BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 5/06

Verkündet am:
26. Juli 2007
Heinzelmann,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

BGB §§ 242 Cd, 635 a.F.

Einem gesamtschuldnerisch mit einem Unternehmer wegen Bauaufsichtsfehlern haftenden Architekten ist in der Regel der Einwand versagt, der Auftraggeber hätte sich durch rechtzeitigen Zugriff bei dem Unternehmer befriedigen können und müssen. Der Schadensersatzanspruch kann nicht allein deshalb verneint werden, weil der Auftraggeber entgegen der Empfehlung des Architekten Werklohn wegen Mängeln der Bauausführung nicht einbehalten hat.

ZPO § 530 a.F.

Die Versagung der Zustimmung zur Parteierweiterung durch einen in der Berufungsinstanz erstmals mit einer Widerklage überzogenen Architekten ist nicht missbräuchlich, wenn die Widerklage wegen Bauaufsichtsfehlern einer in Gesellschaft bürgerlichen Rechts tätigen Architektengemeinschaft zunächst nur gegen einen Gesellschafter erhoben wird und sodann nach mehreren Jahren der Prozessführung zu einem geringen Teil auch gegen den anderen, bisher am Prozess nicht beteiligten Gesellschafter, nachdem dieser als Zeuge geladen worden ist.

BGH, Urteil vom 26. Juli 2007 - VII ZR 5/06 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Dressler, die Richter Dr. Kuffer, Prof. Dr. Kniffka und Bauner und die Richterin Safari Chabestari

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Widerklägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 14. Dezember 2005 im Kostenpunkt - mit Ausnahme der Kostenentscheidung zugunsten des Widerbeklagten zu 2 - und insoweit aufgehoben, als die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 1 abgewiesen und die Berufung insoweit zurückgewiesen worden ist.

Im Übrigen wird die Revision mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 2 als unzulässig abgewiesen wird.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte und Widerklägerin beauftragte 1994 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter die Widerbeklagten sind, mit Planungs-

leistungen für die Modernisierung und den Neubau verschiedener Gebäude. Gegenstand des Vertrages war die Planung für drei Bauabschnitte. Der Neubau des ersten Bauabschnitts wurde von der G. GmbH als Generalunternehmerin ausgeführt. Zahlreiche Leistungen der G. GmbH waren mangelhaft, so auch die Wärmedämmung des Daches. Nach Insolvenz der G. GmbH haben sich der Insolvenzverwalter und die Widerklägerin wegen des noch zu zahlenden Werklohns und eines Sicherheitseinbehalts geeinigt. Es steht fest, dass die Widerklägerin einen erheblichen Betrag des vertraglich vereinbarten Werklohns nicht mehr zahlen muss.

2 Der Kläger und Widerbeklagte zu 1 hat mit der Klage aus abgetretenem Recht Honorar in Höhe von 57.500 DM verlangt. Die Beklagte hat mit verschiedenen Gegenforderungen aufgerechnet. Sie hat zudem zunächst ausschließlich gegen den Kläger Widerklage auf Zahlung von 280.000 DM erhoben. Gegenstand der Widerklage sind Bauaufsichtsfehler bei der Gründung gewesen.

3 Das Landgericht hat der Klage im Jahr 1999 stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Im Laufe des Berufungsverfahrens hat die Widerklägerin die Widerklage geändert. Sie hat sie zuletzt auf Bauaufsichtsfehler bei der Dämmung des Daches gestützt und sie im Juni 2005 gegen beide Gesellschafter erhoben, gegen den Kläger und Widerbeklagten zu 1 in Höhe von 141.630,02 €, gegen den Widerbeklagten zu 2 lediglich in Höhe eines Teilbetrages von 5.500,00 €.

4 Das Berufungsgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 8.887,58 € verurteilt. Die Widerklage hat es als unbegründet abgewiesen. Der Senat hat die Revision zugelassen, soweit die Widerklage abgewiesen worden ist. Die Widerklägerin verfolgt ihre Zahlungsanträge zur Widerklage weiter.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

A. Die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 2

5 Die Revision ist im Ergebnis unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 2 richtet. Sie ist mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Widerklage als unzulässig abgewiesen wird.

6 Die Beurteilung richtet sich nach dem bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Vorschriften für die Berufung (§ 26 Nr. 5 EGZPO).

I.

7 Das Berufungsgericht hält die Erweiterung des Widerklageantrags in Bezug auf den Widerbeklagten zu 2 als Teilklage für zulässig. Die Widerklage sei sachdienlich. Der Widerbeklagte zu 2 habe die Zustimmung missbräuchlich verweigert. Der Widerbeklagte zu 2 sei offenkundig hinreichend in das Bauvorhaben involviert, um die zur Rechtsverteidigung erforderlichen Informationen zur Verfügung zu haben oder sich diese beschaffen zu können. Er habe das Bauvorhaben maßgeblich begleitet.

II.

8 Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Widerklage ist unzulässig.

9 1. Voraussetzung für die Zulässigkeit einer im Berufungsverfahren erhobenen Widerklage gegen eine bisher am Prozess nicht beteiligte Partei ist grundsätzlich deren Zustimmung, es sei denn, diese wird rechtsmissbräuchlich verweigert. Die Verweigerung der Zustimmung zu einer Parteierweiterung in der Berufungsinstanz ist im allgemeinen missbräuchlich, wenn ein schutzwürdiges Interesse des neuen Widerbeklagten an der Weigerung nicht zu erkennen und ihm zuzumuten ist, in den Prozess einzutreten, obwohl er bereits in der Berufungsinstanz schwebt. Bei der Würdigung sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1956 - VI ZR 32/55, BGHZ 21, 285, 289; Urteil vom 13. Februar 1974 - VIII ZR 147/72, NJW 1974, 750; Urteil vom 10. November 1980 - II ZR 96/80, NJW 1981, 989; Urteil vom 4. Oktober 1985 - V ZR 136/84, NJW-RR 1986, 356). Allein der maßgeblich vom Berufungsgericht angeführte Umstand, dass eine neue Partei ausreichende Informationen über den Streitstoff hat, kann eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Zustimmung nicht begründen. Das Erfordernis der Zustimmung soll dem Schutz der Partei dienen, die in einem fortgeschrittenen Verfahrensstadium in einen Prozess hineingezogen wird (BGH, Urteil vom 26. Februar 1987 - VII ZR 58/86, BauR 1987, 351 = ZfBR 1987, 151). Es soll Nachteile verhindern, die dadurch entstehen, dass der neue Beklagte auf den bisherigen Verlauf des Prozesses keinen Einfluss hatte und ihn in der Lage weiterführen müsste, in der er sich nunmehr befindet (BGH, Urteil vom 29. November 1961 - V ZR 181/60, NJW 1962, 633).

10 2. Maßgeblich ist danach, ob der Widerbeklagte zu 2 die Zustimmung ausnahmsweise nicht verweigern durfte, weil eine prozessuale Beeinträchtigung und Schlechterstellung auszuschließen ist. Das ist zu verneinen. Dem Widerbeklagten zu 2 ist nicht nur eine Tatsacheninstanz vorenthalten worden, sondern die Widerklage gegen ihn war zudem erst zu einem Zeitpunkt erhoben worden, in dem bereits ein großer Teil des Prozessstoffes verhandelt worden

ist. Die Widerklage wegen des Bauaufsichtsfehlers bei der Ausführung der Wärmedämmung war bereits im Jahr 2000 in der Berufungsinstanz gegen den Kläger erhoben worden. Seitdem stritten die damaligen Parteien über den Mangel, die Verantwortlichkeit der Architekten, über Mängelbeseitigungskosten und auch darüber, ob der Widerklägerin ein Schaden im Hinblick darauf entstanden ist, dass sie Werklohn an den Unternehmer nicht gezahlt hat. Über einen Teil der Streitpunkte ist ein Sachverständigengutachten eingeholt worden, das Anfang 2004 vorlag. Die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 2 ist erst im Juni 2005 erhoben worden. Sie erfasste nur einen geringen Teilbetrag, so dass jedenfalls aus der Sicht des Widerbeklagten zu 2 die Vermutung nahe lag, dass die Klage aus prozesstaktischen Gründen erhoben worden ist. Denn er war als Zeuge benannt und geladen worden. Bei diesem Sachverhalt lässt sich eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Zustimmung nicht erkennen. Der Widerbeklagte zu 2 musste es nicht hinnehmen, dass er aus vermeintlich prozesstaktischen Gründen in der Berufungsinstanz in einen Prozess gedrängt wird, der bereits über mehrere Jahre intensiv geführt worden war, wobei zudem die Gefahr bestand, dass gegen ihn ein weiterer Prozess wegen der restlichen Forderung geführt wird. Es ist nicht festgestellt, dass der Widerbeklagte zu 2 maßgeblichen Einfluss auf die Prozessführung bis zur subjektiven Erweiterung der Widerklage hatte, so dass dahingestellt bleiben kann, ob in diesem Fall eine andere Beurteilung gerechtfertigt wäre (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1956 - VI ZR 32/55, BGHZ 21, 285, 290).

11 3. Das Urteil des Berufungsgerichts ist danach im Ergebnis richtig, soweit die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 2 abgewiesen worden ist. Es ist ohne Sachprüfung mit der Maßgabe aufrechtzuerhalten, dass die Klage gegen den Widerbeklagten zu 2 als unzulässig abgewiesen wird. Außerdem hat die Kostenentscheidung Bestand, soweit der Widerklägerin auferlegt worden ist, die außergerichtlichen Kosten des Widerbeklagten zu 2 zu tragen.

B. Die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 1

12 Die Revision ist begründet, soweit die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 1 abgewiesen worden ist. Insoweit führt sie zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

13 Auf das Schuldverhältnis der Parteien sind die Gesetze in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung anzuwenden (Art. 229 Abs. 5 Satz 1 EGBGB).

I.

14 Das Berufungsgericht führt aus, der gegen die Widerbeklagten gerichtete Schadensersatzanspruch bestehe dem Grunde nach. Sie hätten die Wärmedämmarbeiten am Dach nicht genügend beaufsichtigt. Die von ihnen behaupteten Bedenkenhinweise seien nicht ausreichend dargelegt. Der Widerklägerin sei ein Schaden in Höhe von 73.139,80 € entstanden. Die Mängelbeseitigungskosten betrügen zwar nach den Feststellungen des Sachverständigen 240.600 €. Bei der Schadensberechnung müsse allerdings berücksichtigt werden, dass ein Schaden nicht entstanden sei, soweit die Widerklägerin an die G. GmbH Werklohn nicht bezahlen müsse und dieser Betrag nicht durch weitere berechtigte Ersatzansprüche aufgezehrt werde.

15 Bei der Berechnung dieses Betrages sei davon auszugehen, dass die Widerklägerin mit der G. GmbH einen Werklohn von 10.450.000,00 DM vereinbart habe. Hinzu komme ein Betrag von 404.491,59 DM, den die Widerklägerin der G. GmbH geschuldet habe, weil sie in dieser Höhe Nachtragsaufträge erteilt habe. Das abweichende Vorbringen der Widerklägerin nach Schluss der münd-

lichen Verhandlung im nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 8. November 2005 könne keine Berücksichtigung finden.

16 Unter Berücksichtigung der Zahlungen und Abzüge für mangelhafte Leistungen der G. GmbH verblieben noch 167.460,20 € als "freier" Betrag. Nach Abzug dieses Betrages von den Mängelbeseitigungskosten in Höhe von 240.600,00 € verbleibe ein erstattungsfähiger Schaden von 73.139,80 €.

17 Der Widerklägerin sei die Geltendmachung dieses Schadens nach Treu und Glauben verwehrt. Die Widerbeklagten hätten nach Prüfung der Rechnungen lediglich 8.111.987,32 DM zur Zahlung an die G. GmbH freigegeben. Die Widerklägerin habe jedoch 9.448.567,70 DM gezahlt. Es lasse sich mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbaren, wenn die Widerklägerin von ihren bauleitenden und bauüberwachenden Architekten Schadensersatz fordern könne. Denn sie habe durch ihre Zahlung den Architekten die Möglichkeit verwehrt, auf Mängeleinbehalte hinzuwirken und damit - zumindest mittelbar - auch der Entstehung eventueller Schadensersatzansprüche wegen in dem Bauwerk verkörperter Mängel entgegenzuwirken. Gelange der Architekt bei Prüfung der Rechnung des Unternehmers zu dem Ergebnis, die abgerechneten Leistungen entsprächen nicht dem erbrachten Leistungsumfang oder seien nicht ordnungsgemäß erbracht, müsse er diesem zu einem entsprechenden Einbehalt raten. Nehme der Bauherr dennoch Zahlungen vor, so sei es gerechtfertigt, dem Bauherrn insoweit die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs zu verwehren, als ein erstattungsfähiger Schaden ohne die voreilige Zahlung an das Bauunternehmen nicht entstanden wäre, weil der Bauherr sich in voller Höhe aus dem zurückbehaltenen Betrag hätte befriedigen können.

II.

18 Mit dieser Begründung ist die Abweisung des Widerklageantrags nicht zu rechtfertigen. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht den Vortrag der Widerklägerin zum Umfang der Nachträge im Schriftsatz vom 8. November 2005 nicht berücksichtigt. Bei Berücksichtigung dieses Vortrags kann sich ein Schadensersatzanspruch in Höhe des Widerklageantrags ergeben (1.). Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Schadensersatzanspruch versagt, weil die Beklagte von den Widerbeklagten nicht freigegebenen Werklohn an die G. GmbH bezahlt habe (2.).

19 1. a) Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Auftraggeber gegen seinen Architekten keinen Schadensersatzanspruch wegen Bauüberwachungsfehlern geltend machen kann, wenn feststeht, dass er wegen der Mängel einbehaltenen Werklohn des Unternehmers nicht mehr entrichten muss. Das entspricht der Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 9. Mai 1996 - VII ZR 181/93, BauR 1996, 732, 733 = NJW 1996, 2370 = ZfBR 1996, 264). Die Kritik von Glöckner (BauR 1997, 529, 530) ist unbegründet. Der Senat hat nicht entschieden, dass der Schaden des Auftraggebers durch eine Anrechnung im Wege der Vorteilsausgleichung entfällt und dadurch einem Gesamtschuldnerausgleich die Grundlage genommen würde. Wird ein Werklohn dauerhaft einbehalten und steht fest, dass er nicht mehr zu zahlen ist, kommt das vielmehr einer Inanspruchnahme des Unternehmers wegen der Mängel und damit einer Erfüllung der Schuld durch diesen gleich. Eine weitere Inanspruchnahme des Architekten scheidet dann aus.

20 b) Die Ermittlung des einbehaltenen Betrages, der der Widerklägerin zur Mängelbeseitigung zur Verfügung steht und ihren Anspruch mindert, ist jedoch verfahrensfehlerhaft erfolgt. Das Berufungsgericht hat unter Verstoß gegen den

Anspruch der Widerklägerin auf rechtliches Gehör, Art. 103 Abs. 1 GG, zu deren Nachteil angenommen, der ursprünglich vereinbarte Werklohn erhöhe sich wegen von der Widerklägerin erteilter Nachträge um 404.491,59 DM.

21 Die Widerklägerin hat im insoweit nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 8. November 2005 Nachträge in dieser Höhe bestritten. Sie hat dargelegt, dass der G. GmbH aufgrund von nachträglichen Beauftragungen lediglich ein zusätzlicher Werklohnanspruch in Höhe von 205.833,00 DM zusteht. Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt. Nachdem das Berufungsgericht noch in seinem Hinweisbeschluss vom 26. Mai 2005 die Auffassung vertreten hat, es dürfte auf die Höhe der an die G. GmbH zu zahlenden Summe nicht ankommen, war es nach dem erst in der letzten mündlichen Verhandlung vom 21. Oktober 2005 erfolgten Hinweis auf seine davon abweichende Rechtsauffassung verpflichtet, den Parteien Gelegenheit zu geben, auf die neue Prozesssituation zu reagieren und den Tatsachenvortrag zu ergänzen (BGH, Beschluss vom 15. Februar 2005 - XI ZR 144/03, BGHReport 2005, 936 = FamRZ 2005, 700 m.w.N.). Auf den erheblichen Vortrag der Widerklägerin hätte es die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen. Dieser Verfahrensfehler ist entscheidungserheblich. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Widerklage auf der Grundlage des Vortrages der Widerklägerin in vollem Umfang Erfolg hat. Der Schaden könnte bis zu 174.712,32 € betragen, so dass der Klageantrag über 141.630,02 € ausgeschöpft wäre.

22 2. Zu Unrecht vertritt das Berufungsgericht die Auffassung, die Beklagte könne ihren Schadensersatzanspruch nicht geltend machen, weil sie einen Betrag an die G. GmbH gezahlt habe, der den von den Widerbeklagten nach Rechnungsprüfung freigegebenen Betrag um 1.336.580,38 DM überschritten habe.

23 a) Grundsätzlich haftet der Architekt für Bauaufsichtsfehler dem Auftraggeber auf Schadensersatz, wenn es infolge des Fehlers zu einem Mangel des Bauwerks gekommen ist. Der Schadensersatzanspruch kann in Höhe der Mängelbeseitigungskosten berechnet werden. Der Architekt und der Unternehmer sind im Umfang ihrer Haftung Gesamtschuldner (BGH, Beschluss vom 1. Februar 1965 - GSZ 1/64, BGHZ 43, 227, 230 f.). Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ob er wegen eines Mangels am Bauwerk den Unternehmer oder den Architekten, der seine Aufsichtspflicht verletzt hat, in Anspruch nehmen will.

24 b) Allerdings kann sich die Inanspruchnahme eines Gesamtschuldners als rechtsmissbräuchlich darstellen. Der Gläubiger darf bei seinem Entschluss, gegen welchen Gesamtschuldner er vorgeht, nicht jede Rücksichtnahme auf den anderen vermissen lassen. Er hat vielmehr seine Rechte nach Treu und Glauben auszuüben, § 242 BGB. So kann der Auftraggeber ausnahmsweise gehindert sein, einen Architekten wegen eines Bauaufsichtsfehlers in Anspruch zu nehmen, wenn und soweit er auf einfachere, insbesondere billigere Weise von dem Unternehmer die Beseitigung des Mangels verlangen kann (BGH, Urteil vom 2. Mai 1963 - VII ZR 171/61, BGHZ 39, 261, 264).

25 Geht es allein um den finanziellen Ausgleich des Schadens, ist einem Gesamtschuldner in der Regel jedoch der Einwand versagt, der Gläubiger hätte sich durch rechtzeitigen Zugriff bei dem anderen Gesamtschuldner befriedigen können und müssen. Etwas anderes kann gelten, wenn der Gläubiger arglistig handelt, wenn also sein Vorgehen im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles sich als Missbrauch seines Rechts darstellen würde, die Leistung nach Belieben von jedem Schuldner zu fordern. Als rechtsmissbräuchliches Verhalten wäre das Verhalten des Gläubigers anzusehen, wenn er sich nur deswegen an einen von mehreren Gesamtschuldnern halten und ihm das Re-

gressrisiko aufbürden würde, weil er aus missbilligenswerten Motiven die Absicht hat, gerade diesen Schuldner zu belasten (BGH, Urteil vom 22. Januar 1991 - XI ZR 342/89, NJW 1991, 1289; vgl. auch Glöckner, BauR 1997, 529, 533).

26 c) Auf dieser Grundlage hat das Berufungsgericht zu Unrecht der Widerklägerin die Inanspruchnahme des Widerbeklagten zu 1 versagt. Es hat keinen Sachverhalt festgestellt, nach dem der Widerklägerin ein rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen wäre. Es sind keine Anhaltspunkte dafür mitgeteilt, dass die Widerklägerin mit der Absicht Zahlungen an die G. GmbH geleistet hätte, die Widerbeklagten treuwidrig mit der Schadensersatzforderung wegen mangelhafter Bauaufsicht bei der Herstellung der Wärmedämmung zu belasten. Es ist nicht einmal festgestellt, dass die Widerklägerin bei der Zahlung an die G. GmbH eine Inanspruchnahme der Widerbeklagten erwogen hätte. Auch fehlen jegliche Feststellungen dazu, dass die Widerklägerin aus zu missbilligenden Gründen an die G. GmbH gezahlt hätte. Die Widerbeklagten haben selbst darauf hingewiesen, dass die Zahlung erfolgt sein könnte, um den Fortgang der Arbeiten sicherzustellen. Das sind keine zu missbilligenden Gründe. Die allgemeinen Erwägungen des Berufungsgerichts, ein Bauherr verhalte sich missbräuchlich, wenn er entgegen den Empfehlungen seiner Architekten sein Leistungsverweigerungsrecht aufgebe, sind in dieser Allgemeinheit nicht nur rechtsfehlerhaft, sondern entbehren überdies einer fallbezogenen Grundlage. Denn es fehlen auch jegliche Feststellungen dazu, inwieweit solche Empfehlungen wegen Mängeln ausgesprochen worden sind und in welchem Umfang sie auch aus der Sicht der Widerklägerin berechtigt waren. Das Berufungsgericht hat weder festgestellt, welcher Betrag der G. GmbH im Zeitpunkt der Freigabeerklärung zustand noch in welcher Höhe berechtigt Einbehalte hätten vorgenommen werden können. Ebenso wenig hat es festgestellt, aus welchen Gründen die Widerklägerin einen höheren Betrag gezahlt hat. Seine Erwägungen beruhen

allein auf der Mitteilung, die Architekten hätten lediglich einen Betrag von 8.111.987,32 DM freigegeben, die Widerklägerin habe hingegen 9.448.567,70 DM gezahlt.

III.

27 Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben, soweit die Widerklage gegen den Widerbeklagten zu 1 abgewiesen worden ist. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

28 Das Berufungsgericht wird den Parteien Gelegenheit geben müssen, zu den weiteren im Revisionsverfahren erhobenen Rügen ergänzend vorzutragen. Auf dieser Grundlage wird es den Sach- und Streitstoff zur Berechtigung des Anspruchs und zur Höhe des Schadens erneut zu prüfen haben.

29 Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass der Vortrag des Widerbeklagten zu 1 zu den der Widerklägerin angeblich erteilten Hinweisen auf die mangelhafte Ausführung der Dämmung auch unter dem Gesichtspunkt zu prüfen ist, ob das sich daran anschließende Verhalten der Widerklägerin ein Mit-

verschulden rechtfertigt. Soweit das zu bejahen und der Sachverhalt streitig ist, wird das Berufungsgericht die Zeugen zu hören haben.

Dressler Kuffer Kniffka

Bauner Safari Chabestari

Vorinstanzen:
LG Potsdam, Entscheidung vom 14.10.1999 - 32 O 736/98 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 14.12.2005 - 4 U 167/99 -