

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 210/82

URTEIL

Verkündet am

24. Februar 1983

Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des H[REDACTED] S[REDACTED], Hö[REDACTED]weg [REDACTED], B[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

gegen

den Schreinermeister A[REDACTED] L[REDACTED], R[REDACTED]str. [REDACTED], Al[REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

7

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. Februar 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Doerry, Obenhaus, Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 8. Juni 1982 aufgehoben, soweit gegen den Beklagten erkannt worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 30. November 1981 wird in vollem Umfang zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten beider Rechtsmittelzüge zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger führte Ende 1977 auf Grund eines mündlichen Auftrages Schreiner- und Verglasungsarbeiten für das im Jahre 1978 bezogene Einfamilienhaus des Beklagten in B[REDACTED] aus. Die hierüber erstellten Rechnungen über insgesamt 48.045 DM sind bezahlt.

- 3 -

Nach Rüge einiger Mängel durch den Beklagten im März 1979 forderte der Anwalt des Beklagten den Kläger zunächst mit Schreiben vom 29. Juni 1979 unter Fristsetzung bis 15. Juli 1979 zur Mängelbeseitigung auf. Die Aufforderung wiederholte er mit gleicher Frist und etwas anderem Inhalt am 9. Juli 1979. Nach weiterem ergebnislosem Schriftwechsel lehnte der Beklagte durch Schreiben seines Rechtsanwalts vom 22. Januar 1980 die Mängelbeseitigung durch den Kläger endgültig ab.

Ansprüche wegen dieser Mängel macht der Beklagte gegenüber der Klageforderung geltend. Diese beruht auf einem gesonderten Auftrag des Beklagten an den Kläger zur Fertigung einer Einbauküche, eines Kellerregals sowie eines Wandschranks im Schlafzimmer. Die hierüber nach Ausführung des Auftrags erstellte Rechnung des Klägers vom 19. März 1979 über 23.312,78 DM ist noch nicht beglichen. Der Kläger hat allerdings die Forderung inzwischen wegen berechtigter Einwendungen des Beklagten und anerkannter Minderung auf insgesamt 19.363,26 DM ermäßigt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil es die zur Aufrechnung gestellten Gewährleistungsansprüche für gerechtfertigt hielt. Das Oberlandesgericht hat die Klageforderung in der noch streitigen Höhe bis auf geringfügige Mehrzinsen zugesprochen und den Beklagten wegen der Mängel der Werkleistungen auf Nachbesserungsansprüche verwiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, die der Kläger zurückzuweisen bittet, verfolgt der Beklagte die vollständige Abweisung der Klage weiter.



Entscheidungsgründe:

I.

Die Revision des Beklagten ist zulässig. Das Berufungsgericht hat sie im Urteilsspruch ohne Einschränkung zugelassen. In den Entscheidungsgründen hat es ausgeführt, die Revision werde zugelassen wegen der Frage, ob das Schreiben des Klägersvertreters vom 29. Juni 1979 die Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt. Damit hat das Berufungsgericht lediglich begründet, weshalb es die Revision für den Beklagten zugelassen hat, nicht jedoch hat es hier eine weitere Beschränkung der Zulassung ausgesprochen (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1971 - VI ZR 190/69 = LM ZPO § 546 Nr. 77 m.w.N.; BGH, Urteil vom 7. April 1982 - IVb ZR 673/80 = FamRZ 1982, 579).

II.

Das Berufungsgericht meint, dem Beklagten stünden auf Minderung oder Schadensersatz gerichtete Mängelansprüche, mit denen er gegen die in Höhe von 19.363,26 DM nunmehr unstreitige Werklohnforderung des Klägers aufrechnen könne, nicht zu. Den Schreiben vom 29. Juni und 9. Juli 1979 sei nämlich nicht hinreichend deutlich eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 Abs. 1 BGB zu entnehmen. Eine solche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei auch nicht nach § 634 Abs. 2 BGB entbehrlich gewesen, weil sich der Kläger jedenfalls hinsichtlich einzelner Mängel stets nachbesserungsbereit gezeigt habe.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Die Schreiben des Beklagten vom 29. Juni 1979 und vom 9. Juli 1979 genügten den Anforderungen des § 634 Abs. 1 BGB.

