
Datum: 01.12.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 89/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:1201.24U89.05.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 10 O 365/03

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 1. Juni 2005 verkündete Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Auf die Anschlussberufung der Beklagten wird das genannte Urteil teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst.

Die Klage wird abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 19.681,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz

seit dem 15. Oktober 2003 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Kläger wird nachgelassen, die Vollstreckung der Beklagten durch

Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 120 % des jeweils

zu vollstreckenden Betrages abzuwenden, wenn diese nicht vor der

Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Zahlung restlichen Architektenhonorars für das Bauvorhaben C in H in Anspruch. Die Beklagte begehrt vom Kläger Rückzahlung der an ihn geleisteten Abschlagszahlung für Architektenleistungen für dieses Bauvorhaben. Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage bis auf einen Betrag von 2.112,88 € stattgegeben. Zwar stehe dem Kläger für erbrachte Architektenleistungen gemäß den Leistungsphasen 1 und 2 des § 15 HOAI eine Forderung in Höhe von 8.491,51 € zu. Diese sei jedoch durch die vorprozessuale Abschlagszahlung erfüllt. Die Beklagte habe einen Anspruch auf Rückzahlung des überzahlten Honorars und außerdem einen Schadensersatzanspruch aus § 635 BGB a. F., so dass die Widerklage in Höhe von 17.568,65 € begründet sei. Der Kläger habe nicht beweisen können, dass er mit seinen Architektenleistungen die Leistungsphasen 1 bis 4 des § 15 HOAI erfüllt und die Voraussetzungen für die Erteilung einer Baugenehmigung geschaffen habe. Er sei mit der von ihm geschuldeten Leistung in Verzug geraten. Ein großer Schadensersatzanspruch stehe der Beklagten nach Treu und Glauben nicht zu, da sie die Leistungen des Klägers nach den Leistungsphasen 1 und 2 des § 15 HOAI hätte verwerten und das Gewerk durch einen Dritten komplettieren lassen müssen. Wegen der Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf die Seiten 8 ff. des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richten sich die Berufung des Klägers und die Anschlussberufung der Beklagten, die jeweils in formeller Hinsicht bedenkenfrei sind.

Der Kläger ist der Ansicht, das angefochtene Urteil gehe in unzutreffender Weise davon aus, dass zu seinen Lasten die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs gemäß den §§ 634, 635 BGB a. F. gegeben seien. Insbesondere fehle es an einer hinreichend bestimmten Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung. Das Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 02.07.2002 nehme Bezug auf das Schreiben des Kreises C2 vom 22.11.2001, welches ihm jedoch nicht bekannt gewesen sei und ihm erst mit Schreiben der Beklagten vom 13.09. 2002 zur Verfügung gestellt worden sei. Aus diesem Grund sei auch durch das Schreiben der Beklagten vom 28.08.2002 keine wirksame Fristsetzung erfolgt. Er habe auf das Schreiben vom 13.09.2002 mit Schreiben vom 30.09.2002 detailliert Stellung genommen und insbesondere mitgeteilt, dass er selbstverständlich bereit sei, die im Schreiben des Kreises C2 vom 22.11.2001 geforderten Änderungswünsche vorzunehmen.

Soweit das Landgericht seine Entscheidung darauf stütze, dass er nicht bewiesen habe, dass entgegen der Vorgaben im Bebauungsplan mit dem Bauamt der Stadt H sowie dem Bauamt

des Kreises C2 verbindliche Absprachen getroffen worden seien, die zur Genehmigungsfähigkeit des von ihm geplanten Bauvorhabens geführt hätten, habe das Landgericht verfahrensfehlerhaft wesentlichen Vortrag unberücksichtigt gelassen. So sei der Zeuge T vor seiner Vernehmung im Termin vom 20.04.2005 offensichtlich einseitig durch die Beklagte "geimpft" worden. Tatsächlich sei durch den Zeugen I bewiesen worden, dass ein Befreiungsantrag Erfolg gehabt hätte. Auch im Gutachten des Sachverständigen T2 vom 20.09.2004 heiße es auf Seite 15 ff., dass eine entsprechende Befreiung in Aussicht gestellt worden sei. Tatsächlich habe er keinen Befreiungsantrag stellen können, weil die Beklagte den Bauantrag mit Schreiben vom 05.12.2001 zurückgenommen habe. Dass ihr durchaus eine Befreiung erteilt worden wäre, ergebe sich schließlich aus dem Schreiben des Kreises C2 vom 26.07.2005 (Bl. 515 f. d. A.).

Der Kläger beantragt,

8

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn 8.772,33 € 9
nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen

und 10

die Widerklage abzuweisen. 11

Die Beklagte beantragt, 12

1. 13

die gegnerische Berufung zurückzuweisen. 14

2. 15

im Wege der Anschlussberufung unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils den 16
Kläger zu verurteilen, an sie 19.681,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 15.10.2003 zu zahlen.

