Oberlandesgericht Hamm, 24 U 76/13

Datum:	18.08.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	24. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	24 U 76/13
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2015:0818.24U76.13.00

Vorinstanz:	Landgericht Bielefeld, 17 O 97/11

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 26. April 2013 verkündete Urteil der 8. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Klage bleibt abgewiesen.

Die Widerklage bleibt bzw. wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz werden der Klägerin zu 71 % und dem Beklagten zu 29 % auferlegt.

Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 30 % und der Beklagte zu 70 % zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Parteien dürfen die Vollstreckung der jeweils anderen Partei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die andere Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

					1

G r ü n d e: 2

A. 3

Gegenstand des Berufungsverfahrens sind – nachdem die Klage, mit der die Klägerin gegenüber dem Beklagten angeblich noch ausstehende Forderungen aus einer Honorarschlussrechnung vom 21.03.2011 mit Blick auf ihre Beauftragung durch den Beklagten mit Leistungen im Zusammenhang mit der technischen Gebäudeausrüstung des streitgegenständlichen Bauvorhabens L-Straße in B geltend gemacht hat, und der Widerklageantrag des Beklagten, mit dem er die Freigabe eines hinterlegten Betrages in Höhe von 16.065,00 € von der Klägerin begehrt hat, vom Landgericht als (derzeit) unbegründet abgewiesen worden sind, ohne dass eine der Parteien insoweit Rechtsmittel eingelegt hätte – die von dem Beklagten mit seiner Widerklage weiterhin begehrten Feststellungen zu der Haftung der Klägerin auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Erbringung von Leistungen der technischen Gebäudeausrüstung. 4

Der Beklagte – ein Apotheker, eingetragener Kaufmann und gewerblicher Vermieter – ließ in B unter der Adresse L-Straße ein sogenanntes Gesundheitszentrum – nämlich ein Ärztehaus mit Ladenlokal – errichten. Als Generalunternehmerin beauftragte er mit Vertrag vom 01.10.2007 die Firma M GmbH & Co. KG (im Folgenden: Firma M) aus K. Über die Erbringung von Architektenleistungen schloss der Beklagte einen Vertrag mit dem Architekturbüro X GmbH & Co. KG. Die Klägerin wurde mit Ingenieurvertrag über Leistungen der technischen Gebäudeausrüstung vom 22.08.2007 von dem Beklagten mit der Erbringung von Leistungen gemäß § 73 HOAI alter Fassung (im Folgenden: § 73 HOAI a. F.) – der Vorplanung, Entwurfsplanung, Ausführungsplanung, Vorbereitung der Vergabe, Mitwirkung bei der Vergabe und Objektüberwachung – mit Blick auf die Betreuung der Anlagengruppe 1 (Gas-, Wasser-, Abwasser- und Feuerlöschtechnik), Anlagengruppe 2 (Wärmeversorgungs-, Brauchwassererwärmungs- und Raumlufttechnik) sowie Anlagengruppe 3 (Elektrotechnik) zu einem Pauschalfestpreis in Höhe von 145.000,00 € beauftragt. 5

Der Vertrag der Parteien enthält in seinem § 11 unter anderem folgende ergänzende Vereinbarungen: 6

„(1) Kommt der Auftraggeber seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nach, kann der Auftragnehmer das Vertragsverhältnis kündigen. 7

(2) Außerhalb der Baubeschreibung befindliche mieterspezifische Einbauten werden gesondert angeboten ausschließlich der Röntgenabteilungen.“ 8

In den Vertrag wurden Allgemeine Vertragsbedingungen zum Ingenieurvertrag (AVI) einbezogen, die in § 4 Abs. 1 folgende Haftungsbegrenzung enthalten: 9

„Der Ingenieur haftet für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit unbeschränkt nach den gesetzlichen Vorschriften. In allen anderen Fällen beschränkt sich seine Haftung – gleich aus welchem Rechtsgrund – auf solche Schäden, die dem Grunde und der Höhe nach durch die im Vertrag vereinbarte Haftpflichtversicherung gedeckt sind. Für Schäden, die ausnahmsweise nicht versicherbar sind, haftet der Ingenieur bis zur Höhe des Honorars für die Leistungsphase, in die die Pflichtverletzung fällt.“ 10

Wegen der weitergehenden Einzelheiten des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 wird auf Blatt 7 bis 14 der Akte verwiesen. 11

Im Zuge der Auftragsdurchführung mahnte die Klägerin den Beklagten mehrfach zur Zahlung ausstehenden Honorars an. Mit Schreiben vom 25.11.2008 zeigte die Klägerin dem 12

Beklagten die Einstellung ihrer Arbeiten an. Nach Fortsetzung ihrer Tätigkeiten forderte die Klägerin den Beklagten erneut zur Zahlung auf.

Unter dem 01.04.2009 verfasste die Klägerin wegen gestiegener Herstellungskosten des Objekts eine „Zusatzvereinbarung zum Ingenieurvertrag vom 22.08.2007“, in der eine Erhöhung des Honorars um einen Betrag in Höhe von 40.000,00 € auf einen Betrag in Höhe von pauschal 185.000,00 € netto vorgesehen war. Diese Vereinbarung unterschrieb der Beklagte nicht. 13

Am 05.11.2009 erstellte die Klägerin eine Schlussrechnung. Mit Schreiben vom selben Tag erklärte sie außerdem gemäß § 11 Abs. 1 des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 wegen eines angeblichen Zahlungsverzugs des Beklagten die außerordentliche fristlose Kündigung des Ingenieurvertrages. Daraufhin kündigte auch der Beklagte das Vertragsverhältnis zu der Klägerin. 14

Die Parteien schlossen sodann am 26.03.2010 eine Vereinbarung, nach der sie ihre wechselseitigen Kündigungen zurücknahmen und die Klägerin von dem Beklagten beauftragt wurde, die in Ziffer 3, Teile A bis D, näher beschriebenen Leistungen auf der Basis eines Stundenhonorars in Höhe von 75,00 € netto zu erbringen. In Ziffer 3, Teil C, ist dabei folgende Leistung beschrieben: 15

„Aufstellung der von den Mietern anteilig zu tragenden Herstellkosten“. 16

Nach Ziffer 4, Absätze 2 und 3, sollte von dem Beklagten für das voraussichtlich entstehende Honorar eine Vorabvergütung in Höhe eines Betrages von 16.065,00 € geleistet werden, der in der Folgezeit, wie vereinbart, auf ein Anderkonto des damaligen Rechtsanwalts des Beklagten – Rechtsanwalt S aus Y – hinterlegt wurde. 17

Wegen der weitergehenden Einzelheiten der Vereinbarung vom 26.03.2010 wird auf Blatt 21/22 der Akten verwiesen. 18

Am 31.12.2010 erstellt die Klägerin eine zweite Schlussrechnung. Mit Schreiben vom 27.01.2011 kündigte die Klägerin – vorsorglich – die Vereinbarung vom 26.03.2010 wegen – fortbestehenden – Zahlungsverzugs des Beklagten. Schließlich erstellte die Klägerin unter dem 21.03.2011 eine dritte Schlussrechnung, die Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits in der ersten Instanz war. 19

Mit seiner Widerklage – mit der der Beklagte in erster Instanz auch die Freigabe des auf dem Anderkonto des Rechtsanwalts S hinterlegten Betrages in Höhe von 16.065,00 € verlangt hat, wobei das Landgericht insoweit die Widerklage abgewiesen hat, ohne dass der Beklagte die landgerichtliche Entscheidung angefochten hätte – begehrt der Beklagte Feststellungen zu der Haftung der Klägerin auf Schadensersatz wegen fehlerhafter Erbringung von Leistungen der technischen Gebäudeausrüstung. 20

Der Beklagte hat behauptet, die Klägerin habe ihre Pflicht nicht erfüllt, im Zuge der Projektüberwachung die Sonderwunschleistungen der Mieter des Objekts, die der Beklagte diesen gegenüber gesondert abrechnen müsse, getrennt zu erfassen und auszuweisen. Diese Pflicht der Klägerin – so meint er – ergebe sich bereits aus dem ursprünglichen Vertrag vom 22.08.2007 und erst recht aus Ziffer 3, Teil C, der Vereinbarung vom 26.03.2010. Die Kündigung dieser Vereinbarung durch die Klägerin sei nicht nachvollziehbar. Unter Verjährungsgesichtspunkten werde er nicht mehr in der Lage sein, seinen Mietern die von diesen gewünschten Sonderleistungen zu berechnen. Für diese Schäden müsse die Klägerin 21

wegen Nichterfüllung ihrer vertraglichen Pflichten haften.

Darüber hinaus habe die Klägerin ihre Pflichten aus dem Vertrag verletzt, die Planung und Ausführung des Objekts so zu gestalten, dass die Nebenkosten für den Bezug von Strom, Heizenergie, Warmwasser sowie anteilige Kosten für die Gemeinschaftsflächen – insbesondere die sogenannte Magistrale, bei der es sich um Gemeinschaftsflächen wie den Zugang, das Treppenhaus und die Umgänge handele – getrennt erfasst und abgerechnet werden könnten; auch für den durch die Nichterfüllung dieser Pflicht entstandenen Schaden hafte die Klägerin. 22

Zudem hat er behauptet, dass die Magistrale des Objekts unzureichend ausgeleuchtet sei. Als Fachplanerin habe die Klägerin nicht die nach der DIN EN 5035-7 und DIN EN 12464-1 erforderlichen Beleuchtungsstärken beachtet und bei der Bemusterung der Leuchten nicht darauf hingewirkt, dass Leuchten zur Auswahl gestellt würden, die den Regeln der Arbeitsstättenrichtlinie und der Arbeitsstättenverordnung entsprochen hätten. Die für Treppen vorgeschriebene Nennbeleuchtungsstärke von 100 Lux und diejenige für sonstige Verkehrswege von 50 Lux würden nicht erreicht. 23

Die Klägerin hat bestritten, dass sie eine Pflicht hinsichtlich der Sonderwünsche der Mieter des Objekts verletzt habe. Sie könne dem Beklagten überdies bei der Ermittlung der Sonderwünsche der Mieter des Objekts nicht behilflich sein, weil die das Bauvorhaben ausführenden Unternehmen nicht bereit seien, irgendwelche Unterlagen oder Informationen zur Verfügung zu stellen. Hintergrund sei, dass sich der Beklagte mit ihnen zerstritten habe und die Firma M als Generalunternehmerin gegenüber einigen Subunternehmen mit erheblichen Zahlungen in Verzug sei. Nunmehr sei es Sache des Beklagten, auf die Firma M einzuwirken, damit durch sie die Subunternehmer bezahlt werden würden. Erst dann sei eine Zusammenarbeit mit diesen Firmen sowie eine Auswertung und Abgrenzung der Sonderwünsche der Mieter möglich. Im Übrigen hat sie die Auffassung vertreten, dass sie gegen keine vertraglichen Pflichten betreffend die Aufstellung und Abgrenzung der Sonderwünsche der Mieter des Objekts verstoßen habe. In § 11 Abs. 2 des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 sei lediglich von gesonderten Angeboten die Rede; die Bauüberwachung sei davon nicht betroffen. Im Übrigen seien dieser Vertrag und auch die Zusatzvereinbarung vom 26.03.2010 von ihr wirksam gekündigt worden. 24

Wegen der weitergehenden Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. 25

Das Landgericht hat der Widerklage des Beklagten in Bezug auf die von ihm begehrten Feststellungen der Haftung der Klägerin auf Schadensersatz mit Blick auf angeblich nicht abrechenbare Sonderwunschleistungen der Mieter und Nebenkosten für Strom, Heizenergie, Warmwasser und anteilige entsprechende Kosten für die Gemeinschaftsflächen sowie einer nicht ausreichenden Beleuchtung der sogenannten Magistrale stattgegeben. Zur Begründung hat es zunächst hinsichtlich der angeblich nicht abrechenbaren Sonderwunschleistungen und Nebenkosten der Mieter ausgeführt, dass die Klägerin bereits mit dem Ingenieurvertrag vom 22.08.2007 die Aufgabe übernommen habe, bei ihren vertraglichen Tätigkeiten die mieterspezifischen Einbauten gesondert zu erfassen. In § 11 Abs. 2 des vorgenannten Vertrages sei ausdrücklich geregelt, dass solche mieterspezifischen Einbauten gesondert anzubieten seien. Diese Regelung habe ihren Grund offensichtlich in dem Umstand, dass diese Einbauten den Mietern gegenüber gesondert hätten berechnet werden sollen. Dementsprechend müsse auch der hierauf entfallende Aufwand gesondert erfasst werden. Dass nicht nur eine bestimmte (Einzel-)Tätigkeit der Klägerin in § 11 Abs. 2 des 26

Ingenieurvertrages angesprochen gewesen sei, sondern ihre gesamte Tätigkeit einschließlich der Bauüberwachung gemeint gewesen sei, folge daraus, dass die Pflicht im Rahmen von § 11 unter der Überschrift „Ergänzende Vereinbarungen“ in den Vertrag eingefügt worden sei. Die Verpflichtung der Klägerin zu einer gesonderten Aufstellung der Kosten ergebe sich ferner ausdrücklich aus der Vereinbarung vom 26.03.2010. Diese Vereinbarung sei zwar von der Klägerin gekündigt worden. Die Kündigung sei indes zu Unrecht erfolgt. Denn ein fehlender Zahlungsausgleich, womit die Klägerin die Kündigung begründet habe, stelle keinen Kündigungsgrund dar. Die Vereinbarung der Parteien vom 26.03.2010 sei nämlich gerade wegen ihres Streits über ihr Vertragsverhältnis und die sich aus ihm ergebenden Zahlungsverpflichtungen getroffen worden, weshalb sie nicht wegen der vorgenannten Streitigkeiten gekündigt werden könne. Die Klägerin habe die ihr obliegenden Pflichten bislang nicht erfüllt, wobei ihr Verschulden vermutet werde. Sie hafte nach den §§ 280, 286 BGB auf Schadensersatz. Mit der Einstellung ihrer Arbeiten habe die Klägerin ihre Leistungerbringung ernsthaft und endgültig verweigert, so dass es keiner weiteren Mahnung durch den Beklagten bedurfte.

Weiterhin sei die Klägerin mit dem Ingenieurvertrag vom 22.08.2007 mit Leistungen im Zusammenhang mit der Anlagengruppe 3 (Elektrotechnik) beauftragt worden. Insoweit habe es zu den Aufgaben der Klägerin gehört, für die zu beleuchtenden Bereiche entsprechend den einzuhaltenden gesetzlichen Vorgaben die erforderliche Beleuchtungsstärke zu ermitteln, die Beleuchtung entsprechend zu planen und im Rahmen der Vergabe sowie Bauüberwachung dafür zu sorgen, dass zu beschaffende Beleuchtungskörper diese Anforderungen erfüllen würden. Die Nichterfüllung dieser Pflichten habe durch Anbringung unzureichender Beleuchtungskörper bereits zu einem Schaden geführt, der durch eine nachträgliche Korrektur der Planung nicht mehr zu beseitigen sei. Die Klägerin hafte deshalb auch insoweit nach § 280 BGB auf Schadensersatz. 27

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, soweit der Widerklage des Beklagten in dem zuvor dargestellten Umfang stattgegeben worden ist. Sie meint, es treffe sie bereits keine vertragliche Verpflichtung, Sonderwunschleistungen der Mieter des Objekts zu erfassen. Eine solche Leistung habe sie nicht nach § 11 Abs. 2 des Vertrages vom 22.08.2007 geschuldet. Diese Regelung beziehe sich nach ihrem Wortlaut eindeutig auf besondere vertragliche Angebote, die den Mietern bei spezifischen Einbauten gemacht werden sollten. Allgemein seien Sonderwünsche der Mieter von dieser Regelung nicht erfasst. Sie beinhalte ausschließlich von ihr zu erbringende Planungsleistungen in Anbetracht von mieterspezifischen Einbauten. Sie besage, dass unter den Ingenieurvertrag planerische Sonderleistungen im Hinblick auf von Mietern gewünschte Einbauten nicht fielen und die Klägerin den betreffenden Mietern ein gesondertes Angebot zum Abschluss eines Ingenieurvertrages unterbreiten werde. Die von dem Beklagten gewünschte Sonderleistung sei zudem eine solche der Leistungsphase 9, die besonders hätte vereinbart werden müssen. Mit der Leistungsphase 9 sei sie indes nicht beauftragt worden. Mit dem Vergleich vom 26.03.2010 habe sie zwar die Verpflichtung übernommen, die von den Mietern zu tragenden anteiligen Herstellungskosten zu erfassen. Diese Verpflichtung bestehe allerdings aufgrund ihrer wirksamen Kündigung nicht mehr. Der Beklagte habe in dem Zeitraum vom Abschluss des Vergleichs am 26.03.2010 bis zu ihrer Kündigung am 27.01.2011 keine Zahlungen an sie geleistet. Der Vergleich habe nicht die Regelung beinhaltet, dass der Beklagte die von ihr erbrachten Leistungen aus dem ursprünglichen Vertrag vom 22.08.2007 nicht mehr habe bezahlen sollen. Vielmehr habe er sich mit diesen Zahlungen von Anfang an in Verzug befunden. Darüber hinaus schulde der Beklagte gemäß Ziffer 4 der Vereinbarung vom 26.03.2010 nach Fertigstellung eines Leistungsteils auch eine Teilvergütung. Sie habe die Leistungen gemäß Ziffer 3, Teile A und B, vollständig erbracht und abgerechnet, von dem 28

Beklagten jedoch keine Zahlungen erhalten. Allein dieser Umstand rechtfertige die Kündigung der Vereinbarung vom 26.03.2010. Im Übrigen stünde ihr ein Kündigungsrecht nach § 643 BGB zu. Auf die Frage, ob die Kündigung berechtigt sei, komme es im Ergebnis indes nicht an. Das Landgericht habe ihren Vortrag nicht beachtet, dass die Aufstellung der gesondert mit den Mietern des Objekts abzurechnenden Sonderwunschleistungen wegen der durch die ausführenden Unternehmer verweigerten Kooperation gar nicht möglich gewesen sei. Dieses Verhalten habe seinen Grund darin gehabt, dass sich alle Unternehmer mit dem Beklagten – unter anderem wegen ausstehender Zahlungen – überworfen hätten. Ihr seien von dem Beklagten insofern auch keine Unterlagen übersandt worden. Überdies habe der Beklagte auf eine kooperative Zusammenarbeit nicht hingewirkt. Eine solche Mitwirkungspflicht des Beklagten ergebe sich nicht zuletzt aus § 4 Abs. 1 des Vertrages vom 22.08.2007 und aus § 1 Abs. 2 der AVI. Der Beklagte selbst oder seine Generalunternehmerin hätte die Nachunternehmer zur Herausgabe notwendiger Informationen veranlassen müssen. Sie habe mangels vertraglicher Beziehungen zu den Nachunternehmern eine entsprechende Herausgabe nicht durchsetzen können. Durch die mangelnde Kooperation sei zudem der Regelung in Ziffer 3, Teil C, der Vereinbarung vom 26.03.2010 die Grundlage entzogen worden. Sie habe auch nicht die zur Bestimmung der Sonderwunschleistungen notwendigen Unterlagen von der Firma M erhalten. Davon abgesehen träfe den Beklagten eine Schadensminderungspflicht. Denn in der Zwischenzeit habe er niemanden mit der Erstellung der Aufstellung der Sonderwunschleistungen beauftragt.

Mit Blick auf die Erfassung der Nebenkosten der Mieter habe sie ein ordnungsgemäßes Zählerkonzept bzw. eine detaillierte Planung der Messstellen erstellt. In Abstimmung mit dem Beklagten seien die Standorte der Zähler bestimmt und weitere Messpunkte für jede Verbrauchsart vorgesehen worden. Die entsprechende Aufteilung sei nicht nur von dem Beklagten gewünscht worden, sondern auch fachgerecht und üblich gewesen. Soweit bei der Installation der Zählereinrichtungen durch die Firma Z GmbH, die der Beklagte beauftragt habe, Fehler aufgetreten sein sollten, könnten ihr diese nicht zum Vorwurf gereichen. Eine Überwachungspflicht habe sie insoweit nicht getroffen, da der Ingenieurvertrag gekündigt worden sei und die Vereinbarung vom 26.03.2010 keine derartige Leistungspflicht vorsehe. Im Übrigen sei dem Beklagten wiederum ein Verstoß gegen seine Schadensminderungspflicht vorzuwerfen. Er hätte etwaige Fehler der Anlage unverzüglich nach deren Entdeckung abstellen müssen. Darüber hinaus habe der Beklagte noch nicht einmal dargelegt, warum die installierten Zähler keine sinnvolle Verbrauchserfassung zuließen. 29

In Bezug auf die Magistrale sei sie nicht mit der Planung der Beleuchtung beauftragt worden. Vielmehr hätten das Architekturbüro X GmbH & Co. KG und das Fachplanungsbüro G aus K die Planung übernommen. Die Mangelhaftigkeit der Beleuchtung, die nach den einschlägigen DIN-Normen und in Abstimmung mit dem Beklagten erfolgt sei, werde bestritten. 30

Weiterhin habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass in § 4 Abs. 1 der AVI eine Haftungsbegrenzung wirksam vereinbart worden sei, durch die ihre Haftung, da ihr allenfalls leichte Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden könne, ausgeschlossen sei. 31

Vor dem Landgericht Bielefeld ist unter dem Aktenzeichen 9 O 481/13 ein Rechtsstreit rechtshängig, in dem der hiesige Beklagte mit Klageschrift vom 16.12.2013 von der Firma M, dem Architekturbüro X GmbH & Co. KG sowie der hiesigen Klägerin als Gesamtschuldnern unter anderem die Zahlung eines Betrages in Höhe von 50.000,00 € nebst Zinsen begehrt, wobei Gegenstand dieses Zahlungsantrags Vorschussansprüche des hiesigen Beklagten wegen angeblicher Mängel der Beleuchtung im Bereich der Magistrale bei dem 32

streitgegenständlichen Bauvorhaben sind. Mit Blick auf diesen beim Landgericht Bielefeld geführten Rechtsstreit haben die Parteien in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 18.08.2015 den Widerklageantrag zu 3) nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils, der die Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von Schadensersatz wegen einer unzureichenden Beleuchtung der Magistrale betrifft, übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt.

Die Klägerin beantragt, 33

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Bielefeld vom 26.04.2013 (Az.: 17 O 97/11) die Widerklage des Beklagten vollständig abzuweisen. 34

Der Beklagte beantragt, 35

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 36

Dabei hat er seinen Widerklageantrag zu 2) – nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils – in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 18.08.2015 wie folgt neu gefasst: 37

Es wird beantragt festzustellen, dass die Klägerin dem Beklagten auf Schadensersatz haftet, soweit diesem am Objekt L-Straße in B ein Schaden dadurch entsteht, dass er Nebenkosten für die Erfassung der Heizenergie, die für die Lüftungsanlagen und die Bauheizung der einzelnen Praxen bzw. sonstigen Flächen (z. B. Keller) nicht ordnungsgemäß nach Verbrauch abrechnen kann, sowie betreffend Strom (Allgemeinstrom plus Baustrom) durch nicht vorhandene Zwischenzähler bis zum 31.12.2014 für denjenigen Strom, der von den einzelnen Nutzungsstellen als Allgemeinstrom verbraucht wird, soweit diese nicht von den Mietern selbst bezahlt werden, insgesamt betreffend die Mietverhältnisse Augenärzte (Dr. H pp.), A (HNO-Arzt), C (Orthopäde) und D (Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie) für den Strom und für alle Mietverhältnisse betreffend die Heizenergie für die Lüftungsanlagen über den 31.12.2014 hinaus. 38

Der Beklagte verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags das angefochtene Urteil, soweit die Klägerin in der Berufungsinstanz die vollständige Abweisung seiner Widerklage begehrt. Insbesondere macht er geltend, dass der Klägerin jedenfalls zwischenzeitlich die maßgeblichen Unterlagen, die eine Abrechnung von Sonderwünschen gegenüber den Mietern ermöglicht hätten, vorgelegen hätten. Dabei sei ihr zumindest vorzuwerfen, dass sie die von der Generalunternehmerin – der Firma M – erhaltenen Rechnungen nach Prüfung, ohne die darin enthaltenen Informationen zu sammeln, zurückgesandt habe. Falls die Klägerin darüber hinaus mit Blick auf die Erfassung der Nebenkosten der Mieter ein Zählerkonzept überhaupt erstellt haben sollte, sei dieses Konzept nicht sachgerecht gewesen. Dass die Konzeption umsetzende Unternehmen – die Firma Z GmbH – habe sich an die Pläne der Klägerin gehalten. Die Planung der Klägerin habe dazu geführt, dass wegen fehlender Messeinrichtungen mehrere Abrechnungspositionen bei der Betriebskostenabrechnung nur aufgrund von Schätzungen hätten umgelegt werden können. Inzwischen seien Nachbesserungsmaßnahmen durchgeführt worden. Für die Beleuchtung der Magistrale sei die Klägerin nach dem zwischen den Parteien zustande gekommenen Vertrag verantwortlich. Dabei sei die Klägerin tatsächlich auch eingebunden gewesen. Die Mangelhaftigkeit der Beleuchtung sei inzwischen durch zwei Privatgutachten belegt. Die Klägerin hafte überdies uneingeschränkt auch für einfache Fahrlässigkeit, weil die Regelung in § 4 Abs. 1 der AVI als Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB sowie nach § 309 Nr. 7 BGB 39

rechtlich unwirksam sei.

B. 40

Die gemäß § 511 ZPO statthafte Berufung der Klägerin ist zulässig und hat in der Sache – nachdem die Parteien den Widerklageantrag zu 3) nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils, der die Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zur Zahlung von Schadensersatz wegen einer unzureichenden Beleuchtung der Magistrale betraf, in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 18.08.2015 übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt haben – Erfolg. Denn entgegen der Auffassung des Landgerichts kann der Beklagte nicht die Feststellungen verlangen, dass die Klägerin ihm auf Schadensersatz haftet, soweit ihm am Objekt L-Straße in B ein Schaden dadurch entsteht, dass er gegenüber den gewerblichen Mietern des vorgenannten Objekts dem Grunde nach gegebene Ansprüche auf Bezahlung von mieterseitig im Zuge der Errichtung des Objektes erteilten Sonderwunschaufträgen (Widerklageantrag zu 1) nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils) sowie Nebenkosten insbesondere in Bezug auf die Heizenergie und Strom (Widerklageantrag zu 2) nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils) nicht ordnungsgemäß abrechnen und entsprechende Zahlungen nicht vereinnahmen kann, was mit Blick auf die vorerwähnten Nebenkosten auch für den in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 18.08.2015 insoweit konkretisierten Widerklageantrag zu 2) gilt. 41

I. Sonderwunschaufträge der Mieter 42

1. Der Antrag, mit dem der Beklagte die Feststellung begehrt, dass die Klägerin ihm auf Schadensersatz haftet, soweit ihm am Objekt L-Straße in B ein Schaden dadurch entsteht, dass er gegenüber den gewerblichen Mietern des vorgenannten Objekts dem Grunde nach gegebene Ansprüche auf Bezahlung von mieterseitig im Zuge der Errichtung des Objektes erteilten Sonderwunschaufträgen nicht ordnungsgemäß abrechnen und entsprechende Zahlungen nicht vereinnahmen kann (Widerklageantrag zu 1) nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils), ist zulässig. Insbesondere hat der Beklagte im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO ein rechtliches Interesse daran, dass sein Rechtsverhältnis zu der Klägerin insoweit durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt wird. 43

Ein Feststellungsinteresse ist zu bejahen, wenn dem subjektiven Recht der klagenden Partei eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass die beklagte Partei es ernstlich bestreitet, und wenn das erstrebte Feststellungsurteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Voraussetzung ist allerdings, dass zumindest eine Möglichkeit für den Eintritt eines (weiteren) Schadens, die nur verneint werden darf, wenn aus der Sicht des Klägers bei verständiger Würdigung kein Grund besteht, mit dem Eintritt eines Schadens wenigstens zu rechnen, besteht, wobei an die Prognose keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. BGH NJW-RR 2007, 601; BGH NJW 2001, 1431; siehe allgemein hierzu: Kniffka/Koeble-Sacher, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 2014, 15. Teil Rn. 19). 44

Vorliegend hat der Beklagte zur Überzeugung des Senats (noch) ausreichend dargetan, dass aus seiner Sicht bei verständiger Würdigung im Fall einer (etwaigen) Verletzung der Pflicht der Klägerin aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, Sonderwünsche der Mieter des Beklagten gesondert zu erfassen, ein Grund besteht, mit dem Eintritt eines Schadens, der ihm insbesondere mit Blick auf eine drohende Verjährung von Ansprüchen gegenüber seinen Mietern oder aus der Geltendmachung der Kosten für Sonderwunschleistungen seiner Mieter durch die Generalunternehmerin – der Firma M – entstehen könnte, zu rechnen. Eine Frage der Begründetheit des Feststellungsantrags ist es hingegen, ob der Senat – auf die 45

Ausführungen unter 2.g) wird verwiesen – insoweit von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens auf Seiten des Beklagten auszugehen vermag.

2. Der Widerklageantrag zu 1) ist allerdings nicht begründet. Der Beklagte hat nämlich gegenüber der Klägerin keinen Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zum Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entsteht, dass er gegenüber den gewerblichen Mietern des streitgegenständlichen Objekts dem Grunde nach gegebene Ansprüche auf Bezahlung von mieterseitig im Zuge der Errichtung des vorgenannten Objekts erteilten Sonderwunschaufträgen nicht abrechnen und entsprechende Zahlungen nicht vereinnahmen kann, weil der Senat bereits auf der Grundlage der Darlegungen des Beklagten jedenfalls eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit nicht festzustellen vermag. 46

a) Dabei beinhaltet das streitgegenständliche Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, das einen Ingenieurvertrag zum Gegenstand hat, überwiegend – wie auch ein Architektenvertrag – werkvertragliche Elemente, so dass sich die Leistungspflichten der Klägerin nach den §§ 631 ff. BGB beurteilen, wobei vorrangig die Vereinbarungen in dem Vertrag – die Klägerin hatte insbesondere gemäß § 3 des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 Grundleistungen nach § 73 HOAI a. F. zu erbringen – maßgeblich sind. Der Ingenieur, der – wie hier die Klägerin – mit der Planung und Überwachung beauftragt ist, hat dabei für die ordnungsgemäße Planung und Bauüberwachung einzustehen. Ihn treffen insoweit Prüfungs-, Hinweis- und Koordinierungspflichten in Bezug auf die Vorschläge, Planungen und Leistungen der weiteren am Bau beteiligten Sonderfachleute und Bauhandwerker (vgl. Messerschmidt/Voit-Cramer, Privates Baurecht, 2. Auflage, 2012, Teil C Rn. 126, 131 bis 134). 47

b) Der Senat muss nicht entscheiden, ob im Rahmen des zwischen den Parteien zustande gekommenen (Ingenieur-)Vertragsverhältnisses die Klägerin die Pflicht übernommen haben könnte, die Sonderwünsche der Mieter gesondert zu erfassen. Gleichwohl neigt der Senat dazu, worauf er die Parteien mit seinem Hinweisbeschluss vom 10.06.2014 hingewiesen hat, dass die Klägerin bereits nach § 11 Abs. 2 des Vertrages vom 22.08.2007 in Verbindung mit den gesamten Umständen des Vertrages dazu verpflichtet gewesen sein dürfte, Sonderwunschleistungen der Mieter gegenüber dem Beklagten zu erfassen und aufzustellen. Ein solches Verständnis dürfte auch durch den Wortlaut der Vereinbarung vom 26.03.2010 bestätigt werden, wonach von der Klägerin noch die dort genannten Leistungen zu erbringen sein sollten, wobei sich letztlich die Verpflichtung der Klägerin zur Erfassung von Sonderwunschleistungen ausdrücklich auch aus Ziffer 3, Teil C, der Vereinbarung vom 26.03.2010 – und zwar rückwirkend auch für die Vergangenheit sowie für die Zukunft bis zur Beendigung des Vertrages – ergeben dürfte. 48

c) Offen bleiben kann auch, ob die Verpflichtung zur Ermittlung der Sonderwünsche mit der Kündigung der Klägerin vom 27.01.2011, die die Klägerin auf verzögerte Zahlungen des Beklagten gestützt hat, für die Zukunft entfallen sein könnte. Dabei ist vom Senat insbesondere nicht näher aufzuklären, ob ein Kündigungsgrund vorgelegen haben könnte, weil der Beklagte den entsprechend der Vereinbarung vom 26.03.2010 auf einem Anderkonto des damaligen Rechtsanwalts des Beklagten – Rechtsanwalt S aus Y – befindlichen Betrag in Höhe von 16.065,00 € auf eine dahingehende Aufforderung der Klägerin nicht freigab. 49

d) Keiner Entscheidung des Senats bedarf es auch zu dem Gesichtspunkt, ob die Klägerin eine etwaige, ihr mögliche Pflicht zur gesonderten Erfassung der mieterseitigen Sonderwünsche verletzt haben könnte, wobei sich die Klägerin möglicherweise im Rahmen ihres Vertragsverhältnisses zu dem Beklagten intensiver um die Feststellung der 50

Sonderwunschleistungen der Mieter des Beklagten hätte kümmern und sie im Sinne des Beklagten – ihres Auftraggebers – darauf hätte achten müssen, dass bei der Entwicklung der später für die Nachunternehmer aufgestellten Leistungsverzeichnisse, an denen die Klägerin mitgewirkt hat, zwischen notwendigen Maßnahmen des Bauherren und mieterseitigen Sonderwünschen unterschieden worden wäre, zumal sie die von der Generalunternehmerin – der Firma M – erhaltenen Rechnungen, die sich auch über die vorerwähnten, mieterseitigen Sonderwünsche verhalten haben dürften, nach Prüfung, ohne die darin enthaltenen Informationen zu sammeln, zurückgesandt haben dürfte.

e) Offen bleiben kann auch, ob die in § 4 Abs. 1 der AVI vorgesehene Haftungsbeschränkung der Klägerin insbesondere auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit wirksam ist, woran der Senat erhebliche Bedenken unter Berücksichtigung der Regelungen des § 310 Abs. 1 S. 2, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB sowie nach § 307 in Verbindung mit der Wertung in § 309 Nr. 7a BGB hat, zumal die Klägerin – trotz Hinweises des Senats mit dem vorerwähnten Beschluss vom 10.06.2014 – eine Branchenüblichkeit dieser Haftungsbeschränkung nicht nachvollziehbar vorgetragen hat. 51

f) Auch zu der Frage, ob den Beklagten für die Zeit nach der Kündigungserklärung der Klägerin vom 27.01.2011 ein Mitverschulden im Sinne des § 254 BGB treffen könnte, weil er ab diesem Zeitpunkt gewusst hätte, dass sich die Klägerin nicht mehr um die Rechnungsprüfung und die Abgrenzung der Leistungen des Generalunternehmers von den mieterseitigen Sonderwunschleistungen kümmern würde, bedarf es keiner näheren Ausführungen des Senats. 52

g) Denn der Senat vermag nicht festzustellen, dass eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt eines Schadens auf Seiten des Beklagten spricht, der ihm dadurch entstehen könnte, dass die Klägerin ihre etwaige, durch das Vertragsverhältnis zwischen ihr und dem Beklagten begründete, vorerwähnte Pflicht in Bezug auf Sonderwunschleistungen der Mieter verletzt haben könnte. 53

aa) Im Rahmen der Prüfung der Begründetheit eines Feststellungsantrags kann von einem (Wider-)Kläger kein voller Schadensnachweis gefordert werden, weil der genaue Schadensverlauf sich noch nicht absehen lässt. Denn die insoweit bestehende Ungewissheit ist gerade die Grundlage eines zulässigen Feststellungsantrags. Gleichwohl ist jedenfalls bei Feststellungsanträgen, die Sach- oder Vermögensschäden zum Gegenstand haben, erforderlich, dass die Entstehung eines zu ersetzenden Schadens wahrscheinlich ist (vgl. BGH NJW 1991, 2707; siehe auch: BeckOK/Bacher, ZPO, 17. Edition, Stand: 01.06.2015, § 256 Rn. 34), wobei es genügt, wenn nach den Erfahrungen des Lebens der Eintritt des Schadens in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten steht (vgl. BGH GRUR 1972, 180; OLG Karlsruhe NZV 1998, 412). 54

bb) Unter Zugrundelegung dieser Prämissen kann der Senat vorliegend nicht davon ausgehen, dass nach den Erfahrungen des Lebens der Eintritt eines Schadens auf Seiten des Beklagten in Zukunft mit einiger Sicherheit dadurch zu erwarten steht, dass die Klägerin etwaige Sonderwunschleistungen der Mieter des Beklagten nicht gesondert erfasst haben könnte. Diese Wertung hat der Senat auf der Grundlage des zum hiesigen Prozess erfolgten Sachvortrags des Beklagten zu treffen. 55

(1) Der Beklagte konnte im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits – worauf er bereits mit dem Beschluss des Senats vom 10.06.2014 hingewiesen worden ist – nicht konkret darlegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang bestimmte Nachtragspositionen in der Schlussrechnung der von ihm beauftragten Generalunternehmerin – der Firma M – enthalten 56

sein sollen, die die Klägerin als Sonderwünsche der Mieter hätte ausweisen müssen. Die Behauptung des Beklagten, dass er Rechtsstreitigkeiten mit mehreren Mietern führe, ersetzt nicht die Darstellung eines hinreichend wahrscheinlichen Schadens, der nur dann eingetreten sein könnte, wenn der Beklagte der Generalunternehmerin Beträge schulden würde, die auf Sonderwünsche seiner Mieter zurückzuführen wären.

(2) Soweit der Beklagte geltend macht, er könne nicht konkret dazu vortragen, welche Rechnungspositionen der ihm vorliegenden Schlussrechnung der Generalunternehmerin Sonderwünsche der Mieter beträfen, kann der Senat diese Behauptung nicht nachvollziehen. Da nämlich dem Beklagten die mit der Generalunternehmerin vereinbarte funktionale Leistungsbeschreibung und die einen Pauschalfestpreis vorsehende Schlussrechnung der Generalunternehmerin vorliegen, müsste es ihm auch als Apotheker – eventuell unter Hinzuziehung fachmännischer Hilfe – ohne weiteres möglich sein, jedenfalls einzelne Nachträge zu dem mit der Generalunternehmerin vereinbarten Pauschalfestpreis zu benennen, die er auf derartige Sonderwünsche zurückführt. Im Übrigen hätte der Beklagte gegebenenfalls zunächst Klage auf Herausgabe etwaiger relevanter, ihm fehlender Unterlagen erheben können und nicht – möglicherweise – verfrüht eine nach seinen Angaben nicht genügend substantiierbare Klage erheben dürfen. 57

(3) Dass die Generalunternehmerin Sonderwünsche der Mieter als Nachträge zusätzlich abrechnet, folgt auch nicht bereits aus der Tatsache, dass tatsächlich hochwertigere als die zunächst vorgesehenen Heizkörper – aus welchen Gründen auch immer – zur Ausführung gekommen sind. Ohne eine Auseinandersetzung mit konkreten Rechnungspositionen in der Schlussrechnung der Generalunternehmerin genügt es nach Auffassung des Senats auch nicht, dass die Klägerin selbst in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 10.06.2014 eingeräumt hat, ohne nähere Kenntnisse über die geschuldeten qualitativen und quantitativen Ausstattungsmerkmale sowie ohne entsprechende Rücksprache mit dem Beklagten die Planung unter anderem aufgrund von Gesprächen mit den Mietern erstellt zu haben. Eine dahingehende Planung könnte zwar dem von der Klägerin zu beachtenden Kosteninteresse des Beklagten widersprochen haben. Es fehlt aber an substantiierten Darlegungen des Beklagten dazu, dass sich dieser Gesichtspunkt in der Schlussrechnung der Generalunternehmerin tatsächlich kostenerhöhend ausgewirkt haben könnte. 58

(4) Aber selbst wenn in der Schlussrechnung der Generalunternehmerin Nachträge enthalten sein sollten, die auf Sonderwünschen der Mieter des Beklagten beruhen würden, wäre ein Schaden des Beklagten dennoch nicht gegeben, wenn die Generalunternehmerin den von der Problematik betroffenen Teil ihrer Schlussrechnung gegenüber dem Beklagten nicht durchsetzen könnte. Denn die Generalunternehmerin hat grundsätzlich nur Anspruch auf Bezahlung derjenigen Leistungen, die sie dem Beklagten aufgrund des Generalunternehmervertrages vom 01.10.2007 schuldete. Dafür war nach § 3 des Generalunternehmervertrages – hinsichtlich der weitergehenden Einzelheiten dieses Vertrages wird auf die Anlage B1 Bezug genommen – ein Pauschalfestpreis in Höhe eines Betrages von 7.058.656,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer vereinbart worden. Dass der Generalunternehmervertrag später wirksam um Leistungen, die auf Sonderwünschen der Mieter beruhten, erweitert worden ist, kann der Senat nach dem Vortrag des Beklagten nicht als hinreichend wahrscheinlich annehmen. Der Beklagte legt selbst dar, dass er keine Zusatzaufträge erteilt habe, die auf Sonderwünschen der Mieter beruht hätten. Soweit allerdings die Mieter wegen ihrer Sonderwünsche selbst an die Generalunternehmerin herangetreten sein sollten, hätten sie entweder schon nicht im Namen des Beklagten, sondern im eigenen Namen gehandelt oder wären vom Beklagten zumindest nicht bevollmächtigt gewesen. Die Klägerin war ebenfalls nicht von dem Beklagten damit betraut 59

worden, Sonderwünsche der Mieter bei der Generalunternehmerin in Auftrag zu geben, wie sich insbesondere aus § 4 Abs. 4 des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 sowie § 2 Abs. 1 der AVI ergibt. Allenfalls käme demnach eine Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, möglicherweise auch eine nachträglich konkludent erteilte Vollmacht, in Betracht, weil der Beklagte der Klägerin die offenbar notwendige Konkretisierung der funktionalen Leistungsbeschreibung der Generalunternehmerin durch konkrete Leistungsverzeichnisse der Nachunternehmer überlassen hätte. Letztlich erfolgte indes durch den Beklagten – trotz Hinweises des Senats mit seinem Beschluss vom 10.06.2014 – kein hinreichend substantiierter Vortrag zu einer Vollmacht der Klägerin. Mangels entsprechender Darlegungen muss der Senat deshalb davon ausgehen, dass die Klägerin die auszuführenden Leistungen nur im Rahmen des Generalunternehmervertrages in Absprache mit der Generalunternehmerin technisch konkretisieren sollte, dabei aber nicht zu rechtsgeschäftlichen Absprachen befugt gewesen ist, die zu einer Erhöhung des Pauschalpreises hätten führen können.

Soweit die Generalunternehmerin ihre Nachunternehmer beauftragt haben sollte, hätte sie dabei – auf die obigen Ausführungen wird verwiesen – grundsätzlich das eigene Risiko in Kauf genommen, dass sich der Umfang der Nachunternehmeraufträge nicht im Rahmen des vom Beklagten zu vergütenden Generalunternehmervertrages bewegte, so dass dahingehende Erstattungsansprüche der Generalunternehmerin im Rahmen ihres Vertragsverhältnisses zu dem Beklagten ausscheiden würden. 60

Allein der Umstand, dass die Generalunternehmerin eine den Pauschalfestpreis übersteigende Schlussrechnung gegenüber dem Beklagten geltend macht, für dessen diesbezügliche Behauptung nach dem Sachvortrag im hiesigen Prozess keine greifbaren Anhaltspunkte dargelegt sind, genügt nicht, um von einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts auf Seiten des Beklagten ausgehen zu können. Insbesondere müsste nämlich die Generalunternehmerin in einem mit dem Beklagten geführten Rechtsstreit darlegen und beweisen, dass streitige Positionen ihrer Schlussrechnung von dem Generalunternehmervertrag umfasst wären. Allein die Möglichkeit, dass der Beklagte in einem etwaigen Rechtsstreit mit der Generalunternehmerin wegen – auf Grundlage des hiesigen Sachvortrags – unrichtiger Wertungen der erkennenden Gerichte insoweit unterliegen könnte, vermag zur Überzeugung des Senats eine hinreichende Schadenswahrscheinlichkeit nicht zu begründen, da dahingehende Überlegungen – jedenfalls ohne entsprechende Anhaltspunkte – rein spekulativ sind. 61

II. Nebenkosten der Mieter 62

1. Der Antrag, mit dem der Beklagte die Feststellung begehrt, dass die Klägerin ihm auf Schadensersatz haftet, soweit er gegenüber den Mietern des vorgenannten Objekts Nebenkosten insbesondere in Bezug auf die Heizenergie und Strom nicht ordnungsgemäß abrechnen und entsprechende Zahlungen nicht vereinnahmen kann (Widerklageantrag zu 2) nach der Nummerierung in dem Tenor des angefochtenen Urteils), ist zulässig. Insbesondere erachtet der Senat den in der öffentlichen Sitzung vom 18.08.2015 gestellten und das Begehren des Beklagten näher konkretisierenden Antrag trotz gewisser sprachlicher Ungenauigkeiten nunmehr im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO für hinreichend bestimmt. Es fehlt diesem Antrag gleichfalls nicht an einem Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO. Denn auch insoweit hat der Beklagte hinreichend dargetan, dass aus seiner Sicht bei verständiger Würdigung im Fall einer (etwaigen) Verletzung der Pflicht der Klägerin aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien, Nebenkostenmesseinrichtungen ordnungsgemäß zu planen und zu überwachen, ein Grund besteht, mit dem Eintritt eines Schadens, der ihm 63

insbesondere aus einer nicht möglichen Abrechnung von Nebenkosten gegenüber seinen Mietern entstehen könnte, zu rechnen.

2. Der Widerklageantrag zu 2) ist allerdings ebenfalls nicht begründet. Der Beklagte hat nämlich gegenüber der Klägerin keinen Anspruch auf Feststellung der Verpflichtung der Klägerin zum Ersatz des Schadens, der ihm dadurch entstanden sein soll, dass er gegenüber seinen Mietern des streitgegenständlichen Objekts Nebenkosten insbesondere in Bezug auf die Heizenergie und Strom nicht ordnungsgemäß abrechnen und entsprechende Zahlungen nicht vereinnahmen kann, weil der Senat bereits auf der Grundlage der Darlegungen des Beklagten eine dahingehend Pflichtverletzung der Klägerin nicht festzustellen vermag. 64

a) Die Klägerin war nach § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 zu einer ordnungsgemäßen Planung der Nebenkostenmesseinrichtungen verpflichtet, was im Übrigen zwischen den Parteien auch nicht im Streit steht. 65

b) Allerdings kann der Senat insoweit nicht feststellen, dass die Klägerin ihre dahingehenden Verpflichtungen verletzt hätte. Denn der Vortrag des Beklagten hierzu ist nicht hinreichend nachvollziehbar. Bereits in seinem Beschluss vom 10.06.2014 hat der Senat den Beklagten darauf hingewiesen, dass er – um eine Pflichtverletzung der Klägerin aufzuzeigen – nachvollziehbar darzulegen habe, an welcher Stelle sich in Bezug auf welche Messeinrichtung welches Problem mit der Erfassung der Nebenkosten ergebe. Zudem hätte der Beklagte nach Auffassung des Senats ausführen müssen, inwieweit seit dem Jahr 2009 eine von Gesetzes wegen zulässige Abrechnung – die eventuell auch zum Teil durch eine Umlage der entsprechenden Nebenkosten auf Quadratmeter hätte erfolgen können – nicht möglich gewesen wäre. Dabei hat der Senat angeregt, etwaige Problempunkte anhand einer erstellten Betriebskostenabrechnung darzustellen, indem ausgeführt werde, bei welchen Positionen die Abrechnung aufgrund fehlender Messeinrichtungen auf einer nur geschätzten Verteilung der Verbräuche beruhe und weshalb eine derartige Schätzung maßgeblichen Abrechnungsbestimmungen widerspreche, und darzulegen, ob sich Mieter gerade unter einem solchen Aspekt gegen die Betriebskostenabrechnungen zu Wehr gesetzt hätten. Zwar hat der Beklagte nach dem vorerwähnten Hinweis des Senats – insbesondere mit den Schriftsätzen vom 14.07.2014, 18.07.2015 und 29.07.2015 – zu nicht vorgesehenen und nicht mit entsprechenden Messeinrichtungen versehenen Messpunkten vorgetragen. Allerdings ergibt sich aus den Darlegungen des Beklagten – auch unter Berücksichtigung der mit Schriftsatz vom 29.07.2015 überreichten Unterlagen – weiterhin nicht mit einer den Anforderungen des § 138 ZPO genügenden Konkretheit, aus welchen Gründen nicht vorgesehene und nicht mit entsprechenden Messeinrichtungen versehene Messpunkte dazu führen, dass die von ihm im Rahmen der Vertragsverhältnisse zu seinen Mietern erstellten Betriebskostenabrechnungen nicht ordnungsgemäß sein können. Im Übrigen bestehen dafür, dass sich die Planung der Messpunkte über die Ermöglichung einer gesetzeskonformen Abrechnung hinaus nach dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien an weiteren Umständen hätte orientieren sollen, keine Anhaltspunkte. 66

Unter diesem Gesichtspunkt kann der Senat bereits nach dem Vortrag des Beklagten nicht davon ausgehen, dass die Klägerin eine ihr nach dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien obliegende Pflicht verletzt haben könnte, so dass dem Beklagten bereits dem Grunde nach kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, weshalb auch diesem Feststellungsantrag ein Erfolg versagt ist. 67

C. 68

69

I. Die Kostenentscheidung findet ihre gesetzliche Grundlage in § 92 Abs. 1, § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO.

Soweit die Parteien den Widerklageantrag zu 3) (Magistralenbeleuchtung) in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 18.08.2015 übereinstimmend für erledigt erklärt haben, endete die Rechtshängigkeit in Bezug auf diesen Antrag, so dass der Senat in der Hauptsache lediglich noch über die Berufung der Klägerin insoweit zu befinden hatte, als dass sie in Abänderung des angefochtenen Urteils auch die Abweisung der beiden weiteren Widerklageanträge des Beklagten begehrt hat. In diesem Umfang hatte – wie ausgeführt – die Berufung Erfolg, so dass der Beklagte dahingehend die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hatte. 70

Mit Blick auf den Widerklageantrag zu 3) war nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO über die Kosten nach billigem Ermessen unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes zu entscheiden, wobei insoweit im Grundsatz die Kosten des Rechtsstreits im Rahmen der zu treffenden einheitlichen Kostenentscheidung der Klägerin aufzuerlegen sind, da sie ohne den Eintritt des erledigenden Ereignisses im Hinblick auf diesen Feststellungsantrag in dem vorliegenden Rechtsstreit voraussichtlich unterlegen gewesen wäre. 71

Der vorgenannte Feststellungsantrag des Beklagten war zulässig. Insbesondere fehlte es ihm auch nicht an dem nach § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresse. Denn auch insoweit hat der Beklagte hinreichend dargetan, dass aus seiner Sicht bei verständiger Würdigung im Fall einer (etwaigen) Verletzung der Pflicht der Klägerin aus dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien dahingehend, dass auf der Basis der Planung und Bauleitung durch die Klägerin unzureichende Beleuchtungskörper installiert worden seien, ein Grund bestehe, mit dem Eintritt eines Schadens, der ihm insbesondere bei einer Ertüchtigung der nicht ausreichenden Beleuchtung der Magistrale entstehen könnte, zu rechnen. Überdies wäre der Beklagte auch nicht dazu verpflichtet gewesen, nach Ankündigung des Widerklageantrags zu 3) mit Schriftsatz vom 28.12.2012 nach einer im Laufe des vorliegenden Rechtsstreits – jedenfalls ganz überwiegend – möglichen Bezifferung des Schadens auf eine Leistungsklage überzugehen (vgl. hierzu: BGH NJW-RR 2004, 79). 72

Unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes wäre der entsprechende Feststellungsantrag des Beklagten voraussichtlich auch begründet gewesen. Die Planung und Bauüberwachung in Bezug auf die Beleuchtung gehörte gemäß § 3 Abs. 1 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Ingenieurvertrages vom 22.08.2007 zum Aufgabenkreis der Klägerin. Darüber hinaus ist auch nicht ersichtlich, dass die Klägerin keine Überprüfung des Beleuchtungskonzepts mehr schulden sollte, nachdem auch das Architekturbüro X GmbH & Co. KG bei der Gestaltung eines besonderen Beleuchtungskonzepts tätig geworden war und der Beklagte das zunächst vorgesehene Ausführungsunternehmen ausgewechselt hatte. Weiterhin hat die Klägerin in erster Instanz nicht bestritten, dass die Beleuchtung unzureichend ist, weshalb sie mit ihrem in zweiter Instanz erstmals erfolgten Bestreiten nach § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO präkludiert gewesen wäre. Dagegen hat der Beklagte bereits in seiner Widerklageerweiterung hinsichtlich der Beleuchtung der Magistrale schlüssig dargelegt, dass diese Beleuchtung unter anderem unter Verstoß gegen die einschlägigen DIN-Vorschriften geplant bzw. ausgeführt worden und zu dunkel sei, ohne dass die Klägerin diesen Vortrag des Beklagten erstinstanzlich bestritten hätte. Die Klägerin dürfte sich überdies voraussichtlich auch nicht auf die Haftungsbeschränkung in § 4 Abs. 1 der AVI berufen können. Insoweit kann auf die Ausführungen unter B.I.2.e) verwiesen werden. Daneben ist gleichfalls hinreichend wahrscheinlich, dass dem Beklagten im Fall einer Ertüchtigung der Beleuchtung der Magistrale Kosten entstehen werden, die jedenfalls über den Kosten liegen dürften, die eine ursprünglich korrekte Installation in Anspruch genommen 73

hätte.

Auch wenn die Klägerin nach dem bisherigen Sach- und Streitstand voraussichtlich hinsichtlich dieses Feststellungsantrags unterlegen gewesen wäre, hielt es der Senat im Rahmen der zu treffenden Billigkeitsentscheidung unter Beachtung des Rechtsgedankens des § 93 ZPO mit Blick auf den frühestmöglichen Zeitpunkt, zu dem die Erledigungserklärung hätte abgegeben werden können (siehe hierzu: Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Auflage, 2014, § 91a Rn. 24, 25), für geboten, dem Beklagten in Bezug auf diesen Feststellungsantrag etwa ein Drittel der Kostenlast aufzuerlegen. Denn der Beklagte hat erst in der öffentlichen Sitzung des Senats vom 18.08.2015 die Erledigung des Rechtsstreits in Bezug auf den Widerklageantrag zu 3) erklärt, obwohl die Klageschrift in dem Rechtsstreit mit dem Aktenzeichen 9 O 481/13 (Landgericht Bielefeld) vom 16.12.2013 stammt und bereits am 10.06.2014 eine öffentliche Sitzung vor dem Senat in dem vorliegenden Berufungsverfahren stattfand. 74

Infolge des Grundsatzes der einheitlichen Kostenentscheidung waren danach und unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Klageantrag der Klägerin sowie der Widerklageantrag, mit dem der Beklagte die Freigabe eines hinterlegten Betrages in Höhe von 16.065,00 € von der Klägerin begehrt hat, nicht Gegenstand des vorliegenden Berufungsverfahrens gewesen sind, die Kosten entsprechend dem jeweiligen Obsiegen und Unterliegen der Parteien in der ersten und zweiten Instanz zu quoteln. 75

II. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 76

III. Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. 77

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE