

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB § 633, VOB/B (1973) § 13 A

Zur Vorteilsausgleichung im werkvertraglichen Gewährleistungsrecht.

BGH, Urt. v. 17. Mai 1984 - VII ZR 169/82 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 169/82

URTEIL

(Schlußentscheidung)

in dem Rechtsstreit

Verkündet am

17. Mai 1984

H e n c o,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma D [REDACTED] GmbH & Co. KG., V [REDACTED]-
[REDACTED], M [REDACTED], vertreten durch die persönlich haftende
Gesellschafterin, die Firma D [REDACTED] GmbH, diese ver-
treten durch ihren Geschäftsführer M [REDACTED] P [REDACTED],
ebenda,

Beklagten, Widerklägerin,
Berufungsbeklagten und Re-
visionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] -

g e g e n

die Firma Malerbetriebe G [REDACTED] S [REDACTED] GmbH & Co.
KG., E [REDACTED]straße [REDACTED], M [REDACTED], vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma Malerbetriebe
G [REDACTED] S [REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäfts-
führer G [REDACTED] S [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte,
Berufungsklägerin und Re-
visionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED] -

- 1 a -

Streithelferin der Klägerin und Revisionsbeklagten:

Firma V - R & M GmbH, J - Straße , P -
(), vertreten durch ihre Geschäftsführer
W F , A G und F K , ebenda,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -



Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Mai 1984
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Doerry, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird
das Urteil des 7. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts München vom 31. März 1982
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als die Widerklage in Höhe von 93.650 DM
nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin erstellte in den Jahren 1972 und 1973 für drei größere Reihenhaus-Bauvorhaben der Beklagten in W■■■■■, A■■■■■/Ost und A■■■■■/West die Wärmeschutzfassaden nach einem Verbundsystem ihrer Streithelferin. Dem Auftrag liegt u.a. die VOB/B zugrunde.

Mit der Klage hat die Klägerin unstreitigen Restwerklohn in Höhe von 9.200 DM nebst Zinsen geltend gemacht. Die Beklagte hat sich auf fehlerhafte Verarbeitung sowie auf ungenügende Eignung des verwendeten Isolierputzsystems berufen. Sie hat mit bereits angefallenen oder noch zu erwartenden Erneuerungskosten aufgerechnet und im Wege der Widerklage insgesamt 191.938,26 DM nebst Zinsen verlangt. Ferner hat sie die Feststellung begehrt, daß die Klägerin weiteren Vorschuß für alle noch entstehenden Mängelbeseitigungskosten zu zahlen verpflichtet sei.

Die Klägerin hat ihre Haftung für die aufgetretenen Mängel geleugnet und die Einrede der Verjährung erhoben. Die Mängel seien allein auf das von der Beklagten verlangte Wärmedämmschutzsystem zurückzuführen, das seinerzeit zwar in Fachkreisen anerkannt gewesen sei, sich nachträglich aber als untauglich herausgestellt habe. Die Gegenansprüche seien auch überhöht, da nicht sämtliche Fassadenflächen Schäden aufwiesen und preiswertere Sanierungsmethoden zur Verfügung stünden. Auf jeden Fall müsse sich die Beklagte verschiedene Abzüge

von den behaupteten Mängelbeseitigungskosten gefallen lassen; sie erziele nämlich durch die vorgesehene Art der Nachbesserung beträchtliche Vermögensvorteile, die sie nicht erlangt hätte, wenn der Isolierputz von vornherein einwandfrei ausgeführt worden wäre.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht der Beklagten lediglich 6.050 DM nebst Zinsen zuerkannt; im übrigen sind Klage, Widerklage und Berufung erfolglos geblieben.

Mit ihrer Revision hat die Beklagte zunächst die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung weiterer 105.750 DM nebst Zinsen angestrebt. Der Senat hat die Revision nur insoweit angenommen, als die Widerklage in Höhe von 93.650 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Die Beklagte verfolgt in diesem Umfang die Widerklage weiter. Die Klägerin und ihre Streithelferin beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht hält etwaige Gewährleistungsansprüche der Beklagten aus den beiden Bauvorhaben in A [REDACTED] für verjährt. Nur für das Objekt in Weßling sei die - hier maßgebliche - kurze Verjäh-

rungsfrist des § 13 Nr. 4 VOB/B rechtzeitig durch ein Beweissicherungsverfahren unterbrochen worden.

Das nimmt die Beklagte hin.

2. In Weßling, so führt das Berufungsgericht weiter aus, sei die Werkleistung der Klägerin allerdings insgesamt mit Fehlern behaftet. Die von ihr erstellten Wärmeschutzfassaden wiesen fast überall Risse und Abplatzungen auf. Diese Gefahr bestehe auch bei den bisher noch nicht betroffenen Giebelflächen. Die angestrebte Wärmedämmung sei daher nachhaltig beeinträchtigt. Ihre Ursache fänden die aufgetretenen Mängel u.a. in Verarbeitungsfehlern der Klägerin, welche die verwendeten Dämmplatten nicht fachgerecht verlegt und die Gewebeeinlage nicht vorschriftsmäßig eingebügelt habe.

Infolgedessen sei eine vollständige Sanierung der Fassaden erforderlich. Nach den überzeugenden Darlegungen des Sachverständigen H. komme eine bloße Teilerneuerung nicht in Betracht, da die Gefahr erneuter Rißbildungen dadurch nicht gebannt werde. Dieser Umstand rechtfertige es, die Klägerin grundsätzlich mit den Nachbesserungskosten von 121.000 DM zu belasten, obwohl das anteilige Auftragsvolumen für das Bauvorhaben W. nur ca. 45.000 DM betragen habe. Daß dabei auch das untaugliche Verbundputzsystem ersetzt werde und die Beklagte eine bessere als die zunächst vereinbarte Leistung erhalte, könne allenfalls im Wege der Vorteilsausgleichung berücksichtigt werden, hindere aber nicht die Einstandspflicht der Klägerin. Der Beklagten stehe somit ein Vorschußanspruch in entsprechender Höhe zu, mit dem sie gegen die Klageforderung

aufrechnen und den sie im übrigen widerklagend geltend machen dürfe. Der Bestimmung einer angemessenen Mängelbeseitigungsfrist gemäß § 13 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B habe es nicht bedurft, da sich die Klägerin unstreitig von Anfang an ernsthaft und endgültig geweigert habe, die Mängel anzuerkennen oder gar zu beseitigen.

Das alles läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von der Revision als der Beklagten günstig nicht angegriffen.

II.

Der Vorschußanspruch der Beklagten sei aber - meint das Berufungsgericht - erheblich zu kürzen. Nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung brauche die Klägerin nämlich nicht für solche Aufwendungen einzustehen, durch die sich die Vermögenslage der Beklagten über die Beseitigung der Verarbeitungsfehler hinaus verbessere.

Zu den anrechenbaren Vorteilen gehöre zunächst, daß die Beklagte bei der Fassadenerneuerung ein Wärmeschutzsystem erhalte, welches auf neuesten Erkenntnissen beruhe. Das Verbundkonzept der Streithelferin habe zwar den 1972/73 anerkannten Regeln der Technik entsprochen, sich später aber als ungeeignet erwiesen. Die gerügten Schäden wären daher über kurz oder lang auch ohne Verarbeitungsfehler aufgetreten. Da dieses untaugliche System jedoch ausdrücklicher Vertragsgegenstand gewesen sei und die Klägerin eine besondere Garantie nicht

übernommen habe, stelle seine Verwendung keinen Werkmangel dar. Bei gleicher Bewertung der System- und der Verarbeitungsfehler mindere sich der Vorschußanspruch der Beklagten um 50 % der Sanierungskosten auf 60.500 DM.

Ein weiterer Abzug ergebe sich daraus, daß die mittlerweile 10 Jahre alten Wärmeschutzfassaden durch die Neuherstellung eine entsprechend längere Lebensdauer erhielten. Die Hälfte des damit verbundenen Vorteils von ca. 30 % = 18.150 DM sei der Beklagten als Ausgleich zuzurechnen.

Dasselbe gelte für ersparte Renovierungskosten von ca. 15.000 DM, welche bei ordnungsgemäßer Wartung nach etwa 8 Jahren angefallen wären, infolge der Erneuerung jetzt aber erst später entstünden.

Unter Berücksichtigung einer weiteren Position von 12.100 DM - deretwegen der Senat die Revision nicht angenommen hat - verringere sich der Vorschußanspruch der Beklagten insgesamt auf 15.250 DM. Nach Aufrechnung gegen die unstreitige Klageforderung (9.200 DM) sei die Widerklage somit nur in Höhe von 6.050 DM begründet.

Das hält den Angriffen der Revision nicht stand.

1. Fehl gehen allerdings ihre Einwände gegen jedwede Vorteilsausgleichung im werkvertraglichen Gewährleistungsrecht.

a) Die im Bereich des Schadensersatzrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung beruhen

auf dem Gedanken, daß dem Geschädigten - jedenfalls in gewissem Umfang - diejenigen Vorteile zuzurechnen sind, die ihm in adäquatem Zusammenhang mit dem Schadensereignis zufließen. Es soll ein gerechter Ausgleich zwischen den bei einem Schadensfall widerstrebenden Interessen herbeigeführt werden. Der Geschädigte darf nicht besser gestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde; das wäre ein unbilliges Ergebnis. Andererseits sind nicht alle durch das Schadensereignis bedingten Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, sondern nur solche, deren Anrechnung mit dem jeweiligen Zweck des Ersatzanspruchs übereinstimmt, d.h. dem Geschädigten zumutbar ist und den Schädiger nicht unangemessen entlastet (BGHZ 8, 325, 328/329; 10, 107, 108; 30, 29, 32 f; 49, 56, 61/62; 54, 269, 272; 74, 104, 113/114; 77, 151, 153; 81, 271, 275; BGH NJW 1977, 1819; 1978, 536 f). Vor- und Nachteile müssen bei wertender Betrachtungsweise gleichsam zu einer Rechnungseinheit verbunden sein (BGHZ 77, 151, 154; BGH NJW 1979, 760 - insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 73, 109; NJW 1983, 2137, 2138).

Letztlich folgt der Rechtsgedanke der Vorteilsausgleichung aus dem in § 242 BGB festgelegten Grundsatz von Treu und Glauben (BGHZ 60, 353, 358). Das in ihm verkörperte Gerechtigkeitsgebot kommt auch außerhalb des Schadensersatzrechts in zahlreichen anderen Vorschriften zum Ausdruck - z.B. in §§ 324 Abs. 1 Satz 2, 642 Abs. 2, 649 Satz 2 Halbsatz 2 BGB (weite Beispiele in BGHZ aaO.) - und ist deshalb auf Nachbesserungs- und Kostenerstattungsansprüche gemäß §§ 633 Abs. 2, Abs. 3 BGB, 13 Nr. 5 VOB/B entsprechend anzuwenden (Brandt,

BauR 1982, 524, 533; Ingenstau/Korbion, VOB, 9. Aufl., B § 13 Rdn. 247; Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB Teil B, ErlZ B 13.403; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB, 3. Aufl., B § 13 Rdn. 59 a; Soergel in MünchKomm, BGB, § 633 Rdn. 118; a.A. Groß, NJW 1971, 648, 649; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 4. Aufl., Rdn. 1730).

Freilich darf nicht übersehen werden, daß es sich hierbei um vertraglich begründete Ansprüche handelt, deren Inhalt vor allem durch die getroffenen Vereinbarungen bestimmt wird. Der Vorteilsausgleichung sind daher regelmäßig nur diejenigen Vorteile zugänglich, die der Auftraggeber allein durch die Gewährleistung außerhalb ohnehin bestehender vertraglicher Verpflichtungen des Auftragnehmers erlangt (Ingenstau/Korbion, B § 13 Rdn. 247 a.E.).

b) Demgemäß hat der Senat den Aufwendungsersatzanspruch des Bestellers stets um diejenigen (Mehr-) Kosten gekürzt, um die das Werk bei ordnungsgemäßer Ausführung von vornherein teurer gewesen wäre, - sog. "Sowieso"-Kosten (vgl. Senatsurteile vom 29. Oktober 1970 - VII ZR 14/69 = BauR 1971, 60, 62; vom 24. Mai 1973 - VII ZR 92/71 = Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 512, 514 - insoweit in BGHZ 61, 28 nicht abgedruckt -; vom 23. September 1976 - VII ZR 14/75 = BauR 1976, 430, 432; vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82 - zur Veröffentlichung bestimmt).

Daran ist festzuhalten. Anknüpfungspunkt ist die Erwägung, daß der Unternehmer nicht mit den Kosten solcher Maßnahmen belastet werden darf, die er nach dem Vertrag gar nicht zu erbringen hatte (Senatsurteil

vom 29. November 1971 - VII ZR 101/70 = WM 1972, 800, 802; BGH BauR 1976, 430, 432). Andererseits ist es ihm nicht gestattet, sich auf diese Weise seiner werkvertraglichen Erfolgshaftung zu entziehen. Es muß deshalb in jedem Einzelfall die geschuldete Leistung konkret ermittelt und aus dem Vertrag heraus festgelegt werden. Hat der Auftragnehmer einen bestimmten Erfolg zu einem bestimmten Preis versprochen, so bleibt er an seine Zusage selbst dann gebunden, wenn sich die beabsichtigte Ausführungsart nachträglich als unzureichend erweist und aufwendigere Maßnahmen erforderlich werden. Auch im Rahmen der Nachbesserung können diese Mehrkosten nicht dem Auftraggeber aus dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung aufgebürdet werden (vgl. Werner/Pastor, Rdn. 1735).

Richtet sich die Kalkulation des Unternehmers dagegen nicht allein nach seinen eigenen Vorstellungen, sondern in erster Linie nach einem Leistungsverzeichnis des Bestellers, so umfaßt der vereinbarte Preis die Werkleistung nur in der jeweils angegebenen Größe, Güte und Herstellungsart. Notwendig werdende Zusatzarbeiten sind gesondert zu vergüten (§ 2 Nr. 1, Nr. 6 Abs. 1, Nr. 7 Abs. 1 Satz 4, Nr. 8 Abs. 2 Satz 2 VOB/B; vgl. auch Senatsurteile vom 14. Januar 1971 - VII ZR 3/69 = BauR 1971, 124; vom 23. März 1972 - VII ZR 184/70 = Schäfer/Finnern Z 2.301 Bl. 46, 47; vom 22. März 1984 - VII ZR 50/82; Brandt aaO. S. 528 u. 530). Sie sind dann innerhalb der Mängelbeseitigung anrechnungsfähige "Sowieso"-Kosten. Entsprechendes muß gelten, wenn die Vertragsparteien auf Anregung des Auftragnehmers nicht nur den Leistungserfolg, sondern eine ganz bestimmte Ausführungsart ausdrücklich zum Vertragsgegenstand gemacht haben.

2. Darauf stellt in gewisser Weise auch das Berufungsgericht ab, indem es die Beklagte an den Kosten der Nachbesserung beteiligt, weil sie nunmehr einen funktionstüchtigen, vertraglich aber nicht vereinbarten Fassadenschutz erhält.

a) Zu Unrecht glaubt es jedoch, die Verwendung des untauglichen Systems der Streithelferin der Klägerin sei gar nicht als Werkmangel anzusehen, da es dem Vertrag zugrunde gelegen und den damals gültigen Regeln der Technik entsprochen habe; neben den Verarbeitungsfehlern der Klägerin führe diese gleichwertige Schadensursache zu einer hälftigen Kostenbelastung der Beklagten.

Damit verkennt das Berufungsgericht den Mangelbegriff des Werkvertragsrechts.

aa) Ein Fehler im Sinne der §§ 633 Abs. 1 BGB, 13 Nr. 1 VOB/B liegt u.a. dann vor, wenn das Werk von der Beschaffenheit abweicht, die es für den vertraglich vorausgesetzten Gebrauch haben muß (BGH NJW 1971, 92, 93; Senatsurteile vom 14. April 1960 - VII ZR 63/59 - und vom 13. Dezember 1973 - VII ZR 89/71 = BauR 1974, 125). Der Auftragnehmer hat die Entstehung eines mängelfreien, zweckgerechten Werks zu gewährleisten. Entspricht seine Leistung nicht diesen Anforderungen, so ist sie fehlerhaft, und zwar unabhängig davon, ob die anerkannten Regeln der Technik eingehalten worden sind. Ausschlaggebend ist allein, daß der Leistungsmangel zwangsläufig den angestrebten Erfolg beeinträchtigt (BGHZ 48, 310, 311/312; Senatsurteil vom 20. Dezember 1971 - VII ZR 97/70 = BauR 1972, 172 - insoweit in BGHZ 58, 7 und NJW 1972, 530 nicht abgedruckt).

Danach hat die Klägerin nicht nur für die unzulängliche Verarbeitung, sondern auch für die Unbrauchbarkeit des Verbundsystems der Streithelferin einzustehen. Da die Beklagte lediglich Kosten für die Mängelbeseitigung verlangt, kommt es auf das fehlende Verschulden der Klägerin nicht an (BGH BauR 1972, 172, 173; Ingenstau/Korbion, B § 13 Rdn. 39 a).

bb) Anhaltspunkte für einen ausdrücklichen oder stillschweigenden Haftungsausschluß sind ebenfalls nicht ersichtlich (vgl. BGH BauR 1974, 125). Daß die Beklagte bereits bei Auftragserteilung wußte, in welcher Art die Fassadenarbeiten ausgeführt würden, ist insofern ohne Bedeutung. Eine Risikoverlagerung auf den Besteller kann nicht schon daraus hergeleitet werden, daß dieser bei Vertragsschluß bestimmte Vorstellungen von dem versprochenen Werk hat (Nicklisch in "Festschrift für W. Bosch" 1976, 731, 732 u. 739 für den BGB-Vertrag; zum VOB-Vertrag vgl. Nicklisch/Weick, VOB/B § 13 Rdn. 43 f). Andernfalls hätte es jeder Unternehmer in der Hand, seiner Einstandspflicht für die Tauglichkeit des angewendeten Systems zu entgehen, indem er es zum Gegenstand seines Angebots macht. Erforderlich ist vielmehr eine rechtsgeschäftliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber (Nicklisch aaO., 739 ff u. 745). Eine derartige besondere Absprache liegt hier nicht vor.

Ebensowenig erfüllt der unstreitige Sachverhalt die Voraussetzungen des § 13 Nr. 3 VOB/B, wonach der Auftragnehmer von der Gewährleistung für solche Mängel befreit ist, die auf Anordnungen des Bestellers oder vorgeschriebene Baustoffe zurückzuführen sind. Die Klägerin behauptet zwar, daß sich die Beklagte ge-

zielt nach dem Verbundsystem der Streithelferin erkundigt habe; erst nach deren Garantiezusage habe man ein entsprechendes Angebot unterbreitet und den Auftrag erhalten. Bei dieser Sachlage hat die Beklagte das betreffende System aber nicht "vorgeschrieben", sondern allenfalls vorgeschlagen. Es fehlt an der in § 13 Nr. 3 VOB/B vorausgesetzten bindenden Anweisung, die der Klägerin keine Wahl gelassen und absolute Befolgung erheischt hätte (BGH NJW 1973, 754, 755; 1977, 1966; Senatsurteil vom 22. Mai 1975 - VII ZR 204/74 = BauR 1975, 421, 422).

b) Scheidet damit der Gesichtspunkt gleichwertiger Mängelverursachung für die Verteilung des Nachbesserungsaufwands auf die Parteien aus, so hat die Beklagte lediglich die anfallenden "Sowieso"-Kosten zu tragen.

Die Parteien haben das Wärmeschutz-Konzept der Streithelferin - wenn auch ohne Risikoübernahme durch die Beklagte - zum ausdrücklichen Inhalt ihres Vertrags und der getroffenen Preisvereinbarung gemacht. Hätten sie bereits damals die Untauglichkeit dieses Systems gekannt, dann hätte die Klägerin eine andere, möglicherweise teurere Ausführungsart anbieten und die Beklagte die höhere Vergütung entrichten müssen. Aus Gründen der Billigkeit ist es daher geboten, der Beklagten auch die Mehrkosten des vom Sachverständigen Heinzel vorgeschlagenen neuen Systems aufzuerlegen.

Zur Bezifferung dieser "Sowieso"-Kosten sind diejenigen Mehraufwendungen zu ermitteln, die bei Befolgung des jetzt vorgesehenen Konzepts entstanden wären

(vgl. auch BGH Schäfer/Finnern Z 3.01 Bl. 512, 514; BauR 1976, 430, 432; OLG Hamm, BauR 1983, 173, 175; Kaiser, Das Mängelhaftungsrecht der VOB/B, 4. Aufl., Rdn. 205 S. 393; Werner/Pastor, Rdn. 1736).

Insoweit bedarf es ergänzender Aufklärung, die das Berufungsgericht unter Hinzuziehung eines Sachverständigen nachzuholen hat.

3. Dagegen ist der vom Berufungsgericht vorgenommene Abzug für die - mit der Fassadenerneuerung zu bewirkende - längere Lebensdauer der Werkleistung (18.150 DM) sowie für ersparte Renovierungsaufwendungen (15.000 DM) nicht gerechtfertigt.

Es braucht hier nicht entschieden zu werden, ob derartige Vorteile überhaupt der Ausgleichspflicht unterliegen können (offengeblieben im Senatsurteil BauR 1971, 60, 61; bejaht für längere Lebensdauer im Senatsurteil vom 19. November 1970 - VII ZR 230/68 -; im Grundsatz ebenso Ingenstau/Korbion, B § 13 Rdn. 247; Heiermann/Riedl/Schwaab, B § 13 Rdn. 59 a).

Eine Anrechnung kommt jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn diese Vorteile - wie hier - ausschließlich auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung beruhen und sich der Auftraggeber jahrelang mit einem fehlerhaften Werk begnügen mußte. Der Auftragnehmer darf dadurch, daß der Vertragszweck nicht sogleich, sondern erst später im Rahmen der Gewährleistung erreicht wird, keine Besserstellung erfahren. Ein solches Ergebnis widerspräche dem Gesetzeszweck der Gewährleistung im Werkvertragsrecht (OLG Düsseldorf, BauR 1974, 413; KG BauR 1978, 410 f; Ingenstau/Korbion, B § 13 Rdn. 247; Werner/Pastor, Rdn. 1732; Kaiser aaO., Rdn. 205).

a) Gemäß §§ 633 Abs. 1 BGB, 13 Nr. 1 VOB/B hat der Unternehmer das geschuldete Werk fehlerfrei auszuführen. Zeigen sich gleichwohl Mängel, so hat er diese umgehend auf seine Kosten zu beseitigen (§§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB, 13 Nr. 5 Abs. 1 Satz 1 VOB/B). Verzögert er die ihm obliegende Nachbesserung über einen längeren Zeitraum, dürfen dem Besteller daraus keine finanziellen Nachteile erwachsen. Sähe man den alsdann ersparten Instandhaltungsaufwand oder die längere Lebensdauer der Werkleistung als auszugleichende Vorteile an, so hätte es der Unternehmer in der Hand, sich durch Verzögerung der Mängelbeseitigung seiner Gewährleistungspflicht und der damit verbundenen Kostenbelastung teilweise oder sogar ganz zu entziehen (OLG Düsseldorf, BauR 1974, 413). Er brauchte umso weniger eigene Mittel einzusetzen, je länger er die Nachbesserung hinauszuzögern verstünde.

Auf der anderen Seite müßte der Besteller das mangelhafte Werk hinnehmen und hätte nach einiger Zeit, insbesondere bei kurzlebigen oder stark wartungsbedürftigen Gütern, eine weitgehende Entwertung seiner Gewährleistungsansprüche zu befürchten. Im äußersten Fall müßte er die volle Vergütung entrichten, ohne jemals in den Genuß einer einwandfreien Leistung gelangt zu sein. Gerade das aber soll durch die Gewährleistungsvorschriften verhindert werden. Deren vorrangiges Ziel besteht darin, dem Besteller zumindest nachträglich zu einem vertragsgemäßen Werk zu verhelfen, und zwar ohne zusätzliche Kosten und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die inzwischen ohne sein Zutun vergangene Zeit.

b) Mit diesem Gesetzeszweck ist die Anrechnung

ersparter Instandhaltungsaufwendungen oder einer längeren Lebensdauer nachgebesserter Leistungen nicht zu vereinbaren. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage der Beteiligten grundlegend von den Schadensersatzfällen aus unerlaubter Handlung, bei denen eine entsprechende Vorteilsausgleichung unter dem Gesichtspunkt "neu für alt" seit langem anerkannt ist (vgl. BGHZ 30, 29, 32 ff m.N.). Während sich dort die Schadensersatzpflicht von vornherein nur auf einen gebrauchten Gegenstand erstreckt, hat der Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers eine Werkleistung zum Gegenstand, die der Auftragnehmer neu und mängelfrei zu erbringen hatte. Dieser Anspruch darf nicht dadurch geschmälert werden, daß der Auftragnehmer trotz ständiger Mängelrügen seiner Vertragspflicht nicht nachkommt (KG BauR 1978, 410). Ebensowenig braucht sich der Auftraggeber darauf verweisen zu lassen, er habe das - wenn auch fehlerhafte - Werk immerhin längere Zeit benutzen können. Dabei handelt es sich um eine unvermeidliche Nutzung, die gerade nicht den vertraglich geschuldeten, unbeeinträchtigten Gebrauch ermöglicht und deshalb keinen Abzug rechtfertigt (KG BauR 1978, 410; Kaiser aaO., Rdn. 205 S. 392; Ingenstau/Korbion, B § 13 Rdn. 247).

Für ersparte Renovierungsaufwendungen ist überdies zu beachten, daß es bei einer nachzubessernden oder gar erneuerungsbedürftigen Werkleistung durchaus sinnvoll sein kann, zunächst jedwede Instandhaltung zu unterlassen. Die Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers muß auch in ihrem Umfang davon grundsätzlich unberührt bleiben (OLG Düsseldorf, BauR 1974, 413; KG BauR 1978, 410, 411). Nur das steht im Einklang mit dem Grundgedanken der Vorteilsausgleichung.

c) Ob etwas anderes ausnahmsweise gilt, wenn sich die Mängel erst verhältnismäßig spät ausgewirkt haben und der Auftraggeber bis dahin keine Gebrauchs- nachteile hinnehmen mußte, kann offen bleiben. In solchen Fällen könnte es nach Treu und Glauben geboten sein, die mit der Nachbesserung erzielte längere Lebensdauer sowie den ersparten Instandhaltungsaufwand anspruchsmindernd zu berücksichtigen. Ein derartiger Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Für eine entsprechende Kürzung der Widerklageforderung ist daher kein Raum.

4. Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die Ansicht des Berufungsgerichts, der Beklagten sei es als mit 12.100 DM (= 10 % der Nachbesserungskosten) auszugleichender Vorteil anzurechnen, daß im Zuge der Fassadenerneuerung auch von ihr selbst - durch Fehlplanung - verursachte Mängel beseitigt würden. Insoweit ist daher die Revision nicht angenommen worden.

III.

Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es den Vorschuß- und Kostenerstattungsanspruch der Beklagten um 60.500 DM für die Beseitigung der Systemfehler, 18.150 DM für die verlängerte Lebensdauer und 15.000 DM für ersparten Instandhaltungsaufwand kürzt und die Widerklage in Höhe von insgesamt 93.650 DM nebst Zinsen abweist.

Da es - wie dargelegt - noch der Ermittlung der anrechnungsfähigen "Sowieso"-Kosten bedarf, ist der Rechts-

streit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die gesamten Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Zwar steht bereits jetzt fest, daß die mit der verlängerten Lebensdauer und dem ersparten Instandhaltungsaufwand verbundenen Vorteile nicht auszugleichen sind. Gleichwohl ist der Senat zu einer eigenen Teilentscheidung gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht in der Lage. Denn es ist nicht völlig ausgeschlossen, daß die "Sowieso"-Kosten den für die Systemmängel angesetzten Betrag von 60.500 DM übersteigen und dann die Vorteilsausgleichung insgesamt mit den wegfallenden, aber unselbständigen Positionen gleich-

sam aufgefüllt werden müßte. Ein Verstoß gegen das sog. Verbot der reformatio in peius zum Nachteil der Beklagten läge darin nicht (vgl. Baumbach/Albers, ZPO, 42. Aufl., § 536 Anm. 1 C a.E., Zöller/Schneider, ZPO, 13. Aufl., § 536 Anm. II 4).

Girisch

Recken

Doerry

Obenhaus

Quack