



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

X ZR 233/00

Verkündet am:  
15. Januar 2002  
Wermes  
Justizhauptsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ:                   nein  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

§ 634 Abs. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung

1. Die Verzögerung der Eröffnung oder die behördliche Androhung der Schließung eines Geschäftslokals können Ausnahmesituationen sein, die es rechtfertigen, davon abzusehen, den Unternehmer unter Fristsetzung zur Beseitigung eines Mangels des Werks aufzufordern.
2. Eine vom Zuwarten auf die Mangelbeseitigung durch den Unternehmer ausgehende Störung ist nicht unerheblich und kann daher eine sofortige eigene Mangelbeseitigung durch den Besteller rechtfertigen, wenn an einem Freitag von einer Behörde die Schließung eines Geschäftsbetriebs zu Beginn der kommenden Woche für den Fall angedroht wird, daß bis dahin der Grund für

die von dem Geschäftsbetrieb ausgehenden Emissionen nicht beseitigt sind, und der die Emissionen auslösende Mangel des Werks erst im Zuge der vom Besteller am Tag der Androhung eingeleiteten Arbeiten zum Abstellen der Emissionen zu Tage tritt.

BGH, Urteil vom 15.1.2002 - X ZR 233/00 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis und die Richter Prof. Dr. Jestaedt, Scharen, Keukenschrijver und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 8. November 2000 verkündete Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte beauftragte die Klägerin 1996 mit dem Einbau einer Klima- und Lüftungsanlage in sein Geschäftshaus in H.. Dabei wurde vereinbart, daß die Abluftrohre einen Durchmesser von 150 mm aufweisen sollten. Rohre dieses Durchmessers wurden von der Klägerin überwiegend eingebaut; lediglich am oberen Ende der Anlage fand aus zwischen den Parteien streitigen Gründen ein Rohr von nur 80 mm Durchmesser Verwendung. Für die vom Beklagten abgenommenen Leistungen rechnete die Klägerin einschließlich einiger Zusatzleistungen insgesamt 332.581,48 DM ab. Der Beklagte zahlte hierauf einen Teilbetrag von 238.973,79 DM. Mit der Klage begehrt die Klägerin die Zahlung der restlichen Vergütung von 93.607,69 DM nebst Zinsen. Der Vergütungsan-

spruch wird vom Beklagten nicht bestritten. Er verteidigt sich gegen die Klageforderung durch Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 92.044,53 DM.

Der zur Aufrechnung gestellten Forderung liegt im wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

In dem Haus des Beklagten wurden nach dem Einbau der Klima- und Lüftungsanlage durch die Klägerin zunächst unter anderem eine Metzgerei und ein Restaurant betrieben. Ab Dezember 1998 wurde nach einer Nutzungsänderung in den Räumen der Metzgerei ein Schnellimbüß eröffnet, dessen Abluft zu Geruchsbelästigungen bei den Mietern des Beklagten und in der Nachbarschaft führte. Aus diesem Grunde ließ der Betreiber des Geschäfts noch im Dezember 1998 Arbeiten an der Lüftungsanlage durchführen, ohne daß die Geruchsbelästigungen abgestellt werden konnten. Am 8. Januar 1999 führte die Polizeibehörde der Stadt H. eine Ortsbegehung durch und drohte die Schließung des Geschäfts für den Fall an, daß die Geruchsbelästigungen nicht bis zum 12. Januar 1999 abgestellt würden. Der Beklagte ließ daraufhin Arbeiten an der Anlage durchführen, in deren Verlauf unter anderem ein zusätzliches Abluftrohr verlegt wurde. Im Rahmen dieser Arbeiten stellte sich heraus, daß die Klägerin im Bereich des Dachaustritts Abluftrohre mit einem Durchmesser von nur 80 mm eingebaut hatte.

Die Klägerin hat im wesentlichen geltend gemacht, die ihr in Auftrag gegebenen Arbeiten ordnungsgemäß ausgeführt zu haben. Der Einbau von Abluftrohren mit einem Durchmesser von 80 mm statt 150 mm im Bereich des Dachaustritts sei auf Veranlassung des Bauleiters des Beklagten erfolgt. Die zur Aufrechnung gestellten Forderungen beträfen keine Aufwendungen zur Beseitigung angeblicher Mängel ihres Werks, sondern würden aus Aufwendungen für den Einbau eines ganz anderen, zusätzlichen Werks resultieren, das durch die Nutzungsänderung im Haus des Beklagten erforderlich geworden sei. Sie

habe nicht den Auftrag gehabt, eine Abluftanlage mit Filtern für eine Garküche, sondern lediglich eine Raumabluftanlage für eine Metzgerei zu installieren.

Der Beklagte hat im wesentlichen geltend gemacht, der der Klägerin erteilte Auftrag habe die Erstellung einer Klima- und Lüftungsanlage zum Inhalt gehabt, deren Abluftrohre einen Durchmesser von 150 mm aufweisen. Die Klägerin habe an entscheidenden Stellen ohne Absprache mit ihm den Rohrdurchmesser der Abluftrohre verengt, was zu den Geruchsbelästigungen im Hause und in der Nachbarschaft geführt habe. Nachdem ihm aufgrund der Begehung eine Frist zur Abstellung der Geruchsbelästigungen bis zum 12. Januar 1999 gesetzt worden sei, habe er im wesentlichen einen weiteren Abluftkanal verlegen und die Abluftanlage für den Schnellimbiß verbessern lassen, um seine Schließung zu vermeiden. Erst bei Durchführung dieser Arbeiten sei die Verringerung des Querschnitts der von der Klägerin verlegten Abluftrohre festgestellt worden; bis dahin habe sie - weil das Rohr unter Putz verlegt gewesen sei - nicht entdeckt werden können. Das Entstehen der Geruchsbelästigungen sei allein auf die Querschnittsveränderungen in der von der Klägerin erstellten Abluftanlage zurückzuführen. Deshalb habe die Klägerin die Kosten für die Beseitigung der durch die vertragswidrige Ausführung des Werks entstandenen Aufwendungen zu tragen.

Das Landgericht hat der Werklohnklage im wesentlichen stattgegeben und dazu ausgeführt, die zur Aufrechnung gestellten Beträge betreffen Kosten für Einbauten, die nicht Gegenstand des der Klägerin erteilten Auftrags gewesen seien, sondern über diesen deutlich hinausgingen. Zudem habe der Beklagte die Voraussetzungen des geltend gemachten Schadensersatzanspruchs, nämlich Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und Ablehnungsandrohung, nicht dargelegt. Die Berufung des Beklagten hatte im Zinspunkt teilweise Erfolg, im übrigen hat sie das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Abweisung der Klage in vollem Umfang weiter. Die Klägerin ist der Revision entgegengetreten.

Entscheidungsgründe :

Die zulässige Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht hat den restlichen Vergütungsanspruch der Klägerin für unstreitig und aus §§ 631, 632 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung (im Folgenden a.F.) begründet gehalten. Das läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

II. 1. Das Berufungsgericht hat die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenansprüche für unbegründet gehalten. Es hat dazu im wesentlichen ausgeführt, die geltend gemachten Kosten beträfen keine Mängelbeseitigung, sondern seien für eine Umrüstung der von der Klägerin erstellten Abluftanlage für den Betrieb eines Imbisses aufgewendet worden. Es sei zwar unstreitig, daß die Klägerin den Rohrdurchmesser der Abluftrohre beim Austritt aus dem Dachgeschoß von 150 mm auf 80 mm reduziert habe und damit von der vertraglichen Vorgabe abgewichen sei, die generell einen Rohrdurchmesser von 150 mm vorgesehen habe. Soweit der Beklagte behauptete, der Durchmesser der Rohre sei an entscheidenden Stellen zu gering dimensioniert gewesen, sei dies kein ausreichend substantiiertes Vortrag im Hinblick auf weitere Engstellen. Die Rohre seien überprüft und ausgetauscht worden. Aus der Erklärung des Geschäftsführers der Firma R. GmbH (nachfolgend: R.) ergebe sich nur die Reduzierung des Durchmessers im Dachgeschoß unterhalb des Rohraustritts. Ob die Reduzierung des Durchmessers in diesem Bereich einen Mangel der geschuldeten Anlage darstelle, die nicht für einen Imbißbetrieb, sondern für eine Metzgerei konzipiert gewesen sei, könne dahinstehen. Es bedürfe auch keiner Prüfung, ob die Änderung des Rohrdurchmessers im Austrittsbereich auf Anweisung der Bauleitung geschehen sei. Denn es sei unstri-

tig, daß die Anlage der Entfernung der Abluft aus der dort ursprünglich betriebenen Metzgerei gedient habe. Daß die Anlage wegen der Reduzierung des Durchmessers dafür nicht geeignet gewesen sei, behauptete der Beklagte nicht ausreichend konkret. Selbst wenn die Reduzierung des Rohrdurchmessers ohne Veranlassung der Bauleitung erfolgt sei und einen Mangel der Abluftanlage für die nach der ursprünglichen Planung vorgesehenen Betriebe darstellen sollte, wäre für die Beseitigung dieses Mangels nur erforderlich gewesen, die Rohre im betroffenen Bereich auszutauschen. Der Beklagte könne daher weder die Erstattung von Kosten für eine Abluftanlage als Sonderanfertigung, noch Erstattung von Kosten für Rohrverlegungs- und Kernbohrungsarbeiten, die Herstellung von Rigipskästen in der Gaststätte, die Abnahme der neuen Abluftanlage, einen neuen Entlüftungskanal mit Entlüftungsgitter sowie für Dachdeckerarbeiten verlangen. Es sei auch nicht möglich, aus den vom Beklagten überreichten Unterlagen die Kosten zu berechnen, die sich allein auf die Änderung des Rohrdurchmessers beziehen.

2. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision sind begründet.

a) Wie die Revision zu Recht geltend macht, ist für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß das Werk der Klägerin nicht von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit und deshalb sein Wert zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert war (§ 633 Abs. 1 BGB a.F.).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages, daß die Abluftrohre der von der Klägerin herzustellenden Anlage durchgängig einen Durchmesser von 150 mm aufweisen sollten. Diesen Durchmesser wiesen jedenfalls die Abluftrohre im Bereich des Dachaustritts nicht auf. Das von der Klägerin hergestellte Werk war folglich nicht von der vertraglich vereinbarten Beschaffenheit. Davon ist

das Berufungsgericht ausgegangen. Das läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

Da das Berufungsgericht keine gegenteiligen Feststellungen getroffen hat, ist, wie die Revision zu Recht geltend macht, für das Revisionsverfahren weiter von den Behauptungen des Beklagten auszugehen, die von dem Imbißbetrieb ausgehenden Geruchsbelästigungen seien allein darauf zurückzuführen, daß durch die Reduzierung des Querschnitts die Abführung der Abluft über Dach behindert worden sei, was dazu geführt habe, daß sich die Gerüche, die von der Abluft des Imbißbetriebes ausgingen, nicht in den Luftraum über Dach verteilt hätten, sondern auf Straßenniveau gedrückt und dort unangenehm spürbar geworden seien (Schriftsatz vom 2. Mai 2000, GA 153 f). Dort war zugleich geltend gemacht, eine Anlage, die - den getroffenen Abreden entsprechend - durchgängig Abluftrohre von 150 mm Durchmesser aufweist, habe einen Betrieb des Imbisses ohne Geruchsbelästigung für die Umgebung ermöglicht.

Entgegen der Auffassung der Klägerin kommt es bei diesem dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt nicht darauf an, ob die von ihr hergestellte Anlage bis zur Nutzungsänderung im Dezember 1998 ordnungsgemäß funktioniert hat. Zwar liegt nicht in jedem Fehler des vom Unternehmer hergestellten Werks bereits ein Mangel im Rechtssinne, sondern nur in einem solchen Fehler, der den Wert oder die Tauglichkeit des Werks zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten, d.h. zu dem vom Besteller beabsichtigten und dem Unternehmer bekannten, hilfsweise zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt oder mindert (BGHZ 139, 244, 247). Das Berufungsgericht hat aber keine Feststellungen dahingehend getroffen, daß die Klägerin nach dem Inhalt des zwischen den Parteien geschlossenen Werkvertrages oder nach den bei seinem Abschluß erkennbaren Umständen nur eine Abluftanlage zur Entlüftung einer Metzgerei, nicht aber eines Imbisses zu konzipieren und herzustellen hatte. Gegen eine solche Annahme spricht vielmehr, worauf die Revision zu-

treffend hinweist, daß die Klägerin selbst vorgetragen hat (Schriftsatz vom 10. Dezember 1999, Seite 2, GA 101), bei Abschluß des Vertrages habe weder sie noch der Beklagte gewußt, wofür die Anlage verwendet werden solle. Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist daher für das Revisionsverfahren davon auszugehen, daß ein bestimmter Gebrauch der Räume, die von der von der Klägerin herzustellenden Lüftungsanlage betroffen wurden, und damit auch der Anlage selbst weder vertraglich vereinbart noch aus den Umständen bei Vertragsschluß zu erkennen war.

b) Bei dieser Sachlage kann im Revisionsverfahren dahingestellt bleiben, ob es sich bei den einzelnen Positionen des Schadensersatzbegehrens des Beklagten um solche handelt, die sich aus der Beseitigung von Mängeln des Werks oder aus engen oder entfernten Mangelfolgen ergeben, wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat. Denn bei dieser Sachlage können entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts die vom Beklagten im Wege der Aufrechnung geltend gemachten Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB a.F. ebenso wie mögliche in Betracht kommende Schadensersatzansprüche aus positiver Vertragsverletzung nicht schon deshalb dem Grunde nach verneint werden, weil die vom Beklagten aufgewendeten Kosten nicht der Feststellung und Beseitigung des Mangels sowie der Wiederherstellung des Zustands vor der Mangelbeseitigung, sondern insgesamt der Herstellung einer anderen Abluftanlage gedient hätten, als sie von der Klägerin herzustellen war.

Gegenstand der von dem Beklagten in Auftrag gegebenen Arbeiten war die Installation einer Anlage, mit der die allein infolge der - nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt - mangelhaften Arbeiten aufgetretenen Geruchsbelästigungen beseitigt werden sollten. Diese Arbeiten sind danach allein durch die Mangelhaftigkeit des Werks ausgelöst worden, beruhen auf dieser und stellen daher Arbeiten zur Beseitigung der Mangelhaftigkeit und der auf ihr beruhenden Folgen dar. Insoweit rügt die Revision zunächst zu Recht, daß der Beklagte vorgetragen hat, zur Behebung der Quer-

schnittsverengung der von der Klägerin installierten Abluftrohre sei ein weiteres Abluftrohr installiert worden. Feststellungen, daß mit der Verlegung des weiteren Abluftrohrs dem Mangel zu eng dimensionierter Abluftrohre im Werk der Klägerin nicht abgeholfen worden sei, hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

Die Revision beanstandet zudem zu Recht, das Berufungsgericht habe die unter Beweisantritt des Beklagten vorgetragene Behauptung unberücksichtigt gelassen, die Klägerin habe eine Querschnittsverengung nicht nur im Bereich des Dachaustritts, sondern auch im Bereich des Durchgangs der Abluftrohre durch Wände vorgenommen (RB S. 5; Klageerwiderung S. 2, GA 31; Berufungsbegründung S. 3, GA 145). Diese Behauptung ist der Sachaufklärung durch Beweisaufnahme zugänglich und entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht schon deshalb unsubstantiiert, weil sich der Beklagte auf die Mängeldarstellung durch den Geschäftsführer der R. bezogen hatte. Aus der vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Darstellung des Geschäftsführers der R. ergibt sich lediglich, daß dieses Unternehmen die Abluftrohre im Bereich des Dachaustritts freigelegt und in diesem Bereich die Querschnittsverengung festgestellt hat. Die Darstellung enthält keinen Hinweis, daß es den Durchmesser der Abluftrohre auch in anderen Bereichen untersucht hätte. Die Darstellung betraf mithin nur einen Teilbereich der Anlage; Feststellungen zum Gesamtumfang der Mängel sind daraus nicht herzuleiten und es kann auch nicht davon ausgegangen werden, daß der Beklagte die insgesamt vorhandenen Mängel mit dieser Darstellung abschließend bezeichnen wollte.

Demzufolge fehlt es an tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die den von ihm gezogenen Schluß zulassen, die Aufwendungen des Beklagten hätten insgesamt nicht der Mängelbeseitigung gedient, sondern seien zur Herstellung eines anderen, von der Klägerin nicht geschuldeten Werks aufgewendet worden.

III. Das Berufungsurteil kann auch mit der Hilfsbegründung des Berufungsgerichts nicht aufrecht erhalten werden.

1. Das Berufungsgericht hat das Schadensersatzbegehren des Beklagten jedenfalls deshalb für unbegründet gehalten, weil der Beklagte die Klägerin nicht unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung aufgefordert habe. Es hat dazu ausgeführt, die Probleme der Abluft seien dem Beklagten seit Dezember 1998 bekannt gewesen. Zudem sei nicht verständlich, warum ein Nachbesserungsverlangen nicht möglich gewesen sein solle, als die Stadt H. die Schließung des Imbisses angedroht hatte. Selbst wenn die Verjüngung des Rohrdurchmessers im Bereich des Dachaustritts erst während der Ausführung der Arbeiten durch die R. sichtbar geworden sei, habe die Möglichkeit bestanden, die Klägerin kurzfristig zur Beseitigung des Mangels aufzufordern. Eine Aufforderung zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung sei auch nicht entbehrlich gewesen.

2. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision sind begründet.

a) Im Ausgangspunkt geht das Berufungsgericht zutreffend davon aus, daß der Besteller wegen Mängeln des Werks Schadensersatz nach § 635 BGB a.F. nur statt der Wandelung oder Minderung verlangen kann, das Schadensersatzbegehren gemäß § 635 BGB a.F. also grundsätzlich die Fristsetzung nach § 634 Abs. 1 BGB a.F. und den Verzug des Unternehmers mit der Beseitigung des Mangels voraussetzt. Das läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision auch nicht angegriffen.

b) Dagegen kann der Auffassung des Berufungsgerichts, das Verlangen nach Beseitigung des Mangels unter Fristsetzung sei im Streitfall nicht entbehrlich gewesen, nicht beigetreten werden. Wie die Revision mit Erfolg rügt, liegen aufgrund des vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts die Voraussetzungen vor, unter denen die sofortige Geltendmachung des Anspruchs

auf Schadensersatz durch ein besonderes Interesse des Bestellers gemäß § 634 Abs. 2 BGB a.F. gerechtfertigt ist.

aa) Die Revision wendet sich zunächst zu Recht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe beim ersten Auftreten der Geruchsbelästigungen den Mangel des Werks der Klägerin unter Fristsetzung rügen müssen und damit den naheliegenden Weg der Mängelbeseitigung durch die Klägerin beschreiten müssen. Nach dem dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt ist der Mangel des Werks der Klägerin erst während der vom Beklagten veranlaßten Arbeiten zu Tage getreten. Er war beim ersten Auftreten der Geruchsbelästigungen noch nicht festgestellt und dem Beklagten daher nicht bekannt.

Das Berufungsgericht hat auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte festgestellt, aus denen sich für den Beklagten der Schluß ergeben hätte oder hätte ergeben müssen, daß die von dem Betrieb des Schnellimbisses ausgehenden Geruchsbelästigungen auf eine Verengung des Querschnitts der Abluftrohre zurückzuführen sein könnten. Für eine solche Annahme bestand nach dem dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt kein Anlaß. Nach Darstellung des Beklagten, zu der gegenteilige Feststellungen durch das Berufungsgericht nicht getroffen worden sind, war der Querschnitt der von der Klägerin verlegten Abluftrohre an verdeckten Stellen reduziert worden, der Mangel demzufolge nicht sichtbar, so daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß sich der Mangel einem kritischen Betrachter sofort offenbart hätte. Aus der Sicht des Beklagten fehlte demzufolge jeder Anhaltspunkt für die Annahme, die Geruchsbelästigungen könnten auf einen Mangel des Werks der Klägerin zurückzuführen sein, so daß es nahe lag, den Grund der aufgetretenen Probleme in dem Nutzungswechsel zu suchen und Maßnahmen zu ergreifen, um eine Anlage zu erhalten, die den neuen Anforderungen gerecht wurde.

bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist aufgrund des Ortstermins vom 8. Januar 1999 von der zuständigen Behörde die Schließung des Imbisses zum 12. Januar 1999 angedroht worden, wenn bis dahin der Grund für die Geruchsbelästigungen nicht beseitigt werde. Die Revision weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß die Drohung an einem Freitag für den kommenden Wochenbeginn ausgesprochen wurde, so daß kurzfristig Maßnahmen ergriffen werden mußten, um eine Geschäftsschließung zu vermeiden. Bei dieser Sachlage berücksichtigen die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht hinreichend, daß der grundsätzliche Vorrang des dem Unternehmer eingeräumten Nachbesserungsrechts durch § 634 Abs. 2 BGB a.F. ausnahmsweise im Interesse solcher Besteller durchbrochen wird, für die die Beseitigung eines vom Unternehmer zu vertretenden Mangels sinnlos geworden ist und die daher billigerweise nicht mehr auf die Beseitigung der vorhandenen Mängel im Wege der Mangelbeseitigung durch den Unternehmer verwiesen werden können.

Eine Ausnahmesituation, in der gemäß § 634 Abs. 2 BGB a.F. von dem unter Fristsetzung gestellten Verlangen auf Mangelbeseitigung abgesehen werden kann, liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn der Besteller das mangelfreie Werk sofort und ohne weitere Verzögerung benötigt, um es selbst zu verwenden oder an seinen Abnehmer weiterzugeben, und wenn die mit einer Nachbesserung verbundene Verzögerung eine nicht unerhebliche Störung darstellt (SenUrt. v. 26.1.1993 - X ZR 90/91, NJW-RR 1993, 560). Eine solche das besondere Interesse des Bestellers an der Entbehrlichkeit der Aufforderung zur Mängelbeseitigung rechtfertigende Ausnahmesituation kann die Verzögerung der Eröffnung eines Geschäftslokals (dazu Soergel in MünchKomm. BGB, 3. Aufl., § 634 Rdn. 19) oder die Androhung seiner Schließung sein. Die durch Zuwarten auf die Mangelbeseitigung durch den Unternehmer ausgehende Störung ist dann nicht unerheblich, wenn - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - von den Behörden an einem Freitag für den Anfang der kommenden Woche eine Betriebsschließung für den Fall angedroht wird, daß bis dahin die Ur-

sache für von dem Geschäftslokal ausgehende Emissionen nicht beseitigt wird, und der für die Emissionen ursächliche Mangel des Werks erst im Zuge der zur Vermeidung der Emissionen an einen anderen Unternehmer vergebenen Arbeiten zu Tage tritt. Hinzu kommt, daß bei der Feststellung der Mängel der Auftrag an die Drittfirma bereits erteilt und dadurch der vom Beklagten geltend gemachte Schaden zumindest weitgehend entstanden war; er hätte durch eine die Gefahr von unzumutbaren Verzögerungen begründende Fristsetzung gegenüber der Klägerin nicht mehr vermieden werden können.

IV. Die weiteren Voraussetzungen des vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzanspruchs aus § 635 BGB a.F. liegen nach dem dem Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt vor.

Die Klägerin hat den Mangel des Werks zu vertreten. Dies beruht auf der von der Klägerin eigenmächtig vorgenommenen Abweichung in der Ausführung der Abluftkanäle. Die Klägerin kann sich zur Rechtfertigung der vom Vertrag abweichenden Ausführung ihres Werks nicht auf eine entsprechende Anweisung des Bauleiters des Beklagten berufen. Denn der Beklagte hat die von der Klägerin behauptete Weisung bestritten und das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Weisung erteilt worden ist, sondern die Frage dahingestellt sein lassen.

Die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Schadensersatzansprüche sind daher nach den bisher getroffenen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts weder dem Grunde nach noch deshalb unbegründet, weil sie vom Beklagten ohne vorherige Aufforderung der Klägerin zur Mängelbeseitigung unter Fristsetzung und Ablehnungsandrohung geltend gemacht worden sind.

V. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Da dem Senat eine abschließende Entscheidung nicht möglich ist, ist das Berufungs-

urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In dem erneuten Berufungsverfahren wird gegebenenfalls unter Einräumung der Möglichkeit zu ergänzendem Sachvortrag u.a. zu klären sein, ob der vom Beklagten geltend gemachte Mangel auf ein eigenmächtiges Abweichen der Klägerin von der vereinbarten Ausführung der Abluftkanäle zurückzuführen ist. Im Rahmen der Frage eines möglichen Mitverschuldens wird zu klären sein, ob Möglichkeiten bestanden und der Beklagte gehalten war, Maßnahmen zur Klärung der Ursachen der Geruchsbelästigung zu ergreifen, bevor er den aufwendigen Auftrag zur Errichtung einer weiteren Abluftanlage erteilte. Soweit das Berufungsgericht darauf abgestellt hat, durch die vom Beklagten in Auftrag gegebenen Arbeiten sei die vorhandene Anlage für eine geänderte Nutzung umgerüstet und gegebenenfalls erweitert worden und daraus zu folgern sein sollte, daß der Beklagte aus der Mangelbeseitigung Vorteile gezogen habe, wird die Frage eines Vorteilsausgleichs zu klären sein.

Melullis

Jestaedt

Scharen

Keukenschrijver

Asendorf