



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 235/15

Verkündet am:
19. Januar 2017
Boppel,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

BGB § 634 Nr. 3, Nr. 4, § 638, § 281, § 280 Abs. 1

- a) Der Besteller kann Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen.
- b) Der Besteller kann berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen, wenn er nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Das ist jedenfalls der Fall, wenn der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet und der Besteller nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend macht oder die Minderung erklärt.
- c) Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch des Bestellers statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht aus, wenn mit diesem Schadensersatz statt der Leistung als kleiner Schadensersatz begehrt wird.

BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit und die Richterin Graßnack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18. Februar 2015 in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 13. Mai 2015 und vom 4. Januar 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als das Berufungsgericht die mit der Widerklage der Beklagten begehrte Feststellung sowie die Zahlungswiderklage wegen der Abrisskosten, der Wiederaufbaukosten (ohne Ausbaukosten) und der Kosten für die Erstellung eines Regenwasserkanals im Umfang von insgesamt 377.984,67 € zuzüglich anteiliger Zinsen als unbegründet angesehen und die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen hat.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger fordert die Zahlung restlichen Werklohns. Die Beklagte macht mit der Widerklage die Rückzahlung einer geleisteten Abschlagszahlung sowie Schadensersatz wegen Mängeln der Werkleistung geltend.
- 2 Die Beklagte beauftragte den Kläger im Jahr 2003 mit der Erstellung eines Anbaus an ein Zweifamilienhaus auf einem im Eigentum ihres Ehemanns, des Zeugen B., stehenden Grundstück in O. Der Streithelfer zu 2 der Beklagten war mit den Planungsleistungen gemäß den Leistungsphasen 1 bis 4 nach § 15 Abs. 2 HOAI a.F. beauftragt. Der neu zu errichtende Anbau sollte an den bestehenden Altbau in einen Hang hinein errichtet werden. Der Anbau grenzt dabei an ein Gebäude auf dem Nachbargrundstück und mit geringem Abstand an eine nicht unterkellerte Garage auf dem Grundstück des Zeugen B. Der Anbau ist tiefer gegründet als der bereits bestehende Altbau und das Nachbargebäude. Der Kläger unterbreitete der Beklagten am 25. Juni 2003 ein Angebot über brutto 86.838,52 €, das die Beklagte annahm, und am 29. Januar 2004 ein Nachtragsangebot für erweiterte Erdarbeiten über brutto 4.189,62 €, bei dem streitig ist, ob die Beklagte einen entsprechenden Auftrag erteilte.
- 3 Nachdem die Baugrube für den Keller ausgehoben worden war, stellte sich heraus, dass der Keller zu niedrig geraten würde. Ob dies auf einen Fehler der Bauplanung oder der Bauausführung zurückzuführen ist, ist zwischen den Parteien streitig. Um im Keller die erforderliche Deckenhöhe zu erzielen, dünnte der Kläger die bereits eingebrachte kapillarbrechende Schicht aus und verzichtete auf eine Sauberkeitsschicht. Stattdessen fand eine Delta-Noppenbahn Verwendung. Die mit einer Stärke von 24 cm geplante Bodenplatte wurde letztlich nur mit einer Stärke von maximal 20 cm betoniert. Auf die Erstellung von nicht tragenden Innenwänden wurde einvernehmlich verzichtet. Die Arbeiten

wurden im Februar 2004 abgeschlossen. Ob die Arbeiten des Klägers von der Beklagten abgenommen wurden, ist zwischen den Parteien streitig. Der Kläger erstellte am 7. April 2004 eine Schlussrechnung über brutto 98.390,34 €. Unter Berücksichtigung einer Abschlagszahlung der Beklagten in Höhe von 50.000 € und ergänzt um eine Vergütung wegen Vorhaltung einer Bautreppe in Höhe von 406 € hat er 48.796,34 € mit der Klage geltend gemacht.

4 Die Beklagte hat gerügt, der Anbau sei so mangelhaft, dass er nicht genutzt werden könne. Die Standsicherheit sei nicht gewährleistet. In den Keller dringe zudem Feuchtigkeit ein. Sie hat die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben und mit Schriftsatz vom 3. Februar 2005 erklärt, dass sie von ihrem Minderungsrecht Gebrauch mache. Der Kläger hat das Vorhandensein von Mängeln bestritten und eine Mangelbeseitigung abgelehnt.

5 Die Beklagte hat erstinstanzlich mit der Widerklage - soweit für die Revision von Interesse - die Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlung, die Erstattung der Kosten für den Rückbau und den Wiederaufbau des Anbaus, den Ersatz von Sachverständigenkosten, nutzlosen Aufwendungen für Grundbesitzabgaben und Heizkosten sowie den Ersatz eines Miet- und Nutzungsausfallschadens in einem um Sowieso-Kosten bereinigten Umfang von 539.220,91 € sowie die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Klägers für weitere, noch entstehende Schäden begehrt.

