

BUNDESGERICHTSHOF

079

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 70/71

URTEIL

Verkündet am

18. Januar 1973

Horn,
Amtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma I- und F-gesellschaft
mbH & Co, Bauverwaltungs-KG, vertreten durch ihre persön-
lich haftende Gesellschafterin, die E Bauverwaltungs-
GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Joachim
E, H, O-Str.,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

-Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Prof. Dr. und Prof. Dr. -

gegen

den Kaufmann Hans H. W, B,
T-str.,

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Januar 1973
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter
Erbel, Schmidt, Meise und Dr. Recken

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Teilurteil des 16. Zivilsenats des Kammer-
gerichts in Berlin vom 11. Februar 1971
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als:

- 1) die Beklagte zur Zahlung von mehr als
43.537,37 DM nebst Zinsen verurteilt
worden ist,
- 2) ihr die Einrede des nicht erfüllten Ver-
trages versagt worden ist wegen der von
ihr behaupteten Mängel, wie sie im Tatbe-
stand des Berufungsurteils S. 16 bis 19
zu Nr. 1 a), 3 c), 10 h), 11 c), 11 g),
14 l), 15 a) und b) aufgeführt sind.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Ver-
handlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.
Die Entscheidung über die Kosten der Revision
wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Gemäß Vertrag vom 31. Oktober 1967 errichtete der Kläger in B██████████, B██████████straße██████████, nach den Plänen einer Architektengemeinschaft als Generalunternehmer im Namen und für Rechnung der Beklagten ein Geschäfts- und Wohnhaus. Die Parteien hatten einen Festpreis von 764.573,40 DM vereinbart. Der Kläger hat eine Restwerklohnforderung von 64.672,99 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang, das Kammergericht - durch Teilurteil - in Höhe von 45.242,37 DM nebst Zinsen stattgegeben. Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten, die der Kläger zurückzuweisen bittet.

Entscheidungsgründe:

Im Revisionsverfahren steht außer Streit, daß die Restforderung des Beklagten 64.672,99 DM beträgt und fällig ist. Zu entscheiden ist über von der Beklagten zur Aufrechnung gestellte und vom Berufungsgericht für unbegründet erachtete Gegenforderungen sowie über das von der Beklagten geltend gemachte Leistungsverweigerungsrecht.

I. Die Flächengröße der Räume

soll nach der Behauptung der Beklagten in den Läden 9,39 m², in den Büros 4,71 m² und in den Wohnungen insgesamt 7,10 m² kleiner sein als im Vertrag festgelegt. Hieraus errechnet die Beklagte einen Mindererlös



an Mieten in 20 Jahren von mindestens 50.000 DM.

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß der Umfang der vom Kläger zu dem vereinbarten Festpreis geschuldeten Leistungen sich nach den Unterlagen richtet, die bei Vertragsschluß vorlagen.

In § 3 des Vertrags ist zunächst der Festpreis von 764.573.40 DM festgelegt. Im letzten Absatz sind die dafür geschuldeten Leistungen umschrieben. Dabei wird u.a. auf einen vom Kläger erstellten Prospekt verwiesen, worunter das "Angebot zur Übernahme von Kommanditanteilen" zu verstehen ist. Dieses Angebot ist ebenfalls zum Bestandteil des Vertrags erklärt, und zwar mit den Änderungen, die sich "aus der gleichfalls als Anlage beigefügten neuen Fassung der Baubeschreibung durch die Architekten..... ergeben". Unter Ziff. 6 des Angebots sind die Flächen der Läden, der Büros und der Wohnungen und die vorgesehenen Mieterträge aufgeführt. Von diesen Flächen geht das Berufungsgericht aus; es stellt fest, daß die Gesamtnutzfläche des Hauses sogar größer ausgefallen ist.

