

43

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja zu III

BGB § 320; VOB B § 13 Nr. 5 Abs. 1

Der Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) gewährt dem Auftraggeber gegenüber dem Werklohnanspruch des Auftragnehmers auch dann noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wenn er die Gewährleistungsansprüche an Dritte abgetreten hat.

BGH, Urt. v. 22. Februar 1971 - VII ZR 243/69 - OLG Braunschweig
LG Braunschweig

25

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 243/69

URTEIL

Verkündet am
22. Februar 1971
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Architekten Guido F [REDACTED], B [REDACTED],
W [REDACTED] Weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Karl-Friedrich L [REDACTED], W [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -



- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1971
unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesge-
richtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel,
Dr. Vogt, Dr. Finke und Schmidt

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts in Braunschweig vom 29. Juli
1969 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben,
als der Beklagte
 - a) zur Zahlung von mehr als 29.322,02 DM
nebst 8 % Zinsen seit dem 27. Mai 1965,
 - b) ohne Rücksicht auf das von ihm geltend
gemachte Leistungsverweigerungsrecht
zur Zahlung der gesamten Urteilssummeverurteilt worden ist.
2. In diesem Umfange wird die Sache zur neuen
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat
des Berufungsgerichts zurückverwiesen.
3. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Am 24. April 1963 beauftragte der Beklagte den Kläger, für ihn in Rüningen ein Haus mit 24 Wohnungen zu bauen. Der Kläger stellte die Arbeiten aus zwischen den Parteien streitigen Gründen vor der Fertigstellung des Hauses ein. Andere Firmen vollendeten das Bauvorhaben für den Beklagten. Dieser verkaufte im Jahre 1965 nach der Fertigstellung des Hauses das Grundstück in Form von Miteigentumsanteilen, verbunden mit dem Sondereigentum an den einzelnen Wohnungen, unter Ausschluß jeder Gewährleistung. In den Verträgen mit den 24 Wohnungseigentümern trat er jedoch seine Gewährleistungsansprüche gegen die Bauhandwerker ab. Er erklärte sich bereit, auf Verlangen der Käufer für die Beseitigung etwaiger Mängel zu sorgen.

Der Kläger reichte am 31. Dezember 1964 eine Schlußrechnung über die nach seiner Behauptung von ihm erbrachten Leistungen für das Bauvorhaben ein. Unter Berücksichtigung der Abschlagszahlungen des Beklagten ergab sich daraus eine noch offene Werklohnforderung von 57.501,45 DM. Diese - nebst Zinsen - hat er eingeklagt, jedoch im ersten Rechtszug einen Betrag von 3.942,61 DM fallen lassen.

Der Beklagte hält die vom Kläger geltend gemachte Restwerklohnforderung nicht für begründet, da der Kläger nicht alle berechneten Leistungen tatsächlich erbracht habe und das Bauwerk Mängel aufweise, deren Beseitigung er vom Kläger verlange.

Hilfsweise begehrt er, ihn nur zu verurteilen, an den Kläger den nach Abzug der Minderleistungen errechneten Betrag zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen die Beseitigung von Mängeln durch den Kläger, die die Fundamente, die Dehnungsfuge zwischen den Gebäudeteilen, die Kellerhaustreppen und die Balkonbrüstungen betreffen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen dem Kläger einen Betrag von 40.468,35 DM nebst Zinsen zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision will der Beklagte die Abweisung der Klage, hilfsweise die begehrte Zug-um Zug-Verurteilung erreichen. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht behandelt unter II seiner Entscheidungsgründe die Positionen der Schlußrechnung des Klägers, bei denen am Ende des ersten Rechtzuges zwischen den Parteien noch streitig war, ob überhaupt und in welcher Höhe ihr Ansatz berechtigt war.

1. Es führt aus, die Begründung des Landgerichts zu den Positionen 4b (Baustahl für die Fundamente),

5 (Kellermauerwerk), 7 (Sockelverklinkerung), 9 (Kellerinnenwände), 11 (Viertelsteinige Wände), 56 (Heizkesselsockel) und 61 (Durchbrüche durch Mauerwerk und Beton), sei in der Berufungsbegründung nicht in einer den Anforderungen des § 519 Abs. 2 Nr. 3 ZPO entsprechenden Weise angegriffen worden. Diese Auffassung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, denn die Berufungsbegründung enthält wegen dieser vom Landgericht ganz oder teilweise zugesprochenen Forderungsbeträge keine konkreten Angriffe (BGHZ 22, 272, 278).

Die insoweit erhobenen Verfahrensrügen sind unbegründet.

2. Selbst wenn man in den Ausführungen der Berufungsbegründung, was die Positionen 20 (senkrechte Isolierung), 37 (Treppenläufe, Podeste und Kragplatten) und 46 (Außenputz) der Schlußrechnung betrifft, eine den Anforderungen des § 519 Abs. 2 Nr. 3 ZPO entsprechende Begründung sehen will, wie es das Berufungsgericht ersichtlich tut, so ist seine zu diesen Positionen vorgenommene Beweiswürdigung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es kann auch keine Rede davon sein, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt. Es ist vielmehr davon ausgegangen, daß der Kläger zu beweisen hat, daß von ihm die Leistungen, deren Bezahlung er begehrt, erbracht worden sind.

3. Das Berufungsgericht sieht auch die Position 43 (Innenputz der Wände) durch die Berufungsbe-

gründung nicht als angegriffen an (§ 519 Abs. 2 Nr. 3 ZPO). Es ist zwar richtig, daß die Berufungsbegründung zu dieser Position keine ausdrücklichen Angriffe gegen die Ausführungen des landgerichtlichen Urteils enthält. Die Berechtigung ihres Ansatzes in der vom Landgericht zugesprochenen Höhe ist aber in der Berufungsbegründung in anderem Zusammenhang angegriffen worden, wie zu II darzulegen sein wird.

II.

Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte habe nicht schlüssig vorgetragen, daß er mit dem an den Bauunternehmer J. [REDACTED] gezahlten Betrag von 11.146,33 DM aufrechnen könne. Er habe nicht schlüssig behauptet, daß die Firma J. [REDACTED] Arbeiten ausgeführt habe, die der Kläger als eigene Leistungen berechnet habe oder die nur deshalb erforderlich geworden seien, weil der Kläger die Arbeiten unberechtigt abgebrochen habe. In der Berufungsbegründung habe der Beklagte zwar ausgeführt, die Rechnungen der Firma J. [REDACTED] (HA 179-184) beträfen die Positionen

- 14 (Decken und Wände weissen),
- 16 (Unterbeton-Keller-),
- 21 (162 Stufen verlegen),
- 22 (25 Stufen liefern und verlegen),
- 31 (Schornsteinmauerwerk),
- 41 (60 Stützhaken für Kellertüren),
- 42 (30 Schießösen für Kellertüren),
- 43 (Innenwandputz)

der Schlußrechnung des Klägers. Dieser sei aber durch richterliche Verfügung darauf aufmerksam gemacht worden, daß diese Positionen in dem von ihm eingereichten Privatgutachten R[REDACTED] voll anerkannt worden seien. Darin liege zwar kein Geständnis i.S. von § 288 ZPO, der Beklagte hätte aber bis zum Verhandlungstermin dartun müssen, wie es dazu gekommen sei, daß die genannten Positionen im ersten Rechtszuge voll anerkannt wurden, obwohl zu anderen substantiierte Einwendungen gemacht worden seien. Seine Behauptung, der Kläger habe Arbeiten berechnet, die später die Firma J[REDACTED] ausgeführt habe, sei daher unschlüssig.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Es ist schon nicht richtig, daß der Beklagte die genannten Positionen im ersten Rechtszug sämtlich nicht bestritten hatte. Seiner Klageerwiderung hatte er als Anlage 2 eine von ihm selbst gefertigte Aufstellung (HA Hülle Bl. 21) zu der Schlußrechnung des Klägers beigelegt, in der zu den einzelnen Positionen Stellung genommen worden war. Es handelte sich dabei nicht um das von dem Baumeister Rohde erstattete Gutachten vom 6. Januar 1964. In jener Stellungnahme stimmten die Ansätze zu den Pos. 14, 16, 21, 22, 41 und 42 zwar mit denen in der Schlußrechnung überein, und der Beklagte hatte im Schriftsatz vom 16. Oktober 1967 erklärt, daß er zu diesen Positionen keine Einwendungen erhebe (HA 79, 80). Hinsichtlich der Pos. 31 war aber der Umfang der ausgeführten Massen (nicht 24,55 cbm - sondern nur 19,20 cbm) bestritten worden. Das Landgericht hat dann auch nur

19,20 cbm als ausgeführt angesehen. Zur Pos. 43 hatte der Beklagte vorgebracht, bei der Berechnung der Innenputzflächen fehlten die Abzüge für die Fliesen in Küchen und Bädern. Nachdem der Sachverständige Lo [REDACTED] dafür einen berechtigten Abzug von 2.383,08 DM angesetzt und der Kläger diesen anerkannt hatte, hat das Landgericht dem Kläger den verbleibenden Restbetrag (20.751,25 DM abzüglich 2.383,08 DM) zugesprochen.

2. Schon im ersten Rechtszug hatte der Beklagte ferner unter Vorlage der Rechnungen vorgetragen, er habe an die Firma J [REDACTED] 11.146,33 DM zahlen müssen, weil er infolge der Weigerung des Klägers, die Bauarbeiten fortzuführen, diese durch die genannte Firma habe fertigstellen lassen müssen. Es habe sich dabei im wesentlichen um Putz- und Stenmarbeiten gehandelt (HA 176/177). Daher seien die nachträglich vom Kläger aufgestellten Massenberechnungen falsch, weil diese Arbeiten teilweise überhaupt nicht vom Kläger fertiggestellt seien. Der Beklagte hat dann in der Berufungsbegründung spezifiziert, welche Arbeiten, die der Kläger vergütet verlangt, in Wirklichkeit der Bauunternehmer J [REDACTED] ausgeführt habe und die Aufrechnung erklärt.

Nach dem Vortrag des Beklagten betreffen die von der Firma J [REDACTED] berechneten Arbeiten folgendes:

- zu Pos. 14 Teilweises Nachweißen der Kellerräume
- 16 Unterbeton im Keller fertiggestellt
- 21 Treppenstufen teilweise verfugen
- 22 Kellertreppen verfugen und festlegen

zu Pos. 51 mehrere Entlüftungsschornsteine von Betonresten reinigen

41/42 eine Reihe von Schießösen und Stützhaken einmauern

43 ein Treppenhaus hat noch ganz verputzt werden müssen, zwei Treppenhäuser waren noch teilweise zu verputzen; alle Nachputzarbeiten an den Treppenhäusern waren noch vorzunehmen, in 24 Küchen und Bädern haben die Fliesen ausgeputzt werden müssen, sämtliche Türleisten und Fußleisten haben angeputzt werden müssen; die sonstigen anfallenden Nachputzarbeiten in 24 Wohnungen und Bädern haben nachgeholt werden müssen.

Diese Behauptungen hatte der Beklagte unter Zeugenbeweis gestellt und zudem unter Sachverständigenbeweis, daß es sich bei den Arbeiten um solche handle, die dem Kläger nicht gesondert vergütet worden wären, wenn er die Arbeiten vertragsgemäß zu Ende geführt hätte, da sie in dem vereinbarten Preis pro qm bzw. cbm lägen.

3. Es ist verfehlt, wenn das Berufungsgericht in diesem Vorbringen des Beklagten keinen schlüssigen Vortrag sieht. Der Beklagte hatte vielmehr damit behauptet, daß bestimmte vom Kläger berechnete Leistungen tatsächlich nicht von ihm erbracht worden seien, zum anderen hatte er damit vorgetragen, daß der Bauunternehmer J. [REDACTED] Leistungen erbracht habe, die der Kläger noch im Rahmen des vereinbarten und berechneten Einheitspreises hätte erbringen müssen. Wenn das richtig ist, dann kann der Kläger bei den hier genann-

ten Positionen nicht die Beträge verlangen, die er in seiner Schlußrechnung angesetzt hat. Soweit die Ausführung der an den Bauunternehmer J. im Stundenlohn vergebenen Arbeiten dann teurer geworden ist, als wenn sie der Kläger ausgeführt hätte, kann der Beklagte allerdings diese Mehrbeträge nur dann dem Kläger in Rechnung stellen, wenn dieser aus von ihm zu vertretenden Gründen die Fortführung der Arbeiten verweigert hat. Auch nur insoweit handelt es sich um eine Aufrechnung gegenüber der Werklohnforderung des Klägers. Im übrigen hätte der Kläger zuviel gefordert, so daß insoweit der Beklagte mit seinem Vorbringen die Klageforderung leugnet.

Die Gründe, die zur Arbeitseinstellung durch den Kläger geführt haben, sind zwischen den Parteien streitig. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen.

4. Das Berufungsgericht hätte den Beweisanträgen des Beklagten (HA 325, 326) nachgehen müssen. Es konnte unter Außerachtlassung dieser Beweisanträge die Berechtigung der Ansätze zu diesen Positionen auch nicht schon durch das nachträglich vom Zeugen Kühne vorgenommene Aufmaß als bewiesen ansehen.

5. Hiernach kann das Berufungsurteil nicht von Bestand bleiben, soweit der Beklagte zur Zahlung eines restlichen Werklohnes von mehr als 29.322,02 DM (40.468,35 DM abzüglich 11.146,33 DM) nebst Zinsen verurteilt ist.

Bei der erneuten Prüfung wird festzustellen sein, welche der zu diesen Positionen in der Schlußrechnung des Klägers enthaltenden Leistungen die Firma J[REDACTED] ausgeführt hat und ob der Beklagte die teurere Ausführung durch die Firma J[REDACTED] dem Kläger etwa deshalb anlasten kann, weil dieser unberechtigt die Arbeiten eingestellt hat. Es wird sich zwar dabei insgesamt nicht um den angesetzten Betrag von 11.146,33 DM handeln können, denn in den Rechnungen der Firma J[REDACTED] sind ersichtlich auch Arbeiten enthalten, die mit den erwähnten Positionen nichts zu tun haben (z.B. Regenwasserkanal, Öltankarbeiten, Zuganker im Dachstuhl, Briefkästen-Anbringen, Buntplattenverlegen). Es läßt sich aus den Rechnungen aber nicht ersehen, welche Beträge auf solche Arbeiten entfallen.

Wegen der vorbehaltlosen Verurteilung bis zu dem Betrag von 29.322,02 DM nebst Zinsen ist die Revision dagegen aus den unter I genannten Gründen zurückzuweisen.

III.

Nach dem Vorbringen des Beklagten weist die vom Kläger erbrachte Bauleistung Mängel auf. Der Beklagte hält die Klageforderung - abgesehen von seinen Beanstandungen zu einzelnen Positionen der Schlußrechnung (vgl. unter I und II) - nicht für gerechtfertigt, solange diese Mängel nicht beseitigt sind. Hilfsweise begehrt er, daß seine Verurteilung zur Zahlung des sich nach Abzug der Minderleistungen des Klägers ergebenden Werklohnes nur Zug um Zug gegen Beseitigung dieser Mängel erfolgt.

1. Das Berufungsgericht hat dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht abgesprochen, weil er sachlich nicht befugt sei, die Mängelbeseitigung geltend zu machen. Er habe seine Mängelbeseitigungsansprüche an die Wohnungseigentümer abgetreten. Eine Rückabtretung sei nicht nachgewiesen. Auch wenn die Wohnungseigentümer den Beklagten beauftragt hätten, für die Beseitigung der Mängel zu sorgen, so könne er daraus kein Leistungsverweigerungsrecht herleiten; eine solche pauschal erteilte Befugnis könne nicht dahin gedeutet werden, diese hätten sich bedingungslos bereit erklärt, daß alle Arbeiten, die der Beklagte für erforderlich halte, ausgeführt werden sollten.

2. Diese Auffassung berücksichtigt folgendes nicht.

a) Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird (§ 320 BGB). Danach hat auch der Besteller eines Werkes dem Unternehmer die Vergütung nur Zug um Zug gegen Ablieferung des mangelfreien Werkes zu entrichten (vgl. § 641 BGB).

Diese dem Besteller zustehende Einrede des nicht erfüllten Vertrages wird nicht dadurch berührt, daß der Unternehmer das Werk einem Dritten abzuliefern hat, dem der Besteller seine Forderung abgetreten hat (vgl. Staudinger, 11. Aufl. § 320 BGB, Anm. 12; RGRK, 11. Aufl. § 320 BGB,

DN

Anm. 3; § 398 BGB, Anm. 16; RGZ 88, 254). Es kommt hiernach im vorliegenden Fall darauf an, ob auch die von dem Beklagten geforderte Mängelbeseitigung als "Gegenleistung" des Klägers im Sinne des § 320 BGB anzusehen ist.

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien für den Bauvertrag die Anwendbarkeit der Bestimmungen der Verdingungsordnung für Bauleistungen - Teil B - vereinbart. Die Mängelbeseitigungsansprüche können sich daher aus § 4 Nr. 7 oder aus § 13 Nr. 5 VOB (B) ergeben, je nachdem ob der Beklagte die Werkleistung des Klägers abgenommen hat oder nicht. Nach dem Berufungsurteil "wurde das Gebäude vom Beklagten nicht abgenommen". Ob damit gesagt sein soll, daß er auch die - unvollendete und angeblich mangelhafte - Werkleistung des Klägers nicht abgenommen hat, geht hieraus nicht eindeutig hervor. Die Abnahme könnte sich trotz der Feststellung des Berufungsgerichts nach § 12 Nr. 5 VOB (B) vollzogen haben, da der Kläger dem Beklagten seine Schlußrechnung übersandt und dieser überdies das Haus im Januar 1965 hat beziehen lassen. Doch kommt es hierauf nicht an.

c) Wenn die Bauleistung nicht als abgenommen gilt, dann hatte der Kläger gemäß § 4 Nr. 7 VOB (B) die Verpflichtung, die schon während der Ausführung als mangelhaft oder vertragswidrig erkannten Leistungen auf seine Kosten durch mangelfreie zu ersetzen. Dabei handelt es sich um einen Erfüllungs-

anspruch des Beklagten, denn dieser hatte einen Anspruch auf Erstellung eines mangelfreien Bauwerks, den er nach § 4 Nr. 7 VOB (B) bereits vor der Abnahme geltend machen konnte (vgl. Ingenstau-Korbion, VOB, 5. Aufl. § 4 VOB (B), Rdn. 144). Es besteht kein Zweifel daran, daß der Beklagte diesen Erfüllungsanspruch gegenüber der Werklohnforderung des Klägers einredeweise gemäß § 320 BGB geltend machen kann.

d) Nach der Abnahme des Bauwerks richten sich die Nachbesserungsansprüche des Auftraggebers nach § 13 Nr. 5 VOB (B). Es kann dahinstehen, ob durch die Abnahme schon vorher begründete Ansprüche aus § 4 Nr. 7 VOB (B) berührt werden oder sich etwa in solche nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) umwandeln (vgl. dazu BGH NJW 1971, 99, 100). Denn auch der Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) gewährt gegenüber dem Werklohnanspruch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Für den Mängelbeseitigungsanspruch nach § 633 Abs. 2 BGB ist dies schon früher entschieden worden (BGHZ 26, 337, 339; vgl. Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrage, S. 177-187). Dabei wurde darauf hingewiesen, daß der Nachbesserungsanspruch kein Gewährleistungs-, sondern ein echter Erfüllungsanspruch sei.

Aber auch für den Mängelbeseitigungsanspruch nach § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) gilt im Ergebnis nichts anderes. Es bedarf dabei keiner Entscheidung, ob der Anspruch auf Mängelbeseitigung aus § 13 Nr. 5

Abs. 1 VOB (B) ebenfalls als Erfüllungsanspruch (vgl. BGH LM Nr. 2, 7 zu § 13 VOB (B)) oder im Gegensatz zu der Rechtslage nach § 633 Abs. 2 BGB als reiner Gewährleistungsanspruch (vgl. Hereth NJW 1959, 483, 484; Schmalzl NJW 1965, 129, 134; Wussow NJW 1967, 953, 954; Herding-Schmalzl, Vertragsgestaltung und Haftung im Bauwesen, 2. Aufl. S. 484; vgl. dazu auch BGHZ 42, 232, 233; Heimann-Trosien WM 1968, 1002, 1006) oder sowohl als Erfüllungs - als auch Gewährleistungsanspruch (vgl. Heyers BauR. 1970, 135, 139; so wohl auch Ingenstau-Korbion, aaO § 13 VOB (B), Rdn. 69) anzusehen ist. Jedenfalls ist der Mängelbeseitigungsanspruch aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 VOB (B) dem auf die Mängelbeseitigung eingeschränkten Erfüllungsanspruch aus § 633 Abs. 2 BGB so ähnlich, daß keine Bedenken bestehen, auch bei seinem Vorliegen dem Bauherrn ein Leistungsverweigerungsrecht einzuräumen. Durch die in der VOB (§ 13 Nr. 5 Abs. 1) erfolgte Regelung soll der Bauherr gegenüber dem Verlangen des Bauunternehmers auf Zahlung des Werklohnes nicht schlechter gestellt werden, als es bei der gesetzlichen Regelung (§ 633 Abs. 2 BGB) der Fall ist.

e) Nach alledem hat der Beklagte, obwohl er seine Mängelansprüche abgetreten hat, die eingeklagte Werklohnforderung nur Zug um Zug gegen Beseitigung vorhandener Mängel zu bezahlen. Jede andere Auffassung würde zu dem ungereimten Ergebnis führen, daß der Bauunternehmer, dessen Leistung mangelhaft ist, von dem Bauherrn die volle Bezahlung seines Werklohnes verlangen könnte, ohne daß

dieser nur Zug um Zug gegen Beseitigung der Mängel zu zahlen hätte, nur weil er die Gewährleistungsansprüche abgetreten hat. Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche kann - jedenfalls soweit es den Anspruch auf Nachbesserung betrifft - im Verhältnis zwischen Bauunternehmer und Bauherrn nur dann eine Rolle spielen, wenn der Bauherr, der diese Ansprüche abgetreten hat, seinerseits im Wege der Klage oder Widerklage die Mängelbeseitigung verlangen würde. Das könnte er allerdings nur dann tun, wenn ihm entweder dieser Mängelbeseitigungsanspruch zurückabgetreten oder wenn er zu seiner Geltendmachung wirksam ermächtigt worden wäre (vgl. BGH VII ZR 31/67 vom 17. April 1969 Schäfer-Finnern Z. 4. 10 Bl. 16).

Hier kommt hinsichtlich der geltend gemachten Mängel - bis auf die angeblich mangelhafte Fundamentierung - noch hinzu, daß sich der Kläger in dem am 13. Januar 1964 in dem Verfahren 17 G 41/63 des AG Braunschweig abgeschlossenen Vergleich gegenüber dem Beklagten ausdrücklich verpflichtet hatte, diese im Gutachten des Sachverständigen R. [REDACTED] vom 6. Januar 1964 angeführten Mängel unverzüglich zu beseitigen. Die Erfüllung dieser Verpflichtung ist auch nicht dadurch unmöglich geworden, daß der Beklagte nicht mehr Eigentümer des Grundstücks ist.

f) Es braucht daher auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten und auf die dazu erhobenen Rügen der Revision nicht eingegangen zu werden, da dem Beklagten das Leistungsverweigerungsrecht unbeschadet der vorgenommenen Abtretung zusteht.

Es ist jedoch nur dann gegeben, wenn tatsächlich die behaupteten Mängel vorliegen und sich hinsichtlich dieser Mängel eine Nachbesserungspflicht des Klägers ergibt. Das Landgericht hatte dazu Ausführungen gemacht, die jedoch das Berufungsgericht nicht übernommen hat. Seine Ausführungen enthalten keine Feststellungen, ob die Mängel bestehen und ob sie der Kläger zu beseitigen hat.

3. Soweit das Berufungsgericht dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 320 BGB) versagt hat, kann das angefochtene Urteil daher nicht von Bestand bleiben. Dieses Leistungsverweigerungsrecht ist gegenüber der gesamten dem Kläger zugesprochenen Werklohnforderung gegeben, denn der Beklagte hat unbestritten vorgetragen, daß die Aufwendungen für die Mängelbeseitigung diesen Werklohnanspruch übersteigen. Das Berufungsgericht wird bei der neuen Verhandlung und Entscheidung zu prüfen haben, ob die behaupteten Mängel bestehen und inwieweit der Kläger verpflichtet ist, diese zu beseitigen.

IV.

Das angefochtene Urteil ist somit im Kostenpunkt aufzuheben und insoweit, als es die Berufung des Beklagten gegen das landgerichtliche Urteil zurückgewiesen hat hinsichtlich der Verurteilung zur Zahlung von mehr als 29.322,02 DM nebst Zinsen (vgl. unter II 5) und hinsichtlich der Verurteilung des Beklagten ohne Rücksicht auf das von ihm geltend ge-

machte Leistungsverweigerungsrecht zur Zahlung von 40.468,35 DM nebst Zinsen (vgl. unter III). Im übrigen ist seine Revision zurückzuweisen (vgl. I, II 5).

In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Senat hat dabei von der ihm nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO gegebenen Befugnis Gebrauch gemacht.

Glanzmann

Rietschel

Vogt

Finke

Schmidt