6 Das Landgericht hat die Klage im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachte Minderung der Werklohnforderung abgewiesen und der Widerklage lediglich im Umfang von 79.563,44 € in Bezug auf einen Teil des geltend gemachten Miet- und Nutzungsausfallschadens, der Sachverständigenkosten und der Kosten der vorzeitigen Darlehenskündigung zuzüglich Zinsen stattgegeben. Gegen das landgerichtliche Urteil haben sowohl der Kläger als auch die

Beklagte und ihre Streithelfer Berufung eingelegt. Der Kläger hat mit der Berufung seinen ursprünglichen Klageantrag und seinen auf Abweisung der Widerklage gerichteten Antrag weiterverfolgt. Die Beklagte hat den vom Landgericht abgewiesenen Widerklageantrag sowie den Feststellungsantrag weiter geltend gemacht.

7 Das Berufungsgericht hat die Abweisung der Klage bestätigt und die Widerklage hinsichtlich der Positionen Grundbesitzabgaben, Heizkosten, Miet- und Nutzungsausfall, Sachverständigenkosten, Kosten wegen der vorzeitigen Darlehenskündigung, Wiederaufbaukosten, soweit es um die Kosten für Ausbaurbeiten geht, die außerhalb des Leistungsumfangs des Klägers liegen, Kosten für die Wiederherstellung der Außentreppe sowie wegen des Anspruchs auf Rückzahlung von geleisteten Abschlagszahlungen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Die weitergehende Widerklage hat das Berufungsgericht abgewiesen.

8 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte den mit der Widerklage geltend gemachten, vom Berufungsgericht als unbegründet angesehenen Feststellungsantrag sowie den Zahlungswiderklageantrag wegen der geltend gemachten Abrisskosten, der Wiederaufbaukosten (ohne Ausbaurkosten) und der Kosten der Erstellung eines Regenwasserkanals im Umfang von 377.984,67 € nebst Zinsen entsprechend ihren in der Berufungsinstanz gestellten Anträgen weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision der Beklagten führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

10 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung in BauR 2016, 105 veröffentlicht ist, führt - soweit für die Revision von Interesse - aus, der Vergütungsanspruch des Klägers sei fällig gewesen. Die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung sei entbehrlich, wenn das Vertragsverhältnis - wie hier - durch die Geltendmachung primärer Gewährleistungsansprüche seitens des Auftraggebers in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt worden sei. Die Beklagte habe im Schriftsatz vom 3. Februar 2005, nachdem sie bereits in der Klageerwiderung zu den einzelnen von ihr gerügten Mängeln nähere Ausführungen gemacht habe, dargelegt, dass die Unterfangungsarbeiten, Mauerwerksarbeiten sowie Beton- und Stahlbetonarbeiten wegen der ihnen innewohnenden Mängel wertlos seien, in der für diese Gewerke geltend gemachten Vergütungshöhe von 47.260,68 € netto ein Minderungsrecht bestehe und sie diesen Betrag "als Minderung der von der Klägerin geforderten und klageweise geltend gemachten Vergütung entgegensetze und von ihrem Minderungsrecht Gebrauch mache".

11 Der Einwand der Beklagten, mit der Erklärung aus dem Schriftsatz vom 3. Februar 2005 habe sie keine Minderung erklärt, gehe ins Leere. Das Minderungsrecht werde in dem besagten Schriftsatz ausdrücklich, vorbehaltlos und ohne Einschränkungen erklärt. Eine wirksame Minderung seitens der Beklagten scheitere nicht daran, dass die Ausübung eines solchen Minderungsrechts vor

Abnahme aus rechtlichen Gründen nicht möglich sei. Eine Minderung sei auch ohne vorherige Abnahme eröffnet, wenn eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht komme. Hiervon sei jedenfalls dann auszugehen, wenn der Auftragnehmer das an ihn vor Abnahme gerichtete Begehren des Auftraggebers nach Mängelbeseitigung endgültig ablehne und daraufhin der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigere, so dass ein Abrechnungsverhältnis bestehe, in dem der Auftraggeber mit in § 634 BGB genannten Mängelansprüchen aufrechnen könne. Die Voraussetzungen für einen solchen Ausnahmefall seien vorliegend gegeben.

- 12 Die von der Beklagten erhobene, auf Zahlung gerichtete Widerklage sei unbegründet, soweit mit ihr Mängelschäden geltend gemacht würden, also Schadensersatz statt der Leistung gefordert werde. Die Positionen Abriss und Neubau des Anbaus mit Ausnahme der Kosten des Innenausbaus sowie Rückbau des Regenwasserkanals seien rechtlich dahin zu bewerten, dass hiermit Schadensersatz statt der Leistung begehrt werde, da es sich um sogenannte Mängelschäden handele. Mit der Ausübung des Minderungsrechts, mit der der Erfüllungsanspruch erlösche, entfielen auch Schadensersatzansprüche statt der Leistung.
- 13 Das Feststellungsbegehren sei in der Sache unbegründet, soweit vom Feststellungsantrag die Schäden erfasst seien, die dem Schaden statt der Leistung zuzuordnen seien. Die Unbegründetheit folge aus dem Umstand, dass die diesbezügliche Leistungsklage nicht begründet sei.
- 14 Soweit es um die Schäden gehe, die zum Schadensersatz neben der Leistung zu zählen und die dem Grunde nach als erstattungsfähig anzusehen seien, sei das Feststellungsbegehren in Bezug auf weitere Schäden nicht begründet, da weitergehende Schäden nicht in Betracht kämen. Das Landgericht