Sie ist der Ansicht, dass ihr entgegen der Auffassung des Landgerichts der geltend gemachte 17
große Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB a. F. auf Rückzahlung des an den Kläger gezahlten Architektenhonorars zustehe. Die Leistung des Klägers sei mangelhaft gewesen. Die von ihm erstellte Genehmigungsplanung sei nicht genehmigungsfähig gewesen, weshalb der Kläger den von ihm geschuldeten Leistungserfolg nicht erbracht habe. Die Berufungsangriffe gegen diese zutreffende Wertung des angefochtenen Urteils seien gleichermaßen unzutreffend wie unerheblich.

Entgegen der Annahme des Klägers habe sie ihn wirksam unter Fristsetzung mit 18
Ablehnungsandrohung zur Mangelbeseitigung aufgefordert.

Da der Kläger die unterlaufenen Planungsmängel trotz Fristsetzung mit 19
Ablehnungsandrohung nicht beseitigt habe, könne sie Schadensersatz gemäß § 635 BGB a. F. verlangen. Da die Planung des Klägers für sie völlig wertlos sei, mache sie den sogenannten großen Schadensersatzanspruch geltend, so dass sie die Zahlung des weiteren Honorars verweigern und das bereits gezahlte Honorar zurückverlangen könne. Die Auffassung des Vorderrichters, sie müsse sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben an ihrem Ursprungsauftrag festhalten lassen, weil sie im Schreiben vom 30.09.2002 alternativ angeboten habe, nunmehr ein Bürogebäude zu planen, sei rechtsirrig. Zum einen habe es

sich lediglich um ein Angebot gehandelt, zum anderen sei der Kläger in keiner Weise initiativ geworden. Die Auffassung des Landgerichts, sie habe die brauchbaren Leistungen des Klägers, die es im Übrigen nicht einmal gegeben habe, verwerten und das Gewerk des Klägers durch einen Dritten komplettieren lassen müssen, finde im Gesetz keine Stütze.

Nicht nachvollziehbar, zumindest aber unzutreffend, seien die Ausführungen des Landgerichts zur Höhe des dem Kläger vermeintlich zustehenden Honorars und zur Höhe ihres Schadensersatzanspruches. Soweit sich das Landgericht auf die Ausführungen im Gutachten T2 stütze, seien die Ausführungen widersprüchlich. Im Übrigen müsse ein beauftragter weiterer Architekt im Falle einer kompletten Neuplanung auch die Grundleistungen neu erbringen, weil er sich völlig neu einarbeiten müsse und nicht den Vorarbeiten des Klägers vertrauen könne und müsse. Auch sei der Sachverständige von zu hohen anrechenbaren Kosten ausgegangen. Selbst wenn man davon ausginge, dass dem Kläger ein Honoraranspruch für die Phasen 1 und 2 des § 15 HOAI zustünde, würde sich ein solcher allenfalls auf 3.093,74 € belaufen. Vorsorglich werde auch darauf hingewiesen, dass der Kläger nicht den gesamten Leistungskatalog der Phasen 1 bis 4 abgearbeitet habe, so dass auch deswegen eine Honorarminderung erfolgen müsse.

Der Kläger beantragt,

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Senat hat den Kläger angehört und Beweis erhoben durch Einholung eines mündlichen Sachverständigengutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. T2. Wegen des Ergebnisses der Parteianhörung und des Inhalts des Sachverständigengutachtens wird auf den Berichterstattevermerk zum Senatstermin vom 01.12.2005 Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist nicht begründet, die Anschlussberufung ist vollumfänglich begründet.

Der Beklagten steht gegen den Kläger der von ihr geltend gemachten so genannte große Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB a. F. zu.

1.

Die vom Kläger erbrachten Architektenleistungen sind mangelhaft.

Der Kläger ist am 07.09.1998 mündlich mit der Erbringung der Leistungen nach den Phasen 1 bis 4 des § 15 HOAI beauftragt worden. Dieser Architektenvertrag stellt, wie in der Regel (BGH, NJW 2002, 749; NJW 1966, 1713), einen Werkvertrag dar. Der Kläger schuldete das Erarbeiten und Einreichen der Vorlagen für die erforderlichen Genehmigungen des Bauvorhabens oder für die Zustimmungen zu diesem sowie die Vorbereitung eventueller Anträge auf Befreiung oder Ausnahmen.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs schuldete der Architekt eine mangelfreie und funktionstaugliche Planung (BGH, BauR 2001, 823 = NJW 2001, 1276 = NZBau 2001, 270; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 9. Aufl. § 15 HOAI Rdnr. 86 mit umfangr. w.N.; Werner/Pastor Rdnr. 1480 m.w.N.). Der Architekt schuldet insbesondere eine genehmigungsfähige Planung, was der Architekt ggf. durch eine Bauvoranfrage klären muss.

Der Architekt haftet von vornherein für die Einhaltung der geltenden bauordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Vorschriften. Er ist dem Bauherren gegenüber verpflichtet, auf die Erteilung einer rechtmäßigen und bestandskräftigen Baugenehmigung hinzuwirken. Stets schuldet der Architekt eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung, die den geltenden verordnungsrechtlichen und bauplanungsrechtlichen Vorschriften zu entsprechen hat (BGH, NZBau 2003, 38 = BauR 2002, 1872,1873; BauR 1999, 1195 = NJW-RR 1999, 1105; BauR 2001, 785). Es steht nicht in seinem Belieben, zunächst eine nicht genehmigungsfähige Planung vorzulegen und sodann die Auflagen der Baugenehmigungsbehörde abzuwarten (BGH NZBau 2001, 211; 2003, 38, OLG Hamm BauR 2005 1354; Werner/ Pastor, Rdnr. 1482 m.w.N.).

Danach hat der Kläger den von ihm geschuldeten Leistungserfolg nicht erbracht. Ihm ist es innerhalb von vier Jahren nicht gelungen, eine genehmigungsreife Planung des ursprünglich geplanten Ärzte- und Bürohauses zu erstellen. Der Kreis C2 hat dem Beklagten vielmehr mit Schreiben vom 22.11.2001 mitgeteilt, dass eine Baugenehmigung nicht in Aussicht gestellt werden könne, weil Verstöße gegen den Bebauungsplan Nr. 44 der Stadt H vorlägen und dass weder eine Umplanung vorgenommen noch ein begründeter Befreiungsantrag eingereicht worden sei. Der Sachverständige Dipl.-Ing. T2 hat in seinem Gutachten vom 20.09.2004 bestätigt, dass eine Genehmigungsfähigkeit nicht gegeben war. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil, dort Seite 9 vorletzter Absatz bis Seite 12, 2. Abs. Bezug genommen werden. Die vom Landgericht vorgenommene Tatsachenfeststellung ist ebenso wenig zu beanstanden wie seine rechtliche Würdigung. 32

Das Landgericht hat zutreffend ausgeführt, dass die Planung des Klägers nicht genehmigungsfähig gewesen sei. Die grundsätzlich positive Bewertung des geplanten Bauvorhabens durch die Stadt H in der Stellungnahme vom 17.08.2001 (Bl. 374 f. d. A.), auf die sich der Kläger im Senatstermin nochmals berufen hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass eine Planung nicht deswegen genehmigungsfähig ist, weil ihr die Genehmigungsbehörden "grünes Licht" gegeben haben. Dies begründe nicht einmal im Fall einer rechtserheblichen Zusage die objektive Genehmigungsfähigkeit. Entscheidend sei vielmehr die Vereinbarkeit mit der tatsächlichen Rechtslage (BGH BauR 1999, 1195, 1197 f.). Diese Grundsätze gelten für den vorliegenden Fall erst recht, denn hier stammt die grundsätzlich positive Stellungnahme von der Stadt H. Baugenehmigungsbehörde war aber nicht diese, sondern der Kreis C2. Dieser hatte sich zu keinem Zeitpunkt in schriftlicher Weise positiv zu dem hier streitgegenständlichen Bauvorhaben geäußert. 33

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung die erstinstanzliche Tatsachenfeststellung unter Bezugnahme auf die Schriftsätze vom 11.05.2005 und 20.05.2005 mit den Worten angreift, der Zeuge T, ein Kreisbauamtsrat des Kreises C2, sei vor seiner Vernehmung im Termin vom 20.04.2005 offensichtlich einseitig durch die Beklagte "geimpft" worden, rechtfertigt dies keine erneute Durchführung der Beweisaufnahme. Es sind keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieses schwerwiegenden Vorwurfs ersichtlich. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat auf einen entsprechenden Vorhalt des Vorsitzenden im Senatstermin erklärt, dass er keinen Korruptionsvorwurf gegen den Zeugen T erhebe. 34

Der pauschale, nicht näher begründete Vorwurf des Prozessbevollmächtigten des Klägers, bezieht sich darauf, dass das Landgericht auf S. 10 des Urteils es als nicht bewiesen angesehen hat, dass entgegen den Vorgaben im Bebauungsplan mit dem Bauamt der Stadt H sowie dem Bauamt des entscheidenden Kreises C2 andere "verbindliche Absprachen" getroffen worden wären, die eine Genehmigungsfähigkeit des Bauvorhabens herbeigeführt 35

hätten.

Abgesehen davon, dass der Prozