

9

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 459, 476, 633 Abs. 3

- a) Beschränkt der Verkäufer eines Grundstücks die Gewährleistung auf die Beseitigung eines schon bei Vertragsschluß erkannten Mangels, so kann er grundsätzlich nicht verlangen, daß ihm nach Gefahrübergang noch Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben wird.
- b) Der Käufer kann in diesem Falle den Verkäufer durch sofortige Mahnung mit der Nachbesserung des Mangels in Verzug setzen und sich dadurch die Möglichkeit eröffnen, ein Selbstbeseitigungsrecht entsprechend § 633 Abs. 3 BGB auszuüben. Ist der Gefahrübergang nach dem Kalender bestimmt, steht ihm dieses Recht ohne Mahnung zu.

BGH, Urt. v. 3. November 1989 - V ZR 57/88 - OLG München
LG München II

BUNDESGERICHTSHOF

9

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 57/88

URTEIL

Verkündet am:
3. November 1989
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Walter R [REDACTED], W [REDACTED]straße 42, M [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Richard D [REDACTED], G [REDACTED]straße 19, B [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WII

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Hagen und die Richter Linden, Dr. Räfle, Dr. Wenzel und Tropf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. Januar 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als nicht schon durch den Teilannahmefeststellungsbeschuß des Senats vom 24. November 1988 über die Revision entschieden worden ist.

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

Der Kläger kaufte von den beklagten Eheleuten am 30. April 1986 ein bereits seit längerem erstelltes, bisher von diesen bewohntes Hausanwesen. Als Zeitpunkt der Übergabe und des Gefahrübergangs war der 31. Juli 1986 vorgesehen. Art. V des Vertrags schloß die Gewähr für Sachmängel aus. In Art. XII war folgendes bestimmt:

"Der Verkäufer hat noch diejenigen Kosten zu tragen, die durch die Reparatur des Hagelschadens (bereits in Auftrag gegeben) entstehen."

Die Vertragsbestimmung ging darauf zurück, daß das Gebäude im Sommer 1984 durch Hagel Schäden am Dach (Ziegeldach und mit Blech gedecktes Flachdach), an der Fassadenverkleidung und an den Fenstern erlitten hatte. Der erstbeklagte Ehemann hatte der Firma Franz T. [REDACTED], Spenglerei und Bedachung, in M. [REDACTED] einen Reparaturauftrag erteilt, der sich auf das Ziegeldach und die Schäden an den Fenstern beschränkte. Von der Firma T. [REDACTED] wegen des Werklohns gerichtlich in Anspruch genommen, hatte er sich u.a. damit verteidigt, die Arbeiten seien nicht ordnungsgemäß ausgeführt worden. Bei Abschluß des Kaufvertrages der Parteien war der Rechtsstreit beim Amtsgericht anhängig.

Am 12. August 1986 setzte der Kläger dem Erstbeklagten zur Behebung der Hagelschäden eine Frist bis 22. August 1986. Zugleich wies er ihn darauf hin, daß er nach Fristablauf eine Leistung der Beklagten ablehnen und die Arbeiten im Wege der Ersatzvornahme durch Dritte durchführen lassen werde. In seiner Antwort vom 19. August 1986 bat der Erstbeklagte, ihm im Hinblick auf einen zum 25. August 1986 anstehenden Termin des Amtsgerichts noch Zeit einzuräumen. Er habe den Hagelschaden bislang nicht beseitigen lassen, da noch nicht feststehe, ob das Gericht dem Dachdecker die Nachbesserung zubillige oder er selbst die Möglichkeit habe, einen anderen Handwerker zu beauftragen. Mit Anwaltsschreiben vom 4. September 1986 erklärte der Kläger, er werde, wie angekündigt, die Schäden im Wege der Ersatzvornahme beseitigen und verbiete dem Erstbeklagten den Zutritt zum Grundstück.

Der Kläger hat im ersten Rechtszug, gestützt auf ein Schätzgutachten, einen Vorschuß für die Reparatur aller Hagelschäden von 51.143,82 DM und Erstattung der Gutachterkosten, insgesamt Zahlung von 53.561,54 DM, verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

In der Berufung hat der Kläger in erster Linie seine Ansprüche im bisherigen Umfang weiter verfolgt. Hilfsweise hat er die Klage auf Ersatz der Kosten einer von ihm veranlaßten Dachreparatur und einen Kostenvoranschlag für weitere Arbeiten (Rechnung der Firma Rudolf F. [REDACTED] GmbH, M. [REDACTED] vom 11. März 1987 ohne Position 022 und Kostenvoranschlag vom 25. Mai 1987) gestützt. Einen danach errechneten Betrag von

46.383,23 DM hat er hilfsweise als Schadensersatz verlangt. Die von Firma F[REDACTED] ausgeführten und veranschlagten Arbeiten hätten sich ausschließlich auf die Reparatur des Ziegeldaches bezogen.

Die Berufung ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision hat der Kläger die Ansprüche auf Vorschuß und Aufwendungsersatz in Höhe von 52.083,23 DM (ungekürzte Rechnung der Firma F[REDACTED] und deren Voranschlag) weiterverfolgt. Hinsichtlich der Zweitbeklagten hat er das Rechtsmittel zurückgenommen. Der Senat hat die Revision wegen eines Betrags von 44.965,06 DM (Rechnung der Firma F[REDACTED] ohne Pos. 020 und 022, 35.155,04 DM, Kostenvoranschlag über 9.810,02 DM) sowie wegen der auf die Aufwendungen verlangten Zinsen angenommen. Der Erstbeklagte (künftig: Beklagte) beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat Art. XII des Kaufvertrages dahin ausgelegt, daß dem Kläger ein Anspruch auf Nachbesserung nur für die Hagelschäden am Ziegeldach und an den Fenstern des Gebäudes zustehe. Hiervon ist, nachdem die Revision wegen der Schäden an weiteren Teilen des Gebäudes nicht angenommen wurde, im folgenden auszugehen.

II.

Das Berufungsgericht hat Zahlungsansprüche nach § 633 Abs. 3 BGB abgelehnt, da der Kläger den Beklagten nicht durch wirksame Mahnung in Verzug gesetzt habe. Mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse sei dem Beklagten zur Suche nach einem geeigneten Handwerksbetrieb und für die Durchführung der Reparatur eine Frist von mindestens drei Wochen einzuräumen gewesen. Die Fristsetzung im Schreiben vom 12. August 1986 sei daher unzulässig kurz gewesen. Der Ablauf einer angemessenen Frist sei durch die anwaltliche Ablehnung der Nachbesserung verhindert worden, denn es müsse davon ausgegangen werden, daß das Schreiben vom 12. August den Beklagten erst am 18. August 1986 erreicht habe.

Diese Erwägungen halten der Revision nicht stand.

1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, den Anspruch auf Aufwendungsersatz und Zahlung eines Vorschusses aus § 633 Abs. 3 BGB herzuleiten. Wenn in einem Kaufvertrag der Verkäufer die Nachbesserung als einzigen Gewährleistungsanspruch eingeräumt hat, finden auf diesen die Vorschriften des Werkvertrages über die Mängelbeseitigung entsprechende Anwendung (BGH Urt. v. 30. Juni 1971, VIII ZR 39/70, NJW 1971, 1793, 1794; BGH Urt. v. 29. Oktober 1975, VIII ZR 103/74, NJW 1976, 234, 235). Hiervon in dem Falle abzuweichen, daß die übernommene Gewährleistung sich auf einen einzelnen Mangel beschränkt, besteht kein Anlaß.

2. Rechtsfehlerhaft ist indessen die Auffassung des Berufungsgerichts, der das Selbstbeseitigungsrecht des Klägers entsprechend § 633 Abs. 3 BGB auslösende Verzug des Beklagten mit der Nachbesserung habe vorausgesetzt, daß diesem im Anschluß an die Übergabe des Grundstücks und den Übergang der Gefahr weitere Gelegenheit zur Beseitigung der Schäden gegeben worden wäre.

a) Beim Werkvertrag, wo zum Zeitpunkt der Übernahme der Herstellungspflicht das Auftreten eines Werkmangels im allgemeinen lediglich einen möglichen künftigen Störfall darstellt, entsteht eine Mangelbeseitigungspflicht des Unternehmers allerdings erst dann, wenn der Besteller ein entsprechendes Verlangen an ihn stellt (§ 633 Abs. 2 BGB). Mit der Beseitigungspflicht in Verzug gesetzt werden kann der Unternehmer erst, wenn ihm eine angemessene Zeit zur Erfüllung des Verlangens eingeräumt war. Vorher hat er die Verzögerung nicht zu vertreten (§ 285 BGB; vgl. MünchKomm/Soergel, BGB 2. Aufl. § 633 Rdn. 140).

Ähnliches gilt beim Kauf, wenn das dem Käufer einzig eingeräumte Nachbesserungsrecht für den nur möglichen Fall des Auftretens eines Mangels zum maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs (§ 459 BGB) vereinbart ist. Der Verkäufer hat in diesem Falle, wie ein Werkunternehmer, ein berechtigtes Interesse daran, daß er, bevor er mit den vielfach höheren Kosten der Selbstbeseitigung durch den Käufer belastet wird, Gelegenheit erhält, dem Mangel abzuhelpen. Ihm kann nicht vorgehalten werden, er hätte im Anschluß an den Vertrag alsbald Maßnahmen zur Mangelbeseitigung ergreifen

können. So gelagerte Sachverhalte lagen den beiden Entscheidungen vom 30. Juni 1971 und 29. Oktober 1975 zugrunde.

b) Anders liegen die Dinge, wenn der Verkäufer, wie hier der Beklagte, Gewähr dafür leistet, daß ein beim Abschluß des Kaufes bestehender Mangel zum maßgeblichen Gewährleistungszeitpunkt nicht mehr vorhanden ist. Dann bedarf es, wenn gleichwohl der Gewährleistungsfall eintritt, keines besonderen Beseitigungsverlangens des Käufers mehr. Das Verlangen ist vielmehr bereits vorweg in der Vereinbarung über die Gewährleistung zum Ausdruck gekommen.

Im Unterschied zum Werkunternehmer (vgl. § 634 Abs. 1 Satz 2 BGB) kann der Verkäufer, wenn die Parteien nichts Abweichendes vorgesehen haben, vor Gefahrübergang allerdings nicht auf Beseitigung des Mangels in Anspruch genommen werden (vgl. BGHZ 34, 32, 34). Mißlingt dem Verkäufer indessen die mangelfreie Leistung, so entsteht mit Gefahrübergang das dem Käufer einzig eingeräumte Nachbesserungsrecht als sofort fälliger Anspruch (§ 271 Abs. 1 BGB). Das typische Risiko des Verkäufers, die Sache bei Gefahrübergang mangelfrei zu halten, wirkt sich weiter dahin aus, daß er grundsätzlich jede nach diesem Zeitpunkt eintretende Verzögerung zu vertreten hat. Wenn sich aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien oder nach den Umständen, etwa einem Mißverhältnis zwischen dem Nachbesserungsaufwand und der bis zum Gefahrübergang verbleibenden Zeitspanne, nichts anderes ergibt, kann der Käufer den Verkäufer jederzeit mit der Beseitigungspflicht in Verzug setzen (§ 284 Abs. 1 BGB). Damit eröffnet er sich die Möglichkeit, dem Verkäufer die Befugnis zur Nachbesserung zu entziehen und ihm die erforderlichen

Kosten einer selbst übernommenen Mangelbeseitigung aufzubürden. Ist der Zeitpunkt des Gefahrübergangs nach dem Kalender bestimmt, so kann der Käufer ohne vorherige Mahnung zur Selbstbeseitigung des Mangels schreiten (§ 284 Abs. 2 BGB).

3. Danach kam der Beklagte mit Ablauf des im Kaufvertrag kalendermäßig bestimmten Tages des Gefahrübergangs, des 31. Juli 1986, zugleich mit Entstehen und Fälligwerden der Nachbesserungspflicht in Schuldnerverzug. Am Gebrauch der dadurch eröffneten Möglichkeit, den Hagelschaden selbst zu beseitigen, war der Kläger allerdings vorübergehend, nämlich bis zum Ablauf der von ihm selbst am 12. August 1986 gesetzten Nachbesserungsfrist (22. August 1986), gehindert. Diese Frist war indessen bei Ausübung des Selbstbeseitigungsrechts, die der Kläger durch das Anwaltschreiben vom 4. September 1986 zum Ausdruck brachte, abgelaufen.

Vereinbarungen, die zu einem hiervon abweichenden Ergebnis führen würden, haben die Parteien nicht getroffen.

a) Zu Unrecht wirft der Beklagte dem Berufungsgericht mit der Gegenrüge vor, es habe bei der Auslegung des Kaufvertrages sein Vorbringen unberücksichtigt gelassen, aus der Formulierung des Art. XII ergebe sich, daß er der Reparatur durch die Firma T [REDACTED] nicht habe vorgreifen müssen. Die Parteien haben zur Niederschrift des Landgerichts erklärt, ihr gemeinsamer Wille sei es gewesen, daß die Beklagten die Hagelschäden, sei es selbst, sei es durch einen Dritten, beseitigten; auf die Übernahme der Kosten des an Firma T [REDACTED] vergebenen Reparaturauftrags hätten sie sich nicht beschränken dürfen. Dieser Wille der Parteien hat in der

beurkundeten Erklärung einen, wenn auch unvollkommenen, Ausdruck gefunden und bestimmt daher den Inhalt der Verbindlichkeit. Danach lag die Auslegung, die der Beklagte der Vertragsbestimmung geben will, so fern, daß sich das Berufungsgericht, ohne gegen § 286 ZPO zu verstoßen, mit ihr nicht eigens auseinandersetzen mußte. Dies gilt um so mehr, als nicht der Beklagte die Firma T [REDACTED] auf Durchführung von Nachbesserungsarbeiten in Anspruch genommen hatte, sondern sich gegen deren Werklohnforderung mit der Rüge einer mangelhaften Unternehmerleistung verteidigte.

b) Dem Eintritt des Schuldnerverzugs würde es auch nicht entgegenstehen, wenn der Beklagte, was das Berufungsgericht offengelassen hat, mit Veränderungen an dem beschädigten Dach solange hätte zuwarten dürfen, bis der im Rechtsstreit mit der Firma T [REDACTED] bestellte Sachverständige dieses besichtigt hatte. Auch wenn Art. XII des Kaufvertrages im Hinblick auf die von dem Beklagten behaupteten mündlichen Erklärungen der Parteien so auszulegen wäre, daß er den Verkäufern ein Leistungsverweigerungsrecht eröffnete, falls nach der Besichtigung keine hinreichende Zeit für die Nachbesserung verblieb, wäre Verzug mit Ablauf des 31. Juli 1986 eingetreten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts über die zur Nachbesserung erforderliche Zeit wären die Voraussetzungen eines Leistungsverweigerungsrechts nicht erfüllt gewesen. Zwischen der unstreitig am 19. Juni 1986 durchgeführten Besichtigung der Schäden durch den Sachverständigen und dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs lagen etwa sechs Wochen, also das Doppelte der vom Berufungsgericht festgestellten Mindestdauer der Nachbesserung. Hierbei ist zusätzlich zu berücksichtigen, daß nach den weiteren Fest-

stellungen im Berufungsurteil die für die Nachbesserung nötige Zeitspanne zu wesentlichen Teilen auf die Suche nach einem geeigneten Handwerksbetrieb entfiel. Diese Vorbereitungstätigkeit konnte der Beklagte aber schon bis zur Berücksichtigung des Daches durch den Sachverständigen abgeschlossen haben.

In keinem Falle durfte der Beklagte den Kläger auf die Zeit nach dem Termin des Amtsgerichts vom 25. August 1986 verweisen; denn dieser Termin war für die Schlußverhandlung angesetzt, ein gerichtlicher Augenschein nicht in Aussicht genommen. Ebenso konnte der Beklagte dem Selbstbeseitigungsrecht des Klägers Ende August 1986 nicht mehr mit dem Angebot entgegentreten, die Reparatur durch einen dritten Handwerker (Dachdecker A■■■■) durchführen zu lassen. Das Berufungsgericht hat den hierfür vom Beklagten angetretenen Beweis zu Recht nicht erhoben.

III.

Das Berufungsurteil läßt sich nicht mit der weiteren Begründung aufrechterhalten, der Anspruch auf Aufwendungsersatz und Vorschuß sei der Höhe nach unsubstantiiert geblieben.

Das Berufungsgericht hat, allerdings unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, gemeint, es bleibe unklar, wie sich die Summe von 46.383,23 DM zusammensetze. Dies beruht jedoch auf einer unzulänglichen Würdigung des Parteivortrags. Aus der Berufungsbegründung in Verbindung mit den ihr beigelegten Anlagen ergibt sich, daß der Betrag

die Summe sämtlicher Positionen der Rechnung der Firma Fink vom 11. März 1987 mit Ausnahme des Postens 022, der ausdrücklich als "nicht den Hagelschaden betreffend" ausgewiesen war, und des Kostenvoranschlags desselben Unternehmens vom 25. Mai 1987 darstellte. Wenn dem Berufungsgericht dieser Zusammenhang verschlossen blieb, hätte es nach § 139 ZPO für Aufklärung sorgen müssen.

Da der Senat keine eigenen Feststellungen zur Höhe der umstrittenen Ansprüche treffen kann, ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 561, 565 ZPO).

Hagen

Linden

Räfle

Wenzel

Tropf