



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 86/01

Verkündet am:
10. Juni 2003
Wermes
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juni 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Melullis, den Richter Scharen, die Richterin Mühlens und die Richter Dr. Meier-Beck und Asendorf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das am 7. Februar 2001 verkündete Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als 16.461,72 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 9. Februar 1999 zu zahlen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten aus abgetretenem Recht die Bezahlung von Reparaturarbeiten an einem Fahrgeschäft.

Den Bau dieses Fahrgeschäfts hatte F. K. (im folgenden: K. senior) mit Vertrag vom 9. Dezember 1995 der W. S. GmbH - Geschäftsführer W. S. - in Auftrag gegeben. In diesem Vertrag wurde eine Gewährleistungsfrist von 24 Monaten für die Stahlkonstruktion und von zwölf Monaten für alle übrigen Komponenten des Fahrgeschäfts jeweils beginnend mit der Inbetriebnahme der Anlage vereinbart.

Ende 1997 verkaufte K. senior unter gleichzeitiger Abtretung seiner Gewährleistungsansprüche aus dem Vertrag vom 9. Dezember 1995 das Fahrgeschäft an seinen Sohn S. K. (im folgenden: K. junior) und dessen Schwiegervater, den Beklagten, die zum Zweck des Erwerbs und Betriebs des Fahrgeschäfts eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gründeten.

Das Fahrgeschäft wurde erstmalig ab 1. November 1996 bei einem Volksfest in K. in Betrieb genommen. Anschließend führte die W. S. GmbH wiederholt Reparaturen an der Karussellanlage aus.

Mit notariellem Vertrag vom 3. Februar 1998 wurde die S. P. und S. GmbH gegründet, deren alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin die seit Oktober 1996 von diesem geschiedene Ehefrau des W. S., E. S., ist. Auch die S. P. und S. GmbH führte in der Folgezeit Arbeiten an dem Fahrgeschäft aus und stellte diese in Rechnung. Sie trat die daraus resultierenden Ansprüche an die Klägerin ab. Nachdem sich der Beklagte darauf berief, zumindest ein Teil dieser Arbeiten sei von der W. S. GmbH durchgeführt worden, trat auch diese ihre Ansprüche an die Klägerin ab.

Anfang April 1998 forderte K. junior bei E. S. einen Monteur für eine Reparatur an. Die Klägerin behauptet, bei diesem Gespräch habe E. S. darauf

hingewiesen, daß nunmehr die neu gegründete S. P. und S. GmbH für derartige Leistungen zuständig sei und die Arbeiten in Rechnung stellen werde. K. junior leistete die von Frau S. veranlagte Anzahlung von 1.000,-- DM. Die Restforderung von 6.559,72 DM für diese Arbeiten hat die Klägerin mit ihrer Klage verlangt. Weiter hat die Klägerin einen Betrag in Höhe von 12.400,-- DM mit ihrer Klage geltend gemacht; dabei handelte es sich um die letzte Rate, die die S. P. und S. GmbH für einen Umbau der Gondelverriegelungen beanspruchte.

Die Bezahlung der vorgenannten Beträge, zu der das Berufungsgericht den Beklagten im wesentlichen antragsgemäß verurteilt hat, ist in der Revisionsinstanz nicht mehr in Streit. Die Parteien streiten in der Revisionsinstanz noch über Ansprüche auf Bezahlung weiterer Rechnungen, die sich auf weitere Arbeiten an dem Fahrgeschäft im Laufe des Jahres 1998 beziehen.

Das Landgericht hat das Verfahren, soweit sich dieses auch gegen K. junior richtete, abgetrennt und an das Landgericht Stuttgart verwiesen. Die gegen den Beklagten gerichtete Klage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil abgeändert und der Klage im wesentlichen stattgegeben.

Mit seiner Revision will der Beklagte die Klageabweisung erreichen, soweit er zur Zahlung von mehr als 16.461,72 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 9. Februar 1999 verurteilt worden ist. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Die Klägerin hat in einem weiteren Rechtsstreit beim Landgericht Stuttgart aus abgetretenem Recht der W. S. GmbH K. senior auf Zahlung einer Vergütung von 348.356,-- DM für angebliche Zusatzleistungen bei der Herstellung

des Fahrgeschäfts in Anspruch genommen. In diesem Rechtsstreit hat sich K. senior auf anfängliche Konstruktionsmängel der Karussellanlage berufen sowie auf gleichartige schon 1997 aufgetretene Mängel. Er hat Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, hilfsweise die Wandelung des Vertrages vom 9. Dezember 1995. Mit Schreiben vom 17. Oktober 1997 hat er das Fahrgeschäft Zug um Zug gegen Rückzahlung des "Kaufpreises" zur Verfügung gestellt.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Revision hat in der Sache Erfolg. Sie führt im Umfang der Anfechtung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat angenommen, entweder der Beklagte oder K. junior hätten die Reparaturarbeiten, auf die sich die Rechnungen aus der Zeit vom 5. August bis zum 30. November 1998 bezögen, namens der Gesellschaft bürgerlichen Rechts "verlangt". Ob sich dieses Verlangen an die Herstellerin des Fahrgeschäfts, die W. S. GmbH oder die S. P. und S. GmbH gerichtet habe, könne offenbleiben. Über eine Vergütung sei zwar in keinem Fall gesprochen worden, eine solche gelte aber als stillschweigend vereinbart. Gehe man davon aus, daß der Beklagte und K. junior der S. P. und S. GmbH den Auftrag zur Durchführung der Reparaturen erteilt hätten, so hätten sie schon deshalb mit einer Vergütungspflicht rechnen müssen, weil E. S. K. junior bereits Anfang April 1998 darauf hingewiesen habe, daß diese nur gegen Vergütung tätig werde. Aber auch soweit der Beklagte und K. junior sich wegen notwendiger Repa-

raturen unmittelbar an W. S. gewandt hätten, habe die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab April 1998 nicht mit kostenlosen Reparaturen und Ersatzteillieferungen rechnen können, denn die W. S. GmbH habe schon mit Schreiben vom 6. November 1997 darauf hingewiesen, daß wegen Ablaufs der Gewährleistungsfrist Reparaturen nur noch gegen Bezahlung erfolgen würden. Demgegenüber behauptete der Beklagte nicht, daß er oder K. junior bei Erteilung einzelner Aufträge darauf hingewiesen hätten, daß es sich um Mängelbeseitigungsarbeiten handele. Eine Vergütungspflicht entfalle demnach nur, wenn und soweit die unstreitig durchgeführten Reparaturarbeiten von der Herstellerin als kostenlose Nachbesserung geschuldet gewesen seien. Der Beklagte habe dazu Bezug genommen auf die vorgelegten Stör- und Mängellisten und ausdrücklich auch auf die von seinem Prozeßbevollmächtigten im Rechtsstreit beim Oberlandesgericht Stuttgart eingereichten Schriftsätze. Nach dem dortigen Vortrag habe aber K. senior nach verschiedenen vorausgegangenen Mängelrügen mit Schreiben vom 7. Juli 1997 der W. S. GmbH eine letzte Nachfrist zur Mängelbeseitigung bis zum 18. August 1997 gesetzt, wobei Schadensersatz wegen Nichterfüllung angedroht worden sei. Nach dem ergebnislosen Fristablauf habe K. senior mit Schreiben vom 17. Oktober 1997 das Fahrgeschäft Zug um Zug gegen Rückzahlung des "Kaufpreises" zur Verfügung gestellt. Danach sei ein Mängelbeseitigungsanspruch mit Ablauf der Nachfrist am 18. August 1997 untergegangen, spätestens jedoch infolge des Schreibens vom 17. Oktober 1997. Von der später vereinbarten Abtretung von Gewährleistungsansprüchen von K. senior an K. junior und den Beklagten sei jedenfalls ein Nachbesserungsanspruch nicht mehr umfaßt gewesen. Da deshalb ein Anspruch auf Mängelbeseitigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts niemals zugestanden habe, seien die von der S. P. und S. GmbH oder der W. S. GmbH im Jahre 1998 geleisteten Arbeiten zu vergüten.

2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand.

a) Für die Frage, wer Gläubiger des Anspruchs ist, kommt es auf die von der Revision aufgeworfene Frage, ob nur zwischen dem Beklagten und der W. S. GmbH vertragliche Beziehungen bestanden hätten, nicht an, denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat auch die Herstellerin, die W. S. GmbH, ihre etwaigen Vergütungsansprüche gegen die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus den streitgegenständlichen Reparaturaufträgen an die Klägerin abgetreten.

b) Die Revision beanstandet weiter zu Unrecht die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe sich die Berufungsbegründung, die K. senior in dem gegen ihn vor dem Landgericht und Oberlandesgericht Stuttgart geführten Rechtsstreit vorgelegt habe, in vollem Umfang zu eigen gemacht.

Durch die Bezugnahme hat der Beklagte den Schriftsatz insgesamt zu seinem Vortrag gemacht. Hätte er die Bezugnahme auf Teile beschränken sollen, so hätte er dies klarstellen müssen. Dies gilt insbesondere für die dort vorgetragene schriftliche Setzung einer Nachfrist zur Mängelbeseitigung, verbunden mit der Androhung, andernfalls Schadensersatz zu verlangen. Auch wenn die Bezugnahme sich in erster Linie auf die Darstellung der Mängel im einzelnen bezogen haben mag, hat der Beklagte den Vortrag im übrigen, insbesondere hinsichtlich der detaillierten Schilderung zu den rechtlichen Konsequenzen, die K. senior im Verhältnis zur W. S. GmbH gezogen habe, von der nur pauschal formulierten Bezugnahme nicht ausgeschlossen. Ob sich auch die Klägerin auf derartigen Sachvortrag bezogen hat oder ihre Ansprüche anders begründet hat, ist nicht entscheidend. Darauf, daß der Mängelbeseitigungsan-

spruch mit Ablauf der Nachfrist untergegangen ist, mußte die Klägerin sich nicht ausdrücklich berufen, damit diese Rechtsfolge eintrat.

c) Die Revision macht ebenso ohne Erfolg geltend, der Verlust aller Nachbesserungsansprüche durch die erfolglose Nachfristsetzung setze voraus, daß der Besteller ausdrücklich Schadensersatz nach § 635 BGB verlangt habe. Dies sei dann nicht der Fall, wenn der Besteller zum Ausdruck gebracht habe, daß er nicht wirklich Schadensersatz, sondern Zahlung der Kosten verlange, die zur Mängelbeseitigung erforderlich seien.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß mit Schreiben vom 7. Juli 1997 K. senior der W. S. GmbH eine letzte Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt habe, wobei Schadensersatz wegen Nichterfüllung angedroht worden sei. Eine beachtliche Rüge gegen diese Würdigung des Berufungsgerichts ist nicht vorgebracht. Der Beklagte beruft sich nicht einmal darauf, daß sich aus dem Schreiben in Wahrheit anderes ergebe.

d) Die Revision hat jedoch Erfolg, soweit sie sich gegen die Würdigung des Berufungsgericht wendet, wenn der Beklagte oder K. junior namens der GbR die Reparaturarbeiten von der Herstellerin oder der S. P. und S. GmbH verlangt hätten, so gelte gemäß § 632 Abs. 1 BGB a.F. eine Vergütung als stillschweigend vereinbart.

Haben der Beklagte oder K. junior Nachbesserung verlangt, so ist allein dadurch kein neuer Werkvertrag zustande gekommen, auf den § 632 Abs. 1 BGB a.F. anzuwenden wäre. Ist Nachbesserung verlangt worden und schuldete die Herstellerin Nachbesserung, was das Berufungsgericht offen gelassen hat, so scheitern Nachbesserungsansprüche nicht zwingend daran, daß K. senior

eine Nachfrist zur Mängelbeseitigung gesetzt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung angedroht und sodann erklärt hat, er stelle das Fahrgeschäft Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises zur Verfügung. Zwar erlischt gemäß § 634 Abs. 1 BGB a.F. der Anspruch auf Beseitigung von Mängeln, wenn diese nicht innerhalb der gesetzten Frist behoben werden. Unbeschadet der Frage, ob der Ersterwerber nach dem Verlauf des Vertragsgegenstandes in dieser Weise Schadensersatz wegen Nichterfüllung auch dann verlangen kann, wenn das zum Ausschluß von Ersatzansprüchen des späteren Erwerbers führen konnte. Es besteht jedenfalls nach Ablauf der insoweit gesetzten Frist bis zum Vollzug der Rückabwicklung ein Schwebezustand (Soergel/Teichmann BGB, 12. Aufl. § 634 Rdn. 11). Solange dieser Schwebezustand andauert, ist der Besteller gehalten, Schaden abzuwenden oder zu mindern (Palandt/Sprau BGB, 60. Aufl. § 634 Rdn. 6); die in diesem Zusammenhang auf Erwerberseite angefallenen Aufwendungen können zum auszugleichenden Schaden gehören. Bis zum Vollzug der Rückabwicklung des Vertrages vom 9. Dezember 1995 drohte weiterer Schaden, wenn das Fahrgeschäft nicht betrieben werden konnte. Im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht waren daher K. senior und nach dem Verkauf des Fahrgeschäfts K. junior und der Beklagte gehalten, die weitere Nutzungsmöglichkeit der Karussellanlage durch Beseitigung vorhandener Mängel zu erreichen, um eine Vergrößerung des Schadens infolge des Stillstands der Anlage zu vermeiden. Dies spricht gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es habe sich um jeweils neue Werkverträge gehandelt, auf die § 632 Abs. 1 BGB a.F. anzuwenden wäre; denkbar erscheint auch, daß es sich insoweit noch um einen auch im Rahmen der Rückabwicklung auszugleichenden Schaden handelt.

Außerdem sind die Parteien, solange eine Rückabwicklung des Vertrages nicht vollzogen ist und der Schwebezustand andauert, nicht gehindert, eine

erneute Erfüllungsabrede zu treffen und die weitere Mängelbeseitigung zu vereinbaren (Soergel/Teichmann BGB, 12. Aufl. § 634 Rdn. 12). Es trifft deshalb nicht zu, daß es, wie das Berufungsgericht angenommen hat, unerheblich ist, ob die W. S. GmbH noch nach dem 7. Juli 1997 unstreitig kostenlos Nachbesserungsarbeiten durchgeführt hat. Ist dies der Fall, so kann darin die Vereinbarung weiterer kostenloser Nachbesserung zu sehen sein. In der Regel wird eine solche Vereinbarung dahin auszulegen sein, daß die Lage zum Zeitpunkt des Geltendmachens des Mängelbeseitigungsanspruchs wieder hergestellt werden soll (Soergel/Teichmann aaO).

Schließlich könnte es sich um Maßnahmen zur Mängelbeseitigung gehandelt haben, wenn die ausgeführten Arbeiten zwar Mängel des Werks betroffen haben, die Ablehnungsandrohung durch K. senior jedoch nicht wegen dieser Mängel ausgesprochen worden ist und daher nicht zum Erlöschen des Erfüllungsanspruchs geführt hat.

e) Das Berufungsgericht durfte danach den Vortrag des Beklagten nicht ungeklärt lassen, die 1998 aufgetretenen Mängel seien sämtlich schon 1997 vorhanden gewesen und von der Herstellerin trotz zahlreicher Nachbesserungsversuche bis dahin nicht nachhaltig behoben worden. Das Berufungsgericht wird dies nachzuholen haben. Es wird zunächst Feststellungen dazu treffen müssen, ob und wann die Rückabwicklung des Vertrages vom 9. Dezember 1995 erfolgt ist. Es wird sodann nach den Umständen und der Art der jeweils durchgeführten Arbeiten - gegebenenfalls unter Zuziehung eines Sachverständigen - zu klären haben, ob es sich um solche gehandelt hat, die sich auf die Nachbesserung von Mängeln bezogen haben, die die weitere Nutzung der Karussellanlage beeinträchtigt hätten. Schließlich wird das Berufungsgericht auch zu prüfen haben, ob die W. S. GmbH noch nach dem 7. Juli 1997 kostenlos

nachgebessert hat, und zu würdigen haben, ob darin die Vereinbarung zu sehen ist, die Lage zum Zeitpunkt des Geltendmachens des Mängelbeseitigungsanspruchs wiederherzustellen.

Melullis

Scharen

Mühlens

Meier-Beck

Asendorf