

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 1999 durch die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Wiebel, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. Mai 1998 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger verlangt von der Beklagten Ersatz des Verzugsschadens wegen der nach seiner Auffassung verspäteten Übergabe von erworbenen Eigentumswohnungen. Außerdem macht er Ansprüche aus einer Mietgarantie und auf Kostenvorschuß wegen Mängeln geltend.

Der Kläger erwarb von der Beklagten am 10. Dezember 1993 fünf noch zu errichtende Eigentumswohnungen in K. zum Preis von 3.820.000 DM. Der Kaufpreis war fällig nach einem im notariellen Vertrag enthaltenen Zahlungsplan (Ziff. 3.6.1 bis 3.6.9). Die letzte Rate von 114.600 DM

(3 % des Gesamtkaufpreises) war gemäß Ziff. 3.6.9 zahlbar nach Durchführung des Abnahmetermins vor der Übergabe des Kaufgegenstandes.

Voraussetzung für die Fälligkeit und den Abruf der Raten 3.6.2 bis 3.6.9 durch die Beklagte sollte der Bautenstand sein, der durch eine Bescheinigung des Bauleiters/Architekten nachzuweisen war (Ziff. 3.6).

Die Parteien vereinbarten als unabdingbare Voraussetzung für die Fälligkeit der einzelnen Raten, daß die Beklagte dem Kläger vor deren Zahlung eine Bürgschaft einer Bank oder Sparkasse gemäß § 7 MaBV in Höhe des Gesamtkaufpreises übergeben hat. Die Beklagte hat in Vollzug dieser Regelung eine Bürgschaft der N. Sparkasse vom 14. Dezember 1993 übergeben.

Der notarielle Vertrag sah eine Fertigstellung bis spätestens 31. Dezember 1994 vor. Abnahme und Übergabe der Wohnungen waren wie folgt geregelt:

"5.1.3 Bei der Abnahme der Wohnung wird ein Protokoll errichtet, in das die noch nicht durchgeführten Arbeiten und etwaige Mängel aufzunehmen sind und das von beiden Parteien zu unterzeichnen ist.

5.1.4 In das Protokoll ist der Übergabetermin aufzunehmen, der nach Erledigung der noch nicht ausgeführten Restarbeiten und Beseitigung der vorhandenen Erfüllungsmängel - innerhalb von drei Wochen - zu erfolgen hat.

5.2. Übergabe

...

5.2.2. Die Übergabe der Wohnung erfolgt am Tag der Unterzeichnung des Übergabeprotokolls, in dem beide Vertragsparteien bestätigen, daß die Wohnung fertiggestellt ist und daß die ge-

- 4 -

mäß 5.1.2 festgestellten Restarbeiten erledigt und die Erfüllungsmängel beseitigt sind....

5.2.3. Bedingung für die Übergabe ist, daß zum Zeitpunkt der Übergabe der gesamte Kaufpreis sowie die für die Sonder- und Änderungswünsche in Rechnung gestellten Beträge einschließlich Zinsen an Verkäufer gezahlt ist."

Die Beklagte garantierte dem Kläger in einer Zusatzvereinbarung auf die Dauer von fünf Jahren ab Übergabe der Wohnungen einen jährlichen Kaltmietzins in Höhe von 237.000 DM.

Am 23. September 1994 nahm der Kläger die Wohnungen ab. Das Abnahmeprotokoll wies zahlreiche Mängel aus. Als Termin zur Übergabe der Wohnungen wurde der 14. Oktober 1994 festgehalten. Auf Wunsch der Beklagten wurde dieser Termin zunächst auf den 20. Oktober 1994 verlegt. Die Beklagte hielt diesen Termin nicht ein. Der Kläger forderte sie darauf hin in verschiedenen Schreiben auf, die nach seiner Behauptung noch vorhandenen Mängel zu beseitigen. Er wies darauf hin, daß er nicht zur Zahlung der letzten Rate verpflichtet sei, solange diese Mängel nicht beseitigt seien. Am 30. Mai 1995 kam es zu einer Begehung der Wohnung. Über die dabei festgestellten Mängel wurde ein Protokoll erstellt.

