**Geschäftsnummer:**
19 U 32/13
3 O 231/12
Landgericht
Karlsruhe

Verkündet am
17. Februar 2015

Deck, JOSin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

# Oberlandesgericht Karlsruhe

19. Zivilsenat

# Im Namen des Volkes

# Urteil

Im Rechtsstreit
M

- Klägerin / Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte H

**gegen**

G

- Beklagter / Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte M

**wegen** Forderung

hat der 19. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe auf die mündliche Verhandlung vom 03. Februar 2015 unter Mitwirkung von

Vors. Richter am Oberlandesgericht Dr. Bergmann

Richterin am Oberlandesgericht Huß

Richter am Oberlandesgericht Loebbe

für **Recht** erkannt:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Karlsruhe vom 01.02.2013, Az. 3 O 231/12, im Kostenpunkt aufgehoben und im Übrigen wie folgt abgeändert:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 77.350,00 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23.12.2011 sowie außergerichtliche Kosten in Höhe von EUR 1.880,20 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen.

III. Von den Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin 23%, der Beklagte 77%.

IV. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Beide Parteien sind befugt, die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung i. H. v. 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, sofern nicht die jeweils vollstreckende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit i. H. v. 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

V. Die Revision wird nicht zugelassen.

# Gründe:

## I.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Rückzahlung von Architektenhonorar aus abgetretenem Recht.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 01.02.2013 - 3 O 231/12 - die Klage abgewiesen. Wegen der tatsächlichen Feststellungen, des streitigen Parteivorbringens und der erstinstanzlich gestellten Anträge im Einzelnen wird auf das von der Klägerin mit der Berufung angegriffene Urteil des Landgerichts Bezug genommen.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.
Das Landgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die durch den Beklagten erbrachte Planungsleistung nicht mangelhaft gewesen sei. Eine in schallschutztechnischer Hinsicht nicht genehmigungsfähige Planung sei nicht vertragsgemäß gewesen. Dem Beklagten komme auch nicht eine Haftungsbefreiung wegen hinreichender Bedenkenhinweise zugute.
Auch Leistungen aus dem Leistungsbild Schallschutz und Raumakustik seien von dem Beklagten aufgrund des Architektenvertrages vom 27.09.2007 geschuldet gewesen, da er auch die Leistungen eines Fachingenieurs übernommen habe. Die Planungsleistungen des Beklagten seien nicht geeignet gewesen, eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung zu erreichen. Sie seien daher unvollständig und mangelbehaftet gewesen.
Auch die Voraussetzungen für eine Haftungsbefreiung lägen nicht vor. Weder die Klägerin noch die Fa. B (im Folgenden: B) hätten vertraglich das Risiko übernommen, dass für das streitgegenständliche Bauvorhaben keine Genehmigung erteilt würde. Dies sei auch aus dem nachvertraglichen Verhalten der Parteien nicht zu entnehmen. Zum Zeitpunkt der Sitzung des Lenkungskreises am 17.12.2007 sei die Genehmigungsplanung durch den Beklagten bereits weitestgehend abgeschlossen gewesen, das vollständige Baugesuch habe in der Gemeinderatssitzung vom 24.01.2008 vorgestellt werden sollen. Die Schallschutzproblematik sei daher sehr spät thematisiert worden. Der Beklagte habe dabei die im Raum stehenden Bedenken entschärft, obwohl es gerade seine Sache gewesen sei, auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens in der vorgeleg-

ten Form aufmerksam zu machen. Vielmehr seien damals noch sämtliche Beteiligten davon ausgegangen, die Baugenehmigung könne, wenn auch mit Auflagen, erteilt werden. Dass das Projekt nicht genehmigungsfähig sei, sei weder der Klägerin noch der Fa. B bewusst gewesen. Vielmehr habe der Beklagte die Hoffnung aller Beteiligten bekräftigt, das Thema „Schallschutz“ spiele eine eher untergeordnete Rolle. Dies zeige sich auch daran, dass der Beklagte im Nachgang zur Sitzung vom 17.12.2007 mit der Erbringung der Leistungsphase 5 beauftragt und sowohl die Genehmigungsplanung als auch der erste Teil der Werkplanung bezahlt worden seien.
Der Beklagte hätte im Übrigen die Schallschutzproblematik bereits zu einem früheren Zeitpunkt und nicht erst in der Sitzung des Lenkungskreises vom 17.12.2007 ansprechen und auf die dringende Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Schallschutzgutachters hinweisen müssen. Dies sei bereits eine Grundleistung der Leistungsphase 1. Es sei dringend geboten, einen notwendigen Fachplaner in das Projekt einzubinden, damit alle entsprechenden Aspekte im Zuge der weiteren Planung des Projekts berücksichtigt werden können. Dagegen sei es nicht sinnvoll, zunächst eine Genehmigungsplanung zu erstellen, um dann die Erforderlichkeit von Schallschutzmaßnahmen festzustellen.
Die außerordentliche fristlose Kündigung des Architektenvertrages aufgrund des Inhalts der E-Mail vom 28.09.2010 sei wirksam gewesen. Ein Anspruch auf Rückforderung geleisteten Architektenhonorars könne auch bei Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grund bestehen, wenn - wie hier - die Arbeiten wertlos seien und der Architekt den wichtigen Grund zu vertreten habe.
Bei zutreffendem und rechtlichem Hinweis hätte dem Beklagten lediglich Honorar für die Grundlagenermittlung i. H. v. 3% des vereinbarten Gesamthonorars (EUR 13.222,22) zugestanden. Die Differenz zu den tatsächlich geleisteten Zahlungen (EUR 113.050,00) sei von dem Beklagten zurückzuzahlen.

Die Klägerin beantragt:

1. Das Endurteil des Landgerichts Karlsruhe vom 01.02.2013, Az. 3 O 231/12, wird aufgehoben.
2. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin EUR 99.827,78 nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23.12.2011 sowie EUR 2.118,44 als Nebenforderung zu bezahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beklagte verteidigt die angefochtene Entscheidung.
Der Vortrag der Klägerin, der Beklagte habe vertraglich die Leistungen eines Schallschutzingenieurs geschuldet, sei in der Berufungsinstanz neu und widerspreche ihrem erstinstanzlichen Vortrag. Die Schallschutzleistungen seien von der Zedentin in Auftrag gegeben worden. Der Beklagte habe stets erklärt, dass er Schallschutzleistungen nicht erbringen könne und wolle. Mit den im Vertrag aufgeführten Fachingenieurleistungen sei nur das Leistungsbild nach § 73 HOAI a. F. gemeint gewesen. Diese umfassten nicht Leistungen für Schallschutz und Raumakustik. Dies sei auch während der gesamten Besprechungen nie in Frage gestellt worden.
Die Zurückweisung des Bauantrags durch das Landratsamt E am 20.12.2011 sei auch nicht aufgrund einer mangelhaften Planung des Beklagten, sondern ausschließlich mangels ausreichender Grundlagen für den Lärmschutz erfolgt. Diese Gründe seien bereits in der Besprechung vom 17.12.2007 bekannt gewesen. Das Baugesuch sei eingereicht worden, nachdem der Klägerin und der Fa. B völlig deutlich gewesen sei, dass mit den bisherigen Vorgaben ein ausreichender Lärmschutz nicht zu erreichen sei.
Die Klägerin habe den Willen zur Übernahme des Risikos gehabt. Das Risiko sei allen Beteiligten hinreichend deutlich gewesen. Die Einholung des Schallschutzgutachtens habe das Vorliegen ausreichender Planungen vorausgesetzt, mit denen der Schallgutachter auch habe rechnen könne. Das Thema sei nicht verharmlost worden. Maßgeblich sei der Kenntnisstand der Fa. B als Auftraggeberin des Beklagten. Deren Mitarbeiter A habe das Problem in vollem Umfang verstanden.
Die erstinstanzliche Beweiswürdigung lasse Fehler nicht erkennen.
Schließlich sei auch kein kausaler Schaden ersichtlich. Es sei nicht ersichtlich, dass sich die Klägerin und die Fa. B bei einer weitergehenden Aufklärung anders entschieden hätten, wenn sie sich selbst in Kenntnis des eindeutigen Schallgutachtens und im Wissen, dass ein Einhalten der Schallschutzwerte nicht möglich sei, für die Einreichung des Baugenehmigungsantrages und die Fortführung der Werkplanung entschieden hätten. Die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Planungsleistungen seien ohnehin zu honorieren gewesen. Diese Planungsleistungen hätten bei einer Abrechnung nach Mindestsätzen der HOAI die bezahlten Beträge weit überschritten.

Auch durch die außerordentliche fristlose Kündigung sei die Vergütungspflicht für bereits erbrachte Leistungen nicht entfallen. Ein Rückforderungsanspruch bestehe nur, wenn durch die fristlose Kündigung die Leistungen des Architekten keinen Wert mehr hätten. Für die Höhe eines eventuellen Rückforderungsanspruchs sei die Klägerin darlegungs- und beweisbelastet. Die Klägerin sei bei ihrer Berechnung von der unwirksamen Honorarvereinbarung ausgegangen. Zum Zwecke des Rückforderungsanspruchs müsse die Klägerin die Mindesthonorare der HOAI berücksichtigen.

Die Akte des Landgerichts Weiden i. d. OPf., Az. 13 O 526/08, war beigezogen und Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

**II.**

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und überwiegend begründet.

1. Der geltend gemachte Anspruch ergibt sich jedoch nicht bereits aus § 812 BGB. Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei der von der Fa. B ausgesprochenen Kündigung vom 03.11.2010 (K 10) um eine Kündigung aus wichtigem Grund oder um eine freie Kündigung nach § 649 BGB handelte. Denn im Falle einer freien Kündigung hätte der Beklagte Anspruch auf - die hier zurückgeforderte - Vergütung der erbrachten Leistungen. Aber auch eine berechtigte Kündigung aus wichtigem Grund hätte nicht zur Folge, dass der Vergütungsanspruch für erbrachte Leistungen entfällt. Vielmehr steht dem Architekten auch bei einer Kündigung aus von ihm zu vertretenden Grund das Honorar für erbrachte Leistungen zu, sofern diese mangelfrei und für den Auftraggeber nicht unverwertbar sind (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 12. Teil Rn. 164ff.). Die erbrachten Zahlungen von der Fa. B an den Beklagten wurden daher jedenfalls nicht ohne Rechtsgrund geleistet.

2. Der Klägerin steht jedoch ein Anspruch auf Zahlung von EUR 77.350,00 gegen den Beklagten aus §§ 634 Nr. 4, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1, 398 BGB zu.

   a. Durch Vereinbarung vom 08./15.12.2011 trat die Fa. B die ihr zustehenden Ansprüche gegen den Beklagten aus dem mit diesem geschlossenen Architektenvertrag an die Klägerin ab (K 13).

   b. Die Fa. B und der Beklagte hatten am 27.09.2007 einen Generalplanervertrag für das Bauvorhaben „Freibad P“ (K 1) geschlossen. Die Fa. B ihrerseits schloss am 05./31.10.2007 mit der Klägerin einen Planungsvertrag.

   c. Die Leistungen des Beklagten waren teilweise mangelhaft, da die Planung des Beklagten nicht genehmigungsfähig war.

      (1) Kein Mangel ist dabei allerdings zu sehen, sofern der Beklagte aufgrund einer nachträglichen Vereinbarung die Planung des Aufsichts- und Kioskgebäudes übernommen hat, wofür ein zusätzliches Pauschalhonorar von EUR 5.000,00 vereinbart wurde (vgl. Schreiben des Beklagten vom 17.01.2008, K 3). Dass diese Planung mangelhaft oder nicht genehmigungsfähig war, ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann dieser Bereich selbst dann umgebaut werden, wenn im übrigen Bereich des Freibades nur eine Sanierung stattfindet, da diese Bereiche im Hinblick auf Lärmemessionen nicht relevant sind (vgl. Protokoll vom 31.07.2008, Ziff. 2 a. E. (B 3)).

      (2) Ferner kann durchaus davon ausgegangen werden, dass der Beklagte nicht (selbst oder durch von ihm beauftragte Dritte) die Erbringung von Leistungen für Schallschutz und Raumakustik nach §§ 80ff. HOAI (1996) schuldete. Zwar behauptet die Klägerin dies. Zum einen ist dieser Vortrag jedoch neu in zweiter Instanz, ohne dass ersichtlich oder vorgetragen ist, dass die Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO erfüllt wären. Erstinstanzlich hatte die Klägerin nur behauptet, es seien Fachingenieurleistungen nach § 73 HOAI (1996) geschuldet gewesen (z. B. AS I 15). Dies entspricht auch

dem Schreiben der Fa. B vom 31.10.2007 (K 2) mit ergänzenden „Anmerkungen“ zum Generalplanervertrag und damit ersichtlich dem anfänglichen Verständnis der Fa. B vom Vertragsinhalt. Zum anderen ist auch unstreitig, dass die Schallgutachten bei der I stets durch die Fa. B, nicht durch den Beklagten in Auftrag gegeben wurden.

