

---

**Datum:** 18.02.2015  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** 21. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Grund- und Teilurteil  
**Aktenzeichen:** I-21 U 220/13  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2015:0218.I21U220.13.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Duisburg, 10 O 236/04

**Leitsätze:**

Leitsatz :

Entbehrlichkeit der Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für Werklohnanspruch bei Minderungserklärung des Auftraggebers; Geltendmachung der Mängelrechte vor Abnahme; Ausschluss der durch den Auftraggeber erklärten Minderung gegenüber dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung; Schadensminderungspflicht des Auftraggebers

– Erklärt der Auftraggeber im Rahmen eines Werklohnprozesses wegen von ihm behaupteter Mängel der Werkleistung des Auftragnehmers die Minderung in Höhe des restlichen Vergütungsanspruches, wird hierdurch das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt mit der Folge, dass die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch entbehrlich ist.

– Hat der Auftraggeber mit Blick auf von ihm behauptete Mängel sein Minderungsrecht gegenüber dem Werklohnanspruch des Unternehmers ausgeübt und die Höhe der Minderung primär mit dem Vortrag begründet, die zur Minderung berechtigenden Mängel führten dazu, dass das Werk völlig wertlos sei und damit eine Minderung auf „Null“ gerechtfertigt sein, ist es für die Auslegung der Minderungserklärung ohne Belang, wenn sich zeitlich nach der Minderungserklärung herausstellt, dass das Werk noch (weitere) gravierendere Mängel aufweist bzw. die für die Minderung angeführten Mängel schwerwiegender sind als zunächst angenommen.

- Ausnahmsweise können ohne vorherige Abnahme der Werkleistung Vorschuss-oder Aufwendungsersatzansprüche nach § 637 BGB oder die Minderung nach § 638 BGB geltend gemacht werden, wenn eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt, wovon auszugehen ist, wenn der Auftragnehmer das an ihn vor Abnahme gerichtete Begehren des Auftraggebers nach Mängelbeseitigung endgültig abgelehnt und daraufhin der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert hat.
- Der mangelbedingte Schadensersatzanspruch statt der Leistung nach §§ 634 Nr. 4, 636, 281 BGB gerichtet auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten ist ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber wegen derselben Mängel bereits die Minderung nach § 634 Nr. 3 Alt. 2, 638 BGB erklärt hat.
- Durch die Ausschlusswirkung der Minderung gegenüber Schadensersatzansprüchen statt der Leistung wird die Geltendmachung des Schadensersatzes neben der Leistung nicht betroffen.
- Der Geltendmachung von Nutzungsausfallschäden in Form des entgangenen Gewinns durch den Auftraggeber kann der in Anspruch genommene Werkunternehmer einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht nicht entgegenhalten, wenn der Auftragnehmer die eine Nutzbarkeit bzw. Vermietbarkeit entgegenstehenden Mängel wegen noch nicht abgeschlossener sachverständiger Feststellungen im Rahmen eines selbständigen Beweisverfahrens bzw. im Rahmen eines gerichtlichen Prozesses nicht selber beseitigt hat .
- Auch nach beweiskräftiger Feststellung der Mängel und Mängelursachen besteht eine Schadensminderungspflicht durch Eigenbeseitigung des Mangels nicht, wenn der Auftraggeber nicht über die finanziellen Mittel verfügt, um die Mängelbeseitigung durchzuführen.

BGB 633,634, 636, 637, 638, 280, 281, 254

Urteil OLG Düsseldorf 21. Zivilsenats vom 18.02.2015 (I-21 U 220/13)

---

**Tenor:**

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22.11.2013 verkündete Urteil des Einzelrichters der 10. Zivilkammer des Landgerichts Wuppertal abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen. Der Widerklageantrag der Beklagten ist dem Grunde gerechtfertigt, soweit die Beklagte mit der Widerklage Schadensersatz neben der Leistung in Form von-

Grundbesitzabgaben- Heizkosten- Mietausfall bzw. Nutzungsausfall- Sachverständigenkosten- Kosten wegen des vorzeitigen Darlehenskündigung- Wiederaufbaukosten, soweit es um die Kosten für Ausbauarbeiten geht, die außerhalb des Leistungsumfanges des Klägers liegen, und schließlich- Kosten für die Wiederherstellung der Außentreppe

geltend machtIm Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weitergehenden Berufungen des Klägers, der Streithelfer und der Beklagten werden zurückgewiesen.

Die Revision wird 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 wird 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 kann.

---

<b>A)</b>	1
Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung restlichen Werklohns in Anspruch; mit der Widerklage verlangt die Beklagte vom Kläger den Ersatz von Mängelbeseitigungskosten, von nutzlos gewordenen Aufwendungen sowie Miet- und Nutzungsausfall.	2
Die Beklagte beauftragte den Kläger mit der Erstellung eines Anbaus an ein Zweifamilienhaus auf dem Grundstück B.... Straße 64 in O.... Nach dem Tatbestand des angefochtenen Urteils ist Eigentümer dieses Grundstücks der Ehemann der Beklagten, der Zeuge B.... Der Streithelfer L.... plante das Bauvorhaben der Beklagten als deren Architekt, wobei er mit den Leistungsphasen 1-4 beauftragt worden war. Von ihm erstellte Baupläne wurden der Stadt O.. vorgelegt, die erforderliche Baugenehmigung wurde erteilt. Die Ausführung einer weißen Wanne im Kellerbereich war den Planunterlagen nicht zu entnehmen. Das Grundstück war vor Auftragsvergabe mit einem Altbau bebaut. Der neu zu errichtende Anbau sollte nach den Vorstellungen der Beklagten 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 Garage auf dem eigenen Grundstück des Zeugen B..... Der Anbau ist tiefer gegründet als der bereits bestehende Altbau und auch als das Nachbargebäude. Die vorhandene Garage ist nicht unterkellert.Im Zusammenhang mit der Auftragsvergabe fanden mehrere Gespräche über das beabsichtigte Bauvorhaben in Anwesenheit des Klägers, der Beklagten und des Zeugen B.... statt; streitig ist zwischen den Parteien der Inhalt der hierbei von den Parteien abgegebenen Erklärungen und ob und wie oft hierbei der Streithelfer L.... beteiligt gewesen ist. Unter dem 25.6.2003 erstellte der Kläger für die Beklagte ein Angebot, das sich auf einen Betrag von 74.860,79 € netto, mithin 86.838,52 € brutto erstreckte. Unter dem 29.1.2004 erstellte der Kläger ein „Nachtragsangebot“ über „erweiterte Erdarbeiten“, mit einem Nettobetrag von 3611,74 € = 4189,62 €. Beide Angebote schlossen mit einem Hinweis auf die Geltung der “VOB“ in der	3

neuesten Fassung. Das erste Angebot nahm die Beklagte an. Ob dies auch im Hinblick auf das Nachtragsangebot der Fall war, ist streitig. Die VOB lag den Angeboten des Klägers nicht bei.

Nachdem die Baugrube für den Keller ausgehoben war, stellte sich heraus, dass nach dem Stand der Ausführung der Keller zu niedrig geraten würde, wenn er sich auf dem gleichen Niveau wie das Haupthaus befände. Ob die Ursache für die mangelnde Höhe des Kellers ein Fehler im Rahmen der Bauplanung oder der Bauausführung bei der Ausschachtung war, ist zwischen den Parteien streitig. Um im Keller die erforderliche Deckenhöhe zu erreichen, dünnte der Kläger die bereits eingebrachte kapillarbrechende Schicht aus und verzichtete auf eine Sauberkeitsschicht. Stattdessen fand eine so genannte Delta-Noppenbahn Verwendung. Die mit einer Stärke von 24 cm geplante Bodenplatte wurde letztlich mit einer Stärke von max. 20 cm betoniert. Im Einverständnis zwischen den Parteien wurde auf die Erstellung von nichttragenden Innenwänden im Kellerbereich verzichtet. Am 18.12.2004 waren die Arbeiten an dem Anbau weit gehend abgeschlossen. Das Dach wurde am 16.1.2004 errichtet. Im Februar 2004 brachten Mitarbeiter des Klägers an den Außenwänden des Kellers eine Isolierung in Form einer mineralischen Dichtschlämme auf. Am 9.3.2004 fand ein Gespräch zwischen dem Kläger, der Beklagten, dem Zeugen B.... und dem Zeugen Ke..., einem Mitarbeiter des Klägers auf der Baustelle statt, dessen genauer Inhalt, insbesondere die Tatsache, ob eine Abnahme stattgefunden hat, zwischen den Parteien streitig ist. Unter dem 7.4.2004 erstellte der Kläger eine Schlussrechnung über 84.819,46 € netto. Unter Berücksichtigung von Abschlagszahlungen i.H.v. 50.000 € brutto schloss die Schlussrechnung mit einem Forderungsbetrag von 48.390,34 €. Die Schlussrechnung wurde der Beklagten mit anwaltlichem Schreiben vom 21.04.2004, in dem eine Zahlungsaufforderung bis zum 07.05.2004 enthalten war, übersandt. Unter dem 2.6.2004 berechnete der Kläger einen weiteren Betrag von 406 € für die verspätete Rückgabe einer Bautreppe. Die Summe der Rechnungsbeträge aus den beiden Rechnungen vom 7.4.2004 und 2.6.2004 i.H.v. 48.796,34 € hat – neben geltend gemachten Verzugszinsen – die erstinstanzliche Klageforderung dargestellt.

In ihrer Klageerwiderung vom 29.9.2004 hat die Beklagte die Einrede des nicht erfüllten Vertrages erhoben. Sie hat vorgetragen, dass die Werkleistung der Klägerin in der vorliegenden Form nicht abnahmefähig sei. Der Kläger hat in seiner Replik das Vorhandensein von Mängeln bestritten und eine Mangelbeseitigung abgelehnt. Im Schriftsatz vom 3.2.2005 hat die Beklagte wiederum erklärt, dass sie einen Betrag von 47.260,68 € als Minderung der vom Kläger geforderten und klageweise geltend gemachten Vergütung entgegensetze und „hiermit von ihrem Minderungsrecht Gebrauch mache“. Dieser Schriftsatz wurde am 8.2.2005 an den Kläger gesendet. Mit Schriftsatz vom 2.3.2005 kündigte die Beklagte den Schriftsatz außerordentlich.

Der Kläger hat zuletzt erstinstanzlich beantragt,

die Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 48.796,34 € zu i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 5.8.2004 zu zahlen.

Die Beklagten hat Klageabweisung beantragt und widerklageweise beantragt,

1. den Kläger zu verurteilen, an sie 466.459,81 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins ab der Zustellung der Widerklage zu zahlen,

2. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, der Beklagten alle weiteren Schäden zu ersetzen, die ihr aus der Schlechterfüllung des aufgrund des Angebotes des Klägers vom

25.6.2003 und des Nachtragsangebots vom 29.1.2004 zwischen den Parteien geschlossenen Bauleistungsvertrages über den Umbau und Erweiterung des Hauses B..... Straße 64, O.. noch entstehen werden und die vom Antrag zu 1) noch nicht erfasst sind,

3. den Kläger zu verurteilen an die Beklagte für den Zeitraum vom 1.06. bis 31.12.2010 Zinsen i.H.v. 6643,42 € zu zahlen, 11

4. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte weitere 51.940,00 € (Mietausfall für die Wohnungen im OG, im EG und im Souterrain) sowie Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 1875 € ab dem jeweils letzten Tag der Monate Januar 2010 bis April 2012 zu zahlen, 12

5. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 2087,68 € (nutzlose Grundbesitzabgaben) nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 896 € seit dem 1.7.2010 und seit dem 1.1.2011 und aus 298,67 € seit dem 1.1.2012 zu zahlen, 13

6. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 960 € (nutzlose Heizkosten zur Erstellung der Frostsicherheit) nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 360 € seit dem 1.7.2010 und seit dem 1.1.2011 und aus 270 € ab dem 30.4.2010 zu zahlen, 14

7. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 1130 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab dem jeweils Monatsletzten aus jeweils 1855 € zu zahlen (Mietausfälle für die Zeit ab Mai 2012 bis einschließlich Oktober 2012) 15

8. unter dem Vorbehalt, dass ihr Prozesskostenhilfe für den Antrag bewilligt wird, den Kläger kostenpflichtig zu verurteilen, an die Beklagte weitere 42.260 € nebst Zinsen in Höhe von Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem jeweils Monatsletzten der Monate November 2012 bis Oktober 2013 zu zahlen 16

. 17

Mit ihrer Widerklage hat die Beklagte als Schadensersatz für „bestandslose“ Arbeiten des Klägers Zahlung in Höhe von 50.000 €, Erstattung der Kosten für den Rückbau und Wiederaufbau des Anbaus, Sachverständigenkosten, nutzlose Aufwendungen und Mietausfallschäden, nutzloser Grundbesitzabgaben sowie nutzlos aufgewandter Heizkosten verlangt. Abzüglich Sowiesokosten hat sie mit den oben wiedergegebenen Widerklageanträgen einen Schaden in Höhe von 539.220,91 € geltend gemacht. 18

Wegen der Einzelheiten des Prozessvortrages der Parteien im erstinstanzlichen Verfahren wird auf die Darstellung im Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 19

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung durch Einholung von Sachverständigengutachten sowie Zeugenvernehmung mit dem angefochtenen Urteil die Klage abgewiesen und auf die Widerklage hin den Kläger verurteilt, an die Beklagte 79.563,74 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 50.253,74 € seit dem 2.3.2010 sowie auf jeweils weiteren 767,50 € ab dem 31.03, 30.04, 31.05, 30.06, 31.07, 31.08, 30.09., 31.10, 30.11., 31.12.2010, 31.01., 28.02., 31.03, 30.04., 31.05., 30.06, 31.07., 31.08, 30.09, 31.10., 30.11., 31.12.2011, 31.01, 29.02, 31.03, 30.04., 31.05., 30.06., 31.07., 31.08., 30.09., 31.10.2012 zu zahlen. Die weitergehende Widerklage hat das Landgericht abgewiesen. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das Landgericht im Wesentlichen folgende Erwägungen angestellt: 20

Die Klage sei zulässig, aber unbegründet, während die Widerklage – bis auf den Antrag zu 8) zulässig, aber nur teilweise begründet sei. Die Klage sei unbegründet. Dem Kläger stehe 21

gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung restlichen Werklohns unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu. Es könne dahinstehen, ob der vom Kläger behauptete Restwerklohnanspruch von 48.796,34 € der Höhe nach zutreffend in Rechnung gestellt worden sei und ob sich die Parteien auch über das vom Kläger am 29.01.2004 erstellte Nachtragsangebot über weitere Erdarbeiten geeinigt hätten. In jedem Fall sei der Restwerklohnanspruch des Klägers durch das von der Beklagten wirksam ausgeübte Minderungsrecht gemäß §§ 634 Nr. 4, 638 Abs. 1, 3 BGB erloschen. Das vom Kläger errichtete Bauwerk sei mit der gravierenden Mängeln behaftet, so dass es einen Verkehrswert von 0 € aufweise; auch bei einem hälftigen Mitverschulden des Streithelfers L.... sei kein weiterer Werklohn mehr zu entrichten.

Die Ausübung des Minderungsrechts sei im Schriftsatz des Vertreters der Beklagten vom 3.2.2005 erfolgt. Darin habe die Beklagte für Unterfangungsarbeiten, Mauerwerksarbeiten und Beton- und Stahlbetonarbeiten einen Mangelbeseitigungsaufwand von 47.062,68 € errechnet und erklärt, sie setze den Betrag *“als Minderung der von der Klägerin geforderten und klageweise geltend gemachten Vergütung entgegen und mache hiermit von ihrem Minderungsrecht Gebrauch.“* 22

Ein Minderungsgrund habe vorgelegen, da das vom Kläger hergestellte Bauwerk mangelhaft im Sinne des § 633 Abs. 2 BGB sei. Es liege in jedem Fall eine Abweichung der Istbeschaffenheit von der Sollbeschaffenheit vor. Der Anbau sei nicht ausreichend standsicher (Einzelheiten UA 17ff). Die Isolierung des Kellers gegen Feuchtigkeit entspreche nicht dem allgemein anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik (Einzelheiten UA 20ff). Für das Vorliegen eines Werkmangels sei es unerheblich, ob die Planung des Streithelfers L.... eine (druck-) wasserdichte Ausführung des Kellers vorgesehen habe oder ob die Parteien sich auf statisch relevante Abweichungen von der ursprünglich vorgesehenen Planung geeignet hätten. Das vom Kläger errichtete Werk sei nicht funktionstauglich. Der Anbau habe zu Wohnzwecken von Menschen dienen sollen. Dies bedeute, dass eine ausreichende Abdichtung des Kellers erforderlich gewesen sei und die Statik des Bauwerks den Anforderungen des allgemeinen anerkannten Standes der Technik hätte entsprechen müssen. Anhaltspunkte für eine Risikoübernahme durch die Beklagte seien nicht ersichtlich. Der Kläger habe nicht vorgetragen, dass er die Planung des Streithelfers L.... überprüft hätte oder die Beklagte auf die Konsequenzen der von diesen Planungen abweichenden Bauausführung hingewiesen hätte. Zur Überzeugung des Gerichts stünde fest, dass die Standsicherheit des Anbaus nicht nachgewiesen und nicht unerheblich beeinträchtigt sei, sowie dass die Feuchtigkeitsisolierung des Kellers angesichts der Bodenverhältnisse auf dem Baugrundstück nicht dem allgemein anerkannten Stand der Technik entspreche. Eine Fristsetzung vor Ausübung des Minderungsrechts sei nach §§ 638 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB entbehrlich gewesen. Es lägen besondere Umstände vor, die unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Parteien die sofortige Erklärung der Minderung rechtfertigten. Der Beklagten sei eine Nacherfüllung angesichts der gravierenden Mängel, mit denen das Bauwerk des Klägers behaftet sei, nicht zuzumuten. Die Vergütung des Klägers sei auf 0 € zu mindern, weil das Werk des Klägers für die Beklagte unbrauchbar sei, da derartig gravierenden Mängel vorlägen, die nur mit einem so hohen Kostenaufwand zu beseitigen wären, dass ein Abriss des Anbaus wirtschaftlicher wäre (Einzelheiten UA 22). 23

Die Widerklage sei nur teilweise zulässig. Im Hinblick auf den Antrag zu 8) sei sie unzulässig. 24

Im Hinblick auf den Feststellungsantrag liege hinsichtlich der Schadenspositionen, für die als Voraussetzung für die Bezifferbarkeit die Einholung von Sachverständigengutachten erforderlich sei, das Feststellungsinteresse vor (UA 23). Der Feststellungsantrag sei infolge 25

des Vorrangs der Leistungsklage unzulässig, soweit er sich auf einen Zinsschaden aufgrund der Kündigung der Darlehensverträge im Zeitraum vom 31.12.2010 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 04.10.2013 beziehe. Hinsichtlich des Antrages zu 8. sei die Widerklage nicht wirksam erhoben worden, da die Klageerhebung nicht unter der Bedingung der Gewährung von Prozesskostenhilfe hätte gestellt werden dürfen.

Die Widerklage sei nur teilweise begründet. Der Beklagten stünden Ansprüche auf Ersatz der Kosten für die bestandlosen Arbeiten des Klägers, der Kosten des Abrisses und Neubau des Anbaus, des Rückbaus des Regenwasserkanalanschlusses, Kosten für die Außentreppe unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu, insbesondere nicht aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1, 634 Nr. 3, 633 Nr. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes statt der Leistung. Insoweit handele es sich um so genannte Mangelschäden, also um Schadenersatzansprüche statt der Leistung, die indessen neben der ausgeübten Minderungserklärung, die nach ihrem Zugang (§ 130 BGB) unwiderruflich sei, nicht mehr geltend gemacht werden könnten (wegen der Einzelheiten UA 24). Ebenfalls stehe der Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der Grundbesitzabgaben nicht zu. Die Beklagte sei zur Geltendmachung eines derartigen Schadenersatzanspruches nicht aktivlegitimiert. Schuldner der Grundsteuer sei der Eigentümer des Grundstücks, also der Zeugen B...., so dass nicht ersichtlich sei, dass der Beklagten durch die Entrichtung der Abgaben ein Schaden entstanden wäre. Ebenfalls stehe der Beklagten ein Anspruch auf Ersatz der geltend gemachten "nutzlosen Heizkosten" nicht zu. Eine Ersatzfähigkeit der nutzlosen Heizkosten unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes vergeblicher Aufwendungen komme schon deswegen nicht in Betracht, weil bereits die Anforderungen eines Schadenersatzanspruches statt der Leistung infolge der Minderungserklärung nicht vorlägen. Im übrigen mangle es an einem ersatzfähigen Schaden der Beklagten, da es sich bei den Heizkosten um so genannte Sowiesokosten handele, die auch bei ordnungsgemäßer Erstellung des Anbaus angefallen werden.

Demgegenüber habe die Beklagte gegen den Kläger einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 633, 631 BGB i.H.v. 79.563,44 €. Hiervon entfielen 76.002,99 € auf den geltend gemachten Miet- bzw. Nutzungsausfall, was monatlichen Einnahmen von 767,50 € entspreche. Hinzu kämen Sachverständigenkosten i.H.v. 1238,74 € und Kosten der vorzeitigen Darlehnskündigung i.H.v. 3321,71 €.

Die Pflichtverletzung des Klägers bestehe darin, dass er seiner Pflicht zur Erstellung eines mangelfreien Werkes nach § 633 BGB nicht nachgekommen sei. Dem Kläger sei eine Exkulpation von dem Verschuldensvorwurf nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB nicht gelungen, so dass von einer schuldhaften Pflichtverletzung ausgegangen werden müsse. Er könne sich nicht darauf zurückziehen, dass die Planung des Streithelfers L.... eine druckwasserdichte Ausführung des Kellers nicht vorgesehen habe oder dass sich die Parteien auf statisch relevante Abweichungen von der ursprünglich vorgesehenen Planung geeinigt hätten. Dies ergebe sich daraus, dass die Arbeiten zu einem nach den Vertragsumständen zweckentsprechenden, funktionsstauglichen Werk führen müssten. Der Schadenersatzanspruch neben der Leistung, der auf der Verletzung anderer Rechtsgüter des Bestellers beruhe, werde nicht durch die Minderung der Beklagten verdrängt; es handele sich um einen Mangelfolgeschaden, der unabhängig von einer hypothetischen Erfüllung zu ersetzen sei (UA 29).

Infolge der Pflichtverletzung des Klägers sei der Beklagten ein Schaden in Höhe von insgesamt 79.563,74 € entstanden. Dieser setzt sich zusammen aus dem entgangenen Mietzins für die Wohnungen im Obergeschoss und Keller des Anbaus, dem

Nutzungsausfallschaden an der von der Beklagten selbst bewohnten Wohnung im Erdgeschoss, die Kosten der Darlehenskündigung sowie den Sachverständigenkosten. Die jeweiligen Schadensersatzansprüche könnten von den Beklagten nur bis zum 19.10.2012 geltend gemacht werden. Danach seien derartige Ansprüche wegen eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht ausgeschlossen. Darüber hinaus seien die Schadensersatzansprüche der Beklagten aufgrund eines ihr über §§ 254 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BGB zurechenbaren Mitverschuldens des Streithelfers L.... um jeweils 50 % zu kürzen. Die Beklagte habe gegen den Kläger einen Anspruch auf Ersatz des im Zeitraum vom 15.8.2004 bis zum 19.10.2012 entgangenen Mietzinses (§ 242 BGB) für die Wohnung im Obergeschoss in Höhe einer Nettokaltmiete von 600 € monatlich, so dass bei einer hypothetischen Mietzeit von 8 Jahren, 2 Monaten und 4 Tagen sich hieraus ein entgangener Mietzins von 58.880 € ergebe, der wegen des Mitverschuldens des Streithelfers L.... um 50 % zu kürzen sei, so dass sich ein Ersatzanspruch i.H.v. 29.440 € ergebe (UA 29). Die Beklagte könne Ersatz der im Zeitraum vom 1.7.2004 bis zum 19.10.2012 entgangenen Nutzungsmöglichkeit der Wohnung im Erdgeschoss über eine Nettokaltmiete von 800 € monatlich verlangen. Bei einer entgangenen Nutzungszeit von 8 Jahren, 3 Monaten und 18 Tagen resultiere hieraus eine entgangene Nutzung von 79.679,99 €, die jedoch pauschal um den bei einer Eigennutzung gegenüber einer Vermietung entfallenden Gewinnanteil von 40 % und unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens des Streithelfers L.... um weitere 50 % zu kürzen seien, so dass sich im Ergebnis ein Ersatzanspruch i.H.v. 23.903,99 € ergebe (UA 30). Für die Wohnung im Keller habe die Beklagte gegen den Kläger einen Anspruch auf Ersatz des im Zeitraum vom 1.7.2004 bis zum 17.2.2012 entgangenen Mietzinses in Höhe einer Nettokaltmiete von 455 € monatlich, woraus bei einer hypothetischen Mietzeit von 8 Jahren, 3 Monaten und 18 Tagen ein entgangener Mietzins von 45.317,99 € folge, der wegen des Mitverschuldens des Streithelfers L.... um 50% zu kürzen sei, was zu einem Ersatzanspruch i.H.v. 22.659 € (UA 31) führe.

Die geltend gemachten Sachverständigenkosten Höhe von 2477,48 € seien i.H.v. 1238,74 € 30 ersatzfähig. Die Beklagte müsse sich ein Mitverschulden des Streithelfers L.... i.H.v. 50 % anspruchsmindernd anrechnen lassen. Die von der Beklagten geltend gemachten Kosten der Kreditkündigung i.H.v. 6643,42 € seien abzüglich des Mitverschuldens des Streithelfers L.... i.H.v. 50 % ersatzfähig, was einem Schadensbetrag von 3321,71 € entspreche.

Die Beklagte müsse sich eigenes Mitverschulden nach § 254 Abs. 2 S. 1 BGB insoweit 31 anrechnen lassen, als es ihr während des laufenden Verfahrens ersichtlich gewesen sei, dass sie nach Abschluss der Sachverständigenbegutachtung der Baumängel gehalten gewesen wäre, die zur Schadensminderung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Hier sei als maßgeblicher Zeitpunkt auf die letztmalige Anhörung der Sachverständigen am 19.10.2012 abzustellen (Einzelheiten UA 33). Es könne dahinstehen, ob der Beklagten die erforderlichen finanziellen Mittel zur Vornahme der notwendigen Schadensminderungsmaßnahmen zu Verfügung stünden. Grundsätzlich sei es Aufgabe des Schädigers, die vom Geschädigten zu veranlassende Schadensbeseitigung zu finanzieren. Der Geschädigte sei nicht verpflichtet, den Schaden zunächst aus eigenen Mitteln zu beseitigen. Diese Grundsätze setzten jedoch raus, dass dem Geschädigten überhaupt entsprechende Ersatzansprüche gegen dem Schädiger zustünden; hieran mangle es jedoch, da der Beklagten infolge der Ausübung ihres Minderungsrechts Schadensersatzansprüche statt der Leistung gegen den Kläger nicht mehr zugestanden hätten. Ein Verschulden des Streithelfers L.... habe sich die Beklagte i.H.v. 50 % gemäß §§ 254 Abs. 1, 278 BGB anrechnen lassen (wegen der Einzelheiten UA 34, 35).

Die Schadensersatzansprüche aus der Widerklage sei nicht verjährt, denn die am 16.9.2009 angekündigte und am 31.12.2009 eingereichte Widerklage sei innerhalb der 5-Jahres-Frist gerechnet ab der Minderungserklärung gemäß §§ 634 a Abs. 1 Nr.2, Abs. 2 BGB erhoben worden.

Der Beklagten stehe ein Anspruch auf Feststellung zu, dass der Kläger ihr zum Ersatz zukünftiger von den Leistungsanträgen noch nicht erfasster Schäden verpflichtet sei, nicht zu. Derartige Ansprüche ergäben sich nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung, denn dieser sei infolge der Ausübung des Minderungsrechts ausgeschlossen. Ansprüche aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes neben der Leistung seien aufgrund des Verstoßes der Beklagten gegen die ihr aus § 254 Abs. 2 S. 1 obliegenden Schadensminderungspflicht spätestens ab dem 19.10.2012 ausgeschlossen (wegen der Einzelheiten UA 39). 33

Gegen diese Entscheidung haben der Kläger, die Beklagte und beide Streithelfer Berufung eingelegt. 34

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung seinen ursprünglichen Klageantrag weiter und begehrt vollständige Abweisung der Widerklage. Zur Begründung seines Rechtsmittels führt der Kläger im Wesentlichen folgendes aus: 35

Das Landgericht sei rechtsirrig davon ausgegangen, dass die Beklagte erst mit Schriftsatz vom 3.2.2005 die Minderung erklärt habe. Tatsächlich sei bereits im Rahmen der Klageerwidderungsschrift vom 29.04.2004, dort Seite 18 = GA 37 die Minderung erklärt worden. Der Vortrag in der Klageerwidderungsschrift sei bei zutreffender Auslegung bereits als Minderungserklärung anzusehen. Die fehlerhafte Annahme des Landgerichts führe dazu, dass die mit der Widerklage vom 31.12.2009 geltend gemachten Ansprüche bei Anwendung einer fünfjährigen Verjährungsfrist noch nicht unter die vom Kläger erhobene Verjährungseinrede fielen, während dies bei Abstellen auf das Datum der Minderungserklärung anders aussehe. Dann sei die vom Landgericht angenommene fünfjährige Verjährungsfrist längst abgelaufen gewesen, als die Widerklage erhoben worden sei. 36

Im Übrigen sei das Landgericht rechtsfehlerhaft von einer fünfjährigen Verjährungsfrist gemäß §§ 634 a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BGB ausgegangen, während tatsächlich von der regelmäßigen Verjährung gemäß §§ 195,199 BGB auszugehen sei (GA 1793). Das Landgericht habe bei seiner Entscheidung zu Unrecht im Hinblick auf die Mängelansprüche einen zu geringen Mitverschuldensanteil des Streithelfers L.... angenommen (GA 1794). Den Bauunternehmer treffe kein Mitverschulden bezüglich einer unzureichenden Bauwerksabdichtung, wenn ihn bezüglich der ihm vorgelegten Planung eine Prüfungs- und Hinweispflicht nicht getroffen habe, so dass der Planer für seinen Planungsfehler allein hafte. Vorliegend habe den Kläger eine Prüfungs- und Mitteilungspflicht nicht getroffen, da ihm das Erfordernis einer Abdichtung für den entsprechenden Lastfall nicht bekannt gewesen sei und er damit auch nicht hatte rechnen müssen. Der Kläger sei wegen des nicht eingeholten Bodengutachtens nicht von einer Abdichtung gegen drückendes Wasser ausgegangen, die auch in der Planung des Streithelfers nicht vorgesehen sei, so dass der Kläger keinen Anlass gehabt habe an der vorgelegten Planung des Streithelfers zu zweifeln (GA 1796). Da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht über die Bodenverhältnisse gesprochen worden sei und diese dem Kläger auch bekannt gewesen seien, scheidet eine Bedenkenhinweispflicht denklogisch aus (GA 1797). Das als grob fahrlässig einzustufende Verschulden des Streithelfers L.... begründe einen Mitverschuldensanteil i.H.v. 100 %, den die Beklagte sich gemäß §§ 254, 278 BGB anrechnen lassen müsse (GA 1798). Neben dem Architekten sei 37

auch der Statiker Erfüllungsgehilfe der Beklagten gewesen, so dass sich die Beklagte ein diesen treffendes Mitverschulden zurechnen lassen müsse. Weder der Ursprungsstatik des Ingenieurbüros vom 26.8.2003 noch der Ergänzung vom 30.9.2003 sei zu entnehmen, dass eine Abdichtung gegen drückendes Wasser vorzunehmen sei. Ebenfalls finde sich kein Hinweis auf die Notwendigkeit, ein Bodengutachten zur Abklärung der Wasserbelastung einzuholen und auch kein entsprechender Vorbehalt zu angenommenen Bodenverhältnissen. Der Kläger habe darauf vertrauen dürfen, dass die übergebenen Bauunterlagen auch im Hinblick auf die Statik richtig gewesen seien und hinsichtlich des Bodens keine Besonderheiten zu beachten seien (GA 1800).

Im Hinblick auf die vom Landgericht im Grundsatz zutreffend angenommene Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Beklagte habe das Landgericht rechtsfehlerhaft gemeint, dass das Datum der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2012 maßgeblicher Stichtag sein sollte. Die Beklagte hätte direkt nach Abschluss der Sachverständigenbegutachtung der Baumängel, also unmittelbar nach Vorlage der entsprechenden Sachverständigengutachten nachfolgend zu den durchgeführten Ortsterminen die zur Schadensminderung erforderlichen Maßnahmen ergreifen müssen (GA 1803). 38

Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen des Landgerichts bestünden insoweit, als das Landgericht fehlerhaft angenommen habe, dass die Arbeiten der Klägerin zu einem Bauwerk mit einem Verkehrswert von null Euro geführt habe. Diese Feststellung sei auf eine unvollständige Beweiserhebung zurückzuführen. Die Feststellungen des Sachverständigen insbesondere die des Sachverständigen F... seien fehlerhaft gewürdigt worden. Der Sachverständige F... habe als Spezialist für Baustatik im Rahmen seiner Anhörung deutlich erklärt, dass die Standsicherheit des Gebäudes in keiner Weise beeinträchtigt sei, auch wenn hier die normgemäßen Sicherheitsabstände verringert seien (GA1804). 39

Die Beweisaufnahme des Landgerichts sei insoweit unvollständig, als trotz ausdrücklichen Bestreitens durch den Kläger über die von der Beklagten behaupteten Mietausfallschäden keine Beweisaufnahme durchgeführt worden sei (GA1807). Da die Baugenehmigungsplanung zwei Wohneinheiten vorgesehen habe und der Kellerbereich noch gar nicht zur Wohnnutzung zugelassen sei, könnten auch nicht bei den Mietausfällen drei Wohneinheiten herangezogen werden (GA 1808). Für die Wohnung im Dachgeschoss sei zu Unrecht eine Nettokaltmiete von 600 € monatlich angenommen worden, da der Mietvertrag nicht maßgeblich sei. Dieser sei vor Mietbeginn aufgehoben worden (GA 1809). Die für die Dachgeschosswohnung angeführte Nettokaltmiete i.H.v. 600 € monatlich sei weder ortsüblich noch angemessen. Es fehle an einem schlüssigen Vortrag mit Nachweis eines behaupteten Mietausfallschadens (GA 1809). Schließlich habe das Landgericht zu Unrecht auch für die eigene Wohnung der Beklagten einen Nutzungsausfall i.H.v. 800 € monatlich angenommen. Es habe auch hier an substantiierten Ausführungen der Beklagten gefehlt, die Höhe des angeblichen Nutzungsausfalls sei bestritten worden und Sachverständigenbeweis angeboten worden. Auch sei die Größe der angeblichen Miet- bzw. Nutzflächen bestritten worden wie auch die Umsetzung der angeblichen Mietverträge (GA 1810). Hinsichtlich der vermeintlichen Nutzungs- bzw. Mietausfälle sei zu berücksichtigen, dass das Gebäude der Beklagten und insbesondere der vom Kläger errichtete Anbau sehr wohl standsicher als auch nutzbar gewesen sei bzw. es zumindest gewesen wäre, wenn die Beklagte das Bauvorhaben nach Auszug der Klägerin zu Ende geführt hätte. Erstinstanzlich sei dargelegt worden, dass die angeblich nicht nutzbaren Räumlichkeiten durch die Beklagte und ihre Familie tatsächlich zu Wohnzwecken genutzt worden seien (GA 1811). 40

- Nach alledem beantragt der Kläger, 41
- unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 48.796,34 € zuzüglich Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 5.8.2004 zu zahlen sowie die Widerklage vollständig abzuweisen. 42
- Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Berufung des Klägers. Sie trägt zur Verteidigung des angefochtenen Urteils gegen das klägerische Rechtsmittel vor: der vom Kläger erhobene Verjährungseinwand greife nicht. Selbst wenn man entgegen der Auffassung der Beklagten in dem Schriftsatz vom 3.2.2005 eine Minderungserklärung sehen wollte, wäre eine solche erst recht nicht in den Ausführungen im Schriftsatz der Beklagten vom 29.9.2004 zu sehen. Die vom Kläger angeführte Passage aus dem Schriftsatz vom 29.09.2004 könne nicht als Erklärung einer Minderung ausgelegt werden (GA 2012). An der Argumentation des Klägers sei bereits falsch, dass die Minderung als einzige Einwendung gegen die Rechnung vorgebracht worden sei. Vielmehr sei auch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB erhoben worden (GA 2013). 43
- Im Hinblick auf das Bestreiten einer "demnächstigen" Zustellung sei darauf zu verweisen, dass es auf eine Rückwirkung auf den 31.12.2009 nicht ankomme. Selbst wenn auf den Zeitpunkt der Zustellung des Schriftsatzes vom 3.2.2005 abgestellt werde, sei eine Rückwirkung nur auf dem 11.2.2010 erforderlich gewesen, da dieser Schriftsatz am 11.2.2005 zugegangen sei. Auf den 9.3.2004 als Verjährungsbeginn könne nicht abgestellt werden, da an diesem Tag eine Abnahme nicht erfolgt sei. In dem am 9.3.2004 stattgefundenen Gespräch sei es nur darum gegangen, welche monetären Leistungen die Beklagte zunächst leisten müsse, damit der Kläger seine Arbeiten wieder aufnehmen und zu Ende bringe. Zu diesem Zeitpunkt sei das Objekt – nach der eigenen Darstellung des Klägers – nicht vollständig fertiggestellt worden. Dies schließe aus, dass unter dem 9.3.2004 eine Abnahme erklärt worden sei. Zu berücksichtigen sei auch, dass noch am 2.3.2005 seitens des Klägers eine "außerordentliche Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grunde" ausgesprochen worden sei, was bestätige, dass der Kläger selbst nie von einer vorherigen Kündigung seitens der Beklagten ausgegangen sei. Entgegen der Darstellung des Klägers sei seitens der Beklagten niemand vom Grundstück gejagt worden, keine Beschimpfungen und Beleidigungen ausgesprochen worden (GA 2016, 2017). Das Landgericht habe zutreffend eine Verjährungsfrist von fünf Jahren angenommen (GA 2020). 44
- Das Vorbringen des Klägers, wonach der Mitverschuldensanteil des Architekten, den sich die Beklagte zurechnen lassen müsse, höher - bis zu einer hundertprozentigen Haftung des Architekten - zu bewerten sei, gehe fehl (GA 2022). Über die Bodenverhältnisse sei vor der Auftragsvergabe mehrfach gesprochen worden, der Kläger habe diese als ihr bekannt bezeichnet. Auf die Besonderheiten der Wohnsituation sei zum Teil vor der Auftragsvergabe hingewiesen worden. Die Beklagte habe insbesondere nach der Erforderlichkeit einer weißen Wanne gefragt, was seitens des Klägers verneint worden sei. Nach der Aussage des Streithelfers L.... habe dieser den Kläger sogar auf die Einholung eines Bodengutachtens hingewiesen (GA 2022). Für die Mangelhaftigkeit des Werkleistungen des Klägers sei es mit Blick auf die Rechtsprechung zur Funktionstauglichkeit irrelevant, ob und was der Streithelfer L.... im Ergebnis geplant haben soll. Der Kläger habe nicht behauptet, einen Mangel der Planung gerügt zu haben (GA 2023). Die Kenntnis der Bodenverhältnisse auf Seiten des Klägers ergebe sich bereits daraus, dass er vortrage, auch eine Drainage angeboten zu haben. Hieraus ergebe sich, dass er von starken Wassermengen ausgegangen sei (GA 2024). Der Kläger sei seiner Prüfungs- und Hinweispflicht nicht nachgekommen. Er hätte den Boden hinsichtlich seiner Eignung zur Erstellung eines funktionstauglichen Gewerkes 45

überprüfen müssen, was er jedoch nicht getan habe. Der Kläger habe die entsprechenden Bodenverhältnisse auch gekannt, habe das Wasser in der Baugrube zumindest später sogar stehen sehen und auch eine Dränage angeboten und eine entsprechende Pumpe eingesetzt (GA 2024). Der Kläger habe offensichtlich die Bodenverhältnisse nicht hinreichend gewürdigt, da er nur eine Dränage angeboten habe, wobei er bei der Dränage auch nicht bedacht habe, dass diese aufgrund der Örtlichkeiten nicht an die Abwässerkanäle hätten angeschlossen werden können (GA 2032). Eine Haftung des Statikers, die zu einem Mitverschulden führen könnte, komme nicht in Betracht. Einerseits handele es sich um neuen Vortrag, der in der Berufungsinstanz nicht mehr zu berücksichtigen sei, andererseits habe der Kläger eigenmächtig relevante Teile der Statik nicht ausgeführt, wofür letztendlich der Statiker nichts könne. Der Statiker habe lediglich hinsichtlich der Standsicherheit entsprechende Berechnungen anstellen sollen. Planungen hinsichtlich der Abdichtung seien nicht in den Zuständigkeitsbereich des Statikers gegangen (GA 2033). Eine Schadensminderungspflicht sei von der Beklagten nicht dadurch verletzt worden, dass sie keine Maßnahmen zur Mängelbeseitigung durch Aufbringung eigener finanzieller Mittel finanziert habe. Die Beklagte habe auch kein Geld gehabt und ihr seien die Kreditverträge gekündigt worden (GA 2037).

Entgegen der Rüge des Klägers sei vom Landgericht über die Mietausfallschäden Beweis erhoben worden durch Vernehmung des Mieters S... und der Zeugin K... (GA 2041). Für die Vermietbarkeit sei es vollkommen irrelevant, ob der Raum genehmigt sei oder nicht. Es sei keine überhöhte Miete in Ansatz gebracht worden. Hinsichtlich der Wohnung der Zeugin K... komme es auf eine Miete nicht an, da nur ein Nutzungswert von 800 € angesetzt worden sei. Im Hinblick auf die vermieteten Wohnungen bzw. die zu vermietenden Wohnungen komme es auf die Ortsüblichkeit nicht an, da durch die Zeugenvernehmungen feststehe, dass die Wohnungen zu den angegebenen Preisen von 455 € und 600 € vermietet worden wären. Abseits dessen handele es sich bei den angesetzten Werte von 455 € und 600 € um die ortsübliche und angemessene Miete und bei den 800 € für die von der Beklagten genutzte Wohnung um den üblichen Nutzwert (GA 2041).

46

Die Beklagte verfolgt mit ihrem Rechtsmittel die vom Landgericht nicht zuerkannten Ansprüche im Wesentlichen weiter. Zur Begründung ihres Rechtsmittels trägt die Beklagte im Wesentlichen vor: zu Unrecht habe das Landgericht die von der Beklagten geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz der Kosten für die bestandslosen Arbeiten des Klägers, der Kosten des Abrisses und des Neubaus des Anbaus, des Rückbaus des Regenwasseranschlusskanals und der Kosten für die Außentreppe verneint. Die Beklagte könne die Kosten unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung geltend machen. Die vom Landgericht insoweit vorgebrachte Begründung, der Schadensersatz statt der Leistung könne aufgrund einer ausgeübten Minderungserklärung nicht mehr geltend gemacht werden, sei fehlerhaft (GA 1848). Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne die Erklärung im Schriftsatz vom 3.2.2005 nicht als Minderungserklärung ausgelegt werden. Bei sachgerechter vernünftiger und zutreffender Auslegung hätte das Landgericht nicht zu dem Ergebnis kommen können und dürfen, dass hier ein Minderungsrecht ausgeübt werden sollen (GA 1849). Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass es sich bei der Erklärung um eine Minderung gehandelt habe, hätte dies nicht zu einer Bindung der Beklagten an dieses Gestaltungsrecht geführt. Eine Fristsetzung für die Beseitigung der Mängel sei nicht entbehrlich gewesen, vielmehr sei eine solche zumindest im Zeitpunkt der Erklärung im Schriftsatz vom 3.2.2005 noch erforderlich gewesen. Soweit das Landgericht gemeint habe, dass besondere Umstände vorgelegen hätten, die unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen der Parteien die sofortige Erklärung der Minderung gerechtfertigt hätten, habe es übersehen, dass § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB seinem Wortlaut nach eine Abwägung der beiderseitigen Interessen der Parteien vorsehen (GA 1852). Abseits dessen

47

habe das Landgericht nicht gewürdigt, dass es die Gewährleistungsrechte gemäß §§ 634ff BGB vor der Abnahme überhaupt nicht gebe (GA 1853). Ein Ausnahmetatbestand, unter dem ausnahmsweise vor Abnahme der Werkleistungen die Rechte aus § 634ff BGB geltend gemacht werden konnten, liege hier nicht vor. Der Kläger habe sein Werk zu keiner Zeit als fertiggestellt präsentiert und zur Abnahme aufgefordert (GA 1855).

Selbst wenn man in der Erklärung vom 3.2.2005 eine wirksame Minderungserklärung sehen wolle, könne entgegen der Auffassung des Landgerichts trotzdem noch Schadensersatz statt der Leistung beansprucht werden. Die diesbezügliche Auslegung des Landgerichts sei fehlerhaft, sie missachte insbesondere die in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gekommene Auffassung des Gesetzgebers. Neben der Minderung könne Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht werden (GA 1856). Unabhängig davon, ob die Beklagte neben einer möglichen Minderung noch Schadensersatz statt der Leistung verlangen könne, stünde der Beklagten der von Landgericht abgelehnte Schadensersatz wegen Mängelschäden über § 823 Abs. 2 BGB zu (GA 1861). 48

Zu Unrecht habe das Landgericht offen lassen, in welcher Höhe der Werklohn des Klägers noch bestanden habe, denn einerseits sei die Erklärung vom 3.2.2005 höchstens als Aufrechnung zu verstehen mit der Folge, dass auch die mit der Widerklage geltend gemachten Forderungen nur um diesen Betrag zu kürzen wären, andererseits wären auch diese bisher nicht bezifferten höheren Kosten über den gestellten Feststellungsantrag abgesichert worden, der in der Berufungsinstanz gestellt werde. Das Landgericht hätte sich mit sämtlichen Einwendungen gegen die Schlussrechnung auseinandersetzen müssen (GA 1862). 49

Aufgrund der durch die Sachverständigen im Rahmen des Rechtsstreits getroffenen Feststellungen stehe fest, dass der Anbau nicht druckwasserdicht abgedichtet sei, obwohl dies nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik erforderlich gewesen wäre und der Kläger durch die Erbringung einer Leistung ohne eine solche Abdichtung ein funktionstaugliches Werk nicht erbracht habe. Aufgrund der darüber hinaus vom Landgericht festgestellten Mängel hätte sich das Landgericht mit sämtlichen Schadensersatzpositionen und den Einwendungen gegen die Schlussrechnung befassen müssen (GA 1862). 50

Nach den Feststellungen der Sachverständigen stehe fest, dass das Objekt nicht gemäß den allgemeinen Regeln der Technik errichtet worden sei, erhebliche Mängel der Standsicherheit aufweise und eine Abdichtung gegen drückendes Wasser fehle, obwohl diese nach den allgemein erkannten Regeln der Technik erforderlich gewesen sei. Eine Fristsetzung zur Mangelbeseitigung sei zwar bislang seitens der Beklagten nicht erfolgt, aufgrund des Verhaltens des Klägers nach den gerichtlich eingeholten gutachterlichen Feststellungen auch nicht mehr erforderlich, während sie zum Zeitpunkt der Erklärung vom 3.2.2005 noch erforderlich gewesen sei (GA 1866). Aufgrund der massiven Mangelhaftigkeit könnten auch die Kosten für den Abriss und den Wiederaufbau geltend gemacht werden (GA 1866). Ebenfalls könnten die Kosten für die Außentreppe angesetzt werden, weil diese gerade für den Anbau individuell hergestellt worden sei und nach einem Abriss nicht mehr benutzt werden könne. Darüber hinaus seien die Kosten für den vorübergehenden Anschluss an den Regenwasserkanal zu ersetzen. Da der Kläger die Regenwasserversickerung auf dem Grundstück der Beklagten nicht hergestellt habe, habe diese eine Ausnahmegenehmigung erreichen können, die mit dem Abriss des Anbaus ende (GA 1867). 51

Geltend gemacht würden hinsichtlich des Schadensersatzes statt der Leistung Nettobeträge i.H.v. 50.000 € für bestandslose Arbeiten, 89.800 € für die Abrisskosten, 283.537,95 € für die Wiederaufbaukosten ohne Ausbauposten sowie 5950 € für die Außentreppe und 4324,51 € 52

für die bereits erfolgte Erstellung des Regenwasserkanals. Nach der Widerklage sei die vom Kläger beanspruchte Werklohnforderung i.H.v. 98.380,84 € abgezogen worden. Das Landgericht hätte sich mit den Einwendungen gegen die Schlussrechnung auseinandersetzen müssen, weil hiervon der von den Schadensersatzpositionen abzuziehende Betrag abhängig sei (GA 1867). Das Landgericht habe übersehen, dass gemäß § 638 BGB auch eine Überzahlung seitens des Werkunternehmers rückerstattet werden müsse, wenn unzutreffenderweise von einer wirksamen Minderung ausgegangen werde. Da ausweislich der Ausführungen des Landgerichts das Objekt einen Verkehrswert von 0 € aufweisen solle, hätte das Landgericht zumindest auch einen weiteren Betrag i.H.v. 50.000 € zusprechen müssen (GA 1867).

Fehlerhaft habe das Landgericht den Mietausfallschaden nur bis zum 19.10.2012 zuerkannt. Das Landgericht habe verkannt, dass vorgetragen worden sei, dass die Beklagte einen Kredit für die Kosten zum Abriss und Neubau nicht bekomme. Die weiteren Mietausfallschäden werden weiterverfolgt ebenso wie der Feststellungsantrag. Soweit das Landgericht darauf abgestellt habe, dass der Kläger eine Finanzierung der Mangelbeseitigung nicht habe vorzunehmen brauchen, weil durch die erklärte Minderung solche Ersatzansprüche nicht bestünden, sei dies unzutreffend. Der Beklagten habe es nicht obliegen, einen Kredit aufzunehmen oder irgendwie anders die Sanierung zu finanzieren (GA 1868). Zu Unrecht habe das Landgericht im Hinblick auf die Wohnung im Erdgeschoss eine Kürzung um 40 % wegen bei Eigennutzung gegenüber einer Vermietung nicht anfallender Gewinnanteile vorgenommen (GA 1870). Fehlerhaft sei auch, dass das Landgericht nicht die Grundbesitzabgaben zugesprochen habe (GA 1870). Die Heizkosten habe das Landgericht zu Unrecht als Schadensersatz statt der Leistung qualifiziert. Diese Kosten wären durch die Nacherfüllung nicht beseitigt worden, denn sie wären bereits jetzt angefallen. Deshalb hätte sich das Landgericht auch mit den nutzlosen Heizkosten auseinandersetzen müssen (GA 1871). Entgegen der Auffassung des Landgerichts könne die Beklagte hinsichtlich sämtlicher geltend gemachter Schadensersatzpositionen die vollen Beträge vom Kläger fordern und müsse sich kein Planungsverschulden als Mitverschulden gemäß §§ 254, 278 BGB anrechnen lassen. Die zu Unrecht vorgenommenen Kürzungen würden mit den Anträgen zu 1) 2), 3) und 6) weiterverfolgt. Die nicht berücksichtigten Schadensersatzpositionen, die das Landgericht gänzlich verneint habe, müssten ungekürzt zugesprochen werden (GA 1872).

Zu Unrecht habe das Landgericht den Antrag zu 8) des Tatbestandes hinsichtlich der Geltendmachung eines weiteren Mietausfallschadens ab November 2012 für unzulässig gehalten, weil die Beklagte diesen unter eine Bedingung gestellt habe. Das Gericht hätte auch über den Antrag entscheiden müssen. Der Antrag auf Prozesskostenhilfe sei zeitnah gestellt worden und auch noch in der mündlichen Verhandlung vom 11.10.2003 sei eine Vorabentscheidung beantragt worden. Der Antrag sei auch nicht so gestellt worden, wie das Landgericht ihn im Rahmen seines Tatbestands aufgenommen habe, denn dort sei zu lesen, dass der Antrag gestellt worden sei bedingt für den Fall, dass Prozesskostenhilfe bewilligt werde bzw. unter diesem aus Vorbehalt (GA 1874)

Nach alledem beantragt die Beklagte, unter Abänderung des angefochtenen Urteils des Landgerichts Duisburg,

1. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 369.693,86 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

2. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte für den Zeitraum vom 1.06. bis 31.10.2010 weitere Zinsen von 3321,71 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,

3. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte weitere 30.450 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 1087,50 € ab dem jeweils letzten Tag des Monats Januar 2010 bis April 2012 zu zahlen, 58
4. den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 2087,68 € (nutzlosen Grundbesitzabgaben) nebst Zinsen in Höhe von 5-Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 896 € seit dem 1.1.2010 und seit dem 1.1.2011 und 298,67 € seit dem 1.1.2012 zu zahlen, 59
5. den Kläger weiter zu verurteilen, an die Beklagte 960 € (nutzlose Heizkosten zur Herstellung der Frostsicherheit) nebst Zinsen in Höhe von 5- Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus jeweils 360 € seit dem 1.7.2010 und seit dem 01.07.2011 und aus 240 € ab dem 30.4.2010 zu zahlen, 60
6. den Kläger weiter zu verurteilen, an die Beklagte 6972 € nebst Zinsen in Höhe von 5- Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem jeweils Monatsletzten aus jeweils 1.087,50 € für die Monate Mai 2012 bis Oktober 2013 zu zahlen, 61
7. den Kläger weiter zu verurteilen, an die Beklagte weitere 22.260 € nebst Zinsen in Höhe von 5- Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem jeweils Monatsletzten der Monate November 2012 bis Oktober 2013 zu zahlen, 62
8. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, der Beklagten alle weiteren Schäden zu ersetzen, die ihr aus der Schlechterfüllung des aufgrund des Auftrags des Klägers vom 25.06.2003 und seines Nachtragangebotes vom 29.01.2004 zwischen den Parteien geschlossenen Bauleistungsvertrags über den Umbau und die Erweiterung des Hauses Brombergerstraße. 64, 46145 O.. noch entstehen werden und derzeit noch nicht bezifferbar sind. 63
- Der Streithelfer L.... begründet sein Rechtsmittel folgendermaßen: 64
- Das Landgericht habe zu Unrecht einen hälftigen Teilbetrag von 80.563,44 € abgewiesen, da es zu Unrecht von einem hälftigen Mitverschulden der Beklagten im Verhältnis zum Kläger ausgegangen sei, weil sich die Beklagte das Mitverschulden des Streithelfers zurechnen lassen müsse. Eine vom Landgericht angenommene Pflichtverletzung des Streithelfers liege jedoch nicht vor und selbst in dem Fall, dass der Streithelfer tatsächlich pflichtwidrig die Einholung eines Bodengutachtens unterlassen hätte, lägen die weiteren und wesentlich gravierenden Mängel des Bauwerks in der gleichen Art vor. Denn auch nach dem Gutachten wäre eine Dränagelösung in Betracht gekommen. Der Verzicht auf die Errichtung einer weißen Wanne sei nicht einzig ausschlaggebend (GA 1699 c). 65
- An der Ausführung des Bauwerks sei der Streithelfer nicht beteiligt gewesen; er habe lediglich die Leistungsphasen 1-4 für die Beklagte durchgeführt. Ihm habe die Ausführungsplanung ebenso wenig wie die Objektüberwachung obliegen. Die Objektüberwachung habe der Ehemann der Beklagten durchgeführt (GA 1699 d). Zu Unrecht sei das Landgericht von einem ursächlichen Planungsfehler des Streithelfers für die nachfolgend eingetretenen Schäden ausgegangen. Ein Planungsfehler des Streithelfers, der darin hätte bestehen können, nicht hinreichend über die Bodenverhältnisse aufgeklärt zu haben, habe sich in der Folge nicht schadensursächlich niedergeschlagen. Schadensursächlich für die zugesprochenen Schadensersatzansprüche in Form der Nutzungsausfälle sei allein der Umstand, dass das Gebäude nicht standsicher sei. Diese mangelnde Standsicherheit des Gebäudes habe der Streithelfer nicht zu vertreten. Zu berücksichtigen sei, dass unabhängig von der Einholung von Bodengrundgutachten der 66

Kläger eine gänzlich andere Leistung ausgeführt habe als die vom Streithelfer geplante (GA 1699 d).

Hiernach beantragt der Streithelfer L.....,

67

das landgerichtliche Urteil insoweit aufzuheben, als dort die Widerklage in Höhe eines Betrages von 80.563,74 € abgewiesen wurde und den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte 161.196,88 € nebst Zinsen zu zahlen.

68

Der Streithelfer Kl.... greift das landgerichtliche Urteil insoweit an, als das Landgericht der Beklagten einen Anspruch auf Ersatz der mit dem Widerklageantrag zu 1. geltend gemachten Kosten für „bestandslose“ Arbeiten, Kosten des Abrisses und Neubaus, des Rückbaus des Regenwasserkanalanschlusses sowie der Kosten für die Außentreppe nicht zugesprochen hat (GA 1750). Zu Unrecht habe das Landgericht die von der Beklagten geltend gemachten Schadensersatzansprüche statt der Leistung wegen der ausgeübten Minderungserklärung nicht zugesprochen. Das Landgericht habe verkannt, dass werkvertraglichen Mängelgewährleistungsansprüche dem Besteller erst nach der Fertigstellung des Gesamtwerkes zustünden (GA 1756). Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des § 634 BGB, der Systematik der Mängelansprüche sowie der Verjährungsregelung des § 634 a BGB (GA 1757f). Vor diesem Hintergrund stehe die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 3.2.2005 erklärte Minderung dem Schadensersatz statt der Leistung entgegen. Bei wie hier „voreiliger“ Minderungserklärung sei dem Besteller der Übergang zum Schadensersatz unbenommen (GA 1760).

69

Das Landgericht habe fehlerhaft den mit Widerklageantrag zu 1, Position 1.1 (“Kosten für bestandslosen Arbeiten“) geltend gemachten Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Abschlagszahlung i.H.v. 50.000 € als Mangelschaden angesehen, der unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes statt der Leistung geltend gemacht werden können. Das Landgericht habe verkannt, dass es sich bei dieser Position nicht um einen solchen Mangelschaden handele, der die unmittelbare Folge des von der Beklagten geltend gemachten Werkmangel darstelle und im Falle der (hypothetischen) ordnungsgemäßen Nacherfüllung durch den Kläger entfallen wäre. Es handelte sich um eine zu Unrecht gezahlt (Teil –) Vergütung auf eine insgesamt völlig unbrauchbare oder wertlose Werkleistung, die nach § 634 Abs. 4 S. 1 BGB an die Beklagte zurückzuerstatten sei (GA 1761).

70

Hiernach beantragt der Streithelfer Kl.....,

71

unter teilweiser Aufhebung und Abänderung des angefochtenen Urteils der Widerklage stattzugeben,

72

hilfsweise unter Aufhebung des Urteils und des Verfahrens 10 O 20. 30/04 des Landgericht Duisburg vom 22.11.2013 den Rechtsstreit zur erneuten Entscheidung Verhandlung an das Landgericht Duisburg zurückzuverweisen.

73

Der Kläger beantragt,

74

die Berufungen des Streithelfers Kl.... und der Beklagten zurückzuweisen.

75

Insoweit führt er aus: Soweit die Beklagte vorgetragen habe, sie habe eine Minderungserklärung nicht abgegeben, könne dem nicht gefolgt werden. Die Behauptung der Beklagten stehe im Widerspruch zu den Ausführungen des Streithelfers der Beklagten Kl....., der seinerzeit die Minderungserklärung verfasst habe. Dieser habe in seiner

76

Berufungsbegründung selbst ausgeführt, dass die Minderung erklärt worden sei (GA1955). Das Landgericht habe zutreffend angenommen, dass eine Fristsetzung vor der Minderungserklärung deshalb entbehrlich gewesen sei, weil besondere Umstände vorliegen hätten, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt bzw. die sofortige Minderung gerechtfertigt hätten. Aufgrund des ungebührlichen Verhaltens auf Seiten der Beklagten, insbesondere des Ehemanns der Beklagten und der am 9.3.2004 ausgesprochenen Kündigung verbunden mit dem Verweis des Klägers und seiner Mitarbeiter von der Baustelle sei das Vertrauensverhältnis bereits vor Klageerhebung derart zerrüttet gewesen, dass ein weiteres Festhalten am Vertrag unzumutbar und eine Fristsetzung entbehrlich gewesen sei. Auch habe ein besonderes Interesse, das die Fristsetzung entbehrlich gemacht habe, deshalb vorgelegen, weil die Beklagte bereit gewesen sei, den Mangel hinzunehmen und dafür die Vergütung herabzusetzen (GA 1956).

