
Datum: 14.11.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: 22 U 37/22
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:1114.22U37.22.00

Vorinstanz: Landgericht Mönchengladbach, 10 O 340/15

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 17.01.2022 verkündete Urteil der Einzelrichterin der 10. Zivilkammer des Landgerichts Mönchengladbach wird auf seine Kosten zurückgewiesen.

Das angefochtene Urteil und dieser Beschluss sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Der Termin vom 16.12.2022 wird aufgehoben.

Gründe :

Auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 04.10.2022 wird Bezug genommen. 1 2

Mit Schriftsatz vom 08.11.2022 hat der Kläger zur Berufungserwiderung und Anschlussberufung Stellung genommen und beantragt deren Zurückweisung. Zudem hat er zu den Hinweisen des Senats Stellung genommen und trägt hierzu das Folgende vor: Da kein Wärmedämmverbundsystem der Firma K. eingebaut worden sei, seien die vorliegenden Mängel so erheblich, dass vorliegend ein einheitlicher Sachverhalt und nicht mehrere Sachverhalte vorliegen würden. Anders als in dem Urteil des BGH vom 19.07.2018 (VII ZR 19/18) würde vorliegend die Falschlieferung als auch die mangelhafte Montage angegriffen. Ein Vorschussanspruch bestehe, weil nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 und Beschluss vom 13.03.2020 – V ZR 33/19) ein 3

Schadensersatzanspruch in Form eines Vorschusses beantragt werden könne.

Die Ausführungen des Klägers im Schriftsatz vom 08.11.2022 führen nicht zu einer ihm günstigeren Beurteilung der Erfolgsaussicht seiner Berufung. 4

Die Ausführungen des Klägers ändern nichts an den Bedenken bezüglich der Zulässigkeit des Antrags. Wenn der Kläger nunmehr als weiteren Mangel reklamiert, dass kein Wärmedämmverbundsystem der Fa. K. eingebaut worden sei und er deshalb den Vorschuss nach den Kosten des Angebots der Fa. S. bemessen könne, führt das nicht zur Zulässigkeit seines Antrags. Der Kläger macht geltend, dass er sich nicht nur auf die „Falschlieferung“ sondern auch auf die „mangelhafte Montage“ stütze. Er macht also nach wie vor Vorschuss für verschiedene Mängel geltend und gibt lediglich für einen Mangel (nämlich die „Falschlieferung“, für die es auf die Kosten des Angebots der Fa. S. ankommen soll) die Höhe des Kostenvorschussanspruchs an. Damit vertieft der Kläger noch die Unbestimmtheit des von ihm gestellten Antrags. Nicht nur bleibt nach wie vor im Dunkeln, in welcher Höhe Vorschuss für die übrigen Mängel geltend gemacht wird, es stellt sich zudem die Frage, auf welchen der Mängel sich der Kläger vorrangig stützen will. 5

Das kann aber auch dahinstehen. Denn wegen der vermeintlichen „Falschlieferung“ kommt ein Anspruch in Höhe der Kosten des Angebots der Fa. S. nicht in Betracht. Das Landgericht hat festgestellt, dass eine vollständige Erneuerung des Wärmedämmverbundsystems nicht erforderlich ist. Zudem hat es festgestellt, dass die Fa. S. eine höherwertigere Leistung angeboten hat und auch deshalb das Angebot der Fa. S. nicht herangezogen werden kann. Mit beiden Begründungen befasst sich die Berufung nicht. Auch setzt sich der Kläger nicht mit den Hinweisen des Senats auseinander, wonach die Feststellungen des Landgerichts nicht zu beanstanden sind. Erstmals im Schriftsatz vom 08.11.2022 trägt der Kläger vor, es sei kein Wärmedämmverbundsystem der Fa. K. ausgeführt worden. Dieser Vortrag ist neu und mangels Zulassungsgrund nicht zu berücksichtigen. In erster Instanz ist lediglich über die schriftliche Systemgarantie gestritten worden und es ist thematisiert worden, ob die Perimeterplatten von der Fa. K. sind. Wie auch aus dem Tatbestand des angefochtenen Urteils folgt, ist dagegen nicht als Mangel gerügt, dass das Wärmedämmverbundsystem insgesamt nicht von der Fa. K. stamme. Zu den Perimeterplatten hat der Sachverständige im Übrigen ausgeführt, dass sie von der Fa. K. stammten, diese Platten aber ohnehin mit den geltend gemachten Mängeln nicht in Zusammenhang stünden. Auch damit setzt sich der Kläger nicht auseinander. Die Kosten für Abriss und Neuerrichtung des gesamten Wärmedämmverbundsystems können schließlich ersichtlich nicht auf einen etwaigen Mangel der Perimeterplatten gestützt werden. 6

Die Berufung kann zudem schon deshalb keinen Erfolg haben, weil dem Kläger kein Vorschussanspruch zusteht. Denn er hat aufgrund seiner Aufrechnung bereits Schadensersatz erhalten. Auf die Ausführungen unter Ziffer II.2 lit b) in dem Hinweisbeschluss des Senats wird Bezug genommen. Hiergegen wendet sich der Kläger nicht. 7

Die Ansicht des Klägers, es bestehe neben §§ 634 Nr. 2, 637 BGB ein auf Vorschuss gerichteter Schadensersatzanspruch gemäß §§ 634 Nr. 4, 281 BGB ist nicht zutreffend. Aus dem Urteil des BGH vom 22.02.2018 – VII ZR 46/17 (NJW 2018, 1463) ergibt sich lediglich, dass im Falle der Haftung eines Planers gemäß §§ 634 Nr. 4, 280 BGB wegen im Bauwerk realisierter Planungs- oder Überwachungsfehler der Besteller Anspruch auf Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrages hat; der Besteller soll nicht die Nachteile und Risiken der Vorfinanzierung tragen (Rn. 67). Die Zubilligung eines solchen Schadensersatzanspruchs ist erforderlich, weil dem Besteller wegen im Bauwerk realisierter 8

Planungs- und Überwachungsfehler kein Vorschussanspruch gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB zusteht (BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20, Rn. 77, NZBau 2021, 29; BGH, Urt. v. 17.06.2004 – VII ZR 25/03, NZBau 2004, 512; BGH, Urt. v. 23.11.2000 – VII ZR 242/99, NZBau 2001, 97). Der Vorschussanspruch gemäß § 637 Abs. 3 BGB beruht auf dem Recht zur Selbstvornahme gemäß § 637 Abs. 1 BGB, welches wiederum einen Nacherfüllungsanspruch gemäß § 635 Abs. 1 BGB voraussetzt. Ein solcher Nacherfüllungsanspruch besteht wegen im Bauwerk realisierter Planungs- und Überwachungsfehler nicht (BGH, Urt. v. 16.02.2017 – VII ZR 242/13, NJW 2017, 1669). Für die Zubilligung eines auf Vorschuss gerichteten Schadensersatzanspruchs besteht kein Anlass, wenn dem Besteller ein Vorschussanspruch gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 BGB zustehen kann. § 634 BGB ist keine bloße Verweisungsnorm auf andere Vorschriften, sondern enthält ein Gesamtkonzept der dem Besteller zur Verfügung stehenden Mängelrechte (BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20, Rn. 61, NZBau 2021, 29). Danach ist in der Entscheidung des VII. Zivilsenats vom 22.02.2018 nicht allgemein für das Schadensrecht oder das allgemeine Leistungsstörungenrecht entschieden worden, dass der im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs geltend gemachte Schaden als abrechenbarer Vorschuss verlangt werden kann. Der VII. Zivilsenat hat vielmehr ausschließlich für den Architekten- und Ingenieurvertrag aus den für diesen Vertrag geltenden Mängelrechten gemäß § 634 BGB bzw. nunmehr §§ 650p, 650q Abs. 1, § 634 BGB und nur für Planungs- und Überwachungsfehler der Architekten und Ingenieure, die sich im Bauwerk realisiert haben, einen Schadensersatzanspruch auf Vorfinanzierung in Form der vorherigen Zahlung eines zweckgebundenen und abzurechnenden Betrags hergeleitet (BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/20, Rn. 75, NZBau 2021, 29).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO. 9

Berufungsstreitwert: bis 30.000,00 EUR (Berufung = 24.507,56 EUR, Anschlussberufung = 3.397,15 EUR). 10

Vorstehendem Beschluss ist am 04.10.2022 folgender Hinweisbeschluss vorausgegangen: 11

Der Kläger wird darauf hingewiesen, dass eine Zurückweisung seiner Berufung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO in Betracht kommt. 12

Er erhält Gelegenheit, zu diesem Hinweis bis zum 13

25.10.2022 14

Stellung zu nehmen. 15

Gründe: 16

I. 17

Die Beklagte wurde von dem Kläger gemäß Auftragsbestätigung vom 26.10.2014 mit der Ausführung eines Wärmedämmverbundsystems für 10.500,00 EUR beauftragt. Die Parteien streiten über Mängel der Ausführung. Der Kläger hat zunächst Schadensersatz in Höhe von 15.579,55 EUR geltend gemacht, den er nach den Kosten des Abrisses und der Neuherstellung des WDVS unter Abzug „ersparter Leistungen“ in Höhe des Werklohnanspruchs der Beklagten bemessen hat (26.079,55 EUR ./ 10.500,00 EUR). Zudem hat der Kläger Ersatz der Kosten für die Begutachtung der Mängel in Höhe von 18

