, da der Planungsfehler des Beklagten zu 2) zeitlich vor dem Schadensereignis, der mangelhaften Ausführung des Werkes durch den Beklagten zu 1), lag. Andererseits stellt die Bauausführung nur eine Realisierung des zuvor mangelhaft erstellten Planes dar, sodass die Rechtsprechung²⁵ eine Gleichstufigkeit und damit eine Gesamtschuld bejaht.

Aufgrund der vorliegenden Gesamtschuld ist daher § 255 BGB unanwendbar, so dass seitens des Beklagten zu 2) auch kein Zurückbehaltungsrecht besteht. Der Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2) ist daher durchsetzbar.

d) Für den **Zinsanspruch** gilt das oben unter 1. Gesagte entsprechend, sodass hier gemäß **§ 291 S. 2 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB** nur 5 %-Punkte über dem Basiszinssatz verlangt werden können.

Zwischenergebnis: Die Klage gegen den Beklagten zu 2) ist, bis auf die Zuvieforderung der Zinsen, begründet.

Teil 2: Die Widerklage des Beklagten zu 2)

I. Zulässigkeit der Widerklage

1. Eine **Eventualwiderklage** ist aus Gründen der Waffengleichheit generell zulässig.²⁶ Da die Klage gegen den Beklagten zu 2) begründet ist, kommt hier die Hilfsbedingung zum Zuge.

2. Nach ständiger Rechtsprechung enthält **§ 33 ZPO** nicht nur eine Regelung zur Zuständigkeit, sondern auch eine **besondere Zulässigkeitsvoraussetzung** für jede Widerklage, sodass stets ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Klage und Widerklage besteht, was hier jedoch der Fall ist.

3. Zuständigkeit des Landgerichts Münster für die Widerklage

a) Da der Widerbeklagte seinen Sitz in Münster hat, ist die **örtliche Zuständigkeit** – unabhängig von § 33 Abs. 1 ZPO – bereits gem. **§ 17 Abs. 1 ZPO** gegeben.

²⁴ Palandt/Heinrichs § 255 Rdnr. 7.

²⁵ BGHZ 43, 227; 51, 275, 278; BGH Baurecht 1989, 97, 102.

²⁶ Thomas/Putzo/Hüßtege § 33 Rdnr. 14.



b) Fraglich ist jedoch die **sachliche Zuständigkeit** des Landgerichts Münster, da der Widerkläger Abtretung eines Anspruches lediglich in Höhe von 4.130,22 € begehrt. Da aufgrund der Überschrift und der systematischen Stellung des § 33 ZPO die Vorschrift an sich nur für örtliche Zuständigkeit gilt, bleibt die sachliche Zuständigkeit hiervon unberührt.

Nach Sinn und Zweck der Norm entspricht es jedoch allgemeiner Meinung, dass, falls das Landgericht für die Klage sachlich zuständig ist, es auch für die Widerklage, die in die Zuständigkeit des Amtsgerichts fiele, zuständig ist.²⁷

4. Fraglich ist, ob **Rechtsschutzbedürfnis für die Widerklage** besteht, da der Beklagte zu 2) seinen Gegenanspruch auf Abtretung bereits als Gegenrecht Zug um Zug gegenüber dem Klageanspruch eingewandt hat. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass selbst bei Erreichen einer bloßen Zug um Zug-Verurteilung des Beklagten zu 2) er hinsichtlich seines Gegenanspruchs keinen Titel hätte. Somit besteht grundsätzlich Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Widerklage, sodass diese zulässig ist.

II. Begründetheit der Widerklage

Wie oben erörtert, besteht **kein Anspruch** des Beklagten auf **Abtretung aus § 255 BGB**, da eine Gesamtschuld vorliegt. Die Widerklage des Beklagten zu 2) ist daher unbegründet.

Gesamtergebnis: Die Klage ist im Wesentlichen begründet. Die Widerklage ist unbegründet.

Teil 3: Kosten

I. Da die Beklagten hinsichtlich des Klageantrags zu 1. gemeinsam verklagt sind, gilt insofern **§ 100 Abs. 2 ZPO**, sodass wegen der Verschiedenheit der Beteiligung am Rechtsstreit die Kostenquote festzusetzen ist.

