

3

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 376/85

Verkündet am:
22. Januar 1987
H e n c o,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Schlußentscheidung

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Hans und Helga K [REDACTED], U [REDACTED] B [REDACTED]-
straße [REDACTED], C [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger,
Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Architekten Gerhard S c h [REDACTED], M [REDACTED]-
A [REDACTED]-Straße [REDACTED], C [REDACTED],

Kläger, Widerbeklagten,
Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Dr. Recken, Obenhaus, Prof. Dr. Walchshöfer und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 5. November 1985 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagten in Ziffer III des Urteilspruchs zur Zahlung von mehr als 4.842,22 DM nebst Zinsen verurteilt worden sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Beklagten haben 4/7 der Kosten des Revisionsverfahrens zu tragen. Die Entscheidung über die restlichen 3/7 wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Auf ein Angebot des Klägers bestellten die Beklagten mit Werkvertrag vom 17. Oktober 1978 ein Einfamilienhaus zum Pauschalpreis von 306.000 DM, das auf einem von ihnen zuvor erworbenen Grundstück errichtet werden und am 1. September 1979 bezugsfertig sein sollte. Für "nach Bezugsfreigabe" auftretende Mängel vereinbarten die Parteien die Gewährleistungsbestimmungen der VOB/B und die Abtretung von Gewährleistungsansprüchen gegen die am Bau Beteiligten. Erst am 17. Oktober 1980 fand eine gemeinsame Begehung der Baustelle unter Beteiligung eines von den Beklagten zugezogenen Architekten statt, welcher darüber einen Vermerk vom 22. Oktober 1980 fertigte und den Parteien zusandte. Die Beklagten erhielten am 31. Oktober 1980 die Hausschlüssel, zogen aber erst im März 1981 ein. Seit Oktober 1980 beanstandeten sie zahlreiche Baumängel und hielten Zahlungen zurück.

Der Kläger hat 61.187,47 DM Restwerklohn nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagten haben die Fälligkeit bestritten, ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht und mit Ersatzansprüchen aufgerechnet. Außerdem haben sie im Wege der Widerklage die Beseitigung von 46 im einzelnen bezeichneten Mängeln verlangt. Der Kläger ist dem entgegengetreten und hat die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat dem Kläger 30.000 DM nebst Zinsen sowie weitere 28.236,77 DM Zug um Zug gegen Beseitigung von 32 Mängeln zuerkannt und ihn auf die Widerklage zur Beseitigung von 17 Mängeln verurteilt, im übrigen Klage und Widerklage abgewiesen.



Auf die Berufungen der Parteien hat das Oberlandesgericht dem Kläger nur 20.000 DM nebst Zinsen und weitere 28.425,21 DM Zug um Zug gegen Beseitigung von 33 Mängeln zugesprochen und in diesem Umfang auch der Widerklage stattgegeben. Mit der - teilweise angenommenen - Revision machen die Beklagten jetzt noch Ersatzansprüche im Gesamtbetrag von 15.157,78 DM geltend, und erstreben in diesem Umfang die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, die Revision auch insoweit zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Nach der beschränkten Annahme der Revision der Beklagten sind nur noch folgende Erstattungsforderungen im Streit:

1. Kosten der Bauausheizung (2.021 DM),
2. Kosten einer Abdeckplatte vor der vom Kläger nur "roh" erstellten Außentreppe zum Garten (260,21 DM),
3. Kosten der Erstellung einer Treppe zur Garage (5.367,50 DM),
4. Kosten der fehlenden Isolierung der Wasserleitungen (261,93 DM),
5. weitere Mietkosten ab 1. November 1980 (2.500 DM),
6. Kosten erhöhten Ölverbrauchs (3.417,17 DM),
7. vorgerichtliche Mahnauslagen (1.329,97 DM).

