SONNTAG · NIESTRATE
RECHTSANWÄLTE

Rechtsanwälte · Prinz-Georg-Str.19 · 40477 Düsseldorf

WohnenNRW GmbH
Herrn Dr. Arnd Bogatzki
Windhövel 1
42781 Haan

Per E-Mail: bogatzki@grundbesitz.de

Dr. Andreas Sonntag
Rechtsanwalt
Lehrbeauftragter der Rheinischen Fachhochschule Köln

Helmut Niestrate
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Dr. Alexander Hoffmann
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Elisabeth Pawlik
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht

Dr. Egmont Neubauer
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Katrin Beckmann-Oehmen
Rechtsanwältin
Mediatorin
Lehrbeauftragte an der Universität Leipzig

Markward Krämer *
Wirtschaftsprüfer · Steuerberater
* in Kooperation

Düsseldorf, 16.06.2017 P / P

Dezernat: RAin Pawlik
Sekretariat: Frau Schlemm
Durchwahl: 0211/515999 - 16
www.sonntag-niestrate.com
e-mail: Sekretariat@Sonntag-Niestrate.com
00171/16 P / ALL

Wohnen NRW GmbH ./. Lucht

Sehr geehrter Herr Dr. Bogatzki,

als **Anlage** übersende ich Ihnen das Urteil des Oberlandgerichts Düsseldorf mit der Bitte um Kenntnisnahme. Ich werde die Begründung prüfen und dazu gesondert Stellung nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

Pawlik
Rechtsanwältin
-Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht-

I-23 U 87/16
9 O 369/08
LG Düsseldorf

Verkündet am
13.06.2017
von Dobrzewinski,
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Kopie an Mdt.: Stellungn. | WV:
EINGEGANGEN
16. JUNI 2017
SONNTAG · NIESTRATE
RECHTSANWÄLTE
Kopie an Mdt.: Kenntnis | Kopie an Mdt.: Zahlung | Kopie an Mdt.: Rückspr. | zdA

In dem Rechtsstreit

der **WohnenNRW GmbH**, vertreten durch den Geschäftsführer Herrn Ralf Bogatzki, Windhövel 1, 42781 Haan,

Beklagten, Widerklägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Sonntag Niestrate, Prinz-Georg-Straße 19, 40477 Düsseldorf

g e g e n

Herrn Hans-Hermann **Lucht**, Regerstraße 8, 40724 Hilden,

Kläger, Widerbeklagten und Berufungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schlünder, Marker Allee 1a, 59065 Hamm

Herrn Wolfgang **Merle,** Niedenstraße 58, 40721 Hilden,

Streithelfer zu 1),

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Buse Heberer Fromm, Königsallee 100, 40215 Düsseldorf

VHV Allgemeine Versicherung AG, vertreten durch die Vorstände Thomas Vogt, Dr. Per-Johan Horgby, Jürgen A. Junker und Dietrich Werner, VHV-Platz 1, 30177 Hannover,

Streithelferin zu 2),

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Schlünder, Marker Allee 1a, 59065 Hamm

Herrn Dipl.-Ing. Bernd **Schiffer,** Lindemannstraße 13, 40237 Düsseldorf,

Streithelfer zu 3),

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Holthausen, Deutzer Freiheit 72-74, 50679 Köln

hat der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 25.04.2017 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Maifeld, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Rodemann und die Richterin am Oberlandesgericht Mayen-Esch

für **R e c h t** erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das am 22.06.2016 verkündete Urteil des Einzelrichters der 9. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens und die durch die Nebenintervention verursachten Kosten werden der Beklagten auferlegt.

Das angefochtene und dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin oder die Streithelfer Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leisten.

Gründe:

A.

Der Kläger begehrt Zahlung von Architektenhonorar in Höhe von 130.870,28 EUR für die Leistungsphasen 1 bis 4 der Objektplanung von zwei Bauvorhaben (Werstener Dorfstraße 152 in Düsseldorf und Bahnhofsallee 20 in Hilden) gemäß § 15 HOAI (in der Fassung der 5. HOAI-Novelle). Die Beklagte hat zunächst bestritten, dem Kläger einen Planungsauftrag für das Bauvorhaben in Hilden erteilt zu haben. Der Kläger sei lediglich beratend tätig geworden.

Die Beklagte hat zudem wegen zeitlicher Verzögerungen bei dem Bauvorhaben in Düsseldorf, für die sie den Kläger in der Verantwortung gesehen hat, mit Ansprüchen in Höhe von 241.917,41 EUR und 165.623,73 EUR hilfsweise die Aufrechnung erklärt. Wegen dieser zur Aufrechnung gestellten Ansprüche hat der Kläger den Streithelfern zu 1) und 3) den Streit verkündet. Zudem hat er der Streithelferin zu 2), seiner Haftpflichtversicherung, wegen seines Deckungsanspruchs den Streit verkündet.

Die Beklagte hat zudem mit Schadensersatzansprüchen in Höhe von 24.248,00 EUR und 943.033,35 EUR hilfsweise die Aufrechnung erklärt. Sie hat hierzu vorgetragen, dass wegen mehrerer Planungsfehler des Klägers die Tiefgarage des Bauvorhabens in Hilden für größere Fahrzeuge nicht nutzbar sei. Deshalb hätten Mieter die Miete für die Tiefgaragenplätze in Höhe von 24.248,00 EUR gemindert und es entstünden Kosten in Höhe von 943.033,35 für die Beseitigung der Planungsfehler.

Die Beklagte ist durch am 23.05.2011 verkündetes Vorbehaltsurteil (GA 575) verurteilt worden, an den Kläger 130.870,28 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.08.2008 zu zahlen und ihr sind die Kosten des Rechtsstreits und der Nebenintervention auferlegt worden. Die Entscheidung über die hilfsweise Aufrechnung der Beklagten mit Schadensersatzforderungen in Höhe von 1.374.822,49 EUR (241.917,41 EUR zzgl. 165.623,73 EUR zzgl. 24.248,00 EUR zzgl. 943.033,35 EUR) ist dem Nachverfahren vorbehalten geblieben. Die Beklagte hat nach dem Beitritt der Streithelfer die Aufrechnung mit den auf das Bauvorhaben in Düsseldorf gestützten Ansprüchen in Höhe von 241.917,41 EUR und 165.623,73 EUR zurückgenommen.

Die Beklagte hat in erster Instanz wegen der Mietminderungen zuletzt 28.096,00 EUR als Schadensersatz geltend gemacht und ist von einer ihr zustehenden Schadensersatzforderung in Höhe von 971.129,35 EUR (943.033,35 EUR brutto zzgl. 28.096,00 EUR) ausgegangen. In Höhe von 164.323,52 EUR hat sie die Aufrechnung gegen die Klageforderung zzgl. Zinsen erklärt. Wegen des überschießenden Betrages (806.800,83 EUR) hat sie Widerklage erhoben.

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt,

1. das Vorbehaltsurteil vom 23.05.2011 für vorbehaltlos zu erklären;

2. die Widerklage abzuweisen.

Die Beklagte hat beantragt,

1. das Vorbehaltsurteil vom 23.05.2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

2. den Kläger zu verurteilen, an sie 806.800,83 EUR nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, ist das Vorbehaltsurteil vorbehaltlos erklärt worden, die Widerklage ist abgewiesen worden und der Beklagten sind die weiteren Kosten des Rechtsstreits und die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Streithelfer zu 1) bis 3) auferlegt worden.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung.

Die Planung des Klägers sei mangelhaft, weil er die Tiefgarage so geplant habe, dass nur das Parkliftsystem „Wöhr Parklift 340-155/150 (Höhe 295)" habe eingebaut werden können. Nach dem Datenblatt des Herstellers (Anlage B 17 = GA 503) könnten danach auf der oberen Ebene nur Fahrzeuge bis 1,50 m Höhe und 2,0 t Gewicht und auf der unteren Ebene Fahrzeuge bis 1,54 m und 2,0 t Gewicht abgestellt werden. Gängige Kraftfahrzeuge würden diese Maße überschreiten. Zu Unrecht sei das Landgericht aufgrund der von ihm durchgeführten Beweisaufnahme davon ausgegangen, dass sie, die Beklagte, das Parkliftsystem vorgegeben habe. Doch auch wenn das Beweisergebnis des Landgerichts zugrunde gelegt werde, hafte der Kläger, weil er nicht die gebotenen Hinweise erteilt habe. Die weitere Annahme des Landgerichts, dass die Abmessungen der Tiefgarage in der Genehmigungsplanung noch nicht endgültig festgelegt würden, sei unzutreffend. Einer Ausführungsplanung habe es nicht mehr bedurft. Bei der Erstellung

der Ausführungsplanung durch das bauausführende Unternehmen seien Mängel der Entwurfsplanung nicht feststellbar gewesen. Ohnehin komme die Zurechnung eines Mitverschuldens nicht in Betracht. Die fehlerhafte Genehmigungsplanung habe sich in der Ausführungsplanung fortgesetzt.

Zudem sei die Tiefgaragenzufahrt mangelhaft. Breite Fahrzeuge (z. B. BMW 5er Baureihe) könnten die Tiefgarage wegen eines Knicks in der Zufahrt nicht befahren. Die erforderliche Toleranz von 50,0 cm werde unterschritten. Unzutreffend sei die Ansicht des Landgerichts, dass die endgültigen Maße erst in der Ausführungsplanung festzulegen seien. Im Rahmen der Ausführungsplanung hätte sich allein durch dünnere Wände und Planung der Dämmung eine Toleranz von 50,0 cm nicht einhalten lassen. Die Zurechnung eines Mitverschuldens komme nicht in Betracht. Das ausführende Unternehmen sei nicht ihr Erfüllungsgehilfe.

Ihr, der Beklagten, stünden danach Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 792.465,00 EUR netto zu, zudem hätten die Mieter Wilhelm Fabry GmbH, Radprax GmbH und Medisport GmbH bis zum 01.07.2011 Miete in Höhe von 9.280,00 EUR, 9.408,00 EUR und 9.408,00 EUR gemindert. Nach Aufrechnung gegen den Honoraranspruch des Klägers nebst Zinsen in Höhe von 164.328,52 EUR verbleibe ein Betrag in Höhe von 656.232,48 EUR, der mit der Widerklage verfolgt werde. Schließlich dürften ihr, der Beklagten, nicht die Kosten der Nebenintervention auferlegt werden.

Von den Mangelbeseitigungskosten in Höhe von 792.465,00 EUR netto entfielen 61.525,00 EUR netto auf die Tiefgaragenrampe und 730.940,00 EUR netto auf die Tiefgaragenplätze. Der Mieter Wilhelm Fabry GmbH mindere die Miete mit der Begründung, die Doppelparker seien mangelhaft, die Radprax GmbH wegen der Tiefgaragenrampe und der -plätze. Die Medisport GmbH mindere wegen der mangelhaften Stellplätze.

Die Beklagte beantragt,

unter Aufhebung des Schlussurteils des Landgerichts Düsseldorf vom 22.06.2016 das am 23.05.2011 verkündete Vorbehaltsurteil des Landgerichts Düsseldorf aufzuheben und

1. die Klage abzuweisen;

2. den Kläger widerklagend zu verurteilen, an sie 656.232,48 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;

3. festzustellen, dass der Kläger verpflichtet ist, der Beklagten auf Nachweis der Durchführung der notwendigen Mangelbeseitigungsarbeiten in der Tiefgarage in dem Objekt Hildentower, Bahnhofsallee 20 in Hilden, die darauf tatsächlich angefallene Umsatzsteuer zu erstatten;

4. hilfweise die Sache zu erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Düsseldorf zurückzuverweisen;

5. hilfsweise die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Streithelfer zu 1) und 3) nicht der Beklagten aufzuerlegen.

6. hilfsweise den Gegenstandswert des Nachverfahrens und des Berufungsverfahrens für der Bestimmung der außergerichtlichen Kosten der Streithelfer zu 1) und 3) auf 0,00 EUR festzusetzen.

Der Kläger und die Streithelfer zu 2) und 3) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Kläger und die Streithelferin zu 2) verteidigen das angefochtene Urteil. Die Größe der Parklifte sei erst in der Ausführungsplanung festzulegen. Die Beklagte habe ohne Ausführungsplanung gebaut. Zutreffend habe das Landgericht festgestellt, dass die Entwurfs- und Genehmigungsplanung unter Zugrundelegung der Parklifte Wöhr 340-155/150 habe erfolgen sollen. Zudem sei die Nutzung für die allermeisten Fahrzeuge möglich, unter der Maßgabe der Funktionalität sei die Verwendung der Planung gewährleistet. Der Vortrag zum Schaden sei nicht ausreichend. Die Beklagte müsse sich jedenfalls ein Mitverschulden entgegenhalten lassen. Die Planung für die Rampe der Tiefgarage sei nicht mangelhaft. Zudem sei dieser Bereich umgeplant worden. Jedenfalls müsse sich die Beklagte ein Mitverschulden entgegenhalten lassen.

B.

Die zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg.

I.

Der Ansicht des Klägers, die Aufrechnung und Widerklage sei trotz der ergänzenden Angaben in dem Schriftsatz vom 11.04.2017 noch immer unzulässig, folgt der Senat nicht. Nachdem nunmehr klargestellt ist, in welcher Höhe die Beklagte ihre Schadensersatzforderung auf welchen Mangel stützt, sind Aufrechnung und Widerklage hinreichend bestimmt.

II.

Wegen der Parklifte steht der Beklagten kein Schadensersatzanspruch zu.

1.

Konkrete Zweifel an der Beweiswürdigung des Landgerichts vermag die Berufung nicht darzulegen.

Dass das Landgericht der Aussage des früheren Geschäftsführers der Beklagten, der dieses Amt bis zum 23.04.2014 inne hatte, nicht gefolgt ist, ist schon angesichts des wechselhaften und widersprüchlichen Vortrags der Beklagten nicht zu beanstanden. Die Beklagte hat mehrfach unter Verstoß gegen ihre Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 BGB) vorgetragen, um - unabhängig von den zur Aufrechnung gestellten Forderungen - eine Abweisung der Klage zu erreichen. Danach kann auch den Bekundungen ihres damaligen Geschäftsführers nicht ohne weiteres Glauben geschenkt werden. Wenn es einer Partei auch nicht verwehrt ist, neue Erkenntnisse vorzutragen und ihren Vortrag zu modifizieren, so kann dies gleichwohl bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. BGH, Beschl. v. 23.04.2015 - VII ZR 163/14, BauR 2015, 1325; Beschl. v. 06.02.2013 - I ZR 22/12, TranspR 2013, 430; Fritsche, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage, § 138 Rn. 15).

So hat die Beklagte in Abrede gestellt, den Kläger beauftragt zu haben. Sie hat vorgetragen, die Abschlagszahlungen in Höhe von 26.000,00 EUR habe der Kläger für eine beratende Tätigkeit im Vorfeld der Planung erhalten (Schriftsatz vom 15.12.2008, Seite 2, GA 44). Dieser Vortrag war falsch, wie die Beklagte nunmehr selbst einräumt. Denn die Beklagte hat - allerdings erst nach Verkündung des Vorbehaltsurteils - selbst vorgetragen, den Kläger beauftragt zu haben. Sie hat geltend gemacht, der Kläger sei beauftragt gewesen, „Stellplätze zu errichten" (Schriftsatz vom 09.06.2016, GA 1284) und er habe eine Planung geschuldet (Schriftsatz vom 29.09.2011, Seite 2, GA 749), er sei

zu einem Pauschalpreis in Höhe von 24.000,00 EUR beauftragt worden (Schriftsatz vom 26.04.2011, Seite 3, GA 523). Auch belegt die von der Beklagten vorgelegte E-Mail vom 01.08.2007 (Anlage B 22, GA 622), dass ihre Darstellung, ein Auftrag sei nicht erteilt, wahrheitswidrig war.

Auch hat die Beklagte vorgetragen, sie verwerte die Planung des Klägers nicht (Schriftsatz vom 15.12.2008, Seite 3, GA 45) und ihr, der Beklagten, seien keine Planungsleistungen übergeben worden (Schriftsatz vom 22.09.2010, Seite 1, GA 303). In Widerspruch dazu trägt die Beklagte nunmehr vor, die Tiefgarage sei aufgrund der Planung des Klägers realisiert worden (Schriftsatz vom 26.04.2011, Seite 2, GA 522 und Schriftsatz vom 05.03.2013, Seite 4, GA 954), sie, die Beklagte, habe diese Planung in Pläne mit dem Maßstab 1:50 „umgesetzt" (Schriftsatz vom 05.03.2013, Seite 2, GA 952) und sie habe nach diesen Plänen gebaut (Schriftsatz vom 05.03.2013, Seite 4, GA 954).

Die Beklagte hat mit der Ziel der Abwehr des Honoraranspruchs vorgetragen, der Kläger habe die Baugenehmigung nicht vorgelegt. Aus der Baugenehmigung könne es sich daher nicht ergeben, dass der Kläger Architektenleistungen erbracht habe (Schriftsatz vom 22.03.2011, Seite 1, GA 485). Auch damit hat die Beklagte gegen ihre prozessuale Wahrheitspflicht verstoßen. Die Beklagte hat sich nachfolgend selbst darauf berufen, dass aufgrund der Planung des Klägers die Baugenehmigung erteilt worden sei (Schriftsatz vom 01.07.2011, Seite 5, GA 617). Wenn eine Baugenehmigung aufgrund der Planung des Klägers erteilt war, dann durfte die Beklagte nicht in Abrede stellen, dass eine solche Baugenehmigung erteilt sei und deren Vorlage anmahnen.

Der Vortrag der Beklagten, der Kläger habe Angaben zur Dämmung aus den Schalplänen in seine Pläne übernehmen müssen (Schriftsatz vom 05.03.2013, Seite 2 f., GA 952 f.) kann nicht zutreffen. Die Pläne des Klägers datieren auf den 17.12.2007, die Schalpläne auf den 25.08.2008. Zu Recht hat der Kläger darauf verwiesen, dass schon aufgrund des Zeitablaufs die Schalpläne nicht in der Genehmigungsplanung berücksichtigt werden konnten. Zudem sind die Schalpläne für die Ausführung erforderlich, nicht für die Genehmigung.

Aus dem Urteil betreffend die Mietminderung der Wilhelm Fabry GmbH (Anlage BK 1, GA 1529) folgt, dass die Beklagte selbst davon ausgeht, die Stellplätze entsprächen dem Üblichen und Gewöhnlichen (Seite 3 des Urteils). Die Beklagte verhält sich widersprüchlich, wenn sie dem Kläger eine fehlerhafte Planung wegen zu kleiner

Stellplätze vorwirft, sich aber gegenüber ihrer Mieterin darauf beruft, die Stellplätze seien ausreichend groß. Eine dieser Darstellungen kann nicht zutreffen.

Im Hinblick auf die vorgenannten Widersprüche überzeugt die Ansicht der Berufung, das Landgericht habe der Aussage des damaligen Geschäftsführers der Beklagten erhebliches Gewicht beimessen müssen, nicht. Auch im Übrigen überzeugen die Angriffe gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts nicht.

Die E-Mail vom 01.08.2007 (Anlage B 22, GA 622) ist nicht aussagekräftig. Denn das Gespräch mit der Vorgabe zu dem Parklift soll nach der Aussage des Zeugen Winkler im September 2007 stattgefunden haben; die E-Mail war danach überholt.

Dass der Kläger im Schriftsatz vom 25.08.2011 (Seite 10, GA 680) darauf verwiesen hat, dass der Zeuge Stefan Deutmarg die streitgegenständliche Doppelparkanlage planen und habe einbauen lassen, begründet keine Zweifel an der Beweiswürdigung. Der Zeuge Deutmarg hat angegeben, er kenne die Doppelparker von Wöhr und habe sie selbst schon in seinen Häusern verbaut (Seite 4 des Protokolls vom 27.08.2014, GA 1120). Auf den zeitlichen Ablauf, auf den die Berufung unter Bezugnahme auf den Vortrag im Schriftsatz vom 25.09.2012 (Seite 6, GA 848) abstellt, kommt es nicht an. Denn schon im Zuge der Planung kann sich der Zeuge Deutmarg mit verschiedenen Typen von Doppelparkern vertraut gemacht haben.

Auch das Schreiben vom 24.09.2007 (Anlage zum Protokoll vom 27.08.2014, GA 1130) begründet keine konkreten Zweifel an der Beweiswürdigung. Der Text folgt nämlich der Vorgabe der E-Mail vom 01.08.2007 (Anlage B 22). Es ist möglich, dass dieser Text aus der E-Mail übernommen wurde. Zudem muss berücksichtigt werden, dass der Kläger mit der Planung bzw. Auswahl der Parklifte selbst nicht betraut war. Denn die Parklifte waren vorgegeben worden und er hatte die Parklifte - wie nachstehend noch darzulegen ist - auch nicht zu planen. Der Kläger kann daher davon ausgegangen sein, dass die Parklifte den in dem Schreiben vom 24.09.2007 und der E-Mail vom 01.08.2007 vorgegebenen Anforderungen genügen würden, zumal er nicht selbst die Planung erstellt sondern den Zeugen Winkler hiermit betraut hatte. Der von dem Kläger nunmehr aufgeworfenen Frage, ob es sich bei dem Schreiben vom 24.09.2007 um eine Fälschung handelt, ist daher nicht nachzugehen.

Schließlich vermag der Verweis auf die Aussage des Zeugen Deutmarg keine konkreten Zweifel zu begründen; der Zeuge hat angegeben, sich im Einzelnen nicht erinnern zu können.

2.

Auf der Grundlage des von dem Landgericht festgestellten Sachverhalts haftet der Kläger nicht.

Die Parklifte selbst waren von dem Kläger nicht zu planen. Auch lag es nicht der Verantwortlichkeit des Klägers zu planen, welche Parklifte eingebaut werden sollten. Parklifte sind Förderanlagen gemäß § 51 Abs. 1 Nr. 6 HOAI 1996. Sie gehören zur Technischen Ausrüstung des Gebäudes. Mit der Planung der Technischen Ausrüstung des Gebäudes war der Kläger nicht betraut.

Auf der Grundlage des Beweisergebnisses des Landgerichts kommt danach eine Haftung nicht in Betracht. War der Kläger mit der Planung der Technischen Ausrüstung nicht betraut, dann war die Vorgabe der Beklagten von ihm nicht eingehend zu überprüfen. Allenfalls wenn es ihm sich hätte aufdrängen müssen, dass die Vorgabe der Beklagten, die Sachkunde für sich in Anspruch nahm, zu einem Mangel führen würde, hätte er einen Hinweis erteilen müssen. Davon kann aber nicht ausgegangen werden. Für welche Art von Fahrzeugen eine Tiefgarage konzipiert wird, ist stets ein Kompromiss zwischen Kosten und Komfort. Es handelt sich letztlich um eine Abwägungsentscheidung. Dass die Beklagte ihre Abwägungsentscheidung auf der Grundlage fehlerhafter Annahmen oder sonst erkennbar fehlerhaft getroffen hätte und dies für den Kläger auch erkennbar war, ist nicht ersichtlich. Denn aus dem Datenblatt der Fa. Wöhr ist ohne weiteres erkennbar, dass höhere Fahrzeuge nicht von den Parkliften aufgenommen werden können.

Zu Unrecht verweist die Berufung insoweit auf den funktionalen Mangelbegriff und den danach zu beachtenden Grundsatz, dass von dem Auftraggeber vorgegebene Details den vom Architekten geschuldeten Planungserfolg nicht einschränken. Die Ansicht der Berufung wäre nur dann zutreffend, wenn der Kläger die Tiefgarage insgesamt zu planen gehabt hätte. So verhält es sich aber gerade nicht. Der Kläger war nur damit betraut, die „Gebäudehülle" zu planen. Er musste danach das Gebäude so planen, dass es die von der Beklagten auswählte Technische Gebäudeausrüstung aufnehmen konnte. Für den mit dem Einbau der Parkliften bezweckten Erfolg hätte er nur dann einzustehen, wenn

ihm die Planung bzw. Auswahl der Parklifte übertragen worden wäre. Das ist aber nicht der Fall.

III.

Wegen der Zufahrtsrampe stehen der Beklagten keine Ansprüche zu.

1.

Es kann dahinstehen, ob die Ausführung der Zufahrtsrampe tatsächlich auf der Planung des Klägers beruht.

Der Senat weist allerdings darauf hin, dass der Vortrag der Beklagten auch zu dieser Frage wechselhaft ist.

Die Beklagte hat geltend gemacht, die Planung des Klägers nicht verwertet zu haben und auf ihren Auftrag an den Architekten Gemeiner vom 14.06.2008 verwiesen (Klageerwiderung vom 15.12.2008, Seite 3, GA 45). Noch mit Schriftsatz vom 22.09.2010 (GA 303) hat sie sich darauf berufen, ihr seien keine Planungsleistungen übergeben worden und hat an ihrem Vortrag festgehalten, dass ein Vertrag nicht zustande gekommen sei. Auch hat sie in Abrede gestellt, dass das Objekt nach den Plänen des Klägers gebaut werde (Schriftsatz vom 22.03.2011, GA 485). Erst mit Schrift vom 26.04.2011 (GA 521) hat die Beklagte erklärt, von der Planung des Klägers Gebrauch gemacht zu haben, nämlich für die Tiefgarage. Erst damit hat sie den offenbaren Widerspruch ihres Vortrags beseitigt, der darin begründet war, dass die Beklagte Fehler der (ausgeführten Tiefgarage) dem Kläger angelastet und zugleich vorgetragen hatte, keine Planungsleistungen von diesem erhalten zu haben.

Die Beklagte hat zunächst vorgetragen, die Tiefgarage sei exakt nach den Plänen des Klägers gebaut worden (Schriftsatz vom 20.05.2011, Seite 2, GA 557). Dieser Vortrag ist von dem Sachverständigen Müller widerlegt worden. Der Sachverständige hat festgestellt, dass es gegenüber der Planung des Klägers (Anlage K 22) erhebliche Umplanungen gegeben hat (Gutachten vom 29.06.2015, Seite 11, GA 1223). Erst danach hat die Beklagte erklärt, es habe zwei Änderungen der Ausführung gegeben, nämlich eine Veränderung der Position des Garagentors und die „Einbuchtung" (Schriftsatz vom 03.08.2015, Seite 2, GA 1242). Nachfolgend hat sie zudem eingeräumt, dass auch die Rampe durch die Planung des Architekten Gemeiner etwas verlängert worden sei (Schriftsatz vom 29.09.2015, Seite 4, GA 1273). Nunmehr behauptet die Beklagte wieder,

die Tiefgaragenrampe sei im Zeitpunkt der Beauftragung des Architekten Gemeiner bereits fertig gestellt gewesen (Schriftsatz vom 11.04.2017, Seite 10, GA 1520).

Zudem musste die Beklagte einräumen, dass eine innerhalb der Tiefgarage befindliche Stütze „nachträglich eingefügt worden sei" und zwar durch den Statiker Bednarowicz (Termin vom 13.08.2012, Seite 2, GA 807). Hierzu hat sie zunächst vorgetragen, die Stütze sei erst nach der Errichtung der Tiefgarage eingesetzt worden (Schriftsatz vom 20.06.2014, Seite 2, GA 1100). Nunmehr trägt sie vor, die Säule sei bereits Gegenstand der Ausführungsplanung gewesen (Schriftsatz vom 11.04.2017, Seite 12, GA 1522).

Die Beklagte hat die Behauptung der Klägerin, es habe keine Ausführungsplanung gegeben, bestritten und behauptet, sie habe den Architekten Gemeiner mit den Leistungsphasen 5-9 für die Tiefgarage beauftragt (Schriftsatz vom 20.05.2011, Seite 2, GA 557). Nachfolgend hat sie bestritten, dass der Architekt Gemeiner eine Ausführungsplanung erstellt habe, da der Rohbau der Tiefgarage Mitte April 2008 beendet worden sei und die von dem Kläger erstellten Pläne detailliert genug gewesen seien. Sie, die Beklagte, habe sich erst im Juli 2008 an den Architekten Gemeiner gewandt (Schriftsatz vom 01.07.2011, Seite 5, GA 617). Im Termin vom 13.08.2012 hat die Beklagte sodann erklärt, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die ausführenden Unternehmen eine Ausführungsplanung erstellt hätten. Nachfolgend hat die Beklagte vorgetragen, das bauausführende Unternehmen (HausbauNRW GmbH) habe Ausführungspläne erstellt (Schriftsatz vom 25.09.2012, Seite 8, GA 850). Hierzu hat sie zunächst vorgetragen, der Polier Rusek habe nach den Ausführungsplänen gearbeitet, um dann geltend zu machen, der Zeuge Rusek habe die Ausführungspläne erstellt (Schriftsatz vom 05.03.2013, Seite 2, GA 952). Nunmehr trägt sie vor, die Architekten Ries und van Herk hätten Ausführungspläne erstellt (Schriftsatz vom 13.01.2017, Seite 5, GA 1456).

Den widersprüchlichen Vortrag zur Ausführungsplanung hat die Beklagte nachfolgend damit zu erklären gesucht, sie habe im Schriftsatz vom 01.07.2011 lediglich vortragen wollen, der Architekt Gemeiner habe keine Ausführungsplanung erstellt (Schriftsatz vom 15.08.2013, Seite 2, GA 1017). Dieser Erklärungsversuch überzeugt nicht. Denn die Beklagte hat eindeutig und ohne Bezug auf den Architekten Gemeiner erklärt, es habe keine nachfolgende Ausführungsplanung gegeben und dazu u. a. Beweis durch den Zeugen Rusek angetreten, den sie auch für den Vortrag im Schriftsatz vom 25.09.2012

als Zeugen benannt hat. Sonst wäre auch ihr Vortrag entbehrlich gewesen, die Genehmigungsplanung sei hinreichend detailliert für die Ausführung gewesen.

Nachdem der Kläger Schalpläne des Büro Bednarowicz Kaya Kirst (bkk) vom 25.08.2008 vorgelegt hat, hat die Beklagte vorgetragen, ihr hätten die Schalpläne nicht vorgelegen und sie habe keine Kenntnis von den Schalplänen gehabt (Schriftsatz vom 05.02.2013, Seite 4, GA 954). Sie hat zudem vorgetragen, sie habe „nicht nach den Schalplänen, sondern nach den Plänen des Klägers gebaut (Schriftsatz vom 20.06.2014, Seite 2, GA 1100). Nunmehr trägt die Beklagte vor, der Kläger habe seine Pläne dem Ingenieurbüro bkk überreicht, damit die Statik erstellt werden konnte, wonach die Statik, die Prüfstatik und die Bewehrungspläne erstellt worden seien (Schriftsatz vom 11.04.2017, Seite 15, GA 1525).

Die Darstellung der Beklagten ist mit den vorliegenden Unterlagen auch nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen.

Der Vortrag der Beklagten, sie habe sich im Juli 2008 an den Architekten Gemeiner gewandt und dieser habe im Juli 2008 den Bau eines Facharztzentrums vorgeschlagen (Schriftsatz vom 01.07.2011, Seite 6, GA 618), kann nicht zutreffen. Nach dem als Anlage B 2 vorgelegten Vertrag vom 14.06.2008 ist der Architekt Gemeiner bereits im Juni 2008 mit Planungsleistungen für die Errichtung eines Ärztehauses beauftragt worden.

Die Darstellung der Beklagten, der Architekt Gemeiner sei mit der Planung der Tiefgarage nicht befasst gewesen, ist angesichts des Plans vom 21.07.2008 (Anlage WB 20, dort der mit „B" bezeichnete Plan) wenig nachvollziehbar. Aus der Legende dieses Plans („Neu" und „Bestand") und den jeweils abweichend dargestellten Wänden ergibt sich, dass der Zufahrts- und der angrenzende Kellerbereich zum Teil abweichend von der Planung des Klägers neu geplant worden sind. Denn nach der Planlegende war der Plan Teil der Nachtragsbauvorlage und der Plan entspricht der tatsächlichen Ausführung. Auch der Sachverständige Müller hat festgestellt, dass die tatsächliche Ausführung nicht der Planung des Klägers entspricht (Gutachten vom 29.06.2015, Seite 11, GA 1223). Wenn aber die tatsächliche Ausführung der Tiefgarage dem Plan des Architekten Gemeiner vom 21.07.2008 entspricht, dann liegt es nahe, dass diese Planung Grundlage der Bauausführung war.

Soweit der Architekt Gemeiner hierzu mitgeteilt hat (Anlage B 4, GA 1541), er habe die Bestandspläne nur „nachrichtlich" in seine Planung übernommen, erschließt sich das

nicht ohne weiteres. Auch erläutert die Beklagte nicht, was mit einer „nachrichtlichen Übernahme" gemeint sein könnte. Hierauf kommt es allerdings auch nicht entscheidend an. Denn welche Planung der Architekt Gemeiner „nachrichtlich übernommen" hat, steht nicht fest. Es handelt sich jedenfalls nicht um die Planung des Klägers, weil der Plan des Architekten Gemeiner von der Planung des Klägers abweicht.

Der Vortrag der Beklagten wird auch nicht durch die Baugenehmigung vom 04.12.2008 bestätigt. Denn dass die Tiefgarage teilweise nach seinen Plänen ausgeführt worden ist, stellt der Kläger nicht in Abrede. Ob die Tiefgarage bereits vollständig fertig gestellt war oder später noch die Zufahrt erstellt wurde, ist aus der Baugenehmigung nicht zu entnehmen. Gegen die Annahme, dass die Tiefgarage (einschließlich des Rampenbereichs) bereits vollständig fertiggestellt war, als die Beklagte sich entschied, statt des Wohnhauses ein Ärztehaus zu errichten, spricht die als Teil der Anlage WB 20 vorgelegte Planung zu dem Nachtrag zur Baugenehmigung (mit „C" bezeichnete Pläne). Aus diesen Plänen vom 14.09.2009 geht hervor, dass der links an die Rampe angrenzende Kellerbereich anders gestaltet ist als in der Genehmigungsplanung des Klägers vorgesehen. So ist zum Beispiel die Treppe völlig anders gestaltet worden und auch die Raumaufteilung ist anders. Diese Änderungen sprechen dafür, dass die Tiefgarage im Zeitpunkt der Planungsänderung der Beklagten noch nicht vollständig nach der Planung des Klägers fertig gestellt war, denn anderenfalls hätte ein Rückbau erfolgen müssen, den es nach dem Vortrag der Parteien nicht gegeben hat.

Auch wird der Vortrag der Beklagten nicht dadurch belegt, dass nach den Feststellungen des Sachverständigen die Maße der Rampe (im Ergebnis) weitgehend mit der Planung des Klägers übereinstimmen. Das lässt es zwar als plausibel erscheinen, dass die Planung des Klägers „fortgewirkt" haben könnte, weil andere Planer oder ausführende Unternehmen sie übernommen haben. Sicher ist das aber nicht. Denn es nicht ausgeschlossen, dass auch eine Neuplanung zu einer ganz ähnlichen Gestaltung führt.

2.

Die Frage, ob und inwieweit die tatsächliche Ausführung der Rampe auf der Planung des Klägers beruht, kann allerdings dahingestellt bleiben. Denn zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Entwurfsplanung des Klägers, die zu der Baugenehmigung geführt hat, nicht fehlerhaft ist.

a)

Die Beklagte lässt offen, welche konkreten Vorgaben dem Kläger für seine Entwurfsplanung gemacht worden sind. Sie hat zwar mittlerweile eingeräumt, dass ihr Vortrag, sie habe den Kläger nicht beauftragt, falsch war. Sie äußert sich aber nicht dazu, was Gegenstand des Auftrags war, wie der Kläger zutreffend rügt (Schriftsatz vom 25.08.2011, Seite 15, GA 685). Ihr Verweis auf die E-Mail vom 01.08.2007 (Anlage B 22) reicht nicht aus. Das Landgericht hat zutreffend festgestellt, dass diese E-Mail für die von dem Kläger geschuldete Leistung nicht maßgeblich ist. Hierzu wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen, wonach die Parteien einen anderen Typ von Doppelparkern vereinbart haben.

Auch aus dem Umstand, dass ein „Luxus-Wohnhaus" geplant werden sollte, lässt sich ein hinreichend bestimmtes Leistungsziel für die Entwurfsplanung nicht ableiten. Zu Recht weist der Kläger darauf hin, dass der Begriff „Luxus" schillernd und unbestimmt ist. Zudem lässt die Beklagte völlig offen, welche weiteren Vorgaben im Zuge des Planungsprozesses gemacht worden sind. Hierauf kommt es aber entscheidend an, weil eine Planung stets einen Kompromiss zwischen dem angestrebten Standard, den Kosten des Bauwerks und den zu schaffenden Flächen darstellt. Aus Komforteinschränkungen (hier die erschwerte Nutzung der Tiefgarage für große Fahrzeuge) lässt sich daher nicht ohne weiteres auf Planungsfehler schließen.

Es ist auch nicht dargelegt, dass der Kläger die Tiefgaragenrampe gemäß den Empfehlungen für Anlagen des ruhenden Verkehrs (EAR 05) der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen zu planen hatte und deshalb eine Toleranz von 50 cm Seitenabstand bei der Schleppkurve einzuhalten war. Nach den Ausführungen des Sachverständigen Weinert (E-Mail vom 21.09.2010, Seite 6, Anlage B 11) sind die Vorgaben der Garagenverordnung zwingend, während die Empfehlungen für Anlagen des ruhenden Verkehrs nur eine weitere Prüfungsmöglichkeit darstellen. Auch der Sachverständige Müller hat nicht ausgeführt, ein Abstand von 50 cm sei zwingend einzuhalten. Er hat lediglich angeführt, der Abstand von 50 cm sei anzustreben, könne bei eingeschränkten Bewegungsspielräumen aber auch auf 25 cm reduziert werden (Gutachten vom 12.11.2013, Seite 9, GA 1044). Bei der Begutachtung ist der Sachverständige von einem Mindestabstand von 25 cm ausgegangen. Dem kann die Berufung nicht mit dem Argument begegnen, es habe für den Kläger kein Anlass bestanden, von einem eingeschränkten Bewegungsspielraum auszugehen. Denn die

Berufung lässt nach wie vor offen, welche sonstigen planerischen Vorgaben dem Kläger gemacht worden sind. Ohne Vortrag zu den Vorgaben für die Planung kann aber nicht beurteilt werden, ob der Kläger gerechtfertigterweise eine enge Planung der Zufahrt vorsah oder grosszügiger hätten planen müssen. So hätte eine breitere Rampe zur Folge gehabt, dass für die angrenzenden Kellerräume und auch im Erdgeschoss weniger Platz zur Verfügung gestanden hätte. Es mag daher gerechtfertigt gewesen sein, für die Tiefgarage von einer Toleranz von 25 cm auszugehen, zumal im Falle der Benutzung durch Bewohner des Hochhauses ein Gewöhnungseffekt eingetreten wäre, der die Benutzbarkeit erheblich verbessert hätte. Sowohl der Privatgutachter Weinert als auch der Sachverständigen Müller haben darauf hingewiesen, dass die Benutzung für einen ortskundigen Fahrer wesentlich leichter ist (E-Mail vom 21.09.2010, Seite 8, GA 319 und Gutachten vom 12.11.2013, Seite 10, GA 1045). Ein Planungsfehler kann daher nicht allein deshalb angenommen werden, weil eine breitere Ausführung tatsächlich möglich gewesen wäre. Hierauf beschränkt sich aber letztlich der Vortrag der Beklagten.

Wenn auf einen Mindestabstand von 25 cm abgestellt wird, entspricht die Rampe (bis auf zwei Punkte) den Anforderungen. Auch wegen dieser Unterschreitung des Mindestabstands an zwei Punkten liegt aber keine fehlerhafte Entwurfsplanung vor. Denn über die endgültigen Maße der Tiefgarage und die Detailausführung des Knicks hätte noch im Rahmen der Ausführungsplanung oder der wiederholten Entwurfsplanung entschieden werden können. Da die Entwurfsplanung noch keine endgültige Planung darstellt, kann für das Leistungssoll der Entwurfsplanung nicht ohne weiteres gefordert werden, dass sie allen Regeln der Technik entspricht und zu einer ohne weiteres funktionalen Lösung führt. Da diese Planungsaufgaben auch in späteren Phasen des Planungs- und Bauausführungsprozesses geleistet werden können, kann ohne entsprechenden Vortrag der Beklagten nicht angenommen werden, dass die Klägerin bereits mit der Entwurfsplanung die Planung der Tiefgaragenzufahrt so zu planen hatte, dass der Minimalabstand von 25 cm an jeder Stelle eingehalten wird. So hätte es zur „Entschärfung" der Zufahrt genügt, an zwei Punkten die Wände etwas dünner auszuführen oder die Ausgestaltung des Knicks geringfügig zu ändern. Denn der „Knick" in der Rampe ist nach den Ausführungen des Sachverständigen Müller nur an zwei Stellen kritisch (vgl. Terminsprotokoll vom 01.06.2016, Seite 4, GA 1290 mit GA 1052) und eine „Entschärfung" wäre mit geringem Aufwand möglich gewesen.

Die Ausführungen der Berufung belegen nicht, dass bereits der Kläger (endgültig) die Maße für die Tiefgaragenrampe im Rahmen der Entwurfsplanung festzulegen hatte. Für die Abgrenzung zwischen Ausführungs- und Entwurfsplanung ist der maßgebende Gesichtspunkt, dass die Entwurfsplanung auf die Genehmigungsfähigkeit zielt, während die Ausführungsplanung die konkrete Ausführung im Blick hat (Koeble, in: Locher/Koeble/Frik, HOAI, 13. Auflage, § 34 Rn. 152). Nach dieser Maßgabe war die endgültige Gestaltung der Tiefgaragenzufahrt nicht von dem Kläger bereits in der Genehmigungsplanung zu leisten, sondern hätte Gegenstand der (wiederholten) Entwurfsplanung (angesichts der Realisierung eines Ärztehauses) oder der noch ausstehenden Ausführungsplanung (bei hypothetischer Realisierung des Wohnhauses) sein müssen, wobei die Beklagte noch die Abwägungsentscheidung hätte treffen müssen, bis zu welcher Fahrzeugbreite mit welchem Komfort ein Befahren der Tiefgarage möglich sein soll.

Soweit die Beklagte darauf verweist, dass die Entwurfsplanung ein Kernstück der Planung sei und in dieser Planungsphase wichtige Entscheidungen u. a. zu Gestaltung und Standard zu treffen seien, ist das im Grundsatz zutreffend. Diese allgemeinen Ausführungen stellen aber nicht in Frage, dass Entscheidungen auch erst mit der Ausführungsplanung getroffen werden können. Ohnehin teilt die Beklagte zu den getroffenen Entscheidungen über den Standard nichts mit.

Dass die tragenden Bauteile grundsätzlich bereits in der Entwurfsplanung zu bemessen sind, belegt nicht, dass auch im vorliegenden Fall die Tiefgaragenzufahrt bereits mit der Entwurfsplanung abschließend zu dimensionieren war. Der übliche Planungsablauf ist kein zwingendes Recht, maßgeblich sind die Vereinbarungen der Parteien. Dass sich bei Änderungen der Entwurfsplanung durch die Ausführungsplanung Änderungen bei den Baukosten ergeben können, ist daher entgegen der Ansicht der Berufung nicht ausschlaggebend. Diese wären hier zudem allenfalls geringfügig gewesen, da es einer Abänderung der Zufahrt nur im Detail bedurft hätte.

Nicht entscheidend ist auch, ob die Entwurfsplanung des Klägers detailliert genug war, um den Rohbau ohne weitere Planung zu erstellen. Damit, dass die Beklagte die Genehmigungsplanung ohne weitere Ausführungsplanung umsetzen würde, musste der Kläger nicht rechnen. Dass ihm der Auftrag erteilt worden wäre, eine Genehmigungsplanung zu erstellen, die ohne weitere Ausführungsplanung für die Errichtung des Rohbaus dienen sollte, ist nicht dargelegt.

b)

Hinzu kommt, dass die Beklagte das von dem Kläger geplante Objekt (Wohnhaus mit Tiefgarage) nicht errichtet hat, sondern ein anderes Objekt geplant und errichtet hat, nämlich eine Ärztehaus, das andere Anforderungen an die Tiefgarage stellt. So hat der Privatgutachter Weinert darauf hingewiesen, dass die Tiefgaragenrampe mit einem Audi A 6 (Breite 1,86 m ohne Außenspiegel, während das Bemessungsfahrzeug 1,76 m breit ist) für einen ortsunkundigen Fahrer nicht mehr bedenkenlos befahrbar sei. Ebenso hat der Sachverständige Müller darauf hingewiesen, dass sich die Befahrbarkeit infolge Gewöhnung verbessert. Da bei einem Ärztehaus die Tiefgarage durch ständig wechselnde Patienten benutzt wird, stellt sie andere Anforderungen an die Benutzbarkeit als die Tiefgarage eines Wohnhauses. Auch deshalb lag es allein in der Zuständigkeit der Beklagten, die Tiefgaragenzufahrt für das Ärztehaus zu planen. Angesichts der erheblichen Umplanung hätte die Beklagte im Zuge der weiteren Planung nochmals abwägen müssen, für welche Fahrzeuge mit welchem Komfort die Tiefgarage nutzbar sein sollte. Dass sie dies offenbar unterlassen hat, hat sie sich selbst zuzuschreiben.

c)

Da die Beklagte keinerlei konkreten Vortrag zum Gegenstand der Beauftragung des Klägers und zu den Vorgaben für seine Planung macht, kann auch eine Hinweispflicht „auf die Unzulänglichkeit der Planung" nicht angenommen werden. Eine solche Hinweispflicht würde voraussetzen, dass die Planung fehlerhaft war. Das lässt sich aber wie dargelegt nicht feststellen.

d)

Der Auffassung der Beklagten, die Verneinung einer Haftung verstoße gegen den Grundsatz, dass ein Mitverschulden nicht darauf gestützt werden dürfe, dass der Auftraggeber einen Planungsfehler nicht aufgedeckt habe, überzeugt nicht. Entscheidend ist die Frage, ob bereits der Kläger die Rampe in allen Details zu planen hatte oder ob dies die Aufgabe der nachfolgenden Planung war. Wird die Zuständigkeit des Klägers verneint, so stellt sich die Frage eines Mitverschuldens nicht.

