

PROF. DR. REINELT & DR. GENIUS • STEPHANIENSTRASSE 94 • 76133 KARLSRUHE

WohnenNRW GmbH  
Windhövel 1  
42781 Haan

PROF. DR. EKKEHART REINELT  
DR. BARBARA GENIUS

STEPHANIENSTRASSE 94  
76133 KARLSRUHE

TELEFON: 0721 / 94 26 96-0  
TELEFAX: 0721 / 94 26 96-20  
E-MAIL: kanzlei@bghanwalt.de

Karlsruhe, 9. Oktober 2017  
AZ.: 10167-17/ik

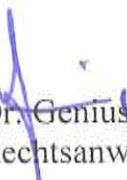
**WohnenNRW GmbH ./Lucht u. a.**  
**BGH Az.: VII ZR 146/17**

Sehr geehrter Herr Dr. Bogatzki,

wir nehmen Bezug auf Ihre Nachrichten vom 02.10.2017 und 05.10.2017 und teilen mit, dass wir mit dem in Abschrift anliegenden Schriftsatz wunschgemäß die Nichtzulassungsbeschwerde im vollen Umfang der Beschwer begründet haben. Eine Reduzierung um die hinterlegte bzw. ausgekehrte Sicherheit konnten wir nicht vornehmen.

Die Entscheidung des Senats ist nun abzuwarten. Vom Fortgang des Verfahrens werden wir Sie unterrichtet halten.

Mit freundlichen Grüßen

  
Dr. Genius  
Rechtsanwältin

PROF. DR. REINELT & DR. GENIUS  
RECHTSANWÄLTE BEIM BUNDESGERICHTSHOF

---

## Abschrift für Korrespondenzanwalt

PROF. DR. REINELT & DR. GENIUS • STEPHANIENSTRASSE 94 • 76133 KARLSRUHE

Bundesgerichtshof  
- VII. Zivilsenat -  
76125 Karlsruhe

PROF. DR. EKKEHART REINELT  
DR. BARBARA GENIUS

STEPHANIENSTRASSE 94  
76133 KARLSRUHE

TELEFON: 0721 / 94 26 96-0  
TELEFAX: 0721 / 94 26 96-20  
E-MAIL: kanzlei@bghanwalt.de

Karlsruhe, 09. Oktober 2017  
AZ.: 10167-17 /lk

### VII ZR 146/17

### Nichtzulassungsbeschwerdebegründung

In Sachen

**WohnenNRW GmbH**

gegen

**Lucht**

beziehen wir uns auf unseren Schriftsatz vom 30.06.2017.

Wir **beantragen** für die Beklagte, Widerklägerin und Beschwerdeführerin,

1. die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13.06.2017 - I-23 U 87/16 - zuzulassen;

nach Zulassung der Revision,

2. das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13.06.2017 - I-23 U 87/16 - aufzuheben und nach den von der Beklagten in der

Berufungsinstanz zuletzt gestellten Schlussanträgen (BU 5 f.) zu entscheiden;

hilfsweise zu 2.,

den Rechtsstreit im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

**Begründung:**

**I.**

Kläger und Beklagte streiten mit Klage und Widerklage um Honoraranspruch und Schadensersatz aus einem Architektenvertrag.

1. Der Kläger begeht mit seiner Klage die Zahlung von Architektenhonorar für die Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß HOAI für zwei Bauvorhaben in Düsseldorf und Hilden in Höhe von insgesamt 130.870,28 Euro. Die Beklagte hat erstinstanzlich zunächst bestritten, dem Kläger Planungsaufträge erteilt zu haben. Sie hat zudem hilfsweise mit Gegenforderungen aus beiden Bauvorhaben die Aufrechnung erklärt (Vorbehaltssurteil, S. 4, 5, GA 564, 565).

Die Beklagte ist durch Vorbehaltssurteil des Landgerichts verurteilt worden, das beanspruchte Architektenhonorar an den Kläger zu zahlen. Die Entscheidung über die in erster Instanz erklärten Aufrechnungen wurde dem Nachverfahren vorbehalten (Vorbehaltssurteil, S. 2, 3, GA 562, 563).

2. Nur wegen der auf Schadensersatz gerichteten Gegenansprüche in Bezug auf das Bauprojekt in Hilden hat die Beklagte das Nachverfahren betrieben (Schriftsatz der Beklagten vom 01.07.2011, S. 2, GA 614; Be-

rufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 3 letzter Absatz, GA 1349).

Die Beklagte ist der Auffassung, dass aufgrund von Planungsfehlern des Klägers bei dem Bauvorhaben in Hilden die Tiefgarage für große Fahrzeuge nicht nutzbar sei. Deshalb entstünden ihr erhebliche Kosten für die Beseitigung der Planungsfehler, zudem hätten ihre Mieter die Stellplatzmiete gemindert.

Die Beklagte hat in erster Instanz Gegenansprüche in Höhe von insgesamt 971.129,35 Euro geltend gemacht. Hiervon entfallen 943.033,35 Euro auf die Beseitigung der Planungsfehler. Den Restbetrag in Höhe von 28.096,00 Euro beansprucht sie als Schadensersatz für ihr gegenüber erfolgte Mietminderungen der Wilhelm-Fabry GmbH, der Radprax GmbH sowie der Medisport GmbH (Schriftsatz der Beklagten vom 01.07.2011, S. 7, 8, GA 619, 620; Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 19, 20, GA 1365, 1366).

In Höhe von 164.328,52 Euro hat die Beklagte die Aufrechnung gegen die Klageforderung zzgl. Zinsen erklärt. Den überschießenden Betrag in Höhe von 806.800,83 Euro hat sie mittels Widerklage gegenüber dem Kläger geltend gemacht (BU 4, Schriftsatz der Beklagten vom 01.07.2011, S. 1, GA 613).

Das Landgericht hat Beweis erhoben u.a. durch Einholung zweier Sachverständigengutachten des Dipl.-Ing. Helmut Müller (Gutachten vom 12.11.2013, GA 1036 ff., sowie vom 29.06.2015, GA 1213 ff.).

Der Sachverständige hat anhand der Genehmigungsplanung des Klägers (Protokoll vom 27.08.2014, S. 8, GA 1124) in seinem Gutachten vom 12.11.2013 ausgeführt, von der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen werde darauf hingewiesen, dass bei der Anwendung von Schleppkurven zusätzliche seitliche Toleranzen berücksichtigt werden sollten. In der Regel sollte dabei eine Toleranz von 50 cm eingehalten werden. Bei eingeschränkten Bewegungsspielräumen könne diese auf 25 cm reduziert werden.

Weder bei Ein- noch Ausfahrt über die Tiefgaragenrampe werde eine Toleranz von 50 cm eingehalten. Auch eine Toleranz von 25 cm werde selbst bei „optimaler“ Fahrweise zumindest an 2 Punkten bei der Ausfahrt unterschritten. Der minimale seitliche Abstand betrage nur etwa 23 cm. Die Befahrbarkeit der Rampe sei eingeschränkt (Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Helmut Müller vom 12.11.2013, S. 9, 10, GA 1044, 1045). Allerdings sei auch denkbar, dass die Bauteile im Rahmen einer Ausführungsplanung schlanker würden, so dass sich dadurch eine Verbesserung der Befahrbarkeit ergeben könnte (Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Helmut Müller vom 12.11.2013, S. 12 f., GA 1047 f.).

In seinem Ergänzungsgutachten vom 29.06.2015 führt der Sachverständige aus, dass zwar erhebliche Umplanungen zwischen der Genehmigungsplanung des Klägers und der tatsächlich ausgeführten Tiefgarage bestünden. Diese von den Umplanungen erfassten Bereiche hätten jedoch weder eine positive noch eine negative Auswirkung auf die Befahrbarkeit der Rampe. Die jeweils maßgeblichen Punkte an der Innencke des Rampenknicks sowie die davor bzw. dahinter liegenden Punkte auf der gegenüberliegenden Rampenwand unterschieden sich nicht wesentlich zwischen der Genehmigungsplanung des Klägers und dem vor Ort gefertigten Aufmaß. Sowohl für die Ein- als auch für die Ausfahrt würden die für eine problemlose Befahrbarkeit anzustrebenden 50 cm Seitenabstand nicht eingehalten. Die ausgeführte Rampe sei nach den Maßgaben der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen nur eingeschränkt befahrbar (Gutachten vom 29.06.2015, S. 10, 11, GA 1222, 1223).

Durch das Schlussurteil des Landgerichts ist das Vorbehaltssurteil für vorbehaltlos erklärt und die Widerklage abgewiesen worden (Schlussurteil, S. 2, GA 1296).

Das Landgericht hat unter Bezugnahme auf die Ausführungen des Sachverständigen Müller festgestellt, dass sowohl nach der Genehmi-

gungsplanung des Klägers als auch nach dem tatsächlichen Bauzustand, jedenfalls bei der Ausfahrt aus der Tiefgarage infolge eines Knicks aufgrund der Fahrbahnbreite das Mindestmaß von 25 cm seitlichen Abstands an zwei Punkten unterschritten werde und deswegen nach den einschlägigen technischen Vorschriften nur eine beschränkte Befahrbarkeit gegeben sei (Schlussurteil, S. 7, GA 1301).

Gleichwohl, so das Landgericht, schulde der mit der Genehmigungsplanung beauftragte Architekt nur eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung. Dass die Unterschreitung des Mindestabstands an zwei Punkten die Genehmigungsfähigkeit der Planung des Klägers gefährde, sei ungeachtet der Tatsache, dass die Genehmigung tatsächlich erteilt worden sei, weder vorgetragen noch ersichtlich (Schlussurteil, S. 7, GA 1301).

Den Feststellungen des Landgerichts zufolge ist die Durchfahrtsbreite sowohl nach Planung des Klägers als auch nach den tatsächlichen Aufmaßen in etwa gleich geblieben, wobei die Beklagte in diesem Bereich bauliche Veränderungen vorgenommen habe, indem die Wandstärke gegenüber der Genehmigungsplanung des Klägers verringert, sich andererseits infolge der Aufbringung einer Wärmedämmung letztlich aber wieder dieselbe Durchfahrtsbreite ergeben habe. Allein durch die tatsächliche Verringerung der Wandstärke ohne die aufgebrachte Wärmedämmung wäre der Mindestabstand von 25 cm bei mittiger Durchfahrtskurve auch in Höhe des Knicks eingehalten worden (Schlussurteil, S. 8, GA 1302).

Hinsichtlich des Parkliftsystems Wöhr Parklift 340-155/150 ist das Landgericht nach durchgeführter Zeugenvernehmung zu der Überzeugung gelangt, dass im Rahmen eines Vorgesprächs zwischen den Parteien bewusst die kleinere Ausführungsvariante gewählt worden sei und der Beklagten deshalb keine Ansprüche zustünden (Schlussurteil, S. 6, GA 1300).

3. Gegen die Entscheidung des Landgerichts hat die Beklagte Berufung eingelegt.

- a) Sie meint, der Kläger habe die Tiefgarage fehlerhaft dergestalt geplant, dass lediglich das Parkliftsystem Wöhr Parklift 340-155/150 darin habe eingebaut werden können.

Das Landgericht sei zu Unrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte dem Kläger das Parkliftsystem im Rahmen eines Gesprächs im September 2007 vorgegeben habe. Der Kläger hätte vielmehr, seiner eigenen Bestätigung aus einer E-Mail vom 01.08.2007 folgend (Anlage B 22, GA 622), die Tiefgarage so zu planen gehabt, dass darin 40 komfortable Tiefgaragenstellplätze als Doppelparker ohne Neigung bis 2,6 t. hätten Platz finden müssen.

Noch mit Schreiben vom 24.09.2007 (GA 1130) habe der Kläger ihr gegenüber bestätigt, dass er tatsächlich 40 große Plätze als Doppelparker bis 2,6 t. seiner Planung zugrunde gelegt habe (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 9, 10, GA 1355, 1356).

Dem entgegen habe der Kläger die Tiefgarage so geplant, dass lediglich das Parkliftsystem Wöhr Parklift 340-155/150 habe eingebaut werden können. Die Mehrzahl gängiger Mittelklassekombis oder Geländewagen überschritten die für dieses Parksystem geltenden Höchstmaße. Es sei zudem auf eine zulässige Höchstraglast von 2,0 t. begrenzt. Der Mieter Dr. Olkonomopoulos könne selbst mit seinem Opel Zafira das Parksystem nicht benutzen (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 7, 8, GA 1353, 1354).

Zudem sei die Zufahrt der Tiefgarage durch den Kläger fehlerhaft geplant. Kombis der Mittel- und Oberklasse könnten in die Tiefgarage nicht einfahren. Nach den Hinweisen der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen seien bei der Anwendung von Schleppkurven seitliche Toleranzen von 50 cm zu berücksichtigen. Nur bei eingeschränkten Bewegungsspielräumen könnten diese auf 25 cm reduziert werden. Es habe bei der Planung des Luxuswohnhauses keine Veranlassung dazu bestanden, von eingeschränkten Bewegungsspielräumen

auszugehen (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 15, GA 1361).

Die Beklagte hat ihre Ansprüche auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten im Berufungsverfahren auf 792.465,00 Euro netto beziffert, den ihr entstandenen Mietausfallschaden mit 28.096,00 Euro. Insgesamt fordert sie 820.561,00 Euro (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 20, GA 1366).

Nach Aufrechnung gegen den Honoraranspruch des Klägers zzgl. Zinsen in Höhe von 164.328,52 Euro verbleibt ein Betrag in Höhe von 656.232,48, den sie mit ihrer Widerklage zuletzt verfolgt (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 2, 20, GA 1348, 1366).

- b) Der Kläger meint, er haben den Parklift Wöhr 340-155/150 auf Wunsch der Beklagten seiner Planung der Tiefgarage zugrunde gelegt. Zudem sei die Größe der Parklifte erst in der Ausführungsplanung festzulegen. Die Nutzung der Parklifte sei für die allermeisten Fahrzeuge möglich. Die Planung der Rampe sei nicht mangelhaft; ferner sei die Tiefgaragenzufahrt durch die Beklagte in der Folge umgeplant worden (BU 6).
- c) Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (BU 2). Es hat festgestellt, dass die Rampe (bis auf zwei Punkte) den Anforderungen entspreche, sofern auf einen Mindestabstand von 25 cm abgestellt werde (BU 16 unterer Absatz).

Auch wegen dieser Unterschreitung des Mindestabstands liege aber keine fehlerhafte Entwurfsplanung vor, weil über die endgültigen Maße der Tiefgarage und die Detailausführung des Knicks noch im Rahmen der Ausführungsplanung habe entschieden werden können. Da die Entwurfsplanung noch keine endgültige Planung darstelle, könne für das Leistungssoll der Entwurfsplanung nicht ohne weiteres gefordert werden, dass diese allen Regeln der Technik entspreche und zu einer ohne weiteres funktionalen Lösung führe (BU 16 unterer Absatz).

Dass das Landgericht im Hinblick auf die Parklifte den Bekundungen des früheren Geschäftsführers der Beklagten, des Zeugen Dr. Bogatzki, nicht gefolgt sei, könne schon angesichts des wechselhaften und widersprüchlichen Vortrags der Beklagten nicht beanstandet werden (BU 7).

4. Mit ihrer Nichtzulassungsbeschwerde verfolgt die Beklagte ihr Begehren weiter.

## II.

Die Nichtzulassungsbeschwerde ist zulässig, weil der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwer 20.000 Euro übersteigt, § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO.

Mit der Revision wird die Beklagte und Widerklägerin ihre Berufungsanträge weiterverfolgen.

Vor dem Berufungsgericht hat sie u.a. beantragt, unter Aufhebung des Schlussurteils des Landgerichts dessen Vorbehaltsurteil aufzuheben, durch das sie zur Zahlung von 130.870,28 Euro an den Kläger verurteilt wurde und dessen Klage abzuweisen (Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 2, GA 1348).

Sie beansprucht außerdem Mängelbeseitigungskosten zuletzt in einer Gesamthöhe von 792.465,00 Euro sowie Schadensersatz für ihr gegenüber erklärte Mietminderungen in Höhe von 28.096,00 Euro. In der Summe macht sie damit Gegenrechte in Höhe von 820.561,00 Euro geltend (vgl. Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 20, GA 1366).

In Höhe von 164.328,52 Euro hat sie die Aufrechnung gegenüber der Klageforderung zzgl. Zinsen erklärt.

Den verbleibenden Betrag in Höhe von 656.232,48 Euro begeht sie vom Kläger mit ihrer Widerklage (BU 5, 6; Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 2, 20, GA 1348, 1366).

Der Beschwerdewert des § 26 Nr. 8 Satz 1 EGZPO ist damit weit überschritten.

### III.

Das angefochtene Urteil begegnet durchgreifenden, zulassungsrelevanten Bedenken, weil das Berufungsgericht

- entgegen § 398 Abs. 1 ZPO und § 286 Abs. 1 ZPO den vor dem Landgericht vernommenen Zeugen Dr. Bogatzki nicht erneut vernommen,
- eine durch das Landgericht festgestellte Tatsache entgegen § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO seiner Entscheidung zugrunde gelegt sowie
- rechtsfehlerhaft angenommen hat, dass die Genehmigungsplanung des Architekten nicht zwangsläufig den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechen müsse.

Die Revision ist deshalb zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) zuzulassen.

Im Einzelnen:

1. Die Zulassung der Revision ist zunächst deshalb geboten, weil das Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt und damit gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen hat, indem es den Zeugen Dr. Bogatzki nicht erneut vernommen hat.

Es ist verfahrensfehlerhaft zu der Annahme gelangt, dass das Landgericht der Aussage des Zeugen Dr. Bogatzki keinen erheblichen Beweiswert habe zumessen müssen (BU 9). Es meint, bereits aufgrund des wechselhaften und widersprüchlichen Vortrags der Beklagten sei es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht der Aussage des Zeugen Dr. Bogatzki nicht gefolgt sei (BU 7).

Damit hat das Berufungsgericht gegen § 398 Abs. 1 ZPO und den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme verstoßen, § 286 Abs. 1 ZPO, sowie zugleich den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt, Art. 103 Abs. 1 GG.

Nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss die Vernehmung eines Zeugen wiederholt werden, wenn das Berufungsgericht die Aussage eines Zeugen anders oder zwar gleich, aber nicht mit gleichgerichteten Erwägungen beurteilen möchte oder der Aussage auch nur ein anderes Gewicht oder eine andere Tragweite beimessen will.

- *BGH, Beschluss vom 20.11.2014 - IX ZR 31/13, juris Rn. 7;*
- *BGH, Urteil vom 29.05.1991 - XII ZR 119/90, juris Rn. 16 a.E.*

So liegt es hier:

- a) Das Landgericht ist zu der Überzeugung gelangt, dass über die Parklizenzen zwischen den Parteien in einem Vorgespräch gesprochen und bewusst die kleinere Ausführungsvariante gewählt worden sei (Schlussurteil, S. 5 letzter Absatz, GA 1299).

Es meint, die Aussagen der Zeugen Dr. Bogatzki und Winkler ließen sich zwar zu der Frage, ob über die Verwendung von niedrigeren Doppelparkern gesprochen worden sei, nicht widerspruchsfrei miteinander in Einklang bringen. Den Aussagen ließen sich jedoch keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass einer der Zeugen die Unwahrheit gesagt habe, auch wenn der Zeuge Deutmark (das Landgericht meint offensichtlich den Zeugen Winkler) aufgrund seines Auftragsverhältnisses zum Kläger und der Zeuge Dr. Bogatzki als damaliger Geschäftsführer der Beklagten zu den Parteien jeweils in einem besonderen Näheverhältnis stünden.

Im Folgenden hat das Landgericht dem Zeugen Winkler den Vorzug gegeben (Schlussurteil, S. 6, GA 1300): Es sei nicht auszuschließen, dass bei den Zeugen Dr. Bogatzki und Deutmark, die anders als der Zeuge Winkler in der Folge mit den Parklisten nicht mehr befasst waren, aufgrund des Zeitablaufs fehlerhafte Erinnerungen entstanden seien, während die Verwendung der Parkliste für den Zeugen Winkler von besonderer Bedeutung gewesen und diesem deshalb zu folgen sei.

Demgegenüber meint das Berufungsgericht, dass den Angaben des Zeugen Dr. Bogatzki bereits von vornherein nicht ohne weiteres Glauben geschenkt werden könne: Dass das Landgericht der Aussage des Zeugen Dr. Bogatzki nicht folgte, sei schon angesichts des wechselhaften und widersprüchlichen Vortrags der Beklagten nicht zu beanstanden. Die Beklagte habe mehrfach unter Verstoß gegen ihre Wahrheitspflicht vorgetragen, um unabhängig von den zur Aufrechnung gestellten Forderungen eine Abweisung der Klage zu erreichen. Danach könne auch den Bekundungen ihres ehemaligen Geschäftsführers nicht ohne weiteres Glauben geschenkt werden. Auch wenn es einer Partei nicht verwehrt sei, neue Erkenntnisse vorzutragen und ihren Vortrag zu modifizieren, könne dies gleichwohl bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (BU 7).

Damit hat das Berufungsgericht, ohne sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen Dr. Bogatzki zu verschaffen, dessen Aussage ein anderes Gewicht beigemessen als das Landgericht. Es hat ferner dessen Glaubwürdigkeit strukturell anders beurteilt. Denn das Landgericht hat der Aussage des Zeugen Dr. Bogatzki gerade keine Anhaltspunkte dafür entnehmen können, dass dieser die Unwahrheit gesagt habe. Es würdigt sogar ausdrücklich die ehemalige Geschäftsführereigenschaft des Zeugen und zweifelt gerade nicht an dessen Glaubwürdigkeit aufgrund dieses Umstands (Schlussurteil, S. 6, GA 1300).

Dann durfte das Berufungsgericht jedoch nicht im Hinblick auf diese frühere Tätigkeit und den wechselhaften Vortrag der Beklagten den Bekundungen des Zeugen Dr. Bogatzki ein geringeres Gewicht beimessen,

ohne sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen. Hierin liegt sowohl ein Verstoß gegen § 398 Abs. 1 ZPO als auch das Gebot der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, § 286 Abs. 1 ZPO, weil diese Annahme des Berufungsgerichts nicht in einer unmittelbaren persönlichen Wahrnehmung durch einen (erstinstanzlichen) Richter eine Stütze findet. Es mangelt damit zugleich an einer tragfähigen Grundlage für die Entstehung der persönlichen Gewissheit des Richters an dieser Glaubwürdigkeitsbeurteilung, die § 286 ZPO verlangt.

- *Vgl. BGH, Urteil vom 10.02.1981 - X ZR 78/79, juris Rn. 23.*

Im Hinblick auf die Würdigung der Glaubwürdigkeit des Zeugen fehlt es damit an gleichgerichteten Erwägungen von Land- und Berufungsgericht.

- *Vgl. BGH, Urteil vom 23.06.1987 - VI ZR 213/86, juris Rn. 15;*
- *vgl. BGH, Urteil vom 29.05.1991 - XII ZR 119/90, juris Rn. 16 a.E.*

Dieser Umstand muss zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen.

b) Die nochmalige Vernehmung des Zeugen Dr. Bogatzki war auch nicht deswegen entbehrlich, weil sich das Berufungsgericht im Rahmen seiner Würdigung auf objektive Umstände zu stützen versucht.

aa) Der Annahme des Berufungsgerichts liegt eine unzulässige Verallgemeinerung und bloße Vermutung zugrunde. Es gibt keinen Rechtsatz, demzufolge aus dem wechselhaften Vorbringen einer Partei auf eine geringere Glaubwürdigkeit eines Zeugen geschlossen werden kann. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war der Zeuge Dr. Bogatzki bereits zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht nicht mehr Geschäftsführer der Beklagten. Es ist unzulässig, Zweifel an der Richtigkeit der Aussage eines Zeugen allein mit des-

sen nur vermutetem Interesse am Ausgang des Rechtsstreits zu begründen.

- *BGH, Urteil vom 11.07.1990 - VIII ZR 366/89, juris Rn. 11.*

Diese Rechtsprechung muss für die Beurteilung der Bekundungen eines Zeugen, der früher Geschäftsführer einer Partei war, ebenso Geltung beanspruchen.

bb) Ferner beinhaltet die Würdigung des Berufungsgerichts eine gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstößende vorweggenommene Beweiswürdigung: Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass der Betroffene nur bis zum 23.04.2014 Geschäftsführer der Beklagten war (BU 7). Wenn zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht am 27.08.2014 (Protokoll vom 27.08.2014, GA 1117) dieses keine Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen im Hinblick auf seine frühere Tätigkeit als Geschäftsführer der Beklagten hatte, steht die erstmalige Annahme des Berufungsgerichts, den Bekundungen des Zeugen sei aufgrund früheren wechselhaften Vorbringens der Beklagten und seiner ehemaligen Geschäftsführereigenschaft kein Glauben zu schenken (BU 7), frei im Raum. Diese Würdigung fußt nicht auf einem unmittelbaren richterlichen Eindruck von dem Zeugen. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass das Berufungsgericht die persönliche Glaubwürdigkeit eines Zeugen nicht anders als der Erstrichter beurteilen darf, wenn es ihn nicht selbst gehört hat.

- *BGH, Urteil vom 08.12.1976 – VIII ZR 108/75, juris Rn. 13.*

Es ist zudem unzulässig, dass das Berufungsgericht aus späterem Vortrag der Beklagten, den diese nach dem 23.04.2014 gehalten hat, auf die Unglaubwürdigkeit des Zeugen zu schließen versucht. Es darf nicht aufgrund von späteren Schriftsätze der Beklagten grundlegende Zweifel an den Bekundungen des Zeugen hegen, ohne sich von diesem einen

persönlichen Eindruck zu verschaffen (vgl. BU 7 unter Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 09.06.2016, GA 1284).

cc) Im Übrigen machen auch objektive Umstände nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung die Wiederholung einer Zeugenvernehmung nur dann entbehrlich, wenn sie weder die Urteilsfähigkeit, das Erinnerungsvermögen oder die Wahrheitsliebe des Zeugen noch die Vollständigkeit oder Widerspruchsfreiheit seiner Aussage betreffen.

- *BGH, Urteil vom 16.03.2016 - VIII ZR 326/14, juris Rn. 17.*

Hier geht es aber um die Wahrheitsliebe des Zeugen. Denn das Berufungsgericht meint, gestützt auf den wechselhaften Vortrag der Beklagten und die frühere Tätigkeit des Zeugen als Geschäftsführer, dessen Bekundungen könnten nicht ohne weiteres Glauben geschenkt werden (BU 7).

dd) Der Beweiswürdigung des Berufungsgerichts und dem Schluss auf die Unglaubwürdigkeit des Zeugen Dr. Bogatzki liegen zudem unzutreffende Annahmen zugrunde. Auch hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang erheblichen Vortrag der Beklagten übergangen.

Die Beweiswürdigung ist zwar grundsätzlich Sache des Tatrichters und durch das Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüfbar. Rechtsprechlich nachprüfbar ist lediglich, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Würdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt.

- *BGH, Urteil vom 16.04.2002 - X ZR 28/01, juris Rn. 11.*

Gemessen daran ist die Würdigung des Berufungsgerichts fehlerhaft.

(1) Indem das Berufungsgericht allein aufgrund der früheren Tätigkeit des Zeugen Dr. Bogatzki als Geschäftsführer der Beklagten und deren geänderten Parteivortrags auf eine geringere Glaubwürdigkeit des Zeugen schließt, legt es dessen Bekundungen von vornherein eine (negative) Indizwirkung bei, die diesen nicht zukommt. Damit hat das Berufungsgericht gegen Denkgesetze verstößen.

(2) Das Berufungsgericht hat sich auch nicht mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt:

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte habe zunächst in Abrede gestellt, den Kläger beauftragt zu haben. Die Beklagte habe vorgetragen, der Kläger habe die Abschlagszahlungen von ihr für eine beratende Tätigkeit im Vorfeld der Planung erhalten. Dieser Vortrag sei falsch gewesen, wie die Beklagte selbst eingeräumt habe. Diese habe erst nach Verkündung des Vorbehaltssurteils vorgetragen, den Kläger beauftragt zu haben (BU 7).

Dies ist unzutreffend.

Die Beklagte hat bereits mit Schriftsatz vom 20.05.2011 ausgeführt, dass ihr eigener Vortrag, sie hätte den Kläger nicht beauftragt, überholt sei (Schriftsatz der Beklagten vom 20.05.2011, S. 2, GA 557 erster Abs.). Ferner hat die Beklagte noch vor der Verkündung des Vorbehaltssurteils vorgetragen, bezüglich beider Bauvorhaben die Planung des Klägers bezüglich der Tiefgaragen übernommen zu haben (Schriftsatz der Beklagten vom 20.05.2011, S. 3, GA 558 letzter Abs.).

Damit hat sich das Berufungsgericht nicht umfassend und widerspruchsfrei mit dem Prozessstoff auseinandergesetzt.

(3) Soweit das Berufungsgericht Widersprüche im Vortrag der Beklagten daraus herzuleiten sucht, dass die Beklagte zunächst vorgetragen habe, sie verwerte die Planung des Klägers nicht und ihr, der Beklagten, seien keine Planungsleistungen übergeben worden (BU 8), übersieht das

Berufungsgericht, dass sich der Vortrag der Beklagten in der ersten Instanz hierin nicht erschöpfte.

Die Beklagte hat nämlich zunächst vorgetragen, womit sich das Berufungsgericht nicht auseinandergesetzt hat, dass die HausbauNRW GmbH die Auftraggeberin des Klägers gewesen und der Vertrag deshalb nicht mit der Beklagten, sondern mit dieser GmbH zustande gekommen sei (Schriftsatz der Beklagten vom 26.10.2010, S. 2, GA 270; Protokoll des Landgerichts vom 28.06.2010, S. 1, GA 271). Diesen Vortrag hat das Berufungsgericht entgegen Art. 103 Abs. 1 GG nicht zur Kenntnis genommen.

Soweit die Beklagte im weiteren Prozessverlauf nicht mehr in Abrede stellte, den Kläger mit der Planung beauftragt zu haben (vgl. Protokoll vom 25.04.2017, S. 2, GA 1561), war dies lediglich die notwendige Folge daraus, dass sie ihre Passivlegitimation nicht mehr bestritten hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es einer Partei nicht verwehrt, ihren Vortrag im Verlauf des Rechtsstreits zu ändern. Auch darf eine Partei im zweiten Rechtszug anders vortragen als in der ersten Instanz, weil sie nicht an ihr erstinstanzliches Vorbringen gebunden ist. Entstehende Widersprüchlichkeiten im Parteivortrag können allerdings im Rahmen der Beweiswürdigung Beachtung finden.

- *BGH, Urteil vom 06.07.2017 - IX ZR 271/16, juris Rn. 18, 19.*

Diese Rechtsprechung wird vom Berufungsgericht im Ausgangspunkt zwar zutreffend wiedergegeben (BU 7). Sie gestattet es ihm aber nicht, von einem geänderten Parteivortrag auf die Unglaubwürdigkeit eines Zeugen zu schließen, ohne sich von diesem einen persönlichen Eindruck zu verschaffen, der bereits zum Zeitpunkt seiner Vernehmung vor dem Landgericht nicht mehr Geschäftsführer der Partei gewesen ist und an dessen grundsätzlicher Glaubwürdigkeit das Landgericht keinen Zweifel hegte.

c) Das angefochtene Urteil beruht auf der Verletzung des Anspruchs der Beklagten auf rechtliches Gehör sowie der Verletzung der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, § 286 Abs. 1 ZPO. Die gesamte Würdigung steht unter dem verfahrensfehlerhaft erlangten Eindruck des Berufungsgerichts, dem Zeugen Dr. Bogatzki könne von vornherein nur eine geringere Glaubwürdigkeit zukommen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht bei erneuter Vernehmung des Zeugen zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis gelangt wäre. Denn der Zeuge Dr. Bogatzki hat entgegen dem Zeugen Winkler vor dem Landgericht bekundet, kein Datenblatt der Firma Wöhr zu dem Gespräch im September 2007 mitgenommen zu haben. Er habe Doppelparker für große Autos gefordert, die keine Neigung aufweisen und gerade sind. Er konnte für sich ausschließen, dass es in dem Gespräch um einen konkret einzubauenden Typus gegangen ist (Protokoll vom 27.08.2014, S. 5, 6, GA 1121, 1122).

Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht sodann zu der Annahme gelangt wäre, das Parkliftsystem Wöhr Parklift 340-155/150 hätte von dem Kläger bei dessen Planungsleistungen der Tiefgarage nicht, schon gar nicht aufgrund einer Forderung der Beklagten, zugrunde gelegt werden müssen (Schriftsatz der Beklagten vom 22.09.2016, S. 7 letzter Abs., GA 1353). Über die Behauptung der Beklagten, der Kläger hatte komfortable Doppelparker ohne Neigung bis 2,6 t zu planen gehabt (Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 6 letzter Abs., GA 1352), hätte sodann Beweis erhoben und der hierzu vorgelegte Schriftverkehr zwischen dem Kläger und der Beklagten vom 01.08.2007 und 24.09.2007 in den Blick genommen werden müssen. Diesen eigenen Mitteilungen des Klägers zufolge hatte er 40 komfortable- bzw. 40 große Stellplätze ohne Neigung für ein Gewicht bis 2,6 t seiner Planung zugrunde gelegt.

Es ist naheliegend, dass das Berufungsgericht sodann zu dem Ergebnis gelangt wäre, ggf. nach einer weiteren Beweisaufnahme zum Fälschungseinwand des Klägers (vgl. Schriftsatz des Klägers vom

15.05.2017, S. 9, GA 1573), dieser hätte die Planung der Tiefgarage so gestalten müssen, dass entsprechend seinen eigenen Bestätigungen auch große Doppelparker, die ein Traggewicht von bis zu jeweils 2,6 t zulassen, darin Platz finden.

Indem der Kläger dies versäumte, verletzte er seine Pflicht aus dem Architektenvertrag. Die Beklagte hat unter Beweisantritt vorgetragen, dass aufgrund der von dem Kläger geplanten Abmessungen der Einbau eines größeren Parkliftsystems in der Tiefgarage nicht mehr möglich war (Schriftsatz der Beklagten vom 19.04.2017, S. 3, GA 1554). Sie hätte ansonsten größere Doppelparksysteme der Firma Wöhr eingebaut, die in der Lage gewesen wären, normale und größere PKW aufzunehmen (Berufungsbegründung vom 22.09.2017, S. 7, GA 1353; Schriftsatz vom 20.05.2011, S. 2, GA 557 zweiter Abs.). Dann hätten die Mieterinnen der Beklagten die Stellplatzmiete nicht mindern können (vgl. Schriftsatz vom 11.04.2017, S. 3 ff., GA 1480 ff.) und es entstünden keine Mangelbeseitigungskosten im Hinblick auf die Tiefgaragenplätze.

2. Die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) ist auch deshalb geboten, weil das Berufungsgericht gegen § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO verstoßen hat.

a) Das Berufungsgericht durfte seiner Entscheidung nicht die vom Landgericht festgestellte Tatsache zugrunde legen, dass über die Parklifte zwischen den Parteien in einem Vorgespräch im September 2007 gesprochen und bewusst die kleinere Ausführungsvariante des Parklifts gewählt worden sei.

Denn das Landgericht hat im Rahmen seiner Beweiswürdigung weder einen als falsch widerlegten Vortrag des Klägers in der ersten Instanz, noch die E-Mail des Klägers vom 01.08.2007 (Anlage B 22, GA 622) und das Schreiben des Klägers vom 24.09.2007 (GA 1130) berücksichtigt (vgl. Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 9, GA 1355).

Das hätte beim Berufungsgericht Zweifel i.S.d. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO an der Vollständigkeit und Richtigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen des Landgerichts wecken müssen.

Solche Zweifel sind schon dann begründet, wenn aus der Sicht des Berufungsgerichts eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass im Fall erneuter Beweiserhebung die erstinstanzlichen Feststellungen keinen Bestand haben werden.

- *BGH, Urteil vom 08.06.2004 - VI ZR 230/03, juris Rn. 19.*

Diese Voraussetzungen sind hier zu bejahen:

aa) Das Schreiben vom 24.09.2007 beinhaltet die Mitteilung des Klägers, er habe 40 „große Plätze“ als Doppelparker mit einer Traglast von bis zu jeweils 2,6 t geplant (GA 1130). In dem Schreiben heißt es, der Bauantrag sei fertig gestellt (Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 10, GA 1356).

Vor diesem Hintergrund mussten sich dem Berufungsgericht Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen des Landgerichts ergeben:

Bestätigte der Kläger nach Fertigstellung des Bauantrags mit Schreiben vom 24.09.2007, dass er „große Plätze“ mit einer Nutzlast bis 2,6 t geplant habe, widerspricht dies der Feststellung des Landgerichts, dass in einem Gespräch im September 2007, also wenige Tage zuvor, der Kläger von der Beklagten beauftragt wurde, das kleinere Parkliftsystem Wöhr Parklift 340-155/150 seiner Planung zugrunde zu legen, das nur eine Traglast von bis zu 2,0 t vorsieht und für diverse Mittelklasse-Pkw aufgrund seiner Maße nicht befahrbar ist.

Vor diesem Hintergrund lässt sich die Mitteilung der Planung von 40 großen Plätzen mit der vom Landgericht festgestellten Vereinbarung

des kleineren Parklifts nicht in Einklang bringen.

Auch hat das Landgericht die E-Mail vom 01.08.2007 nicht berücksichtigt (Anlage B 22, GA 622) und damit entscheidungserheblichen Vortrag der Beklagten übergangen (vgl. Schriftsatz vom 01.07.2011, S. 4, GA 616). In der E-Mail bestätigte der Kläger die mündlich besprochenen Planungsleistungen, derzu folge er „40 komfortable TG-Stellplätze als Doppelparker ohne Neigung bis 2,6 to“ seiner Planung zugrunde legen sollte (Anlage B 22, GA 622).

Die Schreiben mussten deshalb Zweifel beim Berufungsgericht an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen des Landgerichts wecken, weshalb eine Wiederholung der Beweisaufnahme erforderlich war. In dem das Berufungsgericht dies unterließ, hat es gegen § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO verstößen.

bb) Dem stehen auch nicht die Erwägungen des Berufungsgerichts entgegen, weshalb es die Wiederholung der Beweisaufnahme ablehnte.

(1) Soweit das Berufungsgericht mutmaßt, es sei möglich, dass der Text des Schreibens vom 24.09.2007 aus der E-Mail vom 01.08.2007 übernommen worden sei (BU 9 letzter Abs.), stellt es Überlegungen an, die von keiner Partei in den Prozess eingeführt wurden.

Der Kläger hat vorgetragen, dass das von der Beklagten vorgelegte Schreiben vom 24.09.2007 eine Fälschung sei; von ihm also nicht stamme. Er hat nur hilfsweise vorgetragen, dass dem Schreiben auch keinerlei Beweiswert zukomme (Schriftsatz des Klägers vom 15.05.2017, S. 9, GA 1573). Dass er den Text aus der E-Mail vom 01.08.2007 übernommen habe, wurde weder von ihm noch von der Beklagten vorgetragen. Es beinhaltet einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG, wenn ein Gericht einen Geschehensablauf seiner Entscheidung zugrunde legt, den die Parteien nicht aufgestellt haben. Wäre der Vortrag des Klägers zutreffend, bei dem Schreiben vom 24.09.2007 handele es sich um eine Fälschung (Schriftsatz des Klägers vom 15.05.2017, S. 9,

GA 1573), kann der Text von ihm aus der E-Mail - entgegen BU 9 letzter Absatz - nicht übernommen worden sein.

(2) Die Beklagte hat zudem vorgetragen, dass sich die Schreiben vom 01.08.2007 und 24.09.2007 voneinander unterschieden. In der E-Mail vom 01.08.2007 werde von „komfortablen“ Tiefgaragenstellplätzen gesprochen, während im Schreiben vom 24.09.2007 von „großen“ Plätzen die Rede sei. Auch den von der Beklagten vorgetragenen Umstand, dass das Schreiben vom 24.09.2007 erst zu einem Zeitpunkt erstellt worden sei, als die Bauantragsunterlagen bereits fertig gestellt waren, hat das Berufungsgericht entgegen Art. 103 Abs. 1 GG unberücksichtigt gelassen und damit den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt (vgl. Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 9, 10, GA 1355, 1356).

(3) Das Berufungsgericht meint, es müsse zudem berücksichtigt werden, dass der Kläger mit der Planung bzw. Auswahl der Parklifte nicht betraut gewesen sei, weil diese ihm vorgegeben worden seien (BU 9 letzter Absatz). Hier ging es aber gerade um die Klärung der Frage, ob die diesbezügliche Annahme des Landgerichts - aus einem Gespräch im September 2007 resultierend habe der Kläger die kleineren Doppelparkr vorgegeben bekommen und seiner Planung zugrunde legen sollen - auf einer vollständigen und richtigen Tatsachengrundlage fußt. Dann kann das Berufungsgericht nicht Zweifel an der Beweiswürdigung des Landgerichts mit der Begründung verneinen, die Parklifte seien dem Kläger vorgegeben worden (BU 9 letzter Absatz).

Widersprüchlich ist zudem die durch das Berufungsgericht aufgestellte Mutmaßung, der Kläger könne davon ausgegangen sein, dass die Parklifte den in dem Schreiben vom 24.09.2007 und der E-Mail vom 01.08.2007 vorgegebenen Anforderungen genügten, zumal er nicht selbst die Planung erstellt, sondern den Zeugen Winkler damit beauftragt habe (BU 9 letzter Abs.). Auch diese Würdigung ist widersprüchlich, weil unstreitig ist, dass der Kläger bei dem Gespräch im September 2007 anwesend war (vgl. Protokoll vom 27.08.2014, S. 2, 5, GA 1118,

1121), und das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang darauf abstellt (BU 10), aus dem Datenblatt der Firma Wöhr sei ohne weiteres erkennbar gewesen, dass höhere Fahrzeuge nicht von den Parkliften aufgenommen werden können. Dann muss dies auch für den Kläger als Architekten erkennbar gewesen sein.

Aus dem Versuch des Berufungsgerichts, das Schreiben vom 24.09.2007 durch Mutmaßungen inhaltlich zu relativieren, zeigt sich - dessen Echtheit unterstellt - dass dieses seinem Wortlaut nach auch beim Berufungsgericht Zweifel an den Feststellungen des Landgerichts begründet hat.

cc) Zudem hat das Landgericht auch nicht einen durch die Beklagte bereits erinstanzlich als falsch widerlegten Vortrag des Klägers gewürdigt. Auch dies hätte Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Feststellungen durch das Landgericht beim Berufungsgericht begründen müssen.

Der Kläger hat nämlich in der ersten Instanz vorgetragen, ihm sei der Parklift durch die Beklagte aufgrund von Erfahrungen vorgegeben worden, die diese mit dem Lift bei einem anderen Bauvorhaben in Düsseldorf erlangt habe. Allerdings war die hier streitgegenständliche Tiefgarage bereits fertiggestellt, bevor mit den Bauarbeiten in Düsseldorf überhaupt begonnen wurde (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 9, GA 1355).

Auch in diesem Zusammenhang stellt das Berufungsgericht unzulässige Mutmaßungen an, weshalb sich aus dem fehlerhaften Vortrag des Klägers in der ersten Instanz keine Zweifel an den Feststellungen des Landgerichts ergeben sollen, wenn es meint, dass sich der Zeuge Deutmark auch im Zuge der Planung mit verschiedenen Typen von Doppelparkern vertraut gemacht haben könnte (BU 9 Mitte). Zu dieser Annahme hätte das Berufungsgericht nur durch eine Wiederholung der Beweisaufnahme gelangen dürfen.

b) Das Urteil beruht auf der Verletzung des § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht zu einem für die Beklagte günstigeren Ergebnis gelangt wäre, wenn es eine erneute Beweiserhebung durchgeführt und sich nicht zu Unrecht an die Feststellungen des Landgerichts gebunden gefühlt und in diesem Kontext die Schreiben des Klägers vom 01.08.2017 und 24.09.2017 (GA 622, 1130) gewürdigt hätte. Es hätte sodann naheliegenderweise zu dem Ergebnis gelangen können, dass die Planung der Tiefgarage für einen solchen Parklift hätte Platz bieten müssen, der tatsächlich einen komfortablen bzw. großen Parkraum gewährleistet und eine Nutzlast von 2,6 t. aushält. Es hätte sodann weder den Anspruch der Beklagten auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten noch den Anspruch auf Schadensersatz für die ihr gegenüber erfolgten Mietminderungen durch die Wilhelm-Fabry GmbH, die Radprax GmbH und die Medisport GmbH verneinen dürfen, weil die Beklagte sodann größere Doppelparksysteme der Firma Wöhr eingebaut hätte, die in der Lage gewesen wären, normale und größere PKW aufzunehmen (Berufsbegründung vom 22.09.2017, S. 7, GA 1353; Schriftsatz der Beklagten vom 20.05.2011, S. 2, GA 557 zweiter Abs.). Die Mieterinnen hätten sodann keinen Anlass zu Minderungen gehabt.

3. Die Zulassung der Revision ist auch unter dem Gesichtspunkt der Divergenz zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO) geboten, weil das Berufungsgericht fehlerhaft annimmt, die Genehmigungsplanung des Architekten müsse nicht zwangsläufig den anerkannten Regeln der Technik entsprechen. Dabei ist es in seiner Begründung von einem unrichtigen Obersatz ausgegangen, so dass der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung auch unter dem Gesichtspunkt der Fehlerprävention erfüllt ist.

◦ *Vgl. BGH, Beschluss vom 18.03.2004 - V ZR 222/03, juris Rn. 9.*

a) Das Berufungsgericht meint, für das Leistungssoll der Entwurfspla-

nung könne nicht ohne weiteres gefordert werden, dass diese allen allgemein anerkannten Regeln der Technik entspreche. Die Planung müsse auch nicht unbedingt zu einer funktionalen Lösung führen. Da die Planungsaufgaben auch in späteren Phasen des Planungs- und Bauausführungsprozesses geleistet werden könnten, dürfe ohne entsprechenden Vortrag der Beklagten nicht angenommen werden, dass der Kläger bereits mit der Entwurfsplanung die Tiefgaragenzufahrt so zu planen gehabt habe, dass der einzuhaltende Minimalabstand von 25 cm an jeder Stelle habe eingehalten werden müssen (BU 16 letzter Abs.).

aa) Damit hat das Berufungsgericht den folgenden nicht ausdrücklich formulierten Obersatz seiner Entscheidung zugrunde gelegt:

Die Entwurfsplanung eines Architekten, der mit der Objektplanung entsprechend den Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß HOAI beauftragt wurde, hat nur dann den allgemein anerkannten Regeln der Technik zu entsprechen und zu einer funktionalen Lösung zu führen, wenn eine dahingehende ausdrückliche Vereinbarung vom Auftraggeber mit dem Architekten getroffen wurde (BU 16 letzter Abs., Sätze 4 und 5).

Demgegenüber ist in der Senatsrechtsprechung anerkannt, dass die Beachtung der allgemein anerkannten Regeln der Technik, sofern nicht ein anderer Standard ausdrücklich vereinbart wurde, als Mindeststandard geschuldet wird.

- *Senat, Urteil vom 10.07.2014 - VII ZR 55/13, juris Rn. 17.*

Diese Entscheidung des Senats betrifft zwar die Planung eines Architekten, der mit den Leistungsphasen 1 bis 8 gemäß HOAI beauftragt wurde. Es lässt sich dieser Entscheidung aber nichts dafür entnehmen, dass sie nicht auch für einen Architekten Geltung beansprucht, der nur mit der Planung der Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß HOAI beauftragt

wurde, selbst wenn dieser im Grundsatz nur eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung schuldet.

Auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Genehmigungsplanung des Architekten den anerkannten Regeln der Technik und auch den geltenden bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Vorschriften entsprechen muss.

- *Vgl. OLG München, Urteil vom 02.07.1990 - 28 U 6783/89, juris Rn. 3;*
- *OLG Hamm, Urteil vom 23.08.2011 - 21 U 11/10, juris Rn. 195.*

bb) Nach den Ausführungen des Sachverständigen Müller, die sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht hat (BU 15 letzter Abs.), ist ein seitlicher Abstand von 50 cm gemäß den Empfehlungen für Anlagen des ruhenden Verkehrs der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen anzustreben. Dieser kann bei eingeschränkten Bewegungsspielräumen auf eine einzuhaltende Minimaltoleranz von 25 cm reduziert werden (Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Helmut Müller vom 12.11.2013, S. 9, GA 1044).

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts entspricht die Rampe (bis auf zwei Punkte) den Anforderungen, wenn auf einen Mindestabstand von 25 cm abgestellt werde (BU 16 letzter Abs., erster Satz).

cc) Das Berufungsgericht meint jedoch, ohne entsprechenden Vortrag der Beklagten könne nicht angenommen werden, dass der Kläger die Planung der Tiefgaragenzufahrt so vorzunehmen gehabt habe, dass der Minimalabstand von 25 cm an jeder Stelle eingehalten werde (BU 16). Damit fordert es den Vortrag einer Vereinbarung, derzu folge der Architekt die einzuhaltenden Mindestmaße bei seiner Planungsleistung zu berücksichtigen habe. Nur dann schulde er die Einhaltung dieser Maße und damit die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik.

Damit hat das Berufungsgericht einen Rechtssatz aufgestellt, der von einem in anderen Entscheidungen eines höher- oder gleichrangigen Gerichts aufgestellten und diese tragenden Rechtssatz abweicht. Bereits dies rechtfertigt die Zulassung der Revision unter dem Gesichtspunkt der Divergenz zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung.

- *BGH, Beschluss vom 01.10.2001 - XI ZR 71/02, juris Rn. 12.*

Darüber hinaus besteht die Notwendigkeit einer höchstrichterlichen Leitentscheidung, weil eine Wiederholung des Rechtsfehlers durch das Berufungsgericht zu befürchten ist und die ernsthafte Gefahr einer Nachahmung durch andere Gerichte besteht.

Denn die Begründung des Berufungsgerichts lässt sich zum einen verallgemeinern, zum anderen ist eine nicht unerhebliche Anzahl künftiger Sachverhalte zu erwarten, auf welche die Argumentation übertragen werden kann.

Der rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts, für die Einhaltung technischer Mindestabstände als Leistungssoll im Rahmen der Genehmigungsplanung bedürfe es einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien, kann ohne weiteres von dem vorliegenden Streitfall gelöst und auch für andere Fälle herangezogen werden, in denen der Inhalt der Leistungspflicht eines Architekten, der mit der Objektplanung der Leistungsphasen 1 bis 4 gemäß HOAI beauftragt wurde, in einem Berufungsverfahren in Streit steht.

Dies ergibt sich letztlich daraus, dass das Berufungsgericht seinen Überlegungen - wie dargelegt - einen unrichtigen Obersatz zugrunde gelegt hat. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können sich konkrete Anhaltspunkte für eine Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr auch daraus ergeben, dass das Berufungsgericht bei seiner Begründung erkennbar von einem, auch nicht formulierten, unrichtigen

Obersatz ausgeht.

- *BGH, Beschluss 23.03.2011 - IX ZR 212/08, juris Rn. 5.*

Die Ansicht des Berufungsgericht ist bereits deshalb verfehlt, weil auch ohne Vereinbarung der Parteien des Architektenvertrags das Werk mangelhaft ist, wenn es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werks erwarten kann, § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB. Zudem haben Auftraggeber in aller Regel keine konkrete Kenntnis darüber, welche technischen Regeln im Rahmen der Genehmigungsplanung durch einen Architekten einzuhalten sind. Gerade deshalb ist nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anzunehmen, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik als Mindeststandard geschuldet sind, wenn keine andere ausdrückliche Vereinbarung der Parteien existiert.

- *Senat, Urteil vom 10.07.2014 - VII ZR 55/13, juris Rn. 17.*

Diese Senatsrechtsprechung wird durch das Berufungsgericht (BU 16 f.) in ihr Gegenteil verkehrt.

Wäre die Ansicht des Berufungsgerichts zutreffend, müsste jeweils eine ausdrückliche Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Architekten getroffen werden, derzufolge die Mindestabstände der Empfehlungen der Forschungsgesellschaft zu berücksichtigen sind. Eine Konsequenz, die schwerlich richtig sein kann, weil die wenigsten Auftraggeber Kenntnisse über die Existenz der Empfehlungen überhaupt haben werden.

dd) Hiernach ist die Annahme des Berufungsgerichts unhaltbar, dass die Entwurfsplanung nicht fehlerbehaftet ist, obwohl es selbst von einem einzuhaltenden seitlichen Mindestabstands von 25 cm und der Unter-

schreitung dieses Abstands an zwei Punkten ausgeht (BU 16). Soweit es in diesem Zusammenhang meint, der „Knick“ in der Rampe sei nur an zwei Stellen kritisch und eine „Entschärfung“ wäre mit geringem Aufwand auch in weiteren Phasen des Ausführungsprozesses möglich gewesen (BU 16, 17), übersieht es, dass es sich hierbei nur um Möglichkeiten der Abminderung bzw. Behebung des ursprünglichen Planungsmangels handelt. Von diesen Möglichkeiten auf die Fehlerfreiheit der Planungsleistung rückzuschließen ist denkfehlerbehaftet.

ee) Das Berufungsgericht meint, es sei auch nicht dargelegt, dass der Kläger die Tiefgarage gemäß den Empfehlungen des ruhenden Verkehrs der Forschungsgesellschaft für Straßen und Verkehrswesen zu planen hatte und deshalb eine Toleranz von 50 cm Seitenabstand bei der Schleppkurve einzuhalten war (BU 15). Die Berufung lasse offen, welche planerischen Vorgaben dem Kläger gemacht worden seien. Ohne Vortrag zu den Vorgaben für die Planung könne nicht beurteilt werden, ob der Kläger gerechtfertigt eine enge Planung der Zufahrt vorsah oder großzügiger hätte planen müssen (BU 16).

Auch diese Ansicht ist rechtsfehlerhaft und steht - bei identischem Obersatz - in Divergenz zu der bereits nachvollzogenen Rechtsprechung des Senats.

- *Vgl. Senat, Urteil vom 10.07.2014 - VII ZR 55/13, juris Rn. 17.*

Sie berücksichtigt nämlich nicht, dass auch ohne Beschaffenheitsvereinbarung ein Werk mangelhaft ist, wenn es sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und nicht eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller nach Art des Werks erwarten kann, § 633 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BGB.

Wenn den Feststellungen des Berufungsgerichts zufolge der in den Empfehlungen der Forschungsgesellschaft vorgesehene seitliche Abstand von 50 cm anzustreben sei (BU 15 letzter Absatz), kann der Be-

steller erwarten, dass sich die Planungsleistung des Architekten daran orientiert, weil die Einhaltung des Abstands auch bei Werken der gleichen Art üblich ist.

Es bestand kein Anlass von einem eingeschränkten Bewegungsspielraum auszugehen (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 15, GA 1361).

b) Soweit das Berufungsgericht zumindest eine Hinweispflicht des Klägers auf die Unzulänglichkeit seiner Planung verneint (BU 18), ist die Würdigung des Berufungsgerichts widersprüchlich und damit ebenfalls revisibel:

Selbst wenn die Annahme des Berufungsgerichts zuträfe, dass die endgültige Gestaltung der Tiefgaragenzufahrt nicht innerhalb der Genehmigungsplanung, sondern erst im Rahmen der nachfolgenden Ausführungsplanung vorzunehmen gewesen wäre (BU 17), hätte der Kläger die Beklagte darauf hinweisen müssen, dass er die Zufahrt zur Tiefgarage mit Maßen geplant hat, die den zwingend einzuhaltenen seitlichen Mindestabstand von 25 cm zumindest an zwei Punkten unterschreiten. Ferner hätte es auch eines Hinweises dahingehend bedurft, dass der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 15 letzter Abs.) anzustrebende seitliche Abstand von 50 cm weder bei der Einfahrt noch bei der Ausfahrt von der Planungsleistung erreicht wird.

Das Berufungsgericht meint hingegen, eine Hinweispflicht auf die Unzulänglichkeit der Planung könne nicht angenommen werden, weil dies voraussetzen würde, dass die Planung des Klägers fehlerhaft war (BU 18). Hierbei übersieht das Berufungsgericht, dass seinen eigenen Feststellungen zufolge die Planung zumindest an 2 Stellen sogar unter dem Mindestabstand von 25 cm lag (BU 16 unterer Abs., erster Satz) und nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik als Mindeststandard geschuldet ist, wenn nicht ein geringerer Qualitätsstandard vereinbart wurde.

- *Senat, Urteil vom 10.07.2014 - VII ZR 55/13, juris Rn. 17.*

Zudem wird eine Toleranz von 50 cm, die nach den Ausführungen des Sachverständigen Müller „möglichst eingehalten werden sollte“, weder bei der Einfahrt, noch bei der Ausfahrt von der Planungsleistung des Klägers erfüllt (Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Helmut Müller vom 12.11.2013, S. 13, GA 1048; Gutachten vom 29.06.2015, S. 10, GA 1222).

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass ein geringerer Standard zwischen den Parteien vereinbart war. Es meint, die Berufung lasse offen, welche sonstigen planerischen Vorgaben dem Kläger gemacht wurden. Ohne Vortrag zu den Vorgaben für die Planung könne nicht beurteilt werden, ob der Kläger gerechtfertigt eine enge Planung der Zufahrt vorsah oder großzügiger hätte planen müssen (BU 15, 16).

Diese Ansicht ist rechtsfehlerhaft, weil sie ein fehlerhaftes Regel-Ausnahme-Verhältnis ihrer Entscheidung zugrunde legt und die Divergenz zur oben genannten Senatsrechtsprechung nochmals aufzeigt.

- *Vgl. Senat, Urteil vom 10.07.2014 - VII ZR 55/13, juris Rn. 17.*

Ohne ausdrückliche abweichende Vereinbarung durfte die Beklagte davon ausgehen, dass der Kläger als Architekt anerkannte technische Planungsempfehlungen berücksichtigt, also auch eine Toleranz von 50 cm.

Deshalb hätte das Berufungsgericht zumindest eine Hinweispflicht des Klägers auf die Unzulänglichkeit seiner Planung nicht verneinen dürfen. Dies gilt erst recht mit Rücksicht darauf, dass der Fehler für den Außenstehenden erst unter Hinzuziehung eines Sachverständigen (Gutachten Müller vom 12.11.2013, GA 1036 ff. und vom 29.06.2015, GA 1213

ff.) erkennbar war.

Die Beklagte hat unter Beweisantritt vorgetragen, dass sich aufgrund der exakten Umsetzung der 1:100 Pläne des Klägers dessen Planungsfehler in der nachfolgenden 1:50 Planung fortsetzen (Schriftsatz der Beklagten vom 19.04.2017, S. 3, 4, GA 1554, 1555). Diesen Vortrag und die auf ihn abzielenden Beweisangebote hat das Berufungsgericht entgegen Art. 103 Abs. 1 GG übergangen.

c) Das Berufungsurteil beruht auf den dargelegten Rechtsfehlern. Hätte das Berufungsgericht die Mangelfreiheit der Architektenleistung des Klägers nicht rechtsfehlerhaft bejaht, hätte es der Beklagten die begehrten Mängelbeseitigungskosten sowie den von ihr geltend gemachten Schadensersatz in Bezug auf die Mietminderung der Radprax GmbH zusprechen müssen. Die Beklagte hat unter Vorlage von Auszügen aus dem Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 13.11.2013 vorgetragen, dass die Radprax GmbH die gegenüber der Beklagten ausgesprochene Mietminderung auch auf die zu enge Tiefgaragenrampe gestützt habe (Schriftsatz vom 11.04.2017, S. 4, GA 1481; LG Düsseldorf, Urteil vom 13.11.2013, S. 9, GA 1077).

Das Landgericht Düsseldorf hat in diesem Urteil festgestellt, dass die enge Einfahrt zur Tiefgarage einen Mangel der Mietsache und zugleich einen Mietminderungsgrund für die Radprax GmbH darstellt. Eine Tiefgarageneinfahrt müsse so gestaltet sein, dass man sie befahren könne, ohne Schäden am Kraftfahrzeug befürchten zu müssen. Insbesondere bei längeren Fahrzeugen sei das Befahren der Garage indes nicht ohne Probleme möglich (vgl. GA 1077).

#### IV.

Die Revision ist auch deshalb zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO zuzulassen, weil

das Berufungsgericht entscheidungserheblichen Vortrag sowie mehrere Beweisangebote der Beklagten übergangen hat.

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte könne nicht pauschal Baunebenkosten in Höhe von 15 % beanspruchen, da nicht hinreichend sicher sei, ob Kosten tatsächlich in dieser Höhe anfielen. So seien Baunebenkosten unter anderem für „etc.“ angesetzt (BU 19). Es sei noch ungewiss, ob die Beklagte im Zuge der Mängelbeseitigung tatsächlich einen Architekten und Statiker beauftragen werde, da sie die Bauarbeiten ihrem eigenen Vortrag zufolge von der HausbauNRW GmbH habe ausführen lassen, die selbst die Ausführungsplanung erstellte (BU 19).

1. Diese Ansicht ist widersprüchlich. Einerseits kann sich das Berufungsgericht nicht von einer mangelhaften Architektenleistung des Klägers überzeugen. Andererseits geht es auf BU 18 f. - offenbar alternativ oder hilfsweise - davon aus, es sei noch ungewiss, ob die Beklagte „im Zuge der Mängelbeseitigung“ tatsächlich einen Architekten und Statiker beauftragen werde und es unter Umständen sogar zu einer „Überkompensation des Schadens“ kommen könne, wenn die Tiefgarage tatsächlich nicht umgebaut werde, aber Baunebenkosten zugesprochen würden (BU 19 in der Mitte).
2. Das Berufungsgericht übergeht in diesem Zusammenhang entscheidungserheblichen Parteivortrag. Die Beklagte hat vorgetragen, dass sie die Architekten Alexander Ries und Florian van Herk mit der Ausführungsplanung betraut habe (Schriftsatz vom 13.01.2017, S. 5, GA 1448).

Diesen unter Beweisantritt auf Vernehmung der Architekten erfolgten Vortrag hat das Berufungsgericht übergangen (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 13.01.2017, S. 5, GA 1448). Es durfte nicht einfach darauf abstellen, dass die HausbauNRW GmbH die Ausführungsplanung selbst erstellte, also nicht unter Hinzuziehung von Architekten, und daraus den Schluss ziehen, es sei deshalb ungewiss, ob die Beklagte tatsächlich einen Architekten und Statiker im Zuge der Mängelbeseitigung beauftragen werde (BU 19 in der Mitte). Schließlich hat das Berufungsgericht in

anderem Zusammenhang durchaus richtig erkannt, dass nach zuletzt erfolgtem Vortrag der Beklagten es die Architekten Ries und van Herk gewesen waren, die die Ausführungspläne erstellten (vgl. BU 12 vorletzter Abs. am Ende).

3. Es ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung zudem anerkannt, dass Baunebenkosten im Wege der richterlichen Schätzung pauschal zuerkannt werden können.

- *Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 02.10.2014 - 4 U 161/13, juris Rn. 19;*
- *OLG Celle, Urteil vom 29.01.2014 - 7 U 159/12, juris Rn. 61.*

Die zuletzt geltend gemachten Schadenspositionen orientieren sich an der Kostenschätzung des Architekten Bernd Melmert (Schriftsatz der Beklagten vom 11.04.2017, S. 2, GA 1479; Schreiben des Architekten Melmert vom 10.03.2011, Anlage B 19, GA 511). Dieser hatte die für eine ordnungsgemäße Mängelbeseitigung notwendigen Arbeiten dargestellt, hierfür die Kosten geschätzt und die Baunebenkosten - im noch üblichen Rahmen - mit 15 % bewertet (vgl. Kostenschätzung des Architekten Melmert vom 10.03.2011, Anlage B 20, GA 512).

- *Vgl. hierzu OLG München, Urteil vom 28.11.2006 - 13 U 2426/06, juris Rn. 40;*
- *OLG Hamm, Urteil vom 13.01.2015 - 24 U 136/12, juris Rn. 41.*

Es bestand für das Berufungsgericht keine Veranlassung von dieser Kostenposition abzuweichen. Die von ihm herangezogene Entscheidung des Senats,

- *Urteil vom 24.07.2003 - VII ZR 99/01, juris Rn. 32,*

gibt dafür nichts her. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden

Rechtsstreit wurde von den dortigen Beklagten ein Zuschlag auf die geschätzten Mängelbeseitigungskosten von 5 % für „Unvorhergesehenes“ gefordert. Ob damit Baunebenkosten überhaupt gemeint waren, gibt die Entscheidung nicht wieder. Jedenfalls wurde diese Position nur deshalb nicht als geeignete Grundlage für eine Schätzung angesehen, weil sie ohne nähere Erläuterung blieb. Vorliegend hat der Architekt Melmert jedoch ausdrücklich Baunebenkosten für „Statiker, Architekt, Baugenehmigung etc.“ angesetzt (vgl. Anlage B 20, GA 512). Vor dem Hintergrund des von diesem für erforderlich gehaltenen Absenkens des Bodens der Tiefgarage, des Unterfangens bzw. Verlängerns sämtlicher Wände und Stützen sowie der von diesem als umfangreich beschriebenen Anpassungsarbeiten (vgl. Schreiben des Architekten Melmert vom 10.03.2011, Anlage B 19, GA 511), ist die der Entscheidung des Berufungsgerichts zugrunde liegende Annahme fernliegend, diese Arbeiten ließen sich ohne Architekten und Statiker realisieren.

Jedenfalls hätte das Berufungsgericht über die Kostenposition Beweis erheben müssen. Die Beklagte hat zum dargelegten Umfang des Schadensersatzanspruchs Beweis sowohl durch Einholung eines Sachverständigengutachtens, als auch durch die Vernehmung des Architekten Melmert angeboten (Schriftsatz vom 11.04.2017, S. 2, 3, GA 1512, 1513).

Diese Beweisangebote hat das Berufungsgericht entgegen Art. 103 Abs. 1 GG übergangen.

4. Die Aberkennung pauschaler Baunebenkosten beruht auf dem übergangenen Parteivortrag. Hätte das Berufungsgericht zutreffend erkannt, dass die Beklagte die Ausführungsplanung unter Hinzuziehung der Architekten Ries und van Herk auf Grundlage der Pläne des Klägers erstellen ließ (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 13.01.2017, S. 5, GA 1448), hätte es nicht den Schluss ziehen können, dass aufgrund einer Eigenleistung der Beklagten im Stadium der Ausführungsplanung es noch ungewiss sei, ob diese im Stadium der Mängelbeseitigung einen Architekten und Statiker beauftragen werde.

5. Soweit das Berufungsgericht (BU 12 in der Mitte) auf den wechselhaften Vortrag der Beklagten zur Ausführungsplanung verweist, ist nochmals auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hinzuweisen, derzufolge eine Partei nicht daran gehindert ist, ihr Vorbringen im Laufe des Rechtsstreits zu ändern, insbesondere zu präzisieren und zu ergänzen und derzufolge in der unterbliebenen Beweiserhebung aufgrund wechselhaften Parteivortrags eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung liegt. Bei der Beurteilung der Schlüssigkeit eines Vorbringens darf Tatsachenvortrag nicht allein deshalb unberücksichtigt bleiben, weil dieser sich zu einem früheren Vorbringen in Widerspruch setzt.

- *BGH, Urteil vom 06.07.2017 - IX ZR 271/16, juris Rn. 18.*

Gemessen daran durfte das Berufungsgericht nicht davon ausgehen, dass die Beklagte die Ausführungsplanung nicht unter Hinzuziehung von Architekten erstellen ließ.

## V.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist auch insoweit fehlerhaft, als es die den Streithelfern zu 1) und 3) entstandenen Kosten nicht diesen selbst, sondern der Beklagten auferlegt hat (BU 20).

1. Den Antrag der Beklagten, hilfsweise das Interesse der Streithelfer zu 1) und 3) bei der Bemessung des Streitwerts mit null Euro zu bewerten und ihre zugleich erfolgte Erklärung, Nachverfahren und Berufungsverfahren seien nicht von der Nebenintervention betroffen (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 20, GA 1366), hätte das Berufungsgericht als Antrag auf Durchführung des Zwischenverfahrens gemäß §§ 74 Abs. 1, 71 Abs. 1 ZPO auslegen müssen.

a) Der Kläger begeht mit seiner Klage die Zahlung von Architekten-

honorar für zwei Bauprojekte in Düsseldorf und Hilden. Die Beklagte hat erstinstanzlich mit Gegenansprüchen in Bezug auf beide Bauvorhaben die Aufrechnung erklärt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Kläger den Streithelfern zu 1) und 3) wegen der in Bezug auf das Bauprojekt in Düsseldorf erfolgten Aufrechnungen den Streit verkündet (BU 3 zweiter Abs.). Das Nachverfahren hat die Beklagte jedoch nur in Bezug auf Gegenansprüche betrieben, die aus dem Bauprojekt in Hilden resultieren (Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 3 letzter Abs., GA 1349). Sie hat nämlich nach dem Beitritt der Streithelfer die Aufrechnung mit den auf das Bauprojekt in Düsseldorf gestützten Ansprüchen zurückgenommen (BU 3 letzter Abs. am Ende).

b) Die Beklagte hat vorgetragen, der Streithelfer zu 3) habe eine Stellungnahme nur zu dem Bauprojekt in Düsseldorf abgegeben. Hierauf habe sich auch die Streitverkündung des Klägers im Verhältnis zum Streithelfer zu 3) beschränkt. Der Streithelfer zu 1) sei überhaupt nur bei dem Bauvorhaben in Düsseldorf tätig gewesen. Beide Streithelfer hätten den Kläger erstinstanzlich sogar zur Rücknahme der Streitverkündung aufgefordert, nachdem die Beklagte das Nachverfahren nur in Bezug auf Gegenansprüche betrieben habe, die das Bauprojekt in Hilden betreffen (Berufsbegründung vom 22.09.2016, S. 21, GA 1367).

Vor diesem Hintergrund hätte das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten als Antrag auf Durchführung des Zwischenverfahrens gemäß § 71 Abs. 1 ZPO auslegen müssen.

Inhalt und Reichweite des Klagebegehrens sind so auszulegen, dass im Zweifel dasjenige gewollt ist, das nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage entspricht.

- *BGH, Urteil vom 21.06.2016 - II ZR 305/14, juris Rn. 12.*

Hiervon ausgehend wandte sich die Beklagte erkennbar gegen die wei-

tere Beteiligung der Streithelfer. Materiell hat das Berufungsgericht die Erklärung richtig verstanden: In seinem Hinweis vom 21.03.2017 begründet das Berufungsgericht inhaltlich, weshalb ein Interesse an der Streithilfe für die Streithelfer zu 1) und 3) seiner Ansicht nach bestehe (GA 1465). Im Urteil meint es hierzu konträr, dass die Klärung dieses Interesses dem Zwischenverfahren des § 71 ZPO vorbehalten sei und damit implizit, dass es an einem entsprechenden Antrag fehle (BU 20). Damit hat sich das Berufungsgericht einer formalen Entscheidung über die Zurückweisung der Streithelfer verschlossen, obwohl es selbst erkannte, dass die Beklagte die Zurückweisung der Streithelfer begehrte, §§ 74 Abs. 1, 71 Abs. 1 ZPO.

Indem das Berufungsgericht meint, über die Zulässigkeit der Nebenintervention sei nur auf Antrag in dem Verfahren des § 71 ZPO zu entscheiden (BU 20), hat es den Kern des Vortrags der Beklagten übergangen.

c) Das Berufungsgericht meint offenbar hilfsweise, dass das Interesse der Streithelfer zu 1) und 3) an der Beteiligung auch nicht entfallen sei (BU 20). Dies ist unzutreffend. Für die Streithelfer lässt sich ab dem Beginn des Nachverfahrens kein rechtliches Interesse mehr an dem Obsiegen des Klägers begründen:

Die Beklagte hat das Nachverfahren und das Berufungsverfahren ausschließlich in Bezug auf Gegenansprüche betrieben, die das Bauprojekt in Hilden betreffen (Berufungsbegründung vom 22.09.2016, S. 3, GA 1349; Schriftsatz der Beklagten vom 01.07.2011, S. 2, GA 614). Selbst die Streithelfer hatten den Kläger bereits im Nachverfahren um ihre Entlassung aus dem Prozess gebeten. Beide meinten, die Streitverkündung sei erledigt bzw. gegenstandslos (Schriftsatz des Streithelfers zu 1) vom 20.07.2011, S. 2, GA 641; Schriftsatz des Streithelfers zu 3) vom 01.08.2011, GA 659). Der Streithelfer zu 1) war mit der Planung des Bauvorhabens in Hilden nicht befasst. Er erklärt ausdrücklich, es könne insoweit auch keine Interventionswirkung eintreten (Schriftsatz des Streithelfers zu 1) vom 30.09.2011, GA 756). Das Berufungsgericht

meint hingegen, das Interesse der Streithelfer sei nicht entfallen, weil die Beklagte die Aufrechnung mit Gegenansprüchen in Bezug auf das Bauprojekt in Düsseldorf gegenüber dem Kläger jederzeit hätte erneuern und die Klage deshalb abgewiesen werden können (BU 20).

Diese Ansicht ist rechtsfehlerhaft. Entscheidend ist, dass die Beklagte bis zuletzt Gegenforderungen in Bezug auf das Bauprojekt in Düsseldorf nicht erneut geltend gemacht hat (Schriftsatz der Beklagten vom 11.04.2017, S. 17, GA 1494). Denn das Interesse des Streithelfers muss sich zumindest auf einen Teil des Streitgegenstands beziehen.

- *Baumbach/Lauterbach, Zivilprozessordnung, 74. Auflage 2016, § 66 Rn. 6;*
- *Stein/Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage 2004, § 66 Rn. 16.*

Streitgegenständlich waren ab dem Beginn des Nachverfahrens nicht mehr Gegenansprüche in Bezug auf das Bauprojekt in Düsseldorf, an deren Abwehr die Streithelfer allein ein Interesse hatten. Deshalb hat das Berufungsgericht fehlerhaft angenommen, dass das Interesse der Streithelfer zu 1) und 3) nicht entfallen sei.

d) Jedenfalls hätte das Berufungsgericht den Gebührenstreitwert in Bezug auf die Streithelfer zu 1) und 3) auf ihr Interesse am Prozesssieg der unterstützten Partei begrenzen müssen (Schriftsatz der Beklagten vom 11.04.2017, S. 17, GA 1494). Das Berufungsgericht lehnt dies ab: Ein gesonderter Streitwert für ehemals zur Aufrechnung gestellte Forderungen, über die nicht entschieden werde, sei nicht festzusetzen (BU 20, 21). Auch diese Ansicht ist rechtsfehlerhaft. Wenn die Streithelfer den Kläger um ihre Entlassung bat, also selbst das Fehlen ihres rechtlichen Interesse erkannten, haben diese etwaige Honoraransprüche ihrer Prozessbevollmächtigten selbst zu tragen, wenn sie sich trotz erkannten fehlenden Eigeninteresses zu einer Rücknahme der Beitrittserklärung nicht entscheiden konnten. Dann muss auch der Wert ihres vermeintlichen Interesses auf das Interesse am Prozesssieg der unterstützten Partei

begrenzt sein.

Zudem ist nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts München der Wert der Hauptsache nur dann maßgeblich, sofern sich nicht aus dem Sachvortrag des Streithelfers ergibt, dass sein Interesse am Ausgang des Rechtsstreits geringer zu bewerten ist als das der unterstützten Partei.

- *OLG München, Beschluss vom 17.06.2010 - 9 W 1548/10, juris Rn. 16.*

Diese Voraussetzungen sind in Anbetracht der eindeutigen Erklärungen der Streithelfer zu 1) und 3) hier zu bejahen.

2. Die Kostentscheidung beruht auf der fehlerhaften Anwendung der §§ 74 Abs. 1, 71 Abs. 1, 66 Abs. 1, 101 Abs. 1 ZPO. Hätte das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei erkannt, dass den Streithelfern ab dem Beginn des Nachverfahrens vor dem Landgericht kein rechtliches Interesse am Ausgang des Rechtsstreits mehr zukam, hätte es die Beteiligung der Streithelfer zurückweisen und der Beklagten nicht die Kosten der Streithelfer zu 1) und 3) für das Berufungsverfahren auferlegen dürfen sowie zugleich die durch das Landgericht getroffene Kostenentscheidung insoweit korrigieren müssen.

## VI.

Nach allem sollte die Revision zugelassen und auf die Revision die Sache antragsgemäß entschieden werden.

Dr. Genius  
Rechtsanwältin