a) Durch die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung soll der Schuldner noch einmal in nachhaltiger Form zur ordnungsgemäßen Erfüllung angehalten und ihm klargemacht werden, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Beseitigung der Mängel durch ihn abgelehnt werde. Er soll sich entscheiden, ob er die Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Erfüllung auf sich nehmen oder durch Tätigwerden innerhalb der Frist von sich abwenden will (vgl. Emmerich in MünchKomm, BGB, vor § 275 Rdn. 221 zu dem insoweit inhaltlich gleichen § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Bei seiner Erklärung, er lehne die Annahme der Leistung nach Fristablauf ab, muß der Besteller nicht die Worte des Gesetzes gebrauchen. Auch wenn er nicht ausdrücklich erklärt, nach fruchtlosem Ablauf der gesetzten Frist werde er die Mängelbeseitigung ablehnen, kann er dennoch den Anforderungen des Gesetzes genügen, wenn er durch andere Redewendungen das Gleiche zum Ausdruck bringt (Soergel in MünchKomm, § 634 BGB Rdn. 11). Wie im Falle des § 326 BGB würde es genügen, wenn der Besteller androht, von der Nachbesserung abzugehen, sie "aufzurufen", oder wenn in sonstiger Weise der Wille deutlich wird, nach Fristablauf keine Nachbesserung durch den Unternehmer mehr zuzulassen (Palandt/Heinrichs, 42. Aufl., § 326 BGB Anm. 5 b; Ballhaus in BGB-RGRK, 12. Aufl., § 326 Rdn. 37; vgl. auch BGH NJW 1977, 36, 37).

Wie die Erklärung des Bestellers zu verstehen ist, bestimmt sich nach den gesamten, dem Erklärungsempfänger bekannten Umständen, so auch den vorangegangenen Verhandlungen (vgl. allgemein hierzu Mayer-Maly in MünchKomm, § 133 BGB Rdn. 10 m.w.N.; zur Frage der Ablehnungsandrohung nach § 634 Abs. 1 BGB OLG Düsseldorf BauR 1977, 134).

b) Danach sind im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt.

aa) Der Beklagte hat den Kläger bereits mit Schreiben vom 10. März 1979 aufgefordert, verschiedene Mängel - u.a. an den Türen - zu beheben, und hat ihm hierfür eine Frist bis 30. Juni 1979 gesetzt. Der Kläger hat daraufhin einen Sachverständigen damit beauftragt, die vom Beklagten behaupteten Mängel an den Türen zu überprüfen. Der Sachverständige kam in seinem Gutachten vom 14. Juni 1979 zu dem Ergebnis, daß die Türblätter neu furniert werden müssen. Hierauf hat der Kläger mit Schreiben vom 20. Juni 1979 angeboten, die Türblätter bis zum 15. Juli 1979 auszutauschen. Mit anwaltlichem Schreiben vom 29. Juni 1979 hat der Beklagte sich hiermit einverstanden erklärt, dabei allerdings darauf hingewiesen, daß er bereits mit Schreiben vom 10. März 1979 eine angemessene Mängelbeseitigungsfrist bis 30. Juni 1979 eingeräumt habe. Gleichzeitig hat er den Kläger aufgefordert, weitere Mängel zu beseitigen, u.a. außer den Türblättern auch die Türstöcke sowie das Isolierglas der Fenster- und Balkontüren auszuwechseln. Dazu hat er sich auf ein Schreiben des Lieferanten des Klägers vom 26. Februar 1979 bezogen, in dem der Lieferant die Mängel-

rüge des Beklagten bezüglich einzelner Fenster bereits als berechtigt anerkannt hatte. In dem Schreiben vom 29. Juni 1979 heißt es abschließend:

"Ich habe Sie aufzufordern, all diese Arbeiten bis zum 15.7.1979 auszuführen, damit die Beauftragung eines anderen Unternehmens mit der Mängelbeseitigung unterbleiben kann."

Mit weiterem Schreiben vom 9. Juli 1979 hat der Beklagte den Kläger dann "letztmals" aufgefordert, "die mit Schreiben vom 29.6.1979 geltend gemachten Mängel ab 15.7.1979 zu beseitigen, damit nicht ein anderes Unternehmen auf Kosten Ihrer Partei beauftragt werden muß."

bb) Sieht man dieses Schreiben des Beklagten im Zusammenhang mit dem vorherigen Schriftwechsel, so war für den Kläger hinreichend deutlich erkennbar, daß der Beklagte nach Ablauf der Frist eine Nachbesserung durch den Kläger ablehnen werde. Die Verwendung des Wortes "letztmals" in Verbindung mit der vorherigen Korrespondenz konnte vom Kläger nur so verstanden werden, daß ihm der Beklagte nunmehr eine letzte Möglichkeit zur Mängelbeseitigung einräumen wollte. Zudem liegt in der Androhung, ab einem bestimmten Zeitpunkt einen Dritten zur Nachbesserung heranzuziehen, zwangsläufig zugleich die Ankündigung, ab diesem Zeitpunkt eine etwaige Nachbesserungsleistung des Werkunternehmers abzulehnen (vgl. auch Senatsurteil vom 29. September 1977 - VII ZR 1/76 -).

cc) Der Senat ist nicht gehindert, das Schreiben des Beklagten vom 9. Juli 1979 selbst auszulegen, da das Berufungsgericht wesentlichen Auslegungstoff - den vorherigen

Schriftwechsel - außer acht gelassen hat und die bei der Auslegung heranzuziehenden Tatsachen unstreitig sind (BGHZ 65, 107, 112).

2. Hinsichtlich der Mängel an den Türblättern und den Fensterscheiben, um die es vorrangig geht, hat der Kläger - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - die Nachbesserung aber auch endgültig verweigert, so daß eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich war (§ 634 Abs. 2 BGB).

a) Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Aufforderung zur Mängelbeseitigung innerhalb einer bestimmten Frist entbehrlich, wenn sie nur eine nutzlose Förmlichkeit wäre (Senatsurteile vom 20. März 1975 - VII ZR 65/74 = BauR 1976, 285, 286 und vom 8. Juli 1982 - VII ZR 301/82 = BauR 1982, 496, 497 = ZfBR 1982, 211, 212; vgl. auch Senatsurteil NJW 1971, 798 zu § 326 BGB). Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Unternehmer seine Gewährleistungspflicht schlechthin bestreitet (Senatsurteil vom 12. Dezember 1968 - VII ZR 18/66 = LM BGB § 459 Nr. 20) oder den Standpunkt einnimmt, Mängel seien gar nicht vorhanden (Senatsurteile BauR 1976, 285, 286 und vom 8. Oktober 1970 - VII ZR 235/68). Dem steht gleich, wenn der Unternehmer nur bereit ist, Mängel zusammen mit anderen Unternehmern nachzubessern, die seiner Meinung nach verantwortlich sind (Senatsurteil vom 25. März 1976 - VII ZR 100/74). Hierbei läßt sich die Frage, ob die Fristsetzung entbehrlich ist, jeweils nur anhand der konkreten Umstände des einzelnen Falles beurteilen (Senatsurteil vom 21. Januar 1957 - VII ZR 262/56).

b) Das bedeutet im vorliegenden Fall:

aa) Isolierverglasung

Diesen Mangel hat der Beklagte gegenüber dem Kläger erstmals mit Schreiben vom 29. Juni 1979 gerügt und dabei auf das Schreiben des Herstellers vom 26. Februar 1979 hingewiesen, in dem - zumindest für einen Teil der Scheiben - die Mängelrügen anerkannt wurden. In seinem Antwortschreiben vom 3. Juli 1979 führt der Anwalt des Klägers hierzu aus: "Betreffend des Isolierglases ist darauf hinzuweisen, daß sich hier die Firma S. [REDACTED] bereit erklärt hat, auszutauschen. Die Sache geht unseren Mandanten auch nichts an."