(3) Gleichwohl schuldet ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung (vgl. BGH NJW 2003, 287 - zitiert nach juris, Rn. 27; BGH NJW 2011, 1442 - zitiert nach juris, Rn. 22). Ist die Planung dauerhaft nicht genehmigungsfähig, ist das Architektenwerk mangelhaft i. S. d. § 633 Abs. 1 BGB, unabhängig davon, ob er den Mangel zu vertreten hat (vgl. BGH NJW 2003, 287 - zitiert nach juris, Rn. 29). Dabei ist der planende Architekt auch dafür verantwortlich, dass das Bauwerk die an den Schallschutz zu stellenden Anforderungen erfüllt (vgl. OLG Köln, VersR 2002, 1243 - zitiert nach juris, Rn. 54). Der Architekt, der mit der Planung eines Objekts beauftragt wird, von dem erkennbar eine Lärmgefährdung für die Nachbarschaft ausgeht, muss möglichen Gefahren, die dem Auftraggeber bei einer Überschreitung der zulässigen Werte im Baugenehmigungsverfahren oder aufgrund des verwaltungs- oder zivilrechtlichen Vorgehens Betroffener drohen, möglichst sicher vorbeugen (vgl. OLG Köln, VersR 2002, 1243 - zitiert nach juris, Rn. 60). Gegebenenfalls muss der Architekt auf die Notwendigkeit der Einschaltung eines Sonderfachmanns hinweisen (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 12. Teil Rn. 701).

Die Berücksichtigung der Schallschutzproblematik war dabei ersichtlich Gegenstand der von dem Beklagten vertraglich geschuldeten Leistung.
Im vorliegenden Fall war der Beklagte beauftragt, die „Rekonditionierung“ des Freibades der Klägerin als Generalplaner zu planen und umzusetzen. Dass die Schallschutzsituation ein Problem dar-

stellte, ergibt sich nicht nur aus der Lage von mehreren Wohnhäusern unmittelbar an der östlichen Grenze des Bades, sondern auch beispielsweise aus dem Gedächtnisprotokoll der Fa. B über die Gemeinderatssitzung vom 07.05.2007, das dem Beklagten mit Schreiben vom 26.06.2007 überlassen worden war (B 6). Mit dem Schreiben wurde der Beklagte zur Vorstellung eingeladen. Das Protokoll vom 07.05.2007 lautet unter II. (Wünsche) Ziff. 4:

> „Lärmschutzproblematik/Baugenehmigung
> Es ist davon auszugehen, dass die Rekonditionierung des Terrassenbades einer kompletten neuen baurechtlichen Genehmigung bedarf - deshalb ist auch die Lärmschutzproblematik besonders zu beachten (auch hinsichtlich Sprungturm bzw. Sprungturm mit Brett).“

und im Folgenden (S. 5 Ziff. 8) als im Rahmen der Vorstellung zu beantwortende Frage:

> „Kann man ein Terrassenbad in P für den Betrag vom 2,6 Mio. € (als Kostendeckel) mit allen Nebenkosten (auch Schallschutzmaßnahmen) einschl. 19% Mehrwertsteuer rekonditionieren, generationengerecht sanieren?“

Unstreitig ist ferner, dass dem Beklagten die Lärmschutzuntersuchungen der I aus dem Jahr 2002 bekannt waren, in denen die Lärmschutzproblematik bereits in mehreren Varianten erörtert wurde.

Unstreitig ist darüber hinaus, dass es sich bei dem Freibad der Klägerin um eine nach § 1 Abs. 2 der 18. BImSchVO zu beurteilende Sportanlage handelt, d. h., eine Anlage, die primär der Durchführung von Wettkampfsport und/oder der körperlichen Ertüchtigung dienen soll (vgl. VGH München, Urt. vom 24.08.2007, 22 B 05.2870 - zitiert nach BeckRS 2008, 31329).

Die von dem Beklagten erstellte Planung, die Gegenstand des Baugenehmigungsantrages war, war unstreitig nicht genehmigungsfähig, da durch die vorgelegte Planung die in der Nachbarschaft einwirkenden Lärmimmissionen im Vergleich zu der früheren Planung von 2002 teilweise erheblich ansteigen würden, auch durch Lärmschutzwände von bis zu 8,00 m Höhe keine wesentliche Schallpegelminderung im Wohngebiet erreicht werden könne und der Planung daher aufgrund der erheblichen Verschlechterung der Lärmsituation im Vergleich zur Planung von 2002 nicht zugestimmt werden könne (vgl. interne Stellungnahme des Landratsamts vom 07.07.2008 (K 20), Darstellung durch das Landratsamt in der Sitzung vom 31.07.2008 (B 3) und ablehnender Bescheid des Landratsamts vom 20.12.2011 (K 12)).
Die fehlende Genehmigungsfähigkeit des am 18.03.2008 eingereichten Baugenehmigungsantrags stellt im Ergebnis auch der Beklagte nicht in Abrede, insbesondere legt er nicht dar, dass oder aus welchem Grund die zurückweisende Entscheidung des Landratsamtes unzutreffend gewesen wäre.

