
Datum: 15.06.2012
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 19. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 19 U 116/11
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2012:0615.19U116.11.00

Vorinstanz: Landgericht Aachen, 12 O 572/10

Tenor:

Auf die Berufungen des Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) und 3) wird das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Aachen vom 28.06.2011 – 12 O 572/10 – teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird festgestellt, dass die Beklagten zu 1), 2) und 3) als Gesamtschuldner verpflichtet sind, jeglichen Schaden zu ersetzen, der dadurch entstanden ist oder noch entstehen wird, dass bei der Vermessung und Bauausführung des Bauvorhabens N 80, jetzt G-Straße 80 in B, nicht die Höhenlage der vorgelagerten öffentlichen Verkehrsflächen mit Erschließungsfunktion für die Ermittlung der seitlichen Abstandsflächen zugrunde gelegt wurde.

Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden den Beklagten als Gesamtschuldner auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagten dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % der vollstreckbaren Kosten abwenden, wenn nicht die Kläger ihrerseits vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.	2
Die Kläger beauftragten Anfang 2008 das Architektenbüro der Beklagten zu 2) mit den Leistungsphasen 1 bis 4 für die Errichtung eines Einfamilienhauses in B2. Dem vorangegangenen Angebot der Beklagten zu 2) war auch ein Angebot des Beklagten zu 1) als Vermesser beigelegt. Der Beklagte zu 1) vermaß das Grundstück und der Beklagte zu 3), der einer der Partner der Beklagten zu 2) ist, erbrachte die Architektenleistungen. Nach Ziffer 2.7 der schriftlichen Festsetzungen zum einschlägigen Bebauungsplan Nr. 805 – C Straße/C2straße – war als Bezugsniveau für die maximale Firsthöhe die „Höhenlage der vorgelagerten öffentlichen Verkehrsflächen – nicht das vorhandenen Gelände“ maßgeblich. Dieses Bezugsniveau war „auch zur Ermittlung der seitlichen Abstandsflächen zugrunde zu legen“. Die Höhenlage des Fertig-Fußbodens im Erdgeschoss wurde hinsichtlich des Hauses der Kläger von der Geländehöhe aus berechnet. Das Gebäude wurde in der Folge unterhalb des Niveaus der vorgesehenen öffentlichen Verkehrsflächen errichtet.	3
Die Parteien streiten insbesondere darüber, ob die Höhenlage des klägerischen Hauses gegen öffentlich-rechtliche Vorgaben verstößt und fehlerhaft ist sowie wer ggf. hierfür die Verantwortung trägt.	4
Die Kläger haben beantragt,	5
festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, jeglichen Schaden zu ersetzen, der daraus entsteht oder entstanden ist, dass die Beklagten hinsichtlich des Bauvorhabens N 80, jetzt G-Straße 80, B, durch ihre Planung verursacht haben, dass das Gebäude hinsichtlich fachtechnischer wie planungsrechtlicher Vorgaben der Stadt B zu tief ausgeführt worden ist.	6
Die Beklagten haben beantragt,	7
die Klage abzuweisen.	8
Das Landgericht hat mit Urteil vom 28.06.2011 der Klage stattgegeben und antrags-	9
gemäß ein Feststellungsurteil erlassen mit der Maßgabe, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet seien, jeglichen Schaden zu ersetzen, der daraus entsteht oder entstanden ist, dass sie hinsichtlich des in Rede stehenden Bauvorhabens durch ihre Planung verursacht haben, dass das Gebäude hinsichtlich fachtechnischer wie planungsrechtlicher Vorgaben der Stadt Aachen zu tief ausgeführt worden ist. Hinsichtlich der Einzelheiten zum Tatbestand und zu den Entscheidungsgründen wird auf das landgerichtliche Urteil Bezug genommen.	10
Mit ihren jeweiligen Berufungen verfolgen die Beklagten die Klageabweisung.	11
Der Beklagte zu 1) ist der Auffassung, ein Feststellungsinteresse der Kläger sei in Bezug auf ihn nicht gegeben. Es sei weder vorgetragen noch erkennbar, welche zusätzlichen Maßnahmen zur Sicherung von Oberflächenwasser aus der Umgebung erforderlich seien, die nicht schon sowieso ergriffen werden müssten, um das Gebäude vor Oberflächenwasser zu schützen. Selbst wenn Maßnahmen erforderlich wären, sei dafür nicht der Beklagte zu 1) verantwortlich, da er mit der Planung der höhenmäßigen Einordnung des Gebäudes nichts zu tun habe. In Bezug auf den Beklagten zu 1) bestehe daher keine Möglichkeit eines Schadenseintritts, weshalb die Klage insoweit unzulässig sei. Hinzu komme, dass auch der	12

im Wege der Auslegung des klägerischen Antrags gefundene Feststellungsantrag zu unbestimmt sei und nicht erkennen lasse, auf welche Gebäudeteile bezogen das Gebäude zu tief ausgeführt worden sei.

Auch sei die Feststellungsklage unbegründet. Unter Bezugnahme auf den Vortrag erster Instanz vertritt der Beklagte zu 1) die Ansicht, nicht Vertragspartner der Kläger geworden zu sein. Sein Angebot vom 07.02.2008 sei an die Beklagten zu 2) und 3) adressiert gewesen. Auf das Angebotsschreiben der Beklagten zu 2) an die Kläger vom 15.02.2008, das der Beklagte zu 1) damals nicht gekannt habe, käme es nicht an. Es sei nicht üblich, dass ein Architekt einen Vermessungsingenieur als Subplaner beauftrage. 13

Auch fehle es an einer Pflichtverletzung des Beklagten zu 1). Unzutreffend habe das Landgericht die Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) darin gesehen, dass dieser die Geländeoberfläche als unteren Bezugspunkt zu Grunde gelegt habe. Der Beklagte zu 1) habe die Geländeoberfläche ausschließlich als Bezugspunkt für die Ermittlungen der Abstandsflächen herangezogen. Die Höheneinordnung und die Tieferlegung um 14 cm seien durch die Beklagten zu 2) und 3) erfolgt. 14

Es sei auch nicht richtig, wenn das Landgericht davon ausgehe, das Gebäude liege nach öffentlich-rechtlichen Vorgaben zu tief. Weder aus dem Bebauungsplan noch aus dessen schriftlichen Festsetzungen ergäben sich zwingend einzuhaltende Vorgaben zur Höhenlage der Oberkante des Erdgeschossfußbodens. Der Bebauungsplan enthalte nur Vorgaben zur maximalen Trauf- und Firsthöhe bezogen auf die Verkehrsfläche. Die Höhe der von außen nicht sichtbaren Oberkante des Erdgeschossfußbodens habe für die Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens keine Rolle gespielt. 15

Es habe auch nicht zur Aufgabe des Beklagten zu 1) gehört, die Höheneinordnung des Gebäudes vorzunehmen. Die höhenmäßige Einordnung sei Planungsaufgabe des Architekten gewesen. Der Vermessungsingenieur prüfe nur unter Zugrundelegung des von den Architekten geplanten und höhenmäßig in das Grundstück eingeordneten Baukörpers die erforderlichen Abstandsflächen. 16

Der Beklagte zu 1) habe die tatsächlich vorhandene Höhe des Grundstücks gemessen und zwar zutreffend. Die Ergebnisse habe er der Beklagten zu 2) mitgeteilt. Die Beklagte zu 2) habe die Höhe der Oberkante des Erdgeschossfußbodens festgelegt. Der Beklagte zu 1) sei planerisch nicht eingebunden gewesen, wie das Gebäude in das vorhandene Gelände höhenmäßig einzuordnen sei. Der Beklagte zu 1) habe von den Beklagten zu 2) und 3) erfahren, wie das geplante Gebäude höhenmäßig in das Grundstück eingeordnet werden sollte, sodann habe er die Überschreitung der Abstandsflächen festgestellt. Hätte der Beklagte zu 1) die höhenmäßige Einordnung des Gebäudes selbst geplant, hätte er dies so getan, dass die erforderlichen Abstandsflächen eingehalten werden. 17

Auch fehle es an einem kausalen Schaden. Ausgehend von der Feststellung, das Gebäude liege zu tief, was einen Mangel darstelle, meine das Landgericht, dass bei stärkeren Regenfällen Überschwemmungsschäden eintreten können. Ein Mangel liege aber nicht vor, weil die Klägerin mit den Beklagten zu 2) und 3) keine bestimmte Höhenlage des Gebäudes vereinbart hätte, von der sodann abgewichen worden sei. Allein die Herstellung eines Gebäudes mit einer Oberkante des Erdgeschossfußbodens unterhalb der öffentlichen Verkehrsfläche stelle keinen technischen Mangel dar. Auch aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergebe sich insoweit kein Mangel; das Gebäude sei so genehmigt worden. Ohne Mangel am Gebäude fehle es auch am Schaden der Kläger. Zudem scheitere die Annahme eines Schadens daran, dass das Gebäude, das über einen Keller verfüge, ohnehin 18

ausreichend gegen Oberflächenwasser abgedichtet sein müsse. Selbst wenn aber ein Schaden möglich wäre, wäre dieser nicht auf eine Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) zurückzuführen. Diese würde sich darauf beschränken, bei der Berechnung der Abstandsflächen die mittlere Geländehöhe und nicht die Höhe der vorgelagerten Verkehrsflächen als Bezugsgröße herangezogen zu haben. Diese Pflichtverletzung habe nichts mit der höhenmäßigen Einordnung des Gebäudes zu tun. Sie sei für die Tieferlegung des Gebäudes nicht kausal geworden. Die Tieferlegung des Gebäudes sei zur Einhaltung der Abstandsflächen nicht erforderlich gewesen. Zur Korrektur von Fehlberechnungen der Abstandsflächenunterschreitung kämen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. Wenn überhaupt eine Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) vorläge und diese für die Tieferlegung des Gebäudes ursächlich sei, so wäre der Beklagte zu 1) nur für die Tieferlegung um 14 cm, die nach seiner ersten Abstandsflächenberechnung durch die Beklagten zu 2) und 3) vorgenommen wurde, mitverantwortlich. Diese tiefere Ausführung ließe sich aber durch die Gestaltung des Geländes ausgleichen. Ein Schaden sei dadurch nicht eingetreten.

Auch die Beklagten zu 2) und 3) verfolgen die Klageabweisung und machen geltend, die gesamte Planung der Beklagten zu 2) und 3) beruhe auf falschen Vermessungsleistungen des Beklagten zu 1). Selbst wenn in Einzelfällen der Rechtsprechung die Architekten, die mit der Planung und Bauleitung beauftragt sind, Einmessarbeiten zu kontrollieren hätten, sei hier eine Vermessung im Höhe- und Lageplan nicht von den Beklagten zu 2) und 3) zu überprüfen gewesen, weil ihnen eine Kontrolle mangels Ausbildung und Gerät schon nicht möglich gewesen sei. Außerdem seien die Beklagten zu 2) und 3) nicht mit der Bauleitung beauftragt gewesen. Jedenfalls ergebe sich aus den vom Landgericht zitierten Entscheidungen nicht, dass hier die Beklagten zu 2) und 3) den Beklagten zu 1) hätten kontrollieren müssen. Es sei nicht Aufgabe der Beklagten zu 2) und 3), die Arbeit des Vermessungsingenieurs zu überprüfen, auch wenn die Arbeit des Vermessungsingenieurs eine Grundlage für die Errichtung des Bauvorhabens darstelle. Da der Architekt über Fachkenntnisse nicht verfüge, sei seine Überprüfungspflicht beschränkt. Für Überprüfungsarbeiten sei der Bauleiter zuständig. Die Kläger hätten auf einen Bauleiter aber aus Kostengründen verzichtet. Diese Aufgabe habe der Beklagte zu 1) wahrgenommen.

Das landgerichtliche Urteil sei auch insoweit unzutreffend als darin ausgeführt werde, dass ein Schaden gegenwärtig noch nicht festgestellt werden könne. Es sei nicht berücksichtigt worden, dass die Beklagten zu 2) und 3) unter Beweisantritt vorgetragen haben, dass das Haus nur 19 cm, und nicht wie die Kläger behaupten 39 cm, zu tief liege und sich das nicht negativ auswirke. Probleme mit „Überschwemmungen“ habe es nicht gegeben. Keine Partei habe vorgetragen, dass sich ein Schaden erst zeigen könne, wenn die öffentlichen Verkehrsflächen und die Flächen der Nachbargrundstücke endgültige Gestalt erhalten. Es handele sich dabei um eine Sachverständigenfrage. Bereits heute könne festgestellt werden, ob ein Schaden bestehe. Da bereits derzeit kein Schaden bestehe, sei auch nach Ausbau der öffentlichen Straße keiner gegeben. Daher sei eine Feststellungsklage nicht zulässig. Ein Sachverständiger könne - bei unterstelltem Schaden - die Kosten bereits heute beziffern. Die Beklagten zu 2) und 3) weisen darauf hin, dass aus einem unsubstantiierten Klagevorbringen (ein Schaden werde nicht hinreichend dargelegt) kein begründeter Feststellungsantrag folge.

Der Beklagte zu 1) und die Beklagten zu 2) und 3) beantragen,

unter Abänderung des am 28.06.2011 verkündeten Urteils des Landgerichts Aachen - 12 O 572/10 - die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

24

die Berufungen des Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) und 3) zurückzuweisen.

Sie verteidigen das landgerichtliche Urteil. Sie gehen mit dem Landgericht vom Vorliegen eines Feststellungsinteresses aus. Erst nach Fertigstellung der Anliegerstraße und der sonstigen Bebauung könne ermittelt werden, ob und wie ein mangelfreier Dachanschluss, die Erschließung und Trennung zu den Nachbargrundstücken, die ausreichende Entwässerung und die Vorsorge für das Jahrhundertregenereignis gewährleistet seien und wie der Mangel beseitigt werden könne. Eine Kostenvorschussklage sei nicht möglich, da sich diese auf die Beseitigung von Planungsmängeln beziehen würde. Hier hätten sich aber die Mängel bereits im Bauvorhaben konkretisiert. Es ginge nun um einen Schadensersatz, dessen Bezifferung noch nicht möglich sei. Pumpensumpf und Abdichtung würden allein nicht reichen. Auch sei zu berücksichtigen, dass nicht das ganze Haus unterkellert sei und mit einem Unterspülen der Bodenplatte zu rechnen sei. 25

Die Berufung der Beklagten zu 1) wird als erfolglos erachtet. Die Kläger bestreiten, dass der Beklagte zu 1) nicht habe erkennen können, dass die Beauftragung für einen Dritten erfolgte. Der Beklagte zu 1) habe eine Pflichtverletzung begangen, weil er nicht einen Höhenplan und eine Berechnung mit den Verkehrsflächen als Bezugsniveau vorgenommen habe. Die Kläger bestreiten weiterhin, dass die Pflichtverletzung für die tatsächliche Zutiefenanordnung des Gebäudes nicht ursächlich sei, weil die Abstandsflächen eingehalten seien und die höhenmäßige Einordnung grundsätzlich allein dem Architekten obliege. 26

Der Beklagte zu 1) habe ausweislich des Angebots vom 07.02.2008 die Erstellung eines Lage- und Höhenplanes einschließlich Abstandsflächenberechnung sowie die Durchführung der Grob- und Feinabsteckung geschuldet. Mangels zutreffender Höheneinordnung habe er einen Ursachenbeitrag für die Tieferlegung des Gebäudes gesetzt. Die Kläger bestreiten, dass eine Tieferlegung von lediglich 14 cm einen Mangel ausschließen würde. Allein aus einer solchen Tieferlegung ergebe sich ein technischer Mangel. 27

Auch die Berufungen der Beklagten zu 2) und 3) seien erfolglos. Der Architekt habe sich zu vergewissern, dass der Fachplanerbeitrag keine Mängel enthalte und ob der Fachplaner von den zutreffenden Gegebenheiten ausgegangen sei. Der Beklagte zu 3) habe die falsche höhenmäßige Einordnung im Planungsstadium erkennen können und müssen. Dazu habe kein Prüfenieur beauftragt werden müssen. Eine Nachfrage beim Beklagten zu 1), ob dieser bei seiner Bemessung auch die Verkehrsflächen als Basis herangezogen habe, hätte ausgereicht. Dass der Architekt nicht mit der Bauüberwachung beauftragt gewesen sei, entlaste ihn nicht. Die Kläger bestreiten, dass die Beklagten zu 2) und 3) das Bauvorhaben ein weiteres Mal tiefer gesetzt haben, machen sich dieses Vorbringen aber hilfsweise zu Eigen. Sie bestreiten weiterhin, dass das Haus lediglich 19 cm zu tief liegen solle. Sie bestreiten auch, dass die noch nicht fertigen Verkehrsflächen nach Fertigstellung die Wasserbelastung verringern. Das Gegenteil sei vielmehr der Fall. 28

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zur Akte gereichten beiderseitigen Schriftsätze und die dazugehörenden Anlagen Bezug genommen. 29

II. 30

Die Berufungen des Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) und 3) sind zulässig, aber in der Sache unbegründet. Die von den Klägern erhobene Feststellungsklage ist zulässig und begründet. Der Senat sah sich lediglich veranlasst, den Tenor des Feststellungsurteils aus Gründen der Klarstellung neu zu fassen. Damit ist der Berufung kein Erfolg beschieden, weshalb der Tenor zugleich die Zurückweisung der Berufung beinhaltet. 31

1. Die Feststellungsklage ist zulässig.	32
Der Klageantrag ist, nachdem das Landgericht hierzu einen Hinweis erteilt hatte und ein neuer Antrag gestellt worden ist, Grundlage des Tenors geworden. Dieser Feststellungstenor ist jedoch nicht hinreichend bestimmt genug. Darauf sind die Kläger in der mündlichen Verhandlung durch den Senat hingewiesen worden und haben auf dieser Grundlage eine Abänderung des Tenors beantragt, der der Fassung des jetzigen Urteilstenors entspricht. Mit dieser sprachlichen Anpassung des Tenors wird die geltend gemachte Pflichtverletzung als solche in Bezug genommen. Es wird nunmehr klargestellt, dass bei der Einmessung nicht der Bezugspunkt der vorgelagerten öffentlichen Verkehrsflächen zur Erschließung des Hauses zugrunde gelegt wurde, sondern stattdessen auf die Geländeoberfläche abgestellt wurde.	33
Die Zulässigkeit der Feststellungsklage hängt im Übrigen vom Interesse der Kläger an der begehrten Feststellung ab, § 256 Abs. 1 ZPO. Ein solches Interesse ist hier anzunehmen. Zwischen den Klägern und dem Beklagten zu 1) sowie den Klägern und den Beklagten zu 2) und 3) bestehen vertragliche Schuldverhältnisse. Das – von Amts wegen festzustellende - Feststellungsinteresse selbst haben die Kläger darzulegen und ggf. zu beweisen (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., 2012, § 256 Rn 7). Es fehlt dann, wenn eine Klage auf Leistung möglich ist (BGH NJW 2000, 1256, 1257), dabei muss allerdings der gesamte Schaden bezifferbar sein. Es gilt der Vorrang der Leistungsklage. Allerdings muss die Feststellungsklage nicht in eine Leistungsklage umgestellt werden, wenn der Schaden (erst) im Verlaufe des Prozesses bezifferbar geworden ist (BGH NJW-RR 2004, 79, 81). Es reicht für das Vorliegen eines Feststellungsinteresses aus, wenn sich der Schaden noch in der Fortentwicklung befindet (vgl. BGH NZV 2006, 476).	34
Gemessen an diesen Grundsätzen ist hier von einem Feststellungsinteresse der Kläger auszugehen. Dies gilt selbst dann, wenn ggf. ein Teil der durch die Pflichtverletzung entstandenen Schäden bereits bezifferbar sein sollte. Dies mag insbesondere für einen möglicherweise bereits derzeit schon feststellbaren (Verkehrs-)Minderwert des Hauses wegen fehlender Einhaltung der Firsthöhe bzw. Tieferlegung des Hauses im Vergleich zu den anderen Reihenhäusern der Fall sein. Ein Wertgutachten könnte hierzu unter Umständen bereits zwar eingeholt werden. Andererseits hängt indes auch die Bestimmung des Werts von weiteren Schäden ab. Solche Schäden sind derzeit noch nicht vollständig feststellbar. Unstreitig sind die Anliegerstraßen noch nicht fertig gestellt. Erst nach Fertigstellung der Straßen kann festgestellt werden, ob sich durch die Entwässerung von Niederschlagswasser Schäden zeigen. Damit haben die Kläger hinreichend dargelegt, dass sich der Schaden noch in der Entwicklung befindet.	35
Selbst wenn man der Auffassung sein sollte, ein Schaden sei bereits entstanden, so bleibt ein Feststellungsinteresse vorliegend zudem gleichwohl zu bejahen. Es besteht auch dann ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Feststellungsklage, wenn die Schädigung zwar abgeschlossen ist, aber noch nicht geklärt werden kann, auf welche Weise und mit welchen Kosten sie behoben werden kann (vgl. BGH NZM 2008, 222). Solange nicht die Anliegerstraßen fertig errichtet sind, wird in Bezug auf die konkrete Situation des Hauses der Kläger nicht abschließend zu klären sein, welche Schäden und welche Schadensbeseitigungsmaßnahme in Betracht kommen. Das haben die Kläger jedenfalls hinreichend konkret dargelegt. Jedenfalls wird für die Bezifferung des Schadens ein Gutachten erforderlich sein. Allein dieses Erfordernis reicht vorliegend aus, um ein Feststellungsinteresse anzunehmen (vgl. dazu BGH NJW 2000, 1256, 1257). Es ist in Baumängelprozessen durchaus anerkannt, dass eine Feststellungsklage auch dann zulässig ist, wenn nur durch kostspielige Kostenvoranschläge verschiedener Fachfirmen oder durch	36

Sachverständigengutachten der Schadensumfang ermittelt werden kann (Werner Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., 2008, Rn 438). Das von den Klägern vorgelegte Gutachten des Dipl. Ing. W vom 28.02.2012 benennt in Ergänzung zu seinem bereits erstinstanzlich vorgelegten Gutachten vom 16.08.2010, Anlage K 5, zwar Schadensbeseitigungsmaßnahmen, macht aber deutlich, dass eine genaue Ermittlung der Kosten nur durch ein aufwendiges und kostenintensives Gutachten möglich ist. Angesichts der noch nicht vollständigen Errichtung der Anliegerstraßen sowie der Erforderlichkeit eines solchen aufwendigen Gutachtens geht der Senat daher nach wie vor vom Vorliegen eines Feststellungsinteresses aus. Es war insofern nicht veranlasst, zur Feststellung der konkreten Schäden ein Sachverständigengutachten einzuholen.

2. Die Feststellungsklage ist auch begründet.

37

Es besteht eine grundsätzliche Haftung des Beklagten zu 1) und der Beklagten zu 2) und 3) als Gesamtschuldner.

38

a) Anspruchsgrundlage für eine Schadensersatzhaftung des Beklagten zu 1) sind §§ 634 Nr. 4, 636, 280 i.V.m. § 631 BGB, da es sich bei der Tätigkeit des Beklagten zu 1) um eine Leistung nach Werkvertragsrecht handelt (vgl. OLG Hamm Urt. v. 25.11.2005 26 U 14/05 BeckRS 2006, 09856; OLG Hamm NJW-RR 2000, 22; Locher/Koeble/Frik, HOAI 10. Aufl., 2010, Einl. 317).

39

Zutreffend geht das Landgericht von einem Vertrag zwischen den Klägern und dem Beklagten zu 1) über Vermessungsarbeiten, die Erstellung eines Lage- und Höhenplans und die Berechnung der Abstandsflächen aus. Auf die zutreffenden Gründe im landgerichtlichen Urteil wird Bezug genommen. Ergänzend bleibt anzumerken: Das Angebot des Beklagten zu 1) vom 15.02.2008 hat zwar die Beklagte zu 2) an die Kläger übersandt. Gleichwohl haben damit die Beklagte zu 2) und der Beklagte zu 3) kein eigenes Angebot abgegeben, sondern nur das des Beklagten zu 1) übermittelt. Zutreffend weist das Landgericht darauf hin, dass entscheidendes Indiz für den Vertragsabschluss zwischen den Klägern und dem Beklagten zu 1) der Umstand der unmittelbaren Abrechnung des Beklagten zu 1) gegenüber den Klägern ist. Auch haben die Kläger unmittelbar an den Beklagten zu 1) gezahlt. Es entspricht auch der üblichen Verfahrensweise, dass zwischen Bauherr und Vermessungsingenieur der Vertrag zustande kommt (vgl. etwa OLG Hamm NJW 2000, 22). Zudem heißt es im Angebot der Beklagten zu 2) vom 15.02.2008 (Anlage 1, Bl. 11 GA), dass die Kläger den Vermesser beauftragen mögen. Der Umstand, dass der Beklagte zu 1) an die Beklagten zu 2) und 3) unter dem 07.02.2008 (Anlage B 1, Bl. 78 GA) ein Angebot zum Zweck der Kostenermittlung für die Architekten erstellt hat, ändert am Vertragsschluss nichts.

40

Gegenstand des Vertrages war die Feststellung der Abstandsflächen und die höhenmäßige Einordnung des Gebäudes als Grundlage für die Planung der Beklagten zu 2) und 3) (siehe insofern Anlage 3 und 4 - Berechnung der Abstandsflächen vom 04.02.2009 und Lage- und Höhenplan vom 11.03.2009). Damit ist der Beklagte zu 1) als Fachplaner tätig geworden. Selbst wenn seine Arbeit dem Architekten als Vorarbeit dient, liegt sie allein im Interesse des Bauherrn, der insoweit, wie bei jedem anderen Gewerk auch, den Planer beauftragt, selbst wenn der Vertragsschluss über den Architekten als Vertreter gem. § 164 BGB zustande kommt.

41

Mit dem Landgericht ist von einer Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) auszugehen.

42

Der Beklagte zu 1) hatte die Vermessung und Erstellung des Lage- und Höhenplans so vorzunehmen, wie es von einem öffentlich bestellten Vermessungsingenieur erwartet werden

43

kann und muss. Danach haftet grundsätzlich der Vermessungsingenieur für richtiges Einmessen (Locher/Koeble/Frik, a.a.O., Einl 335; siehe auch KG Berlin Urt. v. 30.4.1996 – 21 U 8014/95 zitiert nach juris; zum Leistungsbild der Vermessung vgl. auch Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 7. Aufl., 2009 § 97 b, Rn 7). Der Beklagte zu 1) hatte sich danach bei der Vermessung an den Vorgaben zu orientieren, die im Bebauungsplan festgesetzt sind. Dies ergibt sich schon allein aus dem Umstand, dass er im Lage- und Höhenplan von 11.03.2009 (Anlage 4, Bl. 15 GA) versichert, dass die Richtigkeit der Eintragung des geltenden Planungsrechts gewährleistet werde. Nach Ziff. 2.7 der schriftlichen Festsetzungen des Bebauungsplans (Bl. 182 ff GA) war Bezugsniveau für die maximale Firsthöhe der Oberkante des Daches die vorgelagerte öffentliche Verkehrsfläche mit Erschließungsfunktion für das Haus (der Kläger) und nicht das vorhandene Gelände. Das gilt auch für die Ermittlung der seitlichen Abstandsflächen. Unstreitig hat der Beklagte zu 1) diesen Bezugspunkt bei seiner Messung für die Erstellung des Lage- und Höhenplans und die Berechnung der Abstandsflächen nicht berücksichtigt. Das hat er selbst eingeräumt. Das gilt auch unabhängig von einer etwaigen Höheneinordnung, die dem Beklagten zu 1) von der Beklagten zu 2) über Frau A vorgegeben worden sein soll. Der Beklagte zu 1) macht zwar in seiner Klageerwiderung geltend, eine Vermessung mit dem Bezugspunkt der vorgelagerten öffentlichen Verkehrsfläche sei nicht möglich gewesen, weil zum Zeitpunkt der Prüfung der Abstandsflächen der öffentliche Weg noch nicht fertig gestellt sei, weshalb er auf die Geländehöhe habe abstellen dürfen. Es kann indessen dahingestellt bleiben, ob diese Behauptung zutrifft. Jedenfalls hätte sich der Beklagte zu 1) für diesen Fall erkundigen bzw. darauf hinweisen müssen, dass er ein anderes Bezugsniveau zugrunde legt und insofern seinen Lage- und Höhenplan als vorläufig bezeichnen müssen, was nicht erfolgt ist. Er macht zwar geltend, auf die Vorläufigkeit hingewiesen zu haben, und es ist auch zutreffend, dass der mit der E-Mail vom 25.02.2008 (Anlage B 4, Bl. 82 GA) übersandte Teilausschnitt seines Plan als „vorläufiger Lageplan 25.02.2008“ bezeichnet ist. Es ist aber nicht erkennbar, worauf sich die Vorläufigkeit bezieht, insbesondere fehlt ein Hinweis, dass hier eine Vorläufigkeit wegen des Bezugspunkts besteht. Dem E-Mailverkehr und den Unterlagen ist ein solcher Hinweis nicht zu entnehmen. Insbesondere der Plan vom 11.03.2008 enthält insoweit keinerlei Hinweise auf die auch zu diesem Zeitpunkt fortbestehende Einmessung nach dem Bezugspunkt Geländeoberfläche.

Zutreffend weisen die Kläger zudem darauf hin, dass in der E-Mail vom 07.03.2008 44

nach Neuplanung festgestellt wird, dass die Abstandsflächen sich in zulässigen Grenzen 45
verhalten und also nicht nur vorläufigen Charakter haben (Bl. 121 GA).

Es ist entgegen der Auffassung des Beklagten zu 1) auch kein Haftungsausschluss oder 46
eine Haftungsbegrenzung für eine Absenkung des Gebäudes um höchstens 0,14 m
anzunehmen. Wenn die falsche Einmessung eine Absenkung des Gebäudes zur Folge hatte,
dann würde sich die Frage, um wie viel die Absenkung zu erfolgen hatte, im Rahmen der
Schadensfeststellung auswirken. Soweit der Beklagte zu 1) meint, dass hier die Beklagten zu
2) und 3) für die Höhe des Gebäudes verantwortlich seien und der Beklagte zu 1) zu diesem
Zeitpunkt die Abstandsflächen noch nicht geplant hatte, verkennt er, dass bei Bestimmung
der Ausschachttiefe sich die Fehlmessung des Beklagten zu 1) sehr wohl ausgewirkt hat.
Wenn der Architekt in der Regel den Fußboden EG als Nulllinie vorgibt und davon ausgehend
eine bestimmte Höhe und Ausschachttiefe bestimmt, orientiert er sich an den Messungen des
Lage- und Höhenplans des Vermessungsingenieurs, so dass sich insoweit die Messung in den
Festlegungen des Architekten fortwirkt. Auch wenn der Architekt für die Tiefe und
höhenmäßige Planung des Gebäudes verantwortlich ist und diese auf der Grundlage des
Höhenplans des Vermessungsingenieurs trifft, bleibt es bei einer Fortwirkung der Messung

nach Maßgabe einer falschen Bezugsgröße.

Die Messung unter Annahme eines falschen Bezugspunkts hat der Beklagte zu 1) auch zu vertreten, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Das erforderliche Sorgfaltsmaß gem. § 276 BGB ist nicht eingehalten. 47

Die Pflichtverletzung des Beklagten zu 1) hat auch zu einem kausalen Schaden geführt. Der Beklagte zu 1) räumt selbst ein, dass die Anwendung einer falschen Bezugsgröße zu einer falschen Abstandsflächenberechnung geführt hat, meint aber diese Pflichtverletzung sei nicht kausal, weil die Beklagten zu 2) und 3) das Dach hätten umplanen können. Das ist - wenn überhaupt - eine Frage der Schadensbeseitigung, nicht eine Frage der Pflichtverletzung oder Kausalität. 48

Soweit der Beklagte zu 1) geltend macht, durch seine Pflichtverletzung sei kein Schaden entstanden, so beschränkt er dies letztlich auf die Behauptung, dass sich der Bezugspunkt nicht ausgewirkt habe, weil eine Tieferlegung zu keinen Folgeschäden geführt habe bzw. führt. Dass eine Tieferlegung erfolgte, stellt aber selbst der Beklagte zu 1) nicht in Abrede und ergibt sich zudem eindeutig aus den vorgelegten Fotos des Gutachters W. Danach dürfte jedenfalls von einem Gebäudeminderwert auszugehen sein. Auch bestreitet der Beklagte zu 1) nicht, dass die Abstandsflächen überschritten sind. Welche Schäden im Einzelnen bestehen, bleibt zu klären, was aber nicht Gegenstand der Feststellungsklage ist. 49

Der Beklagte zu 1) kann nicht geltend machen, seine Haftung entfalle, weil die Beklagten zu 2) und 3) mit der zuständigen Behörde über eine Duldung der Abstandsflächenüberschreitung hätten verhandeln können. Das ist allenfalls eine Frage der Schadensbeseitigungs- oder minderungspflicht. Dies gilt in gleicher Weise für seinen Vorschlag, Gelände anzuschütten. 50

Soweit der Beklagte zu 1) meint, ihn treffe keine Haftung aus § 839 BGB, Art. 34 GG, ist das nicht zielführend, da hier Ansprüche aus Vertrag in Rede stehen. Der Beklagte zu 1) ist nicht im Rahmen seiner Amtspflicht, sondern kraft Beauftragung tätig geworden. Insofern ist § 839 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar (Palandt/Sprau, BGB, 71. Aufl., 2012, § 839, Rn 55 m.w.N.). 51

b) Auch die Beklagten zu 2) und 3) haften den Klägern auf Schadensersatz wegen Verletzung aus dem Werkvertrag folgender Pflichten gem. §§ 634 Nr. 4, 636, 280 i.V.m. § 631 BGB. 52

Der Architekt ist zur Überprüfung der Einmessung verpflichtet, die der Vermessungsingenieur vornimmt. Da diese Einmessung Grundlage der weiteren Planung ist, hat der Architekt grundsätzlich die Einmessung zu überprüfen (OLG Nürnberg Ur. v. 02.02.2005 - 6 U 2921/04, NZBau 2005, 701, zitiert nach juris). Dabei hat der Architekt zu überprüfen, ob die Einmessung nach zutreffenden Vorgaben erfolgt ist. So hat er etwa im Rahmen der ihm obliegenden Kontrolle den Einmessplan mit der genehmigten Planung zu überprüfen (OLG Düsseldorf Ur. v. 22.01.2008 - I-21 U 278/06, zitiert nach juris). Er ist aber nicht verpflichtet, einen Sonderfachmann (Prüfingenieur) zur Überprüfung hinzuziehen oder gar selbst die Einmessung vorzunehmen. Der Architekt hat aber die Pflicht nachzufragen, ob von zutreffenden Bezugsgrößen ausgegangen wurde. Die Beklagten zu 2) und 3) haben nicht vorgetragen, welche Maßnahmen sie ergriffen haben, um die Einmessarbeiten des Beklagten zu 1) zu kontrollieren. Aus dem Umstand, dass der 3. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln in einer (alten) Entscheidung geurteilt hat, die Pflicht des Architekten erschöpfe sich auch in Bezug auf die Vermessungsarbeiten in der Aufsichtspflicht (OLG Köln, Ur. v. 16.1.1968 - 3 U 53

201/67, zitiert nach juris), ergibt sich vorliegend nichts anderes, zumal es in diesem Fall um die Frage der zusätzlichen Beauftragung eines selbständigen Vermessungsingenieurs neben einem bereits tätig gewordenen städtischen Vermessungsbeamten ging.

Von einer Überprüfungspflicht gehen selbst die Beklagten zu 2) und 3) aus, da sie der Meinung sind, dass der Architekt verpflichtet sei, bei größeren Abweichungen der Angaben des Vermessungsingenieurs im Höhenplan von der tatsächlich anzutreffenden Beschaffenheit des Geländes und sich daraus ergebenden Zweifeln, den Vermessungsingenieur um Korrektur zu bitten. Die Beklagten zu 2) und 3) meinen zwar, es habe hier kein Anlass bestanden, an der Einmessung durch den Beklagten zu 1) zu zweifeln. Darauf kommt es aber nicht an, wenn sie noch nicht einmal vortragen, überhaupt Prüfpflichten nachgekommen zu sein. Die Prüfpflicht trifft den Architekten unabhängig von seiner Funktion als Bauleiter. Er hat die Grundlage der Messung für seine eigene Genehmigungsplanung zu überprüfen. 54

Die Schadensersatzpflicht der Beklagten zu 2) und 3) wird nicht durch eine Mithaftung der Kläger eingeschränkt. Die Kläger haben sich ein Fehlverhalten des Vermessungsingenieurs nicht über § 278 BGB zurechnen zu lassen (so für Statiker OLG Düsseldorf NJW 1974, 704). Es besteht kein Mitverschulden des Bauherrn (vgl. zur Entscheidung über ein Mitverschulden auch im Rahmen der Feststellungsklage Werner/Pastor, a.a.O., Rn 448). Architekt und Vermessungsingenieur haften dem Bauherrn als Gesamtschuldner (OLG Hamm Urt. v. 26.11.1999 25 U 56/99, NZBau 2000, 434, zitiert nach juris; LG Heidelberg Urt. v. 23.05.2007 - 5 O 16/07, BauR 2007, 1783, zitiert nach juris). Entscheidend ist, dass hier den Architekten eine eigene Prüfungspflicht hinsichtlich der Arbeit des Vermessungsingenieurs trifft, da nur bei richtiger Bezugsgröße die Genehmigungsplanung des Architekten frei von Mängeln ist. Ob die Haftung anders zu beurteilen ist, wenn der Architekt den Vermessungsingenieur als Subunternehmer beauftragt (vgl. dazu OLG Düsseldorf NJW-RR 2001, 739 für Statiker), kann offen bleiben. 55

Allein aus dem Umstand, dass es zur Abstandsflächenüberschreitung gekommen ist, besteht ein Schaden, für den die Beklagten als Gesamtschuldner haften. Die Tieferlegung des Gebäudes, die (auch) Folge der Abstandsflächenüberschreitung ist, ist als solche unstreitig und ergibt sich eindeutig aus den von den Klägern im Gutachten W vorgelegten Fotos (Bl. 28 GA). Ob sich der Planungsfehler in konkreten Schäden auswirkt – z.B. Gebäudeminderwert, Überschwemmungsschäden – hängt von einer weiteren Sachverständigenprüfung ab, die aber nicht im Rahmen der Feststellungsklage vorzunehmen ist. Die in Bezug auf den Beklagten zu 1) getroffenen Feststellungen geltend hinsichtlich des Schadens daher auch für die Beklagten zu 2) und 3). 56

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Klarstellung des Feststellungstenors wirkt sich kostenmäßig nicht aus, (§ 91 Abs. 2 Nr. 1 ZPO analog). Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 S. 1 ZPO. 57

Der Senat hat von der Zulassung der Revision (§§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO) abgesehen. Weder kommt der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu, noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs. 58

Der Streitwert für die Berufung des Beklagten zu 1) sowie die der Beklagten zu 2) und 3) wird jeweils auf 50.000 € festgesetzt. 59