Der Ansicht der Beklagten, die mit dem Baugesuch eingereichten, erst nach Vertragsschluß angefertigten Zeichnungen seien maßgebend, weil nach § 1 Abs. 3 des Vertrags "die Pläne und die dazu gehörige Baubeschreibung" einen wesentlichen Bestandteil des Vertrags bildeten, folgt das Berufungsgericht nicht. Es stellt darauf ab, daß die Zeichnungen zum Baugesuch erst nach Vertragsschluß angefertigt und dann mehrfach geändert worden sind.

Die Auslegung der §§ 1 und 3 des Vertrags durch das Berufungsgericht bindet das Revisionsgericht, da sie einen Rechtsfehler nicht erkennen läßt. Die Erwägung des Berufungsgerichts, daß der Umfang der vom Kläger zu einem Festpreis übernommenen Leistungen durch die dem Vertrag bei dessen Abschluß zugrunde gelegten Unterlagen bestimmt sind, und nicht durch hiervon abweichende spätere Zeichnungen, ist überzeugend. Maßgebend für den Umfang der geschuldeten Leistungen ist § 3 des Vertrags. In ihm ist der Höchstpreis festgelegt.

II. Die Garagen und Einstellplätze

konnten nach der Behauptung der Beklagten erst später vermietet werden, weil der für deren Benutzung erforderliche Lastenfahrstuhl wegen einiger Mängel vom Technischen Überwachungsverein zunächst nicht abgenommen wurde.

Das Berufungsgericht hat das Beweiserbieten der Beklagten zur Begründung ihrer Schadensersatzforderung wegen Ausfalls von Mieten für Einstellplätze von 330.- DM und für Garagen von 1.600.-- DM gemäß § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen, weil es in der ersten Instanz hätte geltend gemacht werden können und seine Berücksichtigung im Berufungsverfahren die Entscheidung verzögert haben würde.

1. Darin sieht die Revision mit Recht einen Verfahrensverstoß. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vernehmung der Mieter darüber, daß sie beim Einzug die Garagen und Einstellplätze gemietet hätten, wenn

diese benutzbar gewesen wären, zu einem späteren Erlaß des angefochtenen Urteils geführt hätte. Die in der Berufungsbegründung benannten Mieter konnten gemäß § 272 b ZPO schon zu dem am 21. Juli 1970 auf den 9. November 1970 anberaumten ersten Verhandlungstermin geladen und darin vernommen werden. Der zur Vernehmung der Zeugen erforderliche Zeitaufwand kann für sich allein nicht als eine beachtliche Verzögerung im Sinne des § 529 Abs. 2 Satz 1 ZPO gelten (LM Nr. 2 zu § 272 b ZPO). Das Berufungsgericht führt keine sonstigen Umstände an und es sind auch keine ersichtlich, die einer Vernehmung der Zeugen im ersten Termin entgegengestanden hätten. Zudem wurde am 9. November 1970 neuer Verhandlungstermin auf den 21. Januar 1971 anberaumt, womit sich eine weitere Gelegenheit zur Vernehmung der Zeugen ergab, ehe das Teilurteil am 11. Februar 1971 verkündet wurde.

2. In einer Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht jedoch aus, die Schadensersatzforderung von 1.600.-- DM wegen entgangener Garagenmieten sei zum Teil auch nicht schlüssig dargelegt.

a) Hinsichtlich eines Betrages von 520.-- DM vermißt es die Behauptung der Beklagten, daß die Mieter K. und N., die ab November 1968 bzw. ab August 1969 das Haus bewohnen und seit der Freigabe des Autolifts im Oktober 1969 Garagenmiete zahlen, auch schon vor Oktober 1969 Garagen gemietet hätten, wenn der Autolift früher in Betrieb gewesen wäre. Es sei gerichtsbekannt, daß Mieter wegen der mit dem Bezug einer neuen Wohnung verbundenen Ausgaben vielfach eine Garage erst später mieten.

