BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 338/01

Verkündet am:
27. Februar 2003
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

VOB/B § 13 Nr. 5 Abs. 2 C;
BGB a.F. § 633 Abs. 3;
BGB n.F. § 636 i.V.m. § 323 Abs. 1; § 637

Nach dem fruchtlosen Ablauf der dem Auftragnehmer zur Nachbesserung oder Nacherfüllung gesetzten Frist ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, das Angebot des Auftragnehmers zur Mängelbeseitigung anzunehmen.

BGH, Urteil vom 27. Februar 2003 - VII ZR 338/01 - OLG Celle
LG Hannover

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Haß, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 23. August 2001 insoweit aufgehoben, als die Klage hinsichtlich der Forderung eines Kostenvorschusses in Höhe von 400.000 DM und der Forderung auf Erstattung der Vergütung des Sachverständigen in Höhe von 9.944,10 DM abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I.

Die Kläger, der Bauträger und die Erwerber, verlangen aus eigenem und abgetretenem Recht von dem Generalübernehmer, der die Wohnanlage für den Bauträger errichtet hat, Vorschuß, Minderung und Schadensersatz.

II.

1. Die Beklagte errichtete aufgrund eines Generalübernehmervertrages mit der Projektgesellschaft A. mbH, der Klägerin zu 1 a, eine Wohnungseigentumsanlage mit elf Eigentumswohnungen. Nach dem Vertrag war die Beklagte zur schlüsselfertigen Errichtung der Anlage verpflichtet. Die VOB/B war vereinbart. Die für die Bauausführung erforderliche Genehmigungs- und Ausführungsplanung, die ein Planungsbüro im Auftrag der Klägerin zu 1 a erstellte, waren Gegenstand des Vertrages. Die Klägerin zu 1 a trat in den Erwerberverträgen ihre Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagte an die Erwerber ab.

2. Im Jahre 1997 leiteten die Kläger zu 2 und 8 und 1 e ein selbständiges Beweisverfahren gegen die Klägerin zu 1 a als Veräußerer der Eigentumswohnungen ein und erklärten der Beklagten den Streit. Anschließend übermittelte Rechtsanwalt F. als Vertreter der Kläger der Beklagten am 11. September 1998 das im Beweisverfahren erstellte Gutachten und forderte die Beklagte unter Fristsetzung bis zum 15. November 1998 auf, die in diesem Gutachten festgestellten und die Beklagte betreffenden Mängel zu beseitigen.

Die Beklagte beanstandete die Mängelrüge als zu pauschal und erbat eine angemessene Prüfungsfrist. Rechtsanwalt F. verlängerte daraufhin im Namen der Kläger die Frist zur Nachbesserung bis zum 30. November 1998. Die Frist ließ die Beklagte verstreichen, ohne Mängelnachbesserungsarbeiten durchzuführen.

Am 13. November 1998 faßten die Wohnungseigentumsgemeinschaft, Kläger zu 1 a bis d, und die übrigen Erwerber, die noch nicht als Eigentümer eingetragen waren, auf der Grundlage des Sachverständigengutachtens folgenden Beschluß:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

"Die Eigentümerversammlung bevollmächtigt die Verwalterin, einen Rechtsstreit gegen die Projektgesellschaft A. und die Firma F. + v.d. L. zur Durchsetzung der Mängelbeseitigung/zur Erlangung der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung (Kostenvorschuss) zu führen. Eingeschlossen sind - soweit vorhanden - weitergehende Schadensersatzansprüche. Die Verwalterin wird weiterhin ermächtigt, Rechtsanwalt F. mit der Führung des Rechtsstreites zu beauftragen."

Als die Beklagte Anfang 1999 damit begann, die Balkonbeläge nachzubessern, verwies Rechtsanwalt F. die Beklagte von der Baustelle und verbot ihr jede weitere Nachbesserung.

Mit ihrer Klage verlangen die Kläger Kostenvorschuß in Höhe von 400.000 DM, Minderung wegen der mangelhaften Trittschalldämmung in Höhe von insgesamt 90.000 DM sowie Ersatz der Kosten für zwei Sachverständigengutachten.

III.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, die Berufung der Kläger hatte keinen Erfolg. Mit ihrer Revision erstreben die Kläger die Verurteilung der Beklagten. Der Senat hat die Revision insoweit angenommen, als die Klage hinsichtlich des Kostenvorschusses in Höhe von 400.000 DM und der an den Sachverständigen S. gezahlten Vergütung in Höhe von 9.944,10 DM keinen Erfolg hatte.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Die Revision hat im Umfang der Annahme Erfolg. Sie führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

2. Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

II.

1. Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Kläger auf Kostenvorschuß mit folgenden Erwägungen verneint:

Der Anspruch sei nicht begründet, weil die Kläger die Beklagte nicht gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert hätten. Die Mängelbeseitigungsaufforderung der Kläger enthalte keine hinreichende Bezeichnung der Mängelerscheinungen und der Mängel, deren Beseitigung von der Beklagten verlangt werde.

Das Gutachten des Sachverständigen U., auf das sich die Kläger bezogen hätten, enthalte Mängel, die auf der Bauausführung beruhen würden, andere Mängel, die auf Planungsmängel zurückzuführen seien, und eine Kategorie von Mängeln, die der Sachverständige nicht habe zuordnen können. Folglich hätten die Kläger gegenüber der Beklagten nicht ausreichend klargestellt, welche Mängel die Beklagte habe beseitigen sollen. Die Beklagte habe mehrfach darauf hingewiesen, daß sie nicht erkennen könne, welche Mängel sie beseitigen solle.

Es sei der Beklagten nicht zumutbar, daß sie die Auswahl treffe. Sie sei nicht verpflichtet, eine derartige Entscheidung zu ihren Lasten zu treffen, die von den Klägern sicherer hätte getroffen werden können und müssen.

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Die Bezeichnung der Mängel in dem Aufforderungsschreiben zur Mängelbeseitigung war ausreichend.

(1) Der Auftraggeber genügt den Anforderungen an die Bezeichnung des Mangels, wenn er die Mangelerscheinungen rügt. Er ist nicht verpflichtet, die Mangelursachen und die Verantwortlichkeit der am Bau beteiligten Unternehmer für die Mängel vorprozessual zu klären (st. Rspr.: vgl. BGH, Urteil vom 21. März 2002 - VII ZR 493/00, BGHZ 150, 226 = ZfBR 2002, 661 = BauR 2002, 1385 = NZBau 2002, 495).

(2) Diesen Anforderungen genügt die Bezeichnung der Mängel in dem Aufforderungsschreiben vom 11. September 1998. Aus dem Schreiben und dem als Anlage übersandten Gutachten war für die Beklagte erkennbar, daß die Kläger die Beklagte für alle im Gutachten genannten Mängel verantwortlich hielten und daß die Aufforderung zur Mängelbeseitigung alle Mängel umfaßte.

b) Der Umstand, daß die Kläger der Beklagten nach Ablauf der ihr zur Nachbesserung gesetzten Frist die Nachbesserung untersagt haben, berührt die den Klägern nach Ablauf der Frist zustehenden Gewährleistungsansprüche nicht.

Nach Ablauf der dem Auftragnehmer gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B gesetzten Frist ist der Auftragnehmer gehindert, ohne Zustimmung des Auftrag-

gebers nachzubessern. Nach Ablauf der Frist ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die vom Auftragnehmer angebotene Nachbesserung anzunehmen.

Die dem Auftraggeber nach dem fruchtlosen Ablauf der Nachbesserungsfrist zustehenden unterschiedlichen Gewährleistungsansprüche berechtigen ihn zu entscheiden, welche Ansprüche er gegen den Auftragnehmer geltend machen will. Mit dem berechtigten Interesse des Auftraggebers, diese Entscheidung über die Art der Vertragsabwicklung zu treffen, ist es unvereinbar, daß der Auftragnehmer gegen dessen Willen die Mängel nachbessert. Der Auftragnehmer wird dadurch nicht unangemessen benachteiligt. Die Situation nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist beruht darauf, daß der Auftragnehmer zweifach gegen seine Vertragspflichten verstoßen hat. Er hat die geschuldete Leistung vertragswidrig ausgeführt und auf die Aufforderung zur Mängelbeseitigung die geschuldete Mängelbeseitigung nicht durchgeführt.

Dieser Grundsatz gilt auch für den BGB-Vertrag nach dem fruchtlosen Ablauf einer für die Nachbesserung ohne Ablehnungsandrohung gesetzten Frist (§ 633 Abs. 3 BGB a.F.) und für den BGB-Vertrag nach fruchtlosem Ablauf einer dem Auftragnehmer zur Nacherfüllung gesetzten Frist (§ 636 i.V.m. § 323 Abs. 1 BGB; 637 BGB n.F.).

Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Urteil vom 16. September 1999 – VII ZR 456/98, BauR 2000, 98) kann nichts anderes entnommen werden. Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß das Abwicklungsverhältnis aus § 634 BGB a.F. nicht automatisch, sondern erst mit der Wahl des Bestellers eintritt, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert. In diesem Zusammenhang hat er zwar erwähnt, daß das Nachbesserungsrecht des Unternehmers bis zu dieser Wahl nicht erlischt (a.a.O., S. 100). Damit hat er aber nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Auftraggeber im Ver-

zug des Auftragnehmers gemäß § 633 Abs. 1 BGB a.F. verpflichtet ist, dessen Angebot zur Mängelbeseitigung anzunehmen.

IV.

1. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Kläger auf Erstattung der an den Sachverständigen S. gezahlten Vergütung in Höhe von 9.044,10 DM mit folgenden Erwägungen verneint:

Die Kosten in Höhe von 9.044,10 DM seien nicht durch eine mangelhafte Leistung der Beklagten verursacht, weil die Kläger den Sachverständigen S. beauftragt hätten, bevor die Beklagte in Verzug mit der Nachbesserung geraten sei. Es habe an einer ausreichenden Aufforderung zur Mängelbeseitigung gefehlt.

2. Diese Erwägungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand:

Der Verzug des Auftragnehmers mit der Nachbesserung ist nicht Voraussetzung des Anspruchs auf Erstattung der an den Sachverständigen gezahlten Vergütung. Die Kosten für ein Privatgutachten über Ursache und Ausmaß der eingetretenen und vielleicht noch zu erwartenden Mängel sind Man-

gelfolgeschäden. Dieser Schadensersatzanspruch entsteht neben dem Nachbesserungsanspruch, so daß eine Fristsetzung gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B keine Anspruchsvoraussetzung ist (BGH, Urteil vom 13. September 2001 - VII ZR 392/00, BauR 2002, 86 = ZfBR 2002, 57 = NZBau 2002, 31).

Dressler Thode Haß

Kuffer Kniffka