



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 301/13

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

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 634, 637, 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 (Nach-) Erfüllung des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Allein das Verlangen eines Vorschusses für die Beseitigung eines Mangels im Wege der Selbstvornahme genügt dafür nicht. In diesem Fall entsteht ein Abrechnungsverhältnis dagegen, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen.

BGH, Urteil vom 19. Januar 2017 - VII ZR 301/13 - OLG München
LG Landshut

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 2016 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Eick, die Richter Halfmeier und Prof. Dr. Jurgleit und die Richterinnen Graßnack und Sacher

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird der Beschluss des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 1. Oktober 2013 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger macht Ansprüche aus abgetretenem Recht der Erbengemeinschaft nach dem am 24. April 2012 verstorbenen M. (im Folgenden: Besteller) geltend.
- 2 Der Besteller beauftragte den Beklagten 2008 mit der Erneuerung der Fassaden an zwei unter Denkmalschutz stehenden Gebäuden. Die Vertragsparteien vereinbarten, dass die Ausführungen der Fassadenarbeiten jeweils mit einem dampfdiffusionsoffenen Mörtelmaterial sowie einem dampfdiffusionsoffenen Anstrichsystem auszuführen seien. Der Fassadenanstrich des einen Objektes sollte mit einem Keim- oder Sikkenfarbenanstrich, die Fassade des ande-

ren Objektes nach Abschluss der Verputzarbeiten mit einem Keimfarbenanstrich, Keim-Granital, erfolgen.

- 3 Der Beklagte führte Arbeiten aus. Eine Abnahme der Arbeiten erfolgte nicht. Mit Schreiben vom 4. September 2009 rügte der Besteller Mängel an den Objekten und setzte eine Frist zur Mangelbeseitigung bis 30. September 2009. Mit anwaltlichem Schreiben vom 29. Oktober 2009 teilte der Beklagte dem Besteller mit, dass nach Einschaltung eines Privatsachverständigen eine Mangelhaftigkeit der ausgeführten Arbeiten nicht festzustellen sei. Wörtlich heißt es in dem Schreiben:

"Unsere Mandantschaft hat auch nicht die falsche Farbe verwandt, sondern hat lediglich im Angebot zwei Markennamen als Beispiele aufgeführt. Auch hat der Sachverständige K. eindeutig ausgeführt, dass die verwandte Farbe nicht zu beanstanden ist."

- 4 Im November 2009 leitete der Besteller ein selbständiges Beweisverfahren ein. Der gerichtlich bestellte Sachverständige kam zu dem Ergebnis, dass die Fassaden nicht mit dem vereinbarten Material gestrichen worden seien. Das tatsächlich verwendete Material weiche qualitativ nachteilig von dem vereinbarten Material ab. Die Sanierungskosten schätzte der Sachverständige auf 28.917 € brutto. Dazu hat er in einem Ergänzungsgutachten ausgeführt, dass bei der im Hauptgutachten vorgeschlagenen Sanierung das Risiko bestehe, dass der Putz außerhalb der vertraglichen Gewährleistungsfrist zerstört werde.

- 5 Nach Abschluss des selbständigen Beweisverfahrens verstarb der Besteller. Er war mit der Tochter des Klägers verheiratet. Aus dieser Ehe stammt ein im Jahr 2007 geborenes Kind. Erben des Bestellers sind Sa. S. und sein Kind (G. S.). Unter dem 29. Januar 2013 schlossen der Kläger und die Ehefrau des Bestellers eine "Abtretungsvereinbarung", in der wie folgt ausgeführt ist:

"Die Erbengemeinschaft Sa. S./G. S. tritt hiermit an Herrn L. S. [d. i. der Kläger], Vater von Frau Sa. S., folgende Ansprüche ab:

...

(Unterschriften) L. S.

Sa. S.

V., den 29.01.2013"

- 6 Der Kläger hat Klage erhoben, mit der er unter anderem Mangelbeseitigungskosten unter Berücksichtigung restlichen Werklohns von 16.461,48 € in Höhe von 43.493,90 € als Kostenvorschuss geltend macht. Zur Begründung hat sich der Kläger auf die Erkenntnisse des selbständigen Beweisverfahrens bezogen und zusätzlich begründet, warum für eine vollständige Beseitigung der mangelhaften Arbeiten ein weiterer Aufwand von geschätzt 30.345 € notwendig sei.
- 7 Bereits während des erstinstanzlichen Verfahrens haben die Parteien darüber gestritten, ob ein Kostenvorschuss vor Abnahme der ausgeführten Arbeiten verlangt werden kann. Dazu haben die erstinstanzlichen Anwälte des Klägers mit Schriftsatz vom 15. März 2013 erklärt, dass der Kläger hilfsweise für den Fall Schadensersatz statt eines Kostenvorschusses verlange, sollte das Landgericht der Rechtsauffassung der Beklagtenseite zuneigen, ein Kostenvorschussanspruch könne vor Abnahme nicht geltend gemacht werden.
- 8 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat mit Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO die Berufung zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision des Beklagten führt zur Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache.

I.

10 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Entscheidend sei, dass der Besteller eine Frist zur Mangelbeseitigung bis 30. September 2009 gesetzt habe. Diese Frist habe der Beklagte verstreichen lassen. Damit sei dem Kläger der Weg entweder zu § 280 BGB eröffnet, der allerdings nur Schadensersatz gewähre, oder aber zum werkvertraglichen Gewährleistungsrecht, das auch den begehrten Kostenvorschuss nach § 637 Abs. 3 BGB gewähre. Die Frage, ob oder in welchen Fällen das werkvertragliche Gewährleistungsrecht schon vor der Abnahme anzuwenden sei, sei umstritten. Die herrschende Meinung gebe jedenfalls dann dem Werkvertragsrecht den Vorzug, wenn der Unternehmer die Leistung erbracht habe, das Werk also fertiggestellt sei. Würde man den Besteller in einem solchen Fall auf die Rechte nach §§ 280 ff. BGB beschränken, stünde er schlechter als der Besteller, der das Werk in Unkenntnis der Mängel abgenommen oder sich die Mängel bei Abnahme vorbehalten habe. Dafür sei ein sachlicher Grund nicht vorhanden.

II.

11 Der Kläger ist als Inhaber der Klageforderungen befugt, diese geltend zu machen. Zwar war die Abtretungsvereinbarung vom 29. Januar 2013 (schwebend) unwirksam. Die Vereinbarung ist jedoch dadurch wirksam geworden,

dass der vom Familiengericht bestellte Ergänzungspfleger während des Revisionsverfahrens die Abtretungsvereinbarung genehmigt hat. Dies ist vom Senat zu berücksichtigen.

12 1. Die Abtretungsvereinbarung war (schwebend) unwirksam, da das fünf Jahre alte Kind des Bestellers bei der Abtretungsvereinbarung nicht ordnungsgemäß vertreten war.

13 a) Nach § 2040 Abs. 1 BGB können Erben über einen Nachlassgegenstand nur gemeinsam verfügen. Für die Übertragung einer zum Nachlass gehörenden Forderung ist deshalb erforderlich, dass jeder Miterbe die Forderung durch Vertrag mit dem Erwerber abtritt, § 398 BGB. Die "Abtretungsvereinbarung" enthält dementsprechend zwei Verträge. Zum einen die Einigung zwischen dem Kläger und der Ehefrau des Bestellers und zum anderen die Einigung zwischen dem Kläger und dem Kind des Bestellers, dieses vertreten durch die Ehefrau des Bestellers.

14 b) Zu dieser Vertretung war die Ehefrau des Bestellers nicht befugt.

15 Nach dem Tod des Bestellers stand ihr zwar das alleinige Sorgerecht zu (§ 1680 Abs. 1, § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB) und war sie deshalb grundsätzlich berechtigt, das Kind zu vertreten, § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieses Recht zur gesetzlichen Vertretung war aber nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB ausgeschlossen. Aufgrund dieses Vertretungsausschlusses handelte die Ehefrau des Bestellers für das Kind als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Das hatte zur Folge, dass die Wirksamkeit der "Abtretungsvereinbarung" von der Genehmigung des zur Vertretung des Kindes Berechtigten abhing, § 177 Abs. 1 BGB.

- 16 2. Diese Genehmigung ist von dem hierfür vom Familiengericht bestellten Ergänzungspfleger während des Revisionsverfahrens erteilt worden. Damit ist die Abtretungsvereinbarung rückwirkend wirksam geworden, § 184 Abs. 1 BGB.
- 17 3. Die während des Revisionsverfahrens erfolgte Genehmigung durch den Ergänzungspfleger ist vom Senat zu berücksichtigen, und zwar unabhängig davon, ob die Wirksamkeit der "Abtretungsvereinbarung" die Prozessführungsbefugnis des Klägers oder seine Aktivlegitimation betrifft.
- 18 a) Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessführungsbefugnis sich nicht auf die Tatsachen und Beweismittel beschränkt, die dem Berufungsgericht vorgelegen haben. Das Revisionsgericht hat vielmehr unter Berücksichtigung neuen Vorbringens in der Revisionsinstanz grundsätzlich selbstständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Prozessführungsbefugnis im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben (BGH, Urteile vom 7. Juli 2008 - II ZR 26/07, NZG 2008, 711 Rn. 12; vom 24. Februar 1994 - VII ZR 34/93, BGHZ 125, 196, 200 f., juris Rn. 15).
- 19 Zwar stellen die Bestellung eines Ergänzungspflegers und dessen Entscheidung zur Genehmigung der Abtretung Tatsachen dar, die erst nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht entstanden sind. Genehmigt aber der Ergänzungspfleger die Abtretung, wirkt die Genehmigung auf den Zeitpunkt des Abschlusses der "Abtretungsvereinbarung" am 29. Januar 2013 zurück, § 184 Abs. 1 BGB. Damit lagen rückwirkend die Voraussetzungen für eine wirksame "Abtretungsvereinbarung" im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor.