II. Allerdings sind hinsichtlich des Klageantrags zu 1. die Beklagten als **Gesamtschuldner** verklagt, sodass insofern gem. **§ 100 Abs. 4 ZPO** auch eine Kostenerstattung gesamtschuldnerisch auszusprechen ist. Dies bedeutet: Der Streitwert des Klageantrags zu 1. von 4.133,22 € im Verhältnis zum Gesamtstreitwert von 8.941,00 € beträgt 46 %. Insofern haften die Beklagten als Gesamtschuldner. Im Übrigen trägt die Kosten des Rechtsstreits der Beklagte zu 1) allein. Das geringfügige Zuvielverlangen hinsichtlich der Zinsen seitens des Klägers wirkt sich nicht aus. Ebenso wenig die Abweisung der Widerklage, da diesbezüglich wegen des nahezu gleichen Streitgegenstandes mit der Klage (etwaige Gegenrechte aus § 255 BGB wurden dort bereits berücksichtigt) gem. § 45 Abs. 1 S. 3 GKG keine Streitwertaddition stattfindet.

Der umgekehrte Fall ist in § 506 ZPO geregelt

²⁷ Thomas/Putzo/Hüßtege § 33 Rdnr. 18.

B. Urteilsentwurf

Landgericht Münster

- 16 O 78/09 -

Im Namen des Volkes!

Urteil

In dem Rechtsstreit

des Angelvereins Werse Fischer, Am Ufer 9, Münster-Angelmodde, vertreten durch den Vereinsvorstand, Anton Paus, ebenda,

Klägers und Widerbeklagten

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin Münstermann, Münster -,

g e g e n

1) Fensterbau Hans Budke, Inhaber Dieter Budke, Zechenstraße 12, Bochum,

Beklagter zu 1)

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Kobicki, Bruchweg 19, Bochum -,

2) den Architekten Michael Sander, Essener Straße 102, Dortmund,

Beklagter zu 2) und Widerkläger

- Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Lange, Büte, Hefer, Umweg 115 c, Dortmund -,

hat die 16. Kammer des Landgerichts Münster
auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2009
durch den Richter am Landgericht Knoll als Einzelrichter
für R e c h t erkannt:

1. Die Beklagten werden verurteilt, als Gesamtschuldner an den Kläger 4.130,22 € zuzüglich Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 7. April 2009 zu zahlen.
2. Der Beklagte zu 1) wird verurteilt, weitere 2.934,20 € nebst Zinsen von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem 7. April 2009 an den Kläger zu zahlen.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte zu 1) auch für künftige Schäden hinsichtlich der von ihm am 05.01.2009 in dem Vereinsheim des Klägers, Am Ufer 9, Münster-Angelmodde eingebauten Dachfenster einstehen muss.
4. Im Übrigen werden die Klage und die Widerklage abgewiesen.
5. Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten 46 % als Gesamtschuldner. Im Übrigen trägt der Beklagte zu 1) die Kosten.
6. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Der Anspruch auf die Verzugszinsen (und auch Prozesszinsen nach § 291 BGB) steht dem Kläger entsprechend § 187 Abs. 1 BGB ab dem auf die Rechtshängigkeit des Zahlungsanspruchs folgenden Tag zu.²⁸

²⁸ BGH, Urt. v. 24.01.1990 - VIII ZR 296/88; jurisPK/Alpmann § 291 Rdnr. 8.



Tatbestand:

Der Kläger, ein nicht rechtsfähiger Verein, beauftragte am 02.12.2008 den Beklagten zu 2), die Architektenplanung für den nachträglichen Einbau von Dachfenstern in das 1958 errichtete Vereinsheim zu erstellen. Der Beklagte zu 2) erstellte nach Inaugenscheinnahme des Vereinsheims die Planung für den Einbau von 6 Dachfenstern. Als Fensterfirma empfahl er den Beklagten zu 1), welcher ebenfalls das Dach in Augenschein nahm. Bei der anschließenden Auftragserteilung wurde zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) mündlich ein Pauschalpreis vereinbart mit der Maßgabe, dass die Bezahlung ohne Rechnung erfolgen sollte, um die Umsatzsteuer einzusparen. Am 05.01.2009 baute der Beklagte zu 1) die Dachfenster ein. Nach einigen Tagen zeigten sich Wasserschäden im Obergeschoss jeweils unterhalb der eingebauten Dachfenster. Nach mehreren erfolglosen Nachbesserungsversuchen seitens des Beklagten zu 1) beauftragte der Kläger die Firma Hülstege. Diese fand heraus, dass die Abdichtung der eingebauten Dachfenster zur vorhandenen Dachhaut nicht ordnungsgemäß war, so dass sich in Verbindung mit den vorhandenen Kältebrücken – eine Dämmschicht ist aufgrund des Baujahrs des Gebäudes unter der Dachhaut nicht vorhanden – bei der starken Kälte im Januar Kondenswasser bildete. Dieses lief dann entlang der Dachhaut herunter und tropfte zu Boden. Die Firma Hülstege beseitigte die Mängel und stellte hierfür dem Kläger 4.130,22 € in Rechnung, welche der Kläger mit dem Klageantrag zu 1. geltend macht.

In einem selbstständigen Beweisverfahren zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) vor dem Amtsgericht Münster ist festgestellt worden, dass der Beklagte zu 1) bei seinen Nachbesserungsversuchen durch unsachgemäßes Hantieren diverse Anschlussdichtungen an den Fenstern sowie Teile der Fensterrahmen beschädigt hat. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Dipl. Ing. Siegmann vom 15.04.2009 betragen die Kosten zur Beseitigung der Schäden 2.909,20 €. Dieser Betrag wird von dem Kläger zuzüglich einer Kostenpauschale von 25,00 € nunmehr mit dem Klageantrag zu 2. geltend gemacht.

Ferner sind, ausweislich des Gutachtens, Folgeschäden an anderen Stellen der Dachhaut nicht auszuschließen. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass es zu einem nicht vertretbaren Kostenaufwand führen würde, bereits jetzt vorsorglich das gesamte Dach zu öffnen, zumal aufgrund des Alters des Daches auch nicht gewährleistet wäre, dass bei anschließendem Wiedereindecken des gesamten Daches nicht neue Schäden entstehen.

Der Kläger beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, als Gesamtschuldner an den Kläger 4.130,22 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. den Beklagten zu 1) zu verurteilen, weitere 2.934,20 € zzgl. Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit an den Kläger zu zahlen,
3. festzustellen, dass der Beklagte zu 1) auch für künftige Schäden hinsichtlich der von ihm am 05.01.2009 in dem Vereinsheim des Klägers, Am Ufer 9, Münster-Angelmodde, eingebauten Dachfenster auch für künftige Schäden einstehen muss.

Der Beklagte zu 1) beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte zu 2) beantragt,

die Klage abzuweisen.

Hilfsweise widerklagend beantragt der Beklagte zu 2),

den Kläger zu verurteilen, seine Ersatzansprüche aus dem Klageantrag zu 1) an den Beklagten zu 2) abzutreten, Zug um Zug gegen Zahlung des Beklagten zu 2) an den

Kläger in Höhe von 4.130,22 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit.

Der Kläger beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte zu 1) ist der Ansicht, die Klage sei bereits unzulässig, da der Kläger als nicht rechtsfähiger Verein nicht aktiv parteifähig sei. Ferner rügt der Beklagte zu 1) die örtliche Zuständigkeit. Auch fehle ein Feststellungsinteresse für die Feststellungsklage, denn es sei eine Obliegenheit des Klägers, etwaige Folgeschäden vorab zu klären. Im Übrigen sei die Klage auch unbegründet, denn der zwischen dem Kläger und dem Beklagten zu 1) geschlossene Vertrag sei nichtig, da der Tatbestand der Steuerhinterziehung erfüllt sei. Zwar habe der Beklagte zu 1) die Umsatzsteuer mittlerweile an das Finanzamt nachentrichtet. Dieses führe jedoch nicht zur Heilung des nichtigen Vertrages, da diese im BGB nicht vorgesehen sei. Ferner liege hinsichtlich der Erhöhung Klageantrages zu 2. nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens eine unzulässige Klageänderung vor. Im Übrigen sei die darin enthaltene Kostenpauschale von 25,00 € nicht erstattungsfähig.

Der Beklagte zu 2) rügt ebenfalls die örtliche Zuständigkeit. Er habe mit dem Kläger eine wirksame Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, wonach örtlich das Landgericht Dortmund zuständig sei. Im Übrigen sei die Klage jedenfalls unbegründet, denn der Kläger sei für die vorhandene Bausubstanz selbst verantwortlich. Ferner sei ihm der Schaden aufgrund des Fehlverhaltens des Beklagten zu 1) nicht zurechenbar. Jedenfalls habe er aus § 255 BGB einen Gegenanspruch auf Abtretung der Ersatzansprüche des Klägers aus dem Klageantrag zu 1. gegen den Beklagten zu 1). Insofern macht der Beklagte zu 2) ein Zurückbehaltungsrecht geltend.

Der Beklagte zu 2) stützt auch seine Widerklage auf einen Anspruch auf Abtretung der Ersatzansprüche gegen den beklagten zu 1).

Der Kläger hält die Widerklage bereits für unzulässig, da das Rechtsschutzbedürfnis fehle, weil eine entsprechende Zug um Zug-Verurteilung im Rahmen seines Klageantrages zu 1) genüge. Im Übrigen sei das Gericht der Hauptklage für die Widerklage nicht zuständig.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig und überwiegend auch begründet.

Der Kläger ist als nicht rechtsfähiger Verein, entgegen dem Wortlaut des § 50 Abs. 2 ZPO, aktiv parteifähig. Dies folgt aus dem Verweis in § 54 S. 1 BGB auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts, welche in der Rechtsprechung als voll parteifähig anerkannt ist. Damit kann in Abkehr von dem früheren Verständnis nicht rechtsfähigen Vereinen die aktive Parteifähigkeit nicht weiter vorenthalten werden. § 50 Abs. 2 ZPO stellt ein Relikt des verschleierte Konzessions-systems dar, mit welchem der Gesetzgeber früher Vereine zur Eintragung drängen wollte, um aus der Skepsis gegenüber Gewerkschaften und Parteien Kontrolle über das Vereinswesen zu wahren. Die Einschränkung in § 50 Abs. 2 ZPO hat heute keine Bedeutung mehr.

Die Erhöhung des Klageantrags zu 2. stellt, entgegen der Ansicht des Beklagten zu 1), keine unzulässige Klageänderung dar. Denn gem. § 264 Nr. 2 1. Var. ZPO gilt eine bloße Erhöhung des Klageantrags bei ansonsten – wie hier – gleichbleibendem Klagegrund nicht als Klageänderung und ist jederzeit zulässig.

Die Zuständigkeit des erkennenden Gerichts folgt aus § 29 Abs. 1 ZPO als Gericht des Erfüllungsorts, das dem Kläger wahlweise (§ 35 ZPO) zur Verfügung steht. Der Erfüllungsort für Nachbesserungsansprüche sowie damit im Zusammenhang stehende weitere Sekundäransprüche ist der Ort, an dem sich das Werk vertragsgemäß befindet. Dies gilt nicht nur für Bauunternehmer, sondern auch für Architektenleistungen. Wenn sich der Beklagte zu 2) insofern auf eine abweichende Gerichtsstandsvereinbarung beruft, so vermag dies hieran nichts



zu ändern. Zwar hat sich der Beklagte zu 2) auf § 310 Abs. 1 BGB gestützt, welcher die Vorschrift des § 305 Abs. 2 BGB, welche strengere Anforderungen an die Einbeziehung in den Vertrag stellt, für unanwendbar erklärt. Insofern ist jedoch zweifelhaft, ob der Kläger als nicht rechtsfähiger Verein überhaupt unter den Unternehmerbegriff im Sinne von § 310 Abs. 1 BGB fällt. Letztlich kann diese Frage jedoch dahinstehen, denn eine Gerichtsstandsvereinbarung im Vorfeld eines Rechtsstreits kann gem. § 38 Abs. 1 ZPO nur unter Kaufleuten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts wirksam vereinbart werden. Der Kläger als nicht rechtsfähiger Verein fällt nicht unter den Kaufmannsbegriff im Sinne von § 38 Abs. 1 ZPO. Denn insofern gilt der allgemeine Kaufmannsbegriff aus §§ 1 ff. HGB.

Die Klage ist auch im Wesentlichen begründet.

