

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 11. November 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 22. Oktober 1998 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als der Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin mehr als 40.679,33 DM nebst Zinsen zu zahlen, und die Widerklage wegen eines Betrages in Höhe von 147.840,69 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist.

Auf die Berufung des Beklagten wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil der 5. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 26. November 1997 teilweise abgeändert und hinsichtlich der Klage wie folgt neugefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 40.679,33 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 22. September 1988 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Im weiterreichenden Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für den Beklagten eine Lager- und Produktionshalle errichtet. Nach wechselseitigen Kündigungen hat sie die erbrachten Leistungen abgerechnet und mit der Klage Zahlung von 60.705 DM nebst Zinsen verlangt. Der Beklagte hat mit der Widerklage Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche in Höhe von 369.814,55 DM geltend gemacht.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Auf die Anschlußberufung der Klägerin, mit der eine erhöhte Forderung von 85.461,37 DM geltend gemacht worden ist, ist der Beklagte zur Zahlung von 69.407,33 DM nebst Zinsen verurteilt worden. Der Senat hat die Revision des Beklagten teilweise angenommen. Der Beklagte verfolgt seine Anträge im Umfang der Annahme weiter und verlangt die Abweisung der Klage wegen eines Betrages von 28.728,00 DM nebst Zinsen sowie mit der Widerklage die Verurteilung der Klägerin zur Zahlung von 147.840,69 DM nebst Zinsen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Abweisung der Klage wegen eines Betrages von 28.728,00 DM nebst Zinsen (I.) und im übrigen zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (II.).

I. Zur Klage auf Zahlung von 28.728,00 DM nebst Zinsen

1. Die Klägerin hat in ihrer Schlußrechnung unter Position 11 der "nachträglich vereinbarten Zusatzleistungen" eine Vergütung für Fundamente in Rechnung gestellt, die teilweise unter den Brüstungselementen errichtet worden sein sollen. Das Landgericht hat insoweit 27.708,50 DM zzgl. Mehrwertsteuer zuerkannt. Das Berufungsgericht hat einen zusätzlichen Vergütungsanspruch für Fundamente abgelehnt. Der Klägerin stehe aber eine Vergütung von 25.200 DM zzgl. Mehrwertsteuer (insgesamt 28.728,00 DM) für die Brüstungselemente zu.

2. Das ist rechtsfehlerhaft. Eine weitere Vergütung für die Brüstungselemente hat die Klägerin nicht geltend gemacht und steht ihr auch nicht zu.

Die Klägerin hat unter Position 11 lediglich die Fundamente abgerechnet. Nach der nicht angegriffenen Beurteilung des Berufungsgerichts steht der Klägerin für die Fundamente keine zusätzliche Vergütung zu.

Zu Unrecht hat das Berufungsgericht statt der geforderten Vergütung für Fundamente eine Vergütung für Brüstungselemente zuerkannt. Für die Brüstungselemente hat die Klägerin zwar ursprünglich 25.200 DM gefordert, diese jedoch zuletzt in der Schlußrechnung unter Ziff. 1 der "Zusatzleistungen laut Verhandlungsprotokoll" nur noch mit 13.039,96 DM abgerechnet. Dieser Betrag ist in der Berechnung der Urteilssumme bereits enthalten. Die Verurteilung zur Zahlung eines weiteren Betrages von 25.200 DM entbehrt jeder Grundlage.



II. Zur Widerklage

1. Ersatzvornahmekosten in Höhe von 17.653,89 DM

a) Der Beklagte hat verschiedene Mängel geltend gemacht und verlangt die nach seiner Behauptung für die Mängelbeseitigung entstandenen Kosten in Höhe von 17.653,89 DM nebst Zinsen. Das Berufungsgericht hat die insoweit erhobene Widerklage abgewiesen. Es fehle an einer wirksamen Entziehung des Auftrages, die Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B sei. Die der Auftragsentziehung vom 7. September 1988 vorhergehenden Schreiben vom 20. Juli 1988 und 11. August 1988 genügten nicht den Anforderungen des § 4 Nr. 7 Satz 3 VOB/B. Aus dem Gutachten des Sachverständigen, auf das sich der Beklagte darin bezogen habe, gehe nicht eindeutig hervor, was die Klägerin habe tun sollen. Auch fehle es an einer Fristsetzung.

b) Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin ist hinreichend deutlich zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden. Ihr ist auch unter Fristsetzung die Kündigung angedroht worden.

Die Klägerin ist in den Schreiben vom 20. Juli 1988 und 11. August 1988 aufgefordert worden, die im Gutachten des Sachverständigen Dr. G. festgestellten Mängel zu beseitigen. Der Gutachter hat ausführlich zahlreiche Mängel beschrieben. Er hat die Hallenteile D und E begutachtet und unter einzelnen Ziffern genaue Feststellungen getroffen, aus denen sich unmißverständlich ergibt, inwieweit eine vom Vertrag abweichende Leistung gerügt wird. Diese Aufstellung beginnt auf Seite 10 des Gutachtens mit Ziff. 2.1 und endet auf S. 15 mit Ziff. 2.4.4. Auch die Klägerin hat die Rügen einwandfrei verstanden. Sie hat sich damit im Schriftsatz vom 9. Januar 1989 Punkt für Punkt ausein-

andergesetzt. Der Senat kann die nicht näher begründete Auffassung des Berufungsgerichts nicht nachvollziehen, das Gutachten des Sachverständigen sei ein Gemengelage von Rechtsansichten und Beanstandungen. Ebenso wenig kann ein Widerspruch im Gutachten festgestellt werden, der Unklarheit darüber aufkommen läßt, inwieweit Mängelbeseitigung verlangt wird. Daß der Sachverständige im Einzelfall die Feststellungen unter den Vorbehalt weiterer Untersuchungen gestellt hat, ändert nichts daran, daß die Rügen unmißverständlich erhoben worden sind.

Zutreffend weist die Revision darauf hin, daß das Schreiben vom 11. August 1988 eine Kündigungsandrohung mit Fristsetzung zum 31. August 1988 enthält. Die Kündigung erfolgte sodann am 7. September 1988.

c) Das Berufungsurteil kann insoweit nicht bestehen bleiben. Feststellungen zu den übrigen Voraussetzungen des Kostenerstattungsanspruchs fehlen, so daß das Urteil über die Widerklage in Höhe von 17.653,89 DM aufzuheben und die Sache insoweit zurückzuverweisen war.

2. Vorschuß auf die Kosten der Mängelbeseitigung am Dach in Höhe von 130.186,80 DM

a) Der Beklagte hat mit der Widerklage einen Vorschuß von 130.186,80 DM wegen Mängeln des Daches verlangt. Er hat behauptet, das Dach der gesamten Halle sei undicht. Es komme schon bei normalen Niederschlägen zu Wassereintritten in der Lagerhalle. Die Parteien hätten eine regendichte Dachausführung vereinbart. Das sei allgemeiner Standard. Einschränkungen enthielte das von der Klägerin gefertigte Angebot zur Dacheindeckung nicht. Außerdem sei das Dach nicht ordnungsgemäß errichtet worden. Es habe eine Neigung von lediglich 7°, obwohl nach den Herstellerangaben

eine Neigung von mindestens 10° erforderlich sei. So habe die Klägerin auch angeboten. Neben diesen konstruktionsbedingten Mängeln seien die Anschlüsse und Wasserabflüsse nicht dicht gefertigt. Das Dach verwinde sich bei Windeinwirkung. Weitere Wassereinbrüche seien die Folge. Die Wärmedämmschicht zwischen den Blechen sei in Blechdampfsperren eingeschlossen. Das dadurch eintretende Wasser könne nicht mehr verdunsten.

b) Das Berufungsgericht bezweifelt, ob der Beklagte ernsthafte Absichten habe, nach zehn Jahren noch Mängelbeseitigungsarbeiten durchführen zu wollen, läßt dies aber offen. Es könne nicht feststellen, daß das Dach vertragswidrig errichtet sei. Der Auftraggeber müsse bereits bei Vertragsschluß die Anforderungen an das von ihm gewünschte Dach spezifizieren, wenn sie sich nicht aus den Umständen ergäben. Von dem Beklagten sei nicht dargetan, daß das Dach regensicher zu sein habe oder daß die Klägerin das zumindest zu hinterfragen habe, um ihr Angebot danach auszurichten.

c) Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht läßt für die Vertragsauslegung bedeutsame Umstände unberücksichtigt und prüft nicht, inwieweit das Werk der Klägerin von der vertraglich geschuldeten Leistung abweicht.

Die Leistung des Auftragnehmers ist nur vertragsgerecht, wenn sie die Beschaffenheit aufweist, die für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch erforderlich ist. Im Rahmen der getroffenen Vereinbarungen schuldet der Auftragnehmer ein funktionstaugliches und zweckentsprechendes Werk. An dieser Erfolgshaftung ändert sich nichts, wenn die Parteien eine bestimmte Ausführungsart vereinbart haben, mit der die geschuldete Funktionstauglichkeit des Werkes nicht erreicht werden kann. "Sowieso-Kosten" sind im Rahmen der Gewährleistung zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 16. Juli

1998 - VII ZR 350/96 = BGHZ 139, 244). Auf dieser Grundlage hätte das Berufungsgericht zunächst feststellen müssen, welche Beschaffenheit des Daches vertraglich vereinbart war. Sodann hätte es untersuchen müssen, inwieweit die zahlreichen Rügen des Beklagten eine Abweichung davon begründen.

aa) Das Berufungsgericht hat sich nur unzureichend damit auseinandergesetzt, welche Eigenschaften das von der Klägerin zu errichtende Dach nach der vertraglichen Vereinbarung haben mußte. Sofern das Berufungsgericht ein Dach als vertraglich geschuldete Leistung ausreichen lassen möchte, das bei Regen mit starkem Windeinfall undicht sein könne, findet diese Auslegung in den bisherigen Feststellungen keine Stütze. Die Halle ist als Produktions- und Lagerhalle beschrieben worden. Die Nutzung als Lager oder zur Produktion fordert in der Regel einen sicheren Schutz auch bei stärkerem Regen mit Windeinfall. Wassereinbrüche bei Platzregen, wie sie der Sachverständige festgestellt hat, stehen einer zweckentsprechenden Nutzung entgegen.

Zu Unrecht fordert das Berufungsgericht noch einen besonderen Hinweis des Beklagten bei Vertragsschluß darauf, daß er ein Dach wünsche, welches auch einer stärkeren Regenbelastung standhält. Das ergab sich ohne weiteres aus der Funktion der errichteten Halle. Daran ändert sich auch nichts dadurch, daß die vereinbarte Ausführung preisgünstig war. Ist die Funktionstauglichkeit für den vertraglich vorausgesetzten oder gewöhnlichen Gebrauch versprochen und ist dieser Erfolg mit der vertraglich vereinbarten Ausführungsart nicht zu erreichen, schuldet der Auftragnehmer die vereinbarte Funktionstauglichkeit (Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96 aaO). Umstände, die den Schluß darauf zulassen, daß der Beklagte angesichts des geringen Preises ohne einen entsprechenden Hinweis der Klägerin das Risiko der vereinbarten Konstruktion erkannt und gebilligt hat (vgl. dazu BGH, Urteil vom

17. Mai 1984 - VII ZR 169/82 = BGHZ 91, 206, 213; Urteil vom 24. September 1992 - VII ZR 213/91 = BauR 1993, 79 = ZfBR 1993, 20; Urteil vom 16. Juli 1998 - VII ZR 350/96 aaO), hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

bb) Darüber hinaus hätte sich das Berufungsgericht mit dem Einwand des Beklagten befassen müssen, das Dach sei nicht fachgerecht errichtet worden. Der Vertrag weist eine Dachneigung von 10° aus. Es ist nicht erkennbar, wieso die Abweichung davon kein Mangel sein sollte. Die Gefahr des Wassereintritts wird mit abnehmender Neigung des Daches erhöht. Die Errichtung mit einer Neigung von nur 7° verstößt gegen die Produktinformation des Systemherstellers. Nach den Ausführungen des Sachverständigen muß davon ausgegangen werden, daß der Hersteller in seiner Produktinformation die Grenze der Dachneigung aufweist, unter der es zum Wassereintritt kommen kann.

cc) Letztlich fehlen jegliche Feststellungen zu den sonstigen behaupteten Mängeln. Dazu gehört die Behauptung, das Dach sei schon bei normalem Regen undicht. Soweit der Sachverständige die Auffassung vertreten hat, es liege insgesamt trotz der festgestellten Wassereinbrüche kein schwerwiegender Mangel vor, beruht das auf denselben Fehlvorstellungen, die auch das Berufungsgericht hat. Die Rechtsauffassung des Sachverständigen ist nicht maßgeblich.

d) Das Urteil ist auch insoweit aufzuheben. Das Berufungsgericht wird die erforderlichen Feststellungen zum Vertragssoll und den davon vorhandenen Abweichungen zu treffen haben.

Vorsorglich weist der Senat darauf hin, daß die Zweifel des Berufungsgerichts an der fortbestehenden Bereitschaft des Beklagten zur Mängelbeseiti-

gung keine tragfähige Grundlage haben. Allein die lange Prozeßdauer rechtfertigt nicht die Annahme, er wolle nicht mehr nachbessern. Der Beklagte hat frühzeitig Widerklage erhoben und mit dieser bereits im Jahre 1990 zum Ausdruck gebracht, daß er die Mängel beseitigen lassen will, nachdem ihm die dazu notwendigen Mittel von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden sind. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß er diese Absicht nur deshalb aufgegeben hat, weil der Prozeß ungewöhnlich lange dauert.

Ullmann

Hausmann

Wiebel

Kuffer

Kniffka