

Gericht: Oberlandesgericht Brandenburg
Urteil vom: 18.03.2009
Aktenzeichen: 3 U 71/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Potsdam vom 22.02.2008 - 6 O 412/05 - die gegen sie gerichtete Widerklage abgewiesen.

Auf die Berufung der Drittwiderbeklagten und ihrer Streithelferin zu 1) wird unter Zurückweisung ihrer weitergehenden Berufung das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 22.02.2008 - 6 O 412/05 - aufgehoben und die Sache unter Aufhebung des Verfahrens zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen, soweit es zu lasten der Drittwiderbeklagten entschieden hat.

Die Beklagte hat die außergerichtlichen Kosten der Klägerin zu tragen.

Die Streithelferin zu 19) der Drittwiderbeklagten hat die Kosten ihrer Nebenintervention zu tragen.

Die Kostenentscheidung im Übrigen bleibt dem Landgericht vorbehalten.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils für die Klägerin vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht diese vor ihrer Vollstreckung in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet. Als Sicherheit genügt die schriftliche, unbedingte, unbefristete, unwiderrufliche und selbstschuldnerische Bürgschaft eines im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Kreditinstituts.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin als Mieterin hat von der Beklagten als Vermieterin Vorschuss für Mängelbeseitigungsaufwand zur Behebung von Fensterstörungen beansprucht. Widerklegend hat die Beklagte als Vermieterin von der Klägerin als früherer Mieterin die Beseitigung von Mängeln an allen Fenstern und Balkontüren sämtlicher Wohnungen in 23 Gebäuden aufgrund einer mietvertraglich übernommenen Erhaltungsverpflichtung verlangt. Als Auftraggeberin von Bauleistungen beansprucht sie von der Drittwiderbeklagten - gesamtschuldnerisch mit der Klägerin - die Beseitigung der Mängel aufgrund der Übernahme der Gewährleistungspflichten eines bauausführenden - inzwischen insolventen - Unternehmers. Hilfsweise begehrt sie von der Drittwiderbeklagten Schadensersatz in Höhe der Kosten der Mängelbeseitigung am Bau wegen mangelhafter Objektüberwachung und gestützt auf Baukostenvereinbarungen.

Die Beklagte erwarb Grundstücke mit 23 Gebäuden, die von ehemaligen GUS-Streitkräften genutzt worden waren, ließ sie renovieren und vermietete sie der Klägerin gemäß Generalmietvertrag (MV) vom 06.07.1998 (K1, 6 GA) für zehn Jahre zur Weitervermietung an Wohnungsmieter. Nach § 7 MV oblag der Klägerin die Instandhaltung und Instandsetzung der Mietsache, einschließlich Schäden an Dach und Fach. Nach § 11 S 3 MV hatte der Generalmieter auftretende Mängel während der ersten fünf Jahre im Rahmen der Gewährleistung des Generalübernehmers zu klären.

Nach Überlassung des Mietobjektes zeigten sich Mängel an den Fensteranlagen, die sich nach dem übereinstimmenden Vortrag von Klägerin und Beklagter durchweg aus der Verletzung handwerklicher Sorgfaltspflichten bei ihrem Einbau und daraus resultierenden Substanzschäden ergeben hatten (vgl. Klageerwiderung S. 21, Bl 98 GA), und deren Beseitigung die Beklagte nach Anzeige und Fristsetzung (vgl. K7, Bl. 57 GA) unterließ.

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, ihre Übernahme der Erhaltungspflicht erstreckte sich nicht auf die eigene Beseitigung von Mängeln, die bereits bei Beginn des Mietverhältnisses vorlagen und in den Gewährleistungsbereich der mit den Einbauarbeiten befassten Bauunternehmer fielen.

Die Beklagte hat gemeint, ihre Gewährleistungsverpflichtung als Vermieterin sei vertraglich ausgeschlossen und die Beseitigung der Mängel obliege der Klägerin im Rahmen ihrer übernommenen Erhaltungspflichten für Dach und Fach. Die Mietvertragsparteien hätten bei übereinstimmendem Vertragsverständnis eine umfassende Instandhaltungs- und Instandsetzungspflicht der Klägerin vereinbart und gewollt, und zwar auch für anfängliche Mängel des Mietobjektes, einschließlich gewährleistungspflichtiger Baumängel.

Gestützt hierauf hat sie, die Beklagte, widerklagend die Klägerin auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen.

Im Rahmen der Renovierung beauftragte die Beklagte die L. mbH, deren Gesellschafteranteile die Drittwiderbeklagte in der Folgezeit erwarb, gemäß Generalplanungsvertrages vom 18.12.1997 (B10) unter anderem mit Planungsleistungen entsprechend dem Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI Leistungsphase 1 bis 9. Mit Projektsteuerungs-Vertrag vom 30.03.1998 (B8) beauftragte die Beklagte die L. mbH (fortan auch Drittwiderbeklagte) unter anderem mit der Ausschreibung von Modernisierungs- und Instandsetzungsarbeiten an den streitgegenständlichen Altbauten, damit, sämtliche Einzelgewerke namens der Beklagten zu beauftragen, zu beaufsichtigen und zu überwachen sowie damit, das Bauvorhaben auf etwaige Mängel zu überprüfen und gegebenenfalls deren Beseitigung zu veranlassen. Überdies trafen die Beklagte und die Drittwiderbeklagte in diesem Vertrag nähere Vereinbarungen über die Einhaltung kalkulierter Gesamtkosten, eine Haftung für Schäden aus unzureichend vereinbarten Gewährleistungssicherheiten und in einer Ergänzungsvereinbarung vom 08.07.1999 eine Freistellungsverpflichtung der Drittwiderbeklagten gegenüber der Beklagten im Falle der Überschreitung einer Baukostenobergrenze (vgl. B8/1).

Gegenüber der Drittwiderbeklagten hat die Beklagte sich auf eine von ihr, der Beklagten, nicht unterschriebene Vereinbarung vom 03.02.2000 gestützt (vgl. B25), mit der die Drittwiderbeklagte die Gewährleistungshaftung für die Festereinbauten eines - inzwischen insolventen - Unternehmens, das sämtliche streitgegenständlichen Fenster und Balkontüren durch einen Subunternehmer habe einbauen lassen, übernommen habe. Hilfsweise hat sie von der Drittwiderbeklagten Schadensersatz in Höhe der Kosten der Mängelbeseitigung am Bau wegen mangelhafter Objektüberwachung beansprucht.

Die Drittwiderbeklagte und ihre Streithelferin zu 1) (fortan auch: Streithelferin) haben sich u.a. gegen die Wirksamkeit einer Vereinbarung vom 03.02.2000, gegen die Voraussetzungen einer Schadensersatzhaftung, gegen das Vorliegen von Baumängeln und gegen die Höhe der Mängelbeseitigungskosten gewandt sowie die Verjährungseinrede erhoben.

