



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 80/05

Verkündet am:
27. September 2007
Heinzemann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk:

BGHZ: nein

BGHR: _____ja

ZPO § 302 Abs. 1

Ein Vorbehalturteil darf grundsätzlich nicht ergehen, wenn der Unternehmer gegenüber dem Anspruch des Bestellers auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten oder der Fertigstellungsmehrkosten mit einem Werklohnanspruch aus demselben Vertragsverhältnis aufrechnet.

BGB § 648 a

Der Unternehmer kann sich gegenüber der Aufforderung des Bestellers zur Mängelbeseitigung wegen einer ausstehenden Sicherheit gemäß § 648 a BGB nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen, wenn er zur Beseitigung dieser Mängel nicht (mehr) bereit ist.

BGH, Urteil vom 27. September 2007 - VII ZR 80/05 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Wiebel, Prof. Dr. Kniffka, die Richterin Safari Chabestari und den Richter Dr. Eick

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten zu 2 wird das Teil- und Vorbehaltsurteil des 6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 3. März 2005 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten zu 2 entschieden worden ist.

Auf die Anschlussrevision der Klägerin wird dieses Urteil darüber hinaus aufgehoben, soweit das Berufungsgericht bei der Bemessung des Mietausfallschadens eine Mietminderung wegen einer zu steilen Zufahrt, wegen Mängeln der Lautsprecheranlage und der fehlenden Bodeneinläufe in den Toiletten und Umkleideräumen nicht berücksichtigt und der Klägerin Schadensersatzansprüche in Höhe von 13.900 DM (7.106,96 €) wegen eines unzureichenden Gefälles des Küchenfußbodens, in Höhe von 200 DM (102,26 €) wegen nicht getrennter Badewasseraufbereitung, in Höhe von 52.454 DM (26.819,30 €) wegen mangelhafter Bodeneinläufe, in Höhe von 16.500 DM (8.436,32 €) wegen eines in der Saunaanlage fehlenden WC und in Höhe von 340.000 DM (173.839,24 €) wegen der unterbliebenen Installation einer zentralen Entlüftungsanlage abgesprochen hat.

Die weitergehende Anschlussrevision wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte zu 2 (künftig: Beklagte) aus abgetretenem Recht auf Schadensersatz wegen Baumängeln in Anspruch.
- 2 Die Klägerin beauftragte die frühere Beklagte zu 1 (im Folgenden: V-GmbH) als Generalübernehmerin mit der Planung und Errichtung einer Fachklinik in Bad E. Die seit 23. September 2002 in der Insolvenz befindliche V-GmbH beauftragte ihrerseits die Beklagte mit Generalbauunternehmervertrag vom 9. Mai 1995 unter Ausnahme einzelner Leistungen mit der schlüsselfertigen Erstellung der Klinik zum Pauschalpreis von 32.430.000 DM. Art und Umfang der von der Beklagten zu erbringenden Leistungen sollten sich gemäß § 2 Nr. 2 des Vertrags aus dessen Bestimmungen sowie den darin unter a) bis h) aufgeführten Unterlagen ergeben. Des Weiteren ist dort festgelegt:
- 3 "Sollten zwischen den Unterlagen zu a) bis h) und diesem Vertrag Widersprüche bestehen, so gelten die Ausführungen dieses Vertrags als verbindlich und gehen vor. Im Zweifelsfall ist jedoch zumindest der Ausführungsstandard der Klinik ‚Bad W.‘ einzuhalten. Bezüglich der Nasszellen gilt der Ausführungsstandard der Klinik ‚Bad W.‘ als vereinbart." In § 3 Nr. 3 des Vertrags ist bestimmt: "Der GBU (= die Beklagte) ist hinsichtlich aller in Erfüllung dieses

Vertrags auszuführenden Leistungen Fachfirma. Ihm obliegt hinsichtlich aller ihm übergebenen Unterlagen die Prüfungspflicht einer Fachfirma. Er hat Bedenken und von ihm festgestellte Fehler vor der Ausführung sofort schriftlich beim bauleitenden Architekten und AG anzuzeigen. Geschieht dies nicht, so kann er sich nicht darauf berufen, dass ihm zur Verfügung gestellte Unterlagen unklar, fehlerhaft oder nicht vollständig gewesen seien. Insoweit wird seitens des GBU gegenüber dem AG auf jeden Einwand verzichtet."

4 Die Klägerin hatte bereits vorab mit Mietvertrag vom 15. Dezember 1994 die erst noch zu errichtende Klinik an die P. -Kliniken zu einem jährlichen Mietzins von 5.518.800 DM auf die Dauer von 10 Jahren vermietet. In § 1 Ziff. 1.2 sind die Unterlagen aufgeführt, nach denen die Klinik errichtet werden soll. Zusätzlich ist bestimmt, dass für die Qualität der Ausführung dieser Baumaßnahme die orthopädische Fachklinik Bad W. als Mindeststandard gelte.

5 Das Bauvorhaben wurde am 15. August 1996 abgenommen und an die Mieterin übergeben. Die V-GmbH trat am 12. Mai 1997 ihre gegenüber der Beklagten bestehenden Gewährleistungsansprüche an die Klägerin ab.

6 1997 leitete die Mieterin gegen die Klägerin wegen angeblicher Mängel des Objekts ein selbständiges Beweisverfahren ein, dem die V-GmbH und die Beklagte als Nebenintervenienten beitraten. In diesem Verfahren wurden verschiedene Sachverständigengutachten eingeholt, die sämtlich 1999 erstellt wurden. Mit Schreiben vom 30. März 1999 forderte die Beklagte die V-GmbH auf, wegen der noch ausstehenden Vergütung von brutto 575.000 DM nach Maßgabe des § 648 a BGB bis 8. April 1999 Sicherheit zu leisten und kündigte an, anderenfalls die weitere Erbringung von Leistungen zu verweigern. Nach Offenlegung der Abtretung vom 12. Mai 1997 forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 2. März 2000 unter Bezugnahme auf die in dem selbständi-

gen Beweisverfahren erstellten Sachverständigengutachten zur Mängelbeseitigung bis 30. März 2000 auf. Mit Schreiben vom 1. August 2000 wiederholte sie ihre Forderung unter Fristsetzung zum 30. August 2000 und drohte an, nach erfolglosem Fristablauf weitere Nachbesserungsarbeiten endgültig abzulehnen.

7 Nachdem die Mieterin der Klinik entsprechend ihrer Ankündigung im Schreiben vom 22. Juli 1998 wegen der dort aufgeführten, zwischenzeitlich beseitigten Mängel eine Mietminderung für die Zeit vom 1. September 1996 bis 31. Dezember 1997 vorgenommen hatte, erhob die Klägerin unter dem 19. August 1998 Klage auf Zahlung des ausstehenden Mietzinses und auf Feststellung der fehlenden Berechtigung zur Minderung wegen der im Schreiben vom 22. Juli 1998 behaupteten Mängel. Im Juni 2001 schlossen die Klägerin und die Mieterin außergerichtlich eine Vergleichs- und Nachtragsvereinbarung zum Mietvertrag vom 15. Dezember 1994. Darin ist ausgeführt: "P. (Mieterin) hat im Hinblick auf die strukturell bedingt schwierige Situation des Klinikbetreibers die KG (Klägerin) gebeten, durch gütliche Einigung zur Stabilisierung des Klinikbetriebes beizutragen. Die KG ist als Vermieterin an einer Stabilisierung des Klinikstandortes interessiert. Zur endgültigen Beilegung der Streitsachen schließen die Parteien deshalb die nachfolgende Vereinbarung. Die Parteien verzichten hierbei vergleichsweise auf eine Klärung der Frage, ob und inwieweit die von P. erklärten Mängelrügen und Anforderungen an das Klinikobjekt berechtigt waren oder sind."

8 Die Klägerin erklärte sich bereit, P. zum Zwecke der Durchführung einzelner baulicher Maßnahmen am Klinikobjekt einen Einmalbetrag in Höhe von 383.422,20 DM zur Verfügung zu stellen sowie die für die Anmietung der Klinik zu zahlende Grundmiete für die Zeit ab dem 1. Oktober 2000 zu verringern und für die Dauer der bis 30. September 2016 verlängerten Restlaufzeit des Mietvertrags festzuschreiben.

- 9 Mit dem Betrag von 383.422,20 DM sollten vorrangig die Kosten der Nachrüstung mit einer Wasserenthärtungsanlage und einer Ozonanreicherungsanlage, einer Trennung der Wasseraufbereitung sowie einer Nachrüstung der Aufzugsanlage abgedeckt werden. Die Klägerin verpflichtete sich, im Rahmen des bezifferten Einmalbetrags die Kosten dieser Maßnahmen jeweils nach Baufortschritt gegen Rechnungsnachweis zu bezahlen. Der vereinbarte jährliche Mietzins von 5.518.800 DM wurde für die Zeit vom 1. Oktober 2000 bis 30. September 2006 um jährlich 375.940 DM ermäßigt.
- 10 Mit Schreiben vom 25. Juli 2001 forderte die Klägerin die Beklagte auf, bis 3. August 2001 Schadensersatz in Höhe von 4.313.871,20 DM zu leisten. Dieser Betrag setzte sich zusammen aus den in den Sachverständigengutachten angegebenen Mängelbeseitigungskosten von 81.509 DM, 433.000 DM und 1.160.300 DM, dem Mietnachlass vom 1. Oktober 2000 bis 30. September 2006 in Höhe von 2.255.640 DM und dem Einmalbetrag von 383.422,20 DM.
- 11 Das Landgericht hat die auf Zahlung des Gesamtbetrags gerichtete Klage gegen die Beklagte mit Teilurteil vom 8. August 2003 abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht unter Abweisung der Klage im Übrigen die Beklagte mit Teil- und Vorbehaltsurteil vom 3. März 2005 verurteilt, an die Klägerin 1.508.156,15 € nebst Zinsen seit dem 4. August 2001 zu zahlen. In Höhe eines Betrags von 293.992,83 € nebst Zinsen seit dem 9. Oktober 1996 hat es die Verurteilung unter den Vorbehalt der Entscheidung über die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit einer Restwerklohnforderung in dieser Höhe gestellt. Mit Schlussurteil vom 12. Mai 2005 hat das Berufungsgericht den Rechtsstreit, soweit die Beklagte durch das Teil- und Vorbehaltsurteil zur Zahlung in Höhe von 293.992,83 € nebst Zinsen unter Vorbehalt der Entscheidung über die Hilfsaufrechnung der Beklagten mit einer Restwerklohnforderung

in dieser Höhe verurteilt worden ist, an das Landgericht zur Entscheidung über die Hilfsaufrechnung zurückverwiesen.

- 12 Mit der vom Senat zugelassenen Revision gegen das Teil- und Vorbehaltsurteil vom 3. März 2005 verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin will mit der Anschlussrevision eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung eines weiteren Betrags von 310.540,28 € sowie die Berücksichtigung weiterer Mängel im Rahmen des Mietausfallschadens erreichen.

Entscheidungsgründe:

- 13 Revision und Anschlussrevision führen im Umfang der Beschwer der Beklagten und teilweise hinsichtlich der Beschwer der Klägerin zur Aufhebung des Teil- und Vorbehaltsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.
- 14 Auf das Rechtsverhältnis der Parteien sind die bis zum 31. Dezember 2001 gültigen Rechtsvorschriften anzuwenden (Art. 229 § 5 Abs. 1 EGBGB).

A. Revision der Beklagten

I.

- 15 1. Das Berufungsgericht spricht der Klägerin aus abgetretenem Recht gemäß § 635 BGB Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 310.635 DM (158.825,15 €) und wegen eines Mietausfallschadens 2.639.062,20 DM

(1.349.331,08 €) zu. In Höhe der von der Beklagten hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Restwerklohnforderung von 575.000 DM (293.992,83 €) hat es die Verurteilung unter den Vorbehalt der Entscheidung über diese Forderung gestellt.

16 2. Die Verurteilung unter Vorbehalt hält einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand.

17 a) Bezogen auf den wegen der Mängelbeseitigungskosten zugesprochenen Schadensersatzanspruch durfte ein Vorbehaltsurteil grundsätzlich nicht ergehen.

18 aa) Das Berufungsgericht ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die hilfsweise zur Aufrechnung gestellte Werklohnforderung nicht mit den Schadensersatzansprüchen der Klägerin zu verrechnen ist. Der Senat hat mit Urteil vom 23. Juni 2005 (VII ZR 197/03, BGHZ 163, 274) klargestellt, dass eine Aufrechnung mit einem Anspruch, der dem Werklohnanspruch aufrechenbar gegenübersteht, nicht mit der Folge als Verrechnung behandelt werden kann, dass die gesetzlichen oder vertraglichen Regelungen zur Aufrechnung übergangen werden können. Gleiches gilt im umgekehrten Fall, dass dem Schadensersatzanspruch eine Restwerklohnforderung aufrechenbar gegenübersteht.

19 bb) Der Senat hat jedoch entschieden (Urteil vom 24. November 2005 - VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134), dass ein Vorbehaltsurteil nach § 302 Abs. 1 ZPO grundsätzlich ausgeschlossen ist, wenn der Besteller gegenüber der Werklohnforderung mit einem Anspruch aus demselben Vertragsverhältnis auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung oder der Fertigstellungsmehrkosten aufrechnet. Gleiches hat für den umgekehrten Fall zu gelten, dass gegenüber

der Forderung auf Ersatz der Kosten der Mängelbeseitigung oder der Fertigstellungsmehrkosten mit einem Werklohnanspruch aufgerechnet wird.

20 Das Vorbehaltsurteil führt zu einer vorübergehenden Aussetzung einer materiell-rechtlich begründeten Aufrechnung (vgl. Kessen, BauR 2005, 1691, 1696). Es hat bei begründeter Aufrechnung zur Folge, dass der Kläger einen Titel über eine Forderung erhält, die tatsächlich infolge der Aufrechnung nicht besteht. Diese Wirkung ist grundsätzlich nicht gerechtfertigt, wenn der Besteller gegenüber einer Werklohnforderung mit Ansprüchen aufrechnet, die dazu dienen, das durch den Vertrag geschaffene Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung herzustellen. Dazu gehören die Forderung auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten (vgl. BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 117/03, BGHZ 164, 159) und die Forderung auf Zahlung der Fertigstellungsmehrkosten (vgl. BGH, Urteile vom 23. Juni 2005 - VII ZR 197/03, aaO und 18. Juni 2002 - XI ZR 359/01, BGHZ 151, 147). In gleicher Weise dient der einem Anspruch auf Zahlung der Mängelbeseitigungskosten aufrechenbar gegenübergestellte Werklohnanspruch der Herstellung des durch den Werkvertrag geschaffenen Äquivalenzverhältnisses. Wie der Unternehmer den Werklohn nur erhalten soll, wenn der Besteller ein mangelfreies Werk erhält, so soll der Besteller die für die Herstellung eines mangelfreien Werks erforderlichen Geldbeträge nur erhalten, wenn er seinerseits dem Unternehmer den für die mangelfreie Leistung zustehenden Werklohn entrichtet.

21 b) Die Verurteilung unter Vorbehalt lässt sich nicht teilweise mit der Begründung aufrechterhalten, dass ein Vorbehaltsurteil möglich ist, wenn die Werklohnforderung gegenüber einem Ersatzanspruch wegen Mietausfallschadens zur Aufrechnung gestellt ist.

- 22 aa) Bei dem Mietausfallschaden handelt es sich um einen Mangelfolgeschaden, der mit dem Werklohnanspruch nicht in synallagmatischer Verbindung steht. Die vom Senat im Urteil vom 24. November 2005 (VII ZR 304/04, BGHZ 165, 134) entwickelten, die Möglichkeiten eines Vorbehaltsurteils einschränkenden Grundsätze gelten insoweit nicht. Wäre die Aufrechnung nur gegenüber diesem Schadensersatzanspruch erklärt, käme eine Verurteilung unter Vorbehalt in Betracht.
- 23 bb) Hier kann aber nicht davon ausgegangen werden, dass die Hilfsaufrechnung der Beklagten nur gegenüber der Forderung auf Ersatz des Mietausfallschadens erfolgte. Vielmehr ist dem Parteivortrag, auf den in der Revision Bezug genommen ist, zu entnehmen, dass die Hilfsaufrechnung jedenfalls auch und sogar in erster Linie gegenüber dem Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten erklärt wurde. Dies hat der Beklagtenvertreter in der Revisionsverhandlung bestätigt.
- 24 Dann konnte die Prüfung, ob und in welchem Umfang dieser Ersatzanspruch durch die Aufrechnung erloschen ist, nicht vorbehalten werden, sondern musste vor Ausspruch einer Zahlungsverurteilung vorgenommen werden. Da die Voraussetzungen des Werklohnanspruchs auch bei einer Aufrechnung gegenüber dem Anspruch auf Ersatz des Mietausfallschadens in vollem Umfang geprüft werden müssen, hat zur Vermeidung eines unzulässigen Teilurteils auch die Verurteilung zum Ersatz dieses Schadens unter Vorbehalt zu unterbleiben.
- 25 Das Berufungsgericht wird daher veranlasst sein, die Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellte Forderung wieder an sich zu ziehen.

II.

26 Auch in der Sache halten die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht Ansprüche auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten und Mietausfall zugesprochen hat, revisionsrechtlicher Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

27 1. a) Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin stehe aus abgetretenem Recht ein Anspruch gemäß § 635 BGB auf Erstattung der Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 310.635 DM (158.825,15 €) zu.

28 aa) Die Beklagte sei nicht berechtigt gewesen, die Mängelbeseitigung gemäß § 648 a BGB von einer von der Klägerin zu stellenden Sicherheit abhängig zu machen. Die Beklagte habe das Sicherungsverlangen nicht an die Klägerin, sondern an ihre Auftraggeberin gerichtet. Das Sicherungsverlangen sei zudem angesichts des erheblichen Umfangs der Mängel und des sich durch die Mietminderung ständig erhöhenden Schadens treuwidrig gewesen, zumal es erst etwa 3 Jahre nach Erstellung der Klinik und Abnahme und 2 Jahre nach Beginn der zwischen der Klägerin und der Klinikbetreiberin geführten gerichtlichen Auseinandersetzungen um die Mängel erfolgt sei. Auch erscheine es mit Treu und Glauben nicht vereinbar, dass die Beklagte ihre Weigerung zur Mängelbeseitigung mit ihrer Rolle als Nebenintervenientin auf Seiten der Klägerin im Beweisverfahren rechtfertige, wenn sie gleichzeitig das Vorliegen der Mängel mit der Begründung bestreite, die Klägerin selbst habe im Prozess mit ihrer Mieterin die Mängel bestritten. Aus dem Umstand, dass sie in dem Beweisverfahren und in dem Rechtsstreit die gerügten Mängel durchgehend bestritten habe, ergebe sich außerdem, dass die Beklagte nicht ernsthaft zur Mängelbeseitigung bereit gewesen sei bzw. ihre entsprechenden Pflichten nicht anerkannt habe. Mangels eigener Vertragstreue habe die Beklagte gemäß § 242

BGB nicht auf einer Sicherheitsleistung nach § 648 a BGB bestehen dürfen. Ein Sicherungsbedürfnis wegen der rechnerisch noch offenen Vergütung von 575.000 DM habe für die Beklagte nicht bestanden, weil wegen der von ihr zu verantwortenden Mängel bereits nicht wieder rückgängig zu machende bzw. zu behebende Schadensfolgen eingetreten gewesen seien, der Werklohnanspruch damit wirtschaftlich bereits um die Schadenssumme verringert gewesen sei.

29 bb) Die Beklagte sei verpflichtet, der Klägerin Schadensersatz in Höhe der für den Austausch von 7 Fensterbänken erforderlichen Kosten von 3.325 DM (1.700,05 €) zu leisten. Die Beklagte habe die Fensterbänke im Bereich Therapie/Diagnostik entgegen der Baubeschreibung nicht aus Naturstein gefertigt. Dies stelle einen Mangel dar, auch wenn die Fensterbänke in diesem Bereich nur wenige Zentimeter breit seien. Die Kosten für den Austausch der Fensterbänke betrügen nach dem Sachverständigengutachten etwa 475 DM pro Fenster. Nachdem die Anzahl der Fenster von der Klägerin nicht angegeben sei und sich aus den in dem Sachverständigengutachten genannten Gründen nicht ohne weiteres ermitteln lasse, werde von je einem Fenster in den sieben besichtigten Räumen ausgegangen.

30 cc) Die Klägerin könne von der Beklagten Schadensersatz in Höhe der für die Herstellung einer getrennten Badewasseraufbereitung notwendigen Kosten von 307.310 DM (157.125,10 €) beanspruchen. Die Beklagte sei zur Installation einer getrennten Badewasseraufbereitung verpflichtet gewesen. Sofern man eine dahingehende Verpflichtung nicht bereits der gemäß Ziff. 2 des Generalbauunternehmervertrags verbindlichen Baubeschreibung der Architektengemeinschaft vom 8. Februar 1995 entnehmen wolle, ergebe sich die Mangelhaftigkeit der Werkleistung daraus, dass sich eine getrennte Wasseraufbereitung für die beiden Becken schon aus hygienischen Gründen habe aufdrängen müssen, sowie aus der vom Sachverständigen genannten

DIN 19643 und der weiteren dort getroffenen Feststellung, dass für das große Bewegungsbad und das - kleinere - medizinische Becken (Therapiebecken) die Herstellung unterschiedlicher Wassertemperaturen möglich sein müsse.

31 b) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Ersatz eines Mietausfallschadens in Höhe von 2.639.062,20 DM (1.349.331,08 €) zu.

32 aa) Die Klägerin könne den mit der Betreiberin der Klinik bis 31. Dezember 2006 vereinbarten Mietnachlass gemäß § 635 BGB in voller Höhe als Schaden gegenüber der Beklagten geltend machen, weil eine Mietminderung in diesem Umfang kraft Gesetzes gerechtfertigt gewesen sei.

33 bb) Der Einwand der Beklagten, der Mietnachlass habe mit Mängeln des Objekts nichts zu tun und sei allein aus den in der Vertragspräambel genannten Gründen getroffen worden, gehe fehl. Eine Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs zwischen Mietkürzung und Mietausfallschaden ergebe sich daraus nicht, weil die Mietminderung bei Vorliegen von Mängeln von Gesetzes wegen eintrete. Die vertragliche Vereinbarung sei im Übrigen auch im Hinblick auf das Vorliegen gesetzlicher Minderungsgründe - Mängel der Klinik - getroffen worden. Dies ergebe sich daraus, dass damit ausdrücklich die von der Mieterin wegen Mietmängeln angestregten Gerichtsverfahren hätten beendet werden sollen. Ein Mitverschulden an der Schadensentstehung oder ein Verstoß der Klägerin gegen die Schadensminderungspflicht sei in der vertraglichen Regelung der Mietkürzung nicht zu sehen.

34 cc) Der Mietnachlass sei wegen der von der Beklagten zu vertretenden Mängel gerechtfertigt.

- 35 (1) Der Behindertenweg vom Parkplatz zum Eingang der Ebene 4 sei von der Beklagten nicht rollstuhlgerecht und damit mangelhaft hergestellt worden. Ihre Behauptung, der Behindertenparkplatz sei von der Klinikbetreiberin nachträglich verlegt worden, sei unsubstantiiert. Da der Betrieb einer orthopädischen Reha-Klinik durch das Fehlen einer rollstuhlgerechten Verbindung zwischen Parkplatz und Klinik nicht nur geringfügig beeinträchtigt werde, sei eine Mietminderung von 5 % angemessen.
- 36 (2) Wegen der im Bereich Therapie/Diagnostik entgegen der Baubeschreibung nicht aus Naturstein gefertigten Fensterbänke sei im Hinblick auf die geringfügigen optischen Beeinträchtigungen eine Mietminderung von 2 % gerechtfertigt. Der eigentliche Klinikbetrieb werde funktionell durch den Mangel nicht behindert. Bei der Bewertung der optischen Auswirkungen sei jedoch zu berücksichtigen, dass der visuelle Eindruck für die Patienten und damit auch für das Maß der Frequentierung der von der Mieterin nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten betriebenen Fachklinik von Bedeutung sei und ein solcher Mangel daher eher wie bei einem zu Wohnzwecken vermieteten Objekt zu bewerten sei.
- 37 (3) Die fehlenden Leichtmetallprofile an den großflächigen Fenstern rechtfertigten ebenfalls eine zweiprozentige Minderung des Mietzinses. Auch insoweit handele es sich nicht um einen funktionellen Mangel, sondern lediglich um eine optische Beeinträchtigung. Bei deren Bewertung sei darauf abzustellen, dass an die gestalterische Qualität der Räumlichkeiten einer Reha-Klinik zu stellende Anforderungen denjenigen nahekämen, die in einem Wohnraummietverhältnis an die vertraglich vorausgesetzte Qualität der Mieträumlichkeiten gestellt werden könnten.

- 38 (4) Wegen des fehlenden Deckenvlieses im Schwimmbad und der daraus resultierenden optischen Auswirkung sei eine Mietzinsminderung von 1 % gerechtfertigt. Die Ausführung der Decke entspreche nicht derjenigen in der Klinik Bad W., die gemäß § 2 des Generalbauunternehmervertrags als Mindeststandard vereinbart sei.
- 39 (5) Die fehlende getrennte Badewasseraufbereitung rechtfertige in Anbetracht der relativ hohen Mängelbeseitigungskosten und der Bedeutung einer getrennten Badewasseraufbereitung für die therapeutischen Zwecke der Reha-Klinik eine 10 %ige Minderung des Mietzinses.
- 40 (6) Wegen der an Stelle der in der Baubeschreibung vorgesehenen zentralen Entlüftungsanlage eingebauten Einzellüftungsanlagen sei eine Mietminderung von 10 % anzusetzen. Der Vortrag der Beklagten, die abweichende Installation sei aufgrund einer nachträglichen Bemusterung vereinbart worden, sei unsubstantiiert. Bei der Bemessung der Mietminderung sei zu berücksichtigen, dass die Geräuschentwicklung der eingebauten Entlüftungsanlage höher sei als in den einschlägigen Vorschriften erlaubt und die Geräuschbelästigung gerade in den Bettenzimmern einer Reha-Klinik den Mietgebrauch deutlich beeinträchtige. Die Behauptung der Beklagten, die Überschreitung des nach DIN zulässigen Geräuschpegels sei auf mangelnde Wartungsarbeiten an der Lüftungsanlage zurückzuführen, sei wegen Fehlens jeglicher Anhaltspunkte offensichtlich ins Blaue hinein aufgestellt. Der Sachverständige habe Schalldruckpegelmessungen in zehn Räumen vorgenommen. Es sei nicht ersichtlich, dass die Einzellüftungsanlagen sämtlich wegen eines einheitlichen Wartungsfehlers zu geräuschvoll arbeiteten. Außerdem sei nach den Feststellungen des Sachverständigen die Geräuschentwicklung bei Einzellüftungsanlagen immer höher als bei einer Zentralentlüftung.

41 (7) Wegen der von dem Sachverständigen festgestellten fehlenden Not-
rufanlage im Schwimmbad und der nicht ausreichenden elektrischen Absiche-
rung sei insbesondere im Hinblick auf die gefährdende unzureichende elektri-
sche Absicherung in den Nassräumen eine Minderungsquote von 2 % festzu-
setzen.

42 2. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand, so-
weit die Beklagte zur Zahlung von Mängelbeseitigungskosten verurteilt worden
ist.

43 a) Das Berufungsgericht geht zu Recht davon aus, dass sich die Klägerin
zum Nachweis der behaupteten Mängel und der für deren Beseitigung erforder-
lichen Kosten auf die im selbständigen Beweisverfahren eingeholten Sachver-
ständigengutachten stützen kann. Dass das selbständige Beweisverfahren nicht
abgeschlossen wurde, hat nur zur Folge, dass eine eventuell erforderliche
weitere Beweisaufnahme vor dem Gericht der Hauptsache stattzufinden hat.
Bei der Bewertung der Beweisergebnisse des selbständigen Beweisverfahrens
ist aber zu berücksichtigen, dass die Leistungspflichten der Klägerin aus dem
Mietvertrag mit der Klinikbetreiberin nicht vollständig denjenigen der Beklagten
aus dem Generalbauunternehmervertrag mit der V-GmbH entsprechen. Denn
nach dem Mietvertrag hatte die Klägerin eine Klinik zur Verfügung zu stellen,
die mindestens den Standard der Klinik Bad W. aufzuweisen hatte, während
deren Standard im Generalbauunternehmervertrag mit der Beklagten generell
nur für den Sanitärbereich vorgeschrieben war und ansonsten nur bei Zweifeln
als vereinbart galt.

44 b) Im Ergebnis nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Beru-
fungsgerichts, die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches lägen vor,

die Beklagte sei mit der Mängelbeseitigung trotz der nicht erfüllten Forderung nach Sicherheit gemäß § 648 a BGB in Verzug geraten.

45 Allerdings hat das Berufungsgericht zu Unrecht daran Anstoß genommen, dass die Beklagte ihr Sicherungsverlangen an die V-GmbH gerichtet hat. Diese war der Vertragspartner der Beklagten. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche an die Klägerin hatte auf das Recht der Beklagten, von ihrem Besteller Sicherheit zu fordern und bei Nichterbringung der Sicherheit die Leistung zu verweigern, keinen Einfluss.

46 Ein Unternehmer ist grundsätzlich auch dann berechtigt, Sicherheit gemäß § 648 a BGB zu verlangen, wenn er noch Mängelbeseitigungsmaßnahmen vorzunehmen hat. Denn auch dann hat er ein grundsätzlich schützenswertes Interesse an der Absicherung seines nach Mängelbeseitigung in voller Höhe durchsetzbaren Vergütungsanspruchs (BGH, Urteil vom 9. November 2000 - VII ZR 82/99, BGHZ 146, 24). Wird die Sicherheit trotz eines berechtigten und ordnungsgemäßen Sicherungsverlangens gemäß § 648 a Abs. 1 BGB nicht gestellt, so ist der Unternehmer berechtigt, die Mängelbeseitigung zu verweigern. Er kann deshalb nicht in Verzug mit der Mängelbeseitigung geraten. Ein Kostenerstattungsanspruch oder ein Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten gemäß § 635 BGB kann dann nicht entstehen. Voraussetzung für ein berechtigtes Sicherungsverlangen ist, dass der Unternehmer bereit und in der Lage ist, die Mängel zu beseitigen (BGH, aaO). Hat der Unternehmer die Mängelbeseitigung endgültig verweigert, so steht fest, dass er eine abzusi-chernde Vorleistung nicht mehr erbringen wird. Er kann sich dann nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 648 a BGB berufen. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem er in Verzug gerät.

47 Die Beklagte war zwar im Zeitpunkt des Sicherungsverlangens noch bereit, Mängel zu beseitigen, wie sich schon daran zeigt, dass sie gerügte Mängel zunächst beseitigt hat. Das Berufungsgericht hat jedoch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Beklagte nicht mehr bereit war, die weiteren Mängel zu beseitigen, deren Beseitigung die Klägerin im Schreiben vom 2. März 2000 forderte. Zu diesem Zeitpunkt stand fest, dass die Beklagte keine weiteren Vorleistungen mehr erbringen wird. Die Beklagte ist deshalb in Verzug mit der Mängelbeseitigung geraten und schuldet der Klägerin nach Ablauf der im Schreiben vom 1. August 2000 gesetzten Frist mit Ablehnungsandrohung Ersatz der Kosten für die Beseitigung der Mängel, soweit sie diese zu vertreten hat.

48 c) Die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 3.325 DM (1.700,05 €) wegen fehlerhafter Fensterbänke im Bereich Diagnostik/Therapie hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

49 Das Berufungsgericht ist der Auffassung, die vorhandenen 2 cm schmalen Fensterprofile hätten mit Naturstein belegt werden müssen. Davon ausgehend durfte das Berufungsgericht der Klägerin nicht die Kosten der Mängelbeseitigung zusprechen, die der Sachverständige für die Herstellung neuer Fensterbänke in Ansatz gebracht hat. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich erneut mit den Einwendungen der Parteien auseinanderzusetzen.

50 d) Verfahrensfehlerhaft ist die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 307.310 DM (157.125,10 €) wegen der fehlenden Trennung der Badewasseraufbereitung.

51 Der Streit der Parteien geht darum, ob die Beklagte verpflichtet war, eine getrennte Wasseraufbereitung für das große Bewegungsbecken und das kleinere, von den Parteien unterschiedlich als "kleines Bewegungsbecken",

"medizinisches Wannenbad" oder "Therapiebad" bezeichnete Becken zu erstellen.

52

Das Berufungsgericht ist zunächst zu Recht davon ausgegangen, dass sich aus dem Umstand, dass das kleinere Becken in dem Ausführungsplan als "Kl. Bewegungsbecken" bezeichnet ist, eine dahingehende Nutzungsbeschränkung, die eine getrennte Badewasseraufbereitung nicht erforderlich macht, nicht ergibt. Es hat sich aber nicht mit dem Vorbringen der Beklagten auseinandergesetzt, dass nach der Planung der V-GmbH eine getrennte Badewasseraufbereitung nicht zu erstellen gewesen sei. Die Beklagte hat die Entwurfsplanung vorgelegt. Ist nach dieser Planung keine getrennte Badewasseraufbereitung vorgesehen, kommt eine Haftung der Beklagten nur in Betracht, wenn diese Ausführung entsprechend den Darlegungen des Sachverständigen mangelhaft ist und die Beklagte ihre Bedenkenhinweispflicht verletzt hat. Eine solche Pflichtverletzung käme nur in Betracht, wenn der Beklagten die vorgesehene Nutzung als Therapiebecken bekannt gewesen wäre und sie als Fachfirma hätte wissen müssen, dass deshalb eine getrennte Wasseraufbereitung für das Therapiebecken und das große Bewegungsbecken zwingend erforderlich war. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Es hat insbesondere nicht überprüft, ob sich aus der Baubeschreibung ergab, dass eine getrennte Badewasseraufbereitung vorgenommen werden sollte oder zumindest, dass das kleinere Becken als Therapiebecken vorgesehen war. Das Berufungsgericht hat lediglich angenommen, die getrennte Badewasseraufbereitung sei bereits aus hygienischen Gründen erforderlich. Dieses Argument lässt sich jedoch mangels näherer Begründung nicht nachvollziehen. Auch bei einer einheitlichen Wasseraufbereitung gelangt nicht automatisch Schmutzwasser aus dem einen Becken in das andere.

- 53 3. Rechtsfehlerhaft ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin könne die mit der Mieterin der Klinik vergleichsweise vereinbarte Mietreduzierung von 2.255.640 DM (1.153.290,40 €) für die Zeit vom 1. Oktober 2000 bis 30. September 2006 sowie die Einmalzahlung von 383.422,20 DM (196.040,66 €) als Schadensersatz von der Beklagten ersetzt verlangen.
- 54 a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Unternehmer dem Besteller auch denjenigen Schaden zu ersetzen hat, der dadurch entsteht, dass der Mieter des Bestellers wegen der Mängel die Miete mindert. Der Unternehmer hat dem Besteller auch dann die Mietminderung zu ersetzen, wenn der Besteller sich mit dem Mieter auf die Minderung geeinigt hat. Voraussetzung ist jedoch, dass die vereinbarte Reduzierung des Mietzinses auf von dem Unternehmer zu vertretenden Mängeln beruht und ihm auch der Höhe nach zuzurechnen ist. Das Berufungsgericht hat deshalb zu Unrecht ausschließlich darauf abgestellt, in welchem Umfang wegen der behaupteten und von ihm als nachgewiesen angenommenen Mängel eine Minderung hätte erfolgen können und ob diese Minderung die im Vergleich vereinbarte Mietreduzierung nicht übersteigt. Es kommt nicht darauf an, ob und in welcher Höhe die Mietminderung kraft Gesetzes eintritt. Entscheidend ist, ob und in welchem Umfang die vereinbarte Mietreduzierung allein auf von der Beklagten zu vertretende Mängel zurückzuführen ist. Dies ist eine Frage der von der Klägerin darzulegenden und nachzuweisenden Kausalität und nicht des Zurechnungszusammenhangs.
- 55 Das Berufungsgericht hat nur festgestellt, dass die vertragliche Vereinbarung der Klägerin mit der Klinikbetreiberin "auch" im Hinblick auf das Vorliegen gesetzlicher Minderungsgründe getroffen wurde. Daraus ist zu schließen, dass die Herabsetzung des Mietzinses zwar auch, aber nicht ausschließlich wegen von der Beklagten zu verantwortender Mängel vorgenommen wurde. Dann ist

es aber Aufgabe des Berufungsgerichts, gemäß § 287 ZPO den auf die Mängel zurückzuführenden Anteil der Mietzinsreduzierung festzustellen. Insoweit ist eine Auslegung des Vergleichs unter Berücksichtigung seiner Präambel vorzunehmen. Aus der Präambel geht deutlich hervor, dass maßgebliche Ursache für die Reduzierung des Mietzinses über viele Jahre hinweg die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Mieterin waren. Dies wird das Berufungsgericht ebenso zu berücksichtigen haben wie den Umstand, dass nach den bisherigen Feststellungen nur ein Teil der von der Mieterin geltend gemachten Mängel vorlag und ein Teil der festgestellten Mängel nicht zur Minderung führte.

56 b) Das Berufungsgericht hat unberücksichtigt gelassen, dass es sich nach dem Wortlaut des Vergleichs bei der vereinbarten Einmalzahlung von 383.422,20 DM (196.040,66 €) nicht um eine Mietminderung für den Zeitraum vom 1. September 1996 bis 30. September 2000 handelt. Der Betrag soll ausweislich des Vergleichstextes ausschließlich für die Nachrüstung der Klinikausstattung verwendet werden. Mit diesem Betrag sollen vorrangig die Kosten gedeckt werden, die durch die Nachrüstung der Aufzugsanlage, die Erstellung einer Wasserenthärtungs- und einer Ozonanreicherungsanlage sowie die Trennung der Wasseraufbereitung anfallen. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass es sich bei dem Einmalbetrag um die Übernahme von Mängelbeseitigungskosten handelt und nicht um eine Mietminderung. Insoweit wird das Berufungsgericht zu überprüfen haben, ob und inwieweit dieser Betrag der Beseitigung von Mängeln dient, die der Beklagten anzulasten sind. Darüber hinaus wird festzustellen sein, ob und inwieweit die vergleichsweise vereinbarte Einmalzahlung tatsächlich erfolgt ist. Denn die Klinikbetreiberin kann nach der vergleichsweise getroffenen Regelung eine Kostenerstattung nur gegen Nachweis beanspruchen.

57 c) Das Berufungsgericht hat es versäumt, ein Mitverschulden der Klägerin bei der Entstehung des Mietausfallschadens in Erwägung zu ziehen, das darin liegen kann, dass die Klägerin ihren Verpflichtungen aus dem Mietvertrag nicht nachgekommen ist. Gemäß § 535 Satz 2 BGB hat der Vermieter die Mietsache dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten. Es liegt daher nahe, von der Klägerin zu verlangen, im Rahmen des Zumutbaren die Mängel zu beheben, statt sich insoweit einer jahrelangen Mietminderung auszusetzen.

58 d) Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen:

59 aa) Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht die Annahme, dass der Beklagten sämtliche vom Berufungsgericht für die Mietminderung herangezogene Mängel anzulasten sind.

60 (1) Behindertenparkplatz: Das Berufungsgericht hat den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, die Behindertenparkplätze seien von der Mieterin nach Abnahme des Werks verlegt worden, als unsubstantiiert zurückgewiesen. Dies ist rechtsfehlerhaft. Die Beklagte hat konkrete Tatsachen behauptet, wonach sie für den festgestellten Mangel nicht verantwortlich ist. Das Beweisthema ist damit hinreichend spezifiziert; ihr Beweisantrag hat den notwendigen Inhalt (vgl. BGH, Urteil vom 15. Januar 2004 - I ZR 196/01, NJW-RR 2004,1364).

61 (2) Leichtmetallprofile: Hinsichtlich der als fehlend gerügten Leichtmetallprofile wird das Berufungsgericht das Vorliegen eines Mangels zu überprüfen haben. Der Sachverständige hat ausgeführt, dass nach seinem Verständnis die großflächigen Fenster mit Leichtmetallprofilen ausgeführt sind. Für seine abweichende Auffassung hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen.

62 (3) Unzureichende elektrische Absicherung: Die Beklagte hat unter Beweisanztritt vorgetragen, dass die Notrufanlage vorhanden gewesen sei und diese sowie die Schalt- und Steckgeräte in den Nassräumen den Bereich "Einrichtung/Ausrüstung" betreffen, der nicht ihr, sondern der V-GmbH in Auftrag gegeben worden sei. Diese angebotenen Beweise hätte das Berufungsgericht erheben müssen. Denn wenn die Beklagte die mangelbehafteten Arbeiten nicht ausgeführt hat, kann sie auch für die Mängel nicht verantwortlich gemacht werden.

63 bb) Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen die wegen der einzelnen Mängel angenommenen prozentual bemessenen Minderungsbeträge nicht.

64 Nach § 536 BGB ist der Mieter zur Zahlung eines herabgesetzten Mietzinses berechtigt, wenn und solange die Mietsache mit einem Mangel behaftet ist, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsgemäßen Gebrauch mindert. Die Minderung des Mietzinses hat sich dementsprechend nach dem Maß zu bestimmen, in dem die Nutzung der Klinik infolge von Mängeln eingeschränkt war. Insoweit bedarf es einer Feststellung, wie sich der jeweilige Mangel konkret nachteilig auf den Klinikbetrieb ausgewirkt hat. Dies lassen die bisher vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht in hinreichendem Maße erkennen. Der Umstand, dass das Berufungsgericht wegen der von ihm festgestellten Mängel zu einer Beeinträchtigung des Mietgebrauchs von über 30 % gelangt, belegt ohne weiteres, dass seine Schätzung die Beklagte deutlich unangemessen belastet.

65 cc) Das Berufungsgericht wird auch zu berücksichtigen haben, dass die Klägerin Schadensersatz für Mietausfälle geltend macht, die zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zwar bereits angelegt, aber noch nicht einge-

treten waren. Die letzte mündliche Verhandlung fand am 8. Februar 2005 statt. Geltend gemacht wurde eine Mietminderung bis einschließlich 30. September 2006. Tatsächlich erfolgt sein konnte bis zu diesem Zeitpunkt nur eine Mietminderung bis einschließlich Februar 2005. Denn die Mietvertragsparteien hatten ausdrücklich einen monatlich verminderten Mietzins vereinbart. Die Mietminderung nach diesem Zeitpunkt konnte daher im Rahmen der Leistungsklage nicht als bereits eingetretener Schaden Berücksichtigung finden. Dieser Umstand wird nach Zurückverweisung der Sache im Rahmen der zuzusprechenden Verzugszinsen weiterhin Berücksichtigung finden müssen.

B. Anschlussrevision der Klägerin

I.

66 Die Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach verschiedene von der
Klägerin gerügte Mängel bei der Bemessung des Mietausfallschadens nicht zu
berücksichtigen sind, halten der revisionsrechtlichen Überprüfung nur teilweise
stand.

67 1. Das Berufungsgericht führt aus:

68 a) Wegen der nicht isolierten bodenbündigen Fensteranschlüsse könne
die Klägerin keine Ansprüche geltend machen, da die Beklagte diesen Mangel
beseitigt habe. Der Klägervortrag im Schriftsatz vom 24. August 2004 biete
keine ausreichende Grundlage für die Feststellung eines beeinträchtigten
Mietgebrauchs. Entsprechendes gelte hinsichtlich des Mangelpunktes „Regen-
wasserablauf“.

69 b) Lage und Verlauf der als zu steil gerügten Zu- bzw. Abfahrt habe die Klägerin akzeptiert. Es sei davon auszugehen, dass es eine alternative Streckenführung in Form einer Ausweichroute nicht gegeben habe bzw. eine solche mit vertretbarem Aufwand nicht habe realisiert werden können. Wenn die Klägerin mit der bereits zuvor bestehenden Wegführung nicht einverstanden gewesen sein sollte, hätte sie dies deutlich machen müssen.

70 c) Entsprechend ihrem nicht substantiiert bestrittenen Vortrag habe die Beklagte die gerügte mangelhafte Beschallung durch die Lautsprecheranlage im Schwimmbad bereits Ende 1996 behoben. Eine minderungsrelevante Gebrauchsbeeinträchtigung infolge der akustischen Qualität der Beschallung ergebe sich aus dem Klägervortrag nicht.

71 d) Weder aus dem Klägervortrag noch aus der Einschätzung des Sachverständigen ergebe sich, dass sich das Fehlen der Bodeneinläufe im Bereich der Toiletten und Umkleideräume messbar nachteilig ausgewirkt habe.

72 2. Die Auffassung des Berufungsgerichts, wegen der nicht isolierten bodenbündigen Fensteranschlüsse und des mangelhaft ausgeführten Regenwasserablaufs sei eine Minderung des Mietzinses nicht gerechtfertigt, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Bewertung der Mängel durch das Berufungsgericht ist vertretbar; der von der Klägerin nicht spezifiziert vorgetragene erhöhte Wartungsaufwand zwingt nicht zur Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung des Mietgebrauchs.

73 3. Die Ausführungen des Berufungsgerichts, wegen der behaupteten Mängel der Zufahrt, der Lautsprecheranlage sowie der fehlenden Bodeneinläufe in den Toiletten und den Umkleideräumen sei eine Mietminderung nicht gerechtfertigt, halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

- 74 a) Nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die Klägerin sei mit dem Streckenverlauf der Zu- bzw. Abfahrt einverstanden gewesen. Die Klägerin hat zwar vorsorglich bestritten, dass die Auffahrt mit Einverständnis aller Beteiligten ausgeführt worden sei; sie hat jedoch auch vorgetragen, ihren Vertretern sei bei der Festlegung der Trassenführung nicht klar gewesen, dass hierdurch eine zu steile Auffahrt habe entstehen müssen. Daraus konnte das Berufungsgericht den Schluss ziehen, die Trassenführung sei in Übereinstimmung mit der Klägerin vorgenommen worden. Dies gilt umso mehr, als nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die bereits zuvor bestehende Wegführung beibehalten worden ist. Das Berufungsgericht hat jedoch versäumt zu prüfen, ob die Beklagte darauf hätte hinweisen müssen, dass ein Streusalzeinsatz im Winter zusätzliche bauliche Maßnahmen erforderlich machen werde.
- 75 b) Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, die Klägerin habe die Behauptung der Beklagten, sie habe den Mangel an der Lautsprecheranlage im Schwimmbad bereits im November 1996 behoben, unsubstantiiert bestritten. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 24. August 2004 vorgetragen, der Mangel sei nach wie vor vorhanden. Ein Mietminderungsrecht der Klinikbetreiberin konnte daher nicht mangels Vorliegens des Mangels verneint werden.
- 76 c) Hinsichtlich der fehlenden Bodeneinläufe in den Toiletten und Umkleideräumen ist nicht ersichtlich, dass sich das Berufungsgericht mit dem Vorbringen der Klägerin auseinandergesetzt hat. Diese hat mit Schriftsatz vom 24. August 2004 behauptet, wegen der fehlenden Bodeneinläufe bestehe neben einer erhöhten Geruchsbelästigung eine erhöhte Unfallgefahr für die Patienten; außerdem müsse eine zusätzliche Arbeitskraft für das Trockenwischen eingesetzt werden. Diese Umstände können bei der Bemessung der

Mietminderung und damit der Höhe des von der Klägerin zu beanspruchenden Mietausfallschadens zu berücksichtigen sein.

II.

77 Die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es der Klägerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 13.900 DM (7.106,96 €) wegen des behaupteten unzureichenden Gefälles des Küchenfußbodens abgesprochen hat, trägt die Entscheidung nicht.

78 1. Das Berufungsgericht führt aus, es könne offen bleiben, ob es sich bei dem etwa einprozentigen Gefälle des Küchenbodens um einen Mangel handle. Die Bodenausführung entspreche zwar nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht dem Stand der Technik; andererseits sei zu berücksichtigen, dass auch die Referenzklinik Bad W. kein größeres Gefälle aufweise. Jedenfalls habe die Klägerin nicht ausreichend dargelegt, dass sich die Beklagte insoweit zu Unrecht auf einen Planungsfehler der V-GmbH berufe, für den sie nicht einzustehen habe. Eine Haftung der Beklagten könne sich auch nicht aus einer Verletzung der Hinweispflicht ergeben. § 4 Abs. 3 VOB/B komme mangels Vereinbarung der VOB/B nicht in Betracht. Eine allgemeine vertraglich begründete Hinweispflicht habe nicht bestanden, da die Planung allein der V-GmbH obliegen habe.

79 2. Die Beklagte hatte gemäß § 3 Ziff. 3 des Generalbauunternehmervertrags hinsichtlich aller ihr übergebenen Unterlagen die Prüfungspflicht einer Fachfirma. Sie war daher verpflichtet, die V-GmbH darauf hinzuweisen, wenn sich aus deren Planung ein nicht dem Stand der Technik entsprechendes Gefälle des Küchenfußbodens ergeben haben sollte. Es ist nichts dafür ersicht-

lich, dass sie im Hinblick auf das in der Referenzklinik fehlende Gefälle von der Errichtung eines den Regeln der Technik entsprechenden Fußbodens entbunden sein sollte.

III.

80 Das Berufungsurteil ist auch insoweit zu beanstanden, als es der Klägerin wegen der behaupteten fehlerhaften Badewasseraufbereitung lediglich einen Schadensersatzanspruch von 307.310 DM zugesprochen hat. Die unter Pos. 19 des Gutachtens des Sachverständigen aufgeführten Beträge ergeben in der Addition 307.510 DM.

IV.

81 Soweit das Berufungsgericht der Klägerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 184.310 DM (94.236,21 €) wegen der fehlenden Abwasserwärmegewinnungsanlage abgesprochen hat, hält das Berufungsurteil einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand.

82 1. Das Berufungsgericht führt aus, eine Abwasserwärmegewinnungsanlage wäre laut Baubeschreibung in "dafür technisch und wirtschaftlich geeigneten Bereichen" zu installieren gewesen. Berechnungen hierzu gehörten in den der V-GmbH obliegenden Bereich der Planung, so dass ein eventueller Mangel nicht der mit der Bauausführung beauftragten Beklagten angelastet werden könne.

83 2. Die Überprüfung, ob und in welchem Umfang technisch und wirtschaftlich geeignete Bereiche für die Installation einer Abwasserwärmegewinnungs-

anlage vorhanden waren, fiel in den Planungsbereich und war damit Aufgabe der V-GmbH. Der Beklagten waren planerische Aufgaben nicht übertragen. Sie war daher auch nicht verpflichtet, insoweit Überlegungen anzustellen. Ihr kann nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass sie die V-GmbH nicht auf die fehlende Planung einer Abwasserwärmegewinnungsanlage hingewiesen hat. Eine solche Hinweispflicht ergibt sich auch nicht aus § 3 Ziff. 3 des Generalbauunternehmervertrags. Die Verpflichtung, übergebene Unterlagen auf Fehler und Unklarheiten zu überprüfen, beinhaltet nicht die Pflicht, die Unterlagen dahingehend zu kontrollieren, ob die V-GmbH alle übertragenen Planungsaufgaben tatsächlich erfüllt hat. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn ohne die zu planende Anlage die Klinik nicht hätte betrieben werden können, was unstreitig nicht der Fall ist.

V.

- 84 Die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es der Klägerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe der Kosten für die Nachrüstung der Bodeneinläufe in Höhe von 52.454 DM (26.819,30 €) aberkannt hat, tragen die Entscheidung nicht.
- 85 1. Das Berufungsgericht ist der Meinung, die Klägerin könne insoweit keine Ansprüche mehr geltend machen, da die Beklagte die Bodeneinläufe in Abstimmung mit der Klinikbetreiberin nachgerüstet habe. Inwieweit diese Nachrüstung nicht ausreichend gewesen sein sollte, habe die Klägerin nicht konkret dargelegt.
- 86 2. Die Beklagte hat behauptet, nicht sämtliche, sondern nur die "unbedingt erforderlichen" Einläufe nachgerüstet zu haben. Das Berufungsgericht hat

den von dem Sachverständigen bestätigten Vortrag der Klägerin unberücksichtigt gelassen, wonach wegen des nach dem Generalbauunternehmervertrag einzuhaltenden Mindeststandards der Vergleichsklinik Bad W. eine vollumfängliche Nachrüstung zu erfolgen hatte. Dass die Klägerin auf Gewährleistungsansprüche wegen der fehlenden Bodeneinläufe, bei denen eine Nachrüstung nicht unbedingt erforderlich war, verzichtet hätte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

VI.

87 Nicht tragfähig ist auch die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es den Schadensersatzanspruch der Klägerin in Höhe von 16.500 DM (8.436,32 €) wegen des fehlenden WC in der Saunaanlage abgewiesen hat.

88 1. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Fehlen eines in den Saunabereich integrierten WC stelle allenfalls einen Planungsfehler dar, der der bauausführenden Beklagten nicht anzulasten sei.

89 2. Das Berufungsurteil enthält keine Ausführungen dazu, dass die Beklagte nach § 3 Ziff. 3 des Generalbauunternehmervertrags die Planung der V-GmbH als Fachfirma zu überprüfen hatte. Nach den Feststellungen des Sachverständigen muss eine Saunaanlage eine in sich geschlossene Einheit darstellen. Das außerhalb der Saunaanlage befindliche WC stelle lediglich ein Provisorium dar. Das Berufungsgericht wird daher zu prüfen haben, ob dieser Umstand der Beklagten als Fachfirma bekannt sein musste und sie deshalb im Hinblick auf eine Verletzung der Hinweispflicht für diesen Mangel haftbar ist.

VII.

90 Das Berufungsgericht hat fehlerhaft über den von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch in Höhe von 340.000 DM (173.839,24 €) wegen der unterbliebenen Installation einer zentralen Entlüftungsanlage nicht entschieden.

91 1. Das Berufungsgericht nimmt an, die Klägerin verlange ausweislich ihres Schriftsatzes vom 24. August 2004 nicht die Erstattung von Umbau- bzw. Mängelbeseitigungskosten, sondern den Ersatz des hierdurch verursachten Mietausfalls.

92

2. Diese Annahme ist unzutreffend. Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 24. August 2004 Kosten in Höhe von 90.000 DM für den Umbau der Einzelentlüftung in eine Zentralentlüftung und in Höhe von 250.000 DM für den Neubau der erforderlichen Zuluftanlagen geltend gemacht.

Dressler

Richter am BGH
Dr. Wiebel ist in den
Ruhestand getreten
und kann daher nicht
unterschreiben

Kniffka

Safari Chabestari

Dressler

Eick

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 08.08.2003 - 420 O 48/02 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 03.03.2005 - 6 U 182/03 -