1.825,16 EUR und vorgerichtliche Kosten der Rechtsverfolgung in Höhe von 526,58 EUR geltend gemacht. Mit Schriftsatz vom 12.04.2019 hat der Kläger seine Forderung in Höhe von 15.579,55 EUR als Vorschuss geltend gemacht. Die Beklagte hat mit der Widerklage den Werklohnanspruch in Höhe von 10.500,00 EUR geltend gemacht.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, ist die Beklagte zur Zahlung von 1.571,99 EUR als Kostenvorschuss „hinsichtlich der changierenden Farbe des Sockelputzes/Sockeldämmung, der Rissbildung in der mineralischen Abdichtung im Bereich der Fenster- und Türleibungen, der offenen Bauteilfuge der Vorderfassade zum seitlichen Giebel zwischen Sockel aus Perimeterdämmung und der Klinkerfassade, der Fehlstellen in der Perimeterdämmung/Sockeldämmung des Wärmedämmverbundsystems an der Rückfassade rechts durch die Abwasserleitung des Regenfallrohres, die offene und unregelmäßige Bauteilfuge zwischen Rückfassade links und Nachbarwand sowie des Anschlusses der Fassade rechts an die Gartenmauer auf dem Grundstück S-straße 41, B.“ verurteilt worden. Zudem hat das Landgericht die Feststellung getroffen, dass auch die weiteren notwendigen Kosten für die Beseitigung der vorgenannten Mängel zu erstatten sind. Das Landgericht hat dem Kläger die Kosten für die Begutachtung der Mängel in Höhe von 1.825,16 EUR und 139,23 EUR außergerichtliche Kosten der Rechtsverfolgung zugesprochen. Auf die Widerklage hat es den Kläger verurteilt, an die Beklagte 10.500,00 EUR zu zahlen. Im Übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die in dem Tenor angeführten Mängel auf der Grundlage der Ausführungen des Sachverständigen B. bewiesen seien. Weitere Mängel seien nach der Beweisaufnahme nicht bewiesen. Nicht bestätigt habe sich, dass nicht genügend Dübel für die Befestigung verwendet worden seien und sich die Dübel „durchdrücken“ würden. Die Perimeterdämmung sei nicht aufgrund des geraden Abschnitts mangelhaft. Der Sachverständige habe die Ausführung schließlich als normgerecht bezeichnet. Beide Parteien würden den Zustand nicht als Mangel ansehen, so dass der Kläger diesen Punkt nicht geltend mache. Die Lieferung und der Einbau einer Noppenschutzbahn sei von der Beklagten nicht geschuldet gewesen. Die Bitumenabdichtung sei nicht mangelhaft. Der Vortrag zu einer zu geringen Dicke der Dämmplatten sei präkludiert und zudem nicht unter Beweis gestellt. Die Ausbildung des Dachkantenprofils sei nicht mangelhaft, jedenfalls handele es sich um Sowiesokosten. Die Ausschnitte in den Fensterbänken für die Rolladenführungen seien in Ordnung. Die feinsten Risse in Teilflächen des Oberputzes stellten keinen Mangel dar. Ein Egalisierungsanstrich sei nicht geschuldet gewesen. Der Einbau der Türe sei nicht mangelhaft. Eine schriftliche Systemgarantie habe die Beklagte nicht geschuldet. Wegen der festgestellten Mängel stehe dem Kläger ein Anspruch auf Kostenvorschuss zu, der sich auf 1.571,99 EUR brutto belaufe. Für die egalisierende Schlussbeschichtung seien die Positionen T1 Nr. 1 und Nr. 2 und T3 Nr. 2 aus dem Gutachten B. vom 26.06.2017 notwendig, zusammen 835,00 EUR netto. Für die Überarbeitung der Fugen und weiterer Details seien die Positionen T2 Nr. 1 bis Nr. 3 und Nr. 6, Nr. 7 aus dem Gutachten B. vom 26.06.2017 notwendig, zusammen 486,00 EUR netto. Die Position T2 Nr. 4 (Klinker ergänzen) sei nicht zu erstatten, weil es hierzu an Vortrag zu einer Schädigung fehle. Die Position T2 Nr. 5 könne der Kläger nicht geltend machen, weil es sich um Sowiesokosten handele. Die höheren Kosten des Angebots S. für eine vollständige Erneuerung seien nicht zu ersetzen. Eine vollständige Erneuerung sei nicht erforderlich. Zudem seien die von der Fa. S. angebotenen Arbeiten höherwertiger als die vereinbarten Werkleistungen. Der Kostenvorschussanspruch sei ab dem 15.04.2019 (= Tag der Zustellung des Schriftsatzes, mit dem die Klage auf Kostenvorschuss umgestellt worden ist) zu verzinsen. Vorprozessual habe der Kläger lediglich Schadensersatz gefordert. Vorschuss- und Schadensersatz seien verschiedene Ansprüche. Der Kläger habe Anspruch auf Ersatz der Kosten für den Gutachter. Es bestehe

ein Anspruch auf Ersatz der vorgerichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung, indessen lediglich nach einem Gegenstandswert in Höhe von 1.571,99 EUR. Die Widerklage sei begründet. Die Vergütung der Beklagten sei fällig, da das Werk durch Ingebrauchnahme abgenommen worden sei.	
Gegen diese Entscheidung wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.	20
Der Sachverständige habe zwar festgestellt, dass die Perimeterdämmung nicht auf Grund des geraden Abschnitts mangelhaft sei. Er habe jedoch ausgeführt, dass die Perimeterdämmung nicht den Empfehlungen der einschlägigen Regelwerke entspreche. Der Übergang der Außenabdichtung an das Bauteil Außenwand sei nicht fugenlos. Dieses Ergebnis habe er nur durch „Drausicht“ und nicht durch Bauteilöffnung gewonnen.	21
Die Bitumenabdichtung sei mangelhaft. Die Auslegung des Landgerichts, wonach keine vollständige Abdichtung geschuldet gewesen sei, treffe nicht zu. Der Sachverständige B. habe festgestellt, dass die „Bauteilfuge“ überarbeitet werden müsse.	22
Bei der Fehlstelle im Bereich der Regenfallleitung handele es sich nicht nur um einen optischen Mangel .	23
Ein Bauteilöffnung zur Feststellung der bituminären Abdichtung sei nicht vorgenommen worden. Der Sachverständige habe nur festgestellt, dass es sich um eine Perimeterdämmung der Fa. K. handele. Das habe nicht nachvollzogen werden können.	24
Die Auffassung des Landgerichts, die Leistung entspreche den anerkannten Regeln der Technik, sei unrichtig. Das Landgericht habe sich nicht mit den Ausführungen des Privatgutachters auseinandergesetzt. Darin liege ein Verfahrensfehler.	25
Die Widerklage sei nicht begründet, weil der Werklohn angesichts der Mängel nicht fällig gewesen sei.	26
Der Kläger beantragt,	27
das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 17.01.2022, AZ 10 O 340/15 abzuändern und die Beklagte zu verurteilen,	28
1) an ihn weitere 14.007,56 € zzgl. Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.04.2019 als Kostenvorschuss für die Mängelbeseitigung aus dem Werkvertrag vom 26.10.2014 zu zahlen.	29
1 a) festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, auf die weiteren Aufwendungen, insbesondere die zur Beseitigung der Schäden an der Perimeterdämmung, der Anschluss im Bereich der Fenster/Türanlagen, dem Wandanschluss auf das Atticablech, der eingebauten Fensterbänke und Rolladenführung sowie der Schadstelle im Putz des Anwesens S.-Strasse, B. zu ersetzen.	30
2) die Widerklage abzuweisen.	31
Hilfsweise beantragt der Kläger,	32
das Verfahren an das Landgericht Mönchengladbach zurückzuverweisen.	33
Die Beklagte beantragt,	34

