



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 360/01

Verkündet am:
5. Dezember 2002
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR ja

BGB § 634 Abs. 1 a.F.

Hat der Besteller eine Schadensersatzklage wegen Mängeln erhoben, ohne daß eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung vorliegt, so muß sie nicht nachgeholt werden, wenn der Unternehmer die Mängelbeseitigung mit der Klageerwiderung endgültig verweigert.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 - VII ZR 360/01 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler und die Richter Dr. Haß, Hausmann, Dr. Wiebel und Prof. Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. September 2001 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger erwarben von der Beklagten ein Mobilheim. Sie setzten am 4. Dezember 1998 eine Frist zur Beseitigung von Mängeln bis zum 5. Dezember 1998. Am 7. Dezember 1998 verlangten sie mit Anwaltsschreiben Schadensersatz. Mit der im Juli 2000 erhobenen Klage machen sie 63.139,96 DM Schadensersatz wegen der behaupteten Mängel geltend. Außerdem beantragen sie die Feststellung, daß die Beklagte zum Ersatz der weiteren Schäden verpflichtet ist. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Ansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Kläger hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils 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).

I.

Das Berufungsgericht läßt es dahin stehen, ob ein Kaufvertrag, ein gemischter Vertrag oder ein Werkvertrag vorliegt und ob die Ansprüche verjährt sind.

Liege ein Vertrag vor, auf den Werkvertragsrecht anzuwenden sei, fehle es an einer wirksamen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Die Frist im Schreiben vom 4. Dezember 1998 sei zu kurz gewesen. Vor Ablauf der angemessenen Frist hätten die Kläger am 7. Dezember 1998 bereits Schadensersatz verlangt und damit endgültig die Annahme von weiteren Leistungen verweigert. Für eine endgültige Erfüllungsverweigerung der Beklagten zu diesem Zeitpunkt sei nichts dargetan. Darin, daß die Beklagte später Klageabweisung beantragt habe, könne keine endgültige Erfüllungsverweigerung gesehen werden, weil die Klage nicht auf Erfüllung, sondern auf Schadensersatz gerichtet gewesen sei.

Liege ein Kaufvertrag vor, komme Schadensersatz nur bei Zusicherung einer Eigenschaft oder bei arglistigem Verschweigen eines Mangels in Betracht. Für beides hätten die Kläger nichts vorgetragen.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen erlauben dem Senat keine abschließende Beurteilung, ob Werkvertragsrecht oder Kaufrecht anwendbar ist. Er hat deshalb in der Revision davon auszugehen, daß der Vertrag nach Werkvertragsrecht zu beurteilen ist.

2. Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, der Schadensersatzanspruch scheitere bereits daran, daß eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung fehle. Diese ist entbehrlich.

a) Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings entschieden, daß die Frist aus dem Schreiben vom 4. Dezember 1998 zu kurz war und eine angemessene Frist in Gang gesetzt hat. Richtig ist auch, daß die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unwirksam ist, wenn vor Fristablauf die Annahme der geforderten Leistung endgültig abgelehnt wird (BGH, Urteil vom 24. Juni 1986 - X ZR 16/85, WM 1986, 1255, 1257). Das ist am 7. Dezember 1998 geschehen. Die Kläger haben nur noch Schadensersatz gefordert und nicht, wie die Revision darzulegen versucht, auch noch die Nachbesserung ermöglichen wollen.

b) Hat der Besteller vor Ablauf der angemessenen Frist bereits Schadensersatz verlangt, hat er nicht die Möglichkeit verloren, die nach § 634 Abs. 1 BGB erforderlichen Voraussetzungen für seinen Anspruch zu schaffen. Solange eine wirksame Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht vorliegt und Mängel noch vorhanden sind, besteht der Erfüllungsanspruch des Bestellers fort. Dieser hat die Möglichkeit, nunmehr eine wirksame Frist mit Ablehnungsandrohung zu setzen. Eine derartige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist nach

allgemeinen Grundsätzen entbehrlich, wenn sie reine Förmerei wäre. Das ist vor allem dann der Fall, wenn der Unternehmer seine Pflicht zur Gewährleistung schlechthin bestreitet oder wenn er die Beseitigung des Mangels in anderer Weise endgültig verweigert. Das gesamte Verhalten des Unternehmers ist zu würdigen, auch seine spätere Einlassung im Prozeß (BGH, Urteil vom 15. März 1990 - VII ZR 311/88, BauR 1990, 466 = ZfBR 1990, 276; Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 488/99, BauR 2001, 667, 669 = NZBau 2001, 211 = ZfBR 2001, 177; Urteil vom 16. Mai 2002 - VII ZR 479/00, BauR 2002, 1399 = NJW 2002, 3019 = ZfBR 2002, 676; Urteil vom 12. September 2002 - VII ZR 344/01).

c) Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht, daß bei der Frage, ob eine erneute Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung überflüssig ist, die gesamten Umstände zu berücksichtigen sind. Es stellt allein darauf ab, daß die Beklagte sich zu Recht gegen den Schadensersatzanspruch mit dem Klageabweisungsantrag verteidigt, wenn die bisherige Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unwirksam ist. Dabei läßt es unberücksichtigt, daß die Beklagte in der Klageerwiderung ihre Mängelbeseitigungspflicht kategorisch bestritten hat. Sie hat unter Berufung auf ein Sachverständigengutachten behauptet, es lägen keine Mängel vor. Sie hat außerdem mit Hinweis darauf, daß sie in unverjährter Zeit keine Mängelbeseitigung abgelehnt habe, die Einrede der Verjährung erhoben. Daraus folgt, daß die Beklagte spätestens seit der Klageerwiderung nicht mehr bereit war, die behaupteten Mängel zu beseitigen. Von diesem Zeitpunkt an war eine weitere Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung entbehrlich.

III.

Das Urteil ist aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Bei der Prüfung, ob die Einrede der Verjährung berechtigt ist, wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, ob ein nach Werkvertragsrecht zu beurteilender Vertrag mit fünfjähriger Gewährleistungsfrist vorliegt, wenn nach seinem Inhalt das Wohnmobil nach Sonderwünschen der Kläger hergestellt, auf Fundamente gestellt und mit den Versorgungsleitungen fest verbunden werden sollte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 30. Januar 1992 - VII ZR 86/90, BGHZ 117, 121, 123 f.).

Dressler

Haß

Hausmann

Wiebel

Kniffka