Entgegen der Auffassung der Beklagten hätten ihr trotz noch nicht erfolgter Abnahme zum Zeitpunkt der Minderungserklärung die Gewährleistungsrechte gemäß §§ 634ff BGB zugestanden. Die Vorschriften der §§ 634ff BGB seien auch in einem Stadium vor Abnahme anzuwenden (Ga1958). Die Beklagte habe auch keinen Schadensersatzanspruch wegen Mangelschäden gemäß § 823 Abs. 2 BGB. Entgegen dem Vorbringen der Beklagten in diesem Zusammenhang habe der Kläger ein Wissen um die Bodenverhältnisse nicht gehabt. Auch habe es keine eigenmächtigen Abweichungen von der Baustatik gegeben, da die Abweichungen darauf zurückzuführen seien, dass von Seiten der Beklagten Änderungen verlangt worden seien (GA 1965). Die von der Beklagten gegen die klägerische Schlussrechnung vorgebrachten Einwendungen würden nicht durchgreifen. Der mit der Klage geltend gemachte Restwerklohn stünde dem Kläger zu, so dass eine Rückzahlung der von der Beklagten geleisteten Abschlagszahlung nicht infrage käme (GA 1967). 77

In Hinblick auf das Berufungsvorbringen der Beklagten, sie habe wegen fehlender Leistungsfähigkeit keine schadensmindernden Baumaßnahmen im Hinblick auf den Nutzungsausfallschaden ergreifen können, verweist der Kläger darauf, dass die Beklagte von der berechtigten Werklohnforderung des Klägers einen Betrag in Höhe von 48.796,34 € einbehalten habe, der zumindest zu Verfügung gestanden habe (GA1968). Auf die von der Beklagten im Hinblick auf die Grundbesitzabgaben mit der Berufungsbegründung erstmals vorgetragene Aktivlegitimation komme es nicht an, weil der Beklagten durch die Entrichtung der Grundbesitzabgaben kein Schaden entstanden sei (GA 1968). Im Hinblick auf den von der Beklagten propagierten Mitverschuldensanteil des Streithelfers L..., der der Beklagten zuzurechnen sei, bleibe es dabei, dass der Kläger keine eigene Kenntnis von den Bodenverhältnissen gehabt habe und bereits deshalb eine angebliche Hinweispflicht des Klägers nicht bestanden habe (GA 1969). 78

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes im Berufungsverfahren wird auf den Inhalt der in diesem Rechtszug gewechselten Schriftsätze zugenommen. 79

**B)** 80

Das Landgericht hat mit der angefochtenen Entscheidung die Werklohnklage des Klägers, mit der dieser den restlichen Werklohn aus der unter dem 07.04.2004 gestellten Schlussrechnung in Höhe von (nach Abzug bereits in Höhe von 50.000,-- € geleisteter Abschlagszahlungen) 48.390,34 € sowie einen Betrag von 406 €, den der Kläger mit Schreiben vom 02.06.2004 für die verspätete Rückgabe einer Bautreppe, mithin insgesamt 49.796,34 € als Klageforderung geltend gemacht hat, abgewiesen und auf die Widerklage der Beklagten den Kläger - unter Zurückweisung der weitergehenden Widerklage - zur Zahlung von 80.563,44 € nebst Zinsen verurteilt. Der Kläger verfolgt mit dem Rechtsmittel die 81

mit der Klage geltend gemachte – und vom Landgericht abgewiesene – Werklohnforderung in vollem Umfang weiter und strebt eine Abweisung der Widerklage an, soweit er durch das Landgericht verurteilt worden ist. Währenddessen verfolgt die Beklagte im Prinzip ihr erstinstanzliches Widerklagebegehren weiter, wobei sie nunmehr den oben angeführten Widerklageantrag zu 8) "unbedingt" zum Gegenstand ihrer Widerklageforderung gemacht hat. Durch die Rechtsmittel beider Parteien sind sowohl Klage wie auch Widerklage im vollen Umfang ihrer erstinstanzlichen Geltendmachung Gegenstand des zweitinstanzlichen Verfahrens geworden.

Die Berufungen haben teilweise Rechtsfehler der angefochtenen Entscheidung im Sinne des § 546 Satz 1 ZPO zulasten der jeweiligen Berufungsführer aufgezeigt. Inwieweit diese Rechtsfehler sich auch im Ergebnis zuungunsten des Klägers und der Beklagten ausgewirkt haben, kann zum jetzigen Verfahrensstand vom Senat nicht abschließend festgestellt werden. Nach der rechtlichen Würdigung des Senats erweist sich die Klage als unbegründet, so dass die insoweit vom Landgericht vorgenommene Klageabweisung im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Im Hinblick auf die Widerklage ist deren teilweise Abweisung rechtsfehlerfrei, soweit das Landgericht das Schadensersatzbegehren wegen der Mangelschäden als unbegründet erachtet hat. Der Beklagten steht ein Schadensersatzanspruch dem Grund nach zu, soweit es um den geltend gemachten Schadensersatz statt der Leistung, also um die Mangelfolgeschäden geht. Der Höhe nach ist dieser Schadensersatzanspruch entgegen der Auffassung des Landgerichts noch nicht entscheidungsreif, vielmehr bedarf es in mehrfacher Hinsicht noch weiterer Sachaufklärung bzw. ergänzenden Sachvortrages. Bei dieser Verfahrenskonstellation hat der Senat den Erlass eines Teil- und Grundurteils gemäß § 304 ZPO für sachgerecht erachtet. Mit Blick darauf, dass an mehreren Stellen des rechtlichen Lösungsweges des Senats höchstrichterlich noch nicht geklärte rechtliche Fragestellungen entscheidungserheblich sind, hält der Senat es für sinnvoll, den Parteien die Möglichkeit zu eröffnen, in einem möglichen Revisionsverfahren Klarheit zu erlangen, ob die sie belastenden rechtlichen Feststellungen des Senats zutreffend sind, bevor der Senat Beweis erhebt über aufzuklärende Fragen zur Höhe der streitgegenständlichen Ansprüche.

Im Einzelnen gilt folgendes: 83

I) Die Werklohnklage des Klägers hat das Landgericht zutreffend als unbegründet erachtet. Der Senat folgt dem Landgericht darin, dass aufgrund der von der Beklagten im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens wirksam erklärten Minderung der dem Kläger grundsätzlich gemäß §§ 631 Abs. 1, 641 BGB zustehende Vergütungsanspruch für die erbrachten Werkleistungen auf Null reduziert wurde, sodass das Klagebegehren unberechtigt ist. 84

1. 85

Vertragliche Grundlage für das Werklohnbegehren des Klägers ist der zwischen den Parteien durch von der Beklagten erklärte Annahme des Angebots des Klägers vom 2.5.2003 zu Stande kommende Werkvertrag. Nach dem - an dieser Stelle nicht näher zu beleuchtenden - klägerischen Vorbringen sind vom Kläger die ihm in Auftrag gegebenen Werkleistungen auch im Wesentlichen erbracht worden. 86

2. Ein Vergütungsanspruch des Klägers war auch fällig. Fälligkeitsvoraussetzung für den streitgegenständlichen Vergütungsanspruch ist gemäß § 641 Abs. 1 Satz 1 BGB die vom Besteller im Hinblick auf die Werkleistung des Auftragnehmers erklärte Abnahme im Sinne des § 640 BGB. 87

88

a) Das Landgericht hat zwar auf der Grundlage des Beweisbeschlusses vom 25.2.2005 (GA 94) zu der Frage, ob – entsprechend der Behauptung des Klägers – die Beklagte im Rahmen einer Besprechung bei der Beklagten am 09.03.2004 zumindest konkludent eine Abnahmeerklärung abgegeben hat, am 1.4.2005 durch Vernehmung der Zeugin Ke... und B... (vgl. Sitzungsprotokoll GA 106 – Aussage des Zeugen Ke... und GA 111 Aussage des Zeugen B... ) Beweis erhoben, in den Entscheidungsgründen diese Tatsachenfrage indessen offen gelassen. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, jedenfalls braucht der Senat keine eigenen Feststellungen zu einer möglichen ausdrücklichen oder stillschweigenden Abnahme durch die Beklagte im Sinne des § 640 Abs. 1 BGB treffen, da sich die Abnahme vorliegend als entbehrlich darstellt.

**b)** 89

Die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung ist entbehrlich, wenn das Vertragsverhältnis – wie hier - durch die Geltendmachung primärer Gewährleistungsansprüche seitens des Auftraggebers in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt worden ist. 90

**aa)** 91

Ein die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung entbehrlich machender Übergang des Vertragsverhältnisses vom Erfüllungsstadiums in ein Abwicklungsstadium ist dann zu bejahen, wenn der Auftraggeber wegen tatsächlich vorhandener Mängel Schadensersatz statt der Leistung zum Beispiel in Form der Mängelbeseitigungskosten gelten macht und damit zum Ausdruck bringt, dass er an der Erfüllung der primären werkvertraglichen Leistungspflichten durch den Auftragnehmer kein Interesse mehr hat. 92

**bb)** 93

Nach diesem rechtlichen Grundsatz ist von einer Umwandlung des werkvertraglichen Erfüllungsverhältnisses in ein Abwicklungsverhältnis mit der Folge der Entbehrlichkeit der Abnahmeerklärung als Fälligkeitsvoraussetzung und der unmittelbaren Fälligkeit des Vergütungsanspruches mit Blick auf die Ausführungen der Beklagten im Schriftsatz vom 3.2.2005, dort Seite 15, 16 = GA 90,91) auszugehen. In diesem Schriftsatz hat die Beklagte, nachdem sie bereits in der Klageerwidernung zu den einzelnen von ihr gerügten Mängeln nähere Ausführungen gemacht hatte, zunächst dargelegt, dass die Unterfangungsarbeiten, Mauerwerksarbeiten sowie Beton- und Stahlbetonarbeiten wegen der ihnen innewohnenden Mängel wertlos seien und in der für diese Gewerke geltend gemachten Vergütungshöhe ein Minderungsrecht von insgesamt 47.260,68 € netto bestehen würde und sie – die Beklagte - diesen Betrag "*als Minderung der von der Klägerin geforderten und klageweise geltend gemachten Vergütung entgegengesetzt und von ihrem Minderungsrecht Gebrauch macht*". Bereits hiermit hat die Beklagte unabhängig davon, ob sie eine wirksame Minderungserklärung mit der vom Landgericht angenommenen Rechtswirkung einer Ausschlussfunktion gegenüber einer Schadensersatzforderung statt der Leistung abgegeben hat, zum Ausdruck gebracht, dass sie wegen der nach ihrer Auffassung einer Abnahmereife entgegenstehender Mängel der Werkleistung des Klägers nicht mehr Nacherfüllung durch den Kläger erstrebt, so dass es damit für sie nur noch um die Berechtigung der Werklohnansprüche unter Berücksichtigung der weiteren – monetären – Gewährleistungsrechte geht, was gemeinhin als Abrechnungsverhältnis qualifiziert wird. 94

**cc)** 95

96

Spätestens jedoch mit der im Schriftsatz vom 30.12.2009 erhobenen Widerklage der Beklagten ist das werkvertragliche, wegen der nicht erfolgten Abnahme weiterhin im Erfüllungsstadium befindliche Verhältnis in ein Abwicklungsverhältnis umgewandelt worden. Die Beklagte berührt sich hierbei unter anderem Schadensersatzansprüche statt der Leistung. Dies schließt zweifelsfrei ein Nacherfüllungsbegehren aus. Ein eventueller restlicher Werklohnanspruch des Klägers ist damit in jedem Fall fällig.

**3.** 97

In welcher Höhe die Vergütungsforderung des Klägers berechtigt ist, inwieweit mithin die von der Beklagten vorgebrachten Einwände erheblich sind, hat das Landgericht nicht aufgeklärt. Es ist nämlich davon ausgegangen, dass die Beklagte spätestens mit Schriftsatz vom 3.2.2005 ein ihr wegen der gerügten erheblichen Mängel zustehendes Minderungsrecht ausgeübt hat und dass wegen der Wertlosigkeit der Werkleistungen des Klägers die Minderung zu einer Reduzierung des Vergütungsanspruchs auf 0 geführt hat. 98

Die Beklagte wendet mit der Berufung gegen diese rechtliche Wertung ein, dass in dem Schriftsatz vom 3.2.2005 keine wirksame Minderungserklärung erblickt werden könne. Dies ergebe sich bereits aus der Auslegung der in Rede stehenden und vom Landgericht als Minderungserklärung verstandenen Erklärungen in dem besagten Schriftsatz; eine wirksame Minderung sei aber auch deshalb nicht gegeben, weil es an den tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Minderungsrecht fehle bzw. eine solche Minderung vor Abnahme nicht wirksam erklärt werden könne. 99

**a)** 100

Der Einwand der Beklagten, mit der Erklärung aus dem Schriftsatz vom 3.2.2005 habe sie auf der Grundlage einer sachgerechten und den allgemeinen Auslegungsmaßstäben entsprechenden Auslegung nicht eine Minderung erklärt, geht ins Leere. 101

**aa)** Von der Beklagten wird angeführt, für eine Minderung sei erforderlich gewesen, dass sich aus der entsprechenden Erklärung ergebe, wie der Minderungsbetrag berechnet werde; es hätte sich aus der Erklärung der Beklagten ergeben müssen, dass sie die Vergütung des Klägers also des Unternehmers in dem Verhältnis herabsetzen wolle, in welchen zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert der Sache in mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Eine solche Wertbestimmung habe es aber in der Erklärung der Beklagten in dem besagten Schriftsatz nicht gegeben. Auf den Wert der mangelfreien Leistung werde nicht Bezug genommen, vielmehr werde lediglich auf die Vergütung abgestellt, die aber nicht den objektiven Wert bilde (GA 1850). Tatsächlich habe die Beklagte gegen die Werklohnforderung mit den Kosten einer Ersatzvornahme aufrechnen wollen. Dies habe der Kläger auch so gesehen. Jedenfalls ergebe sich solches aus dem Inhalt des Schriftsatzes des Klägers vom 19.3.2009, dort Seite 4 = GA 308. 102

**bb)** Das Vorbringen der Beklagten, dass trotz des eindeutigen Erklärungsgehaltes nach dem Wortlaut im Schriftsatz vom 2.3.2005 eine Auslegung ergebe, dass nicht eine Minderung gemeint gewesen sei, sondern lediglich eine Aufrechnung, vermag nicht zu überzeugen. Die Beklagte beachtet nicht, dass trotz des von der gesetzlichen Regelung des § 638 Abs. 3 BGB vorgegebenen Berechnungsweges regelmäßig die Minderung nach der so genannte Differenzmethode zumeist den Mangelbeseitigungskosten einschließlich der notwendigen Begleitarbeiten entspricht. Nur dann, wenn der Unternehmer ausnahmsweise nicht zur Nacherfüllung verpflichtet ist, zum Beispiel bei Unverhältnismäßigkeit des Mängelbeseitigungsaufwandes, ist die an die Kosten der Nachbesserung angelehnte 103

Berechnung der Minderung mittels der Differenzmethode nicht sachgerecht (vgl. Halfmeier/Leupertz in PWW, BGB, a.a.O. , Rn. 4 zu § 638.). Angesichts des durchaus differierenden Weges, den Minderungsbetrag zu bestimmen, der Tatsache, dass hierbei auch auf den zum Zeitpunkt der Abnahme für das Werk in nicht mangelhaftem Zustand bestehenden Vergütungsteil abgestellt werden kann, kann allein aus der diesen Weg wählenden Berechnung der Minderungserklärung vom 3.2.2005 nicht geschlossen werden, dass der Prozessbevollmächtigte der Beklagten – entgegen der von ihm gewählten Formulierung – nicht die Minderung des Vergütungsanspruches des Klägers auf null als Konsequenz der nach Auffassung der Beklagten nicht werthaltigen Werkleistung des Klägers gewollt hat.

**b)** 104

Die Beklagte meint desweiteren, die Erklärung im Schriftsatz vom 3.2.2005 könne deshalb keine Rechtswirkungen entfalten, weil sie nicht den Anforderungen genüge, die an eine wirksame Minderung zu stellen wären. Hierzu gehöre speziell, dass dann, wenn aus der Erklärung erkennbar noch die Wahrnehmung weiterer Rechte offenbar werde, dies bei der gebotenen Auslegung gegen die Geltendmachung der Minderung sprechen würde. Mit diesem Vorbringen dringt die Beklagte nicht durch. Soweit in diesem Zusammenhang wiederum darauf abgestellt wird, dass die Mängelbeseitigungskosten in dem Kontext der fraglichen Erklärung vom 3.2.2005 angeführt würden, kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Das Minderungsrecht wird in dem besagten Schriftsatz ausdrücklich, vorbehaltlos und ohne Einschränkung erklärt. 105

**c)** Ebenfalls ohne Erfolg meint die Beklagte (GA 1850 unten), die in Rede stehende Erklärung stelle keine wirksame Minderung dar, da hierfür die Mängel näher/konkret hätten bezeichnet werden müssen. Nach Auffassung des Senats ist die Bezeichnung der Mängel als Grundlage für die Minderungserklärung im Schriftsatz vom 3.2.2005 in hinreichend konkreter Form geschehen. Die Tatsache, dass erst im Rahmen der nach der "Minderungserklärung" anschließenden Sachaufklärung durch das Landgericht durch Einholung umfangreicher Sachverständigengutachten Erkenntnisse gewonnen wurden zu den genauen Mangelursachen, -dimensionen und zur Relevanz und zum Schweregrad der Mängel, vermag nicht rückwirkend die als solche eindeutig erklärte Minderung in ihrer Wirksamkeit zweifelhaft erscheinen zu lassen. Hat der Auftraggeber mit Blick auf von ihm behauptete Mängel sein Minderungsrecht ausgeübt und die Höhe der Minderungsbeträge primär mit dem Vortrag begründet, dass die zur Minderung berechtigenden Mängel dazu führten, dass das Werk völlig wertlos sei und damit eine Minderung auf "null" gerechtfertigt sei, kann sich auf die Auslegung der Minderungserklärung nicht entscheidend auswirken, wenn sich zeitlich nach der Minderungserklärung herausstellt, dass das Werk noch (weitere) gravierendere Mängel aufweist, bzw. die für die Minderung angeführten Mängel schwerwiegender sind als zunächst angenommen. Die Existenz einer vom Auftraggeber abgegebenen Minderungserklärung kann mit Blick auf die allgemeinen Auslegungskriterien auch aus der Warte des objektiven Erklärungsempfängers nicht durch nachträglich gewonnene Erkenntnisse zum Umfang der Mängel beeinflusst werden. 106

**d)** 107

Eine wirksame Minderung seitens der Beklagten im Schriftsatz vom 03.02.2005 in Ausübung des werkvertraglichen Gewährleistungsrechtes aus § 634 Nr. 2 BGB scheidet entgegen der Ansicht der Beklagten nicht daran, dass die Anwendung eines solchen Minderungsrechts vor Abnahme aus rechtlichen Gründen nicht möglich ist. 108

109

Die Beklagte meint, der Anwendungsbereich der aus § 634 BGB abzuleitenden Rechte, also auch des Minderungsrechtes sei erst nach Abnahme der Werkleistung eröffnet, so dass, da zum Zeitpunkt der fraglichen Erklärung im Schriftsatz vom 3.2.2005 noch keine Abnahme stattgefunden habe, eine wirksame Minderung nicht habe erfolgen können.

aa) Aus der Systematik der gesetzlichen Regelungen zum allgemeinen Leistungsstörungenrechts hinsichtlich des Erfüllungsanspruches des Auftraggebers nach § 631 Abs. 1 BGB auf der einen Seite und der speziellen Nacherfüllungsrechte, wie sie im § 634 BGB ihren Niederschlag gefunden haben, wird von der herrschenden Literaturmeinung (Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, Teil 6, Rn. 36; grundlegend auch die Jousen, BauR 2009, 319ff; derselbe in Vygen/Jousen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn. 1030ff; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Auflage 2013, Rn. 2069; Krause-Allenstein, IBR-online-Kommentar, Bauvertragsrecht, Rn. 8 zu § 634) und der obergerichtlichen Rechtsprechung (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 12.11.2012, 11 U 146/12, NZBau 2013, 306 = IBR 2013, 75 mit Anmerkung Fuchs; OLG Hamburg, Urteil vom 16.8.2013, 9 U 41/11, IBR 2014, 144 mit Anmerkung Bergmann-Streyll; OLG Schleswig, Urteil vom 9.3.2010, 3 U 55/09, IBR 2011, 12 mit Anmerkung Schmitz) der Grundsatz hergeleitet, dass vor der Abnahme grundsätzlich keine spezifischen Mängelrechte dem Auftraggeber zur Seite stehen. Mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen den Rechten des Auftraggebers in der Erfüllungsphase, d.h. vor der Abnahme, und der Nacherfüllungsphase, d.h. nach der Abnahme vorgenommen. **Bis zur Abnahme** leiten sich die Rechte des Auftraggebers aus dem Erfüllungsanspruch nach § 631 Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem Regelungen zur allgemeinen Leistungsstörung der §§ 320ff BGB ab, während **nach der Abnahme** die in § 634 BGB bezeichneten Ansprüche dem Auftraggeber unter den dort niedergelegten Voraussetzungen zur Verfügung stehen. Ausgangspunkt dieser Rechte ist der Anspruch auf Nacherfüllung in § 634 Nr. 1 BGB. Aus der unterlassenen Nacherfüllung entwickeln sich der Anspruch auf Selbstvornahme, Kostenerstattung oder Vorschuss, §§ 634 Nr. 2, 637 BGB und auch das Recht zur Minderung, §§ 634 Nr. 3, 638 BGB. Damit verbleiben dem Auftraggeber für das Auftreten von Mängeln **vor der Abnahme** lediglich die aus den Regeln des allgemeinen Schuldrechts ergebenden Rechte wegen Schlechterfüllung oder verspäteter Erfüllung, so dass er unter bestimmten Voraussetzungen vom Vertrag zurücktreten (§ § 323 Abs. 1 und Abs. 4 BGB), und Schadensersatz (§§ 280, 281 Abs. 1, 283, 325 BGB) geltend machen kann (Kniffka, in Kniffka/Koebler, a.a.O.).

110

Ob und in welchem Rahmen ausnahmsweise der Besteller vor der Abnahme die Sonderregelungen über die Selbstvornahme und die Minderung wegen Mängeln des bis zu diesem Zeitpunkt erstellten Werkes in Anspruch nehmen kann, wird in der Literatur nicht einheitlich gesehen. Teilweise wird vertreten, dass ein Ausnahmefall und damit die Möglichkeit trotz nicht stattgefundener Abnahme die Mängelrechte aus §§ 634 BGB und damit auch die Minderung auszusprechen, bereits dann anzunehmen ist, wenn die Leistung des Auftragnehmers im Zeitpunkt der Fälligkeit sich als mangelhaft erweist bzw. wenn das Werk im wesentlichen fertig gestellt ist (vgl. Münchener Kommentar/Busche, BGB, Rn. 3 zu § 634). Dem steht jedoch entgegen, dass die Erfüllungsphase erst mit der Abnahme beendet ist und vor Beendigung der Erfüllungsphase regelmäßig das Gesetz Mängelansprüche nicht vorsieht (Jousen, BauR 2009, 319f; Kniffka, a.a.O. Rn. 3).

111

Eine allgemein anerkannte Ausnahme von den oben dargestellten Grundsätzen liegt dann vor und damit eine Eröffnung des Anspruches auf Vorschuss- oder Aufwendungsersatz nach § 637 BGB oder Minderung nach § 638 BGB auch ohne vorherige Abnahme, wenn eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt, damit defacto die Erfüllungsphase

112

auch ohne dies anerkennende Abnahmeerklärung des Auftraggebers beendet ist (vgl. Kniffka, a.a.O.). Hiervon ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Auftragnehmer das an ihn vor Abnahme gerichtete Begehren des Auftraggebers nach Mängelbeseitigung endgültig ablehnt und daraufhin der Auftraggeber die Abnahme endgültig verweigert, so dass dann ein Abrechnungsverhältnis besteht, in dem der Auftraggeber mit allen in § 634 BGB genannten Mängelansprüchen aufrechnen kann. Damit wird auch der Besteller, der wegen der Mängel die Abnahme verweigert, nicht schlechter gestellt als der Besteller, der die Abnahme erklärt hat und dann die in § 634 BGB genannten Rechte zur Verfügung hat (vgl. Krause-Allenstein, a.a.O., Rn. 11 zu § 634 BGB).

Eine höchstrichterliche Entscheidung dieser Streitfrage und zum Anwendungsbereich der Mängelrechte des § 634 BGB, speziell des hier in Rede stehenden Minderungsrechts nach § 634 Nr. 3, 638 BGB steht noch aus. Der Entscheidung des BGH vom 16.05.2002, VII ZR 479/00, NJW 2000, 3019ff = BauR 2000, 1399ff, in der der BGH die Voraussetzungen für eine Minderung trotz nicht erfolgter Abnahme als gegeben erachtet hatte und in diesem Zusammenhang ausgeführt hat (zitiert nach juris TZ 13), dass die Abnahme als Fälligkeitsvoraussetzung für den Werklohnanspruch deshalb entbehrlich, der Werklohn also fällig sei, weil die Auftraggeber im Hinblick auf von ihr beanstandete Mängel nur noch Minderung, nicht mehr Erfüllung des Vertrages verlangten, wodurch das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt worden sei, lag ein nach dem alten, vor der Schuldrechtsreform geltenden Schuldvertragsrecht zu beurteilender Sachverhalt zu Grunde. 113

**bb)**Die Voraussetzungen für einen solchen Ausnahmefall, bei dem das Minderungsrecht für den Auftraggeber trotz nicht erfolgter Abnahme besteht und zwar aufgrund der von dem Auftragnehmer erklärten endgültigen Abnahmeverweigerung und darauf folgender endgültiger – berechtigter – Abnahmeverweigerung mit hieraus folgender Umwandlung des Vertragsverhältnisses in ein reines Abrechnungsverhältnisses, sind vorliegend gegeben. 114

**(1)**Die Beklagte hat bereits in der Klageerwiderung vom 29.09.2004 dargelegt, der Kläger habe das Vorliegen von Mängeln in der zwischen den Parteien geführten außergerichtlichen Korrespondenz nicht nur bestritten, sondern jegliche Nachbesserung abgelehnt (GA 36). Dieser Darstellung der Beklagten einer vorgerichtlichen erklärten Weigerung seitens der Beklagten gerügte Mängel zu beseitigen, ist der Kläger erstinstanzlich nicht entgegengetreten, insbesondere hat er nicht dargetan, seine Bereitschaft zur weitergehenden Vertragserfüllung durch Beseitigung der beanstandeten Mängel erklärt zu haben. Im Gegenteil hat der Kläger noch in der Replik behauptet, an seinem Gewerk seien Mängel nicht vorhanden. 115

Die Ablehnung der Mängelbeseitigung durch den Kläger ergibt sich auch aus den von dem außergerichtlich beauftragten Rechtsanwalt der Beklagten, Rechtsanwalt Ö..., der sich im vorliegenden Verfahren zunächst auch für die Beklagte als Prozessbevollmächtigter bestellt hatte, mit Schriftsatz vom 21.08.2004 zu den Akten gereichten Unterlagen. Aus diesen ist ersichtlich, dass der Kläger mit Schreiben vom 21.04.2004 von der Beklagten gerügte Mängel bestritten hatte. Daraufhin hatte Rechtsanwalt Ö... als rechtlicher Bevollmächtigter der Beklagten mit Schreiben vom 06.05.2004 dem Kläger eine Frist zur Mängelbeseitigung bis zum 26.05.2004 gesetzt. Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.05.2004 hat der Kläger in Reaktion hierauf erklärt, bei den gerügten Mängeln handele es sich nicht um solche, sondern um zusätzliche Leistungen, wobei bereits jetzt erklärt werde, dass der Kläger zu deren Übernahme nicht bereit sei. In diesem Schreiben ist in hinreichender Deutlichkeit die Ablehnung des Klägers zu sehen, von der Beklagten ihm gegenüber gerügte Mängel zu beseitigen. 116

**(2)** Wenn die Beklagte im hiernach von dem Kläger angestregten Werklohnprozess im Schriftsatz vom 03.02.2005 zunächst erklärt, sie sei mit Blick auf die gerügten Mängel berechtigt, die Abnahme zu verweigern und im nachfolgenden ausdrücklich die Minderung erklärt bzw. diese der Vergütungsforderung entgegenzuhalten und von ihrem Minderungsrecht Gebrauch zu machen (GA 89), liegt hierin die endgültige Abnahmeverweigerung. 117

**e)** Ein Minderungsgrund im Sinne der §§ 634 Nr. 3, 638 BGB ist vorliegend gegeben, da die Werkleistung des Klägers nicht frei von Sachmängeln ist (§ 633 Abs. 1 BGB). 118

**aa)** Das Landgericht hat eine Mangelhaftigkeit darin gesehen, dass die tatsächliche Beschaffenheit mit Blick auf die nicht ausreichende Standsicherheit des Anbaus und die unzureichende, da dem allgemeinen anerkannten Stand von Wissenschaft und Technik nicht entsprechende Isolierung des Kellers gegen Feuchtigkeit von der Sollbeschaffenheit abweicht. Regelmäßig kann im Werkvertragsrecht von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend ausgegangen werden, dass das zu erstellende Werk den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. 119

**bb)** 120

Auf der Grundlage des Ergebnisses der Beweisaufnahme ist das Landgericht zu der Überzeugung gelangt, dass zum einen die Standsicherheit des Anbaus nicht nachgewiesen und nicht unerheblich beeinträchtigt ist und zum anderen die Feuchtigkeitsisolierung des Kellers angesichts der Bodenverhältnisse auf dem Baugrundstück nicht dem allgemein anerkannten Stand der Technik entspricht. Die Ausführungen des Landgerichts basieren auf einer tatrichterlichen, rechtlich nicht zu beanstandenden umfassenden und nicht lückenhaften Würdigung der gutachterlichen Feststellungen der beiden Sachverständigen, die im erstinstanzlichen Verfahren einerseits die von der Beklagten beanstandete Standsicherheit und andererseits die Feuchtigkeitsisolierung des Kellers auf ihre Übereinstimmung mit den planerischen Vorgaben und speziell auch den anerkannten Regeln der Technik näher überprüft haben und zu dem Ergebnis gelangt sind, dass aufgrund einer Vielzahl von Ausführungsmängeln und Abweichungen von den statischen Vorgaben bei beiden relevanten Aspekten die Werkleistungen sich als mangelbehaftet erwiesen haben. Das Landgericht hat sich ausführlich und eingehend mit den diesbezüglichen Feststellungen der Sachverständigen befasst, diese in den Urteilsgründen, dort UA 17 bis UA 21 dargelegt und einer kritischen Betrachtung unterzogen. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen kann auf die diesbezüglichen Darlegungen des Landgerichts verwiesen werden. Dem Berufungsvorbringen des Klägers können keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der auf diesen Beweiserwägungen beruhenden landgerichtlichen Feststellungen zur Mangelhaftigkeit der Werkleistungen entnommen werden. 121

**cc)** Eine fehlerhafte Würdigung der Feststellungen des Sachverständigen F..., wie sie vom Kläger mit seiner Berufung beanstandet wird (GA 1804), vermag der Senat nicht festzustellen. Der Kläger rügt an dieser Stelle, der Sachverständige F... habe im Rahmen seiner Anhörung im Termin vom 19.10.2012 zweifelsfrei erklärt, dass die Standsicherheit des Gebäudes in keiner Weise beeinträchtigt sei, auch wenn hier die normgemäßen Sicherheitsabstände verringert seien; das Landgericht habe die Standsicherheit mit einem Standsicherheitsnachweis verwechselt. 122

Der Sachverständige Professor F... hat in einem Ausgangsgutachten vom 25.02.2009, lose in der Akte, konkret festgestellt, dass die Bodenplatte des Neubaus entgegen der nach dem 123

Planungswillen einzuhaltenen Solldicke von 25 cm eine Stärke von lediglich 17 cm aufweise und damit 32 % oder ein Drittel der geforderten Plattendicke fehle.

In der Bewertung auf Seite 15 des Gutachtens hat er zu diesem Punkt weiter aufgeführt, dass mit Blick auf weitere gravierende Abweichungen von der Planung diese Verringerung der tatsächlichen Bodenplattenstärke von der geplanten und auch statisch nachgewiesenen Stärke einen neuerlichen Standsicherheitsnachweis erforderlich mache. Im Hinblick auf die Bodenplatte hat der Sachverständige F... mit Blick auf die in dem Bodengutachten festgestellten Bodengrundverhältnisse das Erfordernis einer Baubauwerksabdichtung nach DIN 18195 Teil 6 "Abdichtungen gegen von außen drückendes Wasser und aufstauendes Sickerwasser" herausgestellt, die durch die Verwendung von Beton mit besonderen Eigenschaften (WU Beton) entsprechend der WU-Richtlinie hergestellt werden müsse. Abseits davon, dass die nach der WU-Richtlinie erforderliche Mindestbauteildicke nicht erreicht wäre, fehle es auch an der Verwendung von WU-Beton. 124

Darüber hinaus hat der Sachverständige in seinem Ausgangsgutachten die regelwidrige Unterfangung der Garage und des Wohngebäudes festgestellt (Seite 16 und 17 des Gutachtens). Zwar seien Schäden in der Garage, den Grenzwänden der Bestandsgebäude und den Neubauwänden nicht festzustellen gewesen. Eine Lockerung des Baugrundes unterhalb der Altgründungskörper sei nicht auszuschließen, Setzungen und Folgeschäden wie Rissbildungen möglich. 125

Schließlich kann den Feststellungen des Sachverständigen noch eine Vielzahl von weiteren Abweichungen des vom Kläger errichteten Bauwerks von dem Planungswillen entnommen werden und zwar in Gestalt 126

- der Verwendung einer anderen als der vorgegebenen Steinart, wobei eine Gleichwertigkeit in Hinblick auf Abmessung (Dicke) und Güte (Druckfestigkeit) nicht gegeben ist, 127

- eines fehlenden Ringbalkens und einer fehlenden Stütze in der Kelleraußenwand, die Auswirkungen auf den Standsicherheitsnachweis der Kelleraußenwand haben und schließlich 128

- der Heranziehung der Mauerwerksinnenwände zur Lastabtragung der Deckenlasten, die zwar für sich als solches, was die Standsicherheit betrifft als unbedenklich einzuordnen seien, jedoch zum einen einen neuerlichen Standsicherheitsnachweis unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten erforderlich mache und zum anderen dazu führe, dass die Innenwände nicht mehr flexibel im Kellergeschossgrundriss des Anbaus angeordnet werden könnten. 129

Mit Blick auf diese erhebliche Abweichungen vom Planungswillen, den der Kläger bei der Bauausführung hätte beachten müssen, und vor dem Hintergrund dieser eindeutigen Feststellungen des Sachverständigen F... zu zweifelsfreien Ausführungsmängeln sind nach Überzeugung des Senats die Erklärungen des Sachverständigen im Rahmen der mündlichen Anhörung vor dem Landgericht im Termin vom 19.11.2012 (UA 1196) nicht als Relativierung der Feststellungen aus dem Ausgangsgutachten zu verstehen. Vielmehr hat der Sachverständige bei dieser Gelegenheit lediglich zum Ausdruck bringen wollen, dass eine aktuelle Einsturzgefährdung des Bauwerks zwar nicht gegeben ist, jedoch aufgrund der festgestellten Abweichungen von der Ursprungsstatik, die dem Planungswillen der Beklagten entsprach, weiterhin ein erforderlicher Standsicherheitsnachweis nicht vorliegt und ein solcher insbesondere nicht nachträglich von dem Ingenieurbüro T-K... hatte erbracht werden können. Auf die diesbezüglichen konkreten Ausführungen insbesondere im Ergänzungsgutachten vom 17.2.2012, die das Landgericht im Rahmen seiner 130

Beweiswürdigung ebenfalls eingehend berücksichtigt hat (UA19) kann Bezug genommen werden. Jedenfalls kann entgegen der anscheinend vom Kläger vertretenen Annahme aus der vom Sachverständigen bei seiner Anhörung verneinten konkreten Einsturzgefahr nicht der Umkehrschluss auf die ausreichend nachgewiesene Standsicherheit des Gebäudes gezogen werden. Vielmehr hat der Sachverständige auch in seiner Anhörung am 19.10.2012 noch einmal betont, dass die Standsicherheit gefährdet ist und die erforderlichen Nachweise nach den technischen Regeln nicht zu führen sind.

**dd)**Auf die mangelnde Standsicherheit hat die Beklagte ihre Minderung ebenso gestützt wie auf die fehlerhafte bzw. nicht den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Abdichtung des Kellerbodens etc. 131

**f)**Mit dem Landgericht ist der Senat unter Berücksichtigung der Schwere und der Bedeutung der festgestellten Mängel, des Verhältnisses der kostenmäßigen Aufwendungen, die zur Herbeiführung eines sachmangelfreien und damit vertragsgerechten, Zustandes erforderlich wären, zu dem Wert der bislang erbrachten Leistungen und insbesondere mit Blick auf die Werthaltigkeit der erbrachten Leistungen der Ansicht, dass eine Minderung des Werklohns auf Null gerechtfertigt ist. In diesem rechtlichen Kontext hat das Landgericht festgestellt, dass eine Mängelbeseitigung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nur durch Abriss und Wiederaufbau möglich bzw. wirtschaftlich sinnvoll ist. Die Leistungen des Klägers stellen sich damit nach der Auffassung des Landgerichts, der keine rechtlichen Bedenken begegnen, als wertlos dar. 132

**aa)**An dieser zutreffenden Wertung des Landgerichts ändert der vom Kläger erhobene Einwand, dass eine nachträgliche Abdichtung des Bauwerks möglich wäre, nichts. Der Sachverständige F... hat bei seiner Anhörung durch das Landgericht im Termin vom 19.10.2012 dazu erläutert, dass jede der Möglichkeiten zur nachträglichen tauglichen und funktionstüchtigen Abdichtung als „Sonderbau“ zu qualifizieren wäre (Ga 1198). Im Termin vom 10.06.2011, dessen Gegenstand bereits die Möglichkeiten einer Sanierung, deren Realisierbarkeit auch unter dem wirtschaftlichen Blickwinkel gewesen ist, hat der Sachverständige F... erklärt, dass die Kosten für Maßnahmen zur Ertüchtigung des Bauwerks nach seiner Ansicht wirtschaftlich nicht darstellbar seien, weil sie unverhältnismäßig wären. Erläuternd hat er an dieser Stelle angeführt, dass dieser Bereich einer Sanierung hochspekulativ und planerisch sehr teuer sei, da jede Sonderkonstruktion einen großen planerischen Aufwand erfordere. Zu dieser Beurteilung ist der Sachverständige auf der Grundlage einer Schätzung anhand von Vergleichsobjekten gelegt. Konkrete Einwände gegen die Richtigkeit oder Plausibilität dieser sachverständigen Annahme sind vom Kläger nicht dargetan noch sind sie anderweitig erkennbar. 133

**bb)**In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass nach dem Gutachten des Sachverständigen Professor F... vom 17.02.2012 die notwendigen Sanierungsmaßnahmen auch den Austausch der Wände im Kellergeschoss und die Herstellung einer nachträglichen Unterfangung umfassen. Gemäß seinen weiteren Ausführungen bereits im Ursprungsgutachten vom 25.09.2009 ist die für den Standsicherheitsnachweis ebenfalls erforderliche Ertüchtigung der Bodenplatte „sehr schwer oder nur sehr aufwändig durch die Aufbringung einer Abdichtung auf der Kellerinnenseite möglich“, womit ein Verlust von Raumhöhe verbunden ist (Seite 15 des Gutachtens); außerdem müsste der fehlende Ringanker eingebracht werden. 134

Zusammenfassend ist es nicht ersichtlich, dass die Kosten eventuell möglicher Sanierungsmaßnahmen für die Abdichtung und für die Standsicherheitsnachweise geringer sind als der Restwerklohnanspruch des Klägers. 135

Aus den obigen Ausführungen folgt in rechtlicher Konsequenz, dass infolge der wirksam von der Beklagten im Schriftsatz vom 03.02.2005 erklärten Minderung der restliche Vergütungsanspruch des Klägers nicht mehr gegeben ist und folglich das Landgericht zu Recht die Klage abgewiesen hat. 136

**II)**Die von der Beklagten erhobene Widerklage ist zulässig aber unbegründet, soweit mit ihr Mängelschäden geltend gemacht werden, also Schadensersatz statt der Leistung gefordert wird. Die Berufung der Beklagten, mit der sie sich gegen die insoweit klageabweisende Entscheidung des Landgerichts richtet, ist folglich unbegründet. Demgegenüber ist das ebenfalls mit der Widerklage vorgebrachte Begehren jedenfalls dem Grunde nach berechtigt, soweit die Beklagte Schadensersatz neben der Leistung verlangt. Soweit der Kläger mit seiner Berufung auch insoweit eine Abweisung der Widerklage erstrebt, bleibt damit sein Berufungsbegehren ohne Erfolg. Hinsichtlich der letztgenannten Schadensersatzansprüche ist wegen der Höhe noch keine Entscheidungsreife gegeben, da insoweit an die Parteien weitere Hinweise zu erteilen sind, ihnen damit Gelegenheit zur ergänzenden Sachvortrag zu geben ist und darüber hinaus weitere Sachaufklärung zu betreiben sein wird. 137

**1.**Durchgreifende Zulässigkeitsbedenken bestehen im Hinblick auf die Widerklage nicht. 138

**a)** 139

Die Erwägungen, die das Landgericht im Hinblick auf den Feststellungsantrag der Beklagten angestellt hat (vgl. UA 23 unter II 1), sind zutreffend. Ohne Rechtsfehler hat es darauf abgestellt, dass für das Vorliegen eines Feststellungsinteresses gemäß § 256 Abs. 1 ZPO wegen des grundsätzlichen Vorranges der Leistungsklage erforderlich ist, dass der Kläger den Anspruch, der Gegenstand der Feststellungsklage ist, nicht beziffern und zum Gegenstand einer Leistungsklage machen kann. Zu Recht hat das Landgericht hervorgehoben, dass der Vorrang der Leistungsklage dann nicht eingreift, wenn der Kläger seinen Anspruch noch nicht oder nicht ohne Durchführung einer aufwändigen Begutachtung beziffern kann (vgl. BGH, Urteil vom 21. 1. 2000 - V ZR 387/98 - NJW 2000, 1256, 1257 unter 4.). Ebenfalls rechtsbedenkenfrei sind die Ausführungen des Landgerichts dazu, dass infolge des Vorranges der Leistungsklage der Feststellungsantrag insoweit unzulässig ist, als er sich auf einen Zinsschaden aufgrund der Kündigung der Darlehensverträge im Zeitraum vom 31.12.2010 bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung am 4.10.2013 bezieht, da insoweit nicht ersichtlich ist, welche grundlegenden Schwierigkeiten einer Bezifferung dieses Anspruchs im Rahmen einer Leistungsklage entgegenstehen. 140

**b)** 141

Das Landgericht hat in der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten (UA 23), dass die Widerklage hinsichtlich des Antrages zu 8) unzulässig, und damit nicht wirksam erhoben worden ist, da sie unter der nicht zulässigen Bedingung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe hierfür gestellt worden ist. Dies ist aus Rechtsgründen auch gegen die Berufung der Beklagten nicht zu beanstanden, da der Widerklageantrag zu 8) – erstinstanzlich - von der Beklagten unter der Bedingung gestellt worden ist, dass dem Kläger Prozesskostenhilfe insoweit gewährt wird. Indem der Prozessbevollmächtigte der Beklagten die Antragstellung unter dem Vorbehalt der Gewährung von Prozesskostenhilfe gestellt hat, hat er eindeutig kenntlich gemacht, dass er die Widerklage mit diesem Widerklageantrag nur unter der Voraussetzung der Gewährung von Prozesskostenhilfe erheben wollte. Stellt eine Partei in dieser Weise klar, dass sie den Klageantrag nur unter der Voraussetzung der Gewährung von Prozesskostenhilfe stellen will, so hat sie trotz gleichzeitiger Einreichung des Prozesskostenhilfebesuchs und eines inhaltlich den Anforderungen einer Klageschrift 142

entsprechenden Schriftsatzes die Klage noch nicht bei Gericht anhängig gemacht (BGH, Urteil vom 10.7.2003, IX ZR 113/01, NJW-RR 2003, 1558 unter II 1). Prozesshandlungen, die wie die Klageerhebung unmittelbare Rechtswirkungen auslösen, können nicht unter einer Bedingung gestellt werden (BGH, a.a.O.).

Letztlich gilt dieses Verdikt der Unzulässigkeit der Widerklage entsprechend dem Widerklageantrag zu 8) nur hinsichtlich des landgerichtlichen Verfahrens. In dem Berufungsantrag aus der Berufungsbegründungsschrift vom 24.4.2014, auf die die Beklagte in der mündlichen Verhandlung Bezug genommen hat, hat die Beklagte unter 7. den vom Landgericht als unzulässig bewerteten Widerklageantrag zu 8) wiederholt und nunmehr nicht unter eine Bedingung gestellt. Damit ist dieses Widerklagebegehren in prozessual unbedenklicher Weise in das zweitinstanzliche Verfahren übergeführt worden. Zwar handelt es sich dann um eine Klageerweiterung in der Berufungsinstanz, gegen deren Zulässigkeit indessen keine rechtlichen Bedenken bestehen (vgl. § 264 Nr. 2 ZPO). 143

**2.**Die Widerklage ist unbegründet, soweit die Beklagte mit ihr Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 633, 634 Nr. 4, 636, 281 BGB verlangt. 144

**a)** 145

Das Landgericht hat die Positionen 146

– bestandslose Arbeiten des Klägers 147

– Kosten des Abrisses 148

– Neubau des Anbaus 149

– Rückbau des Regenwasserkanals 150

– Kosten für die Außentreppe 151

dahingehend rechtlich bewertet, dass hiermit Schadensersatz statt der Leistung begehrt werde, da es sich um so genannten Mangelschäden handle. In Bezug auf die solcherart rechtlich qualifizierten Schadenspositionen hat das Landgericht die Schadensersatzklage als unbegründet angesehen und dies damit begründet, dass die Beklagte, nachdem sie – wirksam - die Minderung wegen der in Rede stehenden Mängel erklärt hatte, mit Schadensersatzansprüche statt der Leistung, die mit denselben mangelhaften Leistungen des Auftragnehmers begründet werden, ausgeschlossen sei. 152

**b)**Mit dieser Rechtsauffassung steht das Landgericht in Einklang mit der in der baurechtlichen Literatur vorherrschend vertretenen Auffassung, der sich der Senat anschließt (vgl. Kniffka in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl. 2014, 6. Teil Rn. 227; Busche in Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage 2012, Rn. 34 zu § 634, Voit in Beck'scher online Kommentar BGB, Stand Februar 2014, Rn. 3 zu § 638; Peters/Jacoby, Staudinger, Stand 2013, Rn. 122 zu § 634; a.A. Derleder, NJW 2003, 998; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 5. Aufl. 2013, Rn. 1476, Seite 561). 153

**aa)**Im Wesentlichen fußt die herrschende Meinung auf der Erwägung, dass die Minderung die Ausübung eines Gestaltungsrechts darstellt, mit dem der Erfüllungsanspruch erlischt. Damit entfallen auch Schadensersatzansprüche statt der Leistung und der nur subsidiär dazu bestehende Aufwendungsersatzanspruch nach § 284 BGB. Dem liegt auch die rechtsdogmatische Überlegung zu Grunde, dass die Minderung in ihrer Konsequenz zu einer 154

Herabsetzung des Vergütungsanspruches im Verhältnis des Wertes der vertragsgemäßen Leistung zu dem der mangelhaften Leistung (§ 638 Abs. 3 Satz 1 BGB) führt. Infolge der Minderung ist das Werk auf der Grundlage des nunmehr, durch die Ausübung des dem Auftraggeber zu stehenden einseitigen Gestaltungsrechts "geänderten" Vertrages nicht mehr mangelhaft, weil die Istbeschaffenheit nunmehr der Sollbeschaffenheit entspricht (vgl. Voit in Beck'scher online Kommentar, a.a.O.). Wegen des so verstandenen rechtsgestalterischen Charakters der Minderung ist die Rückkehr von einer (voreilig) erklärten wirksamen Minderung auf ein Schadensersatzbegehren statt der Leistung ausgeschlossen.

**bb)**Eine höchstrichterliche Entscheidung zu dem Verhältnis zwischen der Minderung und den Schadensersatzansprüchen statt der Leistung, die mit der Existenz derselben Sachmängel begründet werden, steht aus. Insbesondere spricht die Entscheidung des BGH vom 5.11.2010, NJW 2011, 1217, 1219 nicht gegen den von der herrschenden Rechtslehre rechtsdogmatisch konsequent entwickelten Ansatz einer Ausschlusswirkung der Minderung gegenüber Schadensersatzansprüchen statt der Leistung wegen derselben Mängel. Der BGH befasst sich a.a.O. lediglich mit dem aus dem Kaufvertragsrecht stammenden Spezialproblem des Fehlschlagens der Minderung, weil der Betrag der Minderung in Anwendung der in § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB bestimmten Berechnungsmethode nicht ermittelt werden kann. Für diesen Ausnahmefall hat der BGH den Käufer, der infolge des Mangels tatsächlich einen Vermögensschaden erlitten hat, als berechtigt gesehen, auch dann noch seinen Schaden im Wege des kleinen Schadensersatzes geltend zu machen, wenn er zuvor – in einer jedoch nicht umsetzbaren Weise – die Minderung erklärt hat. 155

**c)**In rechtlicher Konsequenz bedeutet dies, dass der Beklagte keinen Anspruch auf den Schadensersatz statt der Leistung hat. 156

**aa)**Der (nach den obigen Ausführungen ausgeschlossene) Schadensersatzanspruch statt der Leistung erfasst im Grundsatz die Schäden, die durch eine Nacherfüllung des Auftragnehmers verhindert werden könnten. Durch den Schadensersatz statt der Leistung soll das – die die mangelhafte und damit pflichtwidrige Leistung beeinträchtigte - (Vertrags-)Erfüllungsinteresse des Auftraggebers kompensiert werden (vgl. Kniffka in Kniffka/Koebler, a.a.O., 6. Teil Rz. 243). Demgegenüber kann der Schadensersatz statt der Leistung keine Schäden umfassen, die vom Erfüllungsinteresse nicht umfasst sind (vgl. Ostendorf, Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung, NJW 2010, 2833ff). **bb)** Nach diesen Abgrenzungskriterien zählen zu den Schadenspositionen statt der Leistung, die wegen der Ausschlusswirkung der Minderungserklärung von der Beklagten nicht mehr verlangt werden können, die Kosten für sämtliche Mängelbeseitigungsarbeiten, die erforderlich wären, um die Werkleistung des Klägers in einen mangelfreien und damit vertragsgerechten Zustand zu versetzen. 157

**(1)**Hierzu gehören die Kosten für den Rückbau des Anbaus, den die Beklagte unter Bezugnahme auf das Angebot der Firma O & K vom 25.07.2009 mit 89.900,-- € netto geltend gemacht hat, da der nach den Ausführungen der Sachverständigen notwendige Abriss des (in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen nicht mehr sanierbaren) Bauwerks notwendige Voraussetzung dafür ist, dass der vom Kläger geschuldete Rohbau (gemäß dem Erfüllungsinteresse der Beklagten) in vertragsgerechtem Zustand errichtet wird. 158

**(2)**Weiterhin zählen die Kosten für die mangelfreie Errichtung des Rohbaus zu dem ausgeschlossenen Schadensersatz statt der Leistung. Die Beklagte hat sogenannte Wiederaufbaukosten in Höhe von 283.860,19 € geltend gemacht, und sich hierbei auf die als entsprechenden Anlage BK 3 vorgelegte Kostenaufstellung berufen, die der vorgelegten Kostenschätzung des Architekten Breuer vom 23.12. 2009 entstammen. In diesem 159

Zusammenhang ist das Vorbringen des Klägers relevant, demzufolge in dieser Kostenschätzung auch Kosten für diejenigen baulichen Maßnahmen des „Wiederaufbaus“ enthalten seien, die nicht Gegenstand des an den Kläger gerichteten Werkauftrages gewesen seien und als sowieso-Kosten zu qualifizieren seien (GA 595). In Erwiderung auf diesen Einwand hat die Beklagte wiederum vorgetragen (GA 676), dass es sich insoweit um Ausbaurkosten gehandelt habe, die nochmals wiederholt werden müssten, wenn es zu einer Neuerrichtung des Anbaus kommen sollte. Auch diese erläuternden Darstellungen der Beklagten sind vom Kläger bestritten worden (GA 706). Bei diesen letztgenannten Ausbaurkosten handelt es sich nicht um Wiederaufbaukosten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Werkleistung des Klägers stehen, sondern um Mangelfolgeschäden, die ihren Hintergrund darin haben, dass im Rahmen des erforderlichen Abrisses des vom Kläger mangelhaft und nicht sanierfähig errichteten Rohbaus auch die eigenen (außerhalb des Leistungsgegenstands des Klägers liegenden) Ausbaurarbeiten der Beklagten beschädigt oder zerstört werden. Soweit es um solche Leistungen des Innenausbaus oder sonstige Gewerke außerhalb der vom Kläger geschuldeten Arbeiten geht, die durch den Rückbau betroffen werden und die für bzw. bei einem Wiederaufbau des Bauwerks nicht wiederverwendbar sind, sind die diesbezüglichen Schadenspositionen als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren, die rechtlich als Schadensersatz neben der Leistung einzuordnen sind. Als Schadenspositionen, die in keiner unmittelbaren Beziehung zum Erfüllungsinteresse, sondern zum Integritätsinteresse der Beklagten stehen, werden sie nicht von der Ausschlusswirkung der Minderungserklärung berührt.

**(3)** Dieselben Überlegungen gelten für die von der Beklagten geltend gemachten Kosten der Wiederherstellung der Außentreppe. Diese hat die Beklagte mit 5950 € brutto in die Widerklage eingestellt (GA 513) und diesen Betrag später um den Mehrwertsteueranteil gekürzt, der sodann Gegenstand auch des Feststellungsantrags geworden ist. 160

Nachdem der Kläger in seiner Erwiderung auf die Widerklage darauf verwiesen hatte, dass die Erstellung der Außentreppe nicht im Auftrag des Klägers enthalten gewesen sei und dementsprechend die hier geltend gemachten Kosten als so genannte Sowieso-Kosten nicht ersatzfähig seien (GA 597), hat die Beklagte nachfolgend ihren Vortrag dahingehend ergänzt (GA 677), dass es sich bei der Außentreppe um eine Sonderanfertigung handele, die bei einem Abriss des Neubaus und Wiederaufbau derselben nicht mehr zu verwenden sei. Vor diesem Hintergrund seien die Kosten für die Neuherstellung anzusetzen. Diese seien in der Kostenschätzung des Architekten Breuer nicht enthalten. 161

Auf der Grundlage dieses Parteivorbringens handelt es sich bei einem Schaden, der der Beklagten dadurch entsteht, dass sie bei einem Wiederaufbau die bereits fertiggestellte Außentreppe, die nicht zum Leistungsumfang des Klägers gehört hat, nicht wieder verwenden kann, um einen Mangelfolgeschaden, der ggfls. als Schadenersatz neben der Leistung und nicht statt der Leistung erstattungsfähig wäre. Die Ausschlusswirkung der Minderung greift hier keinesfalls ein. 162

**(4)** Letztlich sind die von der Beklagten geltend gemachten nutzlosen Kosten für die Herstellung des rückzubauenden Regenwasserkanalanschlusses, den die Beklagte unter Verweis auf eine Rechnung der Firma A.. GmbH vom 29.01.2005 (WK 5 = GA 530) mit 4324,51 € beziffert hat, mit dem Landgericht dem Bereich des Schadensersatzes statt der Leistung zuzuordnen. 163

Nach Bestreiten dieser Position durch den Kläger (GA 513) hat die Beklagte ihren zu dieser Position in der Widerklageschrift nur angedeuteten Sachvortrag ergänzt (GA 678) und vorgetragen, dass der Kläger die Erstellung der Regenwasserversickerung vergessen habe, 164

so dass die Beklagte sich um eine vorübergehende Sondergenehmigung der Stadt O.. für einen Anschluss an den öffentlichen Kanal habe kümmern müssen und diesen Anschluss habe herstellen lassen müssen. Eine solche Regenwasserversickerung sei nach der Satzung der Stadt O.. obligatorisch. Die hierfür aufgelaufenen Kosten in Höhe von 4324,51 € brutto seien nutzlos, da die Beklagte den Kanalanschluss wieder zurückbauen müsse, wenn der Neubau rückgebaut und wieder neu errichtet werde. Der Kläger habe für die Kosten dieser Regenwasserversickerung einzustehen, da er den Einbau schlicht vergessen habe, obwohl er vorgesehen und zwischen den Parteien abgesprochen worden sei. Der Kläger hätte die Regenwasserversickerung in jedem Fall einplanen müssen, da sie Bestandteil der Baugenehmigung gewesen sei. Bei dem von ihr – der Beklagten – veranlassten Anschluss an den Kanal habe es sich um eine Notmaßnahme gehandelt. Der Rückbau wäre die öffentlich-rechtliche Konsequenz dieser Notmaßnahme.

Der Kläger hat dem entgegengehalten (GA 707), für die Kosten der Regenwasserversickerung sei er nicht haftbar zu machen. Eine solche sei im Rahmen des Angebots nicht abgefordert worden noch sei diese verpreist. Der Kläger bestreitet also, dass eine Regenwasser Versickerung zum eigenen Leistungsumfang gehört hat. 165

Der Schaden, den die Beklagte hier geltend macht, stellt sich im Grunde als Nichterfüllungsschaden dar, nämlich das Begehren nach Ersatz für die Aufwendungen, die der Beklagten deshalb entstanden sind, weil der Kläger – nach Beklagtenvorbringen – von ihm geschuldete Leistungen nicht erbracht hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, diese Schadensposition dem Mangelschaden im Sinne des Schadensersatzes statt der Leistung zuzuordnen, der durch die von der Beklagten abgegebene Minderungserklärung ausgeschlossen wird. 166

**3.**Demgegenüber ist ein Schadensersatz neben der Leistung dem Grunde nach für die Positionen gerechtfertigt, die nicht als Mangelschäden, sondern als Mangelfolgeschäden zu qualifizieren sind, da Schadensersatzpositionen, die als Schadensersatz neben der Leistung geltend gemacht werden können, von der Ausschlusswirkung der Minderung nicht umfasst sind (vgl. Kniffka in Kniffka/Koebler, Kompendium des Baurechts, a.a.O., 6. Teil Rz. 227). 167

**a)**Im Grundsatz gilt dies für die Schadenspositionen: 168

- Grundbesitzabgaben- Heizkosten- Mietausfall bzw. Nutzungsausfall- Sachverständigenkosten und schließlich- Kosten wegen des vorzeitigen Darlehenskündigung sowie den oben bereits behandelten- Wiederaufbaukosten, soweit es um die Kosten für Ausbauarbeiten geht, die außerhalb des Leistungsumfanges des Klägers liegen,- Kosten für die Wiederherstellung der Außentreppe . 169

Bei all diesen Schadensposten handelt es sich um solche Schäden, die vom eigentlichen Erfüllungsinteresse des Gläubigers nicht abgedeckt sind, mithin nicht zum Schadensersatz statt der Leistung zählen, sondern dem Schadensersatz neben der Leistung zuzuordnen sind. 170

**b)**Die einzelnen dem Grunde nach der Beklagten als Schadensersatz neben der Leistung zustehenden Schadensersatzpositionen sind noch nicht entscheidungsreif. Im Einzelnen gilt zu den jeweiligen Positionen: 171

**aa)**Im Hinblick auf die von der Beklagten geltend gemachten Nutzungs- und Mietausfallschäden für die Wohnung im Obergeschoss, die Wohnung im Keller sowie die von der Beklagten im Erdgeschosses des Anbaus selbstgenutzte Wohnung hat das Landgericht zutreffend eine Beschränkung in zeitlicher Hinsicht für die Dauer vorgenommen, die 172

anzusetzen gewesen ist, um die behauptete Mangelhaftigkeit im Beweisweg klären zu lassen.

**(1)** Hierbei hat es unter Rückgriff auf den Mitverschuldensgesichtspunkt aus § 254 BGB in Form der Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Beklagte diesbezügliche Schadensersatzansprüche nur für den Zeitraum vom 15.8.2004 bis zum 19.10.2012 als berechtigt angesehen. Es hat darauf abgestellt (UA 33ff), 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 als Schädiger zu tragenden entgangenen Gewinns kommen würde. Spätestens mit Abschluss der diesbezüglichen Beweisaufnahme am 19.10.2012 habe für die Beklagte die ernsthafte Möglichkeit bestanden, dass der Anbau entweder zurückgebaut oder umfassend saniert werden musste. Dass die Beklagte während des laufenden Verfahrens zuvor keine Maßnahmen vorgenommen habe, um den zulasten des Klägers eintretenden – da von ihm zu ersetzenden – Schaden zu mindern, habe noch keine Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht dargestellt, da sie – die Beklagte – zunächst habe abwarten können, bis durch eine sachverständige Begutachtung die Ungewissheit über Art, Umfang und Ursache der Mängel und damit der diesbezüglichen Verantwortlichkeit sowie über die genaue Art und Weise der insgesamt notwendigen Mangelbeseitigungsmaßnahmen ausgeräumt war. Diese Gewissheit habe aber ab dem Zeitpunkt der letzten Anhörung des Sachverständigen am 19.10.2012 bestanden. Weitere Schäden könne die Beklagte nicht mit Blick auf die von ihr behauptete finanzielle Lage, derzufolge sie sich einen Abriss und Wiederaufbau nicht leisten könne, geltend machen. Der Umstand, dass regelmäßig keine generelle Pflicht des Geschädigten bestehe, zur Schadensminderung ein Deckungsgeschäft aufzunehmen, also einen Kredit aufzunehmen, um Maßnahmen zur Schadensminderung ergreifen zu können, führe hier nicht zu einer Entlastung der Beklagten. Die diesbezügliche Rechtsprechung setze voraus, dass dem Geschädigten überhaupt entsprechende Ersatzansprüche gegen den Schädiger zustehen. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Zur Vermeidung des Anwachsens des Schadens hätte es entweder einer aufwändigen Sanierung des Anbaus oder der Rückbau mit anschließendem Neubau bedurft. Diesbezügliche Schadensersatzansprüche statt der Leistung hätten der Beklagten nicht zugestanden.

**(2)** Die grundsätzlichen Erwägungen, die das Landgericht in diesem Zusammenhang in Hinblick auf die Schadensminderungspflicht des geschädigten Bauherrn, sowie der nichtbestehenden Verpflichtung, zur Erfüllung einer solchen Schadensminderungspflicht eigene Kredite aufzunehmen, sind zutreffend. Der Schädiger muss die Nachteile ersetzen, die daraus resultieren, dass er seiner Verpflichtung zu der sofortigen Ersatzleistung nicht nachkommt. Eine Schadensminderungspflicht des Geschädigten besteht dann nicht, wenn ihm eigene finanziellen Mittel, um den – gegebenenfalls fortschreitenden – Schaden zu minimieren oder nicht weiter auflaufen zu lassen, nicht zur Verfügung stehen (vgl. BGH, Urteil vom 26.5.1988, III ZR 42/87, Rn. 16; Oetker in Münchener Kommentar zum BGB, Rn. 97 zu § 254; Rüßmann in Juris PK, BGB, 7. Auflage 2014, Rn. 20 zu § 254). Jedoch hat das Landgericht letztlich diese Grundsätze mit einer Argumentation nicht eingreifen lassen, die nach Auffassung des Senats tragfähig und rechtlich stringent ist, da, wie oben behandelt, davon auszugehen ist, dass der Beklagten ein Schadensersatz statt der Leistung, der die Kosten für den Rückbau und die erneute Errichtung des von dem Kläger geschuldeten Rohbaus nicht zusteht.

**bb)**

Bestandteil des vom der Beklagten geltend gemachten entgangenen Gewinns ist zum einen der Mietausfall für die Wohnung im Obergeschoss, für den die Beklagte den Mietvertrag vom 17.4.2004 mit dem Mieter S.... vorgelegt hat.

Das Landgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise (mit der oben behandelten zeitlichen Begrenzung) einen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Mietzinses für diese Wohnung in Höhe der Nettokaltmiete von 600 € monatlich angenommen. Hierbei ist es auf der Grundlage der Vernehmung des Zeugen S.... zu der Feststellung gelangt, dass der entsprechende Wille zur Vermietung der Wohnung im Obergeschoss vorgelegen habe und eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestanden habe, dass bei ordnungsgemäßer Erstellung des Anbaus der geltend gemachte Mietzins hätte erzielt werden können. Der Zeuge S.... habe im Rahmen seiner Vernehmung bestätigt, dass er mit der Beklagten zunächst den Mietvertrag abgeschlossen habe. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass es für den Ersatzanspruch der Beklagten unschädlich sei, dass der zwischen der Beklagten und dem Zeugen S.... geschlossene Mietvertrag bereits vor seinem geplanten Vertragsbeginn beendet worden sei. Dies erkläre sich aufgrund der Mangelhaftigkeit des von dem Kläger erstellten Bauwerks. 177

Der Kläger hält dem mit der Berufung ohne Erfolg entgegen (GA 1809), aus der Aussage des Zeugen S.... könne nicht die vom Landgericht getroffene Feststellung abgeleitet werden. Der diesbezügliche Angriff gegen die landgerichtliche Beweiswürdigung gemäß § 286 ZPO geht ins Leere. Tatsächlich ergibt sich aus der Aussage des Zeugen S.... (GA 1205), dass ein Aufhebungsvertrag unterschrieben worden ist, noch bevor es zum Einzug dieses Mieters gekommen sei. Der Senat versteht die diesbezüglichen Angaben des Zeugen insbesondere das von ihm angeführte (von der Beklagten ausgesprochene) Baustellenverbot – mit dem Landgericht - dahin, dass der Hintergrund der Beendigung des vorzeitigen Mietverhältnisses darin zu sehen ist, dass die Wohnung nicht mangelfrei fertig gestellt worden war, was wiederum dem Kläger anzulasten ist. Es sind keine konkreten Hinweise ersichtlich, die die Annahme rechtfertigen könnten, dass der Mietvertrag mit dem Zeugen S.... dann nicht umgesetzt worden wäre, wenn der Kläger seinen Leistungsverpflichtungen ordnungsgemäß nachgekommen wäre. Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge kann mit Blick auf den abgeschlossenen Mietvertrag davon ausgegangen werden, dass die Beklagte auch den Mietzins hätte erlangen können. 178

**cc)** 179

Für die von ihr selbst bewohnte Wohnung im Erdgeschosses machte die Beklagte eine Nutzungsausfallentschädigung von monatlich 800 € geltend. Hinsichtlich dieser Schadensposition besteht noch Aufklärungsbedarf, ist der Rechtsstreit mithin noch nicht entscheidungsreif. 180

Einen diesbezüglichen Anspruch auf Ersatz wegen der ihr entgangenen Nutzungsmöglichkeiten hat das Landgericht im angefochtenen Urteil grundsätzlich rechtsfehlerfrei bejaht. Die insoweit vom Landgericht angestellten Erwägungen, mit denen es eine pauschale Kürzung des in Ansatz gebrachten Betrages um den bei einer Eigennutzung gegenüber einer Vermietung entfallenden Gewinnanteil um 40 % begründet hat, sind rechtlich zutreffend (vgl. auch OLG München, Urteil vom 23.3.2010, 1 W 2689/09, VersR 2010, 1229). 181

Zu berücksichtigen ist jedoch an dieser Stelle, dass der vom Landgericht für die Berechnung der Nutzungsausfallentschädigung im Ansatz gebrachte (und dann um 40 % gekürzte) Nettomietzins von 800 € monatlich, der für die hier in Rede stehende Wohnung erzielbar 182

wäre, bereits erstinstanzlich vom Kläger bestritten worden ist. Dem in diesem Zusammenhang von der Beklagten dafür, dass für die in Rede stehende Wohnung ein Mietzins in dieser Höhe hätte erzielt werden können, angebotene Beweis der Einholung eines Sachverständigengutachtens hat das Landgericht übergegangen. In der Berufungsinstanz trägt die Beklagte vor (GA 1870), bei dem von ihr zur Berechnung ihrer Nutzungsentschädigung herangezogenen Wert von 800 EUR handele es sich nicht um einen Betrag, den die Beklagte auch bei Vermietung an etwaige Dritte herangezogen hätte. Vielmehr sei lediglich der reine Nutzungswert für die Wohnung in dieser Höhe zugrunde gelegt worden. Tatsächlich betrage der Nettomietzins für diese Erdgeschoßwohnung 1000 €.

Die Frage, welchen Nettomietzins die Beklagte mit der Erdgeschoßwohnung hätte erzielen können, ist hiernach strittig und aufklärungsbedürftig. 183

**dd)** 184

Für die Wohnung im Keller die Beklagte in ihrer Widerklage eine Nettokaltmiete von 455 EUR monatlich in Ansatz gebracht. 185

Das Landgericht ist auf der Grundlage der Aussage der vernommenen Zeugen K... zu der Feststellung gelangt, dass die Beklagte einen entsprechenden Willen zur Vermietung der Wohnung im Keller gehabt habe und eine gewisse Wahrscheinlichkeit auch dafür bestanden habe, dass bei ordnungsgemäßer Erstellung des Anbaus der geltend gemachte Mietzins hätte erzielt werden können. 186

Konkrete Anhaltspunkte, die dafür sprechen, dass die diesbezüglichen Feststellungen des Landgerichts unvollständig oder unrichtig sind, werden von dem Beklagten nicht vorgebracht. Darüber hinaus stehen auch den Erwägungen des Landgerichts, wonach es für die Ersatzfähigkeit des entgangenen Mietzinses nicht erheblich ist, dass die Wohnnutzung des Kellers von der Behörde nicht genehmigt worden ist, keine rechtlichen Bedenken entgegen (BGH, Urteil vom 10.11.1993 XII ZR 1/92, NJW 1994, 320). 187

Jedoch nimmt der Kläger in seiner Berufung (GA 1808) zu diesem Punkt noch Bezug auf die Aussage des Zeugen B... (GA 1201) und meint mit Blick auf den Inhalt dieser Aussage, dass jedenfalls nicht in vollem Umfang ein entgangener Mietzins für die Erdgeschoßwohnung der Beklagten zuerkannt werden kann. Der Zeuge B... hat in seiner Aussage bekundet, es sei geplant gewesen, dass die Tochter der Beklagten mit der Schwiegermutter ebenfalls in die besagte Wohnung im Kellergeschoss, für die die Zeugin K..., also die Schwiegermutter des Zeugen B... einen entsprechenden Mietvertrag unterschrieben hatte, habe einziehen sollen. Dementsprechend müsse der Raum von der Tochter von dem Wohnraum abgezogen werden. Das Zimmer, das für die Tochter vorgesehen gewesen sei, habe eine Größe von 25-30 m<sup>2</sup> gehabt, wohingegen die gesamte Wohnfläche der Kellergeschoss Wohnung ca. 100 m<sup>2</sup> betragen habe. 188

Da vor diesem Hintergrund ein entgangener Mietzins mit Blick auf die Kellergeschosswohnung jedenfalls, soweit es um das Zimmer geht, das für die Tochter vorgesehen gewesen ist, nicht in Betracht kommt, erscheint es sachgerecht, bei der Berechnung des entgangenen Mietzinses eine Reduzierung um ca. 30 % vorzunehmen. Auf diesen Gesichtspunkt wird die Beklagte hinzuweisen sein. 189

**ee)** Soweit die Beklagte mit der Widerklage auch „nutzlose Grundbesitzabgaben“ geltend macht, die sie auf jährlich 896 EUR bezifferte, und zu denen sie Grundbesitzabgaben Bescheide für die Jahre 2004-2009 im Anlagenkonvolut WK 8 vorgelegt hat, sind diese dem 190

Grunde nach als Schadensersatz neben der Leistung berechtigt, der Höhe nach jedoch noch nicht entscheidungsreif.

(1) Einen diesbezüglichen Erstattungsanspruch hat das Landgericht als nicht schlüssig vorgetragen angesehen und entsprechend nicht zugesprochen. Hierzu hat es darauf abgestellt, dass zum einen die Beklagte auf der Grundlage ihres Vorbringens zur Geltendmachung eines derartigen Schadensersatzanspruches nicht aktivlegitimiert sei, da Schuldner der Grundsteuer nach der einschlägigen Regelung des Grundsteuergesetzes der Eigentümer des Grundstücks sei, mithin der Zeuge B.... Abseits dessen sei nicht ersichtlich, dass der Beklagten durch die Entrichtung der Grundbesitzabgaben ein Schaden entstanden wäre. Bei den Grundbesitzabgaben handele es sich um Sowiesokosten, die auch bei ordnungsgemäßer Erstellung des Werkes durch den Kläger angefallen wären. Dass es infolge der Errichtung des Anbaus zu einer Erhöhung der Grundbesitzabgaben gekommen wäre, sei nicht vorgetragen. Diese Erwägungen halten vor dem Hintergrund des ergänzenden Vorbringens der Beklagten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. 191

(2) 192

Die Beklagte rügt in der Berufungsbegründung (GA 1870), das Landgericht habe verfahrensfehlerhaft unterlassen, einen Hinweis auf die gegen die Aktivlegitimation bestehenden Bedenken zu erteilen. Wenn dies geschehen wäre, hätte sie – was sie nunmehr mit der Berufung nachholt - vorgetragen und durch entsprechenden Vorlage eines Grundbuchauszuges den Nachweis erbracht, dass entgegen der Annahme des Landgerichts die Beklagte bereits jahrelang Eigentümerin des in Rede stehenden Grundstücks sei. Bei dem diesbezüglichen Vorbringen über die Eigentümerstellung der Beklagten hinsichtlich des streitgegenständlichen Grundstücks handelt es sich um neues Tatsachenvorbringen der Beklagten. Im unstreitigen Teil des Tatbestandes des angefochtenen Urteils ist ausgeführt, dass Eigentümer des Grundstücks Bromberger Str. 64 in O., auf dem das streitgegenständliche Bauvorhaben des Anbaus an den Altbau errichtet worden ist, der Ehemann der Beklagten, der Zeuge B.... sei. Dies basiert auf der von dem Kläger nicht angegriffenen Darstellung der Beklagten im Schriftsatz vom 29.9.2004, dort Seite 2 = GA 21, derzufolge der Ehemann der Beklagten der Eigentümer des Grundstücks sei. Die Beweiskraft des Tatbestandes gemäß § 314 ZPO kann aufgrund des abweichenden Vorbringens der Beklagten in der Berufungsinstanz zu diesem Punkt, dem der Kläger nicht bestreitend entgegengetreten ist, aufgehoben werden. Aufgrund des fehlenden Bestreitens durch den Kläger (GA 1968) ist mithin die Eigentümerstellung der Beklagten als unstreitig anzusehen, vor diesem Hintergrund eine Zurückweisung des insoweit neuen Tatsachenvorbringens nach § 531 Abs. 2 ZPO – der bekanntermaßen auf unstreitige neue Angriffs- und Verteidigungsmittel keine Anwendung findet – nicht möglich, so dass letztlich eine Verneinung dieser Schadensersatzpositionen nicht mit der fehlenden Aktivlegitimation der Beklagten begründet werden kann. 193

(3) 194

Im Hinblick auf die weitere Erwägung des Landgerichts, die Kosten durch die Grundbesitzabgaben seien **sowieso** angefallen, verweist die Beklagte darauf (GA 1078), bekanntermaßen habe mit den vom Kläger mangelhaft erbrachten Werkleistungen Mietraum geschaffen werden sollen und die Grundbesitzabgaben seien umlagefähige Betriebskosten. Die Argumentation der Beklagten, wie sie mit der Berufung nunmehr deutlich wird, geht also dahin, dass die Beklagte bei vertragsgemäßer und mangelfreier Leistung durch den Kläger die sie belastenden Grundbesitzabgaben als Betriebskosten an die Mieter hätte weitergeben können. Eine vor diesem Hintergrund eintretende Beeinträchtigung der Vermögenspositionen 195

der Beklagten infolge der vom Kläger zu verantwortenden Mangelhaftigkeit der Werkleistung und Nichtvermietbarkeit des Bauwerks als Grundlage für einen Schadensersatzanspruch neben der Leistung ist zu bejahen.

**(4)** 196

Auch bei dieser Schadensposition ist indessen noch keine Entscheidungsreife gegeben. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass allenfalls eine anteilmäßige Übertragung der Grundbesitzabgaben als Betriebskosten auf die Mieter hätte erfolgen können, da von den Grundbesitzabgaben zum einen auch der auf dem in Rede stehenden Grundstück vorhandene „Altbau“ umfasst gewesen wäre, bezüglich derer eine Weitergabe an Mieter nicht in Betracht gekommen wäre. In welchem Umfang die Beklagte auf der Grundlage der von ihr vorgelegten Mietverträge mit dem Zeugen S... und der Zeugin K... die für das gesamte Grundstück berechneten Grundbesitzabgaben an ihre Mieter als Betriebskosten hätte weitergeben können, kann dem klägerischen Vorbringen nicht entnommen werden. 197

Auf diesen Umstand ist die Beklagte hinzuweisen, damit sie die Gelegenheit erhält, die soeben dargestellte Lücke in ihrem Widerklagevorbringen zu schließen. 198

**ff)** Im Rahmen der Widerklage hat die Beklagte des weiteren nutzlose Heizkosten zur Herstellung von Frostsicherheit für die Zeit vom 1.7.2004 bis 31.12.2009 in Höhe von monatlich 60 € während der Heizperiode geltend gemacht, was bei 33 Heizmonaten zu einem Betrag von 1980 € führe. Einen hierauf gerichteten Schadensersatzanspruch hat das Landgericht verneint. Eine Ersatzfähigkeit der „nutzlosen Heizkosten“ unter dem Gesichtspunkt des Ersatzes vergeblicher Aufwendungen komme deswegen nicht in Betracht, weil bereits die Anforderungen eines Schadensersatzanspruches statt der Leistung infolge der Minderungserklärung nicht vorliegen. Im übrigen mangle es an einem ersatzfähigen Schaden der Beklagten, da Heizkosten so genannte Sowieso-Kosten darstellten. Mit dieser rechtlichen Begründung kann die in Rede stehende Schadensposition nicht abgelehnt werden. 199

**(1)** 200

Zu Recht beanstandet die Beklagte mit der Berufung (GA 1871), dass das Landgericht zu Unrecht die Heizkosten als Schadensersatz statt der Leistung qualifiziert habe. Im Grundsatz sind nach Auffassung des Senats die Heizkosten als erstattungsfähig anzusehen, wenn sie erforderlich gewesen sind, um die Frostsicherheit des Anbaus zu gewährleisten, ohne dass gleichzeitig durch die (geplante, aber aufgrund der Mängel nicht stattgefundenen) Vermietung der Wohnungen im Obergeschoss und im Kellergeschoss entsprechende Erträge erwirtschaftet worden sind. Eine entsprechende Behauptung ist in dem Vorbringen der Beklagten enthalten (vgl. auch GA 684). 201

**(2)** Indessen bestehen derzeit noch Bedenken hinsichtlich der schlüssigen Darlegung der entsprechenden Heizkosten. Ohne weitere Darlegung von konkreten Umständen gibt die Beklagte einen Monatsbetrag (für die Heizperiode) von 60 € pro Monat an. Wie die Beklagte zu diesem geschätzten Betrag gelangt, lässt sich ihrem Tatsachenvorbringen nicht entnehmen. Insbesondere finden sich keine konkreten Angaben dazu, welche Heizkosten die Beklagte für das Gesamtobjekt in den jeweiligen Heizperioden aufzubringen gehabt hatte, und welchen Anteil die beiden hier in Rede stehenden Wohnungen an den von der Beklagten beheizten Wohnungen gehabt hätten. 202

203

Auf die diesbezüglichen Bedenken im Hinblick auf eine schlüssigen Darlegung ersatzfähiger Heizkosten wird die Beklagte hinzuweisen sein und ihre Gelegenheit zur Ergänzung ihres Sachvortrages zu geben sein.

**gg)**Die Beklagte hat im Rahmen der Widerklage auch die Kosten des Sachverständigen H.... 204 für das Gutachten vom 09.09.2004 gemäß der Rechnung vom selben Tage, Anlage WK 4, i.H.v. 2477,40 € geltend gemacht. Diese Kosten für die Inanspruchnahme sachverständiger Hilfe, die regelmäßig als Mangelfolgeschäden einzuordnen sind, hat das Landgericht ohne Rechtsfehler im Grundsatz als erstattungsfähig angesehen, jedoch mit Blick auf das Mitverschulden des Streithelfers Landfermann einen 50 prozentigen Abzug vorgenommen und damit diese Position lediglich i.H.v. 1238,74 € als ersatzfähig behandelt (UA 32).

Spezielle Einwendungen in Bezug auf diese Schadensposition werden in der Berufung nicht vorgebracht. 205

**hh)** 206

Dasselbe gilt für die geltend gemachten Kosten der Kreditkündigung i.H.v. 6641,42 €. Diese hat das Landgericht ebenfalls als erstattungsfähige Schadensersatzposition angesehen, mit der die Beklagte infolge der mangelhaften Erstellung des Anbaus belastet worden ist. Eine Kürzung hat das Landgericht lediglich mit Blick auf das der Beklagten zuzurechnende Mitverschulden des Streithelfers L.... i.H.v. 50 % vorgenommen und damit an dieser Stelle einen Betrag von 3321,71 € zuerkannt. 207

**ii)**Bei den Wiederaufbaukosten, soweit es um die Kosten für Ausbauarbeiten geht, die außerhalb des Leistungsumfanges des Klägers liegen und die die Beklagte erbracht hat bzw. hat erbringen lassen, geht es ebenfalls um der Beklagten außerhalb des eigentlichen Erfüllungsinteresses entstandene Schäden. Diese haben ihre Grundlage darin, dass die Mangelhaftigkeit der Werkleistung des Klägers den Rückbau bzw. Abriss des Bauwerks erforderlich macht, was wiederum dazu führt, dass eigene oder durch dritte Handwerker für die Beklagte erbrachte Ausbauleistungen zerstört werden bzw. nicht mehr – beim erforderlichen Neuaufbau verwendet werden können. Diesbezüglich erweist sich das tatsächliche Vorbringen der Beklagten als nicht hinreichend substantiiert. Es fehlt an einer schlüssigen, detaillierten und einlassungsfähigen Darstellung, welche Ausbauarbeiten von der Beklagten vorgenommen worden sind bzw. sie hat vornehmen lassen und welche hiervon bei einem Neuaufbau des Anbaus nicht wieder verwendet werden könnten. Mit Blick darauf, dass die Beklagte nach entsprechendem richterlichen Hinweis die Gelegenheit erhalten muss, ihren Sachvortrag substantiell zu ergänzen, erweist sich der Rechtsstreit auch zu diesem Punkt als nicht entscheidungsreif. 208

**jj)**Wie oben dargelegt, handelt es sich bei der Schadensposition der Kosten für die Außentreppe um einen Mangelfolgeschaden, der dem Schadensersatz neben der Leistung zuzuordnen ist. Bei dieser Position ist jedoch noch keine Entscheidungsreife gegeben, weil das Vorbringen der Beklagten, die Außentreppe sei bei einem Wiederaufbau des Anbaus nicht mehr zu verwenden, vom Kläger bestritten worden ist (GA 828). Vor dem Hintergrund des insoweit streitigen Vorbringens der Parteien zu dieser Schadensposition wird der Senat hierzu ergänzende Sachaufklärung durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu betreiben haben. 209

**4.**Der der Beklagten zustehende Schadensersatzanspruch neben der Leistung verlangt ein Verschulden des Auftragnehmers, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB. Von einem Verschulden des Klägers ist auszugehen. Dieses wird durch ein Mitverschulden des Streithelfers L...., das sich 210

die Beklagte über §§ 254, 278 BGB zurechnen lassen muss, anspruchsmindernd eingeschränkt, wobei der Umfang noch nicht endgültig feststeht, jedoch in keinem Fall zu einem Ausschluss führt. **a)** Regelmäßig muss der Auftragnehmer darlegen und beweisen, dass der Mangel oder die Mangelhaftigkeit nicht von ihm verschuldet worden ist, sondern der Mangel entstanden ist, ohne dass gegen ihn insbesondere der Fahrlässigkeit Vorwurf erhoben werden kann (§ 276 BGB).

**b)** 211

Das Landgericht hat sich eingehend mit dem Verteidigungsvorbringen des Klägers auseinandergesetzt, eine druckwasserdichte Ausführung des Kellers sei bereits in der Planung des Streithelfers L.... nicht vorgesehen gewesen und die Parteien hätten sich auf statisch relevante Abweichungen von der ursprünglich vorgesehenen Planung geeinigt. Richtig hat das Landgericht erkannt, dass dann, wenn die Leistungsvorgaben des Auftraggebers unzureichend sind und es deshalb zu einem Mangel kommt, der Auftragnehmer grundsätzlich dennoch haftbar ist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Unternehmer nur dann nicht für den Mangel eines Werkes verantwortlich, wenn dieser auf verbindliche Vorgaben des Bestellers zurückzuführen ist und der Unternehmer seine Prüfungs- und Hinweispflichten erfüllt hat (vgl. BGH Urteil vom 19.09.2011 – VII ZR 87/11 – NJW 2011, 3780, TZ 14 m.w.N.; Urteil vom 8.11.2007, VII ZR 183/05 – NZBau 2008, 109 = NJW 2008, 511, TZ 16). Der Unternehmer haftet nicht für die fehlende Funktionstauglichkeit des Werkes, wenn er dem Besteller auf die Bedenken gegen eine solche Anordnung hingewiesen hat und dieser auf der untauglichen Ausführung besteht. Er wird also nur dann von der Mängelhaftung frei, wenn er seiner Prüfungs- und Bedenkenhinweispflicht nachgekommen ist. Er hat auch verbindliche Vorgaben des Auftraggebers (Leistungsbeschreibung, Anordnung hinsichtlich Stoffe und Bauteile) und auch die Vorleistungen Dritter bzw. des Auftraggebers daraufhin zu untersuchen ob sie geeignet sind, ein zweckentsprechendes und funktionstaugliches Werk entstehen zu lassen (vgl. Kniffka in Kniffka/Köbele, a.a.O., 6. Teil, Rn. 21; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl. 2013, Rn. 1962 m.w.N.; Vygen/Joussen, a.a.O., Rz. 956ff.)

**c)** Zutreffend hat das Landgericht – hierbei ersichtlich von diesen rechtlichen Grundlagen ausgehend – darauf abgestellt, dass der Kläger nicht vorgetragen hat, dass er seiner Bedenken- und Hinweispflicht nachgekommen wäre, obwohl die möglichen Probleme bei der Planung der Feuchtigkeitsisolierung des Kellers hätten auffallen können und müssen. 213

**d)** Die im Hinblick auf die unzureichende Planung der Feuchtigkeitsisolierung des Kellers vom Sachverständigen festgestellten Planungsmängel hat das Landgericht zum Anlass genommen, über § 254 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 BGB wegen des Mitverschuldens des Streithelfers L...., das sich die Beklagte nach § 278 BGB zurechnen lassen muss, die einzelnen – dem Grunde nach berechtigten - Schadenspositionen zu reduzieren, wobei das Landgericht eine Anspruchsminderung um 50 % als sachgerecht angenommen hat. Diese rechtliche Wertung ist zwar im Ansatz zutreffend; auch erscheinen die Einwände, die sowohl vom Kläger, der einen höheren Mitverschuldensanteil (bis zu einem Ausschluss) anstrebt, als auch von der Beklagten, die einen geringeren Mitverschuldensanteil für angemessen hält, erhoben haben, im Grundsatz nicht durchgreifend. Dennoch ist eine abschließende Wertung im Hinblick auf die Höhe des Mitverschuldensanteils noch nicht möglich. 214

**aa)** 215

216

Beruhend die Fehlerhaftigkeit des Werks oder der weitere Schaden gegebenenfalls auch auf einem Fehlverhalten des Auftraggebers, so haftet der Auftraggeber für eigenes Mitverschulden bzw. Mitverschulden seiner Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB nach allgemeinen Grundsätzen gemäß § 254 BGB und muss sich an den Mängelbeseitigungskosten bzw. dem entstandenen Schaden im Umfang seiner Haftungsquote beteiligen (vgl. Kniffka/Koeble, a.a.O. 6. Teil, Rz. 24, 25; BGH, Urteil vom 16.7.1998, VII ZR 350/96, BGHZ 139, 244). Nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen muss sich der Auftraggeber gegenüber dem in Anspruch genommenen Auftragnehmer ein Planungs- und Koordinierungsverschulden der von ihm eingesetzten Fachleute (insbesondere des planenden Architekten) zurechnen lassen (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 5.2.2013, I-23 U 185/11 – zitiert nach juris Rz. 113, Werner/Pastor, a.a.O., 2936). Insoweit ist der Architekt als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn anzusehen, da letztgenannter gegenüber dem Bauunternehmer die Aufgabe bzw. Obliegenheit hat, einwandfreie Pläne und Unterlagen zur Verfügung zu stellen sowie die Entscheidungen zu treffen, die für die reibungslose Ausführung des Baus unentbehrlich sind (BGH, Urteil vom 27. 11. 2008 - VII ZR 206/06 - BauR 2009, 515 = NZBau 2009, 185, 188. Tz. 34f).

Der Kläger begründet seine Auffassung, der Mitverschuldensanteil des Streithelfers L.... müsse abweichend vom Landgericht höher gesetzt werden, weil im Vorfeld der Ausführung der Arbeiten nicht über die Bodenverhältnisse gesprochen worden sei und insbesondere durch den Architekten L.... kein Bodengutachten vorgelegt wurde, obgleich er hierzu und zur Aufklärung der Bodenverhältnisse durch Einholung eines entsprechenden Gutachtens verpflichtet gewesen wäre. Ihm als Bauunternehmer könne bezüglich einer unzureichenden Bauwerksabdichtung kein Mitverschulden vorgeworfen werden, da ihm insoweit eine Prüfungs- und Hinweispflicht nicht getroffen habe, so dass der Planer für seinen Planungsfehler alleine hafte. Das Landgericht hat richtigerweise darauf abgestellt, dass im Hinblick auf die taugliche Abdichtung des Gebäudes gegen eindringendes Wasser bei der geplanten Bauform mit entsprechenden Kelleraußenwänden Kenntnisse über den genauen Lastfall im Boden erforderlich waren. Ein insoweit die notwendigen Kenntnisse bringendes Bodengutachten einzuholen sei zwar im Grundsatz Sache des Bauherrn und Auftraggebers. Jedoch hat der Auftragnehmer auf die Notwendigkeit eines Gutachtens als Voraussetzung für die richtige, den tatsächlichen Bodenverhältnissen und den dort anzutreffenden Lastfall entsprechende Abdichtungsform hinzuwirken und die Gefahr des Bauens ohne Kenntnisse von dem tatsächlichen Lastenanfall aufzuzeigen. Nach den Bekundungen des Zeugen B.... hat der Kläger im Rahmen der von ihm abgegebenen vorvertraglichen Erklärungen angegeben, dass ihm die Bodenverhältnisse bekannt seien. Hieraus kann ein Vertrauen des Auftraggebers also der Beklagten in die fehlende Notwendigkeit der Einholung eines Bodengutachtens begründet sein. Es bestehen weitere Indizien dafür, dass dem Kläger zumindest die Problematik des Wasseranfalls bewusst gewesen ist. Ein Hinweis auf eine entsprechende Kenntnis des Klägers von der Brisanz des konkret zu berücksichtigenden Wasseranfalls ergibt sich daraus, dass er die Drainage angeboten hatte und noch Wasser in der Baugrube gestanden hatte und der Kläger vor diesem Hintergrund Pumpen eingesetzt hatte, die er der Beklagten in der Schlussrechnung noch berechnet hat.

217

Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass der Streithelfer L.... tatsächlich eine Pflichtverletzung begangen hat, die kausal zu dem Schadenseintritt geführt habe. Es hat darauf abgestellt, dass dem planenden Architekten die Verpflichtung zur Planung eines Abdichtungskonzeptes und der Prüfung der Wohnverhältnisse auch dann trifft, wenn nur die Leistungsphase 1-4 den Umfang seiner Tätigkeit bestimmte, denn die Prüfung der Bodenverhältnisse unterfällt der Leistungsphase 3. Vor diesem Hintergrund sei eine Berücksichtigung der Verletzung der ihm obliegenden Pflichten mit 50 % als Mitverschulden

218

zu berücksichtigen.

Diese rechtliche Wertung hält der Senat im Ansatz für sachgerecht und angemessen. Der hiergegen von der Beklagten erhobene Einwand, der Kläger habe die angezeigten Hinweise auf die erkannten Mängel der Abdichtungsplanung unterlassen, so dass von einem Vorsatz des Klägers auszugehen sei, dem ein Mitverschulden entgegenstünde, ist nicht überzeugend. 219

Auf dieser Grundlage erscheint eine Anspruchsminderung um 50 %, wie sie vom Landgericht vorgenommen worden ist, vordergründig als vertretbar. Auf der einen Seite darf die Verletzung von Prüfungs- und Hinweispflichten nicht bagatellisiert werden, weil diese in der Regel eine gewichtige Ursache für den Schaden am Bauwerk darstellen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2005 - VII ZR 328/03, BauR 2005, 1016). Andererseits wäre es nicht angemessen, das der Beklagten zurechenbaren Verschulden des Streithelfers als Architekten vollständig hinter das Verschulden des Klägers als Auftragnehmer zurücktreten zu lassen, da das Planungsverschulden des Architekten L... so schwerwiegend erscheint, dass eine vollständige Entlastung des Auftraggebers nicht hinnehmbar wäre (vgl. BGH Urteil vom 27.11.2008, VII ZR 206/06, NZBau 2009, 185,189 TZ 39). 220

**bb)** 221

Indessen ist bei der gebotenen Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, dass ein Verursachungsbeitrag des Architekten L... im Hinblick auf die Standsicherheitsmängel nicht feststellbar ist. Vielmehr ist insoweit ein alleiniges Verschulden des von den statischen Vorgaben abweichenden Klägers gegeben. Inwieweit und in welchem Umfang dieser Umstand es rechtfertigt, insgesamt den Verursachungs- und Verschuldensbeitrag des Architekten bei Gesamtwürdigung niedriger als vom Landgericht angenommen anzusetzen, hängt davon ab, welches Gewicht dem Mangel der unzureichenden Feuchtigkeitsabdichtung auf der einen Seite und den sonstigen Standsicherheitsmängel in Folge der (allein dem Kläger anzulastenden) Abweichungen von den statischen Planungsvorgaben jeweils zukommt und zwar mit Blick auf die insgesamt feststehende Nichtverwertbarkeit des von dem Kläger errichteten Rohbaus mit der hieraus folgenden Notwendigkeit des Abrisses. Hierzu bedarf es nach Auffassung des Senats noch weiteren Sachvortrages der Parteien und gegebenenfalls weiterer sachverständig unterstützter Sachaufklärung. 222

**5.** Dem Grunde nach steht der Beklagten auch ein Anspruch auf Zahlung von 50.000,-- € für „bestandlose Arbeiten“ zu. Insoweit ist der rechtliche Ansatz des Landgerichts, bei der diesbezüglichen Rückforderung der bereits an den Kläger geleisteten Abschlagszahlungen in der genannten Höhe durch die Beklagte handle es sich um eine Schadensposition, die dem Schadensersatz statt der Leistung zuzurechnen wäre, der jedoch wiederum durch die Minderungserklärung ausgeschlossen sei, rechtsfehlerhaft. Tatsächlich handelt es sich insoweit um einen Anspruch aus dem Werkvertrag selbst wegen Überzahlung. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen: 223

**a)** Die von der Beklagten als Auftraggeberin erklärte Minderung ist der Höhe nach nicht begrenzt auf den vom Kläger als Auftragnehmer (noch) geltend gemachten Restwerklohn. Vielmehr ergibt sich der Umfang der Minderung nach der gesetzlichen Regelung des § 638 Abs. 3 Satz 1 BGB aus dem Verhältnis, in dem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreien Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Übersteigt dieser solcherart ermittelte Minderungsbetrag den vom Auftragnehmer (wegen bereits geleisteter Abschlagszahlungen) noch geltend gemachten Betrag auf restlichen Werklohn, kann der Auftraggeber Rückzahlung wegen Überzahlung verlangen. Zwar hat die Beklagte erstinstanzlich nicht ausdrücklich ihr Verlangen im Hinblick auf die 50.000,-- € für 224

bestandslose Arbeiten in den rechtlichen Kontext der Überzahlung bzw. des Rückzahlungsanspruchs wegen der erklärten Minderung gestellt, vielmehr als Schadensersatzverlangen qualifiziert. Der Senat hat im Rahmen der mündlichen Verhandlung zum Ausdruck gebracht, dass er mit dem Landgericht die von dem vormaligen Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu Beginn des erstinstanzlichen Verfahrens erklärte Minderung für wirksam erachtet. Desweiteren hat der Senat dargelegt, dass im Falle der Annahme der Wirksamkeit eine interessengerechte Auslegung des prozessualen Begehrens der Beklagten in Bezug auf das Verlangen nach Rückzahlung der bereits von ihr an den Kläger in Höhe von 50.000,- € geleisteten Zahlungen dahin geht, dass ein Überzahlungsanspruch geltend gemacht wird. Diesen Ausführungen ist die Beklagte in der mündlichen Verhandlung nicht entgegengetreten.

**b)**Die Höhe des hiernach in Betracht kommenden Anspruchs auf Rückzahlung der geleisteten 50.000,- € muss noch aufgeklärt werden. Dieser hängt nämlich von dem berechtigten Minderungsbetrag nach Maßgabe der gesetzlichen Regelung ab, so dass es darauf ankommt, wie hoch die Kosten einer eventuellen Sanierung im Sinne der Erbringung der mangelfreien – nach dem Vertrag von dem Kläger geschuldeten – Rohbauarbeiten wären. 225

**6.**Die vom Kläger erhobene Verjährungseinrede greift nicht durch. Einschlägig ist die fünfjährige Verjährungsfrist des § 634a Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Verjährungsfrist begann mit der Abnahmeverweigerung und der Minderungserklärung der Beklagten mit Schriftsatz vom 03.02.2005 zu laufen (vgl. BGH Urteil vom 24.02.2011, VII ZR 61/1, NJW 2011, 1224). Verjährungsende wäre demnach am 03.02.2010 eingetreten. Die Widerklage wurde am 31.12.2009 eingereicht, die Zustellung der Widerklage erfolgte am 01.3.2010. Die Rückwirkung der Zustellung gemäß § 167 ZPO auf den Zeitpunkt der Einreichung der Widerklage führt erkennbar auf einen Zeitpunkt vor Ablauf der Verjährungsfrist am 03.02.2010. 226

Eine frühere Auflösung des Erfüllungsstadiums und damit ein früherer Beginn des Laufes der Verjährungsfrist kann nicht festgestellt werden. Auf der Grundlage der Bekundungen der Zeugen Ke... und B... zu dem Ablauf der Unterredung im Termin vom 9.3.2004 kann zum einen nicht mit der für eine richterliche Überzeugungsbildung hinreichenden Sicherheit festgestellt werden, dass die Beklagte bei dieser Gelegenheit den mit dem Kläger geschlossenen Vertrag gekündigt hat. In diesem Zusammenhang führt die Beklagte in der Berufungsinstanz zutreffend aus, GA 2017, dass ausweislich der vom Kläger in dem Schriftsatz vom 2.3.2005 ausgesprochenen "außerordentlichen Kündigung des Bauvertrages aus wichtigem Grunde" der Kläger selbst nicht von einer Kündigung anlässlich der Geschehnisse vom 9.3.2004 ausgegangen ist. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass allenfalls das Verhalten eines Dritten, nämlich hier des Zeugen B..., Anknüpfungspunkt für die Frage nach einer konkludenten Kündigung sein könnte. Dafür, dass der Zeuge B... eine entsprechende rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht besessen hatte, mit der Folge, dass dessen Verhaltensweise der Beklagten auch im Hinblick auf eine rechtsgeschäftliche Beendigung des Vertragsverhältnisses mit dem Kläger zugerechnet werden könnte, fehlt es an hinreichenden Anknüpfungstatsachen. 227

**7.**Das Feststellungsbegehren der Beklagten entsprechend dem Widerklageantrag zu 8. ist unbegründet. Soweit vom Feststellungsantrag die Schäden erfasst sind, die dem Schaden statt der Leistung zuzuordnen sind, wobei es sich um die Rückbau- und Wiederaufbaukosten handelt, folgt die Unbegründetheit bereits aus dem Umstand, dass die diesbezügliche Leistungsklage nicht begründet ist, da die Beklagte wegen der erklärten Minderung einen 228

solchen auf den Nichterfüllungsschaden gerichteten Schadensersatz nicht mehr verlangen kann. Soweit es um die Schäden geht, die zum Schadensersatz neben der Leistung zu zählen sind und die dem Grunde nach aus den oben dargelegten Erwägungen als erstattungsfähig anzusehen sind, ist ein Feststellungsbegehren im Bezug auf weitere – vom Leistungsbegehren noch nicht umfasste – Schäden nicht begründet, da wegen der oben behandelten zeitlichen Begrenzung **weitergehende** Schäden nicht in Betracht kommen. Soweit es um die oben behandelten, nicht zum Schadensersatz statt der Leistung gehörigen Ausbaurkosten geht, kommen weitergehende Schäden ebenfalls nicht in Betracht. Der insoweit der Beklagten entstandene Schaden besteht in den unnütz für die Ausbauleistungen von der Beklagten aufgebrauchten Vermögensdispositionen, die bereits jetzt feststehen bzw. feststellbar sind.

**C)** 229

Nach alledem war wie geschehen durch Teil- und Grundurteil zu entscheiden und zwar durch Teil-Urteil die Klageabweisung durch das landgerichtliche Urteil zu bestätigen und durch Grundurteil die Widerklage für dem Grunde nach für berechtigt zu erklären, soweit mit ihr die Mangelfolgeschäden und der Anspruch auf Rückzahlung „bestandsloser Arbeiten“ (Rückzahlung der infolge der Minderung erfolgten Überzahlung) geltend gemacht werden, sie – die Widerklage – dagegen abzuweisen, soweit deren Gegenstand die eigentlichen Mängelschäden und das Feststellungsbegehren ist. 230

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten. 231

Die Revision wird, soweit der Senat entschieden hat, 232

- dass durch die von der Beklagten erklärte Minderung ein nachfolgend geltend gemachter Schadensersatz statt der Leistung in Bezug auf die begehrten Kosten für den Rückbau und Wiederaufbau des von dem Kläger geschuldeten Rohbaus ausgeschlossen ist, und 233

- dass trotz noch nicht erfolgter Abnahme eine wirksame Minderung bei durch den Auftragnehmer erklärter ernsthafter Weigerung der Mängelbeseitigung und nachfolgend endgültiger Abnahmeverweigerung durch den Auftraggeber möglich ist, 234

gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser – höchststrichterlich noch nicht entschiedenen - Rechtsfragen zugelassen. 235

Am 13.05.2015 erging folgender Berichtigungsbeschluss: 236

1)Der Tenor des Grund- und Teilurteils des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18.02.2015 wird gemäß § 319 ZPO wegen offenkundiger Unrichtigkeit dahingehend berichtigt, dass im ersten Absatz des Tenors das Wort Wuppertal durch das Wort Duisburg ersetzt wird. 237

2)Der Tatbestand des Teilurteils des 21. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 18.02.2015 wird gemäß § 320 ZPO dahingehend berichtigt, dass 238

- auf Seite 17 in der zweiten Zeile des letzten Absatzes die Worte "im Wesentlichen" gestrichen werden, 239

- auf Seite 21 in der ersten Zeile des zweiten Absatzes vor dem Wort "Abänderung" das Wort "teilweiser" eingefügt wird, 240

- auf Seite 13 in der fünfzehnten Zeile vor dem Wort "bekannt" das Wort "nicht" eingefügt wird.

Das weitergehende Begehren der Beklagten aus dem Schriftsatz vom 04.03.2015 auf Berichtigung des Grund- und Teilurteils wird zurückgewiesen. 242

**Gründe:** 243

Der Urteilstenor war wegen offenkundiger Unrichtigkeit nach § 319 Abs. 1 ZPO zu berichtigen, da es sich bei dem landgerichtlichen Urteil, das Gegenstand des Senatsurteils vom 18.02.2015 ist, um ein solches des Landgerichts Duisburg und nicht des Landgerichts Wuppertal handelt. 244

Zur Begründung der gemäß § 320 ZPO erfolgten Tatbestandsberichtigung wird auf den Inhalt des Schriftsatzes der Beklagten vom 02.03.2015 und des Schriftsatzes der Klägerin vom 05.05.2015, dort Seite 2 und 3 GA 2253f verwiesen. 245

Soweit die Beklagte mit Schriftsatz vom 04.03.2015 eine weitergehende Berichtigung beantragt hat, ist dieser Antrag zurückzuweisen. Abseits des Umstandes, dass bereits nicht deutlich wird, in welche Richtung konkret die Berichtigung begehrt wird, handelt es sich bei den in Bezug genommenen Ausführungen des Senats um rechtliche Erwägungen, die einer Tatbestandsberichtigung nicht zugänglich sind. 246