In diesen 7 Punkten hat die Revision aus den nachfolgenden Gründen Erfolg:

1. Nachdem das Landgericht den Anspruch auf Erstattung der Bauausheizungskosten dem Grunde nach für gerechtfertigt gehalten hatte, hat das Berufungsgericht hinreichende Belege für den behaupteten Aufwand vermißt. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

Die Beklagten haben in der Berufungsinstanz vorgetragen und mit Rechnungen belegt, daß der Tank in dem neuen Haus im November 1979 voll gefüllt worden sei und daß am 1. November 1980 3.343 Liter zum Preise von 2.021 DM nachgefüllt worden seien. Da die Beklagten bis dahin das Haus nicht bezogen hatten, kann das verbrauchte Öl wohl nur für die Ausheizung des Neubaus verwendet worden sein. Der Anspruch ist demnach hinreichend dargetan und durfte nicht mit der Begründung verneint werden, genügender Beweis sei nicht geführt.

2. Nachdem das Landgericht bereits ein Geländer für die "Rohtreppe" zum Garten für erforderlich gehalten und 500 DM als Kosten anerkannt hatte, haben die Beklagten in der Berufungsinstanz noch die Kosten für eine Abdeckplatte gemäß Rechnung der Firma J. [REDACTED] vom 16. November 1982 in Höhe von 260,21 DM (einschl. MWSt) geltend gemacht. Soweit das Berufungsgericht diesen Anspruch wegen Verjährung abweist, kann ihm nicht gefolgt werden.

Der streitige Anspruch war nämlich bereits Gegenstand der Klageerwiderung vom April 1981 und kann daher unter Zu-

grundelegung einer Abnahme des Hauses am 17. Oktober 1980 bei Rüge des Mangels nicht verjährt gewesen sein, selbst wenn die Abnahme sich auf diese Treppe erstreckt haben sollte, was die Beklagten bestreiten. Deshalb war die Aufrechnung mit diesem Anspruch weiter möglich (§§ 639 Abs. 1, 479, 390 BGB).

3. Landgericht und Berufungsgericht haben einen Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen der Beklagten für den Bau einer Treppe zur Garage mit der Begründung verneint, die Beklagten hätten sich diesen Anspruch bei der Abnahme nicht vorbehalten. Auch dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

Zwar ist mit den Vorinstanzen davon auszugehen, daß das Haus trotz erkannter Mängel bei der Begehung am 17. Oktober 1980 abgenommen worden ist. Nach dem Protokoll und der Aussage des von den Beklagten zugezogenen Architekten sind jedoch die Außenanlagen samt Garage von der Abnahme ausgenommen worden, weil sie nicht fertig waren. Überdies ist ein Bedarf für die von den Beklagten gebaute Brücke zur Garage erst dadurch entstanden, daß der Kläger das Erdreich vor der Garage weggebaggert und abgefahren hat, so daß die Garage gewissermaßen "in der Luft hing". Die von den Beklagten getroffene Maßnahme kann daher vom Kläger veranlaßt worden sein. Ob sie erforderlich war und die aufgewendeten Kosten angemessen sind, bedarf der Prüfung. Der Kosten-erstattungsanspruch der Beklagten durfte jedenfalls nicht wegen Fehlens eines Vorbehalts bei der - insoweit gar nicht vorgenommenen - Abnahme verneint werden.

4. Das Berufungsgericht sieht auch den Anspruch auf Erstattung der Kosten der bei der Bauerstellung unter-

lassenen Isolierung der Wasserleitungen zu Unrecht als verjährt an.

Auch dieser Anspruch ist bereits mit der Klageerwiderung in Höhe von 261,93 DM geltend gemacht worden, schlüssig dargetan, jetzt auch belegt und war damals nicht verjährt, falls es sich dabei überhaupt um einen Gewährleistungsanspruch handelt. Die Aufrechnung mit ihm war daher weiter möglich (§§ 639 Abs. 1, 479, 390 BGB).

5. Das Berufungsgericht nimmt an, daß der Kläger dem Grunde nach verpflichtet ist, die durch seinen Fertigstellungsverzug verursachten Mietkosten zu ersetzen, und spricht den Beklagten die bis zum 31. Oktober 1980 geltend gemachten Beträge zu. Es versagt einen Schadensersatzanspruch jedoch für die folgende Zeit mit der Begründung, die Beklagten hätten am 1. November 1980 einziehen können. Dies greift die Revision mit Erfolg an.