Mit dem angefochtenen Urteil, auf das der Senat wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes verweist, hat das Landgericht die Klage abgewiesen und den Widerklagen stattgegeben. Die Klägerin habe in den §§ 7 und 11 des Mietvertrages die von der Beklagten behaupteten Verpflichtungen übernommen, wie sich

aus den Aussagen dreier anderweitig vor dem Landgericht Berlin vernommenen Zeugen ergebe. Die Drittwiderbeklagte habe durch eine einseitige Erklärung (B25) eine eigenständige Verpflichtung zur Beseitigung der durch den Generalunternehmer - der N. Baugesellschaft mbH - verursachten Mängel übernommen.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Berufungen verfolgen die Klägerin, die Drittwiderbeklagte und deren Streithelferin zu 1) ihre erstinstanzlichen Widerklageabweisungsanträge uneingeschränkt weiter.

Die Klägerin macht geltend, das Landgericht habe den Mietvertrag unzutreffend ausgelegt.

Die Drittwiderbeklagte und ihre Streithelferin zu 1) machen unter anderem geltend, die Anlage B25 gebe eine Haftungsübernahme nicht her und das Landgericht habe sich zulasten der Drittwiderbeklagten über erhebliches Bestreiten der behaupteten Mängel und der Kosten ihrer Beseitigung hinweggesetzt.

Die Klägerin und die Beklagte haben die Klage übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 22.02.2008 - 6 O 412/05 - abzuändern und die gegen sie gerichtete Widerklage abzuweisen.

Die Drittwiderbeklagte und ihre Streithelferin zu 1) beantragen,

das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 22.02.2008 - 6 O 412/05 - abzuändern und die Klage gegen sie, die Drittwiderbeklagte, abzuweisen;

hilfsweise das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 22.02.2008 - 6 O 412/05 - aufzuheben und die Sache unter Aufhebung des Verfahrens zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückzuverweisen, soweit es zu ihren, der Drittwiderbeklagten, Lasten entschieden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen,

hilfsweise, hinsichtlich der Berufungen der Drittwiderbeklagten und ihrer Streithelferin zu 1),

a) die Drittwiderbeklagte zu verurteilen, an sie, die Beklagte, 759.339 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5% über dem jeweiligen Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 08.07.2006 zu zahlen;

b) festzustellen, dass die Drittwiderbeklagte verpflichtet ist, ihr, der Beklagten, den über den Betrag zu a) hinausgehenden Mängelbeseitigungsaufwand an den streitgegenständlichen Fenster- und Türanlagen zu ersetzen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

Die Streithelferin zu 1) hat ihre weitere Streitverkündung gegenüber der Streithelferin zu 19), auch diese hat ihre Nebenintervention zurückgenommen.

Der Senat hat in einem am selben Tag mit den selben Beteiligten in anderen Parteirollen zuvor verhandelten Prozess 3 U 37/08 zur Frage eines übereinstimmenden Vertragsverständnisses der Mietvertragsparteien Zeugenbeweis erhoben, mit dessen

Verwertung sich die Parteien in diesem Prozess (3 U 71/08) einverstanden erklärt haben. Wegen der weiteren Einzelheiten des zweitinstanzlichen Sach- und Streitstandes verweist der Senat auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze, auf sein Terminprotokoll vom 18.02.2009 und, insoweit auch wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme, auf sein Terminprotokoll gleichen Datums im Verfahren 3 U 37/08.

Entscheidungsgründe:

Von den statthaften und auch im Übrigen zulässigen Berufungen hat die der Klägerin endgültigen, die der Drittwiderbeklagten und ihrer Streithelferin vorläufigen Erfolg.

A. Widerklage/Mietprozess

1. Die Widerklageanträge sind hinreichend bestimmt (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), denn mit ihnen sollen sämtliche Fenster und Balkontüren in den 23 modernisierten Altgebäuden erfasst sein (vgl. Bl. 836 GA V), wie der Prozessbevollmächtigte der Beklagten auf Nachfrage des Senats klargestellt hat.

2. In der Sache bleibt die Widerklage ohne Erfolg, da die Klägerin die Beseitigung der Mängel an den Fenstern und Balkontüren nicht schuldet. Bei diesen Mängeln handelt es sich nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Klägerin und Beklagten um anfängliche Baumängel. Eine Mängelbeseitigungspflicht der Klägerin hierfür haben die Parteien mietvertraglich nicht vereinbart.

a) Auf § 11 MV in der Fassung vom 30.08.2000 (vgl. B55, 298 GA II) kann sich die Klägerin nicht berufen.

Die bestrittene Vertragsänderung ist schon nicht wirksam zustande gekommen, denn die Einhaltung der Annahmefrist, § 147 Abs. 2 BGB, lässt sich nicht feststellen. Die Klägerin hat der Beklagten das von ihr unterschriebene Nachtragsangebot mit Schreiben vom 21.07.2000 schriftlich unterbreitet und es damit gegenüber der Beklagten als Abwesender im Sinne des § 147 Abs. 2 BGB abgegeben. Bei Mietverträgen beträgt die Annahmefrist zwei bis drei Wochen (Palandt/Ellenberger, 68. Auflage § 147 Rn. 6 m.w.N.). Demgegenüber hat die Beklagte ihre Unterschrift erst am 30.08.2000 geleistet. Für eine Verlängerung der Annahmefrist hat die für eine Vertragsänderung darlegungs- und beweisbelastete Beklagte auch nach Hinweis des Senates im Parallelprozess, auf den er im anschließenden hiesigen Termin Bezug genommen hat, nichts ausgeführt.

Davon abgesehen würde § 11 S 3 MV in seiner geänderten Fassung die Klägerin auch in der Rechtsfolge noch immer nicht zu einer eigenen Mängelbeseitigung verpflichtet haben, sondern allenfalls dazu, zur Erfüllung ihrer Mieteransprüche auf Mängelbeseitigung zunächst Befriedigung durch Verfolgung der ihr zedierten Gewährleistungsansprüche der Beklagten mit der verkehrserforderlichen Sorgfalt zu suchen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 364, Rn. 7 m.w.N.). Die Abtretung der Gewährleistungsansprüche sollte hier erkennbar als bloßes Erfüllungssurrogat der auf Befreiung von ihrer Vermieterhaftung bedachten Beklagten fungieren. Zudem würde selbst bei einer Abtretung an Erfüllung statt die Vermieterhaftung der Beklagten nach dem Rechtsgedanken des § 365 BGB im Ergebnis wieder auflieben, soweit sich die zedierten Gewährleistungsansprüche als wertlos oder mit verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht sicher durchsetzbar erweisen sollten. Denn auf einen zweifelhaften Rechtsstreit - der mietvertraglich so bezeichnete Generalübernehmer, nach übereinstimmenden Verständnis der Mietvertragsparteien und der Zeugen insoweit die Drittwiderbeklagte, leugnet seine Gewährleistungsverpflichtung und die bauausführenden Unternehmen sind insolvent - muss sich die Klägerin dabei nicht einlassen (vgl. Palandt/Grüneberg, a.a.O. m.w.N.).

b) Die Behauptung der Beklagten, die vertragsschließenden Parteien des

Generalmietvertrages hätten dessen §§ 7 und 11 übereinstimmend dahin verstanden, dass die Generalmieterin auch für anfängliche Mängel einzustehen habe, ist nicht bewiesen.

Vielmehr haben die beweislich und gegenbeweislich vernommenen Zeugen K. und Sch. sowie der gegenbeweislich vernommene Zeuge H. - jeweils übereinstimmend und sicher - aus Sicht der Beklagten negativ ergiebig bekundet, dass zwischen den Mängelarten zu differenzieren war, dergestalt, dass die mit dem Baugeschehen befasste L.-Gesellschaft, vorliegend mithin die Drittwiderbeklagte, für die bei der Errichtung oder infolge der Errichtung auftretenden Mängel einzustehen hatte, wohingegen die Generalmieterin, hier also die Klägerin, einzustehen hatte lediglich für die nutzungsbedingten Mängel (vgl. Bl. 799, 804, 809 GA V in 3 U 37/08).

Die Angaben des Zeugen Kl. tragen das von der Beklagten gewünschte Beweisergebnis gleichfalls nicht. Sie sind aus Beklagtensicht allenfalls ambivalent. Der Zeuge hat angegeben, die juristische Umsetzung seiner gemeinsamen Überlegungen mit seinem damaligen Gesprächspartner Herrn P. seien den Zeugen K., F. und Sch. überantwortet worden. Soweit er sodann bekundet hat, bei Abschluss des Mietvertrages sei es auf eine Differenzierung von Mängeln nicht angekommen, ist dem nicht zu folgen. Diese Bekundung stünde in direktem Widerspruch zu seinen vorprozessualen Ausführungen im Schreiben vom 20.11.2001 an die Drittwiderbeklagte (vgl. B60, 507 GA III). Dort heißt es: "All diese Aufgaben [die im Projektsteuerungsvertrag als Mängelbeseitigung angesprochen sind] oblagen und obliegen dem Projektsteuerer...Immerhin müssten Mängel, die keine Gewährleistungsmängel sind, von ihm [dem Generalmieter] im Rahmen der Instandhaltungspflichten beseitigt werden." Seine schriftlichen Ausführungen, so der Zeuge Kl., stünden indessen in keinem erkennbaren Widerspruch zu den vertraglichen Vereinbarungen im Mietvertrag.

Die Angaben des Zeugen F. waren im Kern unergiebig, da er kein Wissen darüber bekunden konnte, in welcher rechtlichen Form die Durchsetzung der mit der Bauherreneigenschaft der GbR verbundenen Gewährleistungsansprüche, also die der Beklagten, im Einzelnen vorgenommen werden sollte (vgl. 802 GA V in 3 U 37/08).

c) Aufgrund der Beweisaufnahme steht vielmehr - wie von der Klägerin behauptet - ein übereinstimmendes Vertragsverständnis der Mietvertragsparteien dahin fest, dass zwischen den Mängelarten zu differenzieren war, dergestalt, dass die mit dem Baugeschehen befasste L.-Gesellschaft, vorliegend mithin die Drittwiderbeklagte, für die bei der Errichtung oder infolge der Errichtung auftretenden Mängel einzustehen hatte, wohingegen die Generalmieterin, hier also die Klägerin, einzustehen hatte lediglich für die nutzungsbedingten Mängel. Der Senat folgt insoweit den Bekundungen der Zeugen K., Sch. und H.. Jeder dieser Zeugen hat sich in sich widerspruchsfrei geäußert und war in der Lage, seine Bekundungen auf Nachfrage stimmig in weitere Details aufzufächern. Die maßgeblichen Angaben stimmen auch untereinander überein. (vgl. 799, 804, 809 GA V in 3 U 37/08).

Die Bekundungen der Zeugen Kl. und F. sind aus den bereits dargestellten Gründen nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der unmittelbar vertragsbefassten Zeugen K., Sch. und H. zu wecken.

d) Im Übrigen würde eine bei fehlendem übereinstimmenden Vertragsverständnis vorzunehmende Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zum gleichen Ergebnis führen.

aa) Die Auslegung wäre - jedenfalls gegenüber der Beklagten - nach allgemeinen Regeln eröffnet, denn ihre Behauptung, Verwendungsgegnerin der Klägerin gewesen zu sein, hat sie fallen gelassen und mit Schriftsatz vom 12.12.2007 insoweit eingeräumt, dass der Mietvertrag ausgehandelt worden ist (vgl. 549 GA III).

bb) Soweit § 7 MV seinem Wortlaut nach der Klägerin die Instandhaltung und

Instandsetzung der Mietsache einschließlich Schäden an Dach und Fach, nach allgemeinem mietrechtlichen Sprachgebrauch also an Dachsubstanz und tragenden Gebäudeteilen (vgl. Kraemer, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., III, Rn. 1080 m.w.N) einschließlich tragenden Wänden mit Außenfassade (vgl. Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl. Rn. 229b), auferlegt, wogegen der Senat jedenfalls bei einer Individualvereinbarung keine grundsätzlichen Bedenken hegen würde, meint dies ersichtlich nur die mietrechtliche Erhaltungslast, also den Ausgleich der während der oder durch den Mietgebrauch eintretenden Gebäudebeeinträchtigungen an vorgenannten Teilen, durch vorbeugende (Instandhaltung) oder durch nachträgliche (Instandsetzung) Beseitigung verschuldeter oder in den Haftungsbereich der Generalmieterin fallender Schäden. Schon nach seinem Titel regelt § 7 mit der Instandhaltung und Instandsetzung die Haftung für Schäden. Eine Haftung für Schäden setzt regelmäßig Verschulden, entweder nachgewiesenes oder vermutetes aufgrund einer tatsächlichen Risikozuordnung, voraus. Dass die Klägerin auch haftungsunabhängig Schäden beseitigen sollte, also insbesondere solche, die sie weder verschuldet hatte noch ihrem Risikobereich zuzuordnen waren, sondern dem der Beklagten, war für die Klägerin, unabhängig davon, dass derartige mietvertragliche Haftungsabwägungsklauseln regelmäßig eng auszulegen sind, auch bei einer Individualvereinbarung so nicht zu erkennen. Dass unter dem Titel Haftung für Schäden auch eine Ersatzpflicht der Klägerin für haftungsunabhängige Schäden geregelt werden sollte, erscheint vielmehr fernliegend.

cc) Die Auslegung des Senats findet sodann eine erhebliche Stütze in der Vertragssystematik. Nach § 5 Abs. 4 S. 3 MV war bei Übergabe ein Protokoll anzufertigen und die dabei protokollierten Fehler oder Mängel von der Beklagten unverzüglich zu beseitigen. Auch dies spricht greifbar gegen eine Haftung der Klägerin für Anfangsmängel. Desgleichen ist die Klärungspflicht der Klägerin aus § 11 S. 3 MV unvereinbar mit einer simultanen eigener Mängelbeseitigungspflicht. Eine solche eigene Mängelbeseitigungspflicht der Mieterin wäre, wie es der Zeuge Sch. bei seiner Vernehmung anschaulich ausgedrückt hat, "blödsinnig" gewesen.

dd) Auch die Interessenlage der Parteien trägt das Auslegungsergebnis des Senates. Die Beklagte wollte und sollte als Vermieterin von allen Mängelbeseitigungs- und Erhaltungspflichten befreit sein. Das war sie, indem sie die Klägerin wegen Anfangsmängel auf die Gewährleistungsansprüche gegen die Bauunternehmer verwies und im übrigen, also wegen anderer Mängel, auf die Erhaltungspflicht als Mieterin. Bei dieser Auslegung war für die Klägerin erkennbar, dass sie sich wegen Anfangsmängeln zunächst an die gewährleistungspflichtigen Bauunternehmer halten durfte und musste, und dass sie hinsichtlich des später entstehenden mietbedingten Verschleißes die Erhaltungspflicht traf. Dementsprechend konnte sie ihre Miete kalkulieren.

Der Verweis der Mieterin auf die Gewährleistungsverpflichtungen der Bauunternehmer für Anfangsmängel führt allerdings zu keiner eigenen Mängelbeseitigungspflicht der Mieterin anstelle der Bauunternehmer. Eine derartige eigene Mängelbeseitigungspflicht der Klägerin würde das mietvertragliche Synallagma nachhaltig stören. Die Klägerin konnte und brauchte nur die Erhaltungspflichten für mietbedingten Verschleiß in ihre Mietkalkulation aufnehmen, nicht aber die Kosten der Mängelbeseitigung für Anfangsmängel. Insoweit spricht der Vertrag vielmehr von Gewährleistungsansprüchen der Beklagten gegen die Bauunternehmer. Hierfür hatte die Klägerin - abgesehen von den Kosten des Managements für die Klärung und Durchsetzung der der Beklagten zustehenden bauvertraglichen Gewährleistungsansprüche - keinen eigenen Aufwand in die Miete einzurechnen.

Die spätere Insolvenz der bauvertraglichen Vertragspartner der Beklagten führt zu keiner anderen Vertragsauslegung, denn maßgeblich ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

ee) Sodann spricht die Entstehungsgeschichte gegen ein die Mieterin treffendes Insolvenzrisiko der Bauunternehmer. Die Parteien haben die Möglichkeit der Insolvenz der

Gewährleistungsträger durchaus erkannt, und die Beklagte hat sich hiergegen abgesichert, indem sie im Projektsteuerungsvertrag vom 30.03.1998 unter § 4 c) auf einem Abschluss von Durchführungsgarantien durch die Drittwiderbeklagte bestanden hat, wovon die Klägerin Kenntnis hatte. Aus Sicht der Mietvertragsparteien bestand auch deshalb kein Grund, bereits bauvertraglich abgesicherte Insolvenzrisiken nochmals der Mieterin aufzubürden.

ff) Ferner ist auch dem nachvertraglichen Verhalten nicht jeder Indizwert für die Auslegung des Vertrages abzuspüren. Im Sinne der Vertragsauslegung des Senates hat auch der Zeuge Kl. den Vertrag interpretiert. Er ging in seinem Schreiben vom 20.11.2001 auf S. 2 dritter Absatz am Ende selbst davon aus, dass der Generalmieter Mängel, die baurechtliche Gewährleistungsmängel darstellen, nicht zu beseitigen hat (Bl. 507 GA III). Der Zeuge Kl. hat diesen Vertrag authentisch ausgelegt; ihm oblag die Erarbeitung des Mietvertrages, wie die Beklagte selbst ausgeführt hat (vgl. 221 GA II) und er hat auch den beabsichtigten insoweit einschlägigen Nachtrag persönlich unterzeichnet (vgl. B55, 299 GA II). Nach seinen Bekundungen gegenüber dem Senat im Termin am 18.02.2009 steht seine schriftliche Auslegung auch in keinem Widerspruch zu den vertraglichen Vereinbarungen im Generalmietvertrag.

gg) Schließlich führt auch, worauf der Senat der Vollständigkeit halber hinweist, die dem Rechtsstreit wirtschaftlich zugrunde liegende und den Konflikt hervorrufende spätere Insolvenz der bauvertraglichen Vertragspartner der Beklagten zu keiner Vertragsanpassung, denn die Anfangsmängel betreffen das dem Mietvertrag präexistente Sachinteresse des Eigentümers als Bauherrn. Die Insolvenz der Gewährleistungsträger, die sämtlich Vertragspartner der Beklagten waren, fällt in deren Risikobereich als Eigentümerin und Bauherrin, nicht aber in den der Klägerin als Gebäudemietlerin.

3. Aus der Patronatserklärung der Klägerin vom 15.12.1997 (vgl. B48, Bl. 236 GA II) kann die Beklagte für sich nichts herleiten. Es ist schon nicht ersichtlich, dass die Klägerin diese Patronatserklärung gegenüber der Beklagten abgegeben hätte. Die Patronatserklärung erfolgte offensichtlich gegenüber der Allgemeinen ...bank AG aus Anlass eines Darlehns von 13,4 Millionen DM an die Drittwiderbeklagte und bezogen auf deren damalige Konzernzugehörigkeit (Tochtergesellschaft). Sie erstreckt sich auf keine Baubetreuungsverpflichtungen und der Konzernzusammenhang ist erloschen, mit ihm zugleich die Steuerungsmöglichkeiten der Klägerin.

B. Drittwiderklage/Bauprozess

Die Berufungen der Drittwiderbeklagten und ihrer Streithelferin haben vorläufig Erfolg insoweit, als das angefochtene Urteil wegen der Verurteilung der Drittwiderbeklagten aufzuheben und die Sache unter Aufhebung des Verfahrens an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen ist, § 538 Abs. 2 Satz 1 Ziffer 1 ZPO.

Das Verfahren im ersten Rechtszug leidet, unabhängig davon, dass das Urteil schon nicht richterlich unterschrieben ist (vgl. Bl. 653 GA IV) und rechtlich eine bloßen - allerdings berufungsfähigen (vgl. Senat, Urteil vom 13.12.2006 - 3 U 87/06, juris-Tz 16 m.w.N. = ZfIR 2007, 117; Zöller/Heßler, ZPO, 27. Aufl., § 538, Rn. 29 m.w.N.) - Entwurf darstellt, an zahlreichen wesentlichen Mängeln und aufgrund dieser Mängel sind noch umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahmen notwendig.

1. Ansprüche der Klägerin gegen die Drittwiderbeklagte aufgrund der als Anlage B25 einseitig unterschriebenen Vereinbarung hat das Landgericht nicht tragfähig zuerkannt.

a) Einzig in Betracht kommende Anspruchsgrundlage für eine eigene Bauverpflichtung der Drittwiderbeklagten wäre einer Übernahme der Mängelbeseitigungspflicht der N. Baugesellschaft mbH (fortan auch: N.) aus § 13 Nr. 5 Abs 1 S 1 VOB/B in der seinerzeit vereinbarten Fassung entsprechend dem Wortlaut der Vereinbarung Nr. 4 HS 2:"... und tritt

insofern in die entsprechende Verpflichtung der N. Baugesellschaft gegen die Gesellschaft ein." Das Vorbringen der Beklagten, die Formulierung meine entgegen ihrem Sinngehalt die Verpflichtung aller am Bauvorhaben tätig gewesen und insolvent gewordenen Unternehmen, ist bestritten (vgl. 249 GA II) und die Beklagte insoweit beweisfällig geblieben. Ihrer Behauptung, alle Fenster seien durch einen Subunternehmer der N. Baugesellschaft eingebaut worden, die ihrerseits das Gewerk der Baugesellschaft Ke. mbH übernommen habe (vgl. 266 GA II), ist zum einen unvereinbar mit ihrem eigenen entgegengesetzten Vortrag, wonach die Drittwiderbeklagte, als sich Zahlungsschwierigkeiten der N. Baugesellschaft mbH abzeichneten, die von dieser zu erbringenden Leistungen auf die Baugesellschaft Ke. mbH übertragen habe (vgl. 91 GA); zum anderen sind die Behauptungen der Beklagten unter detaillierter Darstellung des von den jeweiligen Firmen im einzelnen ausgeführten Bausolls umfangreich bestritten (vgl. 376 ff ; 448, 449 GA III).

Über dieses Bestreiten setzt sich das Landgericht mit seinen Ausführungen, die Leistung Fenster sei offensichtlich durch die N. Baugesellschaft erbracht (vgl. 28 UA), nach mehr als zweieinhalbjähriger Prozessführung willkürlich zu Lasten der Drittwiderbeklagten hinweg.

b) Die Vereinbarung B25 stellt, wie die - vom Landgericht rechtsfehlerhaft unterlassene - Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der von der Beklagten so bezeichneten Haftungsübernahme (vgl. Bl. 263 GA II GA) ergibt, einen gesetzlich nicht geregelten Schuldbeitritt dar. Als Auslegungsalternativen kommen in Betracht: Schuldübernahme (§ 414 BGB), Schuldbeitritt oder Bürgschaft (§ 765 BGB).

Für eine von der Klägerin erwogene "causa societatis" spricht, abgesehen davon, dass der BGH diese Rechtsfigur bislang nicht als Anspruchsgrundlage, sondern lediglich als bereicherungsrechtlichen Rechtsgrund erörtert hat, mangels jedweden gesellschaftsrechtlichen Bezuges nichts. Es muss sich um die Leistungszusage eines Gesellschafters handeln, die dieser als solcher abgibt, und zwar zur Stärkung der Gesellschaft und damit mittelbar zur Verbesserung seiner durch die Mitgliedschaft vermittelten Vermögenslage (vgl. BGH Urteil vom 08.05.2006 - II ZR 94/05 juris-Tz 12 = WM 2006, 1202). Dafür ist hier nichts vorgetragen. Die Vereinbarung nimmt keinerlei Bezug auf die Gesellschafterstellung der Drittwiderbeklagten. Ebenso wenig die von der Klägerin in 2003 angedachte Anpassung. Danach spielten gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte auch erkennbar keinerlei Rolle. Vielmehr bestand Uneinigkeit über die Pflichten der Drittwiderbeklagten aus dem Projektträgervertrag (vgl. B26 S 2).

Bei einer Schuldübernahme würde die Beklagte ohne Not die Ansprüche gegen die N. Baugesellschaft verlieren. Gegen eine Bürgschaft spricht, dass beide Parteien von vornherein wussten, dass die N. Baugesellschaft wegen Insolvenz die Gewährleistung nicht würde ausführen können. Das wichtigste Indiz für einen Schuldbeitritt ist das eigene rechtliche oder wirtschaftliche Interesse daran, die fremde Schuld zu tilgen (vgl. Schellhammer, Schuldrecht, 4. Auflage, Rn. 1818 m.w.N.). Dieses Interesse ergibt sich hier greifbar aus Nr. 3 der Vereinbarung, wonach die Drittwiderbeklagte die Mängelbeseitigungsarbeiten im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu beauftragen hatte.

Der gesetzlich nicht geregelte vertragliche Schuldbeitritt kann entgegen der Ansicht der Beklagten problemlos ohne Zustimmung des alten, verbleibenden Schuldners vereinbart werden. Es genügt ein Abschluss zwischen Gläubiger und Beitretendem (Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., vor § 414, Rn 2). Dies liegt auch auf der Hand, denn selbst die Schuldübernahme oder die Bürgschaft sind ohne Zustimmung des (alten) Schuldners wirksam.

aa) Dass es sich bei der Vereinbarung B25 um den Text eines Vertrages, also um die erklärte Einigung mehrerer Personen über bestimmte Rechtsfolgen des Zivilrechts (vgl. Schellhammer, Schuldrecht, 4. Auflage, 2037) handelt, kann keinen ernsthaften Zweifeln

unterliegen. Soweit die Vereinbarung die Beklagte, wie diese meint, einseitig begünstigt, nimmt ihr dies nicht den Vertragscharakter, der auch einseitig begünstigende Vereinbarungen prägt, wie etwa Erlass, Schenkung, Bürgschaft oder Schuldversprechen/-anerkennnis.

Für eine vertragliche Qualifizierung sprechen weiter Wortlaut und Text (Titel, Präambel a.E. Unterschriftszeile mit zweiseitigem Unterschriftserfordernis), Interessenlage, nämlich das unabweisbare Bedürfnis beider Parteien an einer abschließenden Klärung über die Reichweite der Verpflichtungen der Drittwiderbeklagten, und Entstehungsgeschichte, wonach zähe Verhandlungen zwischen den Parteien vorausgegangen sein sollen (vgl. Bl. 263 GA II).

Zudem war die Erklärung auch nach den Feststellungen im Tatbestand des angefochtenen Urteilsentwurfes als Vereinbarung konzipiert (vgl. UA 13). Das Landgericht verwickelt sich mit seiner begründungslos aufgestellten Behauptung in den Entscheidungsgründen, es habe sich um keine Vereinbarung, sondern um eine einseitige Erklärung der Drittwiderbeklagten gehandelt, die ohne Zustimmung der Beklagten wirksam habe abgegeben werden können (vgl. 28 UA), in unlösbare Widersprüche. Diese geben seinem Urteil angesichts ihrer Evidenz und Tragweite abermals das Gepräge der Willkür, zumal die begründungslose Behauptung nicht nur seinen eigenen tatbestandlichen Feststellungen widerspricht, sondern als Überraschungsentscheidung unter eklatantem Verstoß gegen Art 103 Abs. 1 GG zugleich seinen Hinweis im Terminsprotokoll vom 07.09.2007 auf den Kopf stellt. Dort heißt es: "Soweit die Beklagte ihren Anspruch auch auf die Gewährleistungsvereinbarung (B25) stützt, geht das Gericht davon aus, dass es sich nicht um eine einseitige Erklärung der Klägerin [richtig: Drittwiderbeklagten] handelt, vielmehr eine Vereinbarung gewollt war, die von beiden Seiten zu unterzeichnen bzw. zu akzeptieren war." (vgl. 459 GA III).

bb) Das Vorbringen der Beklagten zu einem Zustandekommen (§§ 145 ff BGB) des Schuldbeitritts ist knapp schlüssig, bestritten und unter Beweis gestellt. Den Beweisen wird das Landgericht erforderlichenfalls nachzugehen zu haben.

Das Angebot hat die Drittwiderbeklagte nach Beklagtenvorbringen (vgl. 263, 264 GA II) am 03.12.2000 in Gegenwart der Beklagten und in deren Geschäftsräumen ihr gegenüber abgegeben, indem sie der Zeugin K. den - angeblich mit den auf B25 ersichtlichen handschriftlichen Ergänzungen - unterschriebenen Text überreichte. Es dürfte sich um ein Angebot nach § 147 Abs. 1 S 1 BGB unter Anwesenden gehandelt haben, da der Text zur sofortigen Lektüre und Annahme vorgelegt worden sein soll. Der Vortrag zu einer sofortigen mündlichen Annahme durch die Beklagte genügt, § 147 Abs. 2 BGB. Nach den Ausführungen der Beklagten hat die Zeugin K. der Drittwiderbeklagten namens der Beklagten erklärt, sie sei mit der getroffenen Regelung einverstanden (vgl. Terminsprotokoll vom 07.09.2007, 460; Beklagten-Schriftsatz vom 20.09.2007, 469 GA III).

Ein Verstoß gegen das Beurkundungserfordernis (§ 154 II BGB) lässt sich - auch wenn er sich aufdrängt - derzeit nicht feststellen. Die Beklagte hat unter Beweisantritt behauptet (vgl. 469 GA III), die in dem Vertragstext ersichtlich vorgesehene Beurkundung durch Unterschrift sei nur zu Beweiszwecken verabredet worden, so dass der Vertragsabschluss entgegen § 154 Abs. 2 BGB auch ohne Beurkundung wirksam stattgefunden habe.

Beweisbelastet zu allen Punkten des Zustandekommens, einschließlich der Verabredung der Beurkundung lediglich zu Beweiszwecken, ist die Beklagte, worauf der Senat vorsorglich hinweist; bei langfristigen und wichtigen Verträgen wird die konstitutive Schriftformvereinbarung widerleglich vermutet (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 68. Auflage, § 154 Rn. 4 ff.. m.w.N.).

c) Das Landgericht hat die Verjährungseinrede der Drittwiderbeklagten, abermals ohne jede Begründung und willkürlich, übergangen. Die Verjährung einer übernommenen Schuld richtet

sich, worauf der Senat für das weitere Verfahren vorsorglich hinweist, nach dieser und läuft nach dem Schuldbeitritt weiter (vgl. Schellhammer, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen, 4. Auflage, Rn. 1819; BGHZ 58, 251; NJW 1986, 580). Die Parteien werden Gelegenheit haben, ihr Vorbringen hierzu erforderlichenfalls etwa zu den Gesichtspunkten einer Hemmung (§ 203 ff BGB) oder eines Neubeginns (§ 212 BGB) zu ergänzen.

Sollte das Landgericht einen wirksamen Schuldbeitritt bejahen, so wird es - gegebenenfalls auch vor Prüfung des Ablaufs der Verjährungsfrist des Mängelbeseitigungsanspruchs der Beklagten aus § 13 Nr. 5 Abs 1 S 1 VOB/B - zu erwägen haben, inwieweit die Drittwiderbeklagte - etwa unter Schadensersatzgesichtspunkten - daran gehindert sein könnte, die Verjährung des Gewährleistungsanspruchs aus § 13 Nr. 5 Abs 1 S 1 VOB/B einzureden. Eine derartige Hinderung der Drittwiderbeklagten läge dann nahe, wenn sie, etwa aufgrund des Generalplanungs- oder aus dem Projektsteuerungsvertrag, Architektenaufgaben entsprechend den Leistungsbildern des § 15 HOAI übernommen hat. Der Architekt muss auch ungefragt über eigene Fehler Auskunft erteilen (vgl. BGH Ur. v. 26. 9. 1985 - VII ZR 50/84 = BauR 1986, 112 = NJW-RR 1986, 182; BGH Ur. v. 22. 1. 1987 - VII ZR 88/85 = BauR 1987, 343). Die Rechtsprechung hat diese Aufklärungspflicht auch auf Überwachungsfehler erstreckt (vgl. BGH Ur. v. 6. 7. 2000 - VII ZR 82/98 = BauR 2000, 1513 = NZBau 2000, 525 = ZfBR 2000) und auch dann bejaht, wenn später das Vertragsverhältnis nach der Begründung der Sekundärhaftung beendet wurde (vgl. BGH Ur. v. 4. 4. 2002 - VII ZR 143/99 = BauR 2002, 1718 = NJW-RR 2002, 1531 = NZBau 2002, 617; zusammenfassend Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., Teil 12, Rn. 515 ff).

2. Sollten nach einer Beweisaufnahme Primäransprüche der Beklagten gegen die Drittwiderbeklagte aufgrund der als Anlage B25 einseitig unterschriebenen Vereinbarung nicht feststellbar sein, worauf die Aktenlage derzeit gewichtig hindeutet, so wird das Landgericht Sekundäransprüchen gegen die Drittwiderbeklagte wegen Verletzung deren Pflichten aus dem Generalplanungsvertrag vom 18.12.1997 (B10) nachzugehen haben.

Das Vorbringen der Beklagten zu einem Schadensersatzanspruch gegen die Drittwiderbeklagte ist insoweit schlüssig aus § 635 BGB aF.

Nach dieser Bestimmung kann der Besteller Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen, wenn das Werk mangelhaft ist und der Unternehmer dies zu vertreten hat. Die Drittwiderbeklagte schuldet nach Ziffer 3.1.1 des Generalplanungsvertrages vom 18.12.1997 (B10) mit der Objektplanung der Leistungsphasen 1 bis 9 entsprechend dem Leistungsbild des § 15 Abs. 2 HOAI Architektenleistungen. Ein Architektenwerk ist mangelhaft, wenn das Bauwerk mangelhaft ist und dies durch die objektiv mangelhafte Erfüllung einer Architektenaufgabe verursacht ist. Der Architekt schuldet in diesen Fällen Schadensersatz, wenn er die mangelhafte Erfüllung seiner Architektenaufgabe zu vertreten hat (vgl. OLG Brandenburg, Urteil vom 11.01.2000 - 11 U 197/98 = BauR 2001, 283). Alle drei Voraussetzungen liegen nach dem Vorbringen der Klägerin vor.

a) mangelhaftes Bauwerk

Inwieweit ein Mangel vorliegt, ergibt sich aus einem Vergleich zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlich vorliegenden Beschaffenheit der Werkleistung, Soll-Ist-Vergleich. Der Vortrag der Beklagten hierzu ist schlüssig aus § 13 Nr. 5 Abs. 1 S. 1 VOB/B. Das Bausoll ergibt sich aus der von der Streithelferin erstellten Baubeschreibung vom 23.10.1997 (B19), dort Ziffer 1.5.13. Der behauptete Ist-Zustand ergibt sich aus dem Privatgutachten des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen H. T. vom 05.01.2005 (K2, 10 GA) verbunden mit der Behauptung der Beklagten, es gäbe den Zustand sämtlicher Fenster und Balkontüren wieder. Danach liegen erhebliche Abweichungen zwischen geschuldeter und tatsächlicher Beschaffenheit vor.

Das dagegen gerichtete Bestreiten der Drittwiderbeklagten und ihrer Streithelferin ist erheblich. Das Privatgutachten weist gravierende Mängel auf. Der Gutachter hätte zunächst seine Anknüpfungstatsachen offen legen und insbesondere die maßgebliche Baubeschreibung und die vertraglichen Beschaffenheitsvereinbarungen heranziehen müssen, namentlich die Ausschreibungsunterlagen. Bereits dies ist unterblieben. Zudem hat er sich bei seiner Befunderhebung methodenwidrig auf lediglich 3 von insgesamt 158 Wohneinheiten beschränkt. Bei diesem Umfang bestehen greifbare Zweifel an einer repräsentativen Abbildung aller Fenster und Balkontüren.

b) Der Baumangel beruht nach dem schlüssigen Beklagtenvortrag auf einer objektiv mangelhaften Erfüllung einer Architektenaufgabe.

Die Objektüberwachung nach § 15 Abs. 2 Nr. 8 HOAI umfasst ausdrücklich die Ausführung der Baumaßnahmen nach den anerkannten Regeln der Technik. Die Drittwiderbeklagte hatte sich hier deshalb über deren Einhaltung zu vergewissern, und zwar mit höchster Sorgfalt. Die Sorgfaltsanforderungen an den Architekten bei der Bauüberwachung richten sich nach den Umständen des Einzelfalles und sind um so höher, je wichtiger der Bauabschnitt und die Brauchbarkeit des Materials für das Gelingen des ganzen Werkes sind. Isolierungs- und Abdichtungsarbeiten gehören zu den Baugeschehen, dem ein Architekt stets besondere Aufmerksamkeit widmen muss. Dies gilt auch bei Sanierungen, da diese im Allgemeinen besonders fehlerträchtig sind. Hinzu tritt, dass Undichtigkeiten einen bestimmungsgemäßen Gebrauch verhindern, das Gebäude in diesen Fällen im Hinblick auf seinen Bestimmungszweck als Wohnraum weit gehend entwerten und in seiner Substanz sogar zerstören können.

Bei einer ordnungsgemäßen Bauüberwachung wären die konkreten Baumängel nach Vorbringen der Beklagten unterblieben.

Die Drittwiderbeklagte und ihre Streithelferin sind dem entgegengetreten und haben behauptet, es handle sich bei den untersuchten Mängeln um Schäden aus unterlassener Wartung und Instandsetzung (vgl. B, 251 GA II, Bl. 371 GA III). Auch hierüber wäre gegebenenfalls Beweis zu erheben.

c) Das Verschulden der Drittwiderbeklagten wird vermutet.

Umstände, die es ihr unmöglich gemacht hätten, die ihr obliegenden Architektenpflichten zu erkennen und die Konsequenzen der Verletzung ihrer Überwachungspflichten zu vermeiden, haben die Drittwiderbeklagte und ihre Streithelferin - wenngleich fern liegend - behauptet. Danach soll es sich im Wesentlichen um systematische Produktionsmängel gehandelt haben, die weder im Rahmen der Bauüberwachung noch bei der Abnahme feststellbar gewesen wären; auch seien die Mängel nur durch einen zerstörenden Eingriff feststellbar gewesen oder beruhten auf fehlender Nachjustierung. Selbst soweit dies vor dem Hintergrund der brauchbaren Teile des Gutachtens T. unwahrscheinlich anmutet, wird gegebenenfalls auch hierüber Beweis zu erheben sein, einschließlich einer sich nach bisheriger Aktenlage aufdrängenden Notwendigkeit zumindest einer Stichprobenkontrolle.

d) Die Verjährungseinrede der Drittwiderbeklagten greift nach bisheriger Sachlage voraussichtlich nicht durch. Sind dem Architekten sämtliche Architektenleistungen, einschließlich der Leistungsphase 9 Objektbetreuung und Dokumentation - wie hier, in Auftrag gegeben, dann kann die konkludente "Billigung" der Architektenleistung frühestens nach der letzten Handlung des Architekten aus der Leistungsphase 9 geschehen. In aller Regel ist dies die "Objektbegehung zur Mängelfeststellung vor Ablauf der Verjährungsfristen für Mängelansprüche gegenüber den bauausführenden Unternehmen". Diese Leistung ist nach Ansicht des BGH so wesentlich, dass vorher von einem konkludenten Abnahmewillen des Auftraggebers nicht ausgegangen werden kann (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., Teil 12, Rn. 501 m.w.N).

Soweit der Generalplanungsvertrag vom 18.12.1997 in Ziffer 14.4 den Beginn der Verjährungsfrist auf den Zeitpunkt der VOB-Abnahme vorverlegen sollte, dürfte dies AGB-rechtlich unwirksam sein (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., Teil 12, Rn. 507 m.w.N). Das Vorbringen der Beklagten, wonach es sich bei dem Generalplanungsvertrages B10 um AGB der dortigen Auftragnehmerin, also der Drittwiderbeklagten, handele, wie sich anhand des Registraturvermerkes auf allen Seiten und gleichlautend auf ihren Verträgen mit ihren Subunternehmern ergebe (vgl. 271 GA II), ist unstrittig. Ergänzend verweist der Senat auf seine obigen Ausführungen zu 1 c).

3. Gegebenfalls wird das Landgericht ferner die Reichweite der im Projektsteuerungsvertrag vom 30.03.1998 (B8) getroffenen Vereinbarungen, etwa die des § 4 c), näher zu untersuchen haben.

4. Von einer eigenen Sachentscheidung der Drittwiderklage/des Bauprozesses hat der Senat im Hinblick auf die vorstehenden Ausführungen abgesehen. Das Landgericht hat es, obwohl ihm nach seinem Hinweis im Termin am 07.09.2007 die Maßgeblichkeit der Sekundäransprüche der Beklagten und die Erforderlichkeit von Beweisaufnahmen zur baurechtlichen Mängelproblematik klar vor Augen standen - nach seinen protokollierten Ausführungen wäre gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen zu klären, ob und an welchen Fenstern Mängel vorliegen (vgl. 458 GA III) -, unterlassen, den Bauprozess in die gebotenen Bahnen zu lenken und ihn stattdessen nach mehr als insgesamt zweieinhalbjähriger Verfahrensdauer überraschend und willkürlich durch eine Begründung mit zwei nicht nachzuvollziehenden Absätzen vorzeitig abzuschließen versucht. Aus diesem Verfahrensmangel ergibt sich die fortbestehende Notwendigkeit weiterer umfangreicher und aufwändiger Beweisaufnahmen. Zudem ist an deren Durchführung durch das Landgericht beiden Berufungsführern des Bauprozesses, wie im Termin erörtert, für den Fall der fehlenden Entscheidungsreife auch ausdrücklich gelegen.

C. Nebenentscheidungen

Die Kostenentscheidung (vgl. hierzu Musielak/Weth, ZPO, 6. Aufl., § 100, Rn. 11 m.w.N.) über die außergerichtlichen Kosten der Klägerin beruht hinsichtlich ihres Obsiegens im Widerklageverfahren auf den §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO, hinsichtlich ihrer übereinstimmend erledigten Klage auf § 91a Abs. 1 S 1 ZPO. Ihre Klage war bis zum erledigenden Ereignis, dem Ende ihrer Mieterstellung, zulässig und begründet.

Gegen eine Vorschussklage der Mieterin bestehen keine grundsätzlichen Bedenken (vgl. KG NJW-RR 1988, 1039).

Die Klägerin hatte gegen die Beklagte einen Vorschussanspruch in geltend gemachter Höhe aus § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB. Es handelte sich nach übereinstimmendem Parteivortrag der Klägerin und der Beklagten, von dieser insoweit zugestanden (§ 288 ZPO), um einen anfänglichen Baumangel. Hierfür schied eine Haftungsüberwälzung auf die Klägerin, wie erörtert, aus. Mängelanzeige und Mängelbeseitigungsaufforderung der Klägerin an die Beklagte waren unstrittig, ebenso wie der Fortbestand der Mängel, die Höhe der klägerisch beanspruchten Mängelbeseitigungskosten, die Insolvenz der Bauunternehmer und dass die von der Klägerin während der Gewährleistungsfrist als Generalübernehmer angesprochene Drittwiderbeklagte ihre Gewährleistungsverpflichtung durchgängig bestritten hatte.

Die Beklagte befand sich mit der Mängelbeseitigung im Verzug.

Die geschäftsbesorgungs- oder auftragsähnlichen Verpflichtung der Klägerin aus § 11 S. 3 MV zur Klärung der baurechtlichen Gewährleistung des dort so bezeichneten Generalübernehmers bedurfte jedenfalls der im Einzelfall jeweils vorzunehmenden Bevollmächtigung oder Übertragung der Gewährleistungsansprüche durch die als Bauherr

gewährleistungsberechtigte Beklagte. Derartige Übertragungen erfolgen in der Regel fiduziarisch oder - im Hinblick auf die mietrechtlichen Schuldnerstellung der Beklagten als Vermieterin gegenüber der Klägerin als Mieterin - erfüllungshalber (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 364, Rn. 7 m.w.N.). Die dabei vom Gläubiger übernommene Verpflichtung, hier also die Verpflichtung der Klägerin, auftretende Mängel im Rahmen der Gewährleistung des Generalübernehmers zu klären, beschränkt sich, nicht anders als bei einer fiduziarischen Vollrechtsübertragung sämtlicher Gewährleistungsansprüche, wie sie der Nachtrag zum MV (B55, Bl. 298 GA II), dessen rechtzeitige Annahme durch die Beklagte sich, wie ausgeführt, nicht feststellen lässt, vorgesehen hätte und für die jedenfalls der Rechtsgedanke des § 365 BGB gegolten hätte, allenfalls darauf, aus der erfüllungshalber übertragenen Rechtsposition mit verkehrserforderlicher Sorgfalt vom Generalübernehmer Befriedigung zu suchen (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl., § 364, Rn. 7 m.w.N.). Auf einen zweifelhaften Rechtsstreit - die Drittwiderbeklagte leugnete ihre Gewährleistungsverpflichtung durchgängig und die bauausführenden Unternehmen sind insolvent - musste sich die Klägerin dabei nicht einlassen.

Die Kosten ihrer Nebenintervention hat die Streithelferin zu 19) der Drittwiderbeklagten entsprechend § 269 Abs. 3 S 2 ZPO zu tragen, nachdem sie sie zurückgenommen hat (vgl. RGZ 61, 286, 289).

Die Kostenentscheidung im Übrigen ist dem Landgericht vorzubehalten.

Eine Prozesstrennung (§ 145 ZPO) hat sich im Hinblick auf die Entscheidungsreife des Mietprozesses erübrigt.

Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche Bedeutung, da ihre Entscheidung von keiner Beantwortung einer höchstrichterlich bisher noch nicht entschiedenen Frage abhängt. Sie gibt auch keine Veranlassung, in den berührten Rechtsgebieten neue Leitsätze aufzustellen, Gesetzeslücken zu füllen oder von höchst- oder obergerichtlicher Rechtsprechung abzuweichen. Die Feststellungen des Senates beruhen auf einer Würdigung der Umstände des Einzelfalles.

Der Gebührenstreitwert für das Berufungsverfahren beträgt bis zu 800.000 Euro.