

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: ja

---

BGB §§ 640, 635, 634

- a) Eine Klage auf Abnahme eines Werks ist zulässig (im Anschluß an BGH, Urt. v. 26.02.1981 - VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448, 1449 zu 6 a); sie kann auch ("isoliert") erhoben werden, ohne daß zugleich die Zahlung restlichen Werklohns verlangt wird.
- b) Eine Abnahme nach § 640 BGB liegt mangels Billigung des Werks als "im wesentlichen vertragsgemäße Erfüllung" nicht vor, wenn der Besteller nach erfolglosem Ablauf einer Nachfrist mit Ablehnungsandrohung das mangelhafte Werk behalten will, eine Nachbesserung durch den Unternehmer jedoch untersagt und das Werk selbst oder durch Dritte nachbessert.
- c) Auch ohne Abnahme des Werks kann der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 635 BGB jedenfalls dann verlangen, wenn die Voraussetzungen der §§ 634, 635 BGB im übrigen vorliegen und der Besteller die Abnahme ohne Verstoß gegen § 242 BGB verweigert (im Anschluß an BGH, Urt. v. 13.12.1973 - VII ZR 89/71, WM 1974, 311 zu II).

ZPO §§ 91, 104, 485 ff.

Eine gesonderte Kostenentscheidung hinsichtlich der Kosten eines selbständigen Beweisverfahrens ist im Prozeß über die Abnahme der Werkleistung nicht veranlaßt; über die Erstattungsfähigkeit der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ist im Kostenfestsetzungsverfahren gemäß § 104 ZPO des Hauptsacheprozesses zu entscheiden.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1996 - X ZR 3/94 - OLG Koblenz  
LG Mainz

BUNDESGERICHTSHOF  
IM NAMEN DES VOLKES  
URTEIL

X ZR 3/94

Verkündet am:  
27. Februar 1996  
Karst  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 1996 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Broß, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 9. Dezember 1993 aufgehoben.

Die Klage wird in dem vom Berufungsgericht zuerkannten Umfang abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin hat für die neue Druckstraße der Beklagten einen Falzapparat gebaut, mit dem die aufgelegten zunächst 6 + 3 später 6 + 6 Bahnen der Zeitung zusammengefaßt und gefaltet werden sollten. Die Papierbahnen, die den Falzapparat durchliefen, wurden dort geknautscht. Die Beklagte, die das schlechte Ergebnis auf eine mangelhafte Herstellung (Konstruktion und Montage) seitens der Klägerin zurückführt, setzte der Klägerin mit Anwaltsschreiben vom 28. September 1990 zur Beseitigung der Mängel eine "letzte Nachfrist" bis 2. Oktober 1990, 17.00 Uhr, mit Ablehnungsandrohung und der Ankündigung eines Schadensersatzverlangens. Mit Anwaltsschreiben vom 19. Oktober 1990 setzte die Beklagte der Klägerin erneut eine Nachfrist, verbunden mit einer Ablehnungsandrohung, bis 30. Oktober 1990, 14.00 Uhr. Die Klägerin, die das Zerknautschen der Zeitungen durch eine unzureichende Abstimmung zwischen den nicht von ihr gelieferten Druckmaschinen und den gleichfalls nicht von ihr gelieferten Abrollungen mit dem von ihr gelieferten Falzapparat verursacht sieht, erklärte sich mit Schreiben vom 26. Oktober 1990 zur Mitwirkung bei der Mängelbeseitigung bereit, jedoch nur bei Verzicht der Beklagten auf Schadensersatzforderungen. Mit Schreiben vom 30. Oktober 1990 setzte die Beklagte der Klägerin eine Frist bis 22. November 1990, 15.00 Uhr, verbunden mit einer weiteren Ablehnungsandrohung und kündigte an, einen Drittunternehmer auf Kosten der Klägerin mit der Mängelbeseitigung zu beauftragen. Die Klägerin bot Abstimmungsgespräche mit dem Druckmaschinenhersteller an, blieb aber dabei, daß erforderliche Abstimmungsarbeiten als Teile der "technischen Oberleitung" zum Pflichtenkreis der Beklagten