Der Revision ist zuzugeben, daß es einen solchen allgemeingültigen Erfahrungssatz nicht gibt. Jedenfalls kann er zur Begründung der Entscheidung nicht herangezogen werden, denn es kommt auf den einzelnen Mieter an, ob er sich sofort beim Einzug auch eine ihm bereitgestellte Garage sichern will. Daß die Einstellplätze bei rechtzeitiger Fertigstellung des Autolifts von den Mietern sogleich beim Einzug gemietet worden wären, hat die Beklagte ausdrücklich behauptet und durch die Mieter unter Beweis gestellt (Berufungsbegründung S. 10). Ersichtlich sollte dies auch für die Mieter der Garagen gesagt sein, wie sich aus der Berufungsbegründung ergibt. Die Hilfsbegründung des Berufungsgerichts ist somit insoweit nicht haltbar.

b) Zu Recht dagegen hält das Berufungsgericht für nicht schlüssig dargelegt den Ausfall an Garagenmieten ab November 1969, da die Beklagte selbst vorträgt, daß der Autolift im Oktober 1969 betriebsfertig war. Dies betrifft die Novembermiete des Mieters R. [REDACTED] und die Mieten der Firma N. [REDACTED] & Söhne von November 1969 bis Februar 1970 und somit bei einer Monatsmiete von 45.- DM für eine Garage einen Betrag von insgesamt (1 x 45 und 4 x 45 =) 225.-- DM (nicht, wie es im angefochtenen Urteil auf Grund eines offensichtlichen Schreibfehlers heißt - 252.- DM).

3. Das angefochtene Urteil wird somit, soweit es die Gegenforderung wegen Ausfalls von Mieten für die Abstellplätze und die Garagen von insgesamt 330.- DM + 1.600.- DM = 1.930.- DM nicht berücksichtigt, durch den Verstoß gegen § 529 ZPO nur in Höhe von 1.930.- DM - 225.- DM = 1.705.- DM berührt.

III. Die verspätete Gebrauchsabnahme

des Gebäudes soll nach der Behauptung des Beklagten durch eine vom Kläger zu vertretende Verzögerung in der Fertigstellung bedingt sein und Zinsverluste zur Folge gehabt haben. Ihr seien vom 1. Oktober 1968 bis 4. November 1969 Mietzuschüsse von monatlich 854,17 DM entgangen, weshalb sie 630,60 DM Zinsen habe aufwenden müssen. Da ihr ein WBK-Darlehen von 9.000.- DM statt am 1. Oktober 1968 erst am 30. Oktober 1969 ausbezahlt worden sei, habe sie für einen Zwischenkredit 866,75 DM Zinsen zahlen müssen. Ein Darlehen der I [REDACTED] von 170.000.- DM habe sie statt am 1. Oktober 1968 erst am 21. März 1969 erhalten; dadurch seien ihr 2.687,50 DM Mehrkosten an Zinsen erwachsen.

1. Das Berufungsgericht hält auch diese Schadensersatzforderungen nicht für schlüssig dargelegt. Die Beklagte trage nicht vor, daß die verspätete Gebrauchsabnahme, deretwegen die WBK nicht früher gezahlt habe, einen anderen Grund gehabt habe als den sich nach dem Sachverhalt aufdrängenden, daß nämlich im 5. Obergeschoß statt der vorgesehenen Waschküche ein Penthouse errichtet worden ist. Aus der dadurch bedingten späteren Gebrauchsabnahme des ganzen Gebäudes könne die Beklagte nach Treu und Glauben nichts gegen den Kläger herleiten, weil der Versuch, die Gebrauchsabnahme des Hauses mit dem zusätzliche Miete einbringenden Penthouse anstelle der Waschküche herbeizuführen, ihrem Interesse entsprochen habe. Die Beklagte nenne auch sehr unterschiedliche Zeitpunkte für die Auszahlung der WBK-Zuschüsse und des WBK-Darlehens, so daß nicht erkennbar sei, inwiefern alle Auszahlungen durch die verspätete Gebrauchsabnahme verzögert seien.