Ob etwaige frühere Planungen des Beklagten genehmigungsfähig gewesen wären, ist unerheblich. Denn diese wurden nicht zum Gegenstand eines Antrags auf Erteilung einer Baugenehmigung. Sofern die Fa. B und die Klägerin, den Vortrag des Beklagten insofern zugrunde gelegt, nach Vertragsschluss und im Rahmen der Planungen im Herbst 2007 Wünsche entwickelten, die erst zur späteren Nichtgenehmigung geführt hätten, wäre es gerade Aufgabe des Beklagten als Architekt gewesen, auf die fehlende Genehmigungsfähigkeit der beauftragten Planung hinzuweisen (vgl. OLG München, NJW-RR 2012, 23 - zitiert nach juris, Rn. 3; Werner/Pastor, Der Bauprozess, 14. Aufl., Rn. 1991). Dass er darauf hingewiesen habe, wie der Beklagte behauptet, dass er zum Schallschutz ohne Gutachten keine Angaben machen könne, genügt dabei nicht. Vielmehr war es seine Aufgabe, die rechtzeitige Einholung der erforderlichen Begutachtungen zu veranlassen, die genehmigungsrechtlichen Risi-

ken bei Außerachtlassen der Lärmschutzproblematik zutreffend zu verdeutlichen und weitere Tätigkeiten erst dann vorzunehmen, wenn ihm die notwendigen Kenntnisse aus einzuholenden Schallschutzgutachten vorlagen.

Schließlich trägt der Beklagte auch nicht nachvollziehbar vor, dass die von ihm im Jahr 2010 überarbeitete Planung genehmigungsfähig gewesen sei. Aus den Anlagen B 4 und B 5, auf die er hierfür Bezug nimmt, ergibt sich die Genehmigungsfähigkeit gerade nicht. Insbesondere der Anlage B 5 (Projektnotiz N8 der I vom 01.03.2010) ist zu entnehmen, dass auch in der Planung des Beklagten mit Stand 15.02.2010 die Immissionsrichtwerte der 18. BImSchV zum Teil erheblich überschritten wurden. Dass das Landratsamt die Erteilung der Baugenehmigung gerade in Kenntnis auch dieser (neuen) Werte ablehnte, ergibt sich aus deren Bescheid vom 20.12.2011 (K 12, dort S. 2, 3. Abs.).

(4) Die Haftung des Beklagten für die Mangelhaftigkeit der Planung scheidet auch nicht deshalb aus, weil die Fa. B das Risiko der Nichtgenehmigung übernommen hätte.

Zwar können die Parteien im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, dass und in welchen Punkten der Auftraggeber das Risiko übernimmt, dass die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig ist (vgl. BGH NJW 2003, 287 - zitiert nach juris, Rn. 28; BGH NJW 2011, 1442 - zitiert nach juris, Rn. 22). In dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag (K 1) ist eine solche Risikoübernahme jedoch nicht enthalten. Zwar kann eine solche vertragliche Risikoübernahme, da ein Architektenvertrag einem dynamischen Anpassungsprozess unterliegt, auch nach Vertragsschluss im Rahmen der Abstimmung über das geplante Bauvorhaben erfolgen. Voraussetzung für eine derartige vertragliche Risikoübernahme durch den Auftraggeber ist jedoch, dass dieser die Bedeutung und Tragweite des Risikos erkannt hat, welches durch die

Abänderung der Planung entsteht (vgl. BGH NJW 2013, 684 - zitiert nach juris, Rn. 25; BGH NJW 2011, 1442 - zitiert nach juris, Rn. 22). Der Umstand, dass der Fa. B ein gewisses Genehmigungsrisiko bekannt war, reicht dabei nicht aus. Die Kenntnis des Genehmigungsrisikos bietet keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass die Parteien abweichend von dem schriftlichen Vertrag vereinbart haben, dass der Auftraggeber das Genehmigungsrisiko hätte tragen sollen (vgl. BGH NJW 2003, 287 - zitiert nach juris, Rn. 28). Die Darlegungs- und Beweislast für die nachträgliche Abänderung des geschlossenen Vertrages durch eine spätere Risikoübernahme trägt der Beklagte (vgl. BGH NJW 2011, 1442 - zitiert nach juris, Rn. 28).

Dies zugrunde gelegt, hat die Fa. B als Vertragspartner des Beklagten im vorliegenden Fall nur das Risiko übernommen, dass die Baugenehmigung für den vom Beklagten erstellten Entwurf nur mit Auflagen erteilt wird, nicht jedoch das Risiko der vollständigen Versagung der Baugenehmigung. Dem Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme, wie es auch das Landgericht dargestellt hat, kann ohne weiteres entnommen werden, dass der Fa. B und der letztlich entscheidenden Klägerin durchaus bewusst war, dass mit einer uneingeschränkten Genehmigung nicht zu rechnen war, dass man jedoch eine weitergehende Abklärung mit der Baugenehmigungsbehörde vermeiden wollte, um keine „schlafenden Hunde“ zu wecken (vgl. auch Protokoll der Sitzung vom 17.12.2007, Ziff. 2 (K 19)). Offenbar ging man jedoch davon aus, das Landratsamt werde die Genehmigung im Ergebnis erteilen, wenn auch mit Auflagen. Letztlich bedeutete dies, dass man sich gleichsam Vorschläge zur Ausgestaltung des Lärmschutzes vom Landratsamt erwartete, über deren Umsetzung man in der Folge entscheiden wollte (siehe auch Protokoll vom 17.12.2007, S. 3 unten: „Die Maßnahme für den Schallschutz könnten auch später getrennt von der eigentlichen Rekonditionierung des Schwimmbades stattfinden.“). Diese Kenntnislage ist jedoch nicht mit der Situation vergleichbar, die sich tatsächlich bot und die sich der Darstellung durch das Landratsamt auf der Sitzung

vom 31.07.2008 (B 3) entnehmen lässt: Darin sind unter „2. Weitere Möglichkeiten“ die Aufnahme von Schallschutzmaßnahmen in die Planung oder die Reduzierung des Vorhabens auf eine reine Ertüchtigung der vorhandenen Beckenanlagen und unter „3. Weiteres Vorgehen“ auch die mögliche Suche nach einem neuen Standort für das Bad genannt. Dies bedeutet jedoch nichts anderes, als dass man zu diesem Zeitpunkt wiederum am Beginn der Planungen stand, und ist in der Reichweite nicht mit dem übernommenen Risiko, dass die erwartete Genehmigung nur mit bestimmten Auflagen erteilt werde, vergleichbar. Welche technisch und finanziell zu realisierenden Auflagen vom Landratsamt zu erwarten gewesen wären, trägt im Übrigen auch der Beklagte nicht vor.

(5) Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, er sei durch Erfüllung seiner Bedenkenhinweispflicht von der Haftung frei geworden.
Trotz Mangelhaftigkeit der Architektenleistung tritt eine Haftungsbefreiung des Architekten ein, wenn ihm eine bindende Vorgabe des Auftraggebers für die Planung gemacht worden ist, er seiner Bedenkenhinweispflicht ordnungsgemäß nachgekommen ist und aus dem Verhalten des Auftraggebers der Schluss gezogen werden durfte, dieser wolle die Fortführung der aus Sicht des Architekten bedenklichen Leistung, oder wenn der Architekt zwar seine Bedenkenhinweispflicht verletzt hat, jedoch feststeht, dass der Auftraggeber trotz der an sich notwendigen Hinweise auf Durchführung der bedenklichen Leistungen bestanden hätte. Beweisbelastet für die ordnungsgemäße Erfüllung der Bedenkenhinweispflicht bzw. für die Entbehrlichkeit einer Aufklärung des Auftraggebers ist der Architekt (vgl. BGH NJW 2011, 1442 - zitiert nach juris, Rn. 33). Geeigneten Beweis hat er hierfür nicht angetreten. Die Angaben der von Klägerseite benannten und erstinstanzlich vernommenen Zeugen haben keinen Anhaltspunkt für die Behauptung des Beklagten ergeben.

d. Dem Beklagten wurde Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben, er legte unstreitig im Februar 2010 ergänzte Pläne vor (vgl. z. B. Schreiben vom

15.02.2010 (B 4)). Auch in diesem Schreiben führte der Beklagte jedoch aus:

> „Wir übernehmen keine Verantwortung für eine mögliche Baugenehmigung in Sachen Lärmschutz - hierfür ist der Projektsteuerer und der Lärmgutachter verantwortlich!“

Dabei verkennt der Beklagte jedoch, dass er selbst die Aufgabe des Generalplaners übernommen hatte und Aufgabe des Lärmgutachters nur sein konnte, die von dem Beklagten geplante Situation auf die dadurch entstehende Lärmsituation zu überprüfen. Die danach möglicherweise gebotene Umplanung konnte nur von dem Beklagten ausgehen.

Im Übrigen wurde der Baugenehmigungsantrag am 20.12.2011 und damit nach Änderung der Pläne zurückgewiesen, ohne dass der Beklagte vorgetragen hätte, inwiefern die geänderten Pläne richtigerweise zu einer Genehmigung hätten führen müssen (s. auch oben, c. (3) a. E.).

Eine weitere Gelegenheit zur Nachbesserung war dem Beklagten daher nicht einzuräumen.

e. Das Verschulden des Beklagten wird vermutet, § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB.

f. Ein Mitverschulden der Fa. B oder der Klägerin i. S. v. § 254 BGB ist nicht in Ansatz zu bringen. Für eine nicht genehmigungsfähige und damit mangelhafte Planungsleistung steht dem Architekten kein Honoraranspruch zu, soweit dieser bei ordnungsgemäßer Planung oder entsprechender Erkundigung nicht angefallen wäre. Wäre die Leistung noch nicht bezahlt und abgenommen gewesen, wäre die Fa. B insofern auch nicht zur Abnahme der Leistung verpflichtet gewesen (vgl. OLG Düsseldorf BauR 1986, 469/470). Dann würde es jedoch in dem vorliegenden Fall, in dem das Honorar für die Leistungsphasen 1 bis 4 sowie anteilig für die Leistungsphase 5 bereits erbracht ist und im Wege des Schadensersatzanspruchs zurückverlangt wird, zu einem Wertungswiderspruch führen, im Wege des Mit-

verschuldens im Ergebnis einen weitergehenden Honoraranspruch des Architekten zu begründen. Insbesondere war im vorliegenden Fall die Genehmigungsfähigkeit gerade aus Umständen nicht gegeben, deren Klärung zu den zentralen Aufgaben des Beklagten gehörte, und nicht aus solchen, die von der Fa. B auch durch Einholung anderweitigen Rats hätten geklärt werden können (zum letztgenannten Fall vgl. BGH NJW 2011, 1442 - zitiert nach juris, Rn. 45f. für die Abklärung der Rechtsfrage der Reichweite einer Nachbarzustimmung).

g. Als Schaden ist der Fa. B derjenige Betrag entstanden, der von ihr nutzlos aufgewandt wurde. Dies ist vorliegend das für die Leistungsphasen 3 bis 5 an den Beklagten gezahlte Honorar.

(1) Hätte der Beklagte pflichtgemäß darauf hingewiesen, dass mit den von der Klägerin gewünschten Ausstattungsmerkmalen wegen zu hoher Lärmimmissionen keine Baugenehmigung zu erlangen wäre, wäre von ihm in der Folge auch keine Entwurfs- und Genehmigungsplanung (Leistungsphase 3 und 4) zu erstellen gewesen. Ist das vereinbarte Planungssoll nicht genehmigungsfähig, muss darüber im Rahmen der Leistungen gemäß § 15 HOAI, Leistungsphase 2, informiert werden (vgl. OLG München NJW-RR 2012, 23 - zitiert nach juris, Rn. 3) oder eine entsprechende weitere Abklärung stattfinden (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1986, 469/471). Jedenfalls das Honorar für die Leistungsphasen 3 und 4 muss abgelehnt werden (vgl. Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 12. Teil Rn. 705; vgl. auch OLG Düsseldorf, BauR 1986, 469/472 und BauR 1996, 287/288; OLG Nürnberg, NJW-RR 2002, 670 - zitiert nach juris, Rn. 7).

(2) Auch das bereits (anteilig) für die Leistungsphase 5 bezahlte Honorar stellt einen Schaden dar. Der Auftrag zum Tätigwerden in der Leistungsphase 5 wurde dem Beklagten schon zu einem Zeitpunkt erteilt (08.02.2008), bevor der Baugenehmigungsantrag beim Land-

ratsamt E eingegangen war (18.03.2008). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass, hätte der Beklagte in der geschuldeten Weise darauf hingewiesen, dass nicht nur der Inhalt einer Genehmigung, sondern bereits deren Erteilung fraglich war, die Beauftragung der Ausführungsplanung zu diesem Zeitpunkt erfolgt wäre. Wäre hingegen der Ausgang des Genehmigungsverfahrens abgewartet worden, wäre mangels Genehmigung auch kein Honorar für die Ausführungsplanung mehr angefallen.

(3) Dem Beklagten verbleibt hingegen das Honorar für die Leistungsphasen 1 und 2. Dass die Beauftragung des Schallgutachters, für den gerade die Lage und Ausgestaltung der einzelnen Becken und Attraktionen maßgeblich ist, allein auf der Grundlage der Grundlagenermittlung (Leistungsphase 1) möglich gewesen wäre, ist nicht ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht im Einzelnen dargetan. Vielmehr wurden von dem Beklagten ein Übersichtsplan und weitere Vorgaben für den Schallgutachter mit E-Mail vom 28.10.2007 an die Fa. B übermittelt (AS I 171).

Für die Leistungsphasen 1 und 2 steht dem Beklagten ein Betrag von EUR 30.000,00 zzgl. MwSt. (EUR 35.700 brutto) zu. Dieser Betrag war im Vertrag pauschal für die Leistungsphasen 1 und 2 vorgesehen worden (§ 5.1 und § 5.2 des Vertrages, K 1). Hinsichtlich der Vereinbarung des Pauschalhonorars i. H. v. EUR 100.000,00 für Leistungsphasen 1 bis 4, dessen Aufteilung auf die einzelnen Phasen vertraglich festgelegt wurde, ist die erforderliche (vgl. Locher/Koeble/Frik, HOAI (1996), 9. Aufl.2005, § 4 Rn. 14) Schriftform gewahrt (§ 5.1 des Vertrages vom 27.09.2007, K 1). Diese Urkunde ist von beiden Parteien unterschrieben. Zwar behauptet der Beklagte, diese Vereinbarung sei wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksam. Eine behauptete Mindestsatzunterschreitung ist jedoch immer anhand einer hypothetischen, nach HOAI richtig aufgestellten Honorarabrechnung zu überprüfen. Das Gericht muss den entsprechenden Behauptungen - wie in der mündlichen Berufungsverhand-

lung ausgeführt - nur nachgehen, wenn der Auftragnehmer dies substantiiert darlegt und die dafür erforderlichen Tatsachenangaben hinsichtlich anrechenbarer Kosten, Honorarzone etc. macht (vgl. Locher/Koeble/Frik, HOAI (1996), 9. Aufl. 2005, § 4 Rn. 77). Hierzu hat der Beklagte nicht ansatzweise Ausführungen gemacht. Dass ihm für Leistungsphasen 1 und 2 ein höherer Betrag als der vereinbarte Betrag zusteht, kann daher nicht zugrunde gelegt werden.

(4) Der Schaden der Klägerin beläuft sich daher auf den über diesen Betrag hinausgehenden Zahlungsbetrag, der anteilig geltend gemacht wird.

Zurückzuzahlen ist dabei auch der für die an sich mangelfreie Planung des Aufsichts- und Kioskgebäudes bezahlte Pauschalbetrag von EUR 5.000,00, da diese Planung aufgrund der im Übrigen fehlenden Genehmigung nutzlos geworden ist. Wie den als Anlage K 15 vorgelegten Entwürfen zu entnehmen ist, ist das Aufsichtsgebäude und die Stelle, von der aus Aufsicht über die unterschiedlichen Bereiche des Bades ausgeübt wird, untrennbar mit der übrigen Gestaltung des Bades, insbesondere der Anordnung der Becken, verbunden.

Die Klägerin begehrt Rückzahlung der auf die Rechnungen vom 28.09.2007, 22.02.2008 und 23.07.2008 erbrachten Zahlungen (vgl. AS I 19 i. V. m. Protokoll vom 03.02.2015, AS II 137), insgesamt EUR 113.050,00. Von diesen bringt sie selbst bereits EUR 13.222,22 als Honorar für die Grundlagenermittlung in Abzug. Tatsächlich sind jedoch, wie ausgeführt, EUR 35.700,00 für Leistungsphasen 1 und 2 in Abzug zu bringen. Die Differenz (EUR 77.350,00) bildet den zurückzuerstattenden Betrag.

h. Der von dem Beklagten erhobene Verwirkungseinwand ist unberechtigt. Er trägt zwar vor, er habe das Urteil des Oberlandesgerichts Nürnberg so verstanden, dass die bisher bezahlten Honorare als abschließende Rege-

lung vom Oberlandesgericht für angemessen gehalten wurden (AS I 103). Dies ist jedoch zum einen angesichts des nur eingeschränkten Streitgegenstandes des genannten Verfahrens (Zahlung restlichen Honorars für Leistungsphase 5), das von dem Beklagten betrieben wurde, nicht nachvollziehbar, zum anderen gründet sich hierauf kein berechtigtes Vertrauen auf eine ausbleibende Rückforderung erbrachter Zahlungen durch die Klägerin.

3. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286 Abs. 1 Satz 1, 288 Abs. 1 BGB. Der Beklagte befand sich aufgrund des Schreibens der Klägervertreter vom 15.12.2011 (K 14), in dem Frist zur Zahlung bis zum 22.12.2011 gesetzt wurde, seit dem 23.12.2011 in Verzug.

4. Bei den der Klägerin entstandenen vorgerichtlichen Anwaltskosten handelt es sich ebenfalls um einen infolge der mangelhaften Planung entstandenen und von dem Beklagten zu erstattenden Schaden (1,3 Gebühren aus Gebührenstreitwert bis EUR 80.000,00 zzgl. EUR 20,00 zzgl. MwSt.).

**III.**

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht gegeben sind.

| | | |
|---|---|---|
| Dr. Bergmann<br>Vors. Richter am<br>Oberlandesgericht | Loebbe<br>Richter am<br>Oberlandesgericht | Huß<br>Richterin am<br>Oberlandesgericht |