Hinsichtlich des mit dem Klageantrag zu 1. geltend gemachten Ersatzanspruchs in Höhe von 4.130,22 € haften die Beklagten gesamtschuldnerisch.

Denn der Beklagte zu 1) haftet auf Ersatz der Kosten der klägerseits durchgeführten Ersatzvornahme verschuldensunabhängig aus § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 Abs. 1 BGB. Ob die „Ohne-Rechnung-Abrede“ zur Gesamtnichtigkeit des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages über den Fenstereinbau führt kann letztlich dahinstehen.

Zwar ist ein gegen § 134 BGB verstoßender Vertrag nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Die Frage, ob verbotswidrige Verträge nichtig sind, ist daher nach Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsvorschrift zu beurteilen. Nach gefestigter Rspr. führt eine Steuerhinterziehung jedoch nur dann zur Gesamtnichtigkeit eines Vertrages nach § 134 BGB, wenn diese Hauptzweck des Vertrages ist. Hauptzweck des Vertrages war aber die ordnungsgemäße Erbringung der vereinbarten Bauleistungen durch den Beklagten und keine Steuerhinterziehung. Gemäß § 134 BGB nichtig ist allerdings die der Steuerhinterziehung dienende Ohne-Rechnung-Abrede. Eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages und damit auch ein Ausschluss etwaiger Gewährleistungsrechte richten sich im Falle der Teilnichtigkeit nach § 139 BGB. Hiernach liegt grundsätzlich Gesamtnichtigkeit vor, wenn nicht anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen worden wäre. Ob die Vermutung der Gesamtnichtigkeit durch einen entgegenstehenden, hypothetischen, Parteiwillen entkräftet wird, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Demnach scheidet bei einem Werkvertrag Gesamtnichtigkeit nur dann aus, wenn angenommen werden kann, dass ohne die „Ohne-Rechnung-Abrede“ bei ordnungsgemäßer Rechnungslegung und Steuerabführung der Vertrag von den Parteien zu denselben Konditionen, insbesondere mit derselben Vergütungsregelung, abgeschlossen worden wäre. Dies erscheint zweifelhaft und wurde vom Kläger nicht dargetan. Die vermutete Gesamtnichtigkeit kann deswegen nicht als widerlegt angesehen werden. Der wirtschaftliche Zweck einer „Ohne-Rechnung-Abrede“ besteht regelmäßig gerade darin, dass die Werkleistung zu einem niedrigeren Werklohn erbracht wird als regulär. Die Frage war aber nicht abschließend zu entscheiden, denn auch bei Annahme einer Gesamtnichtigkeit des Werkvertrages kann sich der Beklagte zu 1) nach Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht auf diese berufen. Der das gesamte Rechtsleben beherrschende Grundsatz von Treu und Glauben gilt auch im Rahmen nichtiger Rechtsgeschäfte. Deshalb kann die Berufung auf die Nichtigkeit eines Vertrages in besonders gelagerten Ausnahmefällen eine unzulässig Rechtsausübung darstellen. Das gilt nicht nur im Anwendungsbereich von § 138 BGB, sondern auch bei § 134 BGB. Zwar wird in der Literatur gefolgert, dass die Berufung auf Treu und Glauben gegenüber einer aus § 134 BGB folgenden Nichtigkeit grundsätzlich unzulässig sei, um dem Sanktionsgedanken der Verbotsnorm Vorrang zu verschaffen. Diesen Bedenken kommt jedenfalls hier keine entscheidende Bedeutung zu. Denn gegen das gesetzliche Verbot i.S.d. § 134 BGB verstößt vorliegend allein die „Ohne-Rechnung-Abrede“, nicht aber der Bauvertrag als solcher. Seine Gesamtnichtigkeit folgt nicht unmittelbar aus § 134 BGB, sondern ggf. aus der Anwendung von § 139 BGB. Diese Vorschrift ist schon vom Wortlaut her disponibel. Die Parteien hätten daher vereinbaren können, dass eine Nichtigkeit der „Ohne-Rechnung-Abrede“ sich nicht auf die anderen Vertragsbestandteile erstrecken soll. In diesem Fall wäre der Beklagte den Mängelansprüchen des Klägers ohnehin ausgesetzt.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte zu 1) in Kenntnis der Gesetzeswidrigkeit der „Ohne-Rechnung-Abrede“ seine Bauleistung erbracht und den Werklohn kassiert hat. Er setzt sich in dieser von ihm maßgeblich mitverursachten Situation unter Verstoß gegen Treu und Glauben in Widerspruch zu seinem bisher auf Erfüllung des Vertrages gerichteten Verhalten, wenn er nunmehr die „Ohne-Rechnung-Abrede“, die regelmäßig und gerade seinem eigenen gesetzeswidrigen Vorteil dienen sollte, zum Anlass nimmt, für die Mangelhaftigkeit seiner Leistung nicht eintreten zu wollen. Dies hätte zur Folge, dass der Besteller unter Beeinträchtigung seines Eigentums dauerhaft mit den Mangelfolgen einseitig belastet bliebe. Insofern würde auch eine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht diese wirtschaftliche Belastung des Bauherrn nicht wirtschaftlich sinnvoll beseitigen. Nach Treu und Glauben ist es deswegen dem Beklagten zu 1) verwehrt, gegenüber den Ansprüchen des Klägers einzuwenden, der Vertrag sei wegen der „Ohne-Rechnung-Abrede“ insgesamt nichtig.

Es bedurfte auch keiner weiteren Fristsetzung zur Nacherfüllung seitens des Klägers an den Beklagten zu 1) gem. § 637 Abs. 1 BGB. Denn aufgrund der mehrfachen, fehlgeschlagenen Nachbesserungsversuche des Beklagten zu 1) waren solche gem. § 637 Abs. 2 S. 2 BGB entbehrlich.

Der Beklagte zu 2), der ohnehin einen wirksamen Werkvertrag mit dem Kläger über die Architektenplanung als sog. Geisteswerk i.S.v. § 631 Abs. 2 BGB geschlossen hatte, haftet in gleicher Weise für die Kosten der vom Kläger ausgeführten Ersatzvornahme unter dem Aspekt Schadensersatz. Ein solcher Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2) folgt aus § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB unter dem Aspekt Schadensersatz statt der Leistung wegen Unmöglichkeit der Nacherfüllung. Denn die Nacherfüllung einer Planungsleistung ist für den Architekten regelmäßig unmöglich, wenn der Plan – wie hier – bereits realisiert worden ist. Denn insofern ist es sinnlos, lediglich den Plan nachzubessern. Sieht man hingegen in den Schäden am Dach einen Mangelfolgeschaden als sog. Realisierungsschaden (so die Rechtsprechung zum Werkvertragsrecht vor der Schuldrechtsreform), so ergibt sich der gleiche Anspruch unter dem Aspekt Schadensersatz neben der Leistung aus § 634 Nr. 4 i.V.m. § 280 Abs. 1 BGB. Wenn der Beklagte zu 2) hiergegen einwendet, er habe kein mangelhaftes (Geistes-)Werk erbracht, vielmehr hätten von Anfang an eine mangelhafte Bausubstanz und damit ein mangelhafter Stoff des Bestellers vorgelegen, für den nach der Wertung des § 645 BGB der Kläger das Risiko trage, so geht diese Ansicht fehl. Denn § 645 Abs. 1 BGB setzt schon vom Wortlaut her voraus, dass kein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat. Wird aber ein Architekt beauftragt, im Zuge der Renovierung eines Altbaus den Einbau von Dachfenstern zu planen, so obliegt es ihm als Fachmann, die vorhandene Bausubstanz auf ihre Eignung zu prüfen, ggf. den Bauherrn auf Bedenken hinzuweisen sowie ggf. geeignete Gegenmaßnahmen mit ein zu planen. Vorliegend wäre es ohne weiteres möglich gewesen, wie die nachfolgende Ersatzvornahme durch die Firma Hülstege gezeigt hat, durch entsprechende Abdichtung und Nachdämmungsarbeiten die schadensursächlichen Kältebrücken zu vermeiden.

Der damit gegen den Beklagten zu 2) gegebene Schadensersatzanspruch ist auch durchsetzbar. Das vom Beklagten zu 2) geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich einer Zug um Zug vorzunehmenden Abtretung der anderweitigen Ersatzansprüche des Klägers gegen den Beklagten zu 1) besteht nicht. Ein derartiger Ersatzanspruch auf Abtretung könnte dem Beklagten zu 2) lediglich aus § 255 BGB zustehen. Da § 255 BGB vom Wortlaut her nur für den Verlust von Sachen gilt, käme ohnehin nur eine analoge Anwendung der Vorschrift in Betracht. Diese scheidet aber generell daran, dass vorliegend eine Gesamtschuld zwischen den Beklagten besteht. Diese schließt wiederum eine Anwendung des § 255 BGB, der lediglich einen Anspruch auf Abtretung begründet, aus. Denn bei Bestehen einer Gesamtschuld gehen die Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten zu 1) automatisch per cessio legis gem. § 426 Abs. 2 BGB auf den Beklagten zu 2) im Falle einer Zahlung über. Die Gesamtschuld setzt zwar nach ständiger Rechtsprechung eine Gleichstufigkeit in dem Sinne voraus, dass beide Beklagten in etwa gleichermaßen das Schadensereignis verursacht haben müssen. Hierin könnten vorliegend Bedenken bestehen, da der Planungsfehler des Beklagten zu 2)



zeitlich vor dem Ausführungsfehler des Beklagten zu 1) lag. Andererseits stellt die Ausführung durch den Beklagten zu 1) lediglich eine Realisierung des Planungsfehlers dar, sodass sich eine durchlaufende Kausalkette ergibt. Insofern ist auch die Rechtsansicht des Beklagten zu 2), ihm sei der Schaden nicht zurechenbar, unzutreffend. Hinzu kommt, dass in der Rechtsprechung das Kriterium der Gleichstufigkeit weit ausgelegt wird, sodass Mitursächlichkeiten im Sinne der Äquivalenztheorie ausreichend sind. Dies erscheint, entgegen den kritischen Stimmen in der Literatur, sachgerecht, da die Bejahung einer Gesamtschuld letztlich zwischen den Schädigern einen Innenausgleich ermöglicht, der je nach Verursachungsbeitrag zu einer gerechten Quote im Einzelfall führt. Hingegen würde die in § 255 BGB vorgesehene Abtretung des gesamten Anspruchs zu einer ungerechten Alles- oder Nichts-Lösung zwischen den beiden Schädigern (Beklagten) führen. Ist aber wegen des Vorliegens einer Gesamtschuld eine Anwendung des § 255 BGB ausgeschlossen, so kann der Beklagte zu 2) keine Verurteilung Zug um Zug gegen Abtretung beanspruchen.

Der klägerseits geltend gemachte Zinsanspruch besteht lediglich in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz aus § 291 S. 2 i.V.m. § 288 Abs. 1 BGB. Der klägerseits angestrebte Zinsansatz von 8 %-Punkten über dem Basiszinssatz konnte nicht zugesprochen werden. Denn gem. § 288 Abs. 2 ist ein solcher Zinssatz nur für Entgeltforderungen vorgesehen. Aus dem Begriff der Entgeltforderung folgt, dass dies eine Gegenleistung sein muss. Dies ist bei reinen Ersatzforderungen nicht der Fall.

Der Klageantrag zu 2. in Höhe von 2.934,20 € ist ebenfalls begründet.

Zwar ergibt sich insofern für den Kläger gegen den Beklagten zu 2) kein Anspruch unter dem Gesichtspunkt des Kostenvorschusses i.S.v. § 634 Nr. 2 i.V.m. § 637 Abs. 3 BGB. Denn hinsichtlich der Schäden am Fensterrahmen handelt es sich nicht um einen Werkmangel i.S.v. § 633 BGB. Im Zeitpunkt des für das Gewährleistungsrecht relevanten Abnahmezeitpunktes (§ 640 BGB) waren nämlich die Fensterrahmen nicht mangelbehaftet. Vielmehr sind die Schäden am Fensterrahmen erst nachträglich im Rahmen der (erfolglosen) Nachbesserungsversuche hinsichtlich des Mangels am Dachanschluss durch unvorsichtiges Hantieren des Beklagten zu 1) entstanden. Derartige, nach dem Zeitpunkt der Abnahme erfolgende Beschädigungen stellen keinen Mangel im Sinne des Gewährleistungsrechts dar.

Andererseits bestehen für den Unternehmer auch im Rahmen von Nachbesserungsversuchen die allgemeinen Nebenpflichten i.S.v. § 241 Abs. 2 BGB als Rücksichtnahmepflichten, deren Verletzung zu einem Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB führt. Durch die Beschädigung der Fensterrahmen hat der Beklagte zu 1) seine allgemeine Rücksichtnahmepflicht, die Rechtsgüter des Vertragspartners nicht zu schädigen, verletzt. Art und Umfang der vom Beklagten zu 1) verursachten Schäden ergeben sich aus dem Gutachten, das in dem selbstständigen Beweisverfahren der Parteien erstellt wurde. Dies bindet gem. § 493 ZPO im vorliegenden Prozess und kann insofern vom Beklagten zu 1) nicht mehr in Frage gestellt werden.

Zweifelhaft ist zwar, ob die vom Kläger geltend gemachte allgemeine Kostenpauschale in Höhe von 25,00 € auch im Rahmen von vertraglichen Ansprüchen erhoben werden kann. Dies kann jedoch dahinstehen, denn durch die Beschädigung des zuvor mangelfreien Eigentums des Klägers an den Fensterrahmen hat besteht gleichzeitig eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass im Deliktsrecht die allgemeine Schadenspauschale von 25,00 € als Schadensersatz geschuldet ist.

Die mit dem Klageantrag zu 3. geltend gemachte Feststellungsklage gegen den Beklagten zu 1) ist ebenfalls begründet. Denn ausweislich des in diesem Verfahren gem. § 493 ZPO verbindlichen Gutachtens aus dem selbstständigen Beweisverfahren besteht der konkrete Verdacht, dass durch das unsachgemäße Hantieren des Beklagten zu 1) anlässlich der Nachbesserungsversuche weitere Folgeschäden entstehen können. Für diese würde der Beklagte zu 1) ebenfalls aus § 280 Abs. 1, § 823 BGB haften.

Die Widerklage des Beklagten zu 2) ist zulässig aber unbegründet. Zwar konnte der Beklagte zu 2) die Widerklage hilfsweise vor dem erkennenden Gericht erheben. Obwohl der Streitwert der Widerklage 5.000,00 € nicht übersteigt und § 33 ZPO eigentlich aufgrund seiner systematischen Stellung sowie der amtlichen Überschrift nur für die örtliche Zuständigkeit gilt, bleibt die sachliche Zuständigkeit von § 33 ZPO unberührt. Ist allerdings das Landgericht für die Klage sachlich zuständig, so ist es dies auch für die Widerklage, die in die Zuständigkeit des Amtsgerichts fiel. Aufgrund des Normenzwecks des § 33 ZPO, dem Gedanken der Prozessökonomie, entspricht dies allgemeiner Meinung. Der Beklagte zu 2) hatte auch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Widerklage. Denn trotz seines gegenüber der Klage ausgeübten Zurückbehaltungsrechtes hinsichtlich einer Zug um Zug-Verurteilung würde ihm ein vom Kläger erstrittenes Urteil mit dieser Zug um Zug-Eingrenzung nicht reichen. Denn insofern hätte der Beklagte zu 2) hinsichtlich seines behaupteten Gegenanspruchs auf Abtretung keinen eigenen Titel.

Jedoch ist die Widerklage unbegründet. Wie bereits zuvor ausgeführt, besteht hier zwischen den Beklagten eine Gesamtschuld, welche die Anwendung des § 255 BGB ausschließt. Demnach hat der Beklagte zu 2) keinen Anspruch auf Abtretung der anderweitigen Ersatzansprüche des Klägers gegen den Beklagten zu 1). Er benötigt einen solchen Anspruch auch nicht, denn im Rahmen einer Gesamtschuld richtet sich der Innenausgleich zwischen den beiden Beklagten nach § 426 BGB.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten gem. § 100 Abs. 2, 4 ZPO gesamtschuldnerisch in Höhe von 46 %. Im Übrigen trägt die Kosten der Beklagte zu 1). Die geringfügige Zuvielforderung der Zinsen seitens des Klägers wirkt sich kostenmäßig nicht aus.

Im Übrigen beruhen die Nebenentscheidungen auf § 709 ZPO.