2. Die Revision bekämpft die Ansicht des Berufungsgerichts, die Gebrauchsabnahme sei infolge des Einbaues des Penthouse verzögert worden. Ihre Rüge, das Berufungsgericht habe dabei wesentliche Umstände nicht beachtet, ist jedoch unbegründet.

a) Die Revision weist daraufhin, das Berufungsgericht gehe selbst davon aus, daß die Atelierwohnung bereits im "Prospekt" erwähnt und somit von Anfang an vorgesehen gewesen sei. Das Berufungsgericht stellt jedoch auch fest, daß der in § 2 des Vertrags für die Fertigstellung des Hauses vorgesehene Termin vom 1. September 1968 nicht für das Penthouse gegolten habe. Aus dem von der Revision angeführten Schreiben der Architekten vom 5. September 1968 ergibt sich nicht, daß der darin genannte Bezugstermin "ca. 15.10.1968" auch für das Penthouse gelten sollte. Dagegen hat der Kläger in seinem Schreiben vom 8. Oktober 1968 das Penthouse ausdrücklich von den darin genannten Bezugsterminen ausgenommen, womit der von den Architekten im Schreiben vom selben Tag für das Penthouse genannte Einzugsstermin vom 1. November 1968 gegenstandslos geworden war.

b) Der Kläger hat im Schriftsatz vom 25. November 1969 behauptet, der Geschäftsführer der Beklagten habe sich anlässlich einer Baubegehung am 11. März 1969 entschlossen, den als Waschküche bereits abgenommenen Raum im 5. Obergeschoß in ein Penthouse umzubauen. In ihrem von der Beklagten vorgelegten Schreiben vom 2. Mai 1969 haben die Architekten dem Bauaufsichtsamt mitgeteilt, die Mieter wollten keinen der hergestellten Kellerräume mieten, das Bauaufsichtsamt möge deshalb den Wasch- und Trockenraum für Wohnzwecke freigeben gegen Einbau eines Wasch- und Trockenraums im Keller. Dem Antrag wurde durch Bescheid vom 28. November 1969 entsprochen. Diese Umstände tragen die Fest-

stellung des Berufungsgerichts, durch den späteren Umbau der Waschküche in ein Penthouse sei die Gebrauchsabnahme verzögert worden.

c) Die für ihre Gegenforderung beweispflichtige Beklagte trägt nichts dafür vor, daß der Kläger den späteren Umbau der Waschküche in ein Penthouse zu vertreten hätte.

IV. Mietausfall von 2.240 DM + 1.050 DM

wegen verspäteter Fertigstellung des Penthouse hat die Beklagte aus den vom Berufungsgericht oben unter III behandelten, rechtlich nicht zu beanstandenden Gründen vom Kläger nicht zu beanspruchen.

V. Die Waschküche im Keller

soll 8.166,64 DM gekostet haben. Das Berufungsgericht versagt der Beklagten einen Anspruch auf Ersatz dieser Kosten, weil das Bauaufsichtsamt den Bau des Penthouse anstelle der Waschküche im 5. Obergeschoß nur unter der Auflage genehmigt habe, daß nachträglich eine Waschküche in den Keller eingebaut wurde.

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß dem Vertrag der Parteien nicht die Verpflichtung des Klägers zu entnehmen ist, diese nachträglich entstandenen Mehrkosten zu tragen. Die Revision weist auch keinen Sachvortrag nach, aus dem sich ergibt, daß der Kläger von vornherein die Waschküche im Keller hätte einplanen müssen. Das von der Revision auch in diesem Zusammenhang angeführte Baugesuch der Architekten vom 2. Mai 1969 ergibt vielmehr, daß die Unvermietbarkeit der Kellerräume der Grund

war, warum im 5. Obergeschoß anstelle der Waschküche das Penthouse errichtet wurde, was wiederum zu der Anordnung des Bauaufsichtsamtes führte, die Waschküche in den Keller zu verlegen.

