

KG

Urteil

vom 22.04.2016

21 U 119/14

BGB §§ 242, 633 Abs. 2, §§ 634, 635; VOB/B § 4 Abs. 3, § 13 Abs. 5, 6

- 1. Tritt auf dem Baugrundstück drückendes Wasser auf, ist die Ausführung einer "schwarzen" oder "weißen Wanne" als Abdichtung erforderlich. Hat der Auftragnehmer weder eine "schwarze" noch eine "weiße Wanne" ausgeführt, ist seine Leistung mangelhaft.**
- 2. Der Auftragnehmer kann sich nicht auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbeseitigung berufen, wenn die fehlende Abdichtung gegen drückendes Wasser einen Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik darstellt und die Ausführung einer solchen Abdichtung ausdrücklich vereinbart worden ist.**
- 3. Verpflichtet sich der Auftragnehmer zur schlüsselfertigen Errichtung eines Bauvorhabens und gehören bestimmte, vom Auftraggeber erstellte Pläne und planerische Leistungen zur Vertragsgrundlage, hat der Auftragnehmer die weitere Planung selbst fortzuschreiben und dabei die ihm überlassenen Pläne "wie ein Planer" zu überprüfen.**
- 4. Eine fehlende Bauüberwachung des Bauherrn oder Fehler der Bauüberwachung begründen kein Mitverschulden des Auftraggebers gegenüber dem Auftragnehmer.**

KG, Urteil vom 22.04.2016 - 21 U 119/14

vorhergehend:

LG Berlin, 17.07.2014 - 93 O 113/08

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 11.10.2018 - VII ZR 132/16 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

...

hat der 21. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Eißholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 04.03.2016 durch den Richter am Kammergericht xxx als Einzelrichter

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin und der Beklagten wird unter Zurückweisung der Rechtsmittel im Übrigen das am 17.07.2014 verkündete Urteil des Landgerichts Berlin - 93 O 113/08 - geändert und neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin 530.540,08 Euro (brutto) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 345.000,-Euro vom 15. August 2008 bis zum 17. Oktober 2014 sowie aus einem Betrag von 185.540,08 seit dem 15. August 2008 zu zahlen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin weitere 1.854,91 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 1.236,61 Euro vom 15. August 2008 bis zum 17. Oktober 2014 sowie aus einem Betrag von 618,30 Euro seit dem 15. August 2008 zu zahlen.
3. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin weitere 1.242,-Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 828,- Euro vom 15. August 2008 bis zum 17. Oktober 2014 sowie aus einem Betrag von 414,- Euro seit dem 15. August 2008 zu zahlen.
4. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr dadurch entsteht, dass die Beklagte die Reihenhausanlage auf dem Grundstück Dnn straße n , nnn Hnn dergestalt mangelhaft errichtete, dass die Kellerräume und Kellerflure erhöhte Feuchtigkeit und Schimmelbildung aufweisen.
5. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin weitere 5.188,40 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 3.458,93 Euro vom 14. Januar 2009 bis zum 17. Oktober 2014 sowie aus einem Betrag in Höhe von 1.729,47 Euro seit dem 14. Januar 2009 zu zahlen
6. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
7. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der der Nebenintervention zu tragen.
8. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.
9. Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen Mängeln an der Abdichtung einer von dieser errichteten Reihenhausanlage in 1nn Hnn in Anspruch und macht insoweit u.a. einen Betrag in Höhe von 550.589,20 Euro als Vorschuss für die Mängelbeseitigung, hilfsweise als Schadensersatz geltend.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Vorbringens der Parteien in erster Instanz und der in erster Instanz gestellten Anträge wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

Das Landgericht hat mit Urteil vom 17.07.2014 die Beklagte zur Zahlung von 345.000,- Euro (brutto) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15. August 2008 verurteilt. Ferner hat es die Beklagte zur Zahlung weiterer 1.236,61 Euro nebst entsprechender Zinsen, weiterer 828,- Euro nebst entsprechender Zinsen sowie weiterer 3.458,93 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14. Januar 2009 verurteilt. Ferner hat das Landgericht festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den weiteren Schaden in Höhe von 2/3 zu ersetzen, der ihr dadurch entsteht, dass die Beklagte die Reihenhausanlage auf dem Grundstück Dnn str. n , 1nn Hnn dergestalt mangelhaft errichtete, dass die Kellerräume und Kellerflure erhöhte Feuchtigkeit und Schimmelbildung aufweisen. Im Übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 345.000,-Euro einschließlich Mehrwertsteuer (§§ **633** Abs. 3 BGB a.F., 13 Abs. 5 VOB/B, **242** BGB).

Da die Vertragspartnerin der Klägerin, die Nnnnnnnnn GmbH im Jahr 2006 auf die Beklagte verschmolzen worden sei, sei diese als Rechtsnachfolgerin für die Ansprüche der Klägerin aus dem Generalunternehmervertrag vom 11. Mai 2000 passivlegitimiert.

Die Werkleistung der Beklagten sei mangelhaft. Auf dem Baugrundstück trete Schichtenwasser, also drückendes Wasser auf. Daher müssten die erdberührten Bauteile der beiden Reihenhausblöcke eine Abdichtung gegen drückendes Wasser aufweisen. Nach den zur Zeit der Bauausführung anerkannten Regeln der Technik, insbesondere auch der maßgeblichen Fassung der DIN 18195, erfordere dies eine Abdichtung als „schwarze“ oder „weiße Wanne“. Die Abdichtung der erdberührten Bauteile weise jedoch weder eine ordnungsgemäße schwarze Wanne oder eine ordnungsgemäße weiße Wanne noch eine ordnungsgemäß errichtete gleichwertige Konstruktion auf.

Die Klägerin habe dem Grunde nach einen Anspruch auf einen Vorschuss für die Kosten, die ihr durch die Beseitigung dieses Baumangels entstehen würden. Es könne dahinstehen, ob sich dieser Vorschussanspruch aus § **633** Abs. 3 BGB (Fassung bis zum 31.12.2001) bzw. § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B i.V.m. § **242** BGB ergebe. Ein Anspruch der Klägerin auf einen Vorschuss für die Kosten der Mängelbeseitigung ergebe sich aber jedenfalls aus § **635** BGB a.F. i.V.m. § **242** BGB. Da die Werkleistung der Beklagten mangelhaft sei und die durch die Klägerin mit Schreiben vom 2. September 2002 gesetzte Nachfrist mit Ablehnungsandrohung fruchtlos verstrichen sei, habe die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ **634, 635** BGB a. F.. Das Gericht folge der Auffassung von Halfmeyer (BauR 2013,320), dass sich dieser Anspruch als Schadensersatzanspruch nicht auf die Höhe der Mängelbeseitigungskosten, sondern nur auf die Höhe der mangelbedingten Wertminderung belaufe, solange die Klägerin die Mängel tatsächlich nicht beseitigt habe. Dann sei aber dem Auftraggeber nicht nur ein Vorschuss auf seinen

Kostenerstattungsanspruch gemäß § 633 Abs. 3 BGB a.F. / § 637 Abs. 3 BGB n.F. / § 13 Abs. 5 Nr. 2 VOB/B, sondern auch auf seinen werkvertraglichen Schadensersatzanspruch in Höhe der Beseitigungskosten, der erst nach Durchführung der Beseitigung entsteht, zuzusprechen.

Die Kosten der Mängelbeseitigung, für die die Klägerin von der Beklagten einen abzurechnenden Vorschuss beanspruchen kann, würden vom Gericht auf Grundlage der Angaben des Sachverständigen Ann mit insgesamt 520.000,- Euro (brutto) geschätzt.

Das Gericht gehe bei der Schätzung der Position 20 „Ingenieurtechnische Leistungen...“ von einem geringeren Betrag als der Sachverständige aus. Die vom Sachverständigen unter der Position 20. „Ingenieurleistungen...“ etc. angesetzten Leistungen seien nach Auffassung des Gerichts mit 47.500,-Euro (netto) zu veranschlagen.

Die Beklagte könne sich nicht, auch nicht teilweise darauf berufen, dass dieser Beseitigungsaufwand unverhältnismäßig wäre (§ 633 Abs. 2 S. 3 BGB, § 13 Abs. 6 VOB/B), weil die Klägerin von Anfang an sämtliche Maßnahmen durchführen lasse, die nach dem Gutachten Ann möglicherweise erforderlich seien, während möglicherweise auch nur die der ersten Stufe ausreichen. Zwar spreche nach Auffassung des Gerichts zwar Einiges dafür, der Klägerin zunächst nur einen Vorschussanspruch für die Maßnahmen der ersten Stufe zuzubilligen und die sich möglicherweise als unnötig erweisenden Maßnahmen der zweiten Stufe analog § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a.F. zurückzustellen, Nach der für die Anwendung des § 633 Abs. 2 S. 3 BGB gebotenen Gesamtschau aller Umstände erachte das Gericht diese Erwägung am Ende doch nicht für durchgreifend, sodass der Vorschussanspruch schon jetzt in voller Höhe bestehe.

Der Vorschussanspruch sei wegen eines Mitverschuldens der Klägerin gemäß § 254 BGB um ein Drittel zu mindern. Die Beklagte habe das Gebäude gemäß den Vorgaben der allgemeinen Baubeschreibung und des Raumbuchs des Streitverkündeten errichtet, die zu den Vertragsgrundlagen des Generalunternehmervertrags vom 11. Mai 2000 gehörten. Die Vorgaben, die die Klägerin der Beklagten damit für die Bauausführung gemacht hätten, seien mangelhaft gewesen, soweit sie die Abdichtung der erdberührten Bauteile betroffen hätten. Soweit die Klägerin der Beklagten technische Vorgaben zur Abdichtung mache, obliege es ihr jedenfalls im Eigeninteresse dafür Sorge zu tragen, dass diese (vielleicht nicht zwingend erforderlichen) Vorgaben zutreffend und unmissverständlich seien. Das sei hier in mehrfacher Hinsicht nicht der Fall. Zum einen heiße es in der Baubeschreibung des Streitverkündeten auf S. 1 unter II.1 zu „Gründung, Bodenplatte“: „In Beton B 25 gem. statischen Erfordernissen, Streifenfundamente unter den Außen-, Mittel- (Haus g-1g) und Haustrennwänden“. Diese Vorgabe genüge den anerkannten Regeln der Technik nicht, denn die erforderliche Abdichtung mit einer weißen oder schwarzen Wanne erfordere nach den überzeugenden Angaben des Sachverständigen Ann in jedem Fall eine tragende Bodenplatte und keine Streifenfundamente. Wenn zudem - wie hier - der Auftraggeber dem Unternehmer zahlreiche detaillierte Vorgaben für die

Bauausführung mache, durch die in ihrer Gesamtheit der Eindruck eines Gesamtkonzepts entstehe, das die für das Bauvorhaben in technischer Hinsicht wichtigen Punkte zusammenfasse, und in einem solchen Gesamtkonzept dann ein entscheidender Punkt fehlen oder missverständlich dargestellt würde, in der späteren Bauausführung dann auch nicht umgesetzt werde und hierin dann ein Mangel liege, dann habe der Bauherr hierzu jedenfalls in der Form beigetragen, dass er - entgegen seinem eigenen Interesse - dem Unternehmer jedenfalls keine unmissverständliche und die wichtigen Punkte berücksichtigende Planung überlassen habe. Das Gericht gewichte den Anteil der Klägerin an der Verursachung der Mängel mit 1/3.

Darüber hinaus sei der Anspruch der Klägerin nicht wegen eines weiteren Mitverschuldens zu mindern. Ein weiteres Mitverschulden liege nicht darin, dass die Klägerin die Bauausführung der Beklagten nicht ausreichend durch den Streitverkündeten überwachen habe lassen, auch wenn zugunsten der Beklagten unterstellt werde, dass die Klägerin ihn tatsächlich mit der Bauüberwachung beauftragt gehabt habe.

Insgesamt belaufe sich der gemäß §§ **254, 278** BGB um 1/3 geminderte Vorschussanspruch auf 345.000,-Euro (brutto, gerundet gemäß § **287** Abs. 1 ZPO).

Dieser Vorschussanspruch sei nicht verjährt. Die am 30. April 2006 endende Verjährungsfrist sei jedenfalls am 28. April 2006 durch die Einreichung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens (nnnnn) beim Landgericht Berlin gehemmt worden.

Zwar sei der Antrag der Klägerin auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens erst am 11. Mai 2006 zugestellt worden, für die Hemmung der Verjährung sei aber auf den noch fristgemäßen Eingang der Antragschrift bei Gericht abzustellen, da die spätere Zustellung weniger als zwei Wochen, also "demnächst" nach dem (hier angenommenen) Fristablauf erfolgte (§ **167** ZPO). Es sei unerheblich, dass der Antrag am 11. Mai 2006 der Nnnnnnnnn GmbH zugestellt worden sei, die kurz zuvor - am 2. Mai 2006 - auf die Beklagte verschmolzen worden war. Von dieser Verschmelzung an sei nicht mehr die Nnnnnnnnn GmbH, sondern die Beklagte als neuer Rechtsträger für die Gewährleistungsansprüche der Klägerin passivlegitimiert und somit der richtige Zustellungsadressat gewesen. Der Zugang an eine dem äußeren Anschein nach noch existierende Gesellschaft wäre dann bereits dem Rechtsnachfolger zuzurechnen, der ab der Verschmelzung für die nach Maßgabe des § **167** ZPO noch unverjährten Gewährleistungsansprüche hafte, deren Verjährung damit rechtzeitig gehemmt worden sei.

Der Vorschussanspruch sei nicht durch den Vergleich abgegolten, den die Parteien in dem Vorprozess vor dem Landgericht Berlin bzw. dem Kammergericht (nnnnn bzw. nnnnn) geschlossen haben. Dieser Vergleich gelte ausweislich seiner Ziff. 1 nur die mit der damaligen Klage geltend gemachten Forderungen ab.

Wegen der Kosten, die der Klägerin durch die Einholung des Bodengutachtens der Fa. Bnn GmbH entstanden seien, stehe ihr ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 1.236,61 Euro (brutto) zu. Dabei sei ihr Anspruch gemäß §§ **254, 278** BGB wegen ihres Planungsmitverschuldens um 1/3 zu mindern gewesen.

Wegen der Mietminderung durch die Mieterin Hnn im Zeitraum Februar 2006 bis Mai 2008 stehe der Klägerin ein Schadensersatzanspruch von 828,-Euro aus §§ **634, 635** BGB a.F. zu. Die Mietminderung durch die Mieterin Hnn sei im Grundsatz ebenfalls ein Schaden, der der Klägerin durch die Mängel der Abdichtung entstanden ist. Der Minderungsbetrag halte sich noch in dem Toleranzrahmen, innerhalb dessen die Klägerin ohne den Vorwurf eines Mitverschuldens (§ **254** BGB) davon absehen durfte, einen Mietprozess gegen die Zeugin einzuleiten. Allerdings gelte dies nur für die Mietminderung vor dem Umzug der Zeugin in das Haus Dnn straße n h, also nur für die Mietminderung von Februar bis Oktober 2006 (vgl. S. 12 der Klageschrift).

Wegen ihrer vorprozessualen Anwaltskosten steht der Klägerin ein wiederum um 1/3 geminderter Schadensersatzanspruch gemäß §§ **280, 286** BGB in Höhe von 3.458,93 Euro (brutto) zu.

Über die Hilfswiderklage der Beklagten sei nicht zu entscheiden gewesen. Sie stehe unter der Bedingung, dass das Gericht die Beklagte wegen der Kosten der Beseitigung der Abdichtungsmängel zu Schadensersatz in Höhe dieser Beseitigungskosten verurteilt. Diese Bedingung sei nicht eingetreten, da die Beklagte zu einem abzurechnenden Vorschuss verurteilt worden sei.

Gegen das ihr am 21.07.2014 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 15.08.2014 Berufung eingelegt und diese am 18.09.2014 begründet. Die Beklagte hat gegen das ihr am 23.07.2014 zugestellte Urteil am 25.08.2014 Berufung eingelegt und diese - nach der am 15.09.2014 beantragten und bis zum 23.10.2014 gewährten Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist - am 14.10.2014 begründet.

Die Klägerin trägt zur Begründung ihrer Berufung vor, das Landgericht habe zu Unrecht den Klageantrag teilweise abgewiesen. Rechtsirrig gehe das Landgericht davon aus, der Kostenvorschussanspruch der Klägerin sei lediglich auf 520.000,00 Euro anstatt der beantragten 550.589,20 Euro (brutto) nach § **287** Abs. 1 ZPO zu schätzen. Soweit das Landgericht bei der Schätzung der Position 20 "Ingenieurtechnische Leistungen..." des Sachverständigen von einem geringeren Betrag als der Sachverständige ausgehe, sei die von dem Landgericht vorgenommene Berechnung schon im Ansatz falsch. Das Landgericht habe zu Unrecht die Leistungsphasen 1, 2, 6, 7 und 9 unberücksichtigt gelassen. Weder habe sich das Landgericht mit den einzelnen Grundleistungen der Leistungsphasen auseinander gesetzt, noch habe die Beklagte bestritten, dass die Klägerin einzelne Leistungsphasen oder ggf. einzelne Grundleistungen im Rahmen der Mangelbeseitigung zu beauftragen hätte. Die Klägerin müsse im Zuge der Mangelbeseitigungen die Leistungsphasen 1-9 an einen Architekten vergeben, so dass sich ihr Kostenvorschussanspruch auch auf sämtliche Leistungsphasen beziehe. Zudem sei der Zuschlag nach § **12** Abs. 2 HOAI marktüblich und aus diesem Grund auch von dem Sachverständigen Ann vorgenommen worden. Er sei mit 50 % anzusetzen.

Damit errechne sich der Kostenvorschussanspruch für Architektenleistungen auf 75.043,04 Euro zzgl. Nebenkosten in Höhe von 10.000,- Euro somit Euro 85.043,04 Euro zzgl. 19 % MwSt.

Rechtsirrig gehe das Landgericht davon aus, die Klägerin müsse sich ein Mitverschulden gemäß §§ **254, 278** BGB anrechnen lassen, weshalb ihr Anspruch um 1/3 zu mindern sei. Zwar möge es zutreffen, dass hinsichtlich der dort vorgesehenen Streifenfundamente die Vorgaben nicht der anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Unzutreffend sei aber die Feststellung des Landgerichts, dass die Klägerin somit durch den Streitverkündeten als ihren Erfüllungsgehilfen die Mangelhaftigkeit der Kellerabdichtung mit herbeigeführt habe. Im hier zu entscheidenden Fall sei die Beklagte zur schlüsselfertigen Herstellung einschließlich der Planung und der Erstellung der Statik beauftragt gewesen. Es habe somit zu ihren Aufgaben gehört, die planerischen Vorgaben des Auftraggebers auf ihre Vollständigkeit zu überprüfen und insoweit vorhandene Planungsfehler zu korrigieren. Bestandteil der von der Beklagten geschuldeten Statik bzw. Tragwerksplanung sei auch die Festlegung der Anforderungen an die Fundamente und die Bodenplatte gewesen. Die Beklagte sei also schon aufgrund der vertraglichen Vereinbarung verpflichtet gewesen, die Fundamente der streitgegenständlichen Gebäude zu planen und die Angabe „Streifenfundament“ in der Baubeschreibung zu überprüfen.

Zudem sei die Beklagte auch zur Erstellung der Ausführungsplanung vertraglich verpflichtet gewesen, also mit den Leistungsphasen 5-9 der HOAI betraut. Im Rahmen der LP 5 sei der Architekt verpflichtet, die Ausführungsdetails umfassend zeichnerisch darzustellen. Insbesondere die gefahrenträchtige Abdichtung gegen Feuchtigkeit ist sorgfältig im Sinne einer bis ins kleinste Detail gehenden Ausführungsplanung zu planen, die dem Auftragnehmer alle maßgeblichen Details in einer jedes Risiko ausschließenden Weise verdeutliche. Beauftrage ein Bauherr verschiedene Architekten mit der Planung unterschiedlicher Bereiche und sein die Pläne des einen für die Planung des anderen von Bedeutung, müsse der Bauherr sich etwaige Fehler in den Plänen des einen Architekten gegenüber dem anderen Architekten dann nicht im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst nach § **254** Abs. 2 Satz 2, § **278** BGB als Mitverschulden zurechnen lassen, wenn die Planungsfehler den Bereich betreffen, mit dessen Planung der andere Architekt selbst beauftragt gewesen sei. Genau das sei hier aber der Fall gewesen.

Unzutreffend seien auch die weiteren Ausführungen des Landgerichts, dass die technischen Vorgaben der Klägerin für die Abdichtung der erdberührten Bauteile mangelhaft seien. In tatsächlicher Hinsicht seien die Ausführungen unzutreffend, weil die Klägerin in der Baubeschreibung ausdrücklich die Herstellung der Gründung und Bodenplatte „in Beton B25 gem. statischen Erfordernissen“ vorgesehen habe. Damit habe sie gerade auf die noch zu erbringenden weiteren statischen Berechnungen hingewiesen und letztlich sowohl die Vorgaben an die Gründung als auch an die Bodenplatte den von der Beklagten zu erbringenden statischen Berechnungen überlassen. Unzutreffend sei nach den Feststellungen des Sachverständigen Ann einzig die Angabe "Streifenfundamente unter den Außen-, Mittel-(Haus 8 -18) und Haustrennwänden" gewesen. Diese falsche Angabe hätte aber letztlich ohne Relevanz bleiben müssen, denn die Beklagte sei aufgrund der vertraglich

übernommenen Pflicht zur Erstellung der Tragwerkplanung, der Verpflichtung, im Rahmen der Leistungsphase 5 die Abdichtung gegen drückendes Wasser zu planen, sowie der eine Prüf- und Hinweispflicht als Generalunternehmerin verpflichtet gewesen, diese Angabe zu überprüfen.

Hinzu komme, dass die Sachverständigen auch an der angebrachten vertikalen Abdichtung diverse Ausführungsmängel festgestellt hätten. Somit stünden der einzigen falschen Angabe in der Baubeschreibung eine durch die Beklagte mangelhaft erbrachte Tragwerks- und Ausführungsplanung, die Verletzung ihrer Prüf- und Hinweispflicht sowie eine mangelhafte Ausführung der vertikalen Abdichtung gegenüber. Selbst wenn man entgegen obiger Darstellungen zu einer Minderung wegen Verletzung einer Obliegenheit kommen wollte, würde das der Klägerin dann zuzurechnende Mitverschulden bzw. die Verletzung einer Obliegenheit gänzlich hinter das Verschulden der Beklagten zurück stehen. Die vom Landgericht vorgenommene Haftungsquotelung mit einem Drittel zu Lasten des Entwurfsplaners und damit letztlich zu Lasten der Klägerin sei nach vorstehenden und dem von dem Landgericht getroffenen Feststellungen nicht haltbar. Die Argumentation des Landgerichts sei schon un schlüssig, wenn es auf der einen Seite behaupte, die Klägerin habe in der Baubeschreibung und in dem Raumbuch zahlreiche Einzelheiten für die Ausführung der Bauarbeiten festgelegt, wodurch sie den Eindruck erweckt habe, dass hier die wesentlichen Punkte für die Bauausführung in noch zu detaillierender Form zusammengestellt seien, auf der anderen Seite aber feststelle, dass eindeutige Angaben zur wichtigen Frage der Ausführung der Kellerabdichtung fehlten. Das Landgericht übersehe dabei, dass sich eine Anlage mit 24 Reihenhäusern nicht in einer Detailbeschreibung darstellen ließe, die lediglich fünf Seiten umfasse. Der Vorwurf, es fehlten eindeutige Angaben zur wichtigen Frage der Ausführung der Kellerabdichtung sei zwar zutreffend, treffe aber auf sämtliche technischen und übrigen Vorgaben der Baubeschreibung zu. Darin liege das Wesen einer funktionalen Leistungsbeschreibung. Darüber hinaus verkenne das Landgericht offensichtlich auch die Unterscheidung einer Entwurfs- und einer Ausführungsplanung. Die Vorgaben hinsichtlich der Gebäudeabdichtung seien von dem Ausführungsplaner im Rahmen der Leistungsphase 5 zu treffen. Das Landgericht verkenne auch die Äußerungen des Sachverständigen Ann hinsichtlich eventueller Verursachungsbeiträge. Der Gutachter habe festgestellt, dass jedem der Beteiligten 1/3 des Verursachungsbeitrags zuzurechnen wäre, wenn ein Planer, ein ausführendes Unternehmen und ein Bauüberwacher tätig seien. Die Klägerin habe jedoch vorliegend keine dieser Tätigkeiten durch den Architekten Snnn durchführen lassen. Der Vorwurf gegenüber der Klägerin beschränke sich auf eine unzutreffende Angabe in der Baubeschreibung.

Aus vorgenannten Gründen sei auch die teilweise Klageabweisung des Antrags zu 2. in Höhe von 1/3 durch das Landgericht, die teilweise Klageabweisung des Antrags zu 3. in Höhe von 1/3 aus 1.242,00 Euro für den Zeitraum Februar bis Oktober 2006 sowie die teilweise Klageabweisung des Antrags zu 5. in Höhe von 1/3 rechtsirrig. Allerdings seien die Feststellungen des Landgerichts zutreffend, dass der Mietminderungsanspruch der Zeugin nach dem Umzug im November 2006 nicht bestanden habe.

Soweit das Landgericht nicht zu ihren Lasten entschieden hat, verteidigt die Klägerin die Entscheidung des Landgerichts.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Berlin, Az.: 93 O 113/08, verkündet am 17.07.2014,

1. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 205.589,20 Euro (brutto) nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.08.2008 zu zahlen;
2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 618,30 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.08.2008 zu zahlen;
3. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 414,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 15.08.2008 zu zahlen;
4. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den weiteren Schaden in Höhe von weiteren 1/3 zu ersetzen, der ihr dadurch entsteht, dass die Beklagte die Reihenhausanlage auf dem Grundstück Dnn straße n , 1nn Hnn dergestalt mangelhaft errichtete, dass die Kellerräume und Kellerflure erhöhte Feuchtigkeiten und Schimmelbildung aufweisen;
5. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin weitere 1.729,47 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 14.01.2009 zu zahlen.

Die Klägerin beantragt weiter,

die Berufung der Beklagten zurückzuweisen.

Der Streithelfer schließt sich den Anträgen der Klägerin an.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt weiter,

das Urteil des Landgerichts Berlin vom 17. Juli 2014 - 93 O 113/08 - abzuändern und die Klage abzuweisen,

hilfsweise

festzustellen, dass die Klägerin und Widerbeklagte verpflichtet ist, der Beklagten und Widerklägerin die Differenz zwischen dem gezahlten Nettobetrag der Mangelbeseitigungskosten und der Wertminderung der streitgegenständlichen Objekte unter Berücksichtigung des beim Schadensersatz berücksichtigten Mitverschuldens gemäß § **254, 278** BGB für den Fall zurückzuzahlen, dass die Klägerin keine Mangelbeseitigung durchführt.

Die Beklagte führt zur Begründung ihrer Berufung aus, das Landgericht habe die Beklagte rechtsfehlerhaft zu einem Kostenvorschuss im Rahmen des Schadensersatzanspruches verurteilt. Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Zahlung und Feststellung zu.

Die Klägerin mache inhaltlich einen Anspruch auf Schadensersatz geltend, was in rechtlicher Hinsicht zur Folge habe, dass Umsatzsteuer im Rahmen des Antrages auf Zahlung von Schadensersatzanspruches erst und nur geltend gemacht werden könne, wenn der Schaden auch tatsächlich beseitigt worden sei. Ferner könne im Rahmen des Schadensersatzes nur der zwingend erforderliche Mindestschaden geltend gemacht werden. Der Sachverständige habe im Rahmen seiner Anhörung hinsichtlich seiner Kostenschätzung eine Bandbreite von +/-50 % der von ihm geschätzten Preise angegeben, so dass der zwingende Mindestschaden 50 % unter den Werten der Kostenschätzung des Sachverständigen (und des Gerichts) anzunehmen sei.

Die Klägerin habe keinen Anspruch auf Mangelbeseitigungskosten für die vollständige Erneuerung der beiden gesamten Gebäuderiegel. Die Beklagte habe entsprechend der Ausschreibung eine Mischkonstruktion ausgeführt, indem sie eine WU-Betonbodenplatte errichtet und an den Kalksandstein-Außenwänden doppelagige Bitumenschweißbahnen angebracht habe. Eine solche Ausführung entspreche jedenfalls den anerkannten Regeln der Technik, wenn die Belastung durch Schichtenwasser mittels einer Drainage auf bloße Bodenfeuchtigkeit reduziert werde. Jedenfalls bei bloßer Bodenfeuchtigkeit sei es bei einer WU-Betonplatte mit einer Stärke von ca. 15 cm nicht möglich, dass Wasser durch die Bodenplatte drücke und die oberhalb dieser Bodenplatte befindliche Abdichtungsbahn „abhebe“. Zutreffend sei, dass bei den vom Sachverständigen durchgeführten vereinzelt Bauteilöffnungen Ausführungsfehler festgestellt worden seien. Das sei aber kein Beleg dafür, dass diese Ausführungsfehler flächendeckend vorhanden seien. Die Klägerin rüge insoweit ausgehend von dem selbständigen Beweisverfahren nur bei den beiden Häusern 31 q und 31 j Feuchtigkeit. Unzutreffend sei die Behauptung auf Seite 10 des Urteils, wonach eine Fuge zwischen dem Fundament und der Bodenplatte bestehe, so dass das Gesamtsystem nicht hinreichend dicht sei. Es sei daher ausreichend, die konkret festgestellten Fehlstellen bei der Anbringung der Bitumenschweißbahnen zu beseitigen und den Übergang der vertikalen Bitumenschweißbahnen an die Bodenplatte zu überarbeiten und höchstens mittels einer Drainage zu verhindern, dass Schichtenwasser unterhalb der Bodenplatte ansteht. Der Umfang der Mangelbeseitigungskosten, wie ihn das Landgericht mit der Durchführung beider umfassender Stufen annehme, sei dagegen nicht erforderlich.

Das Landgericht gehe unzutreffend von einem Vorschussanspruch zur Beseitigung der festgestellten Mängel aus. Zutreffend gebe das Landgericht noch die Auffassung wieder, dass der Erfüllungsanspruch und damit auch der Vorschussanspruch dann entfallen, wenn der Auftraggeber dem Unternehmer eine Frist zur Mangelbeseitigung gesetzt und damit die Erklärung verbunden habe, er werde nach Ablauf der Frist die Beseitigung durch den Auftragnehmer ablehnen. Das Schreiben der vormaligen Vertreter der Klägerin vom 2. September 2002 (Anlage K 10) enthalte eine solche Fristsetzung. Die Beklagte sei seit diesem Zeitpunkt nicht mehr berechtigt gewesen,

Mängel zu beseitigen. Die Klägerin habe ferner ab diesem Zeitpunkt die Verantwortung übernommen, welche Maßnahmen sie durchführen wolle, um die Mangelbeseitigung zu erreichen.

Entgegen der ausdrücklichen Empfehlung im Gutachten des Dipl.-Ing. Snnn aus dem Jahr 2002 habe die Klägerin, obwohl sie die Mangelbeseitigungsverantwortung bereits zu diesem Zeitpunkt vollständig übernommen gehabt habe, keinerlei Maßnahmen ergriffen, um das Schichtenwasser abzuleiten. Erst durch dieses Unterlassen zum damaligen Zeitpunkt habe die Klägerin die gegenständlichen Schäden verursacht und jedenfalls die Kosten erhöht. Damit müsse sich die Klägerin mindestens die Kostenerhöhung und einen weiteren überwiegenden Mitverschuldensanteil zurechnen lassen, den das Landgericht in seinem Urteil rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt habe.

Soweit die Klägerin letztlich nur noch Schadensersatz geltend machen könne, beinhalte dieser entgegen den Ausführungen des Landgerichts keinen Kostenvorschussanspruch. Richtig sei, dass sich der Schadensersatzanspruch nicht auf die Höhe der Mangelbeseitigungskosten beziehe, sondern sich nur auf die Höhe der mangelbedingten Minderung belaufe, so lange die Klägerin die Mängel tatsächlich nicht beseitigt hat.

Soweit das Landgericht von Mangelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt Euro 520.000,00 brutto ausgehe, sei dieser Betrag deutlich zu hoch, da damit eine „Rundum-Sanierung“ der beiden vollständigen Gebäuderiegel erfolgt, auf die die Klägerin nach den bisherigen Feststellungen vereinzelter Abdichtungsmängel keinen Anspruch habe. Zudem sei es jedenfalls dann, wenn das Anstauen von etwaigem Schichtenwasser durch eine Drainage verhindert werde, nicht erforderlich, auf der Bodenplatte eine neue Horizontalabdichtung aus Bitumenbahnen herzustellen und diese durch eine Auflast gegen den Druck des Grundwassers zu sichern. Auch der Sachverständige Ann habe im Rahmen seiner Anhörung ausgeführt, dass es sinnvoll sei, bei der Kellersanierung in zwei Etappen vorzugehen. Er habe bestätigt, dass es wahrscheinlich sei, dass bereits durch die Erstellung der vorgeschlagenen Drainagen in Kombination mit der Überarbeitung der Vertikalabdichtung eine dauerhafte und dichte Lösung für die Gebäude erreicht werde. Der Sachverständige habe das Vorgehen in den beiden Etappen als die wirtschaftlich und technisch sinnvollste Vorgehensweise bezeichnet. Die Beklagte bestreite insoweit, dass jedenfalls die zweite Etappe erforderlich sei. Jedenfalls seien diese Maßnahmen unverhältnismäßig, da sie nicht erforderlich seien, um ein dauerhaft funktionsfähiges Werk herzustellen.

Ferner sei im Rahmen des Schadensersatzanspruches der erfolgte pauschale Ansatz von Ingenieurleistungen in Höhe von Euro 47.500,00 netto zu hoch. Eine Baugenehmigung sei für eine Drainage nicht erforderlich, so dass die Leistungsphase 4 nicht anzusetzen sei. Ein Anspruch auf Bauüberwachung im Rahmen der Mangelbeseitigung bestehe ebenfalls nicht. Darüber hinaus seien die geschätzten anrechenbaren Kosten in Höhe von Euro 387.680,00 unzutreffend hoch. Ferner sei der Ansatz von Nebenkosten in Höhe von rund Euro 10.000,00 netto völlig überzogen.

Der Klägerin ist es jedenfalls zuzumuten, zunächst die Leistungen der ersten Stufe auszuführen, um deren Erfolg festzustellen. Insoweit habe das Landgericht Urteils die richtigen und überzeugenden Argumente für eine derartige Unverhältnismäßigkeit der Übernahme der Kosten der zweiten Stufe aufgeführt. Insoweit sei nicht nachvollziehbar und rechtsfehlerhaft, dass das Landgericht letztlich eine vermeintliche Gesamtschau aller Umstände mit dem Ergebnis vornehme, dass der Vorschussanspruch jetzt in voller Höhe bestehen solle. Soweit das Landgericht im Rahmen seiner Abwägung anführe, dass die Gefahr bestünde, dass der Unternehmer insolvent werden könnte, wenn die Kosten der zweiten Stufe im Wege einer Nachforderung erst in einigen Jahren zugesprochen würden, und rüge, dass eine dieses Risiko abfedernde Sicherheitsleistung von der Beklagten gegenüber der Klägerin nicht angeboten worden sei, biete die Beklagte eine solche Sicherheit hiermit für den Fall an, dass der Klägerin für die zweite Stufe (noch) kein Mangelbeseitigungskostenanspruch zugesprochen werde und die weiteren Einwände gegen die Ansprüche dem Grund oder der Höhe nach nicht greifen sollten.. Auch werde die Belastung für die Mieter nur unwesentlich größer sein, wenn die Arbeiten in zwei Bauabschnitten auseinandergezogen würden.

Unzutreffend sei letztlich die Wertung des Landgerichts, dass die Klägerin nach Durchführung aller Maßnahmen keine Werkleistung haben werde, die den anerkannten Regeln der Technik entspreche. Das sei nur denkbar, soweit die vertikale Abdichtung auf der Seite der Hauseingänge, die unterhalb der Erdgeschossbodenplatte liege, fehlerhaft angebracht worden sei. Dafür gebe es aber keine Feststellungen.

Schließlich sei auch der Punkt des Planungsmitverschuldens im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen.

Rechtsfehlerhaft gehe das Landgericht davon aus, dass es über das schon berücksichtigte Planungsmitverschulden hinaus keinen weiteren Mitverschuldensanteil der Klägerin gäbe, der zu einer weiteren Minderung der Haftungsquote der Beklagten führen würde. Tatsächlich müsse sich die Klägerin ein weiteres Mitverschulden wegen einer fehlerhaften Objektüberwachungsleistung des Streithelfers der Klägerin zurechnen lassen. Richtigerweise hätte das Landgericht ein weiteres Mitverschulden wegen dieser Obliegenheitsverletzungen in Höhe von 50 % des nach Abzug des Planungsverschuldens verbleibenden Anteils annehmen müssen. Aus der vertraglichen Bestimmung in § 5 Ziff. 7.4 ergebe sich eine Obliegenheit der Klägerin zur Beauftragung des Architekten Snnn zur Bauüberwachung, die er auch tatsächlich ausgeführt hat. Soweit das Landgericht annehme, dass es erforderlich sei, dass das Verhalten des objektüberwachenden Architekten bei einer wertenden Betrachtung als positives Tun und nicht nur Unterlassen anzusehen sei, nehme das Landgericht bei Frage der Zurechnung einen Vergleichsmaßstab zwischen den Pflichten im Rahmen einer Bauüberwachung im Verhältnis zu den Pflichten im Rahmen einer Bauausführung an, der im Gesetz und in der Rechtsprechung keine Stütze finde. Nicht berechtigt sei dabei das Argument, dass anderenfalls die Voraussetzungen für die Anwendung des § 254 BGB vollkommen konturenlos und beliebig seien. Der Beispielfall, den das Landgericht anführt, dass der Bauherr beispielsweise auch für das Unterlassen einer

Bauüberwachung haftungsmindernd einzustehen hätte, greife vorliegend nicht. Denn hier gebe es ausdrücklich eine vertragliche Obliegenheit der Klägerin zur Bauüberwachung, die auch beauftragt und ausgeführt worden sei. Dabei sei es eher willkürlich zu unterscheiden, ob der objektüberwachende Architekt zwar teilweise sporadisch die Bauleistung gesehen hat aber nicht richtig oder ob er diese teilweise nicht vollständig erbracht oder zu den richtigen Zeitpunkten unterlassen habe. Wertungsgemäß könne dies nicht zu einer unterschiedlichen Betrachtung der Haftung führen.

Weiter rechtsfehlerhaft gehe das Landgericht davon aus, dass der Klageanspruch nicht verjährt ist. Die Beklagte habe umfassend die Einrede der Verjährung erhoben. Das Landgericht gehe insoweit rechtsfehlerhaft von einer Verjährungshemmung durch den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens aus. Denn es gebe keine wirksame Zustellung bei der Beklagten oder der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der Nnnnnnnnn GmbH. Diese sei spätestens am 8. Mai 2006 erloschen und damit nicht mehr existent gewesen. Soweit das Gericht insoweit davon ausgehe, dass ab dem Zeitpunkt die Beklagte als neuer Rechtsträger für die Gewährleistungsansprüche der Klägerin passivlegitimiert und der richtige Zustelladressat gewesen wäre, hätte es insoweit aber dann auch einer förmlichen Zustellung an die jetzige Beklagte bedurft. Darüber hinaus würde sich eine Hemmung der Verjährung nur auf die Kosten der Mangelbeseitigung beziehen und nicht auf die Mangelfolgeschäden.

Hinsichtlich der Kosten für die Einholung des Bodengutachtens der Firma Bnnn GmbH komme hinzu, dass die Erkundung der Bodenverhältnisse den Leistungsphasen 1 bis 3 des § 15 HOAI a.F. zuzuordnen sei und es sich insoweit um Sowieso-Kosten der Klägerin handele.

Soweit das Landgericht einen Teil der Mietminderungsansprüche durch die Mieterin Hnn der Klägerin zuspreche, sei dies neben dem Einwand der Verjährung deswegen rechtsfehlerhaft, weil es keine Beeinträchtigungen gegeben habe, die eine Mietminderung um 10 % rechtfertigten. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin wegen einer überhöhten Mietminderung nicht gegenüber der Mieterin hätte vorgehen müssen.

Soweit das Landgericht nicht zu ihren Lasten entschieden hat, verteidigt die Beklagte im Übrigen die Entscheidung des Landgerichts.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung konnte durch den Einzelrichter ergehen, nachdem beide Parteien einer Entscheidung durch den Einzelrichter nach § 574 Abs. 4 ZPO zugestimmt haben.

Die Berufungen der Klägerin und der Beklagten sind zulässig.

Die Berufung der Klägerin ist überwiegend, die der Beklagten bis auf einen Teil hinsichtlich des Zinsausspruchs dagegen unbegründet.

Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung eines Kostenvorschusses zur Mängelbeseitigung in Höhe von 530.540,08 brutto gemäß §§ 13 Abs. 5 VOB/B, 633 Abs. 3 BGB a. F., 242 BGB zu.

1. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Werkleistung der Beklagten mangelhaft ist, da sie die Abdichtung der beiden Reihenhausblöcke Dnn straße n h bis n r, 1nn Hnnn mangelhaft ausgeführt hat. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts unter Ziffer III. 1 des angefochtenen Urteils Bezug und macht sich diese zu eigen. Da auf dem Baugrundstück Schichtenwasser, also drückendes Wasser auftritt, war nach den Ausführungen des Sachverständigen Ann nach Zeit der Bauausführung anerkannten Regeln der Technik, insbesondere nach der maßgeblichen Fassung der DIN 18195, die Ausführung einer "schwarzen" oder "weißen Wanne" als Abdichtung gegen drückendes Wasser erforderlich. Die Beklagte hat aber weder eine "schwarze" noch eine "weiße Wanne" ausgeführt.

a) Soweit die Beklagte dagegen einwendet, sie habe eine der Regel der Technik entsprechende Mischkonstruktion ausgeführt, kann sie damit nicht durchdringen, da eine solche Konstruktion auch nach dem eigenen Vortrag der Beklagten nur dann den Regeln der Technik entspricht, wenn eine Belastung durch Wasser auf bloße Bodenfeuchte reduziert ist. Nach den vertraglichen Vereinbarungen war aber eine Abdichtung gegen drückendes Wasser geschuldet (vgl. das zum Vertragsinhalt gewordene Angebot der Beklagten vom 09.05.2000, Anlage B 5), so dass die Ausführung einer Abdichtung, die lediglich Schutz gegen Bodenfeuchte bietet, eine mangelhafte Ausführung darstellt.

b) Die Beklagte kann auch nicht hinsichtlich der Feststellung des Fehlens einer "weißen Wanne" das Vorhandensein einer dagegen sprechenden Fuge zwischen Streifenfundament und der Bodenplatte schlicht bestreiten. Denn nach den Ausführungen des Sachverständigen Ann besteht eine solche Fuge bei der Herstellung eines Streifenfundaments in Verbindung mit einer nicht lastabtragenden Bodenplatte typischerweise, was auch nachvollziehbar ist, da Fugen immer dort entstehen, wo verschiedene Bauteile aufeinander treffen. Dagegen hat die Beklagte nicht vorgetragen, dass im vorliegenden Fall die Streifenfundamente und die Bodenplatte in einem Stück gegossen worden sind und daher eine Fuge nicht entstanden sei kann. Abgesehen davon kann nach den Ausführungen des Sachverständigen auch sonst eine "weiße Wanne" wegen der Ausführung der Anbindung der horizontalen und vertikalen Abdichtung an der Fuge zwischen dem Fundament und den aufstehenden Wänden nicht angenommen werden.

c) Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, es handele sich vorliegend nur um (partielle) Ausführungsfehler. Die Frage ob und inwieweit Ausführungsfehler vorhanden sind, kann letztlich dahinstehen, nachdem mit dem Fehlen einer "schwarzen" oder "weißen Wanne" bereits ein die beiden Reihenhausblöcke insgesamt umfassender systematischer Fehler gegeben ist. Darüber hinaus lässt der

Umstand, dass bei jeder Öffnung durch den Sachverständigen handwerkliche Fehler festgestellt worden sind, einen Rückschluss auf ein jedenfalls großflächiges Vorhandensein solcher Fehler zu.

2. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht der Klägerin einen Anspruch auf Zahlung eines Vorschusses zur Mängelbeseitigung zugesprochen.

a) Die Klägerin macht mit dem Klageantrag zu 1 ausdrücklich einen Vorschussanspruch geltend und begehrt entsprechenden Schadensersatz insoweit nur hilfsweise.

b) Dabei kann dahinstehen, ob die vom Landgericht gewählte rechtliche Konstruktion eines Vorschussanspruchs aus § 242 BGB in Verbindung mit der Beschränkung eines Schadensersatzanspruchs auf den mängelbedingten Minderwert, solange die Mängelbeseitigung noch nicht durchgeführt worden ist, rechtlich gangbar ist. Denn der Klägerin steht jedenfalls ein Vorschussanspruch nach § 13 Nr. 5 VOB/B zu. Die Zuerkennung eines solchen Kostenvorschussanspruchs im Rahmen der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung durch den Auftraggeber ist ein sich aus den Besonderheiten des Bauvertrages ergebendes Gebot der Billigkeit (vgl. Wirth in Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl., B § 13 Abs. 5 Rn. 236). Der Anspruch wird dem Auftraggeber von der Rechtsprechung seit jeher zuerkannt (vgl. BGH **BauR 1999, 631**).

c) Insoweit ist die vom Landgericht aufgeworfene und offen gelassene Frage, ob die Klägerin ihren Vorschussanspruch durch eine Fristsetzung zur Mängelbeseitigung verbunden mit der Erklärung, nach Ablauf der Frist die Mängelbeseitigung abzulehnen, verloren hat, zu verneinen.

aa) Zum einen kommt es auf die Rechtslage zu § 634 BGB a. F. nicht an, weil die Parteien die Geltung der VOB/B vereinbart haben. Die Regelung des § 13 VOB/B sieht aber für die Geltendmachung anderer Mängelrechte als die Nacherfüllung eine Ablehnungsandrohung als Voraussetzung und mit der Folge, dass damit der Vorschussanspruch als Ausfluss des Nacherfüllungsanspruchs ausgeschlossen wäre, nicht vor.

Erst wenn der Auftraggeber mindert, zurücktritt oder Schadensersatz geltend macht, ist er auf diese Rechte unter Verlust des Nacherfüllungsanspruchs festgelegt, auch wenn er zuvor erklärt hat, nach Fristablauf die Nacherfüllung abzulehnen (vgl. Wirth in: Ingenstau/Korbion, a.a.O., Rn. 59).

bb) Zum anderen hätte die Klägerin auch unter der Geltung des § 637 BGB a. F. ihren Nacherfüllungsanspruch nach Fristablauf nicht aufgrund ihrer Erklärung im Schreiben vom 02.09.2002 (Anlage K 10) verloren. Zwar entsprach es der Rechtsprechung des BGH, dass einem Auftraggeber die Ansprüche nach § 633 Abs. 2, 3 BGB dann nicht mehr zustehen, wenn er durch Fristsetzung Nachbesserung verlangt und damit die Erklärung verbunden hat, dass er nach fruchtlosem Ablauf der Frist eine Mängelbeseitigung ablehnen und stattdessen Schadensersatz verlangen werde (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 1986 - **VII ZR 22/86**). Dem Wortlaut des Schreibens vom 02.09.2002 (Anlage K 10) lässt sich aber die Erklärung entnehmen, nach

Fristablauf auf eine Mängelbeseitigung durch die Beklagte zu verzichten und durch Dritte Mängel selbst beseitigen zu wollen. Insoweit kann aber die - in dem Schreiben vom 02.09.2002 ebenfalls enthaltene - weitere Erklärung der Klägerin, sie lehne eine Nachbesserung durch die Beklagten ab, nicht als Ablehnungsandrohung i.S.d. § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. verstanden werden. Dieser Satz darf nicht allein für sich betrachtet werden, sondern er ist vielmehr unter Würdigung des übrigen Inhalts des Schreibens dahin zu verstehen, dass die Klägerin nach fruchtlosem Fristablauf auf eine Mängelbeseitigung durch die Beklagten keinen Wert mehr lege, sondern durch Aufträge an andere Unternehmen selbst tätig werden wolle (BGH, a.a.O.).

3. Der Kostenvorschussanspruch der Klägerin ist nicht verjährt. Der Ablauf der nach der Abnahme am 01.05.2001 mit Ablauf des 01.05.2006 endenden Verjährungsfrist ist durch Einreichung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens am 28.04.2006 nach §§ 204 Abs. 1 Nr. 7 BGB, 167 ZPO gehemmt worden.

a) Zwar hat die Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens an die Rechtsvorgängerin der Beklagten, die "Nnnnnnnnn GmbH" die Verjährung nicht hemmen können, da die "Nnnnnnnnn GmbH" zum Zustellungszeitpunkt am 11.05.2006 aufgrund des Verschmelzungsvertrages mit der Beklagten vom 02.05.2006 und der Eintragung der Verschmelzung bzw. des Erlöschens der "Nnnnnnnnn GmbH" ins Handelsregister am 04.05.2006 nicht mehr existent war (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG). Die Klägerin hat danach in der Antragsschrift eine nicht mehr existierende Partei bezeichnet. Der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens gegen eine zum Zeitpunkt der Zustellung nicht (mehr) existierende Partei ist aber unwirksam und vermag daher verjährungsunterbrechende Wirkung gegen den wahren Rechtsträger nicht zu entfalten (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2002 - VIII ZR 187/01 - zur Klage gegen eine nichtexistente Partei; vgl. auch Weimann/Terheggen NJW 2003, 1298).

b) Insoweit war auch keine Parteiberichtigung nach Auslegung möglich, dass mit dem Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens die nunmehrige Beklagte als Antragsgegnerin gemeint gewesen sei. Zwar ist nach der Rechtsprechung des BGH die Bezeichnung der Partei allein für die Parteistellung nicht ausschlaggebend. Vielmehr kommt es darauf an, welcher Sinn der von der klagenden Partei in der Klageschrift bzw. hier in der Antragsschrift gewählten Parteibezeichnung bei objektiver Würdigung des Erklärungsinhalts beizulegen ist. Bei unrichtiger äußerer Bezeichnung ist grundsätzlich die Person als Partei anzusprechen, die erkennbar durch die Parteibezeichnung betroffen werden soll (BGH, Urteil vom 24. November 1980 - VIII ZR 208/79 - NJW 1981, 1453 unter III 2 a). Vorliegend kann die Bezeichnung des Gegners im Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens aber nicht dahin verstanden werden, dass damit die jetzige Beklagte als Rechtsnachfolgerin der "Nnnnnnnnn " Antragsgegnerin sein sollte. Dagegen spricht nämlich, dass der Klägerin das Erlöschen der "Nnnnnnnnn GmbH" zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht bekannt sein konnte und sie daher deren Rechtsnachfolgerin nicht gemeint haben konnte. Zudem war bei objektiver Deutung aus der Sicht des Gerichts, das neben der Gegenseite Empfänger der Antragsschrift Anlagen war, eine Rechtsnachfolge nicht erkennbar, da nichts dafür

ersichtlich ist, dass dem Gericht am 05.05.2006 die Eintragung der Verschmelzung vom 04.05.2006 bekannt war (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juni 2002 - **VIII ZR 187/01**).

c) Die Verjährung ist aber dadurch nach § **204** Abs. 1 Nr. 7 BGB i. V. m. §§ **189, 167** ZPO gehemmt worden, dass die Beklagte den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens als Rechtsnachfolgerin der "Nnnnnnnn GmbH" am 11.05.2006 formlos erlangt hat und die Klägerin nach Kenntnis der Verschmelzung und des Erlöschens der Rechtsvorgängerin der Beklagten, im selbständigen Beweisverfahren einen Parteiberichtigungsantrag gestellt hat.

aa) Nach der Rechtsprechung des BGH wird die Verjährung wird auch dann gemäß § **204** Abs. 1 Nr. 7 BGB i.V.m. § **189** ZPO gehemmt, wenn der Antragsgegner den Antrag auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens lediglich aufgrund einer formlosen Übersendung durch das Gericht erhalten hat (BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - **VII ZR 186/09**). Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beklagte den Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens mit der Zustellung an die nicht mehr existente Rechtsvorgängerin am 11.05.2006 erhalten hat. Die Geschäftsadresse der Beklagten war insoweit mit der der Rechtsvorgängerin der Beklagten identisch; dort existierte aber nach dem Erlöschen der Rechtsvorgängerin nur noch die Beklagte. Die Verfahrensbevollmächtigten der Beklagten haben sich sodann unter dem auf die Beklagten hinweisenden Kurztitel "Nnnnnnnn " im selbständigen Beweisverfahren gemeldet. Nach der Rechtsprechung des BGH hat § **189** ZPO den Sinn, die förmlichen Zustellungsvorschriften nicht zum Selbstzweck erstarren zu lassen, sondern die Zustellung auch dann als bewirkt anzusehen, wenn der Zustellungszweck anderweitig, nämlich durch tatsächlichen Zugang, erreicht wird. Der Zweck der Zustellung ist es, dem Adressaten angemessene Gelegenheit zur Kenntnisnahme eines Schriftstücks zu verschaffen und den Zeitpunkt der Bekanntgabe zu dokumentieren. Ist die Gelegenheit zur Kenntnisnahme gewährleistet und steht der tatsächliche Zugang auch ohne die durch die förmliche Zustellung gewährleistete Dokumentation fest, bedarf es besonderer Gründe, die Zustellungswirkung entgegen dem Wortlaut der Regelung in § **189** ZPO nicht eintreten zu lassen. Diese bestehen nicht, soweit es um die materiell-rechtliche Wirkung geht, die Verjährung zu hemmen. Denn ein Antragsgegner ist auch dann, wenn ihm ein Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nicht förmlich zugestellt wird, in ausreichender Weise über dieses Verfahren und vor allem über den Willen des Antragstellers, den Anspruch weiter zu verfolgen, in Kenntnis gesetzt worden.

Der Funktion der Hemmungshandlung, den Schuldner nachhaltig auf den Willen des Gläubigers zur Durchsetzung seines Rechtes hinzuweisen und ihn ausreichend für seine Entscheidung zu informieren, ob er sich gegen die Anspruchsstellung zur Wehr setzen will, ist auch durch die formlose Übersendung des bei Gericht eingereichten Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens genüge getan.

Der Schuldner ist dadurch hinreichend informiert und entsprechend gewarnt, dass der Gläubiger seine Ansprüche nicht verjähren lassen will, so dass er sich nicht mehr darauf verlassen, dass der Inhaber des Anspruchs keine Forderungen mehr an ihn stellt, sondern weiß, dass der Anspruch vor Eintritt der Verjährung geltend gemacht

werden soll (BGH, Urteil vom 27. Januar 2011 - **VII ZR 186/09** -). Auch vorliegend hat die Beklagte durch die an sie formlose Übersendung Kenntnis davon erlangt, dass die gegen die Rechtsvorgängerin gerichteten Ansprüche weiter verfolgt werden.

bb) Grundsätzlich heilt § **189** ZPO Zustellungsfehler jedoch nur durch ein formloses Erlangen des Schriftsatzes durch den Adressaten der Zustellung bzw. durch den, an den anstelle des Zustellungsadressaten hätte zugestellt werden können. Zur Zeit des Erhalts der Antragschrift durch die Beklagte hätte an diese jedoch nicht anstelle der Rechtsvorgängerin zugestellt werden können, da es sich bei der Beklagten mangels eines identitätswahrender Formwechsels um eine andere Rechtspersönlichkeit als die der Rechtsvorgängerin gehandelt hat und die Beklagte auch nicht Vertreter der Rechtsvorgängerin war. Jedoch hat die Klägerin nach Erlangung der Kenntnis von der Verschmelzung am 11.08.2006 im selbständigen Beweisverfahren am 17.08.2006 einen Rubrumsberichtigungsantrag gestellt, der der Beklagten auch übersandt wurde. Spätestens danach konnte die Beklagte erkennen, dass die ursprünglich gegen ihre Rechtsvorgängerin gerichteten Ansprüche gegen sie als Rechtsnachfolgerin weiter verfolgt werden sollten. Der Zweck der "Zustellung" im Hinblick auf den Eintritt einer Verjährungshemmung ist damit grundsätzlich erreicht worden.

cc) Eine Hemmung der Verjährung durch die Übersendung des Rubrumsberichtigungsantrags i. V. m. der formlosen Übersendung mit des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens kann aber vorliegend - da sowohl die Übersendung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens als auch die Übersendung des Rubrumsberichtigungsantrags nach Ablauf der Verjährungsfrist erfolgt sind - nur eintreten, wenn auch die Voraussetzungen des § **167** ZPO gegeben sind. Dies ist aber nach Ansicht des Senats gegeben.

(1) Die Übersendung des gestellten Rubrumsberichtigungsantrags, der nach den obigen Ausführungen als letzter Akt für den Eintritt der Verjährungshemmung erforderlich war, ist als "demnächst" im Sinne des § **167** ZPO anzusehen. Die Klägerin hat im selbständigen Beweisverfahren erst am 11.08.2006 Kenntnis von der Verschmelzung der Rechtsvorgängerin auf die Beklagte, deren damit einhergehendes Erlöschen und somit von der Notwendigkeit, den Antrag nunmehr gegenüber der Beklagten weiterzuverfolgen, erlangt. Der Rubrumsberichtigungsantrag ist am 17.08.2006 bei Gericht eingegangen. Da somit keine durch die Klägerin zu verantwortende Zustellungsverzögerung von mehr als 14 Tagen gegeben ist, ist die "Zustellung" des Antrags einschließlich des Rubrumsberichtigungsantrags noch als "demnächst" anzusehen.

(2) Der Annahme der Vorwirkung nach § **167** ZPO steht nach Ansicht des Senats nicht entgegen, dass sich der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens gegen die Rechtsvorgängerin richtet hat. Nach Ansicht des Senats ist es für die Annahme einer Vorwirkung zur Hemmung der Verjährung durch Einreichung eines Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens nach § **204** Abs. 1 Nr. 7 BGB i. V. m. §§ **189, 167** ZPO ausreichend, dass die Klägerin in unverjährter Zeit alles getan hat, um aus damaliger Sicht eine Zustellung

"demnächst" an die Rechtsvorgängerin zu ermöglichen, und nach Kenntnis der Verschmelzung und der damit einhergehenden Rechtsnachfolge durch den Antrag auf Rubrumsberichtigung vom 17.08.2006 keine wesentliche Verzögerung der "Zustellung" an die Beklagte als Rechtsnachfolgerin verursacht hat.

(3) Selbst wenn man eine Vorwirkung nach § 167 ZPO vorliegend nicht als gegeben erachten wollte, weil der Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahren sich gegen die erloschene Rechtsvorgängerin der Beklagten gerichtet hat, wäre die Erhebung der Einrede der Verjährung mit der Begründung, dass der Antrag keine Vorwirkung habe entfalten können, als rechtsmissbräuchlich und gegen § 242 BGB verstoßend anzusehen.

Grundsätzlich darf die Frist des Ablaufs der Verjährung für verjährungshemmende Maßnahmen bis zum letzten Tag ausgenutzt werden; dabei darf auch die Vorwirkungswirkung des § 167 ZPO bewusst ausgenutzt werden. Grundsätzlich geht auch die Rechtsfigur der Verschmelzung davon aus, dass Gläubiger durch eine Verschmelzung nicht benachteiligt werden, sondern ursprünglich gegen den Rechtsvorgänger entstandene Ansprüche nach der Verschmelzung ohne weiteres gegen Rechtsnachfolger weiter verfolgt werden können. Der Umstand, dass es durch das rechtstechnisch bedingte Erlöschen der Rechtsvorgängerin - wie hier - im Einzelfall dazu kommen kann, dass verjährungshemmende Maßnahmen ins Leere gehen, entspricht daher letztlich nicht dem Willen des Gesetzgebers.

Die Berufung auf diesen planwidrigen Umstand ist nach Ansicht des Senats rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 242 BGB. Rechtsmissbräuchlich ist die Erhebung der Verjährungseinrede nicht nur dann, wenn eine Partei durch aktives Tun in arglistiger Weise die Gegenseite in ihrem Vertrauen bestärkt, auch ohne Klage zu ihrem Recht zu kommen, und sie dadurch von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abhält. Auch ein unabsichtliches Verhalten genügt, wenn es für die Unterlassung einer rechtzeitigen Klageerhebung ursächlich ist und die spätere Verjährungseinrede unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls mit dem Gebot von Treu und Glauben unvereinbar ist (BGH **NJW 2002, 3110**).

Hier ist davon auszugehen, dass Verschmelzung mit der Wirkung des Erlöschens der Rechtsvorgängerin nicht in der Absicht erfolgt ist, eine Verjährungshemmung zu vereiteln. Dennoch erscheint die Berufung auf den Umstand, dass die Rechtsvorgängerin erloschen ist und damit die Vorwirkung der Zustellung des Antrags auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens scheitert, als treuwidrig, da damit eine nicht planmäßige Lücke der gesetzlichen Regelung ausgenutzt würde, die dem Sinn der Verschmelzungsregeln, nämlich keine Nachteile für die Gläubiger herbeizuführen, widerspricht. Dass hier - im Gegensatz zu dem vom BGH zu beurteilenden Fall - möglicherweise keine Verpflichtung zur Mitteilung der Änderung des Rechtsträgers an die Klägerin gegeben war, ist dabei unschädlich. Die Feststellung einer solchen Verpflichtung war in dem vom BGH zu entscheidenden Fall dem dortigen langen Zeitablauf zwischen der Verschmelzung und der Klageerhebung geschuldet, der es der dortigen Klägerin grundsätzlich ermöglicht hätte, den Wechsel des Rechtsträgers feststellen zu können. Dies war hier aber nicht möglich, da der Wechsel des Rechtsträgers zwischen der Einreichung des Antrags

und der Zustellung erfolgt ist. Auch ein Blick in das Handelsregister vor Einreichung des Antrags hätte kein anderes Verhalten der Klägerin geboten.

4. Die Klägerin muss sich ein Mitverschulden gemäß § 254 BGB im Sinne eines Planungsverschuldens des Streithelfers im Verhältnis zur Beklagten nicht anrechnen lassen.

a) Soweit die Parteien darüber streiten, inwieweit mögliche Fehler in der Planung des Streithelfers bezüglich der Frage der erforderlichen Abdichtung zur Annahme eines Mitverschuldens der Klägerin führen, kommt es nicht darauf an, in welcher Leistungsphase ein Architekt die entsprechenden Planungsleistungen zu erbringen hätte. Entscheidend ist vielmehr, welche Pflichten die Beklagte durch den Bauvertrag übernommen hat bzw. welche Obliegenheiten/Pflichten nach den vertraglichen Regeln insoweit noch der Klägerin verblieben sind.

aa) Nach den Regelungen des Vertrages hat sich die Beklagte zur schlüsselfertigen Erstellung der Gebäude auf der Grundlage bestimmter Pläne unter Verpflichtung der Erstellung der Statik und der Werkplanung verpflichtet. Danach schuldet die Beklagte der Klägerin im Rahmen des "Gesamtpaketes" keine gesonderten Architektenleistungen, sondern die mangelfreie Errichtung der Gebäude (auf der Grundlage der von ihr noch zu erbringenden Planungsleistungen). Zugleich haben die Parteien bestimmte Pläne und planerische Leistungen (z. B. das Raumbuch), die vom Streithelfer stammen, zur Vertragsgrundlage gemacht. Insoweit folgt jedenfalls aus § 3 Abs. 1 VOB/B, dass diese auch zutreffend sein müssen; "zutreffend" bedeutet insoweit auch widerspruchsfrei.

bb) Nach den planerischen Vorgaben hätte der Beklagten bewusst sein müssen, dass eine Abdichtung gegen drückendes Wasser erforderlich ist. Diese Erforderlichkeit ergibt sich aus den Angaben des Streithelfers im Raumbuch, wonach die Außenwände im Kellergeschoss gegen drückendes Wasser abzudichten seien, und aus der Baugrundstellungnahme des Ingenieurbüros Dipl.-Ing. Mnnnn vom 05.07.1996, wonach die Bauwerksabdichtungsmaßnahmen gemäß DIN 18195 herzustellen und in den Kellern druckwasserhaltende Dichtungen vorzusehen seien. Dass der Beklagten auch tatsächlich die Erforderlichkeit einer Abdichtung gegen drückendes Wasser bekannt war, ergibt sich aus dem eigenen, ebenso Vertragsbestandteil gewordenen Angebot vom 09.05.2000 (Anlage B 6), nachdem der Angebotspreis laut überarbeiteter Baubeschreibung auch die Kellerabdichtung gegen drückendes Wasser enthält. Danach musste der Beklagten klar sein, dass sie die für eine mangelfreie Kellerabdichtung gegen drückendes Wasser erforderlichen Planungsleistungen erbringen musste, soweit solche Planungsleistungen nicht bereits in den Zum Vertragsgegenstand gemachten Planungen enthalten waren.

b) Die Annahme eines Mitverschuldens der Klägerin kommt überhaupt nur in Betracht, wenn die Planung des Streithelfers, soweit sie zum Vertragsgegenstand geworden ist, fehlerhaft gewesen ist.

aa) Entgegen der Ansicht des Landgerichts kann kein Fehler angenommen werden, weil durch die Planung des Streithelfers der Eindruck eines Gesamtkonzeptes vermittelt worden sei, das die für das Bauvorhaben in technischer Hinsicht wichtigen

Punkte zusammenfasse, obwohl hinsichtlich der Frage der Abdichtung eine Festlegung nicht getroffen bzw. missverständlich ausgeführt worden sei. Vielmehr ist davon auszugehen, dass aufgrund der zur Vertragsgrundlage gewordenen Pläne, Unterlagen etc. der Planungsstand festgehalten worden ist, auf dessen Grundlage die Beklagte ihre, den geschuldeten Erfolg ihrer Bautätigkeit herbeiführende weitere Werkplanung aufbauen sollte. Aus diesem Planungsstand war aber ersichtlich, dass eine Festlegung hinsichtlich der konkreten Art der Abdichtung gegen drückendes Wasser noch nicht getroffen und diese Festlegung und Detailplanung daher von der Beklagten zu erbringen war.

bb) Es kann dahinstehen, inwieweit die Angabe in der Baubeschreibung des Streithelfers unter "Gründung, Bodenplatte" "In Beton B 25 gem. statischen Erfordernissen, Streifenfundamente unter den Außen-, Mittel-(Haus 8 -18) und Haustrennwänden" zu einer Fehlerhaftigkeit bzw. Widersprüchlichkeit der planerischen Vorgaben führt. Es kann daher offen bleiben, ob insoweit den Ausführungen des Sachverständigen Knnnn in dem im selbständigen Beweisverfahren nnnnn erstatteten Gutachten vom 11.10.2011 zu folgen ist, wonach in der Vorplanung wie Baubeschreibung, Raumbücher und Vorentwurfspläne genügend Aussagen über die erforderlichen Maßnahmen gemacht worden sind, oder nach den Ausführungen des Sachverständigen Ann von einer fehlerhaften Planung auszugehen ist, da die Planung von Streifenfundamenten mit dem Erfordernis einer schwarzen oder weißen Wanne nicht zu vereinbaren ist, da beide Fälle in der Regel eine lastabtragende Bodenplatte ohne weitere Fundamente erfordern.

c) Selbst wenn von einer Widersprüchlichkeit der Pläne des Streithelfers bzw. der Pläne des Streithelfers zu den weiteren zur Vertragsgrundlage gemachten Unterlagen auszugehen wäre, weil sich das daraus ergebende Erfordernis einer Abdichtung gegen drückendes Wasser mit der weiteren Angabe eines Streifenfundaments nicht zu vereinbaren ließe, würde dies ein Mitverschulden der Klägerin nicht begründen bzw. würde ein entsprechender Verursachungsbeitrag gänzlich hinter den für den Mangel gesetzten Verursachungsbeitrag der Beklagten zurücktreten.

aa) Dabei war zur berücksichtigen, dass die Beklagte von vorneherein nicht davon ausgehen konnte, eine Planung des Streithelfers erhalten zu haben, die eine weitere Planung der hier in Frage stehenden Abdichtung entbehrlich machen würde. Vielmehr hat die Beklagte nach den vertraglichen Abreden die weitere Planung auf dem Stand der zur Vertragsgrundlage gemachten Unterlagen selbst fortzuschreiben, indem sie die erforderliche statischen Berechnungen und die zur Ausführung erforderlichen Detailplanungen (wenigstens für sich im Sinne einer internen Werkplanung) zu erstellen hatte. Sowohl hinsichtlich der Statik als auch der Werkplanung war es aber erforderlich, sich mit der Frage der Gründung und der nach den Vertragsgrundlagen erforderlichen und geschuldeten Abdichtung gegen drückendes Wasser planerisch auseinander zusetzen.

bb) Nach § 4 Nr. 3 VOB/B hat der Auftragnehmer, selbst wenn er nur die Ausführung und keine eigenen Planungsleistungen übernimmt, die ihm überlassenen Planungen und sonstige Ausführungsunterlagen grundsätzlich "als Fachmann zu prüfen" und

Bedenken mitzuteilen. Zu prüfen ist u. a., ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist. Für eine unterlassene Prüfung und Mitteilung ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebietes zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können (vgl. BGH NJW-RR 1991, 276). Entsprechende Hinweise auf eine mögliche Fehlerhaftigkeit bzw. Widersprüchlichkeit der vorgegebenen Vertragsgrundlage im Hinblick auf die erforderliche Abdichtung gegen drückendes Wasser hat die Beklagte der Klägerin nicht mitgeteilt.

cc) Prüft ein Auftragnehmer die Vorgaben pflichtgemäß und gibt er entsprechende Hinweise, so ist das grundsätzlich geeignet und nach den Regelungen der VOB/B auch dazu bestimmt, die Folgen derjenigen Mängel von Planungen und Ausführungsunterlagen vollständig zu verhindern, die bei ordnungsgemäßer Prüfung entdeckt werden können. Soweit ein Auftragnehmer mit der gebotenen Prüfung die Mängel hätte verhindern können, setzt er die eigentlichen Ursachen für die weiteren Schäden (BGH a.a.O.). Es ist deshalb nach dem BGH in der Regel auch veranlasst, dem bei einer Verschuldensabwägung entscheidendes Gewicht zukommen zu lassen.

dd) Dabei kommt weiter den nach den Umständen des Einzelfalls zu erwartenden Fachkenntnissen des Auftragnehmers wesentliche Bedeutung zu (BGH a.a.O.). Aufgrund der von der Beklagten selbst übernommenen weiteren Planungsleistungen durfte die Klägerin aber davon ausgehen, dass die Beklagte nicht nur in der Lage war, die Pläne wie ein "nur" bauausführendes Unternehmen, sondern wie ein weiterer Planer zu überprüfen. Daher ist es gerechtfertigt, eine alleinige Verantwortung der Beklagten nicht nur für den Fall anzunehmen, dass sie die fehlerhaften Vorgaben tatsächlich erkannt hat, ohne darauf hinzuweisen. Vielmehr muss die Beklagte bereits dann die alleinige Verantwortung tragen, wenn sie aufgrund der durch die vertragliche Übernahme von Planungsleistungen "angemaßten" planerischen Fachkompetenz hätte erkennen müssen, dass die Vorgaben des Streithelfers gegebenenfalls widersprüchlich waren. Insoweit sind aber keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass ein Planer bei der gebotenen Prüfung der durch den Vertrag vorgegebenen Planungsgrundlagen deren mögliche Widersprüchlichkeit im Hinblick auf die Möglichkeit der Errichtung einer Abdichtung gegen drückendes Wasser nicht hätte erkennen können.

Soweit der Senat in der mündlichen Verhandlung eher den Standpunkt vertreten hat, ein Mitverschulden der Klägerin käme in Betracht, hält er angesichts der dargelegten Argumente daran nicht weiter fest. Eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nach § 156 ZPO war insoweit aber nicht geboten. Die Frage eines Mitverschuldens ist einer der Hauptstreitpunkte des Falles und war daher Gegenstand der ausführlichen schriftlichen Auseinandersetzung und der ausführlichen Erörterung in der mündlichen Verhandlung. Die Änderung der Rechtsansicht des Senats beruht lediglich auf einer anderen Bewertung der von den Parteien bereits vorgetragenen Tatsachen und rechtlichen Argumenten, ohne dass der Beklagten deswegen erneut vorheriges rechtliches Gehör zu gewähren war.

5. Die Klägerin muss sich auch kein Mitverschulden nach § **254** BGB wegen eines etwaigen Überwachungsverschuldens ihres Streithelfers anrechnen lassen.

a) Dabei kann dahinstehen, ob der Streithelfer eine Bauüberwachung durchgeführt hat, wofür die Anlagen B 17 ff. allerdings sprechen würden, oder nicht. Denn es entspricht ständiger zutreffender Rechtsprechung des BGH, dass eine fehlende Bauüberwachung des Bauherrn bzw. Fehler der Bauüberwachung kein Mitverschulden des Bauherrn gegenüber dem Bauunternehmer begründet (vgl. BGH, Urte. v. 27.11.2008, **VII ZR 206/06**). Dies entspricht auch dem allgemeinen Grundsatz in der Rechtsprechung, dass derjenige, der eine bestimmte Aufgabe übernommen hat, sich nicht auf eine fehlende Überwachung der Erfüllung dieser Aufgabe durch seinen Auftraggeber berufen kann; insoweit kann sich z. B. der Geschäftsführer einer GmbH bei der Erfüllung seiner Pflichten gegenüber der Gesellschaft nicht darauf berufen, durch die Gesellschafterversammlung oder den Aufsichtsrat nicht hinreichend überwacht worden zu sein (MüKoBGB/Oetker BGB, 7. Auflage 2016, § 254 Rn. 60, beck-online).

b) Daran ändert auch nichts der Umstand, dass nach der Rechtsprechung des BGH Obliegenheitsverletzungen ausreichen können, um ein Mitverschulden anzunehmen zu können. Diese Rechtsprechung bedeutet im Sinne einer bloßen Klarstellung lediglich, dass keine einklagbare verletzte Leistungsverpflichtung gegeben sein muss, um ein Mitverschulden annehmen zu können. Was aber eine Obliegenheit im Sinne des § **254** BGB ist bzw. ob ein "Verschulden gegen sich selbst" im Einzelfall zu einem Mitverschulden führt, ist Gegenstand einer wertenden Betrachtung, da § **254** BGB sich als Ausfluss des Rechtsgedankens von § **242** BGB bzw. des Gedankens des "Schutzzwecks der Norm" darstellt. Danach ist es weiter zutreffend, dass Fehler der Bauüberwachung durch den Auftraggeber den Unternehmer nicht entlasten. Der Bauunternehmer kann vom Bauherrn nicht verlangen, dass dieser ihn bei den Bauarbeiten überwacht; eine solche Überwachung wird vom Bauherrn gegenüber dem Unternehmer nicht geschuldet (vgl. BGH Urteil vom 18. April 2002 - **VII ZR 70/01 - NJW-RR 2002, 1175**; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 15. Aufl. Rn. 2492 m. w. N.).

c) Ein Mitverschulden im Hinblick auf eine unterlassene/fehlerhaft ausgeführte Bauüberwachung ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin sich der Beklagten gegenüber zur Bauüberwachung verpflichtet hätte. Dies ergibt sich aus den vertraglichen Regelungen der Parteien, insbesondere aus § 7.4 des Bauvertrages nicht. Denn dort ist nur ein Recht der Klägerin zur Wahrnehmung der Bauüberwachung gegenüber der Beklagten geregelt; daraus ergibt sich aber keine entsprechende Verpflichtung der Klägerin gegenüber der Beklagten

6. Die Klägerin muss sich auch kein Mitverschulden deswegen anrechnen lassen, weil sie bis jetzt keine Mängelbeseitigungsarbeiten selbst durchgeführt hat bzw. hat durchführen lassen. Insoweit macht sich der Senat die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts nach eigener Prüfung zu eigen.

7. Die Klägerin kann als Kostenvorschuss die nach dem Sachverständigen Dipl.-Ing. Ann voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten (Pos. 1 - 19 lt.

Gutachten Ann , S. 49 ff) in Höhe von 387.680,- Euro netto zuzüglich eines Zuschlags für Architektenkosten in Höhe von 15% = 58.152,- Euro netto, mithin einen Gesamtbetrag in Höhe von 445.832,- Euro netto zzgl. 19% USt von 84.708,08, zusammen 530.540,08 Euro verlangen.

a) Die Klägerin kann zunächst als Vorschuss die vom Sachverständigen Dipl.-Ing. Ann ausgewiesenen Kosten für die von ihm vorgeschlagene Vorgehensweise bei der Mängelbeseitigung in Höhe von 387.680,- Euro netto verlangen.

aa) Zwar beinhaltet der Sanierungsvorschlag des Sachverständigen zwei Komponenten, die theoretisch auch in zwei Schritten ausgeführt werden könnten, wobei die erste Komponente, nämlich die Anlegung einer Drainage bereits insoweit Erfolg haben könnte, dass keine weitere Feuchtigkeit in den Kellern auftritt, wobei aber der Eintritt dieses Erfolges nach den Ausführungen des Sachverständigen nicht sicher ist. Nach den Ausführungen des Sachverständigen führen aber erst beide Schritte gemeinsam dazu, einen Zustand zu erreichen, der den geschuldeten Zustand des Bauwerks, nämlich eine funktionierende Abdichtung gegen drückendes Wasser, nicht erreichen, aber möglichst nahe kommen kann.

bb) Im Rahmen der Mängelbeseitigung darf die Klägerin eine solche und die dafür erforderlichen Kosten verlangen, die zu einem ordnungsgemäßen, nachhaltigen Erfolg führt (vgl. Wirth in: Ingenstau/Korbion, VOB, 19. Aufl., B § 13 Abs. 5 Rn. 199). Danach ist die alleinige Ausführung der Drainage nicht ausreichend, da nach den Ausführungen des Sachverständigen Ann nicht sicher ist, ob diese allein zu einem Teilerfolg führen kann. Die Klägerin muss sich zudem auch deswegen nicht auf eine Ausführung zunächst nur der Drainage verweisen lassen, weil die Ausführung in zwei Stufen zu einem größeren Aufwand und zu einer größeren Belastung beispielsweise der Mieter führt. Schließlich kann die Klägerin den gesamten vom Sachverständigen genannten Betrag als Vorschuss verlangen, nachdem nur die "Gesamtlösung" einer funktionierenden Abdichtung gegen drückendes Wasser überhaupt nahe kommt, während mit der Drainagelösung lediglich versucht wird, den Lastenfall drückendes Wasser zu vermeiden.

Die Beklagte schuldet jedoch die Ausführung einer Abdichtung gegen drückendes Wasser nicht nur, weil bei dem Lastenfall "drückendes Wasser" nach den technischen Regeln eine solche geschuldet ist, sondern weil sie sich zur Erbringung einer solchen Abdichtung vertraglich ausdrücklich verpflichtet hat, indem die Parteien das Angebot der Beklagten 09.05.2000 (Anlage B 5) ausdrücklich zum Vertragsgegenstand gemacht haben. Die Beklagte muss sich aber nicht auf eine Mängelbeseitigung verweisen lassen, die der geschuldeten, ausdrücklich vereinbarten Leistung nicht annähernd nahe kommt.

cc) Der vom Sachverständige ausgewiesene Betrag zu Mängelbeseitigung ist auch nicht deswegen zu kürzen, weil nach dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsbegründung unter Hinweis auf einen Aufsatz von Dipl.-Ing. Matthias Zöller "Sind Abdichtungen auf WU-Bodenplatten nun doch notwendig?" (**IBR 2012, 243**) eine Horizontalabdichtung aus Bitumenbahnen auf der Bodenplatte bei einer WU-

Betonbodenplatte entgegen dem Kostenansatz des Sachverständigen Dipl.-Ing. Ann nicht erforderlich sei.

(1) Die Beklagte kann damit in 2. Instanz bereits deswegen nicht gehört werden, weil es sich insoweit um ein neues Verteidigungsvorbringen in 2. Instanz handelt, für das Zulassungsgründe nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht ersichtlich sind. Der Sachverständige Ann hat die entsprechenden Ausführungen zur Notwendigkeit einer neuen Horizontalabdichtung auf der Bodenplatte bereits in 1. Instanz gemacht; ausweislich des Veröffentlichungszeitpunkts des Aufsatzes von Dipl.-Ing. Znnn war die Problematik in Fachkreisen bereits im Jahre 2012 bekannt. Die Beklagte hätte somit den entsprechenden Einwand gegen die Kostenschätzung des Sachverständigen Dipl.- Ing. Ann bereits in 1. Instanz nach § 411 Abs. 4 ZPO erheben können und müssen. Dies hat sie indes nicht getan, so dass das neue Vorbringen nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen ist.

(2) Abgesehen davon nicht ersichtlich, dass eine vorliegend überhaupt eine WU-Betonbodenplatte gegeben ist, die weitere Abdichtungen entbehrlich machen würde. Nach der "WU-Richtlinie" (Inhalt wiedergegeben im Internet z. B. unter <http://www.beton-informationen.de/downloads/1-2005-03-01.pdf>) ist bei drückendem Wasser für eine WU-Konstruktion jedenfalls eine Bodenplatte aus Ortbeton von d=25 cm erforderlich. Im Raumbuch des Streithelfers ist für die Bodenplatte aber nur eine Stärke von d=20cm vorgesehen. Es ist insoweit nichts dafür ersichtlich, dass die Beklagte diese Vorgabe überobligatorisch erfüllt hat. Insoweit schränkt auch die Beklagte in der Berufungsbegründung auf S. 3 unten die Möglichkeit des Wegfallens der horizontalen Abdichtung auf den Lastenfall bloßer Bodenfeuchtigkeit, der durch eine Drainage zu erreichen wäre. Wie aber ausgeführt schuldete die Beklagte eine Abdichtung gegen drückendes Wasser.

dd) Die Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass die als Vorschuss verlangten Mängelbeseitigungskosten unverhältnismäßig im Sinne des § 13 Abs. 6 VOB/B / § 633 Abs. 2 S. 3 BGB a. F. seien. Abgesehen davon, dass sich bereits aus dem Verhältnis des erforderlichen Aufwands zur Mängelbeseitigung im Verhältnis zum Nutzen des Auftraggebers (vgl. Wirth, a.a.O. § 13 Abs. 6 Rn. 32 m. w. N.), eine funktionierende Abdichtung für die Reihenhausanlage zu erhalten, kein Missverhältnis erkennen lassen, kann sich die Beklagte bereits deswegen nicht auf eine Unverhältnismäßigkeit berufen, weil die fehlende Abdichtung gegen drückendes Wasser bei dem Lastenfall "drückendes Wasser" einen Verstoß gegen die Regeln der Technik darstellt und die Ausführung einer solchen Abdichtung auch ausdrücklich vereinbart worden ist.

ee) Der Klägerin steht ein Vorschuss auf die vom Sachverständigen ausgewiesenen Mängelbeseitigungskosten zu, auch wenn die tatsächlichen Kosten sich nach den Ausführungen des Sachverständigen im Ergebnis auf einen Betrag von - 50% / + 50% des vom Sachverständigen angenommenen Werts belaufen können. Da die Klägerin nicht gehalten ist, zugunsten der "doppelt vertragsuntreuen" Beklagten den günstigsten Anbieter der auszuführen Arbeiten zu ermitteln und diesen zu beauftragen, kann die Klägerin hinsichtlich des Vorschussbetrages nicht auf einen Mindestbetrag verwiesen werden, sondern kann den vom Sachverständigen

ermittelten durchschnittlich erforderten Betrag verlangen. Den Interessen der Beklagten ist insoweit hinreichend durch die Pflicht der Klägerin, die Verwendung des Vorschusses abzurechnen, Rechnung getragen.

b) Der Klägerin steht auch ein Vorschuss in Höhe von 58.152,- Euro netto auf die für die Durchführung der Mängelbeseitigungsarbeiten erforderlichen Architektenkosten zu. Insoweit ist davon auszugehen - was auch beide Parteien tun -, dass bei dem Umfang der erforderlichen Mängelbeseitigungsarbeiten Architektenkosten grundsätzlich anfallen und daher zur Mängelbeseitigung als erforderlich sind. Soweit das Landgericht insoweit eine eigene Berechnung der nach den Vergütungsregelungen der HOAI voraussichtlich gerechtfertigten Architektenkosten aufgestellt hat und die Parteien nunmehr über die Frage streiten ob und inwiefern die Berechnung des Landgerichts zutreffend ist, kommt es darauf nicht an. Die gerechtfertigte Höhe des Kostenvorschusses kann vom Gericht nach § **287** ZPO geschätzt werden, ohne dass es darauf ankommt, welche Positionen im Endergebnis tatsächlich angefallen sind. Dabei ist aufgrund des wegen der "doppelten Vertragsuntreue" des Auftragnehmers zu seinen Lasten gehenden "Prognoserisikos" eine Schätzung auf den bloßen Mindestbetrag nicht geboten. Vielmehr soll der Auftraggeber durch den zugesprochenen Vorschussbetrag grundsätzlich in die Lage versetzt werden, die Mängelbeseitigung erfolgreich durchzuführen bzw. durchführen zu lassen. Den Interessen des Auftragnehmers wird wiederum durch die Abrechnungspflicht Rechnung getragen. Im Rahmen eines Vorschussanspruchs zur Mängelbeseitigung ist nach der Rechtsprechung ein geschätzter Betrag für Regie bzw. Architektenkosten in Höhe von 10 - 15% der Mängelbeseitigungskosten üblich (vgl. z. B. OLG München **IBR 2007, 261**). Der Senat schätzt den Betrag der erforderliche Regiekosten insoweit auf 15%, somit einen Betrag 58.152,- Euro netto.

8. Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Ansprüche der Klägerin nicht durch den von den Parteien durch den vor dem Kammergericht zum Aktenzeichen nnnnnn geschlossenen Vergleich abgegolten sind. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts unter A. X. der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

9. Zurecht hat das Landgericht grundsätzlich die von der Klägerin geltend gemachten Mangelfolgeschäden zugesprochen. Einer Korrektur muss das Landgericht jeweils nur insoweit unterliegen, als es zu Unrecht einen Mitverschuldensbeitrag von 1/3 berücksichtigt hat.

a) Etwaige Mangelfolgenansprüche sind nicht verjährt. Soweit nach den obigen Ausführungen eine Verjährungshemmung durch das selbständiges Beweisverfahren eingetreten ist, umfasst diese alle Gewährleistungsrechte, also auch die geltend gemachten Schadensersatzansprüche wegen Mangelfolgeschäden (BGH, Urt. v. 15.06.1972, **VII ZR 64/71, BGHZ 59, 202**).

b) Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte zur Tragung der Kosten des Bodengutachtens der Firma Bnnn GmbH verurteilt; mangels eines Mitverschuldens ist aber der Abzug von 30% nicht gerechtfertigt so dass der Klägerin ein Betrag in

Höhe von 1.854,91 Euro zusteht. Es handelt sich insoweit nicht um "Sowiesokosten", da die sich aus der Stellungnahme des Ingenieurbüros Mnnnn ergebenden Hinweise auf drückendes Wasser für eine zutreffende Beschreibung der Bodenverhältnisse ausreichend war.

c) Zu Recht hat das Landgericht die Beklagte dem Grunde nach für den Zeitraum bis Mai 2008 zum Ersatz des durch die Mietminderung der Mieterin Hnn entstandenen Schadens verurteilt; mangels eines Mitverschuldens ist aber auch hier der Abzug von 30% nicht gerechtfertigt so dass der Klägerin ein Betrag in Höhe von 1.242,- Euro zusteht. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die von der Mieterin angesetzte Mietminderung in Höhe von 10% nicht so unüblich, als dass die Klägerin zur Vermeidung eines Verstoßes gegen die Schadensminderungspflicht dagegen hätte klagen müssen. Den vom Landgericht mangels Mietminderungsrecht der Mieterin nicht zugestandenen Betrag hat die Klägerin mit der Berufung nicht weiterverfolgt.

10. Das Landgericht auch den geltend gemachten Feststellungsanspruch dem Grunde nach zu Recht zugesprochen, Mangels eines Mitverschuldens der Klägerin war er aber nicht lediglich in Höhe von 2/3, sondern in voller Höhe zuzusprechen.

11. Zu Recht ist das Landgericht auch von einem Schadensersatzanspruch nach §§ **280, 286** BGB hinsichtlich der vorprozessualen Anwaltskosten ausgegangen. Mangels eines Mitverschuldens ist aber auch dieser in voller Höhe, mithin in Höhe 5.188,40 Euro zuzusprechen.

12. Zu Recht ist das Landgericht schließlich davon ausgegangen, dass die Zahlungsansprüche der Klägerin nach §§ **280, 286** BGB in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen sind. Zu Recht hat das Landgericht insoweit auf die Rechtsprechung des BGH (BGH, Urt. v. 20.05.1985, **VII ZR 266/84**) verwiesen, wonach eine Verzinsung auch bei einem Vorschussanspruch zu erfolgen hat. Klarzustellen ist insoweit nur, dass diese Zinsen zwar nicht in die Abrechnung des verbrauchten Vorschusses einzubeziehen sind, aber im Falle eines überhöhten, nicht notwendigen Vorschusses im Umfang des Überschusses nicht mehr von einer anfänglichen Zahlungsverpflichtung des Auftragnehmers ausgegangen werden kann, so dass die Rechtfertigung des Zinsanspruchs insoweit damit entfällt und gezahlte Zinsen insoweit zurückzuzahlen sind. Der Zinsanspruch war aber in zeitlicher Hinsicht insoweit zu beschränken, als die Beklagten unwidersprochen vorgetragen hat, am 17.10.2014 (Kontoeingang bei der Klägerin) einen Betrag in Höhe von 464.841,27 Euro zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt zu haben. Nach Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 15. März 2012 - **IX ZR 35/11**) beendet aber auch eine Leistung des Schuldners, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus einem vorläufig vollstreckbaren Urteil erfolgt, den Verzug des Schuldners, obwohl sie keine Erfüllung bewirkt. Grund dafür ist, dass auch eine im Wege der Zwangsvollstreckung aus einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteil begetriebene Leistung die Beendigung des Schuldnerverzuges zur Folge hat. Die Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung soll die nämlichen Folgen nach sich ziehen (BGH a.a.O.). Nachdem der gezahlte Geldbetrag die Summe der durch das ersturteil titulierten bezifferten Zahlungsansprüche übersteigt, war davon auszugehen, dass auf alle diese bezifferten Zahlungsansprüche nebst Zinsen

geleistet worden ist, mit der Folge, dass diese Beträge am dem 18.10.2014 nicht mehr zu verzinsen sind, was durch die zeitliche Einschränkung im geänderten Tenor zum Ausdruck gebracht worden ist. Der Anspruch auf Verzugszinsen für die erstmals im Berufungsurteil titulierten weiteren Zahlungsansprüche wird durch die Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nicht berührt.

Über die Hilfswiderklage war auch in 2.Instanz nicht zu entscheiden, weil auch hier nur eine Verurteilung zu einem abrechenbaren Vorschuss erfolgt ist.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92 Abs. 2, 97 Abs. 1, 101, 708 Nr. 10, 711. Insoweit waren die gesamten Kosten des Rechtsstreits nach § 92 Abs. 2 ZPO der Beklagten aufzuerlegen, da das Teilunterliegen der Klägerin als nur geringfügig im Sinne des § 92 Abs. 2 ZPO anzusehen ist und nur geringfügig höhere Kosten verursacht hat. Zugleich war die Kostenentscheidung der ersten Instanz auch hinsichtlich des vom Landgerichts übergangenen Kostenausspruch bezüglich der Kosten der Nebenintervention zu ergänzen, auch wenn der Streithelfer einen rechtzeitigen Antrag auf Urteilsergänzung nach § 321 ZPO in 1. Instanz nicht gestellt hat. Insoweit kann auch dahin stehen, ob der Streithelfer das erstinstanzliche Urteil insoweit durch ein Rechtsmittel (etwa eine Anschlussberufung) angefochten hat. Denn das Berufungsgericht hat über die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 308 Abs. 2 ZPO von Amts wegen zu entscheiden und insoweit die Kostenentscheidung der ersten Instanz zu überprüfen. Nach der Rechtsprechung des BGH hat das Rechtsmittelgericht die Kosten des Rechtsstreits unter den Parteien nach dem Verhältnis des endgültigen Obsiegens und Unterliegens zu verteilen und kann dabei sogar die einen im Rechtsmittelverfahren nicht mehr beteiligten Streitgenossen betreffende Kostenentscheidung der Vorinstanz ändern (BGH, Urteil vom 14. Juli 1981 - VI ZR 35/79). Erst recht kann das Rechtsmittelgericht insoweit eine unzutreffende, weil übergangene Kostenentscheidung zugunsten des Streithelfers abändern.

Die Revision war nicht nach § 543 Abs. 2 ZPO zuzulassen, da die Sache weder grundsätzliche Bedeutung hat, noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert.