

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat ohne mündliche Verhandlung aufgrund der bis zum 29. Februar 2000 eingereichten Schriftsätze durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Kuffer, Dr. Kniffka und Wendt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und Widerklägerin wird das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 9. Zivilsenat in Freiburg - vom 3. Dezember 1998 aufgehoben, soweit der Widerklageantrag C. XIII. abgewiesen wurde, der auf Feststellung der Ersatzpflicht der Widerbeklagten zu 1 für Schäden infolge der Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten gerichtet ist.

Es wird festgestellt, daß die Widerbeklagte zu 1 verpflichtet ist, der Beklagten und Widerklägerin den der Nachbesserung nicht zugänglichen Folgeschaden zu ersetzen, der mit Durchführung folgender Maßnahmen entstehen wird:

Nachbesserung, so daß kein Wasser und keine Feuchtigkeit in die nach Norden und Süden gelegenen Zimmer im ersten und zweiten Obergeschoß des Hauses Mozartstraße 4 in K. eintritt;

Neuherstellung der Natursteinbeläge in Wohnzimmer, Küche und Flur des Erdgeschosses im Hause Mozartstraße 4 in K. und Beseitigung der Ursache für die Risse;

Nachbesserung, so daß in die Holzverschalung der drei nach Westen gelegenen Gauben des Hauses Mozartstraße 4 in K.

weder Wasser noch Feuchtigkeit eintritt und Beseitigung der bereits vorhandenen Schäden.

Im übrigen wird die Revision der Beklagten und Widerklägerin zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden den Parteien wie folgt auferlegt:

Von den Gerichtskosten tragen die Klägerin und die Widerbeklagte zu 1 je 10 %, die Beklagte und Widerklägerin 80 %.

Die außergerichtlichen Kosten der Klägerin trägt die Beklagte zu 50 %.

Die außergerichtlichen Kosten der Beklagten tragen die Klägerin und die Widerbeklagte zu 1 zu je 10 %.

Die außergerichtlichen Kosten der Widerbeklagten zu 1 trägt die Beklagte zu 90 %.

Im übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Von Rechts wegen

Tatbestand

1. Die Parteien streiten um die Abwicklung zweier Verträge, mit denen die Beklagte von der Widerbeklagten zu 1 jeweils ein Grundstück mit einer noch zu errichtenden Doppelhaushälfte erworben hat. Gegenstand von Klage und Widerklage sind wechselseitige Ansprüche der Parteien, die das Bauvorhaben in der M.-Straße betreffen. Mit der Widerklage macht die Beklagte außerdem Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche aus dem Vertrag über das Bauvorhaben in der S.-Straße geltend.

2. In der Revision noch von Belang ist zum einen der mit der Widerklage verfolgte Antrag C. IV., die Widerbeklagte zu 1 zu verurteilen, "es zu unterlassen, gegenüber der Widerklägerin in Bezug auf deren Ehemann sich dahingehend zu äußern, dieser werde die Erklärung der Auflassung nicht mehr erleben".

Das Landgericht hat in einem Teilurteil die Widerklage "hinsichtlich des Anwesens M.-Straße 4" teilweise abgewiesen, ohne in den Entscheidungsgründen zum Unterlassungsantrag Stellung zu nehmen. Die Widerklägerin hat in der Berufung den Standpunkt vertreten, über den Unterlassungsantrag sei entschieden worden. Insoweit hat das Berufungsgericht die Berufung als unzulässig verworfen.

3. Zum anderen hat die Beklagte die Nachbesserung von Mängeln zum Bauvorhaben M.-Straße verlangt. Es geht um Feuchtigkeitseintritt in verschiedenen Zimmern und in die Holzverschalung von Dachgauben sowie um die Neuherstellung des gerissenen Fußbodenbelags aus Naturstein und die Beseitigung der entsprechenden Ursachen. Sie hat weiter die Feststellung begehrt, daß die Widerbeklagte zu 1 verpflichtet ist, den Schaden zu ersetzen,



der mit der Durchführung dieser Nachbesserungsarbeiten verbunden sein wird. Sie befürchtet unter anderem Mietausfälle, weil das Wohnhaus zur Nachbesserung einige Zeit geräumt werden müsse.

Das Berufungsgericht hat die Widerbeklagte zu 1 antragsgemäß zur Nachbesserung verurteilt, jedoch den Feststellungsantrag abgewiesen.

4. Der Senat hat die Revision der Beklagten in dem letztgenannten Punkt (Feststellungsantrag) angenommen. Im übrigen hat er die Revisionen der Klägerin, der Widerbeklagten zu 1 und der Beklagten nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des Feststellungsantrag wendet. Insoweit ist das Berufungsurteil aufzuheben und der Widerklage stattzugeben. Im übrigen hat die Revision keinen Erfolg.

I. Unterlassungsantrag

1. Das Berufungsgericht hat die Berufung als unzulässig verworfen. Es ist der Ansicht, über den Unterlassungsantrag habe das Landgericht noch nicht entschieden.

2. Die in diesem Punkt nach § 547 ZPO statthafte Revision ist unbegründet.

Das Landgericht hat in seinem Teilurteil noch nicht über den Unterlassungsantrag entschieden. Es hat sich ausweislich der Entscheidungsgründe allein mit der Widerklage "hinsichtlich des Anwesens Mozartstraße" befaßt. Dazu gehörten nach dem Verständnis des Landgerichts nur die Zahlungs-, Gewährleistungs-, Schadensersatz- oder sonstigen vermögensrechtlichen Ansprüche in Bezug auf das Bauvorhaben M.-Straße. Denn nur darüber verhalten sich die Entscheidungsgründe. Der Unterlassungsantrag bezieht sich nicht auf das "Anwesen Mozartstraße", sondern auf eine Erklärung der Widerbeklagten zu 1.

II. Feststellungsantrag

1. Das Berufungsgericht hält den Feststellungsantrag deshalb für unbegründet, weil die Beklagte die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nach § 635 BGB bezüglich der zugrundeliegenden Mängel noch nicht geschaffen habe, wie allein die Tatsache zeige, daß sie noch Nachbesserung verlangen könne.

2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Die Beklagte begehrt die Feststellung der Ersatzpflicht der Widerbeklagten zu 1 für solche Schäden, die mit der Durchführung der Mängelbeseitigung verbunden sind. Wie sich aus ihrem Vortrag ergibt, geht es dabei nicht um die Mängelbeseitigungskosten, sondern um die von der Beklagten für die Zeit der Mängelbeseitigung befürchteten Mietausfälle und andere Folgeschäden, die als solche der Nachbesserung nicht zugänglich sind.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt das Verlangen nach Ersatz solcher Folgeschäden, die einer Nachbesserung nicht zu-

gänglich sind, eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung auch dann nicht voraus, wenn es auf § 635 BGB gestützt werden kann (BGH, Urteil vom 16. Oktober 1984 - X ZR 86/83, BGHZ 92, 308; Urteil vom 7. November 1985 - VII ZR 270/83, BGHZ 96, 221; Urteil vom 20. Dezember 1990 - VII ZR 302/89, BauR 1991, 212 = ZfBR 1991, 99). Das hat das Berufungsgericht verkannt. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben, soweit es die begehrte Feststellung versagt hat.

3. Die Sache ist entscheidungsreif. Die Widerklage ist insoweit begründet. Steht ein Mangel fest, hat eine auf Feststellung zur Schadensersatzverpflichtung des Auftragnehmers gerichtete Klage schon dann Erfolg, wenn ein Folgeschaden entfernt möglich ist, mögen seine Art und sein Umfang oder sogar sein Eintritt auch ungewiß sein (BGH, Urteil vom 6. Juni 991 - VII ZR 372/89 = BauR 1991, 606 = NJW 1991, 2480 = ZfBR 1991, 212). Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Widerbeklagte zu 1 ist zur Nachbesserung verurteilt. Es ist wahrscheinlich, daß das vermietete Wohnhaus anläßlich der Nachbesserungsarbeiten zeitweise nicht nutzbar sein wird und infolgedessen der Beklagten Folgeschäden etwa durch Mietausfall entstehen werden.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

Thode

Kuffer

Kniffka

Wendt