

KG

Urteil

vom 09.01.2015

7 U 227/03

BGB a.F. § 635; VOB/B § 4 Nr. 3, § 13 Nr. 5, 7; ZPO §§ 68, 74 Abs. 3

1. Der Auftragnehmer hat sowohl im VOB- als auch im BGB-Bauvertrag Pläne und sonstige Ausführungsunterlagen fachlich zu überprüfen und gegebenenfalls Bedenken mitzuteilen. Zu prüfen ist unter anderem, ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Werkerfolgs geeignet ist.

2. Für eine unterlassene Prüfung und Mitteilung ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebiets zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können. Kommt er seinen hiernach bestehenden Verpflichtungen nicht nach und wird dadurch das Gesamtwerk beeinträchtigt, ist seine Werkleistung mangelhaft.

3. Der Auftraggeber muss sich kein Mitverschulden seines Architekten anrechnen lassen, wenn der Auftragnehmer die Leistung trotz eines offenkundigen Planungsmangels ausführt, ohne zuvor Bedenken angemeldet zu haben.

4. Die sich aus § 74 Abs. 3 i.V.m. § 68 ZPO ergebende Wirkung der Streitverkündung - gleichgültig, ob der Streitverkündungsgegner dem Rechtsstreit beitrifft oder nicht - setzt voraus, dass der Rechtsstreit durch Urteil entschieden worden ist.

5. Wird über den Klageanspruch nicht sachlich entschieden, sondern der Rechtsstreit verglichen, können gegen den Streitverkündungsgegner in Ermangelung einer "Entscheidung" die Vorschriften der §§ 68, 74 ZPO nicht angewendet werden.

KG, Urteil vom 09.01.2015 - 7 U 227/03

vorhergehend:

LG Berlin, 15.05.2001 - 13 O 262/00

nachfolgend:

BGH, Beschluss vom 02.11.2016 - VII ZR 30/15 (Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen)

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 7. Zivilsenat des Kammergerichts in Berlin-Schöneberg, Elßholzstraße 30-33, 10781 Berlin, auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 2015 durch den Vorsitzenden Richter am Kammergericht ### und die Richter am Kammergericht ### und ###

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 15. Mai 2001 verkündete Urteil der Zivilkammer 13 des Landgerichts Berlin - 13 O 262/03 - teilweise abgeändert:

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin über den ihr durch das Teilurteil des 15. Zivilsenat des Kammergerichts vom 21. Januar 2003 - 15 U 226/01 - zuerkannten Betrag hinaus weitere

19.193,76 EUR nebst 5 % Zinsen seit dem 16. September 1998 zu zahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehende Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen; ihre Widerklage wird abgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszugs tragen die Klägerin 37 % und die Beklagte 63 %. Von den Kosten des Berufungsverfahrens fallen der Klägerin 43 % und der Beklagten 57 % zur Last.

Die Klägerin hat außerdem 37 % der Kosten des Streithelfers in der ersten Instanz und 43 % der Kosten des Streithelfers in der Berufungsinstanz zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe des jeweils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die vollstreckende Partei zuvor Sicherheit in Höhe des beizutreibenden Betrages geleistet hat.

Der Wert der Beschwer durch dieses Schlussurteil beträgt für die Klägerin 218.231,75 EUR und für die Beklagte 334.680,99 EUR.

Gründe

A.

Die Klägerin macht gegen die Beklagte eine restliche Werklohnforderung geltend, die ihr durch das Teilurteil des 15. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Januar 2003 - 15 U 226/01 - in Höhe von (470.805,19 DM =) 240.718,87 EUR rechtskräftig zuerkannt worden ist. In Höhe weiterer (45.000,00 DM =) 23.008,13 EUR ist das angefochtene Urteil des Landgerichts ebenfalls rechtskräftig bestätigt worden, Zug um Zug gegen Beseitigung eines Mangels der Tiefgaragenzufahrt des streitgegenständlichen Objekts. Nicht entschieden hat der 15. Zivilsenats des Kammergerichts über die weitere Werklohnforderung von (339.682,08 DM =) 173.676,69 EUR. Insoweit hatte die Beklagte wegen diverser Mängel ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz einschließlich der dort von den Parteien gestellten Anträge sowie des Urteilstenors und der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils wird auf das am 15. Mai 2001 verkündete Urteil der Zivilkammer 13 des Landgerichts Berlin - 13 O 262/03 - und auf das Teilurteil des 15. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Januar 2003 - 15 U 226/01 - Bezug genommen.

Die Beklagte trägt nunmehr vor:

Sie habe zum einen im Hinblick auf die rechtskräftige Verurteilung durch das Kammergericht und zum anderen zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung mit Wertstellung zum 1. Juni 2001 an die Klägerin insgesamt 509.792,87 EUR geleistet. Mit dieser Zahlung sei die Hauptforderung aus dem Teilurteil in Höhe von 240.718,87 EUR untergegangen; weiter sei der Zinsanspruch von 32.579,49 EUR für den Zeitraum 16. September 1998 bis 31. Mai 2001 ausgeglichen worden. Wirtschaftlich gehe es daher nur noch um den Differenzbetrag von 236.494,51 EUR, der an sie, die Beklagte, zurückzuzahlen sei. Diesen Betrag habe sie nur im Hinblick auf die drohende

Zwangsvollstreckung gezahlt. Sie habe einen Anspruch aus § 717 Abs. 2 ZPO auf Ersatz des Vollstreckungsschadens. Die Ersatzpflicht erstrecke sich auf die Prozesszinsen gemäß § 291 ZPO, die gemäß § 717 Abs. 2 ZPO geltend gemacht werden könnten.

Das Klageverfahren der Beklagten gegen ihren Streithelfer - das D##### -##### -##### -##### - habe mit einem Vergleich abgeschlossen werden müssen. Nach dem Vergleich vom 6. November 2013 sei ihr von der ursprünglichen Klageforderung in Höhe von 345.465,76 EUR nebst Zinsen nur noch ein Anspruch in Höhe von 80.000,00 EUR verblieben. Dies bedeute, dass ihr für die von der Klägerin verursachten Mängel ein Kostenerstattungs- und Schadensersatzanspruch von 265.465,76 EUR verlorengegangen sei. Außerdem sei ihr wegen der Kostenquote des Vergleichs ein weiterer Schaden in Form der von ihr zu tragenden Kosten des Rechtsstreits entstanden.

In dem selbständigen Beweisverfahren der WEG S##### gegen ihren Streithelfer seien umfangreiche Mängel festgestellt worden, die zu einem Vergleichsschluss zwischen der WEG und dem Streithelfer geführt hätten. Die diesbezüglichen Kosten- und Schadensersatzansprüche seien Gegenstand des vorstehend angesprochenen Schadensersatzanspruchs in Höhe von 265.465,76 EUR aus dem Vergleich.

In dem Rechtsstreit der WEG S##### gegen ihren Streithelfer sei letztere durch Urteil des Kammergerichts vom 29. Mai 2009 verurteilt worden, an die WEG Kosten in Höhe von 155.917,38 EUR für die Balkonsanierung zu zahlen. Der hier rechtskräftig ausgeurteilte Kostenerstattungsanspruch habe zur Folge gehabt, dass anteilig im Vergleich eine Schadensersatzforderung in Höhe von 200.000,00 EUR (184.594,51 EUR ohne Zinsen) zu Lasten der Beklagten berücksichtigt worden sei.

Die Klägerin sei durch Streitverkündungen in den einzelnen Rechtsstreitigkeiten jeweils über den Sach- und Streitstand der Auseinandersetzungen mit dem Auftraggeber der Beklagten informiert worden.

In den genannten Rechtsstreitigkeiten seien Mängelansprüche in Höhe von insgesamt 606.364,26 EUR von den beauftragten gerichtlichen Sachverständigen festgestellt worden. Wegen der Zusammensetzung dieses Betrages im Einzelnen wird auf S. 2 bis 4 ihres Schriftsatz vom 30. Oktober 2014 (Bl. III/82 - 84 d.A.) Bezug genommen. Da die Klägerin Generalübernehmerin des streitgegenständlichen Bauvorhabens gewesen sei, liege der ganz überwiegende Teil der festgestellten Mängel in ihrem Verantwortungsbereich. Sie habe durch Nachbesserungen den ihr drohenden Schadensersatzanspruch schon wesentlich minimieren können, sodass es bei den nunmehr geltend gemachten Ansprüchen verblieben sei.

Einige Mängelfeststellungen der gerichtlichen Sachverständigen hätten auch Gewerke betroffen, die nicht im Auftragsumfang der Klägerin enthalten waren; diese seien gleichfalls nicht mehr streitgegenständlich.

Die in den Klageverfahren und dem selbständigen Beweisverfahren erstellten Gutachten würden zum Gegenstand des Sachvortrags der Beklagten im Hinblick auf die mangelhaften Werkleistungen der Klägerin gemacht.

Nachdem der 15. Zivilsenat des Kammergerichts im Teilurteil ein Zurückbehaltungsrecht von 173.676,68 EUR zugesprochen habe, hätten sich nunmehr die mit insgesamt 269.892,60 EUR zu beziffernden Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüche wegen dieser Mängel ergeben.

Nachdem der Auftraggeber der Beklagten die Entgegennahme weiterer Nachbesserungen abgelehnt habe und alle Nachfristsetzungen erfolglos abgelaufen gewesen seien, habe auch sie, die Beklagte, ihren diesbezüglichen Nachbesserungsanspruch gegen die Klägerin nicht mehr geltend machen können. Entsprechend werde nunmehr auch in diesem Rechtsstreit Aufwendungsersatz bzw. Schadensersatz gemäß § 13 Nr. 5 VOB/B/§ 635 BGB a.F. für alle von der Klägerin verursachten Mängel geltend gemacht, die weder freiwillig beseitigt worden seien noch Gegenstand einer Zwischeneinigung der Parteien waren. Mit diesen Ansprüchen rechne sie, die Beklagte, bis zur Höhe der restlichen Werklohnforderung der Klägerin auf und mache sie im Übrigen zum Gegenstand ihrer Widerklage, und zwar in folgender Reihenfolge:

a) Beweiskomplex Balkone: Balkonaufbau, Balkonbrüstungen und Balkondecke (Schadensersatzanspruch: 200.000,00 EUR):

Ihr Streithelfer habe in der parallelen gerichtlichen Auseinandersetzung einen Schadensersatzanspruch in Höhe 200.000,00 EUR durchgesetzt, was sich im Wesentlichen aus den Feststellungen des gerichtlichen Sachverständigen F### ergebe. Diesen Betrag einschließlich Zinsen in Höhe von 15.405,49 EUR (200.000,00 EUR minus 184.594,51 EUR) habe der 26. Zivilsenat des Kammergerichts bei der Berechnung seines Vergleichsvorschlags zu Lasten der Beklagten berücksichtigt. Daraus ergebe sich ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen die Klägerin in entsprechender Höhe.

b) Beweiskomplex Tiefgarage: Lichtschächte und Tiefgaragenrampe (Schadensersatzanspruch: 42.595,87 EUR):

Seitens der Klägerin seien in der Zwischenzeit zwar Nachbesserungen in der Tiefgarage erfolgt; erst im Zuge einer Ersatzvornahme durch den Streithelfer habe aber eine Befriedigung der diesbezüglichen Ansprüche der Erwerber erfolgen können. Ein daraus resultierender Schadensersatzanspruch 42.595,87 EUR sei Gegenstand des angesprochenen gerichtlichen Vergleichs gewesen, der nunmehr als Schadensersatzanspruch gegen die Klägerin geltend gemacht werde.

c) Beweiskomplex Haustechnik/Heizungen: Einregulierung der Fußbodenheizungen, vor und Rücklauf, Erneuerung der Keller-Grundleitungen (Schadensersatzanspruch: 21.235,08 EUR):

Hierzu habe der Sachverständige B### Mängel festgestellt, derentwegen ihre Streithelferin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 21.235,08 EUR geltend gemacht habe, der im Rahmen des Vergleichs berücksichtigt worden sei.

d) Beweiskomplex Hauseingänge/Treppenhäuser: Wasserschäden, Fliesen, Fußabtretermatten, Verfleckungen der Bodenfliesen, Sockelfliese, Lichtschalter, Obertürschließer (Schadensersatzanspruch: 3.394,35 EUR):

Hier habe der gerichtliche Sachverständige ein ganzes Sammelsurium von mangelhaften Leistungen der Klägerin festgestellt. Die gesamten Mängel seien im Rahmen der damaligen Vergleichsüberlegungen von der Klägerin anerkannt worden. Insoweit stehe ihr, der Beklagten, ein weiterer Schadensersatzanspruch in Höhe von 3.394,35 EUR zu, der in vollem Umfang in den abgeschlossenen Vergleich einbezogen worden sei.

e) Beweiskomplex Wohnungen: Fugen der Dachflächenfenster, Tapete an Deckenstößen, Duschtür (Schadensersatzanspruch: 2.667,40 EUR):

Die Klägerin habe eine freiwillige Nachbesserung der insoweit von dem Sachverständigen festgestellten Mängel zugesagt, aber nicht ausgeführt. Deshalb stehe ihr, der Beklagten, ein weiterer Schadensersatzanspruch in Höhe von 2.667,40 EUR zu.

f) Insgesamt seien seitens der verschiedenen gerichtlichen Sachverständigen Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüche in Höhe von 269.892,60 EUR festgestellt worden. Aufgrund dessen sei ihr ein Zahlungsanspruch in Höhe von 265.465,76 EUR verlorengegangen.

Die Forderung des Streithelfers, die zum Abschluss des Vergleichs geführt habe, habe sich vor und im Termin zur mündlichen Verhandlung am 6. November 2013 um drei wesentliche Kostenpositionen reduziert:

Da die Klägerin nach Abschluss der gerichtlichen Beweisaufnahme und vor dem Termin zur mündlichen Verhandlung am 6. November 2013 die vollständige Nachbesserung der Tiefgaragenabdichtung zur Zufriedenheit des Streithelfers ohne Mitwirkung der Beklagten durchgeführt habe, sei der hierauf entfallende Betrag von 199.396,40 EUR nicht mehr Gegenstand der Vergleichsüberlegungen gewesen.

Hinsichtlich der Forderung "Tiefgarage Fußbodenflächen" in Höhe von 58.380,21 EUR sei Verjährung eingetreten; hinsichtlich der Beklagten habe diese Forderung ohnehin nie geltend gemacht werden können.

Der Beweiskomplex "Außenanlagen: 55.332,62 EUR" sei in die gerichtlichen Vergleichsüberlegungen nicht eingeflossen, da der 26. Zivilsenat des Kammergerichts an der Berechtigung dieser Forderung gezweifelt habe.

Die Maximalforderung des Streitverkündeten habe danach im Termin zur mündlichen Verhandlung am 6. November 2013 nur noch 293.255,03 EUR betragen. Der Differenzbetrag in Höhe von 23.362,43 EUR zur ursprünglichen Berechnung beruhe auf der Position "Tiefgaragenrampe", weil in diesem Umfang die Forderung des Streithelfers ursprünglich höher gewesen sei.

Der 26. Zivilsenat des Kammergerichts habe die überwiegende Anzahl der Kostenerstattungs- und Schadensersatzansprüche des Streitverkündeten für begründet angesehen, einige allerdings als vorläufig nicht durchsetzbar, und schließlich ein Ergänzungsgutachten durch einen neuen Sachverständigen angeregt.

Der überwiegende Vergleichsbetrag sei schon auf den Kostenerstattungs- und Schadensersatzanspruch für die Balkone in Höhe von 200.000,00 EUR entfallen. Alle weiteren Mängel und mögliche Beweisaufnahmen seien durch den weiteren Vergleichsbetrag von 65.465,76 EUR abgegolten. Da das Ergebnis der gerichtlichen Beweisaufnahme zwischen den Parteien über die Streitverkündung bindend feststehe, sei der Vergleichsabschluss für sie eine günstige Möglichkeit gewesen, weitergehende Forderungen abzuwehren.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen, soweit nicht durch das Teilurteil des 15. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Januar 2003 - 15 U 226/01 - über sie entschieden werden ist,

und im Wege der Widerklage

1. die Klägerin zu verurteilen, an die Beklagte unabhängig von der Klageabweisung einen weiteren Schadensersatzbetrag in Höhe von 142.698,06 EUR nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Teilbetrag von 29.075,79 EUR seit Rechtshängigkeit der Widerklage und aus einem Teilbetrag von 50.908,98 EUR seit Rechtshängigkeit der Erweiterung der Widerklage zu zahlen,

2. festzustellen, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten im Hinblick auf die Zahlung in Höhe von 236.494,51 EUR, die am 1. Juni 2001 auf dem Geschäftskonto der Klägerin eingegangen ist, Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2001 bis zur tatsächlichen Rückzahlung des Betrages an die Beklagte zu zahlen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung und die Widerklage zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil und trägt vor:

Die Streitverkündungen durch die Beklagte in den Vorprozessen seien unwirksam, sodass eine Bindungswirkung nicht bestehen könne. Sie würden nicht die Anforderungen der Rechtsprechung an eine zulässige Streitverkündung erfüllen, da es an einer ausreichenden Angabe des Grundes zur Streitverkündung fehle. Aus keiner der drei hier vorliegenden Streitverkündungsschriftsätzen ergebe sich, wegen welcher Mängel sie, die Klägerin, in Regress genommen werden solle.

Die bisherigen Feststellungen der Sachverständigen seien nicht 1:1 auf das Verhältnis der hiesigen Parteien übertragbar, da bei diesen Feststellungen keine Rolle gespielt habe, dass die der Ausführung zugrundeliegende Planung von der Beklagten stammt.

Wegen der Unzulässigkeit der Streitverkündungen seien etwaige Mängelansprüche der Beklagten ohnehin verjährt. Die Abnahme sei mit Wirkung zum 8. Juni 1998 erklärt worden. Da die Verjährungsfrist mit fünf Jahren und zwei Monaten vereinbart worden sei, sei die Verjährung spätestens zum 1. August 2003 eingetreten.

Die von der Beklagten in 2. Instanz erhobene Widerklage sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Die Beklagte verkenne, dass ihr, der Klägerin, mit dem rechtskräftigen Urteil ein um 31.477,99 EUR höherer Vergütungsanspruch zustehe. Sollte die Beklagten die Aufrechnung mit diesem Vergütungsanspruch nicht erklären, erkläre sie, die Klägerin, die Aufrechnung ihres Restvergütungsanspruchs mit den von der Beklagten behaupteten Mängelansprüchen.

Der Widerklageantrag zu 2) sei unbegründet, da die Beklagte nicht zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt habe, sondern freiwillig. Zudem bestehe ein Anspruch gemäß § 717 Abs. 2 ZPO deshalb nicht, weil eine Aufhebung des landgerichtlichen Urteils, so sie denn erfolge, nicht auf einem fehlerhaften Urteil 1. Instanz beruhe, sondern weil in 2. Instanz erstmals neue Mängel behauptet worden seien. Gegenstand des Rechtsstreits mit dem Streithelfer der Beklagten seien nicht nur die ihr, der Klägerin, hier zur Last gelegten Mängel gewesen. Vielmehr hätten die hiesige Beklagte und ihr Streithelfer über eine Vielzahl weiterer Mängel gestritten, welche sie, die hiesige Klägerin, überhaupt nicht betroffen hätten, etwa den

Außenbereich. Die Rechtsstreite zwischen der Beklagten und dem Streithelfer sowie zwischen dieser und den Erwerbern hätten keinen rechtlichen Einfluss auf das hiesige Verfahren.

Der Beklagten stehe kein Anspruch auf Aufwendungsersatz für Ersatzvornahmekosten nach § 13 Nr. 5 VOB/B bzw. § 635 BGB zu, da sie die Mängel nicht beseitigt habe bzw. habe beseitigen lassen. Die Beklagte lege auch die einzelnen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs nicht dar. Zu den Mängeln beziehe sie sich nur auf Gutachten der Sachverständigen F### und B##. Sie, die Klägerin, habe bei der Mehrzahl der nun bemängelten Bauleistungen nur das gebaut, was die Beklagte in Ihrer Ausführungsplanung vorgegeben habe. Sie sei auch nicht lückenlos unter Fristsetzung zur Beseitigung der Behaupteten Mängel aufgefordert worden. Fristsetzungen seien jedenfalls ins Leere gelaufen, weil ihr ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden hätte, das sich daraus ergebe, dass ihr wegen des der Beklagten zuzurechnenden Mitverschuldens ein Zuschuss für den Haftungsanteil des Auftraggebers oder eine Sicherheit für den Haftungsanteil hätte geleistet werden müssen. Einen solchen Zuschuss oder auch nur eine Sicherheit habe die Beklagte aber stets verweigert. Außerdem sei die Beklagte auch verpflichtet gewesen, ihr, der Klägerin, eine nachgebesserte und nunmehr mangelfreie Ausführungsplanung zur Verfügung zu stellen; auch dies habe sie stets verweigert. Im Übrigen trage die Beklagten zum Verschulden nichts vor.

Da die Beklagte vorsteuerabzugsberechtigt sei, entstehe dieser im Hinblick auf die Umsatzsteuer kein Schaden. Die Streithelferin habe für die Balkonsanierung und weitere Mängelbeseitigungen aber Brutto-Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht.

Selbst wenn die Beklagte im Rahmen des Vergleichsabschlusses mit dem Streithelfer einen Betrag von 200.000,00 EUR für die Balkone zugrunde gelegt habe, habe ihre Bereitschaft, eine entsprechende Summe zu zahlen, jedenfalls keine Bindungswirkung für sie, die Klägerin. Die Ursache für das von dem Sachverständigen F### bemängelte Gefälle der Balkone sei nicht von ihr gesetzt worden, sondern basiere auf der von der Beklagten vorgegebenen Architektenplanung. Die Prüfungspflicht des Auftragnehmers sei auf offensichtliche Mängel beschränkt. Hier seien die Planungsfehler für sie, die Klägerin, aber nicht erkennbar gewesen. Aus der zeichnerischen Darstellung sei nicht erkennbar gewesen, dass sich die Schichten tatsächlich gar nicht so herstellen ließen. Jedenfalls treffe sie die Haftung aber nur anteilig; der Klägerin müssen sich zumindest einen Verursachungsanteil zurechnen lassen.

Der Sachverständige F### habe im Hinblick auf die Balkone allenfalls Mängelbeseitigungskosten in Höhe von netto 61.027,80 EUR ermittelt, was zutreffend sei. Der von der WEG gegenüber dem Streithelfer der Beklagten geltend gemachte Betrag von 155.917,38 EUR sei überhöht und beruhe darauf, dass die Kosten für vier Balkonen, an denen die WEG eine Luxussanierung habe durchführen lassen, schlicht auf die Gesamtzahl von 28 Balkonen hochgerechnet habe.

Wegen der Balkonbrüstungen/Geländer seien die von der Beklagten behaupteten Ansprüche weitestgehend verjährt, selbst wenn man die Streitverkündungen als ausreichend ansehe. Diesbezüglich habe die WEG nur in Bezug auf die Balkone 7, 12, 14, 19, 23, 24 und 27 ein selbständiges Beweisverfahren eingeleitet; auf diese Balkone könne sich folglich auch nur die Streitverkündung beziehen. Zudem habe die Beklagte die von dem Sachverständigen bemängelten Nacharbeiten nicht durchgeführt.

Planungskosten und Zinsen habe sie, die Klägerin, nicht zu tragen. Weitergehende Schadensersatzansprüche der Beklagten bestünden nicht.

Hilfsweise stützt die Klägerin ihren verbliebenen Restwerklohnanspruch auf den ihr ihrer Meinung nach zustehenden Zuschuss zu den Mängelbeseitigungskosten an der Tiefgarage in Höhe von 167.560,00 EUR, weiter hilfsweise in Höhe von 125.670,00 EUR.

Zur Begründung führt sie aus: Der Sachverständige F### stelle auf S. 88/89 der Anlage B 38 zwar sowohl Ausführungs- als auch Planungsfehler dar. Aus dieser Darstellung werde allerdings nicht deutlich, dass zur Beseitigung der Ausführungsfehler lediglich ein Betrag von etwas 5.000,00 EUR notwendig sei, der überragende Teil der vom Sachverständigen berechneten Mängelbeseitigungskosten von insgesamt 167.500,00 EUR aber auf den Planungsfehler (nicht hinterlaufsicherer Anschluss der Abdichtung auf der Tiefgaragendecke) zurückgehe. Von den insgesamt fünf festgestellten Fehlern würden sich folgende vier auf die 40 cm breite Abdichtungsbahn beziehen und von dem Sachverständigen als Ausführungsfehler eingeordnet:

1. Abdichtung nur einlagig und nicht zweilagig ausgeführt,
2. Abdichtung auf dem Sockel und im Aufkantungsbereich nicht vollflächig verklebt,
3. Aufkantungshöhe der Abdichtung viel zu gering,
4. Verwahrung der Abdichtung nicht fachgerecht hergestellt.

Der fünfte Fehler, nämlich der nicht fachgerechte Dichtungsabschluss der Dehnungsfugenabdichtung auf der Tiefgaragendecke sei hingegen von dem Sachverständigen als Planungsfehler eingeordnet worden; soweit der Sachverständige dort auch von einem Ausführungsfehler ausgehe, sehe er dies nur als Folge des Planungsfehlers. Zur Beseitigung der Ausführungsfehler 1 bis 4 würde es ausgereicht haben, die in der Anlage K 61 markierte Bitumenbahn zu entfernen und durch eine ordnungsgemäß hergestellte zweilagige Bitumenbahn zu ersetzen; hierauf wäre nur ein Anteil von 4.752,00 EUR entfallen. Die weiteren Kosten würden deshalb anfallen, weil sich ein fachgerechter Abdichtungsanschluss nach Ansicht des Sachverständigen nachträglich nicht mehr fachgerecht herstellen lasse. Deswegen habe nunmehr die gesamte Tiefgaragendecke mit Bitumenbahnen abgedeckt werden müssen (statt 48 m² nunmehr über 1.200 m²). Hierfür seien im Jahr 2010 für Lieferanten und staatliche Gebühren in Höhe von 54.290,08 EUR (Zusammenstellung Anl. K 62) und im Jahr 2011 in Höhe von 6.299,93 EUR (Zusammenstellung Anl. K 63) entstanden. Hinzu kämen die Kosten für die eigentliche Leistungserbringung (Lohnkosten) in Höhe von mindestens 40.250,00 EUR.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien, soweit sie nicht zwecks besserer Übersichtlichkeit in den Entscheidungsgründen dargestellt werden, wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

I.

Auf das Berufungsverfahren sind die Vorschriften der Zivilprozessordnung in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung anzuwenden, denn die mündliche Verhandlung, auf die das angefochtene Urteil erging, ist vor dem 1. Januar 2002 geschlossen worden (§ 26 Nr. 5 EGZPO).

Die materielle Rechtslage richtet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs in der vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts geltenden Fassung, soweit

nicht gemäß der Übergangsvorschriften zum Verjährungsrecht in Art. 229 § 6 EGBGB das neue Recht anzuwenden ist; denn das den Rechtsbeziehungen der Parteien zu Grunde liegende Schuldverhältnis ist vor dem 1. Januar 2002 entstanden (Art. 229 § 5 EGBGB). Die zitierten Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) beziehen sich daher, wenn nicht anders gekennzeichnet, auf diese Fassung des Gesetzes. Die VOB/B ist in der Fassung von 1992/1996 anzuwenden.

II.

Die Aufrechnung und die Widerklage der Beklagten sind nach § 530 ZPO in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung zulässig. Entscheidend ist danach nur, ob die Geltendmachung der Gegenansprüche im vorliegenden Rechtsstreit sachdienlich ist. Maßgeblich für die nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilende Sachdienlichkeit ist der Gedanke der Prozesswirtschaftlichkeit, für den es darauf ankommt, ob und inwieweit die Zulassung der Aufrechnung oder der Widerklage zu einer sachgemäßen und endgültigen Erledigung des Streits zwischen den Parteien führt, der den Gegenstand des anhängigen Verfahrens bildet und einem andernfalls zu erwartenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt (BGH, Urteil vom 06. April 2004 - X ZR 132/02 m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

III.

In der Sache hat die Berufung der Beklagten teilweise Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte über den ihr durch das Urteil des 15. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. Januar 2003 - 15 U 226/01 - zuerkannten Betrag von 240.718,87 EUR hinaus nur einen weiteren restlichen Werklohnanspruch gemäß § 631 BGB in Höhe von 19.193,76 EUR. Ihre weitergehende, ebenfalls als solche unstrittige restliche Werklohnforderung in Höhe von 154.482,93 EUR ist aufgrund der Aufrechnung der Beklagten erloschen, §§ 387, 389 BGB. Der weitergehende Widerklageantrag zu 1) der Beklagten, mit dem Schadenersatzansprüche wegen mangelhafter Werkleistung der Klägerin geltend gemacht werden, ist unbegründet.

1. Die Beklagte hat gegen die Klägerin einen aufrechenbaren Schadenersatzanspruch in Höhe von 154.482,93 EUR gemäß § 13 Nr. 7 VOB/B / § 635 BGB wegen der Mängel an den Balkonen.

a) Die Beklagte begründet den geltend gemachten Schadenersatzanspruch in erster Linie mit dem in dem gegen ihren Auftraggeber und Streithelfer, das D#####., geführten Rechtsstreit in der Berufungsinstanz vor dem Kammergericht - 26 U 230/01 - geschlossenen Vergleich vom 6. November 2013, durch den ihr von der dort geltend gemachten restlichen Werklohnanspruchs in Höhe von 345.465,76 EUR nebst Zinsen wegen des von dem dortigen Beklagten geltend gemachten Kostenerstattungs- und Schadenersatzanspruch für die von der Klägerin verursachten Mängel ein Betrag in Höhe von 265.465,76 EUR verlorengegangen sei. Nachdem ihr von dem ursprünglich geltend gemachten Anspruch nur noch ein Anspruch in Höhe von 80.000,00 EUR verblieben, sei ihr ein Schaden in eben dieser Höhe entstanden. Damit dringt sie nur teilweise durch.

aa) Unabhängig von der Wirksamkeit der Streitverkündung in dem Rechtsstreit 8 O 517/01 des Landgerichts Berlin am 5. Februar 2003, der diesem Berufungsverfahren zugrunde lag, kann der Vergleich vom 6. November 2013 keine Interventionswirkung gegen die Klägerin des hiesigen Rechtsstreit entfalten. Die sich aus § 74 Abs. 3 in Verbindung mit § 68 ZPO ergebende Wirkung der Streitverkündung - gleichviel ob der Streitverkündungsgegner dem Rechtsstreit beitrifft oder nicht - setzt voraus, dass der Rechtsstreit durch Urteil entschieden worden ist. Das ergibt der

Wortlaut des § 68 ZPO. Danach wird derjenige, dem der Streit verkündet worden ist, im Verhältnis zu dem, der ihm den Streit verkündet hat, nicht mit der Behauptung gehört, der Rechtsstreit sei, wie er dem Richter vorgelegen habe, unrichtig "entschieden" worden. Wird über den Klageanspruch aber nicht sachlich entschieden, sondern der Rechtsstreit verglichen, so können demnach gegen den Streitverkündungsgegner die Vorschriften des § 68 ZPO nicht angewendet werden. Es liegt dann keine "Entscheidung" vor. Mangels einer solchen sind auch keine tatsächlichen oder rechtlichen Feststellungen getroffen (BGHZ 8, 72, 82; 36, 212, 215), die der Streitverkündungsgegner gegen sich gelten lassen müsste (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 1966 - VII ZR 293/64).

bb) Davon geht offenbar auch die Beklagte aus, denn sie stützt die von ihr zur Aufrechnung bzw. zum Gegenstand der Widerklage geltend gemachten Ansprüche im Einzelnen auf diverse Gutachten, die in den Rechtsstreiten 8 O 517/00 des Landgerichts Berlin = 26 U 230/01 des Kammergerichts, 31 O 234/07 des Landgerichts Berlin = 7 U 122/08 des Kammergerichts sowie in dem selbständigen Beweisverfahren 8 OH 17/02 des Landgerichts Berlin erstellt worden sind. Dass diese Ansprüche in der jeweils von den Sachverständigen festgestellten Höhe in den Vergleich vom 6. November 2013 eingeflossen sind und der Beklagten hierdurch ein Schaden in der von ihr behaupteten Höhe entstanden ist, ist hinsichtlich der meisten dieser Ansprüche weder dargetan noch sonst ersichtlich. Aus dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem 26. Zivilsenat des Kammergerichts vom 6. November 2013 ergibt sich lediglich, dass der 26. Zivilsenat darauf hingewiesen hat, dass er einen Betrag von 200.000,00 EUR zu Lasten der dortigen Klägerin und hiesigen Beklagten einstellen (184.594,51 EUR ohne Zinsen) und dabei dem Urteil des erkennenden Senats vom 29. Mai 2009 - 7 U 122/08 - folgen würde. Festgelegt auf diesen Betrag hat sich der 26. Zivilsenat allerdings nicht; denn er hat sich ausweislich des protokollierten Hinweises eine genaue Berechnung und die Schlussberatung ausdrücklich vorbehalten. Es handelt sich dabei mithin nur um eine Grundlage für die Vergleichsverhandlungen, die unabhängig davon, dass der Vergleich keine Interventionswirkung gegenüber der Klägerin hat, keine sichere Feststellung zulässt, dass die Werklohnforderung der Klägerin wegen der Mängel an den Balkonen durch den Vergleich tatsächlich eine Kürzung in Höhe von 200.000,00 EUR erfahren hat.

b) Der erkennende Senat hat in seinem Urteil vom 29. Mai 2009 - 7 U 122/08 - in dem Rechtsstreit des Streithelfers der Beklagten gegen die Wohnungseigentümergeinschaft S##### # - ## (nachfolgend WEG) rechtskräftig festgestellt, dass der WEG wegen der Mängel der von der hiesigen Klägerin errichteten Balkone ein Schadensersatzanspruch in Höhe von 132.147,82 EUR (108.956,26 EUR + 23.191,56 EUR für 4 bereits sanierte Balkone) zusteht und hierzu noch 16.600,00 EUR für Schäden an den Balkonbrüstungen sowie Planungs-/Architektenkosten in Höhe von insgesamt 5.735,11 EUR hinzukommen, zusammen also 154.482,93 EUR. Dieses Urteil entfaltet die sich aus § 74 Abs. 3 in Verbindung mit § 68 ZPO ergebende Interventionswirkung, nachdem der Klägerin durch die Beklagte mit deren Schriftsatz vom 27. Juni 2007 wirksam den Streit verkündet worden ist.

aa) Die Streitverkündung hat die Beklagte damit begründet, bei mangelhafter Leistung einen Rückgriffsanspruch gegen die Klägerin zu haben. Damit genüge die Streitverkündungsschrift den Konkretisierungserfordernissen (vgl. BGH BauR 2012, 675). Mit dem Begriff "Rückgriffsanspruch" wurde die Streitverkündung nicht auf Gewährleistungsansprüche beschränkt, sondern umfasste alle Aufwendungen der Beklagten, die ihr infolge der Feststellung der Mangelhaftigkeit der Leistung der Klägerin entstehen sollten (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 24. Juli 2012 - 10 U 47/12).

bb) Entgegen der von der Klägerin vertretenen Ansicht reichen die Angaben der Beklagten in

deren Schriftsatz vom 27. Juni 2007 für eine wirksame Streitverkündung aus. Gemäß § 73 Satz 1 ZPO hat die Partei zum Zwecke der Streitverkündung einen Schriftsatz einzureichen, in dem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist. Damit ist das Rechtsverhältnis gemeint, aus dem sich der Rückgriffsanspruch gegen den Dritten oder dessen Anspruch gegen den Streitverkündenden ergeben soll. Dieses Rechtsverhältnis ist unter Angabe der tatsächlichen Grundlagen so genau zu bezeichnen, dass der Streitverkündungsempfänger - gegebenenfalls nach Einsicht in die Prozessakten (§ 299 ZPO) - prüfen kann, ob es für ihn angebracht ist, dem Rechtsstreit beizutreten (BGH, a.a.O. m.w.N.). Dies soll sicherstellen, dass der Streitverkündungsempfänger mit Zustellung der Streitverkündungsschrift Kenntnis davon erlangt, welchen Anspruchs sich der Streitverkündende gegen ihn berührt. Die Streitverkündungsschrift genügt den Konkretisierungserfordernissen, wenn in ihr der Anspruchsgrund in ausreichendem Maße bezeichnet wird. Sie braucht den ihr zugrunde liegenden Anspruch nicht bereits auch der Höhe nach zu konkretisieren (BGH, a.a.O.).

cc) Soweit die Klägerin vorträgt, aus der von ihr zitierten Rechtsprechung ergebe sich, dass aus der Streitverkündungsschrift selbst erkennbar sein müsse, wegen welcher einzelnen Mängel Ansprüche geltend gemacht werden, trifft das nicht zu. Insbesondere ist es nicht richtig, dass die gleichen erforderlichen Mindestangaben wie bei einem Mahnbescheid vorliegen müssen. Bei einem Mahnbescheid gibt es keine Schriftsätze, aus dem der Schuldner weitere Erkenntnisse gewinnen kann. Bei der Streitverkündung hingegen kann selbstverständlich auf die Klageschrift und weitere Schriftsätze, die der Streitverkündungsschrift beigelegt sind, Bezug genommen werden, wenn sich daraus ergibt, wegen welcher konkreten Ansprüche die Streitverkündung erfolgt. Deshalb ist die von der Klägerin zitierte Entscheidung des BGH vom 12. April 2007 - VII ZR 236/05 - (NJW 2007, 1952) von vornherein nicht einschlägig.

dd) Auch aus der weiteren von der Klägerin zitierten Entscheidung des BGH vom 16. Juni 2000 - LwZR 13/99 - ergibt sich nichts anderes. Der BGH stellt darin fest, dass der Zweck des § 73 ZPO, bezogen auf die verjährungsunterbrechende Wirkung, darin besteht sicherzustellen, dass der Streitverkündete mit der Zustellung der Streitverkündungsschrift Kenntnis davon erlangt, welchen Anspruchs sich der Streitverkündende gegen ihn berührt und dass es ausreichend sein kann, wenn sich der Grund der Streitverkündung nicht schon aus dem Schriftsatz selbst, wohl aber aus beigelegten Schriftsätzen, etwa der Klageschrift und der Klageerwiderungsschrift, ergibt (BGH, Urteil vom 16. Juni 2000 - LwZR 13/99 m.w.N.). Dies war in dem Fall, welcher der Entscheidung des BGH zugrunde lag, nicht gegeben, weil es um Ansprüche ging, die gar nicht streitgegenständlich waren. Ein derartiger Sachverhalt liegt hier nicht vor. Vielmehr ergibt sich aus dieser Entscheidung gerade, dass in Fällen wie dem vorliegenden, in dem es eindeutig ist, um welche Ansprüche es geht, eine Bezugnahme auf die beigelegten Schriftsätze ausreichend sein kann und im vorliegenden Fall auch ist.

c) Gemäß §§ 74 Abs. 1, Abs. 3, 68 ZPO wird danach die Beklagte im Verhältnis zur Klägerin mit der Behauptung nicht gehört, dass der vorangegangene Rechtsstreit unrichtig entschieden worden sei. Mit ihrem Vortrag, der Sachverständige F#### habe im Hinblick auf die Balkone allenfalls Mängelbeseitigungskosten in Höhe von netto 61.027,80 EUR ermittelt und der von der WEG gegenüber der D#### geltend gemachte Betrag von 155.917,38 EUR sei überhöht und beruhe darauf, dass die Kosten für vier Balkone, an denen die WEG eine Luxussanierung habe durchführen lassen, schlicht auf die Gesamtzahl von 28 Balkonen hochgerechnet habe, kann sie damit deshalb nicht mehr gehört werden. Dies hätte sie in dem Rechtsstreit 31 O 234/07 des Landgerichts Berlin bzw. 7 U 122/08 des Kammergerichts geltend machen können und müssen. Der erkennende Senat hat in diesem Rechtsstreit mit bindender Wirkung festgestellt, dass die Kosten für die erforderliche Balkonsanierung insgesamt 154.482,93 EUR betragen. An diese Feststellung ist die Klägerin aufgrund der Interventionswirkung der Streitverkündung gebunden.

d) Die Haftung der Klägerin entfällt nicht deshalb, weil sie nur das gebaut hat, was die Beklagte in Ihrer Ausführungsplanung vorgegeben hatte und weil die Ursache für das von dem Sachverständigen F### bemängelte Gefälle der Balkone nicht von der Klägerin gesetzt wurde, sondern auf der von der Beklagten vorgegebenen Architektenplanung basierte. Dabei kann dahinstehen, ob dies in der Sache zutrifft oder nicht. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, haftet die Klägerin in dem in der genannten Entscheidung des Senats festgestellt Umfang für die dort festgestellt Mängel ihrer Werkleistung wegen Verletzung der in § 4 Nr. 3 VOB/B niedergelegten Prüfungs- und Hinweispflicht.

aa) Die in § 4 Nr. 3 VOB/B niedergelegte Prüfungs- und Hinweispflicht des Werkunternehmers ist eine Konkretisierung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben, die über den Anwendungsbereich der VOB/B hinaus für den Bauvertrag gilt; ihr Zweck ist es, den Besteller vor Schaden zu bewahren (BGH NJW 1987, 643 m.w.N.; vergl. Ingenstau/Korbion - Oppler, VOB, 18. Aufl., § 4 Abs. 3 VOB/B Rn. 2). Deshalb hat der Auftragnehmer Planungen und sonstige Ausführungsunterlagen grundsätzlich fachlich zu überprüfen und Bedenken mitzuteilen. Zu prüfen ist unter anderem, ob die Planung zur Verwirklichung des geschuldeten Leistungserfolgs geeignet ist. Für unterlassene Prüfung und Mitteilung ist der Auftragnehmer verantwortlich, wenn er Mängel mit den bei einem Fachmann seines Gebiets zu erwartenden Kenntnissen hätte erkennen können (BGH BauR 1991, 79). Kommt er seinen hiernach bestehenden Verpflichtungen nicht nach und wird dadurch das Gesamtwerk beeinträchtigt, so ist seine Werkleistung mangelhaft; der Besteller ist sodann berechtigt, ihn auf Gewährleistung in Anspruch zu nehmen (vergl. BGH NJW 1987, 643 m.w.N.). So liegt der Fall hier.

bb) Daran ändert auch nichts, dass die Klägerin sich darauf beruft, die Planungsfehler seien für sie nicht erkennbar gewesen. Wenn für sie, wie sie weiter vorträgt, aus der zeichnerischen Darstellung nicht erkennbar war, dass sich "die Schichten tatsächlich gar nicht so herstellen ließen", dann musste sie dies zumindest bei der Ausführung feststellen und dann sofort ihrer Hinweispflicht entsprechen. Dies gilt insbesondere dann, wenn, wie die Klägerin behauptet, ein Gefälle von bis zu 2 % nicht herstellbar war, weil ein Estrich mit einer Stärke zwischen 10 und 12 mm sich nicht herstellen lies. Wenn dem so wäre, hätte dies der Klägerin bzw. ihrer Subunternehmerin sofort auffallen müssen, und sie hätte ihrer Hinweispflicht nachkommen müssen, was sie unstreitig nicht getan hat. Der Vortrag der Klägerin ist insoweit widersprüchlich. Es ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, warum nach der zeichnerischen Darstellung "der Aufbau der einzelnen Schichten möglich schien", wenn dies dann tatsächlich nicht der Fall gewesen sein soll. Der diesbezügliche Beweisantritt der Klägerin läuft auf eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung hinaus.

cc) Es trifft auch nicht zu, dass, wie die Klägerin meint, die Prüfungspflicht des Auftragnehmers stets auf offensichtliche Mängel beschränkt wäre. Dies ergibt sich auch nicht aus der von ihr zitierten Rechtsprechung. Der Umfang der Prüfungs- und Hinweispflicht ist vielmehr stets aus den Umständen des Einzelfalles heraus zu bestimmen (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Urteil vom 22. März 2011 - 3 U 48/10 m.w.N.). In dem Fall, der dieser Entscheidung zu Grunde lag, lagen besondere Umstände vor, die zur Folge hatten, dass der dortige Kläger nicht ernstlich erwarten konnte, dass der Beklagte den fachgerechten Aufbau einer Drainageanlage näher überprüfen könnte und würde (Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, a.a.O.). Das Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht hat dann festgestellt, dass der dortige Beklagte damit gleichwohl nicht von einer Prüfungs- und Hinweispflicht der Drainageanlage auf offensichtliche Mängel hin entbunden war, sondern gehalten war, den Kläger darauf hinzuweisen, soweit sich ihm ohne nähere Prüfung aufdrängen musste, dass der Aufbau der Drainage nicht fachgerecht war (Schleswig-Holsteinisches

Oberlandesgericht, a.a.O.). Eine derartige Ausnahmesituation liegt hier offenkundig nicht vor. Auch in dem Fall, der dem von der Klägerin zitierten Urteil des OLG Frankfurt vom 20. März 2012 - 10 U 240/10 - zu Grunde lag, lagen besondere Umstände vor. Dort hatte ein Sachverständige festgestellt, dass die tatsächliche Breite des vorhandenen Fundaments vom ausführenden Unternehmen "auch im Zuge der Aushubarbeiten" nicht habe erkannt werden können (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 20. März 2012 - 10 U 240/10). Auch dieser Fall ist hier offen sichtlich nicht gegeben. Hier bezieht sich die nach Darstellung der Klägerin angeblich fehlerhafte Planung gerade auf deren Fachgebiet. Sie musste also wissen, dass sich diese Planung nicht realisieren lies, sofern dies denn der Fall gewesen sein sollte.

dd) Selbst wenn man also zu Gunsten der Klägerin als wahr unterstellt, dass die Planung fehlerhaft gewesen wäre, hätte dies spätestens bei der Bauausführung von ihr erkannt werden müssen. Der Beklagten ist daher kein Verursachungsanteil zuzurechnen. Im vorliegenden Fall würde ein etwaiges Mitverschulden der Beklagten bzw. des planenden Architekten als deren Erfüllungsgehilfe hinter dem Verschulden der Klägerin so weit zurücktreten, dass es nicht ins Gewicht fallen würde. Soweit ein Auftragnehmer mit der gebotenen Prüfung die Mängel hätte verhindern können, setzt er die eigentlichen Ursachen für die weiteren Schäden (vgl. BGH BauR 1991, 79).

(1) Soweit die Klägerin sich auf die höchstrichterliche Rechtsprechung beruft, nach der das Mitverschulden grundsätzlich nur dann vollständig entfällt, wenn der Auftragnehmer die fehlerhafte Planung positiv erkannt und dennoch nach dem Plan gearbeitet hat, so kann dies hieran im vorliegenden Fall nichts ändern, denn es ist davon auszugehen, dass die Klägerin bzw. die von ihr beauftragte Subunternehmerin, deren Verschulden ihr nach § 278 BGB zuzurechnen ist, den Fehler spätestens bei der Arbeit an dem ersten der insgesamt 28 Balkone erkannt haben muss. Der Umstand, dass ein Balkon ein Gefälle haben muss, gehört zum elementaren Grundwissen jeder Firma, die mit der Mitwirkung bei der Herstellung von Balkonen befasst ist. Wenn hier, wie die Klägerin behauptet, von den Architekten verkannt worden sei, dass sich aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten das von ihnen geplante Gefälle nicht herstellen ließ, so hat die Klägerin bzw. ihre Subunternehmerin sich dem bewusst verschlossen, was einem positiven Wissen gleichzusetzen ist. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 9. Januar 2015 hat vortragen lassen, im Zuge der Estricharbeiten habe sich herausgestellt, dass die Planung der Architekten den Einbau eines fachgerechten Gefälles wegen eines Stahlprofils ausschloss. Spätestens danach hätte sie eine fehlerhafte Planung nach § 4 Nr. 3 VOB/B beanstanden müssen.

(2) Hinzu kommt, dass die Klägerin, wie sie selbst vorträgt (Schriftsatz vom 26. November 2014, S. 18 f.), den nach ihrer Behauptung fehlerhaften Plan ihrer Subunternehmerin nicht übergab. Es kann also dahinstehen, ob die Subunternehmerin den angeblichen Fehler hätte erkennen können und müssen, denn sie hatte dazu gar keine Gelegenheit. Der fehlerhafte Plan kann somit gar nicht die Ursache für das fehlende Gefälle gewesen sein; denn die Subunternehmerin hat nach dem Vortrag der Klägerin nicht nach dem Plan gebaut. Ein Mitverschulden, das sich auf die mangelhafte Leistung nicht auswirken konnte, muss die Beklagte sich unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zurechnen lassen.

e) Soweit die Klägerin vorträgt, sie sei "nicht lückenlos unter Fristsetzung zur Beseitigung der behaupteten Mängel aufgefordert" (Bl. II/98) worden, ist dieses Bestreiten offensichtlich nicht ernst gemeint, denn sie trägt sodann weiter vor, Fristsetzungen seien "letztlich ins Leere gelaufen" (a.a.O.), weil ihr ein Zurückbehaltungsrecht zugestanden hätte, das sich daraus ergebe, dass ihr wegen des der Beklagten zuzurechnenden Mitverschuldens ein Zuschuss für den Haftungsanteil des Auftraggebers oder eine Sicherheit für den Haftungsanteil hätte geleistet

werden müssen. Einen solchen Zuschuss oder auch nur eine Sicherheit habe die Beklagte aber stets verweigert. Wenn dies so ist, muss es also Fristsetzungen gegeben haben, welche die Klägerin nicht mit Nichtwissen bestreiten kann. Ein Zuschuss für den Haftungsanteil des Auftraggebers oder eine Sicherheit für den Haftungsanteil stand ihr hingegen nicht zu, weil sie gegen ihre Hinweispflicht verstoßen und ein offensichtlich fehlerhaft geplantes Werk bedenkenlos ausgeführt hat.

f) Soweit die Beklagte vorträgt, die Klägerin sei verpflichtet gewesen, ihr eine nachgebesserte und nunmehr mangelfreie Ausführungsplanung zur Verfügung zu stellen; was sie stets verweigert habe, ist ihr Vortrag nicht geeignet, ihre Gewährleistungspflicht abzuwehren. Es ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, was für Pläne sie benötigt hätte und dass sie solche von der Beklagten gefordert hätte.

g) Soweit die Klägerin meint, der Beklagten entstehe im Hinblick auf die Umsatzsteuer kein, Schaden da sie vorsteuerabzugsberechtigt sei, trifft dies ersichtlich nicht zu. Es ist unerheblich, dass der Streithelfer der Beklagten für die Balkonsanierung Brutto-Mängelbeseitigungskosten geltend gemacht hat. Die Beklagte hatte den Betrag zu erstatten, der in dem Urteil des erkennenden Senats vom 29. September 2009 rechtskräftig festgestellt worden ist. Wegen der Interventionswirkung ist die Klägerin daran gebunden.

h) Schließlich rügt die Klägerin zu Unrecht, die Beklagte trage zum Verschulden nicht vor. Dass die Klägerin die hier streitgegenständlichen Mängel zu vertreten hat, steht nach den obigen Ausführungen fest; denn es ist Sache der Klägerin, sich vom Vorwurf des Verschuldens zu entlasten. Das folgt aus den Grundsätzen über die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen (BGHZ 48, 310). Es gibt keinen Grund, diese Beweislastregel zu § 635 BGB nicht auch auf § 13 Nr. 7 VOB/B anzuwenden.

2) Der Schadensersatzanspruch wegen der Mängel der Balkone ist auch nicht verjährt.

a) Es kann zugunsten der Klägerin davon ausgegangen werden, dass die Verjährung nach Erklärung der Abnahme mit Wirkung zum 8. Juni 1998 und Vereinbarung einer Verjährungsfrist von fünf Jahren und zwei Monaten zum 1. August 2003 eingetreten wäre. Sie ist aber vor ihrem Ablauf gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB n.F. durch die Streitverkündung durch die Beklagte in deren Rechtsstreit mit dem D### 8 O 517/00 des Landgerichts Berlin = 26 U 230/01 des Kammergerichts am 5. Februar 2003 gehemmt worden. Die Hemmung hätte gemäß § 204 Abs. 2 BGB sechs Monate nach Abschluss des Rechtsstreits durch den Vergleich vom 6. November 2013, also am 6. Mai 2014 geendet, wenn sie nicht zuvor erneut durch Einreichung des Schriftsatzes der Beklagten vom 17. Februar 2014 am 18. Februar 2014 im vorliegenden Rechtsstreit gehemmt worden wäre. Diese Hemmung dauert bis heute an.

b) Der Umfang der - verjährungshemmenden - Wirkung der Streitverkündung beschränkt sich hierbei nicht auf die mit der Urteilsformel ausgesprochene Entscheidung über den erhobenen Anspruch; sie ergreift vielmehr die gesamten tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Urteils. Dies ist im Hinblick darauf gerechtfertigt, dass der Streitverkündungsempfänger durch die Streitverkündungsschrift und den mit ihr angekündigten Anspruch im Hinblick auf eine notwendige Rechtsverteidigung hinreichend gewarnt ist. Diese Wirkung tritt nur dann nicht ein, wenn der im Folgeprozess verfolgte Anspruch sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht in keiner Weise von dem Ausgang des Vorprozesses abhängig ist (vgl. BGH, Urteil vom 08. Dezember 2011 - IX ZR 204/09 m.w.N.). Der Streitverkündungsschriftsatz vom 5. Februar 2003 entsprach wie derjenige vom 27. Juni 2007 den Anforderungen, die eine Interventionswirkung zu Folge haben. Auf die diesbezüglichen obigen Ausführungen kann

insoweit verwiesen werden.

3. Weitere Schadensersatzansprüche oder sonstige Gewährleistungsansprüche gegen die Klägerin wegen mangelhafter Werkleistung hat die Beklagte nicht schlüssig vorgetragen. Auf das Ausmaß der von den Sachverständigen B## und F### in diversen Gutachten festgestellten Mängel und die sich daraus ergebenden Mängelbeseitigungskosten kommt es im vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr entscheidend an. Maßgeblich ist allein, ob und in welchem Umfang diese Mängel zu einer Reduzierung des Werklohnanspruchs der Beklagten gegenüber dem Streithelfer geführt haben und der Beklagten dadurch ein Schaden entstanden ist, der dem streitgegenständlichen Werklohnanspruch der Klägerin im Wege der Aufrechnung und Widerklage entgegen gehalten werden kann. Dazu können keine sicheren Feststellungen getroffen werden, die eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO zulassen würden.

a) Es ist weder dargetan noch ersichtlich, dass und ggf. in welchem Umfang die diversen Mängel, welche von den Sachverständigen in den verschiedenen Verfahren festgestellt haben, Einfluss auf die Höhe des Vergleichsbetrags in dem Rechtsstreit 26 U 130/01 des Kammergerichts hatten. Um dies mit hinreichender Sicherheit feststellen zu können, reicht es nicht aus, dass diesbezügliche Mängelbeseitigungsansprüche in der von der Beklagten vorgetragene Höhe in jenem Rechtsstreit geltend gemacht worden sind. Es gibt keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, in welchem Umfang Mängelansprüche, sonstige Haupt- oder Nebenforderungen und Zinsen in den Vergleichsbetrag einbezogen worden sind und in welchem Umfang sie zu einer Herabsetzung des Werklohnanspruchs der Beklagten gegenüber ihrem Streithelfer geführt haben.

b) Soweit in dem Sitzungsprotokoll des 26. Zivilsenats vom 6. November 2013 höhere Beträge für die Balkonsanierung (161.694,51 EUR für tatsächlich angefallene Mängelbeseitigungskosten, 6.300,00 EUR für Planungskosten) genannt werden als die in dem Urteil vom 29. Mai 2009 - 7 U 122/08 - festgestellten, gilt das vorstehend zu Ziff. 1 a) bb) gesagte entsprechend.

Es steht keineswegs fest, dass diese Kosten vom 26. Zivilsenat bei einer streitigen Entscheidung tatsächlich in Abzug gebracht worden wären; denn sie sind im Sitzungsprotokoll ausdrücklich als "vorläufig" bezeichnet worden und dienten nur dazu, eine gütliche Einigung über den Restwerklohnanspruch der Beklagten gegenüber ihrem Streithelfer herbeizuführen. Die Behauptung der Beklagten, diese Kosten seien vor dem 26. Zivilsenat in vollem Umfang in "die Vergleichsüberlegungen zu Lasten der Beklagten eingestellt worden" (Bl. II/28), reicht nicht aus, um die Feststellung zu treffen, dass diese Kosten auch in voller Höhe berücksichtigt und von dem Werklohnanspruch der Beklagten in Abzug gebracht worden sind; denn die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass Gegenstand des Rechtsstreits der Beklagten mit dem Streithelfer nicht nur die der Klägerin hier zur Last gelegten Mängel waren, sondern dass es um weitere Mängel ging, welche die hiesige Klägerin überhaupt nicht betrafen, etwa den Außenbereich. Inwieweit diese Mängel in den Vergleichsbetrag Eingang fanden, lässt sich ebenfalls nicht einmal ansatzweise feststellen. Darauf kommt es aber deshalb entscheidend an, weil die Summe der hier gerügten Mängelbeseitigungskosten mit 269.892,60 EUR den vergleichsweise vereinbarten Abzug vom Werklohn in Höhe von 265.465,76 EUR übersteigt und an nicht feststeht, wie der Vergleichsbetrag letztlich ermittelt worden ist, zumal die Beklagte davon ausgeht, dass "Mängelansprüche von bis zu ca. 640.000,00 EUR" (Bl II/22) von den Sachverständigen ermittelt worden sein sollen. Eine insoweit nachvollziehbare Abrechnung des Vergleichsbetrags durch die Beklagten, die Grundlage einer Schadensschätzung sein könnte, gibt es nicht.

c) Die Beklagte hat zwar auf die Auflage des Senats vom 30. September 2014 in ihrem Schriftsatz vom 30. Oktober 2014 eine detaillierte Aufstellung erstellt, in der die Beträge, von

denen sie behauptet, dass sie in die Vergleichsüberlegungen eingeflossen seien, im Einzelnen aufgelistet werden. Der Vergleichsbetrag lässt sich aber auch damit nicht belegen. Das räumt die Beklagte selbst ein; denn sie gesteht ausdrücklich zu, dass sich der Vergleichsbetrag in Höhe von 265.465,76 EUR mathematisch nicht berechnen lässt (Bl. III/88). Abgesehen davon wird von der Klägerin bestritten und von der Beklagten nicht belegt, dass die Komplexe "Tiefgaragenabdichtung" (199.396,40 EUR), "Tiefgarage Fußbodenflächen" (58.380,21 EUR) und "Außenanlagen" (55.332,62 EUR) nicht mehr Gegenstand der Vergleichsüberlegungen gewesen sind. Soweit sich die Beklagte auf das Zeugnis des Vorsitzenden Richters am Kammergericht F## beruft, kann hierdurch nicht bewiesen werden, welche Überlegungen letztendlich die Parteien bestimmt haben, insbesondere aufgrund welcher Überlegungen die Beklagte auf einen Teil der ihr zustehenden Werklohnforderung verzichtet hat. Dies gilt insbesondere auch deswegen, weil der 26. Zivilsenat nach dem eigenen Vortrag der Beklagten noch weiteren Beweis erheben wollte.

d) Selbst wenn man mit der Klägerin davon ausgehen würde, dass in die Vergleichsüberlegungen nur ein Betrag von 293.255,03 EUR eingeflossen ist (Bl. III/86), steht nicht fest, dass die Klägerin für diesen Betrag einzustehen hätte; denn aus dem vor dem 26. Zivilsenat geschlossenen Vergleich ergibt sich jedenfalls auch, dass die Forderung des Streithelfers in dieser Höhe nicht sicher festgestellt werden konnte. Anderenfalls wäre es nicht zu dem Vergleich gekommen, der diesen Betrag erheblich reduziert hat. Die Klägerin weist zu Recht darauf hin, dass die Bereitschaft der Beklagten, bestimmte Beträge für Mängel im Vergleichswege von ihrem Werklohnanspruch in Abzug zu bringen, jedenfalls keine Bindungswirkung für die Klägerin hat. Anders als bei dem Schadensersatzanspruch für die Balkonsanierung, bei der feststand, dass eine bestimmte Summe zu zahlen ist, lässt sich dies für die weiteren Mängel nicht feststellen, selbst wenn hierzu von den Sachverständigen bestimmte Feststellungen getroffen worden sind. Dass es im Falle ein Urteils in dem Rechtsstreit vor dem 26. Zivilsenats zu einem Abzug der Mängelbeseitigungskosten gekommen wäre, die von den Sachverständigen angenommen worden sind, lässt sich aufgrund des Sachvortrags der Beklagten und den unverbindlichen Angaben des 26. Zivilsenats im Sitzungsprotokoll vom 6. November 2013 nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen. Gerade diese Ungewissheit ist es, die in der Regel dazu führt, dass die Parteien sich vergleichsweise einigen. Dass dies im vorliegenden Fall anders war, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. Deswegen kann die Aufrechnung der Beklagten über das oben Zuerkannte hinaus ebenso wenig Erfolg haben wie die darauf gestützte Widerklage.

4. Der zu Ziff. 2 der Widerklage der Beklagten gestellte Antrag auf Feststellung, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten im Hinblick auf die Zahlung in Höhe von 236.494,51 EUR, die am 1. Juni 2001 auf dem Geschäftskonto der Klägerin eingegangen ist, Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2001 bis zur tatsächlichen Rückzahlung des Betrages an die Beklagte zu zahlen, ist ebenfalls unbegründet. Dabei kann es dahinstehen, ob die Beklagte zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt hat oder freiwillig, wobei letzteres eher fernliegend erscheint. Richtig ist aber der Einwand der Klägerin, dass ein Anspruch gemäß § 717 Abs. 2 ZPO deshalb nicht besteht, weil eine Abänderung des landgerichtlichen Urteils zugunsten der Beklagten nicht auf einem fehlerhaften Urteil der ersten Instanz beruhte, sondern ausschließlich deshalb, weil in der zweiten Instanz erstmals die Aufrechnung mit Mängelansprüchen erklärt wurde, die nicht Gegenstand des Rechtsstreits in erster Instanz waren.

a) Zwar bürdet § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO dem Gläubiger die ganze Gefahr der ungerechtfertigten Vollstreckung auf. Die Vorschrift setzt jedoch einen widerrechtlichen Eingriff in die Rechte des Schuldners voraus und greift deshalb dann nicht ein, wenn sich ergibt, dass das später aufgehobene oder geänderte Landgerichtsurteil dem Kläger etwas zugesprochen hatte, was ihm

zu dieser Zeit von Rechts wegen gebührt. § 717 Abs. 2 ist deshalb unanwendbar, wenn das Landgerichtsurteil aufgrund von Einwendungen geändert wird, die durch den Schuldner erst nach der Vollstreckung geltend gemacht wurden (vergl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17. Juli 1995 - 11 W 75/95; Zöller/Herget, ZPO, 30. Aufl., § 717 Rn. 3 m.w.N.).

b) Hinzu kommt, dass die Beklagte einen Schadensersatzanspruch aus § 717 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Juni 2001 gemäß § 288 Abs. 1 S. 2 BGB nur unter dem Gesichtspunkt des Verzuges rechtfertigen könnte, vor dem mit Schriftsatz vom 1. August 2014 angekündigten Antrag überhaupt nicht rechtshängig gemacht worden ist. Die Beklagte hat lediglich den Feststellungsantrag hinsichtlich der Zinsen geltend gemacht. Ein solcher Feststellungsantrag begründet aber weder rückwirkend noch für die Zukunft einen Anspruch auf Zahlung von Prozesszinsen (Palandt/Grüneberg, BGB, 73. Aufl., § 291 Rn. 4). Prozesszinsen für den Schadensersatzanspruch hat die Beklagte zudem mit dem Widerklageantrag im Schriftsatz vom 17. Februar 2014 geltend gemacht. Ein weiterer Zinsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Verzugs steht ihr nicht zu; denn sie hat nicht dargelegt, dass und wann sie die Klägerin zur Rückzahlung des von ihr zur Abwendung der Zwangsvollstreckung geleisteten Betrages gemahnt hat (§ 286 Abs. 1 BGB).

5. Schließlich hat die Beklagte gegen die Klägerin auch keinen Schadensersatzanspruch insoweit, als es um die Erstattung der von ihr zu zahlenden Prozesskosten des Rechtsstreits vor dem Landgericht Berlin - 8 O 517/00 - und dem Kammergericht - 26 U 230/01 - geht. Denn es ist nicht zu ersehen, dass die Klägerin die Beklagte zu der Führung des Prozesses veranlasst hätte. Die Beklagte behauptet nicht etwa, von der Klägerin falsche Informationen über streitgegenständlichen Mängel erhalten und damit über die Erfolgsaussichten des Rechtsstreits getäuscht worden zu sein. Deshalb beruhen die Klageerhebung und die Entstehung der damit zusammenhängenden Kosten auf einer freien eigenen Entscheidung, deren Risiko die Beklagte allein zu tragen hat, ohne die Klägerin haftbar machen zu können (vgl. OLG Koblenz, Urteil vom 16. Dezember 2004 - 5 U 772/04 m.w.N.). Der adäquate Kausalzusammenhang wird durch den sich zwischen die Handlung des Schädigers und den Schaden (Kosten des Vorprozesses) einschiebenden eigenen Entschluss des Geschädigten nur dann nicht in Frage gestellt, wenn dieser Entschluss durch das Verhalten des Schädigers (unrichtige Auskunft) veranlasst und nicht ungewöhnlich war (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1970 - VI ZR 62/69). Dass dies hier der Fall gewesen wäre, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich.

6. Den Zinsanspruch in Höhe von 5 % seit dem 16. September 1998 hat die Beklagte, wie bereits in dem Teilurteil vom 21. Januar 2003 festgestellt worden ist, mit der Berufung nicht angegriffen, sodass es dabei zu verbleiben hat.

7. Soweit die Klägerin ihren verbliebenen Restwerklohnanspruch hilfsweise auf einen Zuschuss auf die Mängelbeseitigungskosten für die Tiefgaragendecke in Höhe von 167.560,00 EUR bzw., weiterer hilfsweise in Höhe von 125.670,00 EUR stützt, kann sie damit keinen Erfolg haben.

a) Dieser Anspruch, der nicht Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war, weil es sich um einen vom Restwerklohnanspruch abgrenzbaren anderen Lebenssachverhalt und damit um einen anderen Streitgegenstand handelt, kann von der Beklagten gemäß § 521 ZPO auch hilfsweise im Wege der nach altem Recht unbefristeten Anschlussberufung geltend gemacht werden.

b) Der Anspruch ist jedoch nicht begründet. Die Forderung auf einen Zuschuss zu den Mängelbeseitigungskosten für die Tiefgaragendecke in Höhe von 167.560,00 EUR oder in Höhe von 125.670,00 EUR ist weder dem Grunde noch der Höhe nach dargetan.

aa) Der Zuschuss zu Mängelbeseitigungskosten setzt voraus, dass die Mängelbeseitigung auch durchgeführt wird, was offenbar trotz des Vergleichs zwischen der Beklagten und ihrem Streithelfer der Fall war (wenn auch nicht dargetan worden ist, was insoweit konkret vereinbart worden ist), sodass der Klägerin ein Schadensersatzanspruch wegen eines der Beklagten zuzurechnenden Planungsfehlers grundsätzlich zustehe könnte, wenn ihr hierdurch ein Schaden entstanden ist.

(1) Es fehlt aber bereits an einem Planungsfehler, welcher der Beklagten im Rahmen eines Mitverschuldens zugerechnet werden könnte. Nach dem Vortrag der Klägerin haben die Architekten nicht falsch geplant; vielmehr soll eine Planung des Dichtungsabschlusses gefehlt haben. Dann kann sich die Klägerin aber nicht auf einen Planungsmangel berufen. Wenn ihr vor Ausführung der geschuldeten Bauleistung keine Planung vorlag, dann wusste sie dies und hätte eine solche anfordern müssen. Solange keine Planung vorliegt und der Architekt somit auch keine Planungsverantwortung übernommen hat, fehlt es an einem Mitverschulden (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2014 - VII ZR 152/12).

(2) Die Klägerin hat aber auch mit dem nachgelassenen Schriftsatz vom 26. November 2014 nicht dargetan, dass ihr aufgrund eines der Beklagten zuzurechnenden Planungsfehlers ein Schaden in Höhe von 167.560,00 EUR bzw. oder 125.670,00 EUR entstanden ist. Es fehlt nach wie vor schlüssiger Vortrag dazu, dass und warum die von der Klägerin behaupteten Mehrkosten ausgerechnet auf den vermeintlichen Planungsmangel und nicht auf die Ausführungsmängel des Werkes der Klägerin entfallen sollen. Unstreitig hat die Klägerin die Abdichtung nur einlagig und nicht zweilagig ausgeführt, die Abdichtung auf dem Sockel und im Aufkantungsbereich nicht vollflächig verklebt, ist die Aufkantungshöhe der Abdichtung viel zu gering und die Verwahrung der Abdichtung nicht fachgerecht hergestellt. Die Klägerin bestreitet nicht, dass es sich hierbei um Ausführungsmängel handelt. Warum die weiteren Kosten für das nunmehr erforderliche Abdecken der gesamte Tiefgaragendecke (statt 48 m² nunmehr über 1.200 m²) mit Bitumenbahnen allein deshalb anfallen soll, weil ein fachgerechter Abdichtungsanschluss der Dehnungsfugenabdichtung nicht geplant gewesen sein soll, ist weder dargetan noch sonst ersichtlich. Die Klägerin gibt keinen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass sie trotz der mangelhaften Ausführung der Dehnungsfugenabdichtung nur für die Pos. 6 und die Pos. 7 (anteilig) aus der Kostenzusammenstellung des Sachverständigen F#### (S. 245 ff. des Ergänzungsgutachtens, Anl. B 38) haftet. Der Sachverständige F#### hat hinsichtlich der Kosten keine Differenzierung zwischen Planungs- und Ausführungsfehlern vorgenommen.

bb) Es kommt danach nicht mehr darauf an, dass sich dem Vorbringen der Klägerin auch nicht entnehmen lässt, welcher Mitverschuldensanteil auf den vermeintlichen Planungsfehler und welcher auf die Ausführungsmängel entfallen soll. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat der Sachverständige F#### den Abdichtungsmangel auf der Tiefgaragendecke nicht als reinen Planungsfehler angesehen, sondern auf S. 69 des Gutachtens vom 30. Juni 2005 (Anl. B 32) und S. 89 des Ergänzungsgutachtens (Anl. B 38) klar zum Ausdruck gebracht, dass es sich jedenfalls auch um einen Ausführungsfehler handelt. Die Beklagte haftet daher für diesen Mangel.

cc) Ebenso wenig kommt es darauf an, dass der geltend gemachte Anspruch auch der Höhe nach nicht ansatzweise dargetan ist. Die in den als Anlagen K 62 und K 63 eingereichten Zusammenstellungen aufgelisteten Zahlen werden nicht erläutert; es ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, welche Zahlungen für welche Leistungen erbracht worden sein sollen. Die Kosten "für die eigentliche Leistungserbringung (Lohnkosten)" in Höhe von mindestens 40.250,00 EUR werden nur vage geschätzt; auch insoweit ist weder dargetan noch sonst ersichtlich, welche Arbeiten in welchen Zeiträumen erbracht worden sein sollen. Wenn die Klägerin davon ausging, dass sie Leistungen erbrachte, die jedenfalls teilweise auf fremdes

Verschulden zurückzuführen waren, ist unverständlich, warum sie diese Leistungen nicht nachvollziehbar dokumentiert hat. Die vagen Angaben der Klägerin reichen weder für eine Schätzung aus noch können sie Gegenstand einer Beweisaufnahme sein, da dies auf eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung hinauslaufen würde.

8. Soweit die Klägerin meint, die Beklagte verkenne, dass ihr mit dem rechtskräftigen Urteil ein um 31.477,99 EUR höherer Vergütungsanspruch zustehe, trifft dies ersichtlich nicht zu. Ein "um 31.477,99 EUR höherer Vergütungsanspruch" war bislang nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

a) Die Einführung dieser Forderung in das Berufungsverfahren wertet der Senat ebenfalls unselbständige Anschlussberufung im Sinne des § 521 ZPO, die jederzeit zulässig ist.

b) In der Sache kann ein derartiger Anspruch schon deshalb keine Rolle mehr spielen, weil er angesichts der bereits am 2. Juli 1998 BGB gelegten Schlussrechnung, welche die Fälligkeit der Werklohnforderung nach § 16 Nr. 3 VOB/B begründet und damit die Verjährungsfrist in Gang gesetzt hat, lange verjährt wäre und die Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben hat. Daran ändert nichts die Ansicht der Klägerin, sie könne mit einem verjährten Werklohnanspruch gegen die Mängelbeseitigungskosten aufrechnen. Das setzt nach § 215 BGB n.F. voraus, dass die Aufrechnungslage in unverjährter Zeit entstanden ist. Dazu können nach dem Vortrag der Klägerin keine konkreten Feststellungen getroffen werden.

aa) Vielmehr steht erst seit dem rechtskräftigen Senatsurteil vom 29. Mai 2009 - 7 U 122/08 - fest, dass für die Balkone Mängelbeseitigungskosten in Höhe von insgesamt 154.482,93 EUR entstehen. Dieser Anspruch beruht nach den dort getroffenen Feststellungen auf dem Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft vom 26. Juni 2007, mit dem die WEG den Gewährleistungsanspruch am Gemeinschaftseigentum an sich gezogen hat. Zu diesem Zeitpunkt war der Werklohnanspruch der Klägerin, soweit er nicht zum Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits gemacht worden ist, längst verjährt, weil die dreijährige Verjährungsfrist spätestens Ende des Jahres 2004 abgelaufen ist (§§ 195, 199 BGB n.F.), wenn die Werklohnforderung nicht schon zuvor gemäß § 198 Abs. 1 Nr. 1 BGB nach Ablauf von zwei Jahren verjährt war. Konkrete Feststellungen müssen dazu nicht getroffen werden. Abgesehen davon ist die Forderung wegen der Balkone, gegen die die Klägerin die Aufrechnung mit ihrem Restwerklohnanspruch erklärt hat, bereits durch die Aufrechnung der Beklagten gegen den rechtshängig gemachten Werklohnanspruch erloschen. Gegen diese Forderung kann daher nicht erneut aufgerechnet werden.

bb) Erstmals mit ihrem Schriftsatz vom 26. November 2014 hat die Klägerin vorgetragen, ihre weitere Werklohnforderung basiere auf einem Einbehalt wegen Feuchtigkeitsschäden in der Tiefgarage, der durch die Nacharbeiten in den Jahren 2011 bis 2012 zur Auszahlung fällig geworden sei und deshalb nicht verjährt sein könne. Diese Aufrechnung geht ins Leere, weil sie sich gegen eine Forderung richtet, die im vorliegenden Rechtsstreit nicht zuerkannt worden ist.

cc) Nichts anderes gilt für die Behauptung der Klägerin, es sollte ein "Einbehalt für die Rollläden" bis zum Ende der Gewährleistungsfrist vorgenommen werden. Aufrechnen könnte die Klägerin ihre Werklohnforderung außerdem nur gegen einen bestehenden Schadenersatzanspruch der Beklagten. Wegen der Rollläden kann ein solcher Anspruch aber nicht festgestellt werden. Die Klägerin trägt dazu selbst vor, dass die Fristsetzung nicht gegeben sei (Bl. III/94 f.), und bestreitet einen diesbezüglichen Schadenersatzanspruch. Der Senat hält das Bestreiten der Fristsetzung im Zusammenhang mit der Balkonsanierung zwar für unerheblich (siehe oben Ziff. III. 1. e). Damit ist aber noch nicht festgestellt, dass wegen der Rollläden das

Gleiche gilt. Vielmehr ist es Sache der Klägerin den Schadenersatzanspruch, gegen den sie mit der nicht rechtshängigen Restwerklohnforderung aufrechnen will, schlüssig vorzutragen. Das ist ersichtlich nicht geschehen.

Schließlich spielt es für die Frage der Verjährung keine Rolle, ob eine Forderung, der die Einrede der Verjährung entgegengehalten wird, unstreitig ist oder nicht.

IV.

Die Berufung der Beklagten musste danach teilweise Erfolg haben; ihre Widerklage konnte keinen Erfolg haben.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1, 97 Abs. 1, 546 Abs. 2, 708 Nr. 10 und 711 ZPO.

Ein Grund, die Revision zuzulassen, war nicht gegeben, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).