

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 16. November 2000 aufgehoben, soweit zu deren Nachteil entschieden worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt aus abgetretenem Recht von den Beklagten restlichen Werklohn aus einem Pauschalpreisvertrag sowie Vergütung für zusätzlich erbrachte Leistungen.

Die Beklagten beauftragten die Fa. E -Hus A/S, eine Gesellschaft norwegischen Rechts, im Juli 1993 mit der Errichtung eines Sportstudios in M. zu einem Pauschalpreis von zuletzt 1.469.711,50 DM brutto. Die E -Hus trat ihre Ansprüche aus dem Vertrag am 1. März 1994 an die Klägerin ab.

Während und nach der Bauausführung rügten die Beklagten zahlreiche Mängel und forderten deren Beseitigung. Ohne förmliche Abnahme eröffneten sie am 19. Juni 1994 das Sportstudio. Den von der Klägerin errechneten Restwerklohn in Höhe von 362.925,05 DM einschließlich der Vergütung für zusätzliche Leistungen zahlten sie nicht.

Die Klägerin hat Klage auf Zahlung von 362.925,05 DM erhoben. Die Beklagten haben zunächst ein Leistungsverweigerungsrecht geltend gemacht und schließlich in der mündlichen Verhandlung vom 3. Juli 1996 erklärt, daß sie Minderung des Werklohns verlangten. Hilfsweise haben sie mit Kosten in Höhe von 5.987,66 DM aufgerechnet, die ihnen durch die Einschaltung von Drittfirmen entstanden sind.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat es als erwiesen angesehen, daß zahlreiche Mängel vorliegen, die eine Minderung in Höhe von mehr als 1 Mio. DM rechtfertigten. Im Berufungsverfahren hat die Klägerin eine neue Schlußrechnung über einen Betrag von 341.140,58 DM brutto erstellt, in dem Fahrtkosten sowie die Vergütung für Baustellenberäumung, Baustrom und Stellung eines Krans enthalten sind. Diesen Betrag hat sie zuzüglich Zinsen zuletzt verlangt. Das Berufungsgericht hat der Klage bis auf einen Teil der Zinsen stattgegeben. Die Beklagten verfolgen mit der Revision die vollständige Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

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

Das für das Schuldverhältnis maßgebliche Recht richtet sich nach den bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetzen (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB). Die Parteien haben deutsches Recht vereinbart.

II.

1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Werklohnanspruch sei fällig. Die Beklagten hätten das Werk dadurch abgenommen, daß sie am 19. Juni 1994 das Sportstudio, wenn auch nur zur Schadensminderung, bezogen und eröffnet hätten.

Die Beklagten könnten keine Minderung verlangen, da es an der erforderlichen Fristsetzung zur Mängelbeseitigung und Ablehnungsandrohung fehle. Diese sei auch nicht entbehrlich gewesen. Die Beklagten hätten keine Tatsachen dafür vorgetragen, daß ihr Vertrauen auf eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung durch die Klägerin nachhaltig erschüttert gewesen sei.

2. Das hält den Angriffen der Revision nur zum Teil stand. Die Beklagten können Minderung des fälligen Werklohns der Klägerin verlangen.

a) Im Ergebnis zutreffend ist die Ansicht des Berufungsgerichts, der Werklohnanspruch sei fällig.

Allerdings liegt eine Abnahme durch die Beklagten nicht vor. Diese haben zwar das Sportstudio am 19. Juni 1994 eröffnet. Darin kann jedoch keine konkludente Abnahme gesehen werden. Die Beklagten haben das Werk nicht als im wesentlichen vertragsgemäß gebilligt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfolgte die Eröffnung nur zur Schadensminderung. Die Beklagten hatten bereits vor dem Bezug mit Schreiben vom 27. März 1994 wesentliche Mängel gerügt (vgl. BGH, Urteil vom 22. Dezember 2000 - VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250, 262 und Urteil vom 10. Juni 1999 - VII ZR 170/98, BauR 1999, 1186, 1188 = ZfBR 1999, 327, 328). Sie haben in diesem Schreiben ferner darauf hingewiesen, daß der Bau nur mangelfrei abgenommen werde. Auch in der Folgezeit kam es zu keiner Abnahme. Vielmehr rügten die Beklagten wiederholt Mängel und forderten deren Beseitigung. Die gemeinsame Baustellenbesichtigung am 27. Juli 1994 mit Fertigung eines Mängelprotokolls allein besagt nichts dazu, daß die Beklagten nunmehr das Werk als im wesentlichen vertragsgemäß anerkannt hätten.

Der Werklohn ist jedoch deshalb fällig, weil die Beklagten nur noch Minderung, nicht mehr Erfüllung des Vertrages verlangen. Damit wurde das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis umgewandelt. Das hat zur Folge, daß der Werklohnanspruch auch ohne Abnahme fällig wird (BGH, Urteil vom 23. November 1978 - VII ZR 29/78, BauR 1979, 152 und Urteil vom 16. September 1999 - VII ZR 456/98, BGHZ 142, 278, 281).

b) Die Voraussetzungen des § 634 BGB für eine Minderung liegen vor.

aa) Das Berufungsgericht hat zu den von den Beklagten gerügten Mängeln keine Feststellungen getroffen. Diese sind daher in der Revisionsinstanz zu Gunsten der Beklagten zu unterstellen. Neben zahlreichen weiteren Mängeln wurden danach im Bereich der Duschen für die Wände keine Feuchtraumplat-

ten, sondern nässeempfindliche Gipskartonplatten verwendet (Mangelbeseitigungskosten rund 118.000 DM). Im gesamten Naßbereich wurden die Bodenfliesen auf nässeempfindlichem Anhydridestrich verlegt, eine Abdichtung zwischen Fliesen und Estrich fehlt (Mangelbeseitigungskosten rund 47.600 DM). Die Trittschalldämmung der Geschoßdecke unter dem Kampfsportraum und dem Gymnastikraum ist ungenügend (Mängelbeseitigungskosten mindestens 800.000 DM).

bb) Ob die Beklagten wirksam eine Frist zur Mangelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung gesetzt haben, kann offen bleiben. Denn eine Fristsetzung war entbehrlich. Das Berufungsgericht hat bei seiner gegenteiligen Beurteilung das Verhalten der Klägerin nicht umfassend gewürdigt.

Eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist entbehrlich, wenn sie reine Förmerei wäre. Das gilt vor allem dann, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise ernsthaft verweigert. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls. Das gesamte Verhalten des Unternehmers ist zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozeß (BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 488/99, BauR 2001, 667, 669 = ZfBR 2001, 177 = NZBau 2001, 211, 212 m.w.N.).

Die Klägerin hat die mangelhafte Trittschalldämmung, die bereits in der Mängelliste vom 26. Januar 1995 aufgeführt ist, sowie die erstmals in der Klageerwiderung gerügten Mängel an Fußboden und Wänden des Naßbereichs stets und auch noch in der Berufungsinstanz bestritten und eine Nachbesserung verweigert. Es ist nichts dafür ersichtlich, daß eine Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung eine Änderung dieser Einstellung hätte bewirken können.

Daraus, daß sich die Klägerin vorprozessual zur Beseitigung einzelner, weniger schwerwiegender Mängel bereit erklärt hat, folgt nichts anderes. Daraus ergibt sich insbesondere nicht, wie sie sich bei Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung hinsichtlich der mit einem wesentlich höherem Kostenaufwand zu beseitigenden anderen Mängel verhalten hätte. Für die Klägerin war das Interesse der Beklagten erkennbar, die Mängelbeseitigung möglichst schnell und in einem Zuge durchzuführen, so daß die Störungen des Geschäftsbetriebs möglichst gering blieben. An einer Behebung lediglich einzelner Mängel konnte ihnen nicht gelegen sein. Dann umfaßt die Weigerung der Klägerin, die schwerer wiegenden Mängel zu beseitigen, sämtliche am Bauwerk aufgetretenen Mängel (BGH, Urteil vom 22. November 1984 - VII ZR 287/82, BauR 1985, 198, 199 f. = ZfBR 1985, 79, 80).

Aus ihren Schreiben vom 27. September 1999 und 24. November 1999 kann die Klägerin nichts zu ihren Gunsten herleiten. Sie teilt zwar den Beklagten zunächst mit, daß sie die im Urteil des Landgerichts festgestellten Mängel beseitigen möchte, weist aber zugleich im Widerspruch hierzu darauf hin, daß sie gegen das Urteil Berufung eingelegt habe. Die in dem Schreiben vom 24. November 1999 schließlich angesprochenen Reparaturen betreffen wiederum nur einzelne, weniger schwerwiegende Mängel.

III.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Klägerin habe aufgrund des Vertrages über die vereinbarte Pauschalvergütung hinaus auch Anspruch auf Erstattung ihrer Aufwendungen für die Gestellung eines Mobilkrans, den Baustrom und die Räumung der Baustelle sowie der Fahrtkosten.

2. Das hält der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Allerdings liegt entgegen der Auffassung der Revision bezüglich dieses Anspruchs keine Klageänderung vor, über deren Zulassung das Berufungsgericht hätte entscheiden müssen. Die Kosten für den Mobilkran, das Räumen der Baustelle und den Baustrom waren bereits Gegenstand der Klage. Im Berufungsrechtszug kam aufgrund der neu erstellten Schlußrechnung einerseits die Position Fahrtkosten hinzu, andererseits wurde die Klageforderung insgesamt reduziert. Beides bewegt sich im Rahmen des § 264 Nr. 2 ZPO.

b) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen jedoch seine Entscheidung nicht. Ausreichend substantiierter Vortrag der Klägerin zu diesen von den Beklagten auch der Höhe nach bestrittenen Forderungen fehlt.

aa) Hinsichtlich des Mobilkrans enthält der Vertrag folgende Regelung:

"Wenn die Umstände so sind, daß ein Mobilkran verlangt wird, werden die Mehrkosten dem Käufer auferlegt."

Daß ein Mobilkran verlangt wurde, ist bisher weder von der Klägerin vortragen noch vom Berufungsgericht festgestellt.

bb) Nach Abschnitt 5.6 der Vertragsbestandteil gewordenen Angebotsbeschreibung enthält der Montagepreis nicht die Reisekosten zum Bauplatz. Sie sind von den Beklagten zusätzlich zu tragen. Der Vortrag der Klägerin zur Höhe der Fahrtkosten ist jedoch nicht schlüssig. Sie nennt lediglich den Endbetrag von 6.947,20 DM. Nachprüfbarer Vortrag zu der Anzahl der gefahrenen Kilometer und zu der zu Grunde gelegten Kilometerpauschale fehlt.

cc) Nach dem Vertrag "sorgt" der Bauherr "für ... Elektrizität ..., Aufräumen ist nicht die Pflicht des Verkäufers". Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts folgt hieraus nicht ohne weiteres eine Kostentragungspflicht der Be-

klagen. Das Berufungsgericht hat nicht bedacht, daß anders als bei der Regelung über die Kosten für den Mobilkran und die Fahrtkosten hier eine ausdrückliche Aussage darüber, wer die Kosten zu tragen hat, fehlt. Zudem sind auch bei diesen Positionen die geltend gemachten Beträge in keiner Weise nachprüfbar aufgeschlüsselt.

IV.

Das Berufungsurteil war deshalb aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die Feststellungen zu den von den Beklagten behaupteten Mängeln und zu den Voraussetzungen der von der Klägerin begehrten zusätzlichen Vergütung nachzuholen haben.

Für den Fall, daß es erneut einen Anspruch der Klägerin bejaht, weist der Senat auf folgendes hin:

Die Beklagten haben hilfsweise mit den Kosten aufgerechnet, die ihnen durch die Beauftragung von Drittfirmen zur Verhinderung eines weiteren Wassereintritts entstanden sind. Das Berufungsgericht hat die Aufrechnung nicht durchgreifen lassen. Seine Begründung, die Beklagten hätten die ausgeführten Arbeiten nicht genügend konkretisiert, und das angebotene Sachverständigen-gutachten sei kein geeignetes Beweismittel, trägt diese Entscheidung jedoch nicht. Die Beklagten haben vorgetragen, daß die Arbeiten ausgeführt wurden, um Wassereintritt im Naßbereich des ersten Obergeschosses zu verhindern. Um welche Arbeiten es sich handelte, ergibt sich aus der von ihnen vorgelegten Rechnung der Firma H.. Zu den von den Beklagten behaupteten Mängeln hat der vom Landgericht beauftragte Sachverständige K. Stellung genommen. Bei

dieser Sachlage kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, ein Sachverständiger könne nachträglich nicht mehr beurteilen, ob durch die Firma H. Mängel beseitigt wurden, die auf fehlerhafter Bauausführung beruhten.

Ullmann

Hausmann

Kuffer

Kniffka

Bauner