3.

Die Darlegungen der Beklagten zur Höhe ihres (vermeintlichen) Schadensersatzanspruchs übergehen, dass die als Anlage B 20 (GA 512) vorgelegte Kostenschätzung über 792.465,00 EUR netto auch Kosten umfasst, die sich auf die Änderung der Position einer Stütze im Rampenbereich beziehen, für deren Positionierung

der Kläger unstreitig nicht verantwortlich ist. Die Beklagte hat vorgetragen, dass die vorgenannten Kosten auch für die Änderung der Positionierung der Stütze im Rampenbereich anfallen (Schriftsatz vom 22.03.2011, Seite 16, GA 500). Danach ist es nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte nunmehr die Position „Änderung Stützensituation Rampenbeginn" in Höhe von 25.000,00 EUR netto dem noch streitigen Mangel der Gestaltung der Tiefgaragenrampe zuordnet. Der in der Kostenschätzung genannte Betrag in Höhe von 25.000,00 EUR netto bezieht sich ersichtlich nicht auf diesen Mangel.

Auch kann die Beklagte, die Schadensersatz vor Mangelbeseitung fordert, nicht pauschal Baunebenkosten in Höhe von 15 % zu beanspruchen, da nicht hinreichend sicher ist, ob tatsächlich Kosten in dieser Höhe anfallen. So werden die Baunebenkosten u. a. für „etc." angesetzt. Es handelt sich also zumindest teilweise um Kosten für Unvorhergesehenes, die nicht zu erstatten sind (vgl. BGH, Urt. v. 24.07.2003 - VII ZR 99/01, Rn. 32, zitiert nach juris). Auch sind die weiteren Kosten sind nicht zu erstatten, da ihre Entstehung nicht hinreichend sicher ist. Würden die Baunebenkosten pauschal zugesprochen, droht eine Überkompensation des Schadens, wenn die Tiefgarage tatsächlich nicht umgebaut wird oder die Kosten für den Umbau niedriger ausfallen. Auch ist noch ungewiss, ob die Beklagte im Zuge der Mängelbeseitigung tatsächlich einen Architekten und Statiker beauftragt, da sie die Bauarbeiten nach ihrem Vortrag von der HausbauNRW GmbH ausführen ließ, die selbst die Ausführungsplanung erstellte. Ob und welche Kosten für eine Ausführungsplanung tatsächlich anfallen werden, ist danach ungewiss. Unter dieser Voraussetzung kommt eine Erstattung vor Mangelbeseitigung aber nicht in Betracht (Senat, Urt. v. 29.09.2015 - 23 U 170/14). Ein 28.500,00 EUR netto übersteigender Schaden wäre danach nicht anzuerkennen.

IV.

Zu den Mietminderungen ist zu bemerken, dass die Beklagte vorgetragen hat, die Mieter Wilhelm Fabry GmbH (5 Stellplätze à 56,00 EUR), Radprax GmbH (12 Stellplätze à 56,00 EUR) und Medisport GmbH (12 Stellplätze à 56,00 EUR) hätten die Miete zu 100 % gemindert. Aus dem vorgelegten Urteil des Landgerichts Düsseldorf (Anlage B 38, GA 1074) ergibt sich, dass das Landgericht für die Radprax GmbH von einer Mietminderung in Höhe von 15 % ausgegangen ist. In dem Rechtsstreit mit der Wilhelm Fabry GmbH ist die Beklagte unterlegen, weil sie ihre Behauptung, das Fassungsvermögen der

Doppelparker sei vor Vertragsschluss genau besprochen worden, nicht beweisen konnte. Warum der Kläger hierfür einstehen soll, erschließt sich nicht.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 101 ZPO.

Der Beklagten sind auch die den Streithelfern zu 1) und 3) entstandenen Kosten aufzuerlegen. Die Ansicht der Beklagten, weil sie keine Ansprüche wegen des Bauvorhabens in Düsseldorf mehr geltend mache und allein wegen dieser Ansprüche den Streithelfern zu 1) und 3) den Streit verkündet worden sei, verbiete sich eine Kostenentscheidung gemäß § 101 ZPO, ist nicht zutreffend. Gemäß § 101 ZPO sind die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten dem Gegner der Hauptpartei aufzuerlegen. Auf die Frage, ob die Nebenintervention zulässig ist, kommt es für die Kostenentscheidung nicht an. Denn über die Zulässigkeit der Nebenintervention ist nur auf Antrag in dem Verfahren gemäß § 71 ZPO zu entscheiden, nicht implizit im Rahmen der Kostenentscheidung (Jaspersen/Wache, in: BeckOK-ZPO, § 101 Rn. 2).

Im Übrigen ist das Interesse der Streithelfer zu 1) und 3), sich an dem Rechtsstreit zu beteiligen, nicht entfallen. Denn über die zur Aufrechnung gestellten Ansprüche aus dem Bauvorhaben Düsseldorf ist nicht rechtskräftig entschieden. Die Beklagte könnte ihre Aufrechnungserklärung jederzeit erneuern und die Klage könnte wegen der zur Aufrechnung gestellten Ansprüche abgewiesen werden. Eine nur „irrtümliche Beteiligung am Rechtsmittelverfahren" liegt daher entgegen der Ansicht der Beklagten nicht vor und es verbietet sich daher auch keine Kostenentscheidung. Das Zitat der Beklagten (Jaspersen/Wache, in: BeckOK-ZPO, § 101 Rn. 12) ist aus den vorgenannten Gründen nicht treffend.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10 Satz 2, 711 ZPO.

Berufungsstreitwert: bis 950.000,00 EUR.

Eine gesonderte Festsetzung des Streitwerts für die Nebenintervention kommt nicht in Betracht (BGH, NJW 1960, 42). Für den vorliegenden Fall gilt dies bereits deshalb, weil ein gesonderter Streitwert für zur Aufrechnung gestellte Forderungen, über die nicht entschieden wird, nicht festzusetzen ist. Die Auffassung der Beklagten hätte zur Folge,

dass die Prozessbevollmächtigten der Streithelfer für das Nachverfahren und das Rechtsmittelverfahren keine Vergütung erhielten. Das kann nicht zutreffend sein.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Entscheidung des Senats ist durch die Besonderheiten des Einzelfalls geprägt.

Dr. Maifeld Dr. Rodemann Mayen-Esch

Beglaubigt
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

LANDESGERICHT 30 DÜSSELDORF

SCHLÜNDER | RECHTSANWÄLTE

Schlünder Rechtsanwälte Partnerschaft mbB | 59013 Hamm
vorab per Telefax: +49 211 4971-548
Oberlandesgericht Düsseldorf
Postfach 30 02 10
40402 Düsseldorf

Abschrift

Datum	09.06.2017
Zeichen	01338-16/l/z/kl
Dezernat	Deppenkemper/Zilius
E-Mail	deppenkemper@schluender.info
Durchwahl	☏ **02381/92155-20 Fax -24**
Zentrale	☏ 02381/92155-0 Fax -99

In Sachen

WohnenNRW GmbH ./. Lucht
- I-23 U 87/16 -

nimmt der Kläger zum gegnerischen Schriftsatz vom 24.05.2017 in aller Kürze wie folgt Stellung:

1. Die zur Gerichtsakte gereichte Fotodokumentation wurde aufgenommen am 21.08.2008, was der anliegende Screenshot von den Datei-Eigenschaften des JPEGs zeigt.

/ **Beweis:** Screenshot JPEG-Aufnahmedatum, **Anlage BB 3**

Dr. Bertold Schlünder (- 2001)
Dr. Jürgen Micus
Dr. Ulrich Schlewing
Bernhard Gurges [1]
Ullrich Margraf [2,3]
Dr. Andreas Müller
Johannes Deppenkemper [4]
Dr. Harald Scholz [4]
Dr. Ingo Schmidt [4]
Norbert Elfert [1,5]
Dr. Alexander Fritze [4]
Simone Eiben [6]
Felix Reeh [4]
Axel Boesenberg [6]
Dr. Michael Kunzmann, LL.M. [1]
Dr. Achim Hering [4,7]
Stefan Möhlenkamp [8]
Stefan Krappel
Dr. Alexandra Kelker
Jochen Zilius
Christina Latsch, LL.M., M.M.
Carsten Kunz [8]

[1] Fachanwalt für Versicherungsrecht
[2] Fachanwalt für Arbeitsrecht
[3] Fachanwalt für Familienrecht
[4] Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
[5] Fachanwalt für Medizinrecht
[6] Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
[7] Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
[8] Fachanwalt für Verkehrsrecht

Schlünder Rechtsanwälte Partnerschaft mbB
Marker Allee 1a
59065 Hamm
hamm@schluender.info
www.schluender.info
Amtsgericht Essen PR 3590

Bankverbindung
Dortmunder Volksbank
BIC GENODEM1DOR
IBAN DE 78 4416 0014 0204 5704 07

Sparkasse Hamm
BIC WELADED1HAM
IBAN DE 86 4105 0095 0000 1797 21

2. Der Vortrag auf Seite 5, wonach keine Änderungen an der Breite der Tiefgaragenzufahrt durch den Architekten Gemeiner erfolgt seien, wird bestritten und ist wegen Verspätung gemäß den §§ 529, 531 ZPO sowie nach §§ 530, 296 ZPO unbeachtlich.

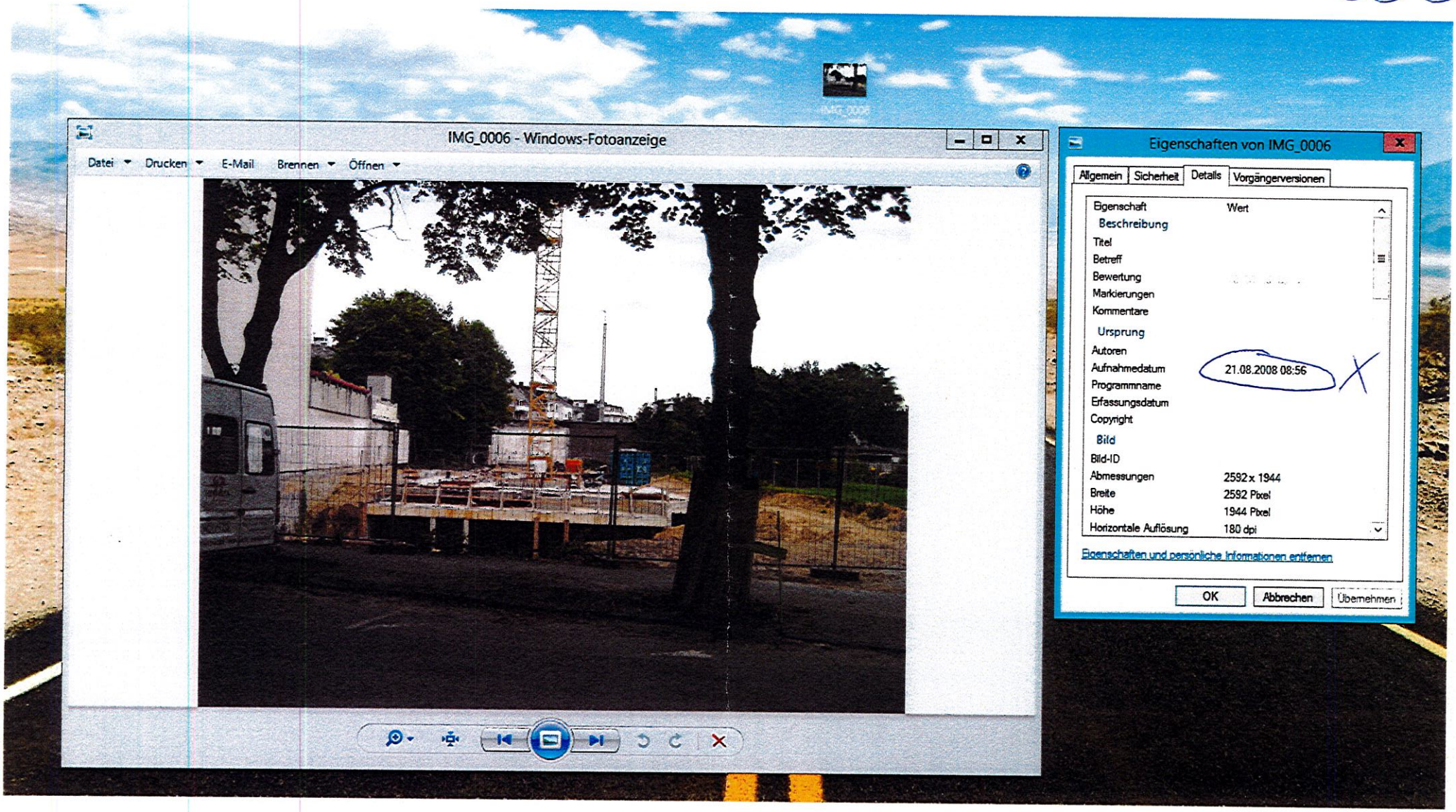
3. Die Rechtsauffassung der Beklagten betreffend die Sowieso-Kosten auf Seite 6 teilt der Kläger nicht. Denn die etwaig für Rückbauarbeiten erforderlichen Kosten lassen sich eben – und darum geht es – **nicht** aus der Schadensauflistung im Schriftsatz vom 11.04.2017, Seite 2, herleiten. Aus diesem Grunde geht der Kläger davon aus, dass es sich bei den dargestellten Schäden ausschließlich um Sowieso-Kosten handelt.

4. Die Ausführungen der Beklagten auf S. 8-9 zur Echtheit des Schreibens vom 24.09.2007 lassen unberücksichtigt, dass der Kläger jedenfalls im nahen zeitlichen Zusammenhang offenkundig einen vollständigen Briefkopf mit Internetpräsenz und Emailadresse benutzte; so etwa auch im Schreiben vom 28.09.2007, das die Beklagte selbst auf S. 8 unten ihres Schriftsatzes abgedruckt hat.

gez. Zilius

(Zilius)
Rechtsanwalt

BB 3


IMG_0006 - Windows-Fotoanzeige
Datei
Drucken
E-Mail
Brennen
Öffnen
Eigenschaften von IMG_0006
Allgemein
Sicherheit
Details
Vorgängerversionen
Eigenschaft
Wert
Beschreibung
Titel
Betreff
Bewertung
Markierungen
Kommentare
Ursprung
Autoren
Aufnahmedatum
21.08.2008 08:56
Programmname
Erfassungsdatum
Copyright
Bild
Bild-ID
Abmessungen
2592 x 1944
Breite
2592 Pixel
Höhe
1944 Pixel
Horizontale Auflösung
180 dpi
Eigenschaften und persönliche Informationen entfernen
OK
Abbrechen
Übernehmen