gehörten (Schreiben v. 05.11.1990). Mit Schreiben vom 8. November 1990 teilte die Klägerin der Beklagten mit, die zwischenzeitlich eingeholten Beweissicherungsgutachten hätten nur geringfügige Mängel ergeben, die keine Abnahmeverweigerung rechtfertigten. Der gelieferte Falzapparat sei seit 1. Oktober 1990, 8.30 Uhr, funktionsfähig; sie sei nur zur Nachbesserung und zur Abstimmung mit den anderen Herstellern bereit. Mit Schreiben vom 9. November 1990 kündigte die Beklagte der Klägerin an, am 13. November 1990 die Annahme der Leistung abzulehnen. Die Klägerin bot daraufhin erneut ihre Mitwirkung bei einer Abstimmung der einzelnen Bestandteile der Druckstraße aufeinander an, lehnte aber weitere Leistungen als nicht erforderlich ab. Die Beklagte teilte hierauf der Klägerin eine Stellungnahme des Herstellers der Druckmaschinen mit, wonach dieser nur noch eine Feinabstimmung durchführen müsse, und drohte erneut eine Ablehnung der Leistung und Schadensersatzforderungen an (Schreiben v. 16.11.1990). Die Klägerin erwiderte, daß die Beklagte ihrerseits die Mitwirkung des Druckmaschinenherstellers durch die Einschaltung eines Spezialisten ersetzen solle, damit die Klägerin an der Abstimmung der Komponenten mitwirken könne (Schreiben v. 20.11.1990). Mit Schreiben vom 23. November 1990 machte die Beklagte hierzu Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend, erteilte der Klägerin Hausverbot und kündigte an, der Klägerin die weiterhin am Falzapparat entstehenden Kosten in Rechnung zu stellen; aufgrund der bisherigen Einlassungen habe die Beklagte jegliches Vertrauen in die Qualifikation und die Leistungsbereitschaft der Klägerin verloren. In der Folgezeit ließ die Beklagte den Falzapparat von Drittunternehmen nachbessern, wobei sie Kosten von mehr

als 130.000,-- DM für die Beseitigung von maschinenbautechnischen Mängeln und Konstruktionsänderungen am Falzapparat gehabt haben will (GA I 145).

Die Klägerin verlangte mit der Klage Verurteilung der Beklagten zur Abnahme des Falzapparats, hilfsweise die Feststellung, daß die Beklagte den Falzapparat bereits aufgrund des Schreibens vom 23. November 1990 abgenommen habe. Die Beklagte ist dem entgegengetreten unter Hinweis auf ihr Verlangen nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Das Landgericht hat der Klage auf Abnahme stattgegeben. Das Berufungsgericht hat unter teilweiser Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung festgestellt, daß die Beklagte den von der Klägerin gelieferten Klappenfalzapparat am 24. November 1990 (Zugang des Schreibens vom 23. November 1990) abgenommen habe. Die Kosten der Beweissicherungsverfahren seien keine Kosten des Rechtsstreits. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihr Ziel einer Klageabweisung weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt, die Bemühungen der Klägerin um eine Nachbesserung seien im November 1990 gescheitert; die Klägerin habe die Beklagte auf angebliche Mängel der Druckwerke verwiesen. Wegen Mängeln des Falzapparats habe die Beklagte das Recht gehabt, diesen nicht abzunehmen und den ursprünglichen Herstellungsanspruch

