



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 78/00

Verkündet am:
25. Juni 2002
Potsch
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Keukenschrijver, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das am 22. März 2000 verkündete Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10. September 1998 wegen eines Betrags von 59.416,97 DM nebst anteiligen Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin macht gegen den Beklagten, der einen Elektroinstallationsbetrieb führte, Ansprüche wegen mangelhafter Werkleistungen bei der Errichtung der Elektroinstallation, einer Satellitenempfangs- und einer Alarmanlage beim Bau eines Zweifamilienhauses in W. seit 1986 geltend. Im Lauf des Jahres 1990 kam es zu Unstimmigkeiten, weil die Klägerin meinte, der Beklagte und seine Leute arbeiteten schleppend, sowie zu mehreren Mahnungen unter Fristsetzung und Androhung von Schadensersatzansprüchen. Schließlich entzog die Klägerin dem Beklagten den Auftrag und beauftragte eine nicht in das Handelsregister eingetragene "K. OHG" mit der Fertigstellung. Eingetragen war jedoch eine Elektro R.-K. OHG, der neben dem Streithelfer und einem weiteren Gesellschafter auch der Beklagte als Gesellschafter angehörte; diese Gesellschaft stellte Mitte 1991 ihre Tätigkeit ein, nachdem sie weitere Zahlungen in Höhe von 50.690,24 DM erhalten hatte. Auch mit der Tätigkeit dieser Gesellschaft war die Klägerin nicht zufrieden. Die Anlagen wurden später z.T. in Eigenarbeit mit einem Bekannten des Ehemanns der Klägerin, z.T. durch Dritunternehmen, fertiggestellt.

Die Klägerin hat sich auf Mängel berufen und einen Mängelbeseitigungsaufwand von 44.416,97 DM sowie einen Minderwert von 15.000,-- DM geltend gemacht, weiter einen Rückzahlungsanspruch von 4.062,07 DM, der nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens ist. Das Landgericht hat unter Aufhebung eines stattgebenden Versäumnisurteils die Klage abgewiesen, weil es nach Durchführung der Beweisaufnahme Mängel nicht für erwiesen angesehen hat und weil die Fertigstellung keine Mehrkosten verursacht habe. Die Beru-

fung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der Revision verfolgt die Klägerin die geltend gemachten Ansprüche mit Ausnahme des Rückzahlungsanspruchs weiter. Der Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Das zulässige Rechtsmittel führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen ist.

I. 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klägerin habe schon keinen Sachverhalt vorgetragen, der dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch begründet. Für Schadensersatzansprüche aus §§ 634, 635 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (nachfolgend: a.F.) fehle es an einer Fristsetzung und Ablehnungsandrohung. In den der Klägerin zuzurechnenden Schreiben ihres Ehemanns gehe es ausschließlich um Fortführung und Beendigung der Installationsarbeiten und nicht um die Beseitigung von Mängeln. Fristsetzung und Ablehnungsandrohung seien auch nicht entbehrlich gewesen, weil weder Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung noch deren ernsthafte und endgültige Verweigerung vorgetragen seien. Auch eine Unzumutbarkeit der Mängelbeseitigung durch den Beklagten sei nicht dargelegt.

Das Berufungsgericht ist weiter zu dem Ergebnis gekommen, daß der Klägerin auch ein Aufwendungsersatzanspruch nach § 633 Abs. 3 BGB a.F.

nicht zustehe, weil der Beklagte nicht mit der Beseitigung eines konkret bezeichneten Mangels in Verzug gesetzt worden sei. Es hat allerdings einen Schadensersatzanspruch wegen verspäteter Herstellung nach § 636 Abs. 1 Satz 2, § 326 BGB a.F. dem Grunde nach bejaht; insoweit hat es jedoch angenommen, daß es an der Darlegung eines Schadens fehle.

2. Die Revision ist demgegenüber der Ansicht, ein Anspruch aus § 633 Abs. 3 BGB a.F. wegen des Mängelbeseitigungsaufwands habe nicht verneint werden dürfen. Der Auftragnehmer befinde sich nicht erst nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung in Verzug, sondern bereits dann, wenn er die Fertigstellungsfristen schuldhaft überschreite. Das Berufungsgericht habe zudem festgestellt, daß sich der Beklagte in Verzug befunden habe.

3. Dem Angriff kann der Erfolg nicht versagt bleiben. Das Berufungsgericht hat festgestellt (BU 16 unten), daß sich der Beklagte mit einer werkvertraglichen Hauptleistungspflicht in Verzug befunden habe. Die Befugnis des Bestellers zur Ersatzvornahme gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. ist nicht auf den Zeitpunkt nach Abnahme des Werks beschränkt (Sen.Urt. v. 16.11.1993 - X ZR 7/92, NJW 1994, 942; vgl. auch Sen.Urt. v. 26.9.1996 - X ZR 33/94, NJW 1997, 50). Vor der Abnahme muß der Besteller zudem lediglich dartun, daß ein Mangel besteht oder das Werk unvollständig ist (Sen.Urt. v. 24.11.1998 - X ZR 21/96, NJW-RR 1999, 347). Zur Geltendmachung des Anspruchs müssen die Voraussetzungen der §§ 635, 634 BGB a.F. nicht vorliegen (Sen.Urt. v. 17.2.1999 - X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813, 814). Auf der Grundlage seiner eigenen Feststellungen und dieser Rechtsprechung hätte das Berufungsgericht somit einen Anspruch nach § 633 Abs. 3 BGB a.F. dem Grunde nach nicht verneinen dürfen. Es kann deshalb dahinstehen, ob der An-

spruch auf Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme auch auf anderer rechtlicher Grundlage, etwa als Schadensersatzanspruch nach § 326 BGB a.F., gegeben ist; die Ausführungen des Berufungsurteils zur Frage der Fristsetzung und Ablehnungsandrohung auf Seite 14 unten einerseits und Seite 17 zweiter Absatz andererseits sind nicht ohne weiteres miteinander in Einklang zu bringen.

Das Berufungsgericht hat weiter nicht geprüft, ob - über einen reinen Verzögerungsschaden hinaus - die von der Klägerin mit 44.416,97 DM bezifferten Mängelbeseitigungskosten angefallen sind. Die Prüfung, ob und wieweit dies der Fall ist und in welcher Höhe sie gerechtfertigt sind, wird im wiedereröffneten Berufungsrechtszug nachzuholen sein.

II. Auch hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche auf Ersatz eines Minderwerts kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. In seinem Tatbestand ist festgestellt, daß sich die Klägerin auf unzureichenden Empfang der Satellitenanlage wegen unrichtiger Verlegung und weitere verbliebene Mängel berufen hat. Für die Geltendmachung eines trotz Mängelbeseitigung verbleibenden merkantilen oder technischen Minderwerts sind Fristsetzung und Ablehnungsandrohung nicht erforderlich (BGHZ 96, 221, 227; BGH, Urt. v. 19.9.1985 - VII ZR 158/84, NJW 1986, 428; BGH, Urt. v. 8.10.1987 - VII ZR 45/87, NJW-RR 1988, 208), so daß es auch insoweit einer Auflösung des aufgezeigten Widerspruchs für die Entscheidung über die Revision nicht bedarf. Daß ein Minderungsanspruch nicht ausreichend dargelegt sei, hat das

Berufungsgericht nur floskelhaft und nicht in nachvollziehbarer Weise ausgeführt. Insoweit rügt die Revision mit Recht Vortrag als übergegangen, daß bestimmte - näher bezeichnete - Mängel bei der Nachbesserung nicht zu beseitigen gewesen seien (GA III 548). Auch dem wird das Berufungsgericht nachzugehen haben.

Melullis

Keukenschrijver

Mühlens

Meier-Beck

Asendorf