VI. Kosten für die Feststellung von Mängeln

des Hauses in Höhe von 555.- DM kann die Beklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht ersetzt verlangen. Sie lege nicht dar, warum sie zu den von ihr zusammengestellten Mängeln Kostenanschläge der Grundbesitz-Verwaltungs-GmbH habe einholen müssen.

Die Beklagte hat zu dieser Forderung lediglich im Schriftsatz vom 11. Januar 1971 unter Vorlage einer Rechnung der Grundbesitz-Verwaltungs-GmbH vom 30. Dezember 1970 behauptet, sie habe den Betrag für die Feststellung der Mängel nach Fertigstellung des Gebäudes aufwenden müssen. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß damit der zur Aufrechnung gestellte Anspruch nicht schlüssig dargetan ist.

VII. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages

Die Beklagte hat hilfsweise beantragt, sie nur Zug um Zug gegen Behebung der im angefochtenen Urteil S. 16-19 aufgeführten Mängel durch den Kläger zu verurteilen (§ 320 BGB).

Hinsichtlich eines Teils der Mängel, die ihrer Art nach möglicherweise auch erst nach der Bezugsfertigkeit des Hauses entstanden sein konnten, vermißt das Berufungsgericht die Behauptung der Beklagten, daß sie bereits

vorhanden gewesen seien, als das Haus bezugsfertig wurde. Einen weiteren Teil der Mängel hält es nicht für ausreichend substantiiert. Zu den übrigen von der Beklagten behaupteten Mängeln - das ist bei weitem der größte Teil - hat das Berufungsgericht im angefochtenen Teilurteil noch keine Entscheidung getroffen. Es räumt der Beklagten das Recht ein, von dem von ihr dem Kläger geschuldeten Werklohn vorläufig 15.000 DM zurückzubehalten, um den Kläger zur Behebung der Mängel anzuhalten, falls sich seine Verpflichtung hierzu ergeben wird (§ 320 BGB).

1. Hinsichtlich der BU 16 - 19 unter Nr. 1 - 15 aufgeführten Mängel vermißt das Berufungsgericht, soweit es über sie entscheidet, die Behauptung der Beklagten, sie seien schon bei Bezugsfertigkeit des Hauses vorhanden gewesen. Die Angriffe der Revision hiergegen sind zum Teil begründet.

Nr. 1 Laden M

- a) Verkittung der Schaufensterscheibe
- c) Abdichten der Heizkörper

Zu a) hat die Beklagte im Schriftsatz vom 22. Oktober 1969 (S. 5) die Beanstandung der Mieterin M vom 9. Mai 1969 wiedergegeben, in der es heißt: "Die Schaufensterscheibe ist auch noch nicht verkittet". Die mit der Berufungsbegründung vorgelegte Erklärung der Mieterin vom 26. Februar 1970 enthält die gleiche Beanstandung. Damit war genügend klar gesagt, daß der Mangel schon bei der Bezugsfertigkeit des Hauses bestand.

Zu c) In der im Berufungsverfahren vorgelegten schriftlichen Beanstandung der Mieterin M. vom 26. Februar 1970 heißt es: "Heizkörper tropft". Daß dies schon beim Einzug der Fall war, hat die Beklagte nicht behauptet. Dem Berufungsgericht ist deshalb zuzustimmen, daß insofern ein schlüssiger Sachvortrag fehlt. Die Revision stellt die neue Behauptung auf, es fehlten zwei Flammcorosetten; vom Tropfen des Heizkörpers spricht sie nicht mehr.

