

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Mai 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 16. April 1998 teilweise aufgehoben und das Urteil der 1. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Limburg vom 18. Dezember 1996 teilweise abgeändert:

Die Klage wird auch abgewiesen, soweit 11,75 % Zinsen für die Zeit vom 15. Juni bis zum 30. August 1995 und 11,25 % Zinsen seit dem 1. September 1995 sowie 20 DM Mahnkosten geltend gemacht werden.

Der Kläger trägt die Kosten des Revisionsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten für durchgeführte und abgenommene Fliesenarbeiten restlichen Werklohn von 161.838,67 DM nebst 11,75 % Zinsen seit dem 15. Juni 1995 und 20 DM vorgerichtliche Mahnkosten.

Die Beklagte macht wegen Mängel der Arbeiten bei den Balkonen ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe von 402.500 DM geltend und verlangt wegen verspäteter Durchführung der Arbeiten im Wege der Widerklage Verzugsschaden von 65.000 DM.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung des eingeklagten Hauptsachebetrages "nebst 11,75 % Zinsen vom 15.6.1995 bis zum 30.8.1995 und 11,25 % Zinsen seit dem 1.9.1995 sowie 20 DM Mahnkosten" verurteilt. Im übrigen hat es Klage und Widerklage abgewiesen.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Beklagte verurteilt, "an den Kläger 161.838,67 DM nebst 11,75 % Zinsen für die Zeit vom 15. Juni bis zum 30. August 1995 und 11,25 % Zinsen seit dem 1. September 1995 sowie 20 DM Mahnkosten zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Neuverfliesung von 25 Balkonen des streitgegenständlichen Bauvorhabens L., Sandweg, nach vorheriger Ausführung einer alternativen Abdichtung auf dem Estrich."

Die weitergehende Berufung hat es zurückgewiesen und im übrigen Klageabweisung und Abweisung der Widerklage bestätigt.

Die Revision der Beklagten wendet sich nur dagegen, daß die Beklagte zur Zahlung von Zinsen und Mahnkosten verurteilt worden ist.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils soweit die Beklagte unter Zurückweisung ihrer Berufung verurteilt worden ist, an den Kläger aus dem Betrag von 161.838,67 DM 11,75 % Zinsen für die Zeit vom 15. Juni bis zum 30. August 1995 und 11,25 % Zinsen seit dem 1. September 1995 sowie 20 DM Mahnauflagen zu bezahlen. In diesem Umfang ist die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts abzuweisen.

1. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Beklagten stehe wegen der Mängel der Balkone ein Zurückbehaltungsrecht zu. Es erkennt dem Kläger die geltend gemachten Ansprüche auf Zinsen und Mahnkosten zu. Worauf dieser Anspruch zu stützen ist, führt das Berufungsgericht nicht aus.

2. Die Revision beanstandet mit Recht, daß das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung der geltend gemachten Zinsen und Mahnauflagen verurteilt hat. Eine Verpflichtung der Beklagten dazu setzt voraus, daß sich die Beklagte in Schuldnerverzug befand. Dies ist nicht der Fall; denn ein Verzug des Auftraggebers mit der Zahlung der Vergütung ist insoweit ausgeschlossen,



als ihm wegen Mängel der vom Auftragnehmer erbrachten Leistungen ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile vom 14. Januar 1993 - VII ZR 185/91 = BauR 1993, 600 = ZfBR 1993, 214; vom 4. Juni 1973 - VII ZR 112/71 = BGHZ 61, 42, 46; vom 14. Januar 1971 - VII ZR 3/69 = BGHZ 55, 198, 200 jeweils m.w.N.).

Ullmann

Thode

Wiebel

Kuffer

Kniffka