geltend zu machen. Dazu habe sie aber das Werk im Ganzen zurückweisen und wenigstens die Rücknahme verlangen müssen. Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Die Klägerin hat eine "isolierte" Klage auf Abnahme bzw. auf Feststellung, daß die Beklagte bereits abgenommen habe, erhoben. Landgericht und Berufungsgericht haben die Klage für zulässig erachtet. Das greift die Revision nicht an. Bedenken aus rechtlicher Sicht sind nicht gegeben (vgl. BGH, Urt. v. 26.02.1981 - VII ZR 287/79, NJW 1981, 1448, 1449 zu 6 a; Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag, 1935, S. 33 zu Fn. 11; MünchKomm./Soergel, BGB, 2. Aufl., § 640 Rdn. 23 f.; Staudinger/Peters, BGB, 13. Aufl., § 640 Rdn. 54; RGRK/Glanzmann, BGB, 12. Aufl., § 640 Rdn. 18; unklar Erman/Seiler, BGB, 9. Aufl., § 640 Rdn. 17, 19; Soergel/Mühl, BGB, 11. Aufl., § 640 Rdn. 9; Palandt/Thomas, BGB, 55. Aufl., § 640 Rdn. 1, die eine Klage auf Abnahme nur zusammen mit der Zahlungsklage erwähnen). Die Zulässigkeit der Feststellungsklage ist insbesondere unabhängig davon, ob sie im Einzelfall aus wirtschaftlicher Sicht im Hinblick auf die Möglichkeit einer Zahlungsklage zweckmäßig oder sinnlos erscheint.

2. Das Berufungsgericht wendet - insoweit von der Revision nicht beanstandet - auf die Vertragsbeziehungen der Parteien Werkvertragsrecht an. Das läßt Rechtsfehler nicht erkennen (§§ 651 Abs. 1 Satz 2, 631 f. BGB).

3. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist jedoch eine Abnahme im Sinne von § 640 BGB im vorliegenden Fall nach dem festgestellten Sachverhalt zu verneinen.

a) Das Berufungsgericht hat unter Berufung auf Jakobs (ACP 183 (1983) 145 f.) die Ansicht vertreten, die Beklagte handele widersprüchlich, wenn sie mit Schreiben vom 23. November 1990 der Klägerin untersage, das Betriebsgelände zu betreten und an dem Falzapparat weiterzuarbeiten, selbst aber durch Drittunternehmer die Maschine durch Austausch von Teilen und Umbauten bis zur Funktionsfähigkeit verändern lasse. Durch die Veränderung der Maschine habe die Beklagte zu erkennen gegeben, daß sie diese endgültig behalten wolle. Darin liege eine Abnahme. Soweit die Beklagte den ursprünglichen Herstellungsanspruch habe geltend machen wollen, habe sie die Rücknahme des Werks durch die Klägerin verlangen müssen, denn der Besteller könne nicht im Besitz des Werks bleiben und es doch im Ganzen zurückweisen wollen. Die Beklagte habe deshalb das Werk der Klägerin bereits abgenommen und sei daher nicht mehr zur Abnahme verpflichtet.

b) Die Revision rügt, das Berufungsgericht lasse außer Betracht, daß die Erfüllungsansprüche aus dem Werklieferungsvertrag zu diesem Zeitpunkt bereits erloschen gewesen seien. Mit fruchtlosem Ablauf der Nachfrist sei der Erfüllungsanspruch der Klägerin erloschen; eine Abnahme sei daher nicht mehr möglich gewesen. Die Voraussetzungen hierzu seien gegeben gewesen. Die von der Beklagten im einzelnen dargelegten Mängel habe das Berufungsgericht unterstellt. Verzug der Klägerin mit der Herstellung der Funktionsfähigkeit sei spätestens mit den Fristsetzungen der Beklagten eingetreten. Mit Ablauf der Nachfrist am 22. November 1990 seien daher die beiderseitigen Erfüllungsansprüche erloschen. Eine Wiederbegründung der erloschenen Verpflichtungen sei nicht erfolgt.

c) Die Erwägungen des Berufungsgerichts verkennen die rechtlichen Voraussetzungen der Abnahme. Eine ausdrückliche Abnahme ist unstreitig nicht erfolgt. Eine stillschweigend erklärte Abnahme setzt - wie jede Abnahme - voraus, daß der Besteller das hergestellte Werk körperlich hinnimmt und zu erkennen gibt, er wolle die Leistung als in der Hauptsache dem Vertrag entsprechend annehmen. Unbeschadet des im einzelnen umstrittenen Begriffs erfordert die Abnahme - was das Berufungsgericht außer acht läßt - jedenfalls eine Billigung als zumindest im wesentlichen (in der Hauptsache) vertragsgemäße Leistung (vgl. Sen.Urt. v. 29.06.1993 - X ZR 60/92, WM 1993, 1850, 1851 zu I b bb (1) und v. 03.11.1992 - X ZR 83/90, NJW 1993, 1063, 1064 zu 2 b bb). Eine Abnahme ist schon regelmäßig - wegen der gesetzlichen Regelung - weder einer Eigennachbesserung, die unter den Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB erfolgt, noch deren Ankündigung zu entnehmen. Die Befugnis des Bestellers zur Ersatzvornahme gemäß § 633 Abs. 3 BGB ist nicht auf die Zeit nach Abnahme des Werks beschränkt (Sen.Urt. v. 16.11.1993 - X ZR 7/92, NJW 1994, 942 zu B II 2 a). Zwar können eine Benutzung des Werks und Ausbesserungsarbeiten durch Dritte in erheblichem Umfang selbst dann die für eine Abnahme erforderliche Billigung des Werks offenbaren, wenn das Werk Mängel aufweist und der Besteller den Unternehmer aufgefordert hat, diese zu beheben (vgl. § 640 Abs. 2 BGB; BGHZ 61, 42, 45 zu III 2 b; BGH, Urt. v. 05.05.1969 - VII ZR 26/69 zu II, nicht veröffentlicht; BGHZ 54, 352, 354 zu 1 a). Eine Billigung des Werks fehlt jedoch erst recht, wenn der Besteller dem Unternehmer eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hatte, diese fruchtlos verstrichen war, der Besteller im Anschluß hieran eine Nachbesserung durch den Unternehmer untersagt und das

Werk selbst durch Dritte nachgebessert hat. Dann ist der Vertrag - jedenfalls wenn das Werk mangelbehaftet ist - infolge Ablaufs der Nachfrist beendet (vgl. BGH, Urt. v. 23.11.1978 - VII ZR 29/78, NJW 1979, 549, 550 zu 3) und § 633 Abs. 3 BGB regelmäßig nicht mehr anwendbar (vgl. aber auch BGH, Urt. v. 29.10.1975 - VIII ZR 103/74, NJW 1976, 234, 235 zu II 4). In einem solchen Fall wird dem Verhalten des Bestellers in der Regel eine endgültige und ernsthafte Abnahmeverweigerung zu entnehmen sein (vgl. Willebrand/Detzer, BB 1992, 1801, 1802 zu C II 1). Insoweit wird häufig die zeitliche Reihenfolge des Vorgehens des Bestellers individuelle Bedeutung für den objektiven Erklärungswert des Verhaltens des Bestellers haben. Läßt der Besteller nämlich das Werk von einem Dritten nachbessern, ohne daß ein Verzug des Werkunternehmers mit der Nachbesserung gegeben ist, wird dieses Verhalten eher auf eine Abnahme des Werks hindeuten, als wenn der Besteller zuvor (eventuell sogar erst nach erfolglosen Nachbesserungsversuchen) dem Unternehmer eine Frist zur Nachbesserung mit der Androhung der anschließenden Eigennachbesserung auf Kosten des Unternehmers gesetzt hatte. Der Tatrichter hat daher bei der Prüfung der Frage, ob dem Verhalten des Bestellers eine Abnahme zu entnehmen ist, stets das gesamte Verhalten beider Parteien zu würdigen und darf sich nicht auf Teilaspekte beschränken (vgl. auch BGH, Urt. v. 18.12.1986 - VII ZR 22/86, NJW 1987, 889, 890 zu 2); zu berücksichtigen sind auch die vom Besteller unter Zugrundelegung seines Sachvortrages beanspruchten Rechtsfolgen.

d) Diese Grundsätze hat das Berufungsgericht bei seiner Auslegung des Verhaltens der Beklagten rechtsfehlerhaft nicht vollen Umfangs berücksichtigt. Da weitere Feststellun-

gen tatsächlicher Art insoweit nicht zu treffen sind, kann der Senat das Verhalten und die Erklärungen der Beklagten selbst auslegen (BGHZ 65, 107, 112). Das Verhalten der Beklagten läßt keine Billigung des Klappenfalzapparats als im wesentlichen vertragsgemäße Leistung erkennen.

aa) Die Beklagte hat wiederholt die Mangelhaftigkeit des Falzapparats gerügt und unter Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung Beseitigung der Mängel verlangt, zuletzt mit Schreiben vom 30. Oktober 1990. Nach Ablauf der letzten Frist hat sie mit Schreiben vom 23. November 1990 die angedrohten Konsequenzen gezogen.

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist in dem Behalt der Werkleistung und der Eigennachbesserung nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung und anschließender Wahl des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung hier keine Abnahme zu sehen. Vielmehr bringt das Verhalten der Beklagten eine endgültige Verweigerung der Abnahme zum Ausdruck. Die Weiterverwendung des Werks, die in der Eigennachbesserung und dem anschließenden Gebrauch des veränderten Werks zu sehen ist, reicht unter den gegebenen Umständen nicht aus, um eine Billigung des Werks und damit eine Abnahme durch die Beklagte zu bejahen. In der durch wirtschaftliche Zwänge herbeigeführten Benutzung kommt ein Abnahmewille - jedenfalls bei erheblichen Mängeln - nicht zum Ausdruck (vgl. auch BGH, Urt. v. 05.10.1961 - VII ZR 146/60 zu B II 1, insoweit in BB 1961, 1216 nicht abgedruckt; Staudinger/Peters, BGB, 13. Bearb., § 640 Rdn. 28; RGRK/Glanzmann, BGB, 12. Aufl., § 640 Rz. 8).

bb) Die Berücksichtigung der vom Besteller beanspruchten Rechtsfolgen ergibt nichts anderes.

Ein Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz unter Be-  
halt der mangelhaften Werkleistung ist jedenfalls unter den  
Voraussetzungen des § 635 BGB möglich. In Anwendung dieser  
Bestimmung kann der Besteller nach seiner Wahl entweder die  
Leistung behalten und ihm verbliebene Schäden abrechnen  
(sog. kleiner Schadensersatzanspruch) oder die Leistung zu-  
rückweisen und den vollen Schaden verlangen (sog. großer  
Schadensersatzanspruch; vgl. BGHZ 27, 215; BGH, Urt. v.  
25.06.1959 - VII ZR 97/58 zu II 4, nicht veröffentlicht). Um  
diesen Anspruch mit Erfolg durchsetzen zu können, mußte die  
Beklagte nicht abgenommen haben. Vielfach wird zwar angenom-  
men, daß ein Anspruch aus § 635 BGB die Abnahme voraussetzt  
(BGH, Urt. v. 30.01.1969 - VII ZR 139/66, NJW 1969, 838, 839  
zu I 2 a; Urt. v. 25.10.1973 - VII ZR 181/72, VersR 1974,  
261, 262 zu II 4 d; a.A. BGH, Urt. v. 25.06.1959, aaO  
zu II 3 b u. v. 05.10.1961 - VII ZR 146/60 zu II 1 - inso-  
weit in BB 1961, 1216 nicht abgedruckt -, je unter Hinweis  
auf RGZ 165, 41, 45; Sen.Urt. v. 16.11.1993 - X ZR 7/92, NJW  
1994, 942 zu B II 2 a a.E. unter Hinweis auf § 634 Abs. 1  
Satz 2 BGB u. § 640 Abs. 2 BGB). Auch ohne Abnahme des Werks  
aber kann der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung  
zumindest dann fordern, wenn er die Abnahme des mangelhaften  
Werks nicht unberechtigt und ohne Verstoß gegen § 242 BGB  
endgültig abgelehnt hat (BGH, Urt. v. 13.12.1973  
- VII ZR 89/71, WM 1974, 311 zu II).

Die Beklagte hatte sich stets auf Mängel berufen, die das Werk als im wesentlichen nicht vertragsgerecht erscheinen ließen und eine Verweigerung der Abnahme rechtfertigten. Ihr Verhalten war deshalb auch nicht widersprüchlich.

