

Fundstelle: **IBR 2025, 345**

OLG Düsseldorf

Beschluss

vom 24.10.2024

22 U 33/24

BGB §§ **633, 634, 635**

**1. Kündigt der Unternehmer die Mängelbeseitigung binnen eines bestimmten Zeitraums (hier: binnen 10 Tagen) an und hält er diese Frist nicht ein, kann er sich nicht darauf berufen, die Frist sei aus objektiver Sicht zu kurz bemessen.**

**2. Der Ablauf der zur Nachbesserung gesetzten Frist führt zur Entstehung des Vorschussanspruchs, womit die Nachbesserungsbefugnis des Unternehmers endet. Der Besteller kann zwar nach fruchtlosem Fristablauf die Nachbesserung durch den Unternehmer zulassen, er muss es jedoch nicht.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.10.2024 - 22 U 33/24

vorhergehend:

LG Krefeld, 08.08.2024 - 5 O 301/21

#### Tenor:

Die Beklagte wird darauf hingewiesen, dass eine Zurückweisung ihrer Berufung durch Beschluss gemäß § **522** Abs. 2 ZPO in Betracht kommt.

Sie erhält Gelegenheit, zu diesem Hinweis bis zum 15.11.2024 Stellung zu nehmen.

#### Gründe:

I.

Die Beklagte wurde von den Klägern mit Sanierungsarbeiten für ein von ihnen erworbenes Einfamilienhaus beauftragt. Die Kläger reklamierten Mängel am Bodenbelag und der Heizung. Hierzu holten sie Privatgutachten ein und setzten Fristen zur Mängelbeseitigung. Der auf Vorschuss für die Kosten der Mängelbeseitigung und Erstattung von Privatgutachter- und Rechtsanwaltskosten gerichteten Klage ist die Beklagte entgegen getreten. Die ihr gesetzten Fristen seien zu kurz bemessen bzw. aus anderen Gründen wirkungslos gewesen. Ein Anspruch auf Vorschuss wegen des unstrittig mangelhaften Fußbodens bestehe daher nicht. Die von den Klägern gerügten Mängel der Heizungsanlage hat sie bestritten. Auch hier bestehe mangels wirksamer Fristsetzung kein Vorschuss. Auch den Privatgutachterkosten für den Gutachter Bö. (Heizungsanlage) ist sie entgegen

getreten. Die Privatgutachterkosten für den Gutachter Ke. (Fußboden) sind nicht Gegenstand des Rechtsstreits, da sie von der Betriebshaftpflichtversicherung der Beklagten bezahlt wurden.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, an die Kläger als Gesamtgläubiger 24.579,55 EUR nebst Zinsen zu zahlen. Zudem hat es die Beklagte zur teilweisen Zahlung und teilweisen Freistellung von vorgerichtlichen Kosten der Rechtsverfolgung verurteilt und die Feststellung getroffen, dass alle weiteren Aufwendungen und Schäden über den Betrag von 24.579,55 EUR hinaus zu ersetzen sind, die im Zuge der Beseitigung der Mängel an den Bodenbelagsarbeiten und der Sanitär- und Heizungsinstallationsarbeiten entstehen. Wegen der Mängel des Bodenbelags stehe den Klägern ein Vorschussanspruch in Höhe von 12.880,30 EUR zu (Mangelbeseitigung = 9.523,97 EUR brutto; Möbeleinlagerung = 3.221,33 EUR brutto ./.. Zahlung Betriebshaftpflichtversicherung in Höhe von 2.700,00 EUR = 514,33 EUR; Küchendemontage- und Montage = 1.500,00 EUR; Anmietung Ersatzwohnung = 1.335,00 EUR). Die Kläger hätten hinreichende Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben. Sie hätten wegen der Mängel des Fußbodens eine Frist zum 07.04.2021 gesetzt, die fruchtlos geblieben sei. Das spätere Schreiben der Kläger vom 18.08.2021 habe sich auf die Sanitärmängel bezogen. Doch selbst wenn man dieses Schreiben dahin verstehen wolle, dass auch wegen der Mängel am Fußboden eine neue Mangelbeseitigungsfrist habe gesetzt werden sollen, bestehe der Vorschussanspruch. Denn auch diese Frist sei fruchtlos geblieben. Weder im Hinblick auf das Schreiben vom 30.08.2021 noch im Hinblick auf die WhatsApp-Nachricht vom 03.09.2021 habe die Beklagte abwarten dürfen, dass sich die Kläger bei ihr meldeten. Ihr Vortrag zu der Einschaltung von Versicherungen sei widersprüchlich und nicht nachvollziehbar, zudem sei es auch nicht vertraglich vereinbart worden, sämtliche Mängel zugleich zu beseitigen. Wegen der Mängel bei der Sanitär- und Heizungsinstallation, die durch die Begutachtung bewiesen seien, stehe den Klägern ein Vorschuss in Höhe von 11.093,75 EUR zu. Schließlich stehe den Klägern ein Anspruch in Höhe von 4.605,50 EUR wegen des an den Gutachter Bö. gezahlten Honorars zu. Von dem sich danach ergebenden Zahlungsanspruch der Klägerin in Höhe von 28.579,55 EUR sei nicht gezahlter Werklohn in Höhe von 4.000,00 EUR in Abzug zu bringen. Die Feststellung sei im Hinblick auf vom Vorschuss nicht erfasste Aufwendungen und Schäden zu treffen.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie - weitgehend wortgleich - Vortrag aus ihren erstinstanzlichen Schriftsätzen betreffend die Wirksamkeit der Fristsetzung wiederholt und die Abweisung der Klage dahin begehrt, dass sie nur entsprechend dem Hilfsantrag der Kläger (gerichtet auf Beseitigung der Mängel) verurteilt werde.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 08.08.2024 verkündeten Urteils des Landgerichts Krefeld die Klage abzuweisen.

Die Kläger beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Kläger verteidigen das angefochtene Urteil.

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg im Sinne des § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

1. Von vorherein unbegründet ist die Berufung, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung der Kosten für den Privatgutachter Bö. wendet. Kosten, die der Besteller zur Feststellung von Mängeln aufwendet, sind unabhängig von einer Fristsetzung zu erstatten. Zum einen lassen sich solche Kosten durch eine Fristsetzung nicht vermeiden, weshalb sie gemäß § 280 Abs. 1 BGB ohne Fristsetzung zu erstatten sind (BGH, Urt. v. 13.09.2001 - VII ZR 392/00, NJW 2002, 141; BGH, Urt. v. 16.10.1984 - X ZR 86/83, NJW 1985, 381), zum anderen ergibt sich unabhängig von Fristsetzung und Verschulden ein Anspruch aus § 635 Abs. 2 BGB (BGH, Urt. v. 30.04.2014 - VIII ZR 275/13, NJW 2014; BGH, Urt. v. 17.07.1999 - X ZR 40/96, NJW-RR 1999, 813).

2. Nicht ersichtlich ist, warum sich die Beklagte gegen die den Klägern zugesprochenen Kosten der Möbeleinlagerung, der Küchendemontage- und Montage und der Anmietung Ersatzwohnung wendet. Denn diese Kosten würden ebenso anfallen, wenn die Beklagte die Mängel beseitigen würde und die Beklagte macht nicht geltend, dass sie diese Arbeiten selbst erledigen und eine Ersatzwohnung für die Kläger anmieten wolle.

3. Die Kläger haben wirksam eine Frist zur Beseitigung der Mängel des Fußbodens gesetzt.

Zutreffend hat das Landgericht erkannt, dass die Frist für die Mangelbeseitigung am Fußboden am 07.04.2021 abgelaufen ist und sich der spätere Schriftverkehr - beginnend mit dem Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Kläger vom 16.08.2021 (Anlage JK8, LG132) - nur auf die in dem Gutachten Bö. gerügten Mängel bezog. So ist im Schreiben vom 16.08.2021 nur eine Frist zur Beseitigung der von dem Gutachter Bö. festgestellten Mängel gesetzt worden. In dem zugleich vorgelegten Vergleichsvorschlag sind in Ziffer 1 Ansprüche wegen des Fußbodens zudem explizit ausgenommen. Auch die Verlängerung der Frist im Schreiben vom 18.08.2021 (Anlage JK21, LG217) ist nur auf die in dem Gutachten Bö. genannten Mängel bezogen. Auf die von der Beklagten vorgeschlagene Verknüpfung zwischen der Mängelbeseitigung am Fußboden und der Sanitärtechnik (Schreiben vom 25.08.2021, Anlage JK22, LG219) haben sich die Kläger nicht eingelassen (Schreiben vom 30.08.2021, Anlage JK23, LG221). Es geht daher fehl, wenn die Beklagte mit der Berufung geltend macht, es hätten gemäß Schreiben vom 30.08.2021 Termine zur Ausführung/Kontrolle zwischen den Parteien abgestimmt werden sollen - das war für die Mängel des Fußbodens nicht der Fall.

Die Fristsetzung bis zum 07.04.2021 war auch wirksam. Die Kläger haben mit Schreiben ihrer Prozessbevollmächtigten vom 10.03.2021 zunächst eine Frist zum 24.03.2021 gesetzt (Anlage JK2, LG39). Nach Eingang der E-Mail der Beklagten vom 22.03.2021 (LG206) ist die Frist bis zum 07.04.2021 verlängert worden (Anlage JK12, LG207). Eine Verlängerung der Frist ist nicht erfolgt (Anlage JK 16, LG210). Mit Schreiben vom 29.04.2021 hat die Beklagte angekündigt, die Mängelbeseitigung innerhalb von 10 Tagen vorzunehmen (Anlage JK17, LG211). Nachdem eine solche nicht erfolgt ist, haben die Kläger Aufklärung durch Sachverständige angekündigt (Anlage JK18, LG212). Danach liegt es fern, wenn die Beklagte nun geltend macht, die ihr gesetzte Frist zur Mangelbeseitigung sei zu kurz gewesen. Sie hat selbst die Mangelbeseitigung binnen 10 Tagen angekündigt, diese Frist aber nicht eingehalten. Der Schuldner, der selbst eine Nacherfüllung binnen einer von ihm genannten Frist ankündigt, kann sich nicht darauf berufen, diese Frist sei aus objektiver Sicht zu kurz bemessen (BGH, Urt. v. 13.07.2016 - VIII ZR 49/15, NJW 2016, 3654 Rn. 36). Der Beklagten standen zudem schon bis zum 07.04.2021 mehrere Wochen zur Mangelbeseitigung zur Verfügung. Innerhalb dieser Frist hätte sie es unter größten Anstrengungen unternehmen müssen, den Mangel zu beseitigen (BGH, Urt. v. 23.02.2006 - VII ZR 84/05, BauR 2006, 979 Rn. 30). Die Beklagte legt nicht dar, warum innerhalb der ihr eingeräumten Nachfrist eine

Mängelbeseitigung nicht möglich gewesen sein sollte. Ohnehin kann sich aber die Beklagte auf eine (vermeintlich) zu kurze Fristsetzung nicht berufen, weil eine zu kurz bemessene Frist nicht wirkungslos ist, sondern dazu führt, dass eine angemessene Frist läuft (BGH, Urt. v. 12.08.2009 - **VIII ZR 254/08**, **NJW 2009**, **3153** Rn. 36). Auch in den nachfolgenden Monaten wurden die Mängel des Fußbodens aber nicht behoben.

Unerheblich ist der Vortrag der Beklagten dazu, die Kläger hätten mit der Versicherung korrespondiert und er habe darauf gewartet, dass die Kläger in Eigenregie und auf Kosten der Versicherung das Haus leerräumen und ausziehen würden, damit sie einen neuen Bodenbelag verlegen könne. Dabei mag es sein, dass sich die Kläger durch eigenständige Anfragen an die Versicherung bemüht haben, eine vollständige Kostenübernahme zu erreichen und sie im Falle einer solchen vollständigen Kostenübernahme auch bereit gewesen wären, das Haus in Eigenregie zu räumen und dann die Mängelbeseitigung der Beklagten zuzulassen. Hieraus kann die Beklagte indessen für sich nichts ableiten. Der Ablauf der zur Nachbesserung gesetzten Frist führt zur Entstehung des Vorschussanspruchs, womit die Nachbesserungsbefugnis des Unternehmers endet. Nur der Nacherfüllungsanspruch des Bestellers bleibt erhalten. Danach kann der Besteller die Nachbesserung durch den Unternehmer zulassen, er muss es aber nicht (BGH, Urt. v. 27.02.2003 - **VII ZR 338/01**, **NJW 2003**, **1526**). Im vorliegenden Fall haben sich die Kläger letztlich entschieden, nach Ablauf der gesetzten Frist die Nachbesserung nicht mehr zuzulassen und den Vorschussanspruch durchzusetzen.

Begrenzt wird das Recht des Bestellers, trotz des bereits entstandenen Vorschussanspruchs noch Nacherfüllung zu fordern, dann aber gleichwohl den Vorschussanspruch geltend zu machen, allein durch Treu und Glauben (BGH, Urt. v. 20.01.2006 - V ZR 125/05 **NJW 2006**, **1198** Rn. 22 f.). Dass die Kläger durch die Verfolgung des Nacherfüllungsanspruchs gegen Treu und Glauben verstoßen haben könnten, ist nicht im Ansatzpunkt ersichtlich. Nach der per WhatsApp geführten Kommunikation war die Kostenübernahme durch die Haftpflichtversicherung für die Kläger nicht gesichert. Die Haftpflichtversicherung hat nur eine Zahlung getätigt, die nicht alle "Begleitkosten" der Mängelbeseitigung abgedeckt hat.

4. Die Kläger haben auch wirksam eine Frist zur Beseitigung der Mängel der Heizungs-/Sanitärinstallation gesetzt (Schreiben vom 18.08.2021, Anlage JK21, LG217 in Verbindung mit dem Schreiben vom 16.08.2021, Anlage JK8, LG132). Die Frist von 4 Wochen war nicht zu kurz. Nach dem Erstgutachten Bu. sind 52 Monteurstunden und 10 Facharbeiterstunden für Maurer- und Malerarbeiten erforderlich. Die Arbeiten hätten also binnen weniger Tage ausgeführt werden können, zumal wenn mehrere Monteure zeitgleich eingesetzt worden wären.

Die Terminnachfrage und die Antwort der Kläger (WhatsApp-Kommunikation vom 03.09.2021, LG181) entlasten die Beklagte nicht. Zu Recht hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass die Beklagte die Beseitigung der Mängel der Heizung nicht deshalb aufschieben durfte, weil sie hoffte, diese Mängel zeitgleich mit der Neuverlegung des Fußbodens beheben zu können. Für die Sanitär-/Heizungsarbeiten musste das Haus nicht geräumt werden. Die Kläger haben der Beklagten zudem nur mitgeteilt, dass es keine Kostenübernahme der Versicherung gebe. Danach hätte die Beklagte den Kläger zumindest anbieten müssen, selbst die Kosten zu tragen. Sie ist indessen nach der WhatsApp passiv geblieben.

Letztlich kann die Frage der Wirksamkeit der Fristsetzung aber auch dahinstehen. Die Beklagte hat die Mängel der Heizung-/Sanitärinstallation bestritten. Damit war für die Kläger als Besteller eine Fristsetzung unzumutbar. Lässt sich ein Unternehmer gleichsam erst gerichtlich überführen, um anschließend Nacherfüllung anzubieten, kann er das Vorschussbegehren des Bestellers nicht mit der Begründung zurückweisen, von ihm sei keine Nacherfüllung verlangt worden. Das Verhalten dokumentiert vielmehr eindrucksvoll, dass er einem Nacherfüllungsverlangen nicht nachgekommen

wäre (OLG Celle, Urt. v. 20.03.2018 - **14 U 96/17**, **NZBau 2018, 671**). Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass die Mängel bereits durch ein Privatgutachten belegt waren und die Beklagte gleichwohl bestritten hat (vgl. OLG München, Urt. v. 31.07.2018 - **28 U 3161/16**, **BeckRS 2018, 23495** Rn. 255).

5. Nicht zu folgen ist dem (beiläufigen) Vortrag der Beklagten, die Kläger hätten ihr keine Möglichkeit eingeräumt, die Mängel zu besichtigen. Wie im Gutachten Bö. geschildert, wollte der Geschäftsführer der Beklagten an dem Termin teilnehmen, hat dann aber kurzfristig abgesagt (LG64). In der Klageerwiderung hat die Beklagte vorgetragen, dass sie den Fußboden geprüft habe (LG166). Es liegt auch sonst keine Erklärung der Kläger, wonach sie eine Überprüfung der von ihnen gerügten Mängel verweigert hätten.

Auch die übrigen Voraussetzungen für eine Entscheidung durch Beschluss gemäß § **522** Abs. 2 ZPO sind gegeben.