habe im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachten Miet- und Nutzungsausfallschäden unter Rückgriff auf den Mitverschuldensgesichtspunkt aus § 254 BGB in Form der Verletzung der Schadensminderungspflicht zutreffend eine Beschränkung in zeitlicher Hinsicht für die Dauer vorgenommen, die anzusetzen gewesen sei, um die behauptete Mangelhaftigkeit im Beweisweg klären zu lassen. Es sei für die Beklagte während des laufenden Verfahrens ersichtlich gewesen, dass es infolge der Mängel des Anbaus zu einer Erhöhung des letztlich vom Kläger zu tragenden entgangenen Gewinns kommen werde. Spätestens mit Abschluss der diesbezüglichen Beweisaufnahme am 19. Oktober 2012 habe für die Beklagte die ernsthafte Möglichkeit bestanden, dass der Anbau entweder zurückgebaut oder umfassend saniert werden müsse. Die Beklagte könne sich nicht auf eine fehlende finanzielle Leistungsfähigkeit berufen, weil ihr bezüglich des Rückbaus und Wiederaufbaus kein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung gegen den Kläger zustehe.

15 Soweit es um die nicht zum Schadensersatz statt der Leistung gehörigen Ausbaurkosten gehe, kämen weitergehende Schäden ebenfalls nicht in Betracht. Der insoweit der Beklagten entstandene Schaden bestehe in den unnützlich für die Ausbauleistungen aufgebrauchten Vermögensdispositionen, die bereits jetzt feststünden beziehungsweise feststellbar seien.

II.

16 Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

17 1. Die Revision der Beklagten, mit der sie den vom Berufungsgericht für unbegründet angesehenen Feststellungsantrag sowie den Zahlungsantrag wegen der Abrisskosten, der Wiederaufbaukosten (ohne Ausbaurkosten) und der

Kosten für die Erstellung eines Regenwasserkanals im Umfang von insgesamt 377.984,67 € zuzüglich anteiliger Zinsen weiterverfolgt, ist zulässig.

18 a) Das Berufungsgericht hat die Revision im Tenor im Hinblick auf die Fragen zugelassen, ob durch die von der Beklagten erklärte Minderung ein von ihr nachfolgend geltend gemachter Schadensersatz statt der Leistung ausgeschlossen werde und ob trotz noch nicht erfolgter Abnahme eine wirksame Minderung bei durch den Auftragnehmer erklärter ernsthafter Weigerung der Mängelbeseitigung und nachfolgend endgültiger Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber erfolgen könne. Eine Revisionszulassung zur Klärung abstrakter Rechtsfragen ist allerdings unzulässig. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision jedoch auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffes beschränkt werden, auf den der Revisionskläger selbst seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 Rn. 13, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen; Beschluss vom 30. Juli 2015 - VII ZR 144/14 Rn. 2; Urteil vom 5. Juni 2014 - VII ZR 152/13, ZfBR 2014, 671 Rn. 33; jeweils m.w.N.).

19 b) Nach diesen Grundsätzen bezieht sich die vom Berufungsgericht zum Nachteil der Beklagten beantwortete erste Zulassungsfrage zum einen auf die mit der Widerklage geltend gemachte Zahlungsforderung, soweit diese vom Berufungsgericht nicht zuerkannte Ersatzansprüche wegen der Abrisskosten, der Wiederaufbaukosten (ohne Ausbaukosten) und der Kosten für die Erstellung eines Regenwasserkanals im Umfang von insgesamt 377.984,67 € betrifft. Die Ablehnung dieses von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs hat das Berufungsgericht damit begründet, dass es sich um eine Schadensersatzforderung statt der Leistung handle, die neben einer geltend gemachten Minderung ausgeschlossen sei. Auf diese Forderung könnte die Beklagte die Revision auch selbst beschränken.

20 Zum anderen hat das Berufungsgericht die Abweisung der von der Beklagten im Wege der Widerklage erhobenen Feststellungsklage zum Teil auf diese Zulassungsfrage gestützt, indem es ausführt, dass der Feststellungsantrag unbegründet sei, soweit dieser Schäden erfasse, die dem Schadensersatz statt der Leistung zuzuordnen seien. Eine Beschränkung der Zulassung auf diesen Gesichtspunkt kommt nach den vorstehenden Grundsätzen allerdings nicht in Betracht, weil die Beklagte die Revision auf eine Feststellung der Ersatzpflicht des Klägers für weitere Schäden, die als Schadensersatz statt der Leistung beansprucht werden, nicht zulässigerweise beschränken könnte. Die Revision ist hinsichtlich des als unbegründet abgewiesenen Feststellungsantrags aufgrund der ersten Zulassungsfrage vielmehr als in vollem Umfang zugelassen anzusehen.

21 Ein von einer rechtlichen Bewertung abhängiger Feststellungsantrag ist inhaltlich nicht hinreichend bestimmt, weil nicht feststeht, auf welche konkreten Schadensersatzpositionen er sich bezieht. Der Hinweis des Berufungsgerichts, dass hiervon die Rückbau- und Wiederaufbaukosten betroffen seien, führt nicht zu einer hinreichenden Konkretisierung des Feststellungsbegehrens hinsichtlich bestimmter, noch entstehender Schäden, weil die Frage, welche von der Beklagten aufzuwendenden Kosten dem Rückbau oder Wiederaufbau zuzuordnen sind, einer rechtlichen Bewertung unterliegt. Eine Revision der Beklagten, die auf die Feststellung der Verpflichtung des Klägers zum Ersatz noch aufzuwendender Kosten für den Rückbau und Wiederaufbau beschränkt wäre, wäre daher ebenfalls unzulässig.

22 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Widerklage hinsichtlich des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs wegen der Abrisskosten, der Wiederaufbaukosten (ohne Ausbaurkosten) und der Kosten für die Erstellung eines Regenwasserkanals im Umfang von insgesamt

377.984,67 € zuzüglich anteiliger Zinsen nicht abgewiesen werden. Dieser von der Beklagten mit der Widerklage geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB ist nicht wegen der von ihr im Schriftsatz vom 3. Februar 2005 erklärten Minderung der Werklohnforderung ausgeschlossen.

23 a) Zutreffend geht das Berufungsgericht zwar davon aus, dass die Beklagte unbeschadet einer - im Revisionsverfahren zu unterstellenden - fehlenden Abnahme den Werklohn wirksam gemindert hat.

24 aa) Der Besteller ist grundsätzlich allerdings erst nach Abnahme des Werks berechtigt, die in § 634 BGB bezeichneten Mängelrechte geltend zu machen.

25 (1) Bei Werkverträgen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I S. 3138, im Folgenden: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) geschlossen wurden, setzten die Ansprüche des Bestellers gemäß §§ 633 ff. BGB a.F. nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Abnahme nicht voraus. Vor der Abnahme standen diese Ansprüche und Ansprüche nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht nebeneinander (vgl. BGH, Urteile vom 16. November 1993 - X ZR 7/92, BauR 1994, 242, 244, juris Rn. 21; vom 2. November 1995 - X ZR 93/93, juris Rn. 22; vom 27. Februar 1996 - X ZR 3/94, BGHZ 132, 96, 100 f., 102 f., juris Rn. 10 und 15; vom 26. September 1996 - X ZR 33/94, NJW 1997, 50, juris Rn. 12; vom 4. Dezember 1997 - IX ZR 247/96, BauR 1998, 332, 334, juris Rn. 14; vom 25. Juni 2002 - X ZR 78/00, juris Rn. 7; vom 14. Januar 2016 - VII ZR 271/14, BauR 2016, 852 Rn. 33 = NZBau 2016, 304).

26 Den Regelungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ist ebenso wenig wie den Gesetzesmaterialien (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 261 ff.) eine

ausdrückliche Aussage dazu, ab welchem Zeitpunkt die Mängelrechte aus § 634 BGB Anwendung finden, zu entnehmen.

- 27 Die Frage, ob die Mängelrechte aus § 634 BGB vom Besteller schon vor Abnahme geltend gemacht werden können, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten (vgl. zum Streitstand: Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungenrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, 2015, S. 129 ff.; K. Jansen, Die Mängelrechte des Bestellers im BGB-Werkvertrag vor Abnahme, 2010, S. 35 ff.).
- 28 Der Senat hat diese Frage bislang ausdrücklich offen gelassen (vgl. BGH, Urteile vom 8. Juli 2010 - VII ZR 171/08, BauR 2010, 1778 Rn. 28 = NZBau 2010, 768; vom 24. Februar 2011 - VII ZR 61/10, BauR 2011, 1032 Rn. 17 a.E. = NZBau 2011, 310; vom 6. Juni 2013 - VII ZR 355/12, NJW 2013, 3022 Rn. 16; vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15 Rn. 41, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen). Es entspricht aber der Rechtsprechung des Senats, dass im Grundsatz die Abnahme des Werks den maßgebenden Zeitpunkt markiert, ab dem die Mängelrechte des Bestellers aus § 634 BGB eingreifen (BGH, Urteile vom 6. Juni 2013 - VII ZR 355/12, aaO; vom 25. Februar 2016 - VII ZR 49/15, aaO).
- 29 (2) (a) Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass die Mängelrechte aus § 634 BGB bereits vor Abnahme bestehen. Einige wollen dabei diese Mängelrechte schon während der Herstellung gewähren (Vorwerk, BauR 2003, 1, 10 f.; Weise, NJW-Spezial 2008, 76 f.; BeckOK VOB/B/Fuchs, Stand: 1. Juli 2016, § 4 Abs. 7 Rn. 2; OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 603, 604, juris Rn. 8). Andere knüpfen an die Fälligkeit der Werkleistung an (Kapellmann/Messerschmidt/Weyer, VOB Teile A und B, 5. Aufl., § 13 VOB/B Rn. 6; Merl in

Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Aufl., § 15 Rn. 317 f.; Sienz, BauR 2002, 181, 184 f.; Jordan, Der zeitliche Anwendungsbereich des allgemeinen Leistungsstörungsrechts und der besonderen Gewährleistungsrechte beim Kauf-, Werk- und Mietvertrag, 2015, S. 133 ff., 178; Fuchs in Englert/Motzke/Wirth, Baukommentar, 2. Aufl., § 634 BGB Rn. 5 f.; wohl auch Schwenker in Erman, BGB, 14. Aufl., § 634 Rn. 1 mit § 633 Rn. 21 f.). Einige Stimmen im Schrifttum wollen Mängelrechte aus § 634 BGB gewähren, sobald der Unternehmer das Werk hergestellt hat (MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 634 Rn. 3 f.; Ott in Festschrift für Merle, 2010, S. 277, 286 f.).