Die Verweigerung der Abnahme seitens der Beklagten verstieß auch sonst nicht gegen § 242 BGB und stellte insbesondere keinen (unbeachtlichen) Vorbehalt (*protestatio facto contraria*) dar. Hat der Besteller nach seinem schlüssigen Vortrag das vertragliche Erfüllungsverhältnis nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 635 BGB beendet, kann die Nachbesserung durch den Besteller ohne Hinzutreten weiterer Umstände im Sinne einer Neubegründung des Vertrages nicht mehr als Abnahme des Werks und damit als Erfüllung der dem Besteller ursprünglich obliegenden Vertragspflicht gedeutet werden. Umstände, die eine Wiederbegründung der beiderseitigen Erfüllungspflichten zur Folge gehabt hätten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt; Anhaltspunkte dafür sind von der Klägerin nicht vorgetragen und den Akten nicht zu entnehmen.

Nach allem ist eine Abnahme nicht erfolgt. Die angefochtene Entscheidung über den Hilfsantrag ist aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO).

4. Der Senat kann abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO). Da die Beklagte das Werk mit ihrem Schreiben vom 23. November 1990 nicht abgenommen, sondern die Abnahme abgelehnt hat, ist der Hilfsantrag der Klägerin auf Feststellung, daß die Beklagte das Werk mit Zugang des Schreibens vom 23. November 1990 abgenommen habe, abweisungsreif.

Die Klägerin kann im vorliegenden Rechtsstreit auch nicht mehr darauf abstellen, daß die Beklagte zur Abnahme verpflichtet wäre, weil die Klägerin ihre Werkleistung im wesentlichen mangelfrei erbracht habe. Den von der Klägerin in erster Linie geltend gemachten Anspruch auf Abnahme hat das Berufungsgericht abgewiesen, weil - wie das Berufungsgericht auf den Hilfsantrag der Klägerin festgestellt hat - die Beklagte das Werk der Klägerin bereits abgenommen habe. Gegen diese Entscheidung hat nur die Beklagte Revision eingelegt. Der Senat hat daher allein darüber zu entscheiden, ob das Schreiben der Beklagten eine Abnahme des Werks enthält (§ 559 Abs. 1 ZPO); eine Entscheidung darüber, ob die Beklagte entsprechend dem Hauptantrag der Klägerin zur Abnahme verpflichtet ist, ist in diesem Falle eigentlicher Eventualhäufung dagegen ausgeschlossen (vgl. BGHZ 41, 38, 41). Es bleibt der Klägerin jedoch unbenommen, einen ihr nach ihrer Ansicht zustehenden Werklohn mit einer Zahlungsklage oder als Saldo gemäß § 635 BGB zu verlangen und in diesem Zusammenhang den ihr obliegenden Beweis zu führen, daß ihre Werkleistung mangelfrei und den verlangten Werklohn "wert" war; ebenso bleibt der Beklagten möglich, einen eventuell zu ihren Gunsten bestehenden Saldo geltend zu machen.

5. Die Entscheidung über die Kosten folgt aus § 91 ZPO. Eine gesonderte Kostenentscheidung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Kosten der Beweissicherungsverfahren/selbständigen Beweisverfahren ist nicht veranlaßt (BGHZ 20, 4, 15; BGH, Urt. v. 11.05.1989 - VII ZR 39/88, BauR 1989, 601, 603 zu 3 c), ohne daß es darauf ankommt, ob die Beweisverfahren mit oder ohne anhängiges Hauptverfahren angestrengt worden sind. Ob die Kosten notwendig waren (§ 91 ZPO), die

Parteien des Beweisverfahrens und des Hauptsacheprozesses identisch sind und sich im Beweisverfahren als Gegner gegenübergestanden haben und ob der Streitgegenstand der Verfahren identisch war, ist nicht Bestandteil der der Kosten- grundentscheidung zugrundeliegenden Prüfung im Erkenntnis- verfahren, sondern der Prüfung der Erstattungs-fähigkeit der Kosten im Kostenfestsetzungsverfahren nach § 104 ZPO. Dort ist auch zu prüfen, ob und unter welchen Voraussetzungen die Kosten dann nicht erstattungsfähig sind, wenn das Ergebnis der Beweiserhebung für die Entscheidung in der Hauptsache - wie vorliegend - ganz oder teilweise nicht verwertet wurde.

Rogge

Maltzahn

Broß

Melullis

Greiner

: