

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 301/80

URTEIL

Verkündet am
8. Juli 1982
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Wohnungseigentümer

1. Günter B [REDACTED],
 2. dessen Ehefrau Margret B [REDACTED],
 3. Michael D [REDACTED],
 4. dessen Ehefrau Elke D [REDACTED],
 5. Jutta T [REDACTED],
 6. Dieter H [REDACTED],
 7. dessen Ehefrau Heide-Sabine H [REDACTED],
 8. Karin K [REDACTED],
 9. Herbert S [REDACTED],
 10. dessen Ehefrau Ulrike S [REDACTED],
- wohnhaft Bu [REDACTED]straße [REDACTED], Ha [REDACTED] [REDACTED],
11. Wolf-Peter B e [REDACTED],
 12. dessen Ehefrau Jutta B e [REDACTED],
 13. Ursula W [REDACTED],
 14. Karl-Heinz B l [REDACTED],
 15. dessen Ehefrau Edeltraut B l [REDACTED],
 16. Rudolf R [REDACTED],
 17. Günther M [REDACTED],
 18. dessen Ehefrau Annelies M [REDACTED],
 19. Michael M a [REDACTED],
 20. dessen Ehefrau Karin M a [REDACTED],

21. Jan S c h [REDACTED],
22. dessen Ehefrau Elke S c h [REDACTED],
wohnhaft Bu[REDACTED]straße [REDACTED], Ha[REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Architekten Lothar E [REDACTED], Bu[REDACTED]straße [REDACTED],
Ha[REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

- 3 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1982
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie
die Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und
Quack

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Kläger
werden das Urteil des 9. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts
Hamburg vom 14. Juli 1980 und
das Teilurteil der 10. Zivil-
kammer des Landgerichts Hamburg
vom 1. November 1979 aufgehoben.

Die Zahlungsklage ist dem Grunde
nach gerechtfertigt.

Wegen des Betrags des Anspruchs
wird die Sache zur neuen Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten
beider Rechtsmittelzüge, an das
Landgericht zurückverwiesen.

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 Kläger sind die Erwerber der Eigentumswohnungen in der Wohnungseigentumsanlage Bu[REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED] in Ha[REDACTED]. In den Erwerbsverträgen mit dem Beklagten ist für dessen Sachmängelhaftung die Geltung der VOB/B vereinbart. Die meisten Erwerber zogen 1975, die letzten Anfang 1976 ein.

Bereits im Sommer 1975 erwies sich das Dach der Anlage als undicht und schadhaft. Nach einem im Beweissicherungsverfahren eingeholten Sachverständigen-gutachten vom 7. Mai 1976 sind Dachkonstruktion und Ausführung des Daches mangelhaft. Auf Beschluß der Eigentümerversammlung wurde der Beklagte mit Einschreiben vom 1. Juni 1976 aufgefordert, bis zum 1. Juli 1976 mit den Nachbesserungsarbeiten am Dach zu beginnen und sie zügig abzuschließen. Nachdem dieses Schreiben am 11. Juni 1976 als beim Postamt nicht abgeholt zurückgekommen war, wurden dem Beklagten durch den Gerichtsvollzieher eine gleichlautende Aufforderung vom 14. Juni 1976 mit Androhung der Ersatzvornahme nach Fristablauf am 12. Juli 1976 sowie eine entsprechende Nachfristsetzung vom 12. Juli 1976 zum 31. Juli 1976 zugestellt.

Die Kläger haben am 20. August 1976 zunächst 14.948,25 DM Kostenvorschuß nebst Zinsen eingeklagt und zuletzt 110.575,42 DM Kostenersatz für die inzwischen durchgeführte Dachreparatur nebst Zinsen sowie die Beseitigung weiterer 61 Mängel am Gemein-

schaftseigentum verlangt.

Das Landgericht hat durch Teilurteil die Zahlungsklage abgewiesen. Die Berufung der Kläger ist erfolglos geblieben. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgen die Kläger ihren Kostenerstattungsanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat sich der Meinung des Landgerichts angeschlossen, ein Kostenerstattungsanspruch der Kläger aus § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B sei deshalb nicht gegeben, weil dem Beklagten eine Frist zur Nachbesserung nicht ordnungsgemäß gesetzt worden sei. In den Aufforderungsschreiben sei keine Vornahmefrist, sondern lediglich eine Frist für den Beginn der Nachbesserungsarbeiten gesetzt worden. Selbst wenn man das Verlangen einer zügigen, bis zu einem bestimmten Tag zu beginnenden Ausführung der Mängelbeseitigung als ausreichende Fristsetzung ansehen wolle, sei die sich dann ergebende Vornahmefrist zu kurz gewesen. Bis zur Klagezustellung am 21. September 1976 habe der Beklagte die Mängel am Dach nicht beseitigen können, wie sich schon daraus ergebe, daß die Kläger selbst dafür etwa 6 Monate gebraucht hätten. Eine Fristsetzung sei auch nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen. Das Schweigen des Beklagten auf die

Aufforderungsschreiben der Kläger genüge dafür nicht. Daß der Beklagte im Rechtsstreit die Mangelhaftigkeit der Dachausführung bestritten habe, sei unerheblich; es komme allein auf sein Verhalten vor Klageerhebung an.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Nach dem Tatbestand des landgerichtlichen Urteils, welches das Berufungsgericht sich zu eigen gemacht hat, war das von der Firma Si [REDACTED] als Nachunternehmer des Beklagten erstellte Dach der Wohnungseigentumsanlage mit erheblichen Mängeln behaftet, wie sich im einzelnen aus dem im Beweissicherungsverfahren erstatteten, dem Beklagten am 19. Mai 1976 übersandten Gutachten des Sachverständigen C [REDACTED] vom 7. Mai 1976 (mit Ergänzungen vom 11. August 1976 und 19. Januar 1977) ergibt. Davon gehen rechtsfehlerfrei auch beide Vorinstanzen aus. Damit steht fest, daß der Beklagte als Bauträger/Veräußerer den Wohnungserwerbern ab Ende Mai 1976 Nachbesserung des undichten Daches schuldete. Noch ungeklärt ist dagegen der Umfang der Mängelbeseitigungspflicht des Beklagten.

2. Ob und inwieweit vor Inkrafttreten des AGBG ein Bauträger mit den Wohnungserwerbern für seine Sachmängelhaftung die Geltung der VOB/B wirksam vereinbaren konnte (offengelassen in BGH NJW 1980, 2800, 2801; vgl. auch BGH NJW 1982, 169, 170 zum Meinungsstand Schmidt BauR 1981, 119), braucht hier nicht entschieden zu werden. Im Ergebnis wäre der Sachverhalt nach § 13 Nr. 5 VOB/B nicht anders zu beurteilen als nach

den §§ 633 ff BGB. Zwar genügt für den Kosten-
erstattungsanspruch aus § 13 Nr. 5 VOB/B nicht wie
nach § 633 Abs. 3 BGB der Verzug des Unternehmers,
sondern es muß ihm außerdem eine angemessene Frist
für die Mängelbeseitigung gesetzt werden. Hier war
aber ausnahmsweise nach erfolglosen Aufforderungen,
alsbald mit der Mängelbeseitigung am Dach zu beginnen,
eine weitere Fristsetzung entbehrlich, so daß die
Rechtslage nach beiden Bestimmungen die gleiche ist.

3. Es kann offen bleiben, ob gemäß § 13
Nr. 5 Abs. 2 VOB/B - ähnlich wie nach § 634 Abs. 1
Satz 1 BGB - eine Frist gesetzt werden muß, welche
den Umständen nach für die Mängelbeseitigung ausreicht.
Keinesfalls sind die von den Klägern dem Beklagten
gesetzten Fristen für den Beginn der Dachreparatur
ohne jede rechtliche Bedeutung. Ist wie hier der
für die Mängelbeseitigung erforderliche Zeitraum
nur schwer abzuschätzen, weil es sich um umfangreiche
und schwierige Arbeiten handelt, bei denen zudem
weitere Baumängel zutage treten können, so kann von
dem Auftragnehmer zumindest erwartet und verlangt
werden, daß er nach Aufforderung schleunigst, jeden-
falls binnen zumutbarer Frist, mit der Nachbesserung
beginnt und sie zügig vollendet. Dies gilt besonders
bei Undichtigkeit eines Daches, welche weiteres Ein-
dringen von Regenwasser und damit auch weitere Mangel-
folgeschäden befürchten und zumindest vorläufige Ab-
dichtungsmaßnahmen geboten erscheinen läßt. Insofern
war hier die Setzung einer Frist für den Beginn der
Dachreparatur sachgerecht und für den Beklagten nicht
nachteilig.

1

Reagiert aber - wie hier - der Auftragnehmer auf die Vorlage des den Werkmangel aufzeigenden Sachverständigengutachtens und auf die mehrfache Aufforderung, binnen angemessener Frist mit der Nachbesserung zu beginnen, weder mit einer Erwiderung noch mit Nachbesserungsarbeiten, so ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, noch eine - in ihrer Angemessenheit kaum abschätzbare - Vornahmefrist zu setzen und diese erst ablaufen zu lassen, bevor zur Selbsthilfe gegriffen und Klage auf Kostenvorschuß erhoben wird. Der Auftraggeber hat dann berechtigten Anlaß zur Sorge, der Auftragnehmer werde sich seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen (vgl. Senatsurteil vom 10. Juni 1974 - VII ZR 4/73 = BauR 1975, 137).

4. Der Beklagte hat sich - nach dem den Tatrichtern beiderseits unterbreiteten Sachvortrag - weder auf das ihm am 19. Mai 1976 vom Amtsgericht Hamburg-Altona übersandte Gutachten des Sachverständigen C. [REDACTED] noch auf die Aufforderungen des von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer beauftragten Verwalters (und Klägers) Hack vom 1. und 14. Juni sowie 12. Juli 1976 geäußert. Mit Schreiben vom 12. August 1976 hat er zwar zu insgesamt 73 das Gemeinschaftseigentum betreffenden Mängelrügen - zumeist ablehnend - Stellung genommen, ist aber auf die verlangte Dachreparatur gerade nicht eingegangen. Unter diesen Umständen wäre eine weitere Fristsetzung, insbesondere die einer Vornahmefrist, eine den Klägern nicht zumutbare leere Förmlichkeit gewesen, die - wie das weitere Verhalten des Beklagten gezeigt hat - auch

nicht zum Erfolg geführt hätte (vgl. dazu BGH, Urteil 20. März 1975 - VII ZR 65/74 = BauR 1976, 285, 286).

Der Beklagte kann sich nicht darauf berufen, er sei vom 11. Juni bis 28. Juli 1976 in Urlaub gewesen und habe dies dem Verwalter auch mit Schreiben vom 10. Juni 1976 mitgeteilt. Abgesehen davon, daß die Kläger eine solche Unterrichtung bestreiten und der Beklagte ein entsprechendes Schreiben den Tatsachrichtern nicht vorgelegt hat, war er weder bei Eingang des Sachverständigengutachtens noch bei Zustellung des Einschreibens vom 1. Juni 1976 im Urlaub. Er hatte hinreichend Zeit, sich zu Gutachten und Nachbesserungsverlangen zu äußern und das Notwendige für die alsbaldige Dachreparatur zu veranlassen. Ob er darüber hinaus dafür sorgen mußte, daß auch in seiner Abwesenheit Mängelrügen der Wohnungserwerber entgegengenommen und erkennbare Mängel beseitigt wurden, kann dahinstehen. Jedenfalls hätte der Beklagte selbst bei Versäumung solcher Obliegenheiten noch nach Rückkehr aus dem Urlaub Gelegenheit gehabt, sich mit den Klägern ins Benehmen zu setzen und die alsbaldige Dachreparatur durch die Firma Si[REDACTED] in die Wege zu leiten. Der Beklagte will zwar in einem Schreiben vom 29. Juli 1976 - wie er erstmals in der Revisionsinstanz vorträgt - zu den Mängelrügen der Kläger Stellung genommen haben. Darin hat er aber nach seinen Angaben die Forderungen der Kläger entschieden zurückgewiesen, obwohl ihm die Mängel des Daches durch das Sachverständigengutachten bekannt waren und er genau wußte, welche Arbeiten die Kläger verlangten. Spätestens nach

Eingang seines Schreibens vom 12. August 1976 hatten die Kläger dann allen Anlaß anzunehmen, der Beklagte sei nicht bereit, das undichte Dach instandsetzen zu lassen. Sie durften daher am 20. August 1976 Klage auf Kostenvorschuß erheben und eine andere Firma mit der Dachreparatur beauftragen.

Daß die Kläger das passive Verhalten des Beklagten richtig gedeutet haben, bestätigt dessen Vorbringen in der Klageerwiderung vom 3. November 1976. Darin heißt es uneingeschränkt, das Dach sei "mangelfrei errichtet". Er sei zu eventueller Nachbesserung nicht verpflichtet. Der Beklagte leugnet seine Verantwortlichkeit für die vom Sachverständigen im Beweissicherungsverfahren festgestellten Mängel dem Umfang nach auch heute noch. Bei dieser Sachlage war es den Klägern nicht verwehrt, bereits im August 1976 die Nachbesserung selbst in die Hand zu nehmen. Die Befugnis des Verwalters, den Beklagten zur Mängelbeseitigung aufzufordern und ihn in Verzug zu setzen, kann nicht zweifelhaft sein (vgl. Senatsentscheidung BGHZ 81, 35, 38 m.w.N.)

II.

Nach alledem können die Urteile der Vorinstanzen keinen Bestand haben.

Da die Mangelhaftigkeit des Daches der Wohnungseigentumsanlage feststeht und der Beklagte dafür grundsätzlich einzustehen hat, ist die Zahlungsklage dem Grund nach gerechtfertigt. Nunmehr ist über den

Umfang der Gewährleistungspflicht des Beklagten und damit über den Betrag des Anspruchs zu befinden. Dabei ist zu beachten, daß der Beklagte - wie er im Revisionsverfahren noch einmal hervorgehoben hat - auch die Feststellungen des im Beweissicherungsverfahren tätig gewordenen Sachverständigen zum Umfang der Mängel an dem Dach angreift und sich im übrigen gegen die Höhe der von den Klägern geltend gemachten Mängelbeseitigungskosten wendet. Damit wird sich das Landgericht noch auseinanderzusetzen haben, das dazu teilweise schon Beweis erhoben hat.

Die Sache ist daher gemäß §§ 538 Abs. 1 Nr. 3, 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO an das Landgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten beider Rechtsmittelzüge zurückzuverweisen.

Girisch

Recken

RiBGH Bliesener ist
in Urlaub und kann daher
nicht unterschreiben.
Girisch

Obenhaus

Quack