



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VII ZR 58/13

Verkündet am:  
18. September 2014  
Seelinger-Schardt,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

BGB § 326 Abs. 1 a.F. Dc; EulnsVO Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. k, Art. 28

- a) Eine endgültige Erfüllungsverweigerung liegt vor, wenn der Unternehmer während der vorprozessualen umfassenden Auseinandersetzung nachhaltig und beharrlich das Vorliegen von Mängeln verneint und eine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet (im Anschluss an BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 373/99, BauR 2002, 310 = NZBau 2002, 89).
- b) Eine in einem englischen Hauptinsolvenzverfahren eingetretene Restschuldbefreiung (discharge) hindert einen Gläubiger nicht, seine Forderung in einem vor Eintritt der Restschuldbefreiung im Inland eröffneten und noch nicht abgeschlossenen Sekundärinsolvenzverfahren anzumelden und in diesem Rahmen zu verfolgen.

BGH, Urteil vom 18. September 2014 - VII ZR 58/13 - OLG Naumburg  
LG Magdeburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. September 2014 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka und die Richter Dr. Eick, Halfmeier, Dr. Kartzke und Prof. Dr. Jurgeleit

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 8. September 2010 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens VII ZR 2/09 und des Revisionsverfahrens VII ZR 58/13 (früher VII ZR 171/10), an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger erwarb 1998 von dem ursprünglichen Beklagten und späteren Insolvenzschuldner (im Folgenden: Insolvenzschuldner) sechs zu sanierende, im Inland belegene Eigentumswohnungen. Wegen Mängeln lehnte der Kläger die Abnahme der Wohnungen ab. In der Folge kam es zu einer Auseinandersetzung über diese Mängel, die der Insolvenzschuldner nur teilweise beseitigte.

2 Mit der gegen den Insolvenzschuldner gerichteten Klage hat der Kläger im Hauptantrag Zahlung von 435.607,98 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückgabe der Wohnungen verlangt. Hilfsweise hat er Vorschuss auf die Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht. Das Landgericht hat den Hauptantrag abgewiesen und den Insolvenzschuldner auf den Hilfsantrag verurteilt, an den Kläger 28.371,43 € nebst Zinsen zu zahlen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers im ersten Berufungsurteil mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Insolvenzschuldner auf den Hilfsantrag des Klägers weitere 10.373,86 € nebst Zinsen an die Wohnungseigentümergeinschaft zu zahlen hat. Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers, mit der der Hauptantrag und der Hilfsantrag auf Zahlung weiterer 27.814,28 € (wegen Kellerfeuchtigkeit) nebst Zinsen weiterverfolgt worden sind, hat der Senat das erste Berufungsurteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben, soweit die Klage im Hauptantrag ganz und im Hilfsantrag in Höhe von 27.814,28 € zuzüglich Zinsen abgewiesen worden ist, und die Sache im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2009 - VII ZR 2/09, BauR 2010, 246 = NZBau 2010, 251). Nach der Zurückverweisung hat das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen, soweit über sie nicht bereits mit dem ersten Berufungsurteil rechtskräftig entschieden worden ist. Gegen die Nichtzulassung der Revision in dem zweiten Berufungsurteil hat der Kläger Beschwerde eingelegt. Der Senat hat die Revision durch Beschluss vom 23. Februar 2012 - VII ZR 171/10 zugelassen.

3 Mit Entscheidung des Central London County Court vom 31. Mai 2012 ist über das Vermögen des Insolvenzschuldners das bankruptcy-Verfahren eröffnet worden.

4 Das Amtsgericht E. hat am 29. Mai 2013 über das inländische Vermögen des Insolvenzschuldners das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet und den Beklagten zum Verwalter dieses Verfahrens ernannt.

5 Der Central London County Court hat am 20. Juni 2013 bescheinigt, dass der Insolvenzschuldner am 31. Mai 2013 von seiner Restschuld befreit (discharged) worden ist.

6 Mit Schriftsatz vom 13. Dezember 2013 hat der Kläger das Revisionsverfahren gegen den Beklagten als Verwalter in dem Sekundärinsolvenzverfahren über das inländische Vermögen des Insolvenzschuldners unter Umstellung der Anträge aufgenommen. Der Kläger beantragt nunmehr,

1. unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klageforderung in Höhe von 435.607,98 € nebst Zinsen

hilfsweise in Höhe von 27.814,28 € nebst Zinsen

zur Insolvenztabelle festzustellen,

2. weiter hilfsweise:  
den Bestand der Klageforderung gemäß Haupt- und Hilfsantrag in Ziffer 1 festzustellen.

#### Entscheidungsgründe:

7 Die Revision des Klägers führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts.

I.

8           1. Die Aufnahme des unterbrochenen Revisionsverfahrens gegen den  
Beklagten ist hinsichtlich des Hauptantrags zulässig.

9           a) Die Voraussetzungen der Aufnahme des unterbrochenen Revisions-  
verfahrens gegen den Beklagten als Insolvenzverwalter in dem Sekundärinsol-  
venzverfahren über das inländische Vermögen des Insolvenzschuldners richten  
sich nach deutschem Recht, wobei hier dahinstehen kann, ob deutsches Recht  
als Recht des Sekundärinsolvenzeröffnungsstaates oder als Recht des Staates,  
in dem die verfahrensgegenständlichen Eigentumswohnungen belegen sind,  
oder als Recht des Staates, in dem der aufzunehmende Rechtsstreit anhängig  
ist, anwendbar ist (vgl. auch BGH, Zwischenurteil vom 23. April 2013  
- X ZR 169/12, BGHZ 197, 177 Rn. 6 - Aufnahme des Patentnichtigkeitsverfah-  
rens).

10           Die im Streitfall anwendbare Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates  
vom 29. Mai 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. L 160 vom 30. Juni 2000, S. 1;  
fortan: Europäische Insolvenzverordnung [EuInsVO]), zuletzt geändert durch  
die Verordnung (EU) Nr. 517/2013 des Rates vom 13. Mai 2013 (ABl. L 158  
vom 10. Juni 2013, S. 1), sieht neben dem Hauptinsolvenzverfahren auch Se-  
kundärinsolvenzverfahren vor. Wird in einem anderen Mitgliedstaat als demje-  
nigen, in dem das Hauptinsolvenzverfahren eröffnet worden ist, ein Sekundär-  
insolvenzverfahren (vgl. Art. 27 Satz 2 EuInsVO) eröffnet, so beschränken sich  
dessen Wirkungen auf das Vermögen des Schuldners, das im Gebiet dieses  
anderen Mitgliedstaates belegen ist (vgl. Art. 27 Satz 3 EuInsVO; EuGH, NZI  
2012, 147 Rn. 15 m.w.N.). Soweit die Wirkungen des Sekundärinsolvenzverfah-  
rens reichen, werden die an sich unionsweit-universellen Wirkungen des  
Hauptinsolvenzverfahrens suspendiert (vgl. Smid in Leonhardt/Smid/Zeuner,

Internationales Insolvenzrecht, 2. Aufl., Art. 17 EulnsVO Rn. 12; Duursma-Kepplinger/Chalupsky in Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky, Europäische Insolvenzverordnung, Art. 17 Rn. 16; Pannen/Riedemann in Pannen, Europäische Insolvenzverordnung, Art. 17 Rn.15; Renger, Wege zur Restschuldbefreiung nach dem Insolvency Act 1986, S. 209). Auf das Sekundärinsolvenzverfahren finden, soweit die Europäische Insolvenzordnung nichts anderes bestimmt, die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats Anwendung, in dessen Gebiet das Sekundärinsolvenzverfahren eröffnet worden ist (vgl. Art. 28 EulnsVO; EuGH, ZIP 2012, 1815 Rn. 38 ff.). Das sind hier die Vorschriften des deutschen Rechts.

11 Deutsches Recht ist auch als Recht des Mitgliedstaates, in dem die verfahrensgegenständlichen Eigentumswohnungen belegen sind (vgl. Art. 8 EulnsVO), sowie als Recht des Mitgliedstaats, in dem der aufzunehmende Rechtsstreit anhängig ist (vgl. Art. 15 EulnsVO), anwendbar, weshalb eine nähere Abgrenzung der Reichweite der jeweiligen Rechtsanwendungsbefehle im Streitfall unterbleiben kann.

12 b) Die etwaige zwischenzeitliche Beendigung des in England eröffneten Hauptinsolvenzverfahrens (bankruptcy-Verfahren) infolge Restschuldbefreiung (discharge; fortan: Restschuldbefreiung) steht im Hinblick auf den Suspensiv-effekt, der mit der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens verbunden ist, der Aufnahme des unterbrochenen Revisionsverfahrens gegen den Beklagten nicht entgegen. Das Sekundärinsolvenzverfahren, das im Inland bereits am 29. Mai 2013 eröffnet worden ist, bevor in dem englischen Hauptinsolvenzverfahren am 31. Mai 2013 Restschuldbefreiung eingetreten ist, ist noch nicht abgeschlossen.

13 c) Die Voraussetzungen für eine Aufnahme des Revisionsverfahrens liegen hinsichtlich des Hauptantrags nach § 180 Abs. 2 InsO vor.

14 aa) Ist in einem Insolvenzverfahren eine Forderung vom Insolvenzverwalter oder von einem Insolvenzgläubiger bestritten worden, so bleibt es gemäß § 179 Abs. 1 InsO dem Gläubiger überlassen, die Feststellung gegen den Bestreitenden zu betreiben. War zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Rechtsstreit über die Forderung anhängig, so ist die Feststellung gemäß § 180 Abs. 2 InsO durch Aufnahme des Rechtsstreits zu betreiben. Die Aufnahme des Rechtsstreits ist auch möglich, wenn dieser, wie im Streitfall, zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der Revisionsinstanz anhängig war (BGH, Beschluss vom 31. Oktober 2012 - III ZR 204/12, BGHZ 195, 233 Rn. 8 m.w.N.; Beschluss vom 29. April 2004 - IX ZR 265/03, ZVI 2004, 530). Wie der Kläger mit den Anlagen 1 und 2 zum Schriftsatz vom 13. Dezember 2013 belegt hat, ist die mit dem Hauptantrag verfolgte Klageforderung, gerichtet auf Zahlung (Schadensersatz) in Höhe von 435.607,98 € nebst Zinsen, im Sekundärinsolvenzverfahren angemeldet und vom Beklagten bestritten worden.

15 bb) Die in der Revisionsinstanz hinsichtlich des Hauptantrags vorgenommene Antragsumstellung ist zulässig. Nach der Aufnahme des Rechtsstreits gemäß § 180 Abs. 2 InsO sind die Anträge der veränderten Verfahrenslage anzupassen. Der Antrag ist auf Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle umzustellen, wobei die durch die §§ 45, 46 InsO gebotenen Änderungen zu berücksichtigen sind (vgl. BGH, Urteil vom 23. Dezember 1953 - VI ZR 1/52, LM Nr. 5 zu § 146 KO; Gerhardt in Jaeger, Insolvenzordnung, § 180 Rn. 72). Deshalb ist es zulässig, dass der Kläger beim Hauptantrag die bisher enthaltene Zug-um-Zug-Einschränkung fallengelassen hat. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Anmeldung einer Geldforderung mit einer derartigen Zug-um-Zug-Einschränkung im Insolvenzverfahren aus insolvenzrechtli-

chen Gründen im Hinblick auf die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger aus der Masse nicht möglich ist (vgl. BGH, Beschluss vom 19. April 2011 - II ZR 263/10, NZG 2011, 750 Rn. 7; Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, NJW-RR 2013, 1255 Rn. 14; Urteil vom 17. Juli 2014 - III ZR 226/13, juris Rn. 18).

## II.

- 16 Auf das Schuldverhältnis ist mit Ausnahme der für die Verjährung geltenden Überleitungsvorschriften in Art. 229 § 6 EGBGB das Bürgerliche Gesetzbuch in der Fassung anzuwenden, die für bis zum 31. Dezember 2001 geschlossene Verträge gilt, Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB.

## III.

- 17 Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger sei berechtigt gewesen, nach § 326 Abs. 1 BGB a.F. vorzugehen. Er habe die nach Werkvertragsrecht zu beurteilende Leistung des Insolvenzschuldners nicht abgenommen und dieser habe sich mit von ihm zu erbringenden Leistungen, so z.B. mit der Auswechslung der Innentüren, der Beseitigung der Höhenunterschiede der Fußböden und der Unebenheiten an Wänden und Decken in Verzug befunden. Dem Hauptantrag sei jedoch deshalb nicht stattzugeben, weil der Kläger nicht in der notwendigen eindeutigen und unmissverständlichen Weise eine Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung bestimmt habe, dass er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Mit seinem Schreiben vom 17. Juni 2000 habe er angekündigt, im Falle des erfolglosen Fristablaufs die Mängelbeseitigung durch den Insolvenzschuldner abzulehnen. Er habe die Ersatzvornahme sowie die Kündigung "des in dem Kaufvertrag erteilten Bauvertrages" ange-



droht. Diese Erklärung habe der Insolvenzschnldner nicht dahin verstehen müssen, dass der gesamte Bauträgervertrag rückabgewickelt werden solle. Der Kläger habe die behaupteten Umstände für dieses Verständnis der Erklärung nicht bewiesen.

18 Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei nicht entbehrlich gewesen. Nicht ausreichend seien Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vertrags und die Weigerung mit der Begründung, die erbrachte Leistung sei ordnungsgemäß. So liege es hier. Der Insolvenzschnldner habe einzelne Arbeiten vorgenommen und auch Muster für den Bodenbelag zur Auswahl übersandt und hiermit deutlich gemacht, dass er die insoweit noch ausstehenden Leistungen nachholen wolle. Im Übrigen habe er sich auf den Standpunkt gestellt, die von ihm nach dem Vertrag geschuldeten Bauleistungen erbracht zu haben. Bis zur Entscheidung des Landgerichts sei streitig gewesen, ob der Beklagte die vom Kläger geforderte Sanierung schulde.

19 Der Kläger sei auf den Vorschussanspruch beschränkt. Weiteren Vorschuss für die Sanierung des feuchten Kellers könne er jedoch nicht verlangen, weil der Insolvenzschnldner nicht verpflichtet sei, die Feuchtigkeit zu beseitigen.

#### IV.

20 Das Berufungsurteil hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit der Hauptantrag abgewiesen worden ist. Zu Unrecht vertritt das Berufungsgericht die Auffassung, das Verlangen nach großem Schadensersatz scheitere daran, dass der Kläger dem Insolvenzschnldner keine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt habe und dass diese auch nicht entbehrlich sei.

- 21           1. Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger unter der Voraussetzung des § 326 Abs. 1 BGB a.F. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des mit dem Insolvenzschuldner geschlossenen Vertrags hat, weil dieser die geschuldeten Leistungen nicht vollständig erbracht hat. Es sieht auch, dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich ist, wenn der Schuldner die Erfüllung des Vertrags endgültig verweigert hat. Ferner geht es zutreffend davon aus, dass an die Annahme einer Erfüllungsverweigerung strenge Anforderungen zu stellen sind. Der Schuldner muss eindeutig zum Ausdruck bringen, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen und es damit ausgeschlossen erscheinen lassen, dass er sich von einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung umstimmen ließe (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 1988 - VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 13; Urteil vom 29. Juni 2011 - VIII ZR 202/10, NJW 2011, 2872 Rn. 14).
- 22           2. Zu Unrecht ist das Berufungsgericht jedoch der Auffassung, der Insolvenzschuldner habe die Erfüllung des Vertrags nicht endgültig verweigert. Das Gegenteil ist der Fall.
- 23           a) Ob ein Unternehmer nach Mängelrügen des Bestellers deren Beseitigung und damit die Erfüllung des Vertrags ernsthaft und endgültig verweigert hat, unterliegt der tatrichterlichen Würdigung (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 1988 - VIII ZR 184/87, BGHZ 104, 6, 14). Diese ist jedoch revisionsrechtlich dahin überprüfbar, ob der Tatrichter von den zutreffenden rechtlichen Maßstäben ausgegangen ist und alle Umstände, insbesondere das gesamte Verhalten des Unternehmers bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung ausreichend berücksichtigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1998 - X ZR 90/96, NJW-RR 1999, 560).