20 b) Hinsichtlich der Aktivlegitimation entspricht es ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, § 559 ZPO einschränkend dahin auszulegen, dass in der Revisionsinstanz auch neue, im Hinblick auf die materielle Rechtslage relevante Tatsachen berücksichtigt werden können, wenn die Tatsachen unstreitig sind und schützenswerte Belange der Gegenpartei nicht entgegenstehen. Voraussetzung hierfür ist, dass die neuen Tatsachen erst während des Revisionsverfahrens bzw. nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz eingetreten sind (BGH, Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13, BGHZ 202, 242 Rn. 21).

21 Die neue Tatsache der Genehmigung der Abtretung zwischen dem Kläger und dem Kind des Bestellers ist erst - unabhängig von der rechtlichen Rückwirkung - im Revisionsverfahren eingetreten und damit zu berücksichtigen.

III.

22 Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann aber das Bestehen der Klageforderungen nicht bejaht werden.

23 1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, soweit es ausführt, ein Anspruch auf Vorschuss aus § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB bestehe bereits vor Abnahme.

24 a) 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).

- 25 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.
- 26 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.).
- 27 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).

- 28 b) aa) 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.).
- 29 bb) 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/Drosart, 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.).

30 cc) 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).

31 c) 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:

32 aa) 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.

33 bb) 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.

34 cc) 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.

35 dd) 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.

36 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.

37 ee) 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.

38 (1) 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.

39 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.

40 (2) 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.

41 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 Kauf-

recht: 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.).

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

43 2. Die Abnahme ist nach den bisherigen Feststellungen auch nicht entbehrlich.

44 a) Der Besteller kann allerdings in bestimmten Fällen berechtigt sein, Mängelrechte nach § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend zu machen. 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 der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlangt der Be-

steller 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 (BGH, Urteile vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 und VII ZR 193/15, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

45 b) aa) Verlangt dagegen der Besteller nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen, erlischt der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht. Denn das Recht zur Selbstvornahme und der Anspruch auf Kostenvorschuss lassen den Erfüllungsanspruch (§ 631 BGB) und den Nacherfüllungsanspruch (§ 634 Nr. 1 BGB) unberührt. Der Besteller ist berechtigt, auch nach einem Kostenvorschussverlangen den (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend zu machen (vgl. OLG Stuttgart, BauR 2012, 1961, 1962 f., juris Rn. 56 = NZBau 2012, 771; Palandt/Sprau, BGB, 76. Aufl., § 634 Rn. 4; Messerschmidt/Voit/Drossart, Privates Baurecht, 2. Aufl., § 634 BGB Rn. 16, 45; Staudinger/Peters/Jacoby, 2014, BGB, § 634 Rn. 73).

46 bb) Ausnahmsweise kann die Forderung des Bestellers, ihm einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels erforderlichen Aufwendungen zu zahlen, zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann.

47 Das ist etwa der Fall, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten

zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren.

48 Weil die verbleibenden Rechte des Bestellers damit ausschließlich auf Geld gerichtet sind, entsteht ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis, in dessen Rahmen die Rechte aus § 634 Nr. 2 bis 4 BGB ohne Abnahme geltend gemacht werden können (vgl. BGH, Urteile vom 19. Januar 2017 - VII ZR 235/15 und VII ZR 193/15, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt).

49 c) Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts liegen die Voraussetzungen für ein Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis nicht vor.

50 Der Kläger hat einen Schadensersatzanspruch nur hilfsweise geltend gemacht und in der Hauptsache die Zahlung eines Vorschusses nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB verlangt. Den Feststellungen kann zudem nicht entnommen werden, dass der Kläger zum Ausdruck gebracht hätte, weitere Arbeiten des Beklagten am Werk unter keinen Umständen mehr zuzulassen.

IV.

51 Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann daher keinen Bestand haben. Sie ist aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO. Den Parteien muss Gelegenheit gegeben werden, auf die Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs zu reagieren.

Eick

Halfmeier

Jurgeleit

Graßnack

Sacher

Vorinstanzen:

LG Landshut, Entscheidung vom 11.04.2013 - 23 O 275/13 -

OLG München, Entscheidung vom 01.10.2013 - 13 U 1607/13 Bau -