BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 84/05

Verkündet am:
23. Februar 2006
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 634 a.F.

a) Beschließt die Wohnungseigentümergemeinschaft im Einverständnis mit dem Veräußerer von Wohnungseigentum, über notwendige Mängelbeseitigungsarbeiten erst nach Vorlage eines Sanierungskonzepts zu entscheiden, weil die Mängelursachen noch nicht ausreichend sicher nachgewiesen sind, bleibt die Fälligkeit des Mängelbeseitigungsanspruchs des einzelnen Erwerbers davon grundsätzlich unberührt.

b) Der Erwerber ist berechtigt, dem Veräußerer ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer eine angemessene Frist mit Ablehnungsandrohung zur Beseitigung der Mängel unter vorheriger Vorlage des Sanierungskonzepts zu setzen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erlischt der Erfüllungsanspruch dieses Erwerbers. Er ist dann berechtigt, großen Schadensersatz zu fordern oder den Vertrag zu wandeln (im Anschluss an BGH, Urteil vom 30. April 1998 - VII ZR 47/97, BauR 1998, 783 = ZfBR 1998, 245).

c) Eine mit Ablehnungsandrohung verbundene Frist zur Aufnahme der Arbeiten und zum Nachweis der Beauftragung eines Drittunternehmers genügt den Anforderungen an eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung im Sinne des § 634 Abs. 1 BGB nicht.

BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - VII ZR 84/05 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. Februar 2006 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 23. Februar 2005 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger begehrt von der Beklagten im Wege des Schadensersatzes wegen Mängeln Rückabwicklung eines Vertrages über den Erwerb einer Eigentumswohnung und die Feststellung der Einstandspflicht der Beklagten für künftige Schäden.

2 Er erwarb die noch nicht fertig gestellte Wohnung am 16. Dezember 1994. Die Abnahme erfolgte im Jahre 1995. Mit Schreiben vom 25. Mai 1999 zeigte der Kläger durchdringende Nässe mit Schimmelbildung, Risse in der Wand zum Treppenhaus sowie Deckenrisse im Bad an. Die Beklagte bestätigte

die Mängelanzeige und bezog die Mängel in ein im Februar 1998 eingeleitetes Beweisverfahren gegen den Generalunternehmer ein. In diesem Beweisverfahren waren auch Mängel anderer Wohnungen Gegenstand. Im Dezember 2001 teilte die Beklagte den Wohnungseigentümern den Stand des Beweisverfahrens mit und bat, von juristischen Schritten bis zum 31. Januar 2002 Abstand zu nehmen. Im selbständigen Beweisverfahren wurden Gutachten am 25. Oktober 2000 und 20. Dezember 2001 vorgelegt. Die Wohnungseigentümer wurden über den Stand des Verfahrens erneut am 12. März 2002 informiert.

3 Mit Schreiben vom 24. Mai 2002 zeigte der Kläger neben den bereits gerügten Mängeln Risse in der Außenfassade an. Er forderte die Beklagte auf, die Beseitigung der insgesamt angezeigten Mängel unverzüglich einzuleiten und dies durch Vorlage entsprechender Auftragserteilungen bis zum 7. Juni 2002 nachzuweisen. Für den fruchtlosen Fristablauf kündigte er die Ablehnung der Nachbesserung an. Der Kläger verlängerte die Frist auf Bitten der Beklagten auf den 10. Juni 2002. Die Beklagte erteilte der Fa. D. den Auftrag, die vom Kläger gerügten Mängel zu beseitigen und zeigte dies unter dem 10. Juni 2002 an.

4 Die Wohnungseigentümergemeinschaft lehnte am 24. Juni 2002 den Vorschlag der Beklagten ab, auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten aus dem selbständigen Beweisverfahren mit Sanierungsarbeiten an der Wohnanlage zu beginnen. Sie forderte eine genaue Beschreibung der Arbeiten von der Beklagten. Diese Beschreibung sollte Grundlage für die Entscheidung der Gemeinschaft über die Sanierung der Wohnanlage sein. Danach wies der Kläger die Sanierung durch die Fa. D. als ungeeignet zurück und reichte am 17. Juli 2002 die Klage ein. Mit dieser fordert er gegen Rückgabe der Eigentumswohnung Zahlung von 222.341,64 € und beantragt die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten.

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

5 Am 21. August 2002 stellte die Beklagte ein Sanierungskonzept vor. Unter dem 11. Dezember 2002 wiederholte der Kläger seine Mängelrüge, forderte zur Mängelbeseitigung bis zum 14. Januar 2003 auf und kündigte für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs an, die Nachbesserung abzulehnen. Die Beklagte nahm vom 13. bis 15. Januar 2003 Mängelbeseitigungsarbeiten in der Wohnung des Klägers vor. Nach Freigabe der Sanierungsarbeiten durch die Wohnungseigentümergemeinschaft am 5. Februar 2003 führte die Beklagte Mängelbeseitigungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durch. Ob dadurch sämtliche Mängel beseitigt sind, ist streitig.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten ist sie abgewiesen worden. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 Auf das Schuldverhältnis findet das Bürgerliche Gesetzbuch in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung Anwendung (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

9 Das Berufungsgericht hält den Kläger für berechtigt, den großen Schadensersatz ohne Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer durchzusetzen.

Er sei auch befugt gewesen, die Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung liege jedoch nicht vor.

10 Das Schreiben vom 24. Mai 2002 genüge den Anforderungen an die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht, weil die Beklagte lediglich aufgefordert worden sei, die Beseitigung der Mängel unverzüglich einzuleiten. Es fehle an einer Frist, bis zu deren Ablauf die Mängelbeseitigung erfolgreich abgeschlossen sein müsse. Dem Schreiben vom 24. Mai 2002 komme auch nicht ausnahmsweise die Wirkung einer Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung zu. Der Beklagte habe sich der Mängelbeseitigung nicht hartnäckig widersetzt. Er habe auf die erste Rüge durch Einbeziehung der Mängel in das Beweisverfahren reagiert. Dagegen habe der Kläger keine Einwände gehabt. Auf die Mängelrüge vom 24. Mai 2002 habe die Beklagte der Fa. D. den Auftrag erteilt. Der Kläger habe selbst dazu beigetragen, dass weder diese bereits beauftragten Arbeiten ausgeführt noch eine anderweitige Sanierung begonnen worden sei. Er habe sich in der Wohnungseigentümerversammlung vom 24. Juni 2002 gegen die von der Beklagten vorgeschlagenen Sanierung des gesamten Häuserkomplexes auf Grundlage der vorliegenden Gutachten ausgesprochen im Hinblick darauf, dass ein das Gemeinschaftseigentum betreffendes thermografisches Gutachten noch ausstehe, und an dem Gemeinschaftsbeschluss mitgewirkt. Er habe die Beauftragung der Fa. D. als ungeeignet zurückgewiesen.

11 Die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom 11. Dezember 2002 sei unwirksam, weil sie zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, zu dem der Mängelbeseitigungsanspruch noch nicht fällig gewesen sei. Sie sei deshalb ins Leere gegangen. Durch das Verlangen nach einem Sanierungskonzept habe die Wohnungseigentümergemeinschaft unter aktiver Mitwirkung des Klägers am 24. Juni 2002 die Fälligkeit der Verpflichtung der Beklagten zur Mängelbeseitigung hinausgeschoben. Das ergebe sich eindeutig aus dem Wortlaut des Be-

schlusses. Es sei beschlossen worden, dass eine Entscheidung bezüglich der durch die Generalunternehmerin geplanten Arbeiten vertagt werde und erst nach Vorlage der Arbeitsbeschreibung getroffen werde. Die Frist zur Vorlage des Sanierungskonzepts sei am 11. Dezember 2002 noch nicht abgelaufen gewesen. Dazu sei die Einholung eines thermografischen Gutachtens notwendig gewesen. Die Untersuchungen dazu hätten erst im November 2002 durchgeführt werden können. Danach sei der Beklagten noch eine Frist zur Vorlage des Konzepts einzuräumen gewesen. Eine vermeintliche Zusage eines Vertreters der Beklagten, das Konzept innerhalb von vier Wochen vorzulegen, könne schon deshalb nicht als bindend verstanden werden, weil das Gutachten noch ausgestanden habe und erst bei Außentemperaturen von 10 Grad habe durchgeführt werden können. Die Wohnungseigentümer hätten auch auf einer weiteren Versammlung vom 21. August 2002 keine Frist gesetzt.

12 Der Beschluss der Wohnungseigentümergemeinschaft, mit dem die Fälligkeit der Mängelbeseitigungspflicht hinausgeschoben worden sei, wirke auch gegen den Kläger. Denn er habe aktiv daran mitgewirkt.

13 Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung sei nicht ausnahmsweise entbehrlich gewesen. Die Mängelbeseitigung sei nicht unmöglich gewesen, vielmehr sei die Beklagte durch den Beschluss nur vorübergehend gehindert gewesen, ihrer Verpflichtung zur Mängelbeseitigung nachzukommen. Das Abwarten sei dem Kläger zumutbar gewesen. Die Behauptung, die Beklagte habe lediglich ungeeignete Maßnahmen angeboten, werde durch keinerlei erwiderungsfähige Tatsachen gestützt. Eine beharrliche Weigerung, die Mängel zu beseitigen, könne ebenfalls nicht festgestellt werden. Eine solche Verweigerung könne selbst dann nicht angenommen werden, wenn vereinzelte Mängel, die der Kläger allerdings nicht konkret bezeichne, noch vorhanden sein sollten. Auch der Umstand, dass die Beklagte nicht bereits frühzeitig ein thermografi-

sches Gutachten eingeholt habe, mache die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht entbehrlich. Die Beklagte habe davon ausgehen können, dass die Mängel am Gemeinschaftseigentum einschließlich der Ursachen umfassend, aber auch zügig, in dem selbständigen Beweisverfahren festgestellt würden.

II.

14 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

15 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger den Anspruch auf großen Schadensersatz ungeachtet des Umstands, dass ein Teil der Mängel das Gemeinschaftseigentum betrifft, selbständig geltend machen kann. Die Erwägungen, die für die Beschränkung der Durchsetzungsbefugnis des Anspruchs eines Erwerbers auf kleinen Schadensersatz oder Minderung maßgebend sind (vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1979 - VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 263 ff.), gelten nicht für den Anspruch auf großen Schadensersatz. Die Ausübung dieses Rechts beeinträchtigt weder schutzwürdige Belange des Bauträgers noch der Wohnungseigentümergemeinschaft. Es besteht deshalb kein Grund, die Durchsetzung des Anspruchs von der Mitwirkung der Wohnungseigentümergemeinschaft abhängig zu machen (Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 11. Teil, Rdn. 272 ff., m.w.N. auch zur Gegenmeinung; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 4. Aufl., Rdn. 920; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 11. Aufl., Rdn. 475; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. Juli 1971 - V ZR 50/69, WM 1971, 1251, 1252 zur Wandelung).

16 2. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass dem einzelnen Erwerber der Anspruch auf großen Schadensersatz unter den Voraussetzungen

der §§ 634, 635 BGB zusteht. Danach muss eine vom Besteller gesetzte und mit einer Ablehnungsandrohung verbundene Frist zur Mängelbeseitigung abgelaufen sein, es sei denn, die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entbehrlich. Das Berufungsurteil lässt keine Rechtsfehler erkennen, soweit es eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung für nicht entbehrlich hält. Die Behauptung der Revision, der Kläger habe zum Zeitpunkt des Schadensersatzbegehrens bereits über sechs Jahre hinweg vergeblich Mängelbeseitigung verlangt, findet in den Feststellungen des Berufungsgerichts keine Stütze. Danach hat er erstmalig am 25. Mai 1999 Mängel schriftlich gerügt. Die Beklagte hat die Mängelbeseitigung nach dieser Rüge nicht in einer Weise verzögert, die es dem Kläger unzumutbar machte, sie noch hinzunehmen. Das hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt. Die Beklagte hat die Mängelbeseitigung auch während des Prozesses nicht endgültig verweigert. Das gilt auch, soweit sie die Einrede der Verjährung für den Fall erhoben hat, dass die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung wirksam sein sollte. Denn die Beklagte hat sich damit nicht ihrer Mängelbeseitigungsverpflichtung entziehen wollen, wie allein dadurch zum Ausdruck kommt, dass sie die Mängelbeseitigung durchführen ließ. Insoweit liegt der Fall grundlegend anders als der vom Senat mit Urteil vom 5. Dezember 2002 - VII ZR 360/01 (BauR 2003, 386 = NZBau 2003, 149 = ZfBR 2003, 253) entschiedene Fall.

17 Eine endgültige Verweigerung liegt selbst dann nicht vor, wenn noch Mängel vorliegen. Das Berufungsgericht hat darauf abgestellt, dass der Kläger noch vorhandene Mängel bisher nicht substantiiert bezeichnet hat. Die Revision hat nicht aufgezeigt, dass der Kläger etwa noch vorhandene Mängel in einer Weise gerügt hätte, die den Schluss zuließe, die Beklagte würde die Beseitigung solcher Mängel endgültig verweigern. Der Kläger hat bisher lediglich darauf hingewiesen, dass trotz der Mängelbeseitigungsmaßnahmen und der Anbringung eines Wärmeverbundsystems immer noch Risse aufträten.

18 3. Danach kommt es darauf an, ob der Kläger der Beklagten wirksam eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hat, die fruchtlos abgelaufen ist. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Kläger ohne Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer diese Frist setzen konnte. Der Erwerber kann die Frist zur Mängelbeseitigung auch dann selbständig setzen, wenn er die Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums verlangt. Interessen der Gemeinschaft oder des Bauträgers erfordern keine Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer. Der einzelne Erwerber kann die Rechte aus seinem mit dem Veräußerer geschlossenen Vertrag grundsätzlich selbständig durchsetzen. Ebenso kann er grundsätzlich selbständig die gesetzlichen Voraussetzungen für seine Rechte schaffen. Etwas anderes gilt nur, soweit durch das Vorgehen des Erwerbers schützenswerte Interessen der Wohnungseigentümer oder des Veräußerers beeinträchtigt sind. Eine Beeinträchtigung der Interessen anderer Wohnungseigentümer oder des Veräußerers ist nicht erkennbar, wenn der Erwerber dem Veräußerer eine Frist mit Ablehnungsandrohung setzt (Bergmann, Der Wohnungseigentümer als Kläger und Verfahrensführer, S. 35 f.; Ott, NZBau 2003, 234, 239; Staudinger/Bub, 12. Aufl., WEG, § 21 Rdn. 274; Koeble, aaO, Rdn. 265). Beseitigt der Veräußerer die Mängel innerhalb der Frist, ist den Interessen aller Wohnungseigentümer und auch des Veräußerers Genüge getan. Beseitigt er die Mängel nicht, erlischt der Erfüllungsanspruch des Erwerbers, der die Frist gesetzt hat, § 634 Abs. 1 Satz 3, 2. Halbsatz BGB. Die Erfüllungsansprüche der übrigen Erwerber bleiben davon unberührt. Der Veräußerer ist damit allerdings einerseits den Erfüllungsansprüchen der übrigen Wohnungseigentümer und andererseits den sekundären Ansprüchen des Erwerbers ausgesetzt, der die Frist gesetzt hat. Das ist entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung (Pause, NJW 1993, 553, 556 f.; Bärmann/Pick/Merle, WEG, 7. Aufl., § 21 Rdn. 11) unbedenklich. Der Erwerber kann keinen kleinen Schadensersatz und auch keine Minderung verlangen. Diese Rechtsfolgen kann er

aus der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ohne Mitwirkung der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht herleiten. Das hat der Senat im Hinblick auf die Gemeinschaftsbezogenheit dieser Ansprüche entschieden (BGH, Urteil vom 30. April 1998 - VII ZR 47/97, BauR 1998, 783 = ZfBR 1998, 245). Dagegen kann der Erwerber nach fruchtlosem Ablauf der Frist den großen Schadensersatz oder die Wandelung verlangen. Gemeinschaftsinteressen sind dadurch nicht berührt.

19 Anders ist die Rechtslage, wenn der Erwerber von vornherein mit der Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ausschließlich und erkennbar die Voraussetzungen für Ansprüche schaffen wollte, die er nur gemeinschaftlich mit den Wohnungseigentümern durchsetzen kann, also Ansprüche auf Schadensersatz in Höhe der Mängelbeseitigungskosten oder die Minderung. In diesem Fall, wie er auch dem Urteil des Senats vom 21. Juli 2005 (VII ZR 304/03, BauR 2005, 1623 = NZBau 2005, 585 = ZfBR 2005, 789) zugrunde lag, ist die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung insgesamt unwirksam, so dass der Erwerber weiterhin Erfüllung verlangen kann oder im Fall der Selbstvornahme Ersatz der Aufwendungen für die Mängelbeseitigung. Dann erfüllt die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht die Voraussetzungen für den großen Schadensersatzanspruch oder das Recht auf Wandelung.

20 4. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, das Schreiben vom 24. Mai 2002 enthalte keine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Eine Erklärung im Sinne des § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt nur vor, wenn der Besteller den Unternehmer auffordert, die Mängel innerhalb der gesetzten Frist zu beseitigen, und ankündigt, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist die Nachbesserung ablehne (BGH, Urteil vom 16. September 1999 - VII ZR 456/98, BGHZ 142, 278, 282; Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 93/01, BauR 2004, 501 = NZBau 2004, 153 = ZfBR 2004,

ZfBR 2004, 252). Diesen Anforderungen genügt die Erklärung des Beklagten nicht. Er hat lediglich eine Frist gesetzt, die Beseitigung der Mängel unverzüglich einzuleiten und dies durch Vorlage entsprechender Auftragserteilungen nachzuweisen. Der Besteller kann die gesetzlichen Voraussetzungen für den Schadensersatzanspruch nicht beliebig verändern, indem er die Ablehnung der Nachbesserung allein davon abhängig macht, dass ihm die Beauftragung einer Firma zur Mängelbeseitigung angezeigt wird.

21 Der Senat hat darauf hingewiesen, dass eine vergleichbare Erklärung nicht ohne Belang ist, wenn es um die Beurteilung geht, ob eine ordnungsgemäße Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung noch notwendig ist (BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 - VII ZR 301/80, BauR 1982, 496). Das passive Verhalten des Unternehmers nach einer derartigen Fristsetzung zur Aufnahme der Arbeiten kann Anlass zur Sorge geben, dieser werde sich der Pflicht zur Mängelbeseitigung entziehen. Dann ist es dem Auftraggeber nicht zuzumuten, noch eine Vornahmefrist zu setzen und diese erst ablaufen zu lassen, bevor er die Ansprüche wegen der Mängel geltend macht.

22 Rechtsfehlerfrei ist das Berufungsgericht zu der Auffassung gelangt, ein vergleichbarer Fall liege nicht vor, weil sich die Beklagte ihrer Mängelbeseitigungspflicht nicht entzogen habe. Die Beklagte war bereit, die Mängel zu beseitigen, und hat sich auch nicht der Forderung der Wohnungseigentümer widersetzt, auf der Grundlage eines thermografischen Gutachtens ein Sanierungskonzept vorzulegen.

23 5. Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vom 11. Dezember 2002 sei ins Leere gegangen, weil die Wohnungseigentümergemeinschaft die Fälligkeit der Mängelbeseitigungspflicht hinausgeschoben habe, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

24 Diese Auffassung des Berufungsgerichts beruht auf einer fehlerhaften Auslegung des Beschlusses der Wohnungseigentümer vom 24. Juni 2002, die nicht sämtliche Umstände berücksichtigt und den Grundsatz einer interessengerechten Auslegung missachtet.

25 Die Wohnungseigentümer haben in der Versammlung der Beklagten Verschleppung der Mängelbeseitigung vorgeworfen und Bedenken dagegen geäußert, dass die von der Beklagten beabsichtigte Sanierung auf der Grundlage der vorliegenden Gutachten zu einer nachhaltigen Mängelbeseitigung führe. Dazu hatten sie insbesondere deswegen Anlass, weil ein für die Wohnung der Eigentümer G. erstelltes thermografisches Gutachten Wärmebrücken ausgewiesen hatte und zu befürchten war, dass die festgestellten Mängel in den anderen Wohnungen und in der Außenfassade auch auf dieselben oder ähnliche Fehler zurückzuführen waren. Darauf beruhte die Forderung, für die gesamte Wohnanlage auf der Grundlage eines bereits beauftragten thermografischen Gutachtens ein Sanierungskonzept vorzulegen. Der Vertreter der Beklagten hat darauf hingewiesen, dass die Mängelursache noch nicht geklärt sei, eine oberflächliche Mängelbeseitigung nicht angestrebt werde und noch weitere Gutachten eingeholt werden müssten.

26 Aus dem Beschluss und dem Protokoll der Wohnungseigentümerversammlung ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Beschluss die Fälligkeit der Mängelbeseitigungspflicht der Beklagten hinausgeschoben werden sollte. Ein derartiger Wille liegt schon deshalb fern, weil die Wohnungseigentümergemeinschaft nicht berechtigt war, die vertraglichen Ansprüche der einzelnen Erwerber zu regeln und über die Fälligkeit dieser Ansprüche zu disponieren. Vielmehr bringt der Beschluss lediglich den in Übereinstimmung mit dem Vertreter des Beklagten gefassten Willen zum Ausdruck, die Mängelbeseitigung in einer Weise zu betreiben bzw. zuzulassen, die einen nachhaltigen Er-

folg gewährleistet. Keinesfalls wollte die Gemeinschaft die Beklagte aus ihrer Verpflichtung entlassen, die Mängelbeseitigung unverzüglich vorzunehmen. Sie hat lediglich als Teil der von der Beklagten erwarteten Anstrengungen ein Konzept auf der Grundlage eines thermografischen Gutachtens gefordert.

27 6. Danach ist die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht deshalb ins Leere gegangen, weil der Anspruch des Klägers auf Mängelbeseitigung noch nicht fällig war. Der Anspruch des Klägers war fällig. Er war am 11. Dezember 2002 nicht gehindert, die Mängelbeseitigung binnen angemessener Frist zu fordern. Mit dieser Forderung setzte er sich auch nicht in Widerspruch zu dem Gemeinschaftsbeschluss vom 24. Juni 2002 und seiner aktiven Mitwirkung an diesem Beschluss. Die Mängelbeseitigungsaufforderung des Klägers ist dahin zu verstehen, auf der Grundlage eines der Wohnungseigentümergemeinschaft vorzulegenden, geeigneten Konzepts die Mängelbeseitigung vorzunehmen. Sie beinhaltet also konkludent auch die Verpflichtung, ein Sanierungskonzept vorzulegen, das zu einer nachhaltigen Beseitigung der Mängel führt.

28 Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung ist die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht deshalb unbeachtlich, weil der Kläger bereits Klage auf großen Schadensersatz erhoben hatte und er eine Mängelbeseitigung nicht mehr gewollt habe. Die während des Prozesses erfolgte Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung diente dazu, die Voraussetzung für den geltend gemachten Anspruch zu schaffen. Dass der Kläger nicht mehr bereit gewesen wäre, die Mängelbeseitigung hinzunehmen, ist nicht ersichtlich.

29 Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob die Frist aus dem Schreiben vom 11. Dezember 2002 angemessen war und fruchtlos abgelaufen ist. Es meint, die Frist dürfte zu kurz gewesen sein, sieht aber, dass dann

eine angemessene Frist läuft. Der Senat kann nicht beurteilen, ob die Frist bis zum 14. Januar 2003 zu kurz war und gegebenenfalls die Mängelbeseitigung in angemessener Frist erfolgt ist.

III.

30 Das Urteil des Berufungsgerichts ist aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird festzustellen haben, ob die Mängel in der gesetzten bzw. angemessenen Frist beseitigt worden sind. Der Senat weist darauf hin, dass die Angemessenheit der Frist nicht allein danach beurteilt werden kann, welchen Zeitraum der Unternehmer für die Mängelbeseitigung normaler Weise benötigt. Angemessen ist eine Frist, wenn während ihrer Dauer die Mängel unter größten Anstrengungen des Unternehmers beseitigt werden können (BGH, Urteil vom 11. Juni 1964 - VII ZR 216/62 n.v.). Denn sie hat nicht den Zweck, den Schuldner in die Lage zu versetzen, nun erst die Bewirkung seiner Leistung in die Wege zu leiten, sondern sie soll ihm nur noch eine letzte Gelegenheit geben, die Erfüllung zu vollenden (BGH, Urteil vom 13. April 1961 - VII ZR 109/60 n.v.; OLG Stuttgart, BauR 2003, 108). Das Berufungsgericht muss deshalb mit in seine Erwägungen einbeziehen, dass der Kläger die Mängelbeseitigung schon lange vor dem Dezember nachhaltig gefordert hat und die Beklagte deshalb schon längere Zeit in der Lage war, die geeigneten Schritte zu unternehmen. So war z.B. die Notwendigkeit eines umfassenden thermografischen Gutachtens bereits Anfang 2002 in der Diskussion. Der Umstand, dass das Beweisverfahren gegen den Generalunternehmer verzögert wurde, ist allein nicht ausreichend, die Verzögerungen der Mängelbeseitigung zu rechtfertigen.

31 Das Berufungsgericht wird auch der Frage nachzugehen haben, inwieweit die Mängel (innerhalb der angemessenen Frist) überhaupt beseitigt sind. Der Kläger hat behauptet, die von der Beklagten vorgenommenen Maßnahmen seien ungeeignet gewesen, die Ursachen für die Rissbildungen zu beseitigen.

Dressler Hausmann Wiebel

Kuffer Kniffka

Vorinstanzen:
LG Potsdam, Entscheidung vom 11.04.2003 - 1 O 388/02 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 23.02.2005 - 4 U 72/03 -