- 24            b) Das ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat eine punktuelle Betrachtung vorgenommen und auf einzelne Umstände abgestellt, die lediglich für sich genommen Indizien dafür sein könnten, dass der Insolvenzschuldner die Erfüllung des Vertrags nicht endgültig verweigert hat. Es hat die gebotene Würdigung des gesamten Verhaltens des Insolvenzschuldners von der ersten Mängelrüge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vermissen lassen. Diese Gesamtwürdigung ergibt, dass der Insolvenzschuldner die vom Kläger geforderte Mängelbeseitigung vor dem Verlangen nach Schadensersatz endgültig verweigert hat, so dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung reine Förmerei wäre. Der Insolvenzschuldner hätte sich auch durch eine solche, im Prozess grundsätzlich nachholbare Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - VII ZR 360/01, BauR 2003, 386, 387 = NZBau 2003, 149) nicht von seiner vor und im Prozess zum Ausdruck gebrachten Haltung abbringen lassen, keine (weitere) Mängelbeseitigung mehr vornehmen zu wollen.
- 25            aa) Bei der Gesamtwürdigung ist zu berücksichtigen, dass der Kläger bereits im September 1999 die Abnahme wegen der Mängel verweigert und eine Mängelbeseitigung gefordert hat. Dabei hat er bereits frühzeitig auch die Rückgabe der Wohnungen angedroht. Mit Schreiben vom 13. Dezember 1999 hat der Kläger erneut schriftlich zur Beseitigung der Mängel aufgefordert, die er in einem Schreiben vom 28. Juli 1999 bezeichnet hatte. Auf dieses Schreiben hat der Anwalt des Insolvenzschuldners, obwohl die Mängelrügen lange bekannt waren, lediglich hinhaltend mit Schreiben vom 29. Januar 2000 reagiert. Im Schreiben vom 18. April 2000 ist mitgeteilt worden, dass die Kanalisationsarbeiten ausgeführt worden seien, die Beseitigung anderer Mängel hat der Insolvenzschuldner mit dem Hinweis abgelehnt, er fühle sich "100%ig im Recht", werde dem Wunsch des Klägers, "zusätzliche Einnahmen zu meinen Lasten zu akquirieren", nicht nachkommen und wünsche ihm "bei der nun wohl anstehen-

den juristischen Auseinandersetzung" "viel Erfolg". Daraufhin hat der Kläger mit Schreiben vom 17. Juni 2000 eine Frist zur Beseitigung der Mängel bis zum 25. Juni 2000 gesetzt und erklärt, eine Mängelbeseitigung durch den Insolvenzschuldner danach abzulehnen.

26 Es kann dahinstehen, ob dieses Schreiben - wie das Berufungsgericht meint - deshalb keine ausreichende Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB a.F. ist, weil der Kläger angedroht hat, er werde (lediglich) den Bauvertrag kündigen. Darauf kommt es nicht an. Der Insolvenzschuldner hat sich durch dieses Schreiben nicht bewegen lassen, die jetzt noch bestehenden Mängel zu beseitigen. Der Kläger stellte im September 2000 einen Antrag auf Einleitung eines selbständigen Beweisverfahrens, in dem er nochmals auf die bereits erfolgte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung hinwies, jedoch seiner Hoffnung Ausdruck verlieh, der Insolvenzschuldner werde die Gespräche wieder aufnehmen. Das gab dem Insolvenzschuldner ebenfalls keine Veranlassung, die Mängel zu beseitigen oder jedenfalls eine Bereitschaft zu zeigen, dies nach Vorlage eines für ihn negativen Gutachtens zu tun. Auch nach der Vorlage des im selbständigen Beweisverfahren erstatteten Gutachtens vom 8. Juni 2001, in dem die im Revisionsverfahren geltend gemachten Mängel im Wesentlichen bestätigt worden waren, erfolgte keine Mängelbeseitigung.

27 In einem Gespräch am 5. November 2001 kündigte der Kläger an, er werde nun Schadensersatz geltend machen, und er forderte den Insolvenzschuldner mit Schreiben vom 16. November 2001 auf, sich zu erklären. Der Insolvenzschuldner antwortete am 20. Februar 2002 mit einem Vergleichsvorschlag, ohne eine Mängelbeseitigung anzubieten. In dem im Jahr 2003 eingeleiteten Prozess, in dem der Kläger später hilfsweise Vorschuss auf die voraussichtlichen Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht hat, wurde die Mängelbeseitigungspflicht ganz überwiegend weiter bestritten. Der Insolvenzschuldner

vertrat die Auffassung, der große Schadensersatz, den der Kläger begehre, sei durch die Vertragsbestimmungen ausgeschlossen, ein Verschulden falle ihm überwiegend nicht zur Last.

28           bb) Bei dieser Sachlage war es ausgeschlossen, dass der Insolvenzschuldner noch bereit ist, die Mängel zu beseitigen, so dass eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht mehr Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung ist. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, dass der Insolvenzschuldner einzelne Mängel zwischendurch beseitigt hat. Darauf kommt es, worauf der Senat schon in dem Beschluss hingewiesen hat, der zur Aufhebung des ersten Berufungsurteils geführt hat (BGH, Beschluss vom 15. Oktober 2009 - VII ZR 2/09, BauR 2010, 246 Rn. 8 = NZBau 2010, 251), nicht an. Der Insolvenzschuldner war ersichtlich nicht bereit, die noch vorliegenden Mängel zu beseitigen.

29           Der Senat hat bereits in einem ähnlich gelagerten Fall eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung für entbehrlich gehalten, weil sie reine Förmerei wäre (BGH, Urteil vom 8. November 2001 - VII ZR 373/99, BauR 2002, 310, 311 = NZBau 2002, 89). Auch in anderen Fällen hat er die kategorische, teilweise mit rechtlichen Argumenten wie der Einrede der Verjährung untermauerte Weigerung, vorliegende Mängel zu beseitigen, als endgültige Erfüllungsverweigerung beurteilt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - VII ZR 360/01, BauR 2003, 386, 387 = NZBau 2003, 149) und auch auf den langen Zeitablauf abgestellt, in dem eine Mängelbeseitigung nicht vorgenommen wurde (BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2010 - VII ZR 82/09, BauR 2011, 263 Rn. 13). Selbst in einem Klageabweisungsantrag des auf Erfüllung in Anspruch genommenen Schuldners kann eine ernsthafte Erfüllungsverweigerung gesehen werden, wenn alle Streitpunkte in einer vorherigen längeren Auseinandersetzung bereits ausgetragen waren und mit dem Antrag zum Ausdruck gebracht wird, dass auch eine Frist-

setzung mit Ablehnungsandrohung ihn nicht mehr umstimmen könnte (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1983 - VII ZR 139/82, BauR 1984, 181, 182).

V.

30           Das Berufungsurteil stellt sich hinsichtlich des Hauptantrags auch nicht aus anderen Gründen im Hinblick auf die am 31. Mai 2013 im englischen Hauptinsolvenzverfahren eingetretene Restschuldbefreiung als richtig dar.

31           Die Frage, ob eine Klageforderung von einer in England eingetretenen Restschuldbefreiung erfasst wird, ist von den deutschen Gerichten grundsätzlich nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 Buchst. k EuInsVO unter Anwendung des englischen Rechts zu beantworten (vgl. BGH, Urteil vom 14. Januar 2014 - II ZR 192/13, NJW 2014, 1244 Rn. 12; Dornblüth, ZIP 2014, 712 f. m.w.N.; zu den Rechtsfolgen der Restschuldbefreiung nach dem englischen Insolvency Act 1986 vgl. Renger, aaO, S. 111 ff.). Im Streitfall kann indes dahinstehen, ob sich die am 31. Mai 2013 im englischen Hauptinsolvenzverfahren eingetretene Restschuldbefreiung nach englischem Recht auf die mit dem Hauptantrag geltend gemachte Klageforderung erstreckt. Wäre die Restschuldbefreiung in einem inländischen Insolvenzverfahren vor dessen Aufhebung erteilt worden, müssten angemeldete und festgestellte Insolvenzforderungen im Verfahren weiterhin berücksichtigt werden und an einer Verteilung des bis zum Ablauf der Abtretungsfrist in die Masse gefallenen Vermögens und Neuerwerbs teilnehmen (BGH, Beschluss vom 3. Dezember 2009 - IX ZB 247/08, BGHZ 183, 258 Rn. 22; Beschluss vom 23. Januar 2014 - IX ZB 33/13, WM 2014, 359 Rn. 9, Rn. 13 ff.). Wird die Restschuldbefreiung im Rahmen eines ausländischen Hauptinsolvenzverfahrens erreicht, kann sich an dieser Bewertung nichts ändern, wenn ein im Inland eröffnetes, aber noch nicht abgeschlossenes Sekun-

därinsolvenzverfahren läuft. Auch ein inländisches Territorialverfahren, auf welches gemäß Art. 4, Art. 28 EuInsVO das deutsche Insolvenzrecht Anwendung findet, dient nach § 1 Abs. 1 Satz 1 InsO dem Zweck, die Gläubiger durch eine gemeinsame Verteilung des Verwertungserlöses zu befriedigen. Diesem Zweck liefe es zuwider, wenn ein Gläubiger wegen einer bereits erlangten Restschuldbefreiung an einer Durchsetzung seiner Forderung im Rahmen des Insolvenzverfahrens gehindert wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Januar 2014, aaO, Rn. 14).

32            Bezüglich dieser im Einklang mit den Regeln der Europäischen Insolvenzverordnung folgenden Begrenzung der Wirkungen einer in einem Hauptinsolvenzverfahren eingetretenen Restschuldbefreiung besteht keinerlei Raum für einen vernünftigen Zweifel (vgl. EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16 - C.I.L.F.I.T.), weshalb der Senat ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Auslegung der Europäischen Insolvenzverordnung im Streitfall nicht für erforderlich erachtet.

## VI.

33            1. Der Senat kann bezüglich des Hauptantrags in der Sache nicht selbst entscheiden, weil die erforderlichen Feststellungen zu dem Schadensersatzanspruch fehlen. Der Senat hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Sache an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO.

34            2. Der Senat weist vorsorglich auf Folgendes hin:

35            a) Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass das Verlangen nach großem Schadensersatz treu-

widrig ist. Schon die festgestellten Mängel im Sondereigentum, deren Beseitigung voraussichtlich 28.371,43 € kostet, sind nicht so geringfügig, dass die Ablehnung der Übernahme des Werks gegen Treu und Glauben verstoßen würde (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 1958 - VII ZR 139/57, BGHZ 27, 215, 220). Die Mängel wirken sich erheblich auf die Vermietbarkeit aus, weil sie den qualitativen Eindruck der Wohnungen nachhaltig beeinträchtigen. Auf die Frage, ob auch die Feuchtigkeit des Kellers eine Schlechterfüllung darstellt, kommt es insoweit nicht an.

- 36            b) Soweit der Kläger die Feststellung der mit 435.607,98 € bezifferten Schadensersatzforderung zur Insolvenztabelle begehrt, hängt die Entscheidung gegebenenfalls von dem Wert der in den Vorinstanzen in den Antrag des Klägers aufgenommenen, nunmehr aber fallengelassenen Zug-um-Zug-Einschränkung ab, bei der es sich nach den Ausführungen in der Klageschrift vom 1. Juli 2003, Seite 23 um einen Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung handelt (vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, NJW-RR 2013, 1255 Rn. 16). Insoweit kommt in Betracht, den Wert der Zug-um-Zug-Einschränkung in entsprechender Anwendung des § 45 Satz 1 InsO gegebenenfalls auf einen Geldbetrag zu schätzen und, falls die Zug-um-Zug-



Einschränkung nicht wertlos ist, von dem Schadensersatzbetrag abzuziehen (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2013 - II ZR 9/12, NJW-RR 2013, 1255 Rn. 17; Urteil vom 17. Juli 2014 - III ZR 226/13, juris Rn. 18).

Kniffka

Eick

Halfmeier

Kartzke

Jurgeleit

Vorinstanzen:

LG Magdeburg, Entscheidung vom 14.05.2008 - 10 O 19/08 -

OLG Naumburg, Entscheidung vom 08.09.2010 - 5 U 89/08 -