Nr. 2 a Penthouse

lautet: "Auswechslung der Scheiben in den Wohnzimmer- und Toilettenfenstern". In der schriftlichen Erklärung des Mieters D. heißt es hierzu: "Die Wohn- und Toilettenfenster sind zerkratzt." Daß das Berufungsgericht darin keinen ausreichenden Sachvortrag sieht, kann umso weniger beanstandet werden, als der Kläger im Schriftsatz vom 15. Januar 1971 behauptet hat, der Mieter D. sei später eingezogen, vom Vermieter liege keine Reklamation vor. In der Revisionsbegründung, in der die Beklagte erklärt, was sie im Berufungsverfahren auf den Schriftsatz des Klägers vom 15. Januar 1971 geantwortet hätte, wenn sie dazu noch Gelegenheit gehabt hätte, wird nicht bestritten, daß D. nicht der erste Mieter des Penthouse war.

Zu Nr. 3 c: Wohnung N.

hat die Beklagte im Berufungsverfahren die schriftliche Erklärung des Mieters N. vorgelegt, in der es u.a. heißt: "Eine Fensterscheibe war schon beim Einzug kaputt und muß ausgewechselt werden" (GA 100). Damit war die vom Berufungsgericht vermißte schlüssige Behauptung aufgestellt.

Nr. 6: Wohnung Wi [REDACTED]

a) Die Revision trägt vor, daß die Küchentür inzwischen gestrichen wurde; der Mangel ist somit behoben.

b) Die Behauptung der Revision, es fehlten Heizkörperrosetten, ist neu und kann deshalb im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden. Daß Heizkörper undicht seien, behauptet die Revision nicht mehr.

Nr. 8: Wohnung Ha [REDACTED]

e) Der Mangel am Wasserhahn ist laut Revisionsbegründung inzwischen behoben worden.

n) Das gleiche gilt für die Beanstandung der Heizung im Schlafzimmer.

Nr. 10: Wohnung W [REDACTED]

h) Die Revision weist zutreffend daraufhin, der Architekt habe während der Baubesichtigung am 11. März 1969 (Mappe Anlage 13 S. 8, f) anerkannt, daß die Fußbodenfliesen im Bad verschmutzt seien und habe Nachbesserung zugesagt. Die Niederschrift über die Baubesichtigung vom 11. März 1969 hat die Beklagte zu den Akten gereicht (GA 129, 133). Somit hat sie schlüssig vortragen, die Flecken seien schon beim Einzug des Mieters vorhanden gewesen.

Nr. 11 c Wohnung Br [REDACTED]

lautet: "Auswechseln der Loggiascheibe" (GA 159). Nach den schriftlichen Beanstandungen des Mieters Br [REDACTED] vom

10. Mai 1969 (GA 42, 18) und vom 6. Februar 1970 (GA 108) soll die Glasscheibe Kratzer aufweisen. Im Schriftsatz vom 15. Januar 1971 (S. 1) hat der Kläger behauptet, die Scheibe sei beim Einzug des Mieters in Ordnung gewesen. Die Revisionsbegründung enthält die Behauptung, die Loggiascheibe habe in der unteren Ecke einen Sprung, der beim Einzug des Mieters im November 1968 vorhanden gewesen sei. Das ist zwar eine neue Behauptung. Daß aber schon beim Einzug des Mieters ein Kratzer in der Scheibe war, sollte ersichtlich mit den beiden schriftlichen Erklärungen des Mieters behauptet werden.

Nr. 14 n lautet: "Instandsetzung der Abflußroste auf der Decke über der unterirdischen Mittelgarage (Stellplatzbereich)". Die Ansicht des Berufungsgerichts, damit sei kein bestimmter Mangel schlüssig behauptet, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Den schlüssigen Sachvortrag hierzu in der Revisionsbegründung mußte die Beklagte in den Vorinstanzen bringen; hierzu bedurfte es keines Hinweises gemäß § 139 ZPO.

2. Hinsichtlich der im angefochtenen Urteil S. 38/39 unter b) behandelten Mängel fehlt es überwiegend an einem substantiierten Sachvortrag der Beklagten.

Zu 2 b: Penthouse "Beseitigung der Wand- und Fußbodenschäden". Damit waren keine bestimmten Mängel aufgeführt. Daß das möglich gewesen wäre, beweist die eingehende Darstellung in der Revisionsbegründung, die jedoch nicht mehr berücksichtigt werden kann.

Nr. 4 a Wohnung K: "Teppichboden im Wohnzimmer ordnungsgemäß verlegen". Die vom Kläger zu erbringende Gegenleistung für die von der Beklagten erstrebte Zug um Zug-Verurteilung war nicht ausreichend bestimmt.

Nr. 9 Wohnung Peter F "Ausführung von Malerrestarbeiten" ergab nicht, welche Leistung der Kläger erbringen sollte. Das hat die Beklagte erst in der Revisionsbegründung klargestellt.

Nr. 4 b Wohnung K "Stockflecken im Schlafzimmer beseitigen". Dieser Mangel ist laut Revisionsbegründung behoben,

Nr. 7 c Wohnung Ob. Auch hier sind die gerügten Stockflecken laut Revisionsbegründung beseitigt.

Nr. 11 g Die Durchfeuchtungen in der Wohnung Br sollen nach der Behauptung der Beklagten entweder in einer Undichtigkeit in der Terrasse oder unterhalb der Dusche des Penthouse ihre Ursache haben. Damit hat die Beklagte den behaupteten Mangel, die Wohnung Br werde von oben her durchfeuchtet, ausreichend dargelegt. Wie dieser Mangel abzustellen ist, hat der Kläger zu klären. Mit seiner Ansicht, der Vortrag der Beklagten genüge nicht, weil auch das Überlaufen der Dusche oder die Verstopfung des Abflusses ursächlich sein könnten, greift das Berufungsgericht dem Ergebnis einer Beweiserhebung vor. In diesem Punkt kann dem Berufungsgericht somit nicht gefolgt werden.

Nr. 6 d Die Gemeinschaftsantenne ist nach der Revisionsbegründung nunmehr instandgesetzt. Hierfür aufgewandte Kosten kann die Beklagte jedoch nicht im

Revisionsverfahren zur Aufrechnung stellen.

Nr. 14 1, 15 a und b

Die Beklagte hat für die Wohnung im 5. Obergeschoß die Erstellung von Nachtragszeichnungen für die veränderte Ausführung der Abort- und Duschanlage, ferner die Anbringung einer Trennwand mit Tür zwischen Küche und Abort sowie den Einbau eines Rohrbelüfters im Abortraum gefordert (BU S. 19; GA 157). Damit war ersichtlich behauptet, daß diese ihrer Natur nach notwendigen Baumaßnahmen noch nicht ausgeführt seien. Sie obliegen nach dem Vertrag dem Kläger als Generalunternehmer, auch wenn die Beklagte die Kosten dieser nachträglich beschlossenen Umbauarbeiten tragen muß (vgl. oben III, 2 b).

VIII. Das angefochtene Urteil ist somit im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung von mehr als 45.242,37 DM - 1.705.- DM = 43.537,37 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist (oben II, 3) und ihr

die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) versagt worden ist wegen der vorstehend unter VII behandelten Mängel zu 1 a), 3 c), 10 h), 11 c), 11 g), 14 : 15 a) und b). In diesem Umfang ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die weitergehende Revision ist dagegen unbegründet. Den Betrag, den die Beklagte vorerst zurückbehalten darf, um den Kläger zu zwingen, die von ihr behaupteten Mängel zu beheben, hat das Berufungsgericht mit 15.000 DM erheblich höher angesetzt, als die Beseitigung der Mängel kostet. Eine Behebung der weiteren Mängel, die das Berufungsgericht - wie ausgeführt - ebenfalls noch prüfen muß, wird, falls sich erweist, daß der Kläger hierzu verpflichtet ist, keine hohen Kosten verursachen. Es ist deswegen nicht notwendig, den Betrag von 15.000 DM zu erhöhen und den Betrag, den die Beklagte nach dem angefochtenen Urteil auf jeden Fall zahlen muß, weiter herabzusetzen.

Vogt

Erbel

Schmidt

Meise

Recken