- 30 (b) Der überwiegende Teil der Literatur sowie der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung hält grundsätzlich die Abnahme für das Entstehen der Mängelrechte aus § 634 BGB für erforderlich, will dem Besteller diese Rechte unter bestimmten Umständen aber auch ohne Abnahme zubilligen. Eine solche Ausnahme wird etwa angenommen, wenn der Unternehmer das Werk hergestellt hat und der Besteller die Abnahme wegen Mängeln zu Recht verweigert (vgl. OLG Celle, BauR 2016, 1504, 1509 f., juris Rn. 68 ff.; OLG Brandenburg, Urteil vom 22. Dezember 2015 - 4 U 26/12, juris Rn. 59 f.; OLG Hamm, BauR 2016, 677, 684, juris Rn. 90 = NZBau 2015, 480; OLG Stuttgart, Urteil vom 25. Februar 2015 - 4 U 114/14, juris Rn. 96 ff.; OLG Hamm, BauR 2015, 1861, 1863, juris Rn. 45 = NZBau 2015, 155; OLG Köln, NZBau 2013, 306, 307; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., Vor § 633 Rn. 7; Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 634 BGB Rn. 3 f.; BeckOGK/Kober, BGB, Stand: 1. November 2016, § 634 Rn. 32 f.; Folnovic, BauR 2008, 1360, 1363 f.; BeckOK BGB/Voit, Stand: 1. Februar 2015, § 634 Rn. 3, 23; Beck'scher VOB/B-Kommentar/Kohler, 3. Aufl., § 4 Abs. 7 Rn. 6; Voit, BauR 2011, 1063, 1072 f.; Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 634 Rn. 9 ff.).

- 31 (c) Andere Stimmen in Schrifttum und Rechtsprechung gehen hingegen davon aus, dass Mängelrechte vor Abnahme auch nach Herstellung des Werks und bei berechtigter Abnahmeverweigerung durch den Besteller ausgeschlossen sind (vgl. Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 634 Rn. 11; Jousen, BauR 2009, 319, 323 ff.; K. Jansen, Die Mängelrechte des Bestellers im BGB-Werkvertrag vor Abnahme, 2010, S. 75-77; Hutter, Die Mängelhaftung vor und nach der Abnahme im österreichischen und deutschen Bauvertrag, 2013, S. 210 ff., 218; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl., § 634 Rn. 3).
- 32 (3) Der Senat entscheidet nunmehr, dass der Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann. Soweit sich aus den Entscheidungen vom 11. Oktober 2012 (VII ZR 179/11 und VII ZR 180/11, BauR 2013, 81 = NZBau 2013, 99 und juris) etwas anderes ergeben könnte, hält der Senat daran nicht fest. Das beruht auf folgenden Erwägungen:
- 33 (a) Ob ein Werk mangelfrei ist, beurteilt sich grundsätzlich im Zeitpunkt der Abnahme. Bis zur Abnahme kann der Unternehmer grundsätzlich frei wählen, wie er den Anspruch des Bestellers auf mangelfreie Herstellung aus § 631 Abs. 1 BGB erfüllt. Könnte der Besteller bereits während der Herstellungsphase Mängelrechte aus § 634 BGB geltend machen, kann das mit einem Eingriff in dieses Recht des Unternehmers verbunden sein. Allerdings stehen dem Besteller in der Herstellungsphase Erfüllungsansprüche und Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zur Verfügung, die unter Umständen schon vor Fälligkeit bestehen können, wie § 323 Abs. 4 BGB zeigt.
- 34 (b) Bereits der Begriff "Nacherfüllung" in § 634 Nr. 1, § 635 BGB spricht dafür, dass die Rechte aus § 634 BGB erst nach der Herstellung zum Tragen kommen sollen. Die Erfüllung des Herstellungsanspruchs aus § 631 Abs. 1

BGB tritt bei einer Werkleistung regelmäßig mit der Abnahme ein, § 640 Abs. 1 BGB, so dass erst nach Abnahme von "Nacherfüllung" gesprochen werden kann.

35 (c) Aus dem nur für den Nacherfüllungsanspruch geltenden § 635 Abs. 3 BGB folgt, dass zwischen dem auf Herstellung gerichteten Anspruch aus § 631 Abs. 1 BGB und dem Nacherfüllungsanspruch Unterschiede bestehen. § 635 Abs. 3 BGB eröffnet dem Unternehmer bei der geschuldeten Nacherfüllung nach § 634 Nr. 1 BGB weitergehende Rechte als § 275 Abs. 2 und 3 BGB. Herstellungsanspruch und Nacherfüllungsanspruch können demnach nicht nebeneinander bestehen.

36 (d) Dafür, dass die Abnahme die Zäsur zwischen Erfüllungsstadium und der Phase darstellt, in der anstelle des Herstellungsanspruchs Mängelrechte nach § 634 BGB geltend gemacht werden können, spricht zum einen die Regelung in § 634a Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB, wonach die Verjährung von Mängelrechten in den meisten Fällen mit der Abnahme beginnt.

37 Zum anderen stellt die Abnahme auch im Übrigen eine Zäsur dar, da mit ihr die Fälligkeit des Werklohns eintritt (§ 641 Abs. 1 BGB), die Leistungsgefahr auf den Besteller übergeht (§ 644 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln sich umkehrt, soweit kein Vorbehalt nach § 640 Abs. 2 BGB erklärt wird.

38 (e) Die Auslegung der werkvertraglichen Vorschriften dahingehend, dass dem Besteller die Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme zustehen, führt zudem zu einem interessengerechten Ergebnis.

39 (aa) Vor der Abnahme steht dem Besteller der Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB zu, der ebenso wie der Anspruch auf Nacherfüllung aus

§ 634 Nr. 1 BGB die mangelfreie Herstellung des Werks zum Ziel hat. Der Besteller kann diesen Anspruch einklagen und, falls notwendig, im Regelfall nach § 887 ZPO vollstrecken.

40 Die Gefahr des zufälligen Untergangs des Werks verbleibt beim Unternehmer, der Werklohn wird nicht fällig und die Beweislast für das Vorliegen von Mängeln geht nicht auf den Besteller über, solange er den Herstellungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB geltend macht.

41 (bb) Die Interessen des Bestellers sind durch die ihm vor der Abnahme aufgrund des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zustehenden Rechte angemessen gewahrt: etwa Schadensersatz neben der Leistung nach § 280 Abs. 1 BGB, Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 281, 280 BGB, Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung, § 280 Abs. 2, § 286 BGB, Rücktritt nach § 323 BGB oder Kündigung aus wichtigem Grund entsprechend § 314 BGB.

42 Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 281 Abs. 1 BGB ist zwar anders als die Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 und 3 BGB verschuldensabhängig (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine den Schadensersatzanspruch begründende Pflichtverletzung liegt aber auch vor, wenn der Unternehmer die Frist aus § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verstreichen lässt (vgl. zum Kaufrecht: BGH, Urteil vom 29. April 2015 - VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rn. 12; Urteil vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 11 ff.).

43 Der Besteller hat hiernach die Wahl, ob er die Rechte aus dem Erfüllungsstadium oder aber die grundsätzlich eine Abnahme voraussetzenden Mängelrechte aus § 634 BGB geltend macht. Ein faktischer Zwang des Bestellers zur Erklärung der Abnahme für ein objektiv nicht abnahmefähiges Werk besteht damit entgegen verbreiteter Meinung nicht. Im Übrigen wird der Bestel-

ler, der eine Abnahme unter Mängelvorbehalt erklärt, über § 640 Abs. 2, § 641 Abs. 3 BGB geschützt.

44 bb) Der Besteller kann in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen.

45 (1) Das ist zu bejahen, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Macht der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend oder erklärt er die Minderung des Werklohns, so findet nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum alten Schuldrecht eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt (vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2006 - VII ZR 146/04, BGHZ 167, 345 Rn. 26; Urteil vom 10. Oktober 2002 - VII ZR 315/01, BauR 2003, 88, 89, juris Rn. 11 = NZBau 2003, 35; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399, 1400, juris Rn. 13; jeweils m.w.N.). An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes jedenfalls für den Fall fest, dass - wie vorliegend - der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlangt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB, ist der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Nichts anderes gilt, wenn der Besteller im Wege der Minderung nur noch eine Herabsetzung des Werklohns erreichen will. Auch in diesem Fall geht es ihm nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung und damit um die Erfüllung des Vertrags.

46 (2) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beklagte kann vom Kläger nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangen. Sie hat geltend gemacht, dass der Werklohnanspruch des Klägers infolge der von ihr erklärten Minderung

entfallen sei, und zudem Schadensersatz statt der Leistung wegen der von ihr behaupteten Mängel gefordert. Damit ist das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen. Die nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich erforderliche Fristsetzung ist hier gemäß § 281 Abs. 2 BGB entbehrlich. Nach den vom Kläger nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat er jegliche weitere Tätigkeit abgelehnt und damit die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Darauf, ob die Leistung des Klägers abgenommen worden ist, kommt es danach nicht an.

47 b) Die von der Beklagten wirksam erklärte Minderung steht der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes - anders als das Berufungsgericht meint - nicht entgegen.

48 aa) Ob dem Besteller, der die Vergütung wegen Mängeln der Werkleistung gemindert hat, nach Ausübung des Minderungsrechts wegen derselben Mängel ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB zustehen kann, wird in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beurteilt. Teilweise wird angenommen, dass die Minderung der Vergütung es nicht ausschließt, wegen desselben Mangels Schadensersatz statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB zu verlangen (vgl. Derleder, NJW 2003, 998, 1002; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 634 Rn. 122; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl., Rn. 1476; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 325 Rn. 1; zum Kaufrecht: OLG Stuttgart, ZGS 2008, 479 f., juris Rn. 20 ff.; Berscheid, ZGS 2009, 17, 19; für kleinen Schadensersatz bejahend: PWW/Leupertz/Halfmeier, BGB, 11. Aufl., § 634 Rn. 6; Genius in jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 638 Rn. 11). Dies entspricht auch der Intention des Gesetzgebers (vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 226, 263). Der Bundesgerichtshof hat den Über-

gang von der Minderung zu einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung jedenfalls dann für möglich gehalten, wenn die Minderung fehlschlägt, weil der Betrag der Minderung in Anwendung der in § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2010 - V ZR 228/09, NJW 2011, 1217 Rn. 35). Überwiegend wird das Recht des Bestellers, nach erklärter Minderung wegen desselben Mangels Schadensersatz statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB zu verlangen, jedoch abgelehnt (vgl. MünchKommBGB/Busche, 6. Aufl., § 634 Rn. 34; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 634 Rn. 5; Schwenker in Erman, BGB, 14. Aufl., § 638 Rn. 6; BeckOK BGB/Voit, Stand: 1. Februar 2015, § 638 Rn. 3; Merl in Kleine-Möller/Merl/Glöckner, Handbuch des privaten Baurechts, 5. Aufl., § 15 Rn. 442; Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 227; Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 638 Rn. 3; Lögering, MDR 2009, 664, 665 f.; Vorwerk, BauR 2003, 1, 13; Ott, NZBau 2003, 233, 237; Wertenbruch, JZ 2002, 862).

- 49 bb) Dieser Meinungsstreit bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung. Es kann insbesondere offen bleiben, ob dem Besteller nach erklärter Minderung ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des großen Schadensersatzes gegenüber dem Unternehmer zustehen kann. Denn die Beklagte hat einen solchen Anspruch nicht geltend gemacht. Die Beklagte fordert mit der Widerklage, soweit diese auf Zahlung gerichtet ist, Schadensersatz statt der Leistung als kleinen Schadensersatz, das heißt, sie will das vom Kläger hergestellte Werk behalten und so gestellt werden, als hätte der Kläger ordnungsgemäß erfüllt. Die Minderung des Vergütungsanspruchs nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB schließt einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB jedenfalls dann nicht aus, wenn mit diesem Anspruch Schadensersatz statt der Leistung als kleiner

Schadensersatz begehrt wird (vgl. PWW/Leupertz/Halfmeier, BGB, 11. Aufl., § 634 Rn. 6; Genius in jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 638 Rn. 11).

50 (1) Eine gesetzliche Regelung, wonach die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes ausgeschlossen ist, wenn der Besteller die Minderung des Werklohns erklärt hat, existiert nicht. Die Vorschrift des § 634 BGB regelt nicht, in welchem Verhältnis das Recht des Bestellers auf Minderung der Vergütung und der ihm unter den zusätzlichen Voraussetzungen der § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB zustehende Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes stehen.

51 (2) Aus der Gesetzessystematik und der Rechtsnatur der beiden Mängelrechte ergibt sich ebenfalls nicht, dass nach erklärter Minderung ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden könnte. Minderung und Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes sind ihrem Inhalt nach auf das gleiche Interesse gerichtet.

52 Mit der Minderung erklärt der Besteller, das Werk behalten zu wollen. Er erhält mit dieser eine Kompensation für den Mangel dadurch, dass die Vergütung des Werkunternehmers entsprechend dem Verhältnis des Minderwerts des vom Unternehmer hergestellten Werks zu dem Wert des Werks im mangelfreien Zustand herabgesetzt wird. Erklärt der Besteller die Minderung nach § 634 Nr. 3, § 638 BGB, ist die Vergütung gemäß § 638 Abs. 3 BGB in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.

- 53 Nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Besteller unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz statt der Leistung fordern. Der Schaden kann in der Weise geltend gemacht werden, dass der Besteller die mangelhafte Sache behält und verlangt, so gestellt zu werden, als ob gehörig erfüllt worden wäre - kleiner Schadensersatz (vgl. MünchKommBGB/Ernst, 7. Aufl., § 281 Rn. 130; Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 281 Rn. 45 f.). Verlangt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung als kleinen Schadensersatz, umfasst dieser den infolge der mangelhaften Leistung des Unternehmers bestehenden Minderwert des Werks sowie gegebenenfalls darüber hinausgehende weitere Schäden im Vermögen des Bestellers.
- 54 (3) Der Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB in Form des kleinen Schadensersatzes entfällt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deswegen, weil mit der Erklärung der Minderung der Anspruch des Bestellers auf die Leistung erlösche. Sowohl Minderung als auch Schadensersatz statt der Leistung setzen gemäß § 638 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB sowie gemäß § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass der Besteller dem Unternehmer zuvor eine Frist zur Leistung oder zur Nacherfüllung gesetzt hat. Nach erfolglosem Ablauf dieser Frist ist der Schadensersatzanspruch entstanden. Auf das Fortbestehen des Leistungsanspruchs kommt es nach Fristablauf nicht an (vgl. zum Rücktritt § 325 BGB).
- 55 (4) Der Übergang von der Minderung der Vergütung auf einen Schadensersatzanspruch statt der Leistung wegen Mängeln der erbrachten Werkleistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB als kleinen Schadensersatz stellt sich darüber hinaus nicht als unzulässiger Übergang von einem Minderungs- auf ein Rücktrittsverlangen dar. Ein Rücktritt vom Vertrag wegen des Mangels, auf den die Minderung gestützt wird, ist nach erklärter Minderung der Vergütung allerdings grundsätzlich ausgeschlossen. Die vom

Besteller getroffene Wahl, den Werklohn zu mindern, ist grundsätzlich bindend (vgl. Staudinger/Matusche-Beckmann, 2013, BGB, § 441 Rn. 5; Palandt/Weidenkaff, BGB, 76. Aufl., § 441 Rn. 2; Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 6. Teil Rn. 227; Kniffka/Krause-Allenstein, Bauvertragsrecht, 2. Aufl., § 638 Rn. 2; Lögering, MDR 2009, 664, 666; Wertenbruch, JZ 2002, 862, 864; differenzierend: MünchKommBGB/Westermann, 7. Aufl., § 437 Rn. 52). Der Besteller macht mit einem Schadensersatzanspruch statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes jedoch nicht die Rückabwicklung des Vertrags geltend. Vielmehr will er das Werk behalten und fordert mit dem Schadensersatz statt der Leistung unter Berücksichtigung der Minderung, so gestellt zu werden, als hätte der Unternehmer das Werk frei von Mängeln hergestellt.

56 cc) Nach diesen Maßstäben ist der von der Beklagten geltend gemachte Schadensersatzanspruch statt der Leistung gemäß § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB in Form des kleinen Schadensersatzes nicht im Hinblick auf die von der Beklagten erklärte Minderung der Vergütung ausgeschlossen.

57 Nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 3. Februar 2005 dahin auszulegen, dass sie eine Minderung der Werklohnvergütung ausdrücklich, vorbehaltlos und ohne Einschränkungen erklärt hat. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

58 Die nach § 638 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 323 Abs. 1 BGB für die Minderung erforderliche Fristsetzung zur Leistung oder zur Nacherfüllung war gemäß § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB entbehrlich. Nach den vom Kläger nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat dieser jegliche weitere Tä-

tigkeit gegenüber der Beklagten abgelehnt und damit die Leistung im Sinne des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB ernsthaft und endgültig verweigert. Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

59 3. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann auch der mit der Widerklage geltend gemachte Feststellungsantrag nicht als unbegründet abgewiesen werden.

60 a) Soweit das Berufungsgericht den auf die Feststellung des Bestehens einer Schadensersatzverpflichtung des Klägers nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB gerichteten Widerklageantrag der Beklagten abgewiesen hat, weil ein solcher Schadensersatzanspruch nicht bestehe, ist dies aus den vorstehenden Ausführungen unter 2. rechtsfehlerhaft. Danach ist ein Schadensersatzanspruch der Beklagten nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB statt der Leistung durch die von der Beklagten erklärte Minderung der Vergütung des Klägers nicht ausgeschlossen.

61 b) Gleiches gilt für die vom Berufungsgericht für unbegründet erachtete Klage auf Feststellung der Schadensersatzverpflichtung des Klägers für Schäden neben der Leistung, die der Beklagten ab dem 19. Oktober 2012 entstanden sind oder noch entstehen. Eine Obliegenheit der Beklagten nach § 254 Abs. 2 BGB dahin, die Mängel am Anbau durch Abriss und Wiederaufbau auf ihre Kosten beseitigen zu lassen, um den finanziellen Schaden, der sich aus der fehlenden Nutz- und Vermietbarkeit des Anbaus ergibt und dem Grunde nach vom Kläger zu ersetzen ist, möglichst gering zu halten, kann nach den vorstehenden Ausführungen nicht damit begründet werden, dass der Kläger zu einer Schadensersatzleistung nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB nicht verpflichtet ist.

- 62 c) Soweit das Berufungsgericht ausführt, der mit der Widerklage erhobene Feststellungsantrag sei unbegründet, soweit es um die nicht zum Schadensersatz statt der Leistung gehörenden Ausbaukosten gehe, weil insoweit weitergehende, derzeit nicht bezifferbare Schäden nicht in Betracht kämen, kommt eine Teilabweisung der von der Beklagten erhobenen Feststellungsklage ebenfalls nicht in Betracht. Die Beklagte hat den Ersatz von vergeblich aufgewendeten Kosten für den Innenausbau lediglich im Zusammenhang mit dem widerklagend geltend gemachten Zahlungsanspruch gefordert. Anhaltspunkte dafür, dass sie wegen dieses bereits entstandenen Schadens auch eine Feststellung der Schadensersatzpflicht des Klägers begehrt, bestehen dagegen nicht.
- 63 4. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben, soweit das Berufungsgericht die mit der Widerklage der Beklagten begehrte Feststellung sowie die Zahlungswiderklage in Höhe von 377.984,67 € zuzüglich anteiliger Zinsen als unbegründet angesehen und die Berufung der Beklagten insoweit zurückgewiesen hat. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden,

§ 563 Abs. 3 ZPO, weil das Berufungsgericht zu den weiteren Voraussetzungen des von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzanspruchs nach § 634 Nr. 4, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 BGB bislang keine Feststellungen getroffen hat.

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Graßnack

Vorinstanzen:

LG Duisburg, Entscheidung vom 22.11.2013 - 10 O 236/04 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.02.2015 - I-21 U 220/13 -