Das Protokoll enthielt die Bemerkung: "Sobald sämtliche noch ausstehenden Zahlungsbeträge kosten-, auflagen- und lastenfrei beim Verkäufer eingegangen sind, wird die Besitzübergabe an den Käufer unverzüglich vorgenommen."

Die Parteien streiten darüber, ob zu diesem Zeitpunkt eine dem Vertrag entsprechende Übergabe der Wohnungen stattgefunden hat. Die Beklagte



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



hatte dem Kläger die Vermietung jedenfalls einer Wohnung bereits zuvor erlaubt. Nach diesem Termin wurden auch die anderen Wohnungen mit einer Ausnahme vermietet.

Der Kläger verlangt von der Beklagten aus verschiedenen Rechtsgründen Zahlung von 258.971 DM. Er vertritt die Auffassung, die Beklagte sei seit dem 15. Oktober 1994 mit der Übergabe der Wohnungen in Verzug. Am 30. Mai 1995 habe die Übergabe stattgefunden.

Er beansprucht für die Zeit vom 15. Oktober 1994 bis zum 30. Mai 1995 141.538 DM nach der Mietgarantie berechneten Mietausfall und Finanzierungszinsen als Verzugsschaden.

Für die Zeit vom 31. Mai 1995 bis zum 31. Dezember 1995 nimmt der Kläger die Beklagte aus der Mietgarantie auf Zahlung von 98.093 DM in Anspruch.

Für die Beseitigung der nach seiner Behauptung noch vorhandenen Mängel verlangt der Kläger 19.340 DM Vorschuß auf die Beseitigungskosten.

Auf seine Forderungen läßt sich der Kläger die letzte Rate von 114.600 DM anrechnen, so daß die Klageforderung 144.371 DM beträgt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die Beklagte sei mit der Übergabe der Wohnungen nicht in Verzug geraten.

Nach dem Vertrag sei der Kaufgegenstand bis spätestens 31. Dezember 1994 fertigzustellen gewesen, so daß zu einem früheren Zeitpunkt kein Verzug habe eintreten können. Auch danach liege kein Verzug vor. Denn der Kläger habe die letzte Kaufpreisrate nicht gezahlt. Die Beklagte habe deshalb die Übergabe verweigern dürfen.

Die letzte Rate sei gemäß Ziff. 3.6.9 des Vertrages nach Abnahme der Wohnungen und vor Übergabe des Kaufgegenstandes zu entrichten gewesen. Die Zahlung sei unstreitig nicht erfolgt. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß die Beklagte keinen Bautenstandbericht gemäß Ziff. 3.6 des Vertrages vorgelegt habe. Die Regelung beziehe sich nur auf die der letzten Rate vorausgehenden Zahlungen.

Wegen der Mängel stehe dem Kläger allenfalls ein Zurückbehaltungsrecht an der letzten Rate in Höhe von 60.000 DM zu. Denn er selbst habe die Kosten der Beseitigung derjenigen Mängel, die am 30. Mai 1995 festgestellt worden seien, auf lediglich 19.340 DM geschätzt. Damit stehe fest, daß die letzte Rate jedenfalls in Höhe von 54.000 DM fällig geworden sei. Der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß nach seinem Vortrag bei der Abnahme und auch noch Ende Dezember 1994 weitere Mängel vorhanden gewesen seien, die ein die letzte Rate insgesamt erfassendes Zurückbehaltungsrecht be-

gründet hätten. Denn auf dieses Zurückbehaltungsrecht habe er sich bis dahin nicht berufen. Da der Kläger die Zahlung von 54.000 DM verweigert habe, habe Verzug der Beklagten nicht eintreten können.

Das Berufungsgericht weist den Einwand des Klägers zurück, die vertragliche Regelung verstoße gegen § 3 MaBV a.F., weil die Ratenzahlungsvereinbarung zu Lasten des Klägers von § 3 Abs. 2 MaBV abweiche. Denn der Kläger habe eine Bürgschaft nach § 7 MaBV erhalten. Diese Bürgschaft entspreche der MaBV, wie ihr Wortlaut durch ausdrückliche Bezugnahme auf § 7 MaBV ergebe.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Fehlerhaft geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Übergabe erst zum 31. Dezember 1994 geschuldet war. Das Berufungsgericht hat die vertraglichen Regelungen zur Fälligkeit der Übergabe und der letzten Rate nicht erschöpfend gewürdigt und kommt so zu einer den Interessen beider Parteien nicht gerecht werdenden Auslegung des Vertrages.

1. Der vom Kläger geltend gemachte Anspruch auf Ersatz des Verzugschadens kann sich aus § 286 Abs. 1 BGB ergeben. Er setzt voraus, daß die Beklagte mit der fälligen Verpflichtung zur Übergabe der Wohnungen in Verzug geraten ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts steht fest, daß die Parteien als Fälligkeitstermin für die Übergabe den 14. Oktober 1994 vereinbart haben. Dieser Termin ist möglicherweise auf den 20. Oktober 1994 verlegt worden.

a) Gemäß Ziff. 5.1.1. des Vertrages war mit der Fertigstellung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses voraussichtlich Ende des 2. Quartals 1994 zu rechnen. Der Kaufgegenstand sollte jedoch spätestens bis zum 31. Dezember 1994 fertig gestellt sein. Zu Unrecht folgert das Berufungsgericht aus dieser Regelung, daß die Beklagte vor dem 31. Dezember 1994 nicht in Verzug geraten konnte. Es hat unberücksichtigt gelassen, daß sich die Parteien einverständlich auf einen vor diesem Datum liegenden Übergabetermin geeinigt haben. Als Übergabetermin wurde gemäß Ziff. 5.1.4 des Vertrages zunächst der 14. Oktober 1994 festgesetzt. Damit haben die Parteien den nach der vertraglichen Regelung noch ungewissen, lediglich dem Zeitraum nach abgegrenzten Übergabetermin endgültig festgelegt. Die Beklagte schuldete die Übergabe der Wohnungen zu diesem Datum. Da es sich um einen dem Kalender nach bestimmten Termin handelte, konnte die Beklagte mit Ablauf des Termins ohne Mahnung in Verzug geraten (§ 284 Abs. 2 BGB).

b) Den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht zu entnehmen, unter welchen Umständen es zur Verlegung des Termins auf den 20. Oktober 1994 kam. Der Senat kann deshalb nicht feststellen, ob durch die Verlegung ein neuer Fälligkeitstermin vereinbart oder jedenfalls der Verzug aufgehoben wurde. Dagegen sprechen die Feststellungen des Berufungsgerichts, die darauf hindeuten, daß die Beklagte den Termin vom 14. Oktober 1994 einseitig nicht eingehalten hat. Für die weitere Beurteilung des Senats ist das ohne Belang. Das Berufungsgericht kann die notwendigen Feststellungen in der neuen Verhandlung nachholen.

2. Der Verzug der Beklagten seit dem 14. oder 20. Oktober 1994 kann nicht mit der Erwägung verneint werden, die Beklagte habe die Übergabe verweigern dürfen, weil der Kläger die letzte Rate in jedenfalls geschuldeter Höhe

von 54.000 DM nicht gezahlt habe. Das Berufungsgericht verkennt, daß die letzte Rate nicht fällig war. Nach dem vom Berufungsgericht nur unvollständig gewürdigten Vertrag war die Beklagte verpflichtet, vor Zahlung der letzten Rate die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel zu beseitigen. Diese vertragliche Regelung verschaffte dem Kläger nicht nur ein Zurückbehaltungsrecht in Höhe eines Dreifachen der Mängelbeseitigungskosten. Der Kläger kann sich vielmehr grundsätzlich auf die fehlende Fälligkeit der letzten Rate berufen, solange die Mängel nicht beseitigt sind. Davon ist zu seinen Gunsten in der Revision auszugehen.

a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die Beklagte nicht in Verzug mit der Übergabe geraten konnte, wenn ihr wegen der fehlenden Zahlung der letzten Rate ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 Abs. 1 BGB zustand.

Von Rechtsfehlern beeinflusst ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, die letzte Rate sei nach der Abnahme jedenfalls in Höhe von 54.000 DM fällig geworden. Es stützt sich zu Unrecht allein auf Ziff. 3.6.9 des Vertrages. Aus dieser Regelung ist lediglich zu entnehmen, daß die letzte Rate nach der Abnahme und vor der Übergabe zu zahlen ist. Das Berufungsgericht hat nicht in Erwägung gezogen, daß durch die übrigen Regelungen des Vertrages die Fälligkeit der letzten Rate davon abhängen kann, daß die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel beseitigt sind. Zu dieser Erwägung hätten verschiedene Regelungen des Vertrages Anlaß gegeben. Da weitere Feststellungen nicht in Betracht kommen, kann der Senat den Vertrag insoweit selbst auslegen.

Ziff. 3.6.9 läßt offen, wann zwischen Abnahme und Übergabe die letzte Rate zahlbar sein sollte. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß in Ziff.

5.1.2 bis 5.2.2 im Anschluß an die Abnahme eine dreiwöchige Phase vorgesehen war, in welcher die Beklagte die bei der Abnahme protokollierten Restarbeiten zu erledigen und die "Erfüllungsmängel" zu beseitigen hatte. Im Übergabetermin sollte die Erfüllung dieser Verpflichtung von beiden Parteien in einem Übernahmeprotokoll bestätigt werden. In Ziff. 5.2.3 ist dann als Bedingung für die Übergabe die Zahlung des gesamten Kaufpreises zum Zeitpunkt der Übergabe vorgesehen. Diese Reihenfolge der Vertragsbestimmungen belegt, daß die letzte Rate zwar vor der eigentlichen Übergabe, aber erst nach Erledigung der Restarbeiten und nach Beseitigung der "Erfüllungsmängel" fällig werden sollte, die Beklagte also insoweit vorleistungspflichtig blieb. So ist denn auch die Zahlung des gesamten Kaufpreises Bedingung für die Übergabe, nicht aber für die Erledigung der Restarbeiten und die Beseitigung der "Erfüllungsmängel".

Die Auslegung, daß die letzte Rate erst nach Beseitigung der Mängel fällig wird, wird den Interessen beider Parteien gerecht. Sie berücksichtigt einerseits das mit der Vertragsgestaltung verfolgte Interesse der Beklagten, den Besitz der Wohnungen nicht vor Erhalt des vollständigen Kaufpreises zu verlieren. Andererseits wird sie dem Interesse des Klägers gerecht, nicht unter Aufgabe des gesetzlichen Leistungsverweigerungsrechts zahlen zu müssen, obwohl Mängel nicht beseitigt sind. In diesem Zusammenhang steht auch Ziff. 3.6 des Vertrages. Danach war Voraussetzung der Rate aus Ziff. 3.6.9 eine Bescheinigung des Bauleiters/Architekten über den Bautenstand. Das Berufungsgericht meint, diese Regelung beziehe sich nur auf die der letzten Rate vorausgehenden Raten. Dem kann nicht gefolgt werden. Nach dem Wortlaut erfaßt die Regelung des Vertrages auch die letzte Rate. Das ergab entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch einen Sinn. Denn ebenso wie bei den vorausgehenden Raten benötigte der Kläger durch den Bauleiter/Architekten

eine Information darüber, ob der Bautenstand erreicht war, also im Fall der letzten Rate die Mängel beseitigt waren. Erst dann bestand aus seiner Sicht ein Grund, die letzte Rate zu zahlen und an dem vom Vertrag sodann vorgesehenen Übergabetermin teilzunehmen. Allerdings ist nach Sinn und Zweck der vertraglichen Regelung ein Bautenstandbericht entbehrlich, soweit der Kläger anderweitig über die Mängelbeseitigung informiert war.

b) Solange die Beklagte die Fälligkeitsvoraussetzungen für die letzte Rate nicht schaffte, war sie mit der Übergabe in Verzug. Denn es lag an ihr, die Voraussetzungen für die Fälligkeit der letzten Rate durch die Beseitigung der Mängel und entsprechende Information des Klägers zu schaffen. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, wann und inwieweit die Mängel beseitigt worden sind und inwieweit der Kläger über den Stand der Mängelbeseitigungsarbeiten informiert war. Unstreitig liegen noch Mängel vor, deren Beseitigungskosten der Kläger mit 19.340 DM beziffert. Die Beklagte hat die zuletzt behaupteten Mängel teilweise bestritten und lediglich Kosten von noch 565 DM ermittelt. Auf dieser Grundlage kann der Senat keine Entscheidung dazu treffen, ob die letzte Rate während des gesamten in diesem Prozeß in Betracht kommenden Zeitraums nicht fällig war. Waren die Mängel derart geringfügig, wie die Beklagte behauptet, ist zu erwägen, ob der Kläger die Zahlung der gesamten letzten Rate nach Treu und Glauben nicht mehr verweigern durfte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25. Januar 1996 - VII ZR 26/95 = BauR 1996, 390 = ZfBR 1996, 156; Urteil vom 10. Juni 1999 - VII ZR 170/98 = BauR 1999, 1186 = ZfBR 1999, 327).

3. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Fälligkeitsregelung der Ziff. 3.6.9 wirksam vereinbart werden konnte. Der Kläger rügt einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MaBV a.F., der in Verbindung mit § 12 MaBV und § 134 BGB

zur Nichtigkeit dieser Regelung führe. Die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß eine Bürgschaft nach § 7 MaBV gestellt worden ist. Die Bürgschaft der N. Sparkasse entspreche nicht den Anforderungen an eine Bürgschaft nach § 7 MaBV. Der Kläger hat auch die Auffassung vertreten, die Regelung verstoße gegen § 11 Abs. 2 AGB-Gesetz, das hier anwendbar sei.

Auf diese Streitfragen kommt es nicht an. Sie führen zu keiner anderen Beurteilung des Falles.

Lagen die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 MaBV a.F. nicht vor und ist eine gemäß § 7 Satz 1 MaBV mögliche Freistellung von der Einhaltung dieser Voraussetzungen durch die Übergabe der Bürgschaft nicht erfolgt, so ist die vertragliche Fälligkeitsregelung nichtig (§ 12 MaBV).

Es ist umstritten, welches Recht an die Stelle der nichtigen Regelung tritt. Nach einer Auffassung ist auf die Regelung des § 3 Abs. 2 MaBV a.F. zurückzugreifen (Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 2. Aufl. Rdn. 176; Marcks, MaBV, 6. Aufl., § 12 Rdn. 10 f.). Danach hätte die Beklagte dem Kläger den Besitz an den Wohnungen bereits mit Zahlung der vorletzten Rate verschaffen müssen. Der Verzug der Beklagten könnte also nach dieser Auffassung nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil die letzte Rate wegen der noch vorhandenen Mängel nicht gezahlt worden ist.

Nach anderer Auffassung gilt bei einem Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MaBV a.F. nicht dessen Regelung, sondern das gesetzliche Werkvertragsrecht (Reithmann/Meichssner/v. Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl., A. 55; Basty, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl., Rdn. 311). In diesem Fall hätte die Beklagte die Zahlung der letzten Rate nicht vor der Übergabe der Wohnungen verlangen können. Denn mangels wirksamer Vereinbarung einer Abschlags-

zahlungsregelung schuldete der Kläger dann die Zahlung erst mit einer den Anforderungen des § 640 Abs. 1 BGB entsprechenden Abnahme. Diese setzt neben der Billigung des Werkes als der Hauptsache nach vertragsgemäßen Leistung deren körperliche Hinnahme voraus (BGH, Urteil vom 30. Juni 1983 - VII ZR 185/81 = BauR 1983, 573 = ZfBR 1983, 260). Eine dem Gesetz entsprechende Abnahme kam ohne die Übergabe der Wohnungen an den Kläger grundsätzlich nicht in Betracht. Ist das Gesetz anwendbar, kann der Verzug der Beklagten also ebenfalls nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil der Kläger vor der Übergabe die Beseitigung der Mängel verlangte.

Gleiches gilt für den Fall, daß der Vertrag der Inhaltskontrolle nach dem AGB-Gesetz unterfiele und die getroffene Regelung als Verstoß gegen § 11 Nr. 2 AGBG einzuordnen wäre.

III.

Das Berufungsgericht hat die nach der Mietgarantie berechneten Ansprüche für den Zeitraum vom 31. Mai 1995 bis zum 31. Dezember 1995 zu Unrecht verneint.

Die Begründung des Berufungsgerichts läßt nicht erkennen, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen es den für diesen Zeitraum geltend gemachten Zahlungsanspruch des Klägers geprüft hat. In Betracht kommt insoweit ein Erfüllungsanspruch aus der Garantievereinbarung oder auch ein Anspruch auf Ersatz des Verzugsschadens gemäß § 286 Abs. 1 BGB. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Anspruch des Klägers abweist, läßt darauf schließen, daß es auch insoweit einen Verzugsschaden geprüft hat.

Es ist deshalb nicht ausgeschlossen, daß der Kläger den Anspruch in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht auch auf diesen Anspruch gestützt hat. Eine derartige, jedenfalls hilfsweise erfolgte Klageänderung liegt nahe, nachdem das Landgericht erstmals gegen den übereinstimmenden Vortrag der Parteien davon ausgegangen ist, daß am 30. Mai 1995 die Übergabe der Wohnungen nicht erfolgt sei.

Jedenfalls der Anspruch auf Ersatz des nach der Mietgarantie berechneten Verzugsschadens kann aus den unter II. dargelegten Gründen nicht verneint werden. Im übrigen gibt die Zurückweisung dem Berufungsgericht Gelegenheit zu prüfen, ob die Übergabe im Sinne des Vertrages trotz des im Übernahmeprotokoll enthaltenen Vorbehalts erfolgt ist. Davon sind beide Parteien erstinstanzlich ausgegangen.

IV.

Das Berufungsgericht hat den mit der Klage geltend gemachten Kostenvorschuß für die Mängelbeseitigung als nicht gerechtfertigt angesehen, weil der Kläger noch die letzte Rate schulde und insoweit 60.000 DM zurückbehalten werden dürften.

Mit dieser Begründung kann das Urteil keinen Bestand haben.

Der Kläger hat einen Kostenvorschußanspruch, wenn die Voraussetzungen des § 633 Abs. 3 BGB vorliegen. Allerdings könnte der Vorschußanspruch möglicherweise zu versagen sein, wenn der Auftraggeber sich aus zurückbehaltenem Werklohn befriedigen kann (Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 9. Aufl., Rdn. 1589; Beck'scher VOB-Komm/Kohler, B § 13 Nr. 5 Rdn. 129 je-

weils m.w.N.). Jedoch steht nicht fest, daß dem Kläger noch zurückgehaltener Werklohn zur Befriedigung des Vorschußanspruchs zur Verfügung steht.

Der Kläger muß erklären, in welcher Reihenfolge er mit den verschiedenen Ansprüchen gegenüber dem Anspruch auf Zahlung der letzten Rate aufrechnet und in welcher Höhe seine Ansprüche bestehen. Rechnet er erstrangig mit dem Vorschußanspruch auf, ist dieser Anspruch von vornherein unbegründet. Rechnet der Kläger hingegen zunächst mit den Ansprüchen aus Verzug oder aus der Mietgarantie auf, kommt es darauf an, inwieweit diese Aufrechnung zum Erlöschen des Kaufpreisanspruchs führt.

V.

Das Urteil ist aufzuheben. Wegen der erforderlichen Feststellungen wird die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Bezüglich der Ermittlung eines eventuellen Verzugsschadens weist der Senat auf seine Grundsätze zur Berechnung von Mietausfall oder von Finanzierungskosten hin (BGH, Urteil vom 14. Januar 1993 - VII ZR 185/91 = BGHZ 121, 210, 213; Urteil vom 29. März 1990 - VII ZR 324/88 = BauR 1990, 464 = ZfBR 1990, 194).

VI.

Über das Vermögen der Beklagten ist nach Schluß der mündlichen Verhandlung das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Senat hat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, trotz der Unterbrechung des Verfahrens die aufgrund dieser Verhandlung erlassene Entscheidung zu verkünden, § 249 Abs. 3 ZPO.

Thode
bel

Hausmann

Wie-

Kuffer

Kniffka