die Berufung zurückzuweisen.	35
Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Beklagte,	36
das Urteil des Landgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit sie zur Zahlung von 1.571,99 EUR nebst Zinsen, weiterer 1.825,16 EUR nebst Zinsen verurteilt worden und das Landgericht Feststellungen zur Erstattung weiterer Kosten getroffen habe.	37
Die Kosten eines Schlussanstrichs der Perimeterdämmung seien nicht zu erstatten, weil ein solcher im Angebot nicht vorgesehen gewesen sei. Der Mangel der Abdichtungsanlage unterhalb der einzubauenden Fensterbänke und Türen und der hierfür verwendeten Dichtungsschlemme gehe auf unzureichende Planung bzw. Schnittstellenkoordination zurück. Das Schließen der Bauteilfuge der Vorderfassade zum seitlichen Giebel habe nicht zum Leistungsumfang gehört. Auch die Fuge an der Rückfassade der linken Seite sei nicht von der Beklagten zu schließen. Der Nachunternehmer habe immer auf alles hingewiesen, die Beiziehung des Gutachters R. begründe ein Mitverschulden. Wegen der Fehlstelle am Regenfallrohr habe das Landgericht einen Mangel gesehen. Das sei fehlerhaft, weil das Verlegen des Regenfallrohrs bauseits erfolgen müsse. Der Nachunternehmer habe hierauf hingewiesen. Sie, die Beklagte, sei nicht in Verzug geraten. Die Kosten für den Gutachter R. seien nicht zu erstatten.	38
II.	39
Die zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.	40
1. Der Senat weist darauf hin, dass bereits die Zulässigkeit der Klage zweifelhaft ist. Vorschussansprüche wegen verschiedener Mängel sind verschiedene Streitgegenstände. Denn verschiedene Mängel, die auf selbständigen, voneinander unabhängigen Tatsachen beruhen, stellen sich als mehrere Lebenssachverhalte dar (BGH, Urt. v. 19.07.2018 – VII ZR 19/18; BGH, Urt. v. 04.12.1997 – IX ZR 247/96, NJW 1998, 1140). Die Berufung setzt sich nicht mit der Begründung des Landgerichts auseinander, dass eine vollständige Neuherstellung des WDVS nicht erforderlich ist und die Kosten der Mängelbeseitigung nicht nach dem Angebot der Fa. S. bemessen werden können. Die Zulässigkeit der Klage kann daher nach dem Vortrag in der Berufung nicht damit gerechtfertigt werden, dass die Gesamtheit der Mängel die Neuherstellung des WDVS erforderlich mache und daher eine Differenzierung der auf die einzelnen Mängel entfallenden Mängelbeseitigungskosten nicht möglich sei. Ausgehend von der allgemeinen Regel, dass verschiedene Mängel verschiedene Streitgegenstände sind, ist die Klage unzulässig. Der Kläger fordert lediglich den Differenzbetrag zwischen dem in erster Instanz gestellten Antrag und den vom Landgericht zugesprochenen Betrag und trägt zu einzelnen Mängeln vor. Er gibt nicht an, in welcher Höhe Vorschuss für welchen der Mängel beantragt wird.	41
2. Es ist bereits dem Grunde nach zweifelhaft, ob dem Kläger Vorschussansprüche zustehen können.	42
a) Diese Zweifel leiten sich allerdings nicht daraus ab, dass der Kläger eine Abnahme des Werks in Abrede stellt. Zwar setzt ein Vorschussanspruch gemäß §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 3 BGB grundsätzlich die Abnahme voraus (BGH, Urt. v. 19.01.2017 – VII ZR 235/15, NZBau 2017, 211 und VII ZR 301/13, NZBau 2017, 216). Die Abnahme als Voraussetzung der Mängelrechte ist jedoch unter den Voraussetzungen eines Abrechnungsverhältnisses entbehrlich. Ein Abrechnungsverhältnis liegt vor, wenn der Besteller nicht mehr die Erfüllung	43

des Vertrags verlangen kann und das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis übergegangen ist. Macht der Besteller gegenüber dem Unternehmer nur noch Schadensersatz statt der Leistung in Form des kleinen Schadensersatzes geltend oder erklärt er die Minderung des Werklohns, so findet eine Abrechnung der beiderseitigen Ansprüche statt; das gilt jedenfalls für den Fall, dass der Unternehmer das Werk als fertiggestellt zur Abnahme anbietet. Verlangt der Besteller Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 Abs. 1, § 280 Abs. 1 BGB, ist der Anspruch auf die Leistung nach § 281 Abs. 4 BGB ausgeschlossen. Nichts anderes gilt, wenn der Besteller im Wege der Minderung nur noch eine Herabsetzung des Werklohns erreichen will. Auch in diesem Fall geht es ihm nicht mehr um den Anspruch auf die Leistung und damit um die Erfüllung des Vertrags (BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 235/15, NZBau 2017, 211). Der Vorschussanspruch allein ist nicht geeignet, das Abrechnungsverhältnis zu begründen. Verlangt der Besteller nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 1, 3 BGB einen Vorschuss für die zur Beseitigung des Mangels im Wege der Selbstvornahme erforderlichen Aufwendungen, erlischt sein Erfüllungsanspruch nicht. Der Besteller ist berechtigt, auch nach einem Kostenvorschussverlangen den (Nach-)Erfüllungsanspruch geltend zu machen. Ein Vorschussverlangen kann daher nur zu einem Abrechnungs- und Abwicklungsverhältnis führen, wenn der Besteller den (Nach-)Erfüllungsanspruch aus anderen Gründen nicht mehr mit Erfolg geltend machen kann. Das ist etwa der Fall, wenn der Besteller ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, unter keinen Umständen mehr mit dem Unternehmer, der ihm das Werk als fertiggestellt zur Abnahme angeboten hat, zusammenarbeiten zu wollen, also endgültig und ernsthaft eine (Nach-)Erfüllung durch ihn ablehnt, selbst für den Fall, dass die Selbstvornahme nicht zu einer mangelfreien Herstellung des Werks führt. In dieser Konstellation kann der Besteller nicht mehr zum (Nach-)Erfüllungsanspruch gegen den Unternehmer zurückkehren (BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13, NZBau 2017, 216). Nach Maßgabe dieser Grundsätze ist ein Abrechnungsverhältnis begründet worden. Der Kläger hat Schadensersatz beansprucht. Dass er nachfolgend Kostenvorschuss beansprucht hat, ändert am Eintritt des Abrechnungsverhältnisses nichts. Das Abrechnungsverhältnis ist nicht nur Voraussetzung der Geltendmachung von Mängelansprüchen, es führt auch zum Eintritt der Fälligkeit der Werklohnforderung (BGH, Urt. v. 28.05.2020 – VII ZR 108/19, Rn. 19, NZBau 2020, 502) und zum Beginn der Verjährung der Mängelansprüche (BGH, Urt. v. 26.03.2015 – VII ZR 347/12, Rn. 11, NZBau 2015, 363). Es wäre sinnwidrig, wenn diese Rechtswirkungen dadurch nachträglich entfielen, dass der Besteller statt Schadensersatz Vorschuss beansprucht.

b) Hier dürfte dem Vorschussanspruch indessen entgegenstehen, dass der Kläger wegen der von ihm verfolgten Mängelansprüche schon Schadensersatz erhalten hat. Denn der Kläger hat (bereits außergerichtlich mit Schreiben vom 11.06.2015) wegen der Mängel Schadensersatz in Höhe der Kosten der Neuherstellung des WDVS begehrt und – das ist entscheidend – die Aufrechnung mit dem Werklohnanspruch der Beklagten in Höhe von 10.500,00 EUR erklärt. 44

Der Aufrechnung steht nicht entgegen, dass eine solche nicht ausdrücklich erklärt worden ist. Die nach dem Gesetz nicht formgebundene Aufrechnungserklärung muss nicht ausdrücklich erfolgen. Sie kann auch stillschweigend abgegeben werden, etwa wenn unter Hinweis auf eine Gesamtabrechnung die Leistung abgelehnt wird (vgl. BeckOK BGB/Dennhardt, § 388 Rn. 2). So liegt der Fall hier. Der Kläger hat von den Kosten des Angebots S. (= 26.097,55 EUR netto) die „ersparten Leistungen“ in Höhe von 10.500,00 EUR abgezogen und danach einen verbleibenden Schadensersatzbetrag in Höhe von 15.579,55 EUR errechnet. 45

Die Aufrechnung hat gemäß § 389 BGB zur Folge, dass Forderung und Gegenforderung erlöschen. Die Aufrechnung hat somit als „Selbstexekution“ zur Erfüllung der Gegenforderung 46

geführt; jedenfalls bis zum Betrag der Werklohnforderung in Höhe von 10.500,00 EUR ist ein Schadensersatzanspruch des Klägers (soweit er bestand) befriedigt worden.

Der Aufrechnung steht nicht entgegen, dass der Kläger nach der Rechtsprechung des BGH den Schadensersatzanspruch wegen Mängeln des Werkes nicht nach den fiktiven Kosten der Mängelbeseitigung bemessen darf (BGH, Beschl. v. 08.10.2020 – VII ARZ 1/10, NJW 2021, 53; Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463). Denn aus dieser Rechtsprechung folgt nicht, dass dem Kläger im Zeitpunkt seiner Aufrechnungserklärung kein Schadensersatzanspruch wegen der Mängel zugestanden hätte. Der Besteller hat stets die Möglichkeit, den Schaden nach allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätzen in der Weise zu bemessen, dass er im Wege einer Vermögensbilanz die Differenz zwischen dem hypothetischen Wert der durch das Werk geschaffenen oder bearbeiteten, im Eigentum des Bestellers stehenden Sache ohne Mangel und dem tatsächlichen Wert der Sache mit Mangel ermittelt (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, Rn. 27, NJW 2018, 1463). Der Schaden kann zudem in Anlehnung an §§ 634 Nr. 3, 638 BGB in der Weise bemessen werden, dass ausgehend von der für das Werk vereinbarten Vergütung der Minderwert des Werks wegen des (nicht beseitigten) Mangels geschätzt wird (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, Rn. 41, NJW 2018, 1463). 47

In welcher Höhe dem Kläger danach ein Schadensersatzanspruch zugestanden hat, kann dahinstehen. Maßgeblich ist, dass dem Kläger – seinen Vortrag unterstellt – ein Schadensersatzanspruch zugestanden hat, der daher durch Aufrechnung erloschen ist. 48

Wenn aber der Kläger (zumindest teilweise) wegen des Schadensersatzanspruchs infolge der Aufrechnung bereits befriedigt ist, kann er nicht nachträglich wegen der gleichen Mängel Vorschuss beanspruchen. Zwar hat der Besteller, der Schadensersatz verlangt hat, grundsätzlich weiterhin das Recht, Vorschuss zu verlangen (BGH, Urt. v. 22.02.2018 – VII ZR 46/17, Rn. 48, NJW 2018, 1463). Mit der Erfüllung des Schadensersatzanspruchs erlischt das dem Besteller durch § 634 BGB eingeräumte Wahlrecht. Ist der Schadensersatzanspruch vollständig erfüllt, gibt es keine Grundlage mehr für den Besteller, andere Mängelrechte geltend zu machen. Ebenso ist der Fall zu beurteilen, dass der Schadensersatzanspruch teilweise erfüllt ist. Wollte man hier ein Wahlrecht einräumen, so liefe dies auf eine dem Gesetz fremde Kombination des teilweise durch Erfüllung erloschenen Schadensersatzanspruchs mit einem Vorschussanspruch hinaus. 49

3. Die Berufungsangriffe gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts überzeugen nicht. 50

a) Die Berufung bezieht sich auf das Gutachten B. vom 26.06.2017, Seite 10 (GA 247). Das Landgericht hat indessen unter Bezugnahme auf das Ergänzungsgutachten B. vom 18.10.2019 ausgeführt, dass kein Mangel vorliegt. Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung die vom Gericht des ersten Rechtszugs festgestellten Tatsachen zugrunde zu legen, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Tatsachen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Hieraus ist allerdings nicht zu folgern, dass die Prüfungskompetenz des Berufungsgerichts hinsichtlich der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellung auf Verfahrensfehler und damit auf den Umfang beschränkt wäre, in dem eine zweitinstanzliche Tatsachenfeststellung der Kontrolle durch das Revisionsgericht unterliegt. Denn aus den Gesetzgebungsmaterialien folgt, dass die Bindung des Berufungsgerichts an erstinstanzliche Tatsachenfeststellungen (nur) auf solche Tatsachen beschränkt sein sollten, welche die erste Instanz bereits vollständig und überzeugend getroffen hat. Danach sind auch verfahrensfreier getroffene Entscheidungen nicht bindend, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Feststellungen unvollständig 51

oder unrichtig sind (vgl. BGH, Urteil vom 09. März 2005 - VIII ZR 266/03, NJW 2005, 1583). Konkreter Anhaltspunkt in diesem Sinn ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Konkrete Anhaltspunkte können sich aus gerichtsbekanntem Tatsachen, aus dem Vortrag der Parteien oder aus dem angefochtenen Urteil selbst ergeben. Konkrete Zweifel können auch aus einer abweichenden Würdigung des Berufungsgerichts erwachsen (BGH, a.a.O.). Solche Zweifel bestehen hier nicht. Der Kläger zeigt keine Umstände auf, die konkrete Zweifel an der Feststellung des Landgerichts begründen könnten. Er begnügt sich mit dem (abstrakten) Hinweis, ein Verfahrensfehler liege vor, weil sich das Gericht nicht mit den Ausführungen seines Privatgutachters auseinandergesetzt habe. Das liegt neben der Sache. Das Landgericht hat den Parteien Gelegenheit gegeben, zu den vom Gericht eingeholten Gutachten Stellung zu nehmen. Zu den Einwendungen der Parteien hat es ergänzende Gutachten eingeholt und den Gutachter schließlich angehört. Der Kläger legt nicht ansatzweise dar, zu welchen (weiteren) Ausführungen das Landgericht hätte Stellung nehmen sollen. Warum es Zweifel begründen soll, dass optisch auffällige Stellen untersucht worden sind, erschließt sich nicht. Die Ausführung ist kein Mangel. Die Berufung setzt sich auch nicht mit der weiteren tatbestandlichen Feststellung des Landgerichts auseinander, dass der Kläger den Punkt des Abschrägens der Sockelkante nicht geltend macht.

b)Die Ausführungen des Landgerichts zur Auslegung des Vertrages betreffend die Bitumenabdichtung sind zutreffend. Der Kläger hat die Ansicht vertreten, dass die Beklagte die im Erdreich liegenden Außenwände insgesamt mit Bitumen hätte abdichten müssen, während die Beklagte die Ansicht vertreten hat, dass die Beklagte lediglich hinter den von ihr verlegten Dämmplatten mit Bitumen hätte abdichten sollen. Die Berufung setzt sich mit den Ausführungen des Landgerichts nicht näher auseinander. Der Wortlaut steht entgegen der Ansicht des Klägers seinem Auslegungsergebnis entgegen. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass die in der Auftragsbestätigung genannten „30 cm“ für das Maß stehen, mit dem der WDVS-Sockel in das Erdreich eingreift. Ausgehend vom Wortlaut der Auftragsbestätigung ist daher die Ansicht der Beklagten zutreffend. Im Übrigen kann auf die Argumentation des Landgerichts Bezug genommen werden. Fernliegend ist die Ansicht, dass das Lichtbild 4 auf Seite 8 des Gutachtens vom 18.10.2019 der Auslegung des Landgerichts entgegen stehen könnte. Das Foto zeigt einen Eimer mit Bitumendickbeschichtung. Eine solche war auch dann anzubringen, wenn der Auslegung des Landgerichts gefolgt wird. 52

c)Die Ausführungen zur Fehlstelle beim Regenfallrohr sind schon deshalb irrelevant, weil das Landgericht diesen Mangel festgestellt hat. Allerdings weist der Senat darauf hin, dass das Landgericht für diesen Mangel keinen Vorschuss zugesprochen hat, weil es sich um Sowiesokosten handele. Damit befasst sich die Berufung nicht. 53

d)Die Ausführungen zur Bauteilöffnung sind nicht weiterführend. 54

Die weitere Untersuchung durch den Sachverständigen mit Bauteilöffnung ist zur Klärung der Frage angeordnet worden, ob hinter der Sockelabdichtung eine bituminäre Abdichtung vorhanden ist (BB vom 12.12.2019, GA 469). Diese Klärung konnte erfolgen, nachdem der Sachverständige die Bauteilöffnung nach Verständigung mit den Parteien selbst vorgenommen hat (2. Ergänzungsgutachten, Seite 5, GA 485). 55

Im Ortstermin sind seitens des Sachverständigen zunächst Zweifel aufgetreten, ob die Sockeldämmung einer Perimeterdämmung entspricht. Im 2. Ergänzungsgutachten hat er festgestellt, dass dies der Fall ist. Konkrete Zweifel an dieser Feststellung werden nicht dadurch begründet, dass die Berufung geltend macht, das Fabrikat könne nicht nachvollzogen werden. Hierauf kommt es aber auch nicht entscheidend an, nachdem der 56

Sachverständige bei seiner Anhörung verneint hat, dass die von ihm festgestellten Mängel einen Zusammenhang mit der Verwendung systemfremder Dämmplatten haben könnten.

4. Wegen der Fälligkeit des Werklohnanspruchs der Beklagten wird auf die vorstehenden Ausführungen zum Abrechnungsverhältnis verwiesen. Danach ist die Fälligkeit unabhängig von der Abnahme eingetreten. Der Senat weist darauf hin, dass eine Abnahme regelmäßig nicht in Betracht kommt, wenn der Besteller das Werk als nicht vertragsgerecht zurückweist und erhebliche Mängel rügt. 57

5. Auch im Hinblick auf die von dem Kläger (außergerichtlich) erklärte Aufrechnung hat die Berufung keine Aussicht auf Erfolg. Allerdings hat der Kläger auch im Rechtsstreit an der Aufrechnung festgehalten. Denn der Klageanspruch erklärt sich aus der Gegenüberstellung der behaupteten Mangelbeseitigungskosten nach dem Angebot S. zu dem Werklohnanspruch der Beklagten. Indem der Kläger mit der Umstellung auf den Vorschussanspruch die Anspruchshöhe unverändert gelassen hat, hat er an der Aufrechnung mithin festgehalten. Das Landgericht hätte danach erwägen können, die Vorschussklage insgesamt und die Widerklage teilweise abzuweisen. Das vermag indessen der Berufung – die das Übergehen der Aufrechnung nicht rügt – nicht zum Erfolg zu verhelfen. Zum einen reklamiert der Kläger allein die fehlende Fälligkeit des Werklohnanspruchs. Zum anderen wäre Folge einer Berücksichtigung der Aufrechnung, dass auch der ihm zugesprochene Vorschussanspruch erlöschen würde. Das würde aber gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen. Eine Abänderung zu Lasten des Klägers kommt auf das Rechtsmittel des Klägers nicht in Betracht. 58

III. 59

Über die Anschlussberufung ist im Falle der Zurückweisung der Berufung durch Beschluss nicht zu entscheiden (§ 524 Abs. 4 ZPO). 60

IV. 61

Auch die übrigen Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO sind gegeben. 62