Das konnte der Beklagte nur so verstehen, daß sich der Kläger ernsthaft und endgültig weigert, diesen Mangel zu beheben. Ob der Kläger der Auffassung war, er sei berechtigt, den Beklagten an den Lieferanten der Fenster zu verweisen, spielt keine Rolle. Denn es kommt nicht darauf an, aus welchen Gründen der Unternehmer die Mängelbeseitigung verweigert (vgl. Soergel aaO § 634 BGB Rdn. 15). So ist die Fristsetzung selbst dann entbehrlich, wenn der Unternehmer gemäß § 633 Abs. 2 Satz 3 BGB zur Weigerung berechtigt ist.

bb) Türblätter

Insoweit hatte der Kläger sich zunächst aufgrund des Gutachtens des Sachverständigen Haas zum Austausch bereit erklärt. Bereits in seinem Schreiben vom 3. Juli 1979 ist er hiervon jedoch wieder abgerückt und hat den Austausch davon abhängig gemacht, daß der Beklagte die noch offenstehende Rechnung vom 19. März 1979 für die Einbauküche, das Kellerregal und den Wandschrank in vollem

Umfang anerkennt. Nach Durchführung eines Beweissicherungsverfahrens hat der Kläger dann mit Schreiben vom 8. Januar 1980 die Beseitigung von Mängeln an den Türblättern mit der Begründung abgelehnt, der Sachverständige habe insoweit keine Mängel festgestellt. Tatsächlich war jedoch das Gegenteil der Fall. Wie zuvor der Sachverständige Haas hat auch der im Beweissicherungsverfahren tätig gewordene Sachverständige Spörl Rissebildungen und aufgewellte Furniere festgestellt (3.2.1. des Gutachtens vom 10. Dezember 1979).

Bei dieser Sachlage wäre es eine nutzlose Förmlichkeit, von dem Beklagten zu verlangen, dem Kläger noch eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Das gilt umso mehr, als der Beklagte die erste schriftliche, mit einer Fristsetzung verbundene Mängelrüge bezüglich der Türblätter bereits am 10. März 1979, also rund 10 Monate zuvor, erhoben hatte.

c) War somit eine Fristsetzung entbehrlich, ist die an deren Stelle tretende EntschlieÙung des Bestellers erforderlich, statt Nachbesserung Schadensersatz zu verlangen (Senatsurteil NJW 1976, 143). Diese EntschlieÙung ist in dem Schreiben des Beklagten vom 22. Januar 1980 zu sehen, wonach er jegliche Nachbesserungsarbeiten durch den Kläger ablehne und ein anderes Unternehmen mit der Mängelbeseitigung beauftragen werde. Späteren Angeboten des Klägers zur Nachbesserung kommt keine Bedeutung mehr zu.

3. Der Kläger hat die Mängel an den Türen und Fenstern auch zu vertreten (§ 635 BGB). Hinsichtlich der

Risse und Wellen in den Türblättern hat der vom Gericht beauftragte Sachverständige W[REDACTED] - ebenso wie der vom Kläger außergerichtlich beauftragte Gutachter Haas - festgestellt, daß die Mängel auf Verstößen gegen die Regeln des Schreinerhandwerks beruhen. Die Isolierglasfenster weisen Trübungen auf. Über die Ursache sind in den Tatsacheninstanzen keine Feststellungen getroffen worden. Der Kläger hat jedoch zu keinem Zeitpunkt vorgebracht, daß er diesen Mangel nicht zu vertreten habe, sondern lediglich anfangs versucht, den Beklagten an den Hersteller zu verweisen. Es war aber seine Sache darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß er den Mangel nicht zu vertreten habe (BGHZ 42, 16, 18; 48, 310, 312 jeweils m.w.N.; Senatsurteil vom 28. September 1978 - VII ZR 254/77 = BauR 1979, 159 = ZfBR 1979, 24).

4. Die Höhe des dem Beklagten wegen der Mängel an den Türblättern (14.105,47 DM) und an der Isolierverglasung (5.342,41 DM) vom Landgericht zugesprochenen Schadensersatzanspruchs hat der Kläger mit der Berufung nicht angegriffen. Sie übersteigt mit 19.447,88 DM die jetzt unstreitige Klageforderung von 19.363,26 DM, die daher durch die vom Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen ist.

III.

Nach alledem kann das angefochtene Urteil, soweit zu Lasten des Beklagten erkannt worden ist, keinen Bestand haben. In diesem Umfang ist es aufzuheben. Da weitere Feststellungen nicht mehr zu treffen sind, kann der Senat gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO in der Sache selbst

entscheiden. Danach ist die Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil in vollem Umfang zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91, 97 ZPO.

Girisch

Doerry

Obenhaus

Walchshöfer

Quack