



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 179/97

Verkündet am:
3. Mai 2000
Vondrasek
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 2000 durch den Vorsitzenden Richter Rogge, die Richter Dr. Melullis, Scharen, Keukenschrijver und die Richterin Mühlens

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 20. November 1997 verkündete Urteil des 18. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln insoweit aufgehoben, als die Klage hinsichtlich des Ersatzes von Mehraufwand dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und die Sache an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückverwiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird der Rechtsstreit zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte von den F. -Werken den Auftrag erhalten, für deren Werk in S. eine Elektrohängebahn zu liefern und zu montieren. Mit einem Teil der Leistungen beauftragte die Klägerin den Beklagten als Nachunterneh-

mer. Nach Beendigung der Arbeiten des Beklagten rügte die Klägerin Mängel und forderte den Beklagten zu deren Beseitigung auf. Mit Schreiben vom 18. Januar 1991 kündigte sie dem Beklagten an, sie werde eine Ersatzvornahme durchführen. Diese gab sie noch am gleichen Tag an einen Subunternehmer des Beklagten in Auftrag. Die von ihr nach Abzug eines vom Beklagten gezahlten Betrags von 50.000,-- DM sowie einer Restwerklohnforderung des Beklagten von 174.685,66 DM auf 434.207,48 DM bezifferten Kosten der Ersatzvornahme sowie einen Terminsicherungsbetrag auf Grund einer Vertragsstrafeklausel in Höhe von 89.973,02 DM verlangt die Klägerin vom Beklagten.

Das Landgericht hat der Klägerin den Terminsicherungsbetrag nebst Zinsen zugesprochen und die Klage im übrigen wegen Verjährung abgewiesen. Das Berufungsgericht hat in seinem ersten Berufungsurteil auf die Berufung des Beklagten die Klage insgesamt abgewiesen. Auf die Revisionen der Klägerin und ihrer Streithelfer hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen (BGH, Urt. v. 20.2.1997 - VII ZR 288/94, NJW 1997, 1982 = ZIP 1997, 1034 = MDR 1997, 635). In seinem zweiten Berufungsurteil (OLG-Report Köln 1998, 127) hat das Berufungsgericht die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen und im übrigen, was den Ersatz von Mehraufwand betrifft, die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und insoweit die Sache für das Betragsverfahren an das Landgericht zurückverwiesen. Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision des Beklagten hat der Senat nur zur Entscheidung angenommen, soweit sie sich gegen die Verurteilung dem Grunde nach wegen des Ersatzes von Mehraufwand richtet. Insoweit beantragt der Beklagte in erster Linie die Zurückweisung der Berufung der Klägerin. Diese tritt

dem Rechtsmittel entgegen. Ihre Streithelfer haben im Revisionsverfahren keinen Antrag gestellt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision erweist sich im Umfang der Annahme als begründet.

I. Das Berufungsgericht hat seine für die Bejahung eines Kostenerstattungsanspruchs nach § 633 Abs. 3 BGB dem Grunde nach erforderliche Feststellung, daß die Werkleistung des Beklagten mangelhaft gewesen sei, nicht verfahrensfehlerfrei getroffen.

1. Das Berufungsgericht stellt fest, die Arbeiten des Beklagten seien mangelhaft gewesen. Dies zeige sich schon daraus, daß u.a. eine Vielzahl von Nacharbeiten erforderlich geworden seien, wie sich etwa aus den überreichten Anlagen K 28–30 ersehen lasse. Letztlich sei der Beklagte dem auch nicht entgegengetreten.

2. Die Revision macht demgegenüber geltend, daß die Mangelhaftigkeit der Werkleistung bestritten gewesen sei. Über sie habe daher nicht ohne vorherige Beweiserhebung entschieden werden dürfen.

3. Der Rüge kann der Erfolg nicht versagt bleiben.

a) Allerdings sieht der Senat den Hinweis im Berufungsurteil auf ein Nichtbestreiten nicht als tragende Begründung an. Ein Nichtbestreiten ließe sich den Akten zudem, wie die Revision mit Recht rügt, nicht entnehmen. Daß

die Mangelhaftigkeit bestritten war, ist im ersten Berufungsurteil festgestellt. Im zweiten Berufungsverfahren hat der Beklagte lediglich erklärt, daß er eine Entscheidung durch den Senat wünsche. Ein Fallenlassen des Bestreitens läßt sich dem nicht entnehmen.

b) Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht vielmehr ersichtlich auf der kontradiktorisch anhand verschiedener von der Klägerin eingereichter Unterlagen in cursorischer Weise getroffenen Feststellung der Mangelhaftigkeit des Werks. Zutreffend verweist die Revision darauf, daß über die behauptete Mangelhaftigkeit nicht ohne vorherige Beweisaufnahme befunden werden durfte. Die Stützung ausschließlich auf eingereichte Unterlagen genügte im vorliegenden Fall zur Feststellung der Mangelhaftigkeit jedenfalls ohne nähere Darlegung, weshalb sich aus ihnen allein zur Überzeugung des Berufungsgerichts die Mangelhaftigkeit feststellen ließ, nicht; denn bei den in Bezug genommenen Unterlagen handelt es sich ersichtlich um Konvolute von Kostenzusammenstellungen und Rechnungen, aus denen sich bestimmte Mängel nicht entnehmen lassen.

c) Die Auffassung der Revisionserwiderung führt zu keinem anderen Ergebnis. Sie verweist darauf, daß das Berufungsurteil dahin zu verstehen sei, der Beklagte sei den im Urteil angesprochenen Unterlagen nicht entgegengetreten. Hieraus kann sich aber ein Unstreitigstellen schon deshalb nicht ergeben, weil diese Unterlagen jedenfalls nicht in nachvollziehbarer Weise bestimmte Mängel ansprechen.

II. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat verwehrt. Das Berufungsgericht hat eine Verjährung des in Betracht kommenden Ersatzan-

spruchs verneint. Die Revision erinnert hiergegen nichts; Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich. Mithin hängt das Bestehen eines unverjährten Ersatzanspruchs von der im wiedereröffneten Berufungsrechtszug noch zu klärenden Frage ab, ob die Werkleistung des Beklagten mangelhaft war. Erst wenn dies feststeht, wird das Berufungsgericht zu entscheiden haben, ob der Erlaß eines Grundurteils in Betracht kommt oder ob im vorliegenden Fall nicht gewichtige Gründe dafür sprechen, im Berufungsverfahren auch die Frage der Anspruchshöhe ohne erneute Zurückverweisung an die erste Instanz zu klären.

III. Nach alledem kann das Berufungsurteil im Umfang der Revisionsannahme keinen Bestand haben. Die Sache ist daher zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Rogge

Melullis

Scharen

Keukenschrijver

Mühlens