



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 105/18

Verkündet am:  
21. Februar 2019  
Boppel,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: \_\_\_\_\_ ja

BGB § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1; ZPO §§ 318, 321, 322

- a) Zum Streitgegenstand bei einer Klage gegen einen Ingenieur auf Schadensersatz wegen eines Planungsmangels, der zu einem Bauwerksmangel geführt haben soll.
- b) Ein Ergänzungsurteil, mit dem ein erstinstanzliches Gericht während des laufenden Berufungsverfahrens sein Urteil zu Lasten des Berufungsführers abändert, obwohl weder die Voraussetzungen des § 321 ZPO noch eine sonstige verfahrensrechtliche Grundlage hierfür vorliegen, entfaltet keine Bindungswirkung für das Berufungsgericht, ohne dass es seinerseits angefochten werden muss.

BGH, Urteil vom 21. Februar 2019 - VII ZR 105/18 - OLG Stuttgart  
LG Stuttgart

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Februar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Pamp, den Richter Halfmeier sowie die Richterinnen Graßnack, Sacher und Dr. Brenneisen

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 26. April 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Schadensersatz aus einem Ingenieurvertrag in Anspruch und begehrt die Feststellung seiner Verpflichtung zum Ersatz sämtlicher weiterer Schäden und Mangelfolgeschäden.
- 2 Die Klägerin vermietet Showrooms zur Präsentation von Modedirektionen. Zur Erweiterung ihres Betriebs ließ sie einen Neubau mit einer Tiefgarage im Untergeschoss errichten. Der Beklagte verpflichtete sich mit Ingenieurvertrag vom 3. April 2008 zur Erbringung von Ingenieurleistungen für das Bauvorhaben. Gegenstand der vom Beklagten zu erbringenden Leistungen war auch die statische

sche Berechnung der Bodenplatte der Tiefgarage des Gebäudes. Mit der Erbringung der Rohbauarbeiten einschließlich der Bodenplatte der Tiefgarage beauftragte die Klägerin ihre Streithelferin. Die Klägerin nahm die Leistungen des Beklagten und die ihrer Streithelferin ab.

3           Anschließend kam es auf dem Boden der Tiefgarage zu Rissbildungen und Wasseraustritten. Die Klägerin führte beim Landgericht ein selbständiges Beweisverfahren (21 OH 8/10) gegen ihre jetzige Streithelferin durch, in dem sie dem Beklagten den Streit verkündete, der ihr dort als Streithelfer beitrug.

4           Die Klägerin behauptet, ursächlich für die Bildung dauerhaft wasserführender Risse an der Bodenplatte der Tiefgarage seien eine von dem Beklagten zu verantwortende fehlerhafte Wahl des Konzepts der Beschränkung der Trennrissweite für die Wasserundurchlässigkeit der Bodenplatte und eine fehlerhafte Berechnung der Bewehrung der Bodenplatte zur Beschränkung der Rissweite. Die Bodenplatte müsse neu konzipiert und vollständig ausgetauscht werden, wofür Kosten in Höhe von 532.000 € netto erforderlich seien.

5           Das Landgericht hat den Beklagten durch Urteil vom 27. Januar 2016 antragsgemäß zur Zahlung von 532.000 € nebst Zinsen verurteilt und festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin auch sämtliche weiteren Schäden und Mangelfolgeschäden zu ersetzen, die ihr dadurch entstehen, dass der Beklagte in seiner Tragwerksplanung eine falsche Konzeption einer Beschränkung der Rissweite in der Bodenplatte vorgenommen hat und/oder die ihr dadurch entstehen, dass der Beklagte die Bewehrung zur Beschränkung der Rissweite in der statischen Berechnung fehlerhaft berechnet hat, was dazu geführt hat, dass sich erhebliche Risse gebildet haben, durch die teilweise auch Feuchtigkeit eindringt. Weiter hat es festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet

sei, der Klägerin sämtliche von ihr zu tragenden Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu ersetzen.

6 Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von 532.000 € aus § 634 Nr. 2 Fall 2, § 637 Abs. 3, § 633 Abs. 2 BGB habe. Die von dem Beklagten erbrachte Planungsleistung sei mangelhaft gewesen. Dem Anspruch auf Zahlung von Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen gemäß § 637 Abs. 3, § 634 Nr. 2 Fall 2 BGB stehe nicht der Vorrang der Nacherfüllung entgegen. Aufgrund der besonderen Natur der von dem Beklagten zu erbringenden planerischen Leistung komme dem Primat der Nacherfüllung keine Bedeutung zu. Eine Nacherfüllung sei insoweit schlechterdings unmöglich. Die Klägerin sei damit berechtigt, von dem Beklagten für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen Vorschuss zu verlangen. Dessen Höhe entspreche den mutmaßlichen Mängelbeseitigungskosten. Der Vorschuss sei eine vorläufige Zahlung, über die am Ende abgerechnet werden müsse.

7 Der Feststellungsantrag sei begründet, da die Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4 Fall 1, §§ 636, 633 Abs. 2, § 280 BGB wegen der Mängel habe. Der Beklagte habe nicht widerlegen können, dass ihn ein Verschulden treffe.

8 Im Tatbestand seines Urteils hatte das Landgericht ursprünglich ausgeführt, dass die Klägerin gegen den Beklagten einen Anspruch auf Zahlung von Vorschuss zur Beseitigung von Mängeln aus einem Ingenieurvertrag über Tragwerksplanungen sowie die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz damit in Zusammenhang stehender künftiger Schäden verfolge. Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht durch Beschluss vom 19. Mai 2016 den Tatbestand dahingehend berichtigt, dass die Wortgruppe "Zahlung von Vorschuss zur Beseiti-

gung von Mängeln" durch die Wortgruppe "Anspruch auf Schadensersatz" ersetzt werde, da die Klägerin ausweislich ihrer Klageschrift Schadensersatz und nicht Vorschuss für die Beseitigung von Mängeln verlange.

9 Ebenfalls auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht am 10. November 2017 ein "Ergänzungsurteil gemäß § 321 ZPO" erlassen, dessen Tenor lautet:

"1. Der Tenor des Urteils bleibt unverändert.

2. Tatbestand und Entscheidungsgründe des Urteils werden wie folgt ergänzt-".

10 In den Entscheidungsgründen hat das Landgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der Antrag auf Ergänzung des Urteils zulässig und begründet sei. Durch ein Versehen weise das Urteil vom 27. Januar 2016 in seinen Entscheidungsgründen nicht die zutreffende Anspruchsgrundlage aus. Die Klägerin habe gegen den Beklagten einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 532.000 € aus § 634 Nr. 4 Fall 2, §§ 636, 633 Abs. 2 BGB. Die Höhe des Anspruchs entspreche den zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Kosten, die 532.000 € zuzüglich Mehrwertsteuer betragen.

11 Gegen das Urteil vom 27. Januar 2016 hat der Beklagte Berufung eingelegt und beantragt, das Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. Die Klägerin hat Anschlussberufung eingelegt und beantragt, den Zahlungsauspruch dahin abzuändern, dass der Beklagte verurteilt werde, an die Klägerin 532.000 € nebst Zinsen als Schadensersatz zu zahlen. Das "Ergänzungsurteil gemäß § 321 ZPO" vom 10. November 2017 ist unangefochten geblieben.

12 Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Beklagten unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen das Urteil des Landgerichts vom

27. Januar 2016, berichtigt durch Beschluss vom 19. Mai 2016, "unter sprachlicher Einbeziehung des rechtskräftigen Ergänzungsurteils" vom 10. November 2017 abgeändert und "klarstellend insgesamt neu gefasst:

1.1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin als Schadensersatz EUR 532.000,00 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 5.7.2013 zu bezahlen."