Das Berufungsgericht setzt sich nämlich nicht mit dem von dem Architekten F bestätigten Vortrag der Beklagten auseinander, das Haus sei wegen der zahlreichen Mängel bei der Schlüsselübergabe noch nicht bewohnbar gewesen. Ersichtlich hat das Berufungsgericht insofern das Beweisergebnis erster Instanz übersehen. An Sachvortrag und Beweiserbieten der Beklagten fehlt es nicht. Die Abweisung des Anspruchs mit solcher Begründung ist daher nicht gerechtfertigt.

6. Das Berufungsgericht hält den Vortrag der Beklagten zu erhöhtem Ölverbrauch in der alten Wohnung bis zum Einzug in das neue Haus für nicht verständlich und nicht überprüfbar. Das ist nicht richtig.

Die Beklagten haben in der Berufungsinstanz schlüssig vorgetragen, sie hätten in der alten Wohnung erheblich mehr Heizöl verbraucht, als sie in dem neuen Haus ab 1. September 1979 bei rechtzeitiger Fertigstellung verbraucht hätten. Damit ist ein adäquater Verzugsschaden dem Grunde nach hinreichend dargetan. Zur behaupteten Höhe des Schadens (3.417,17 DM) haben die Beklagten Verbrauchsrechnungen und -kalkulation vorgelegt, welche dem Tatrichter eine Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO erlauben. Sollten diese Unterlagen dem Berufungsgericht nicht für eine Schätzung ausreichen, so müssen die Beklagten darauf hingewiesen werden. Es muß ihnen dann Gelegenheit zu weiteren Beweisantritten, etwa Einholung eines Sachverständigengutachtens, gegeben werden. Der Anspruch darf jedenfalls nicht mit der Begründung verneint werden, die aufgemachte Rechnung über den erhöhten Ölverbrauch sei nicht verständlich und daher der Ersatzanspruch nicht schlüssig vorgetragen.

7. Das Landgericht hatte eine schlüssige Darlegung ersatzfähiger außerprozessualer Anwaltskosten dem Grunde und der Höhe nach vermißt. Daraufhin haben die Beklagten in der Berufungsinstanz ihr Vorbringen ergänzt. Danach diene das anwaltliche Bemühen seit Mai 1980 vor allem dazu, den Kläger zur Fertigstellung und Mängelbeseitigung anzuhalten. Das Berufungsgericht vermißt dazu eine Nachfristsetzung. Das beanstandet die Revision zu Recht.

Ausweislich des von den Beklagten vorgelegten Schriftwechsels haben zunächst die Beklagten persönlich mit Schreiben vom 15. März 1980 die Fertigstellung angemahnt sowie mit Schreiben vom 6., 10. und 17. April 1980 Frist zur Fertigstellung bis 30. April 1980 gesetzt. Alsdann hat der spätere Prozeßbevollmächtigte der Beklagten mit

Schreiben vom 6. Mai und 21. August 1980 auf den Verzug bei Fertigstellung und Mängelbeseitigung hingewiesen sowie Nachfristen gesetzt. Für die Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß der Kläger mehrfach von den Beklagten in Verzug gesetzt worden ist und daher den Beklagten die in der Folge angefallenen Anwaltsgebühren zu ersetzen hat. Über deren angemessene Höhe wird das Berufungsgericht zu befinden haben und dabei beachten müssen, daß die Beklagten nur Ersatz anteiliger, mit den späteren Prozeßkosten nicht abgegoltener Anwaltskosten verlangen, die auf bereits vor Klageerhebung vom Kläger beseitigte Mängel entfallen.

II.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil im Umfang der Annahme der Revision aufzuheben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über 3/7 der Kosten

des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzu-
verweisen. Die Entscheidung über 4/7 der Kosten des Re-
visionsverfahrens beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Girisch

Recken

Obenhaus

Walchshöfer

Quack