13 Im Folgenden hat es die Feststellungsaussprüche des Urteils vom 27. Januar 2016 unverändert übernommen.

14 Die Anschlussberufung der Klägerin hat es als unzulässig verworfen.

15 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision möchte der Beklagte Klageabweisung erreichen. Mit ihrer für den Fall, dass die Revision des Beklagten Erfolg hat, eingelegten Anschlussrevision begehrt die Klägerin die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit ihre Anschlussberufung als unzulässig verworfen worden ist, um ihren Antrag aus der Anschlussberufung weiterzuverfolgen.

#### Entscheidungsgründe:

16 Die Revision des Beklagten und die Anschlussrevision der Klägerin führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

- 17 Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten für teilweise begründet erachtet. Das Urteil des Landgerichts vom 27. Januar 2016 sei im Zahlungsausspruch aufzuheben gewesen, da der Klägerin gegenüber dem Beklagten kein Anspruch auf Vorschuss zustehe. Als Tragwerksplaner sei der Beklagte im Falle eines Planungsfehlers nicht zu einer Mängelbeseitigung verpflichtet, sondern nur zur Leistung von Schadensersatz, weil sich der Planungsmangel bereits im Bauwerk verwirklicht habe. Hinzu komme, dass das Landgericht mit seinem Urteil gegen § 308 ZPO verstoßen habe, indem es über einen Streitgegenstand (Anspruch auf Vorschuss) entschieden habe, der nie eingeklagt worden sei, und der Klägerin somit etwas zugesprochen habe (Vorschuss), das sie gar nicht beantragt habe.
- 18 Das Berufungsgericht ist weiter der Auffassung, das Landgericht habe durch das Ergänzungsurteil vom 10. November 2017 entschieden, dass der Klägerin gegenüber dem Beklagten ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 532.000 € nebst Zinsen aus § 634 Nr. 4 Fall 3, §§ 636, 633 Abs. 2 BGB zustehe. Hieran sei das Berufungsgericht gebunden, da der Beklagte keine Berufung gegen das Urteil eingelegt habe und es daher rechtskräftig geworden sei. Die gegen das Urteil vom 27. Januar 2016 eingelegte Berufung erfasse das Ergänzungsurteil nicht. Eine Abweisung der auf Schadensersatz gerichteten Zahlungsklage sei dem Berufungsgericht nicht möglich.
- 19 Zwar habe das Landgericht das Ergänzungsurteil zu Unrecht erlassen, da die Voraussetzungen des § 321 ZPO nicht vorgelegen hätten. § 321 ZPO diene nur der Ergänzung eines lückenhaften Urteils, nicht der Richtigstellung einer falschen Entscheidung. Ein "Übergehen" des Streitgegenstands "Schadensersatz" liege nicht vor, denn ein prozessualer Anspruch sei nicht

übergangen, wenn er - wie hier - bewusst nicht beschieden worden sei. Das Landgericht habe bewusst nicht über diesen Anspruch, sondern über einen - nicht geltend gemachten - Anspruch auf Vorschuss entschieden. Grund hierfür sei ein Irrtum des Landgerichts über das tatsächliche Begehren der Klägerin gewesen. Das ändere jedoch nichts an dem vom Ergänzungsurteil entschiedenen und rechtskräftig gewordenen Inhalt. Etwaige Verfahrens- oder materiellrechtliche Fehler dieses Ergänzungsurteils könnten nur mit den dagegen zulässigen Rechtsmitteln bekämpft werden.

20            Hinsichtlich der angefochtenen Feststellungsaussprüche im Urteil des Landgerichts vom 27. Januar 2016 sei die Berufung unbegründet. Der Beklagte könne gegenüber diesen Feststellungsklagen nicht geltend machen, ein Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen weitergehender Schäden bestehe nicht. Das Berufungsgericht habe seinem Urteil den Inhalt des rechtskräftigen Ergänzungsurteils ohne erneute Prüfung zugrunde zu legen. Hiernach sei das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs festgestellt.

21            Die Anschlussberufung der Klägerin sei zwar ursprünglich zulässig und begründet gewesen. Durch die dem Antrag auf Urteilsergänzung stattgebende Entscheidung des Landgerichts sei sie jedoch nachträglich unzulässig geworden, weil dem erstinstanzlichen Begehren der Klägerin im vorliegenden Verfahren bereits durch das Ergänzungsurteil in vollem Umfang entsprochen worden sei.

## II.

22            Das hält der rechtlichen Überprüfung in entscheidenden Punkten nicht stand.



23           1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht von einer eigenen Entscheidung über das Schadensersatzbegehren der Klägerin in Form des Zahlungsantrags abgesehen. Über diesen von der Klägerin geltend gemachten prozessualen Anspruch (Streitgegenstand) hat das Landgericht bereits in seinem Urteil vom 27. Januar 2016 entschieden (a)). Er war deshalb durch die zulässige Berufung des Beklagten gegen dieses Urteil beim Berufungsgericht angefallen. Das Ergänzungsurteil stand einer eigenen Prüfung und gegebenenfalls abweichenden Entscheidung des Berufungsgerichts über diesen Anspruch nicht entgegen (b)).

24           a) aa) Ausweislich des Urteils des Landgerichts vom 27. Januar 2016 in der maßgebenden Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 19. Mai 2016 hat die Klägerin in erster Instanz mit ihrem Zahlungsantrag einen Anspruch auf Ersatz des Schadens wegen der dauerhaft wasserführenden Risse der Bodenplatte geltend gemacht, der auf einer fehlerhaften Planung des Beklagten (Wahl des Konzepts der Beschränkung der Trennrissweite) und der fehlerhaften Berechnung der Bewehrung der Bodenplatte beruhe. Auf diesen tatsächlichen Sachverhalt hat die Klägerin ihre Klage gestützt und die Höhe des Schadens nach den Kosten für den angeblich notwendigen vollständigen Austausch der Bodenplatte bemessen. Der prozessuale Anspruch (Streitgegenstand) wird gekennzeichnet durch den Klageantrag (Zahlung von 532.000 € nebst Zinsen) und diesen dargestellten Lebenssachverhalt.

25           Einen weiteren, hiervon abweichenden Streitgegenstand hat die Klägerin nicht, auch nicht hilfsweise, rechtshängig gemacht. Ein solcher folgt insbesondere nicht daraus, dass die Klägerin vorgetragen hat, die Risse der Bodenplatten stellten sich als Mangel der vom Beklagten geschuldeten Ingenieurleistung dar. Diese falsche rechtliche Einordnung ändert nichts daran, dass die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch ausschließlich darauf gestützt hat, dass die vom

Beklagten aufgrund des Ingenieurvertrags geschuldete Werkleistung, nämlich die Planung, fehlerhaft gewesen sei und diese zu den Rissen an der Bodenplatte, deren ordnungsgemäße Herstellung selbst - auch nach dem Vortrag der Klägerin - nicht Gegenstand des Ingenieurvertrags war, geführt hat. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof sogar eine ausdrücklich als Vorschussklage bezeichnete Klage gegen einen Architekten wegen Planungsfehlern als eine solche auf Schadensersatz ausgelegt (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 25/03, BauR 2004, 1477, juris Rn. 16-19 = NZBau 2004, 512; Urteil vom 23. November 2000 - VII ZR 242/99, BauR 2001, 425, juris Rn. 9-12 = NZBau 2001, 97).

26           bb) Über diesen in erster Instanz rechtshängigen Streitgegenstand hat das Landgericht durch sein Urteil vom 27. Januar 2016 auch entschieden. Das ergibt die verständige Auslegung seines Urteils.

27           In welchem objektiven Umfang über den durch Klage erhobenen Anspruch entschieden worden ist, richtet sich nach dem Urteilsausspruch (Tenor), falls nötig in Verbindung mit dem Tatbestand und den Entscheidungsgründen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 27/13 Rn. 19 m.w.N., AfP 2015, 143).

28           Bereits aus dem Tenor des Urteils vom 27. Januar 2016 ergibt sich, dass das Landgericht abschließend und umfassend dem Antrag der Klägerin entsprechend entscheiden wollte. Es hat - in Verbindung mit den ebenfalls zugeprochenen Feststellungsanträgen - wörtlich den Anträgen der Klägerin entsprochen.

29           Das Landgericht hat das Urteil zudem darauf gestützt, dass die von dem Beklagten geschuldete und erbrachte Planungsleistung mangelhaft gewesen sei, weil der Beklagte ein ungeeignetes Konzept gewählt und dieses Konzept seinerseits fehlerhaft berechnet habe. Feststellungen oder Ausführungen dazu,

dass der Beklagte etwa selbst die Errichtung einer rissfreien Bodenplatte geschuldet hätte, enthalten die Entscheidungsgründe nicht. Vielmehr stellt das Landgericht ausdrücklich fest, dass der Beklagte die Planung einer wasserundurchlässigen Tiefgaragenbodenplatte geschuldet habe.

30           Zwar begründet das Landgericht die Höhe der zugesprochenen Forderung damit, dass die Klägerin berechtigt sei, von dem Beklagten für die "zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen" Vorschuss zu verlangen. Dementsprechend zieht es als Anspruchsgrundlage § 637 Abs. 3 BGB heran. Diese rechtsfehlerhafte Herleitung ändert indes nichts an dem Streitgegenstand, über den das Landgericht entschieden hat (vgl. etwa BGH, Urteil vom 23. November 2000 - VII ZR 242/99, BauR 2001, 425 = NZBau 2001, 97). Denn rechtliche Begründungen spielen für die Bestimmung des Streitgegenstandes grundsätzlich keine Rolle.

31           Das Landgericht hat allerdings abweichend vom Begehren der Klägerin den ausgerichteten Betrag nur als Vorschuss zuerkannt. Damit ist der vollstreckbare Inhalt des Tenors zwar kein anderer als beantragt. Jedoch begründet die - in den Gründen ausgesprochene - Kennzeichnung als Vorschusszahlung eine Verwendungsobliegenheit und Abrechnungspflicht der Klägerin, die mit dem Erhalt des Geldbetrags zu ihren Lasten verbunden sind. Diese Einschränkung im Vergleich zu einer Zahlungsverurteilung mit freier Verwendungsmöglichkeit hat das Landgericht aus der von ihm rechtsfehlerhaft herangezogenen Anspruchsgrundlage des § 637 Abs. 3 BGB hergeleitet. Die inhaltliche Einschränkung bedeutet jedoch nicht, dass hiermit ein anderer Streitgegenstand betroffen wäre. Vielmehr handelt es sich um ein Weniger, das auch in dem Antrag der Klägerin enthalten war.

32           Etwas anderes ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht aus der - inzwischen mit Urteil vom 22. Februar 2018 (VII ZR 46/17 Rn. 54, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) aufgegebenen - Senatsrechtsprechung (Urteil vom 13. November 1997 - VII ZR 100/97, BauR 1998, 369, juris Rn. 10 f.; Beschluss vom 11. November 2004 - VII ZR 95/04, BauR 2005, 386, juris Rn. 7 = NZBau 2005, 151), wonach eine Klage auf Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten einen anderen Streitgegenstand habe als eine Klage auf Vorschuss in Höhe der voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten. Denn um die Abgrenzung eines Zahlungsanspruchs in Höhe der voraussichtlichen Kosten für die Beseitigung eines Werkmangels von einem Anspruch auf Ersatz des Schadens, der dem Besteller durch diesen Mangel selbst entstanden ist, geht es vorliegend nicht. Die Klägerin verlangt keine Kosten für die Beseitigung des Planungsmangels des Beklagten, sondern Ersatz für den durch diesen Mangel entstandenen Folgeschaden. Die Frage, ob ein hierdurch begründeter Zahlungsanspruch in der Höhe voraussichtlicher, jedoch nicht angefallener Kosten der Errichtung einer wasserundurchlässigen Bodenplatte besteht und ob dieser dadurch eingeschränkt ist, dass er nur in Form eines Vorschussanspruchs besteht, oder ob er in anderer Weise zu berechnen ist (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 59 ff., BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen), betrifft die Art der Schadensberechnung innerhalb desselben Streitgegenstands (vgl. hierzu BGH, Versäumnisurteil vom 18. Mai 2017 - VII ZR 122/14 Rn. 23 m.w.N., BauR 2017, 1728 = NZBau 2017, 540; Zöller/G. Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., Einleitung Rn. 73 m.w.N.) und die rechtliche Beurteilung der begründeten Höhe des Anspruchs.

33           b) Das Ergänzungsurteil des Landgerichts stand einer eigenen - gegebenenfalls abweichenden - Entscheidung des Berufungsgerichts über diesen bei

ihm durch die Berufung des Beklagten anhängigen Klageanspruch nicht entgegen.

34 Ein Ergänzungsurteil, mit dem ein erstinstanzliches Gericht während des laufenden Berufungsverfahrens sein Urteil zu Lasten des Berufungsführers abändert, obwohl weder die Voraussetzungen des § 321 ZPO noch eine sonstige verfahrensrechtliche Grundlage hierfür vorliegen, entfaltet keine Bindungswirkung für das Berufungsgericht, ohne dass es seinerseits angefochten werden muss.

35 aa) Das Landgericht hat mit seinem Ergänzungsurteil sein Urteil vom 27. Januar 2016 inhaltlich zu Lasten des Beklagten abgeändert. Die Auslegung des Ergänzungsurteils ergibt, dass mit ihm die im Urteil vom 27. Januar 2016 in den Entscheidungsgründen vorhandene Qualifizierung des ausgeurteilten Betrags als Vorschuss aufgehoben und der Betrag stattdessen zur freien Verfügung der Klägerin bestimmt wurde. Dagegen ist in dem Ergänzungsurteil nicht erneut insgesamt über das Bestehen des Zahlungsanspruchs in Höhe von 532.000 € entschieden worden.

36 Das folgt zum einen aus dem Wortlaut des Ergänzungsurteils. Nach dessen Tenor sollte der Tenor des Urteils vom 27. Januar 2016 unverändert bleiben. Lediglich Tatbestand und Entscheidungsgründe sollten ergänzt werden. In den Gründen des Ergänzungsurteils wird ausgeführt, dass das Urteil durch ein Versehen in seinen Entscheidungsgründen nicht die zutreffende Anspruchsgrundlage ausweise, die sodann dargelegt wird. Hiernach erschöpft sich der wesentliche Inhalt des Ergänzungsurteils nach seinem Wortlaut in einer Änderung der Entscheidungsgründe des Urteils vom 27. Januar 2016.

37 Zum anderen gebietet auch der Sinn des Ergänzungsurteils hinsichtlich des vollstreckbaren Inhalts der Verurteilung zur Zahlung kein anderes Ver-

ständnis. Mit dem Urteil vom 27. Januar 2016 war bereits über den anhängig gemachten Streitgegenstand entschieden (vgl. oben II. 1. a) bb)). Lediglich die rechtliche Begründung war unzutreffend. Allerdings hat die Auswechselung der Anspruchsgrundlage in den Entscheidungsgründen ersichtlich auch den Zweck, die bisher vorhandene Beschränkung der zugesprochenen Forderung als Vorschuss entfallen zu lassen. Insoweit ergibt die Auslegung des Ergänzungsurteils deshalb auch eine (beabsichtigte) inhaltliche Änderung der Wirkung des Urteils vom 27. Januar 2016, die sich zu Lasten des Beklagten auswirkt.

38           bb) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung war das Landgericht zu dieser inhaltlichen Änderung nicht gemäß § 321 Abs. 1 ZPO befugt.

39           In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Anspruch in einem Haupt- oder Nebenpunkt nur dann übergangen ist, wenn er versehentlich nicht beschrieben worden ist; die Richtigstellung anderer Fehler rechtfertigt eine Urteilsergänzung dagegen nicht. Gegen die aus einem nicht auf einem Übergehen beruhenden Grund fehlerhafte Entscheidung kann sich die beschwerte Partei nur mit einem zulässigen Rechtsmittel wehren. Eine Ergänzung nach § 321 Abs. 1 ZPO kommt demgegenüber lediglich in Betracht, wenn keine Beschwerde vorliegt, weil ein Anspruch weder zugesprochen noch abgewiesen worden ist, so dass ohne die Ergänzung des lückenhaften Urteils nach dessen Rechtskraft neu geklagt werden müsste (vgl. BGH, Urteil vom 5. Februar 2003 - IV ZR 149/02, BGHZ 154, 1, juris Rn. 5 m.w.N.).

40           Nach diesen Maßstäben liegt in der Entscheidung des Landgerichts, den geforderten Betrag nur als Vorschuss zuzuerkennen, kein Übergehen des Begehrens, diesen Betrag ohne Abrechnungspflicht zuzuerkennen. Vielmehr ist hierüber durch die ausdrückliche gegenteilige Entscheidung, dass der Betrag nicht frei zur Verfügung stehen soll, gleichzeitig - weil inhaltlich untrennbar -

bereits abschlägig befunden worden. Ein versehentlich nicht entschiedener Teil des geltend gemachten Anspruchs ist deshalb nicht verblieben; eine neue Klage nach Rechtskraft müsste erfolglos bleiben.

41 Das Ergänzungsurteil enthielt deshalb keinen ergänzenden Ausspruch im Sinne von § 321 ZPO, der selbständig hätte angefochten werden müssen, um dem Berufungsgericht zu ermöglichen, die Verurteilung des Beklagten in vollem Umfang auf dessen Berufung selbständig zu überprüfen.

42 Da es auch im Übrigen keine verfahrensrechtliche Grundlage für das Landgericht gab, seine eigene Entscheidung nachträglich zu ändern, konnte das Ergänzungsurteil jedenfalls das Berufungsgericht nicht wirksam an diese Änderung binden (vgl. BGH, Urteil vom 4. März 2011 - V ZR 123/10 Rn. 4 m.w.N., NJW 2011, 1516).

43 Das ändert nichts daran, dass ein unzulässiges Ergänzungsurteil bei unterbliebener Anfechtung des Ersturteils die Möglichkeit eröffnen kann, dieses nunmehr in der Gestalt der Änderung durch das Ergänzungsurteil anzufechten (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 1979 - VI ZR 40/78, NJW 1980, 840, juris Rn. 11).

44 2. Ebenfalls rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht angenommen, die Berufung des Beklagten im Hinblick auf die Feststellungsklagen sei aufgrund des rechtskräftigen Ergänzungsurteils unbegründet, weil hiernach das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs festgestellt sei.

45 Schon von seinem eigenen Rechtsstandpunkt aus trägt diese Begründung die Entscheidung des Berufungsgerichts nicht. Die Feststellungsanträge betreffen weitere, vom Zahlungsantrag nicht umfasste Schäden und sind deshalb von der Reichweite der materiellen Rechtskraft der Verurteilung zur Zah-

lung gemäß § 322 Abs. 1 ZPO von vornherein nicht umfasst. Einzelne Begründungselemente und präjudizielle Rechtsverhältnisse - wie hier eine Schadensersatzpflicht des Beklagten dem Grunde nach - erwachsen nicht in Rechtskraft.

46 Das Ergänzungsurteil enthält im Übrigen wie dargelegt (vgl. oben II. 1. b) aa)) ohnehin keine Entscheidung über das Bestehen des Zahlungsanspruchs in Höhe von 532.000 € als Schadensersatz.

47 3. Die Anschlussrevision der Klägerin hat ebenfalls Erfolg. Ihre Anschlussberufung war durch das Ergänzungsurteil des Landgerichts nicht unzulässig geworden. Da das Ergänzungsurteil das Berufungsgericht nicht binden konnte, stellte sich die Anschlussberufung nach wie vor als zulässig dar, weil die Klägerin mit ihr die in den Gründen ausgesprochene Verpflichtung, über den empfangenen Zahlungsbetrag abrechnen zu müssen, zu Fall bringen und damit mehr erreichen wollte als die bloße Zurückweisung der Berufung des Beklagten.

### III.

48 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben und ist insgesamt aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Soweit ausweislich des Tenors der angefochtenen Entscheidung die Berufung des Beklagten gegen das Urteil vom 27. Januar 2016 teilweise erfolgreich gewesen ist, hat dies aus den dargelegten Gründen keine eigenständige Bedeutung. Der Senat kann nicht in der Sache selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen zur Begründetheit der Berufungsangriffe des Beklagten getroffen. Das Berufungsgericht hat auch zur Begründetheit der Anschlussberufung keine



Feststellungen getroffen; ihr Erfolg setzt ohnehin zunächst die Unbegründetheit der Berufung des Beklagten voraus.

IV.

49 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

50 Anspruchsgrundlage für den geltend gemachten Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten wegen der nicht ordnungsgemäß errichteten Bodenplatte ist § 634 Nr. 4, § 280 Abs. 1 BGB. Es handelt sich um einen Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2017 - VII ZR 242/13 Rn. 23 m.w.N., BauR 2017, 1061 = NZBau 2017, 555; Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 58, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Wie der Schadensersatz zu bemessen ist, hängt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon ab, ob die Klägerin die dauerhaft wasserführenden Risse der Bodenplatte beseitigen möchte oder nicht (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22. Februar 2018 - VII ZR 46/17 Rn. 59-67, BauR 2018, 815 = NZBau 2018, 201, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Danach kommt unter Umständen auch im Rahmen des Schadensersatzes ein Zahlungsanspruch als abrechenbarer Vorschuss in Betracht. Die Klägerin muss Gelegenheit haben, zu den verschiedenen Möglichkeiten der Schadensbemessung vorzutragen.

51 Das Berufungsgericht wird bei seiner neuen Kostenentscheidung zu beachten haben, dass die Kosten des Rechtsstreits nicht die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens 21 OH 8/10 umfassen (so aber Ziffer 1.3. Satz 2 des bisherigen Tenors). Die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits standen

sich nicht als Parteien im selbständigen Beweisverfahren gegenüber (vgl. BGH, Beschluss vom 12. September 2013 - VII ZB 4/13 Rn. 11 f., BauR 2013, 2053).

52            Soweit es darauf ankommt, wird das Berufungsgericht zu beachten haben, dass die Auffassung des Landgerichts, die Feststellungen aus dem selbständigen Beweisverfahren seien für den Beklagten gemäß §§ 74, 68 ZPO bindend, in dieser Allgemeinheit bedenklich erscheint (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18. Dezember 2014 - VII ZR 102/14, BGHZ 204, 12).

Pamp

Halfmeier

Graßnack

Sacher

Brenneisen

Vorinstanzen:

LG Stuttgart, Entscheidung vom 27.01.2016 - 21 O 711/13 -

OLG Stuttgart, Entscheidung vom 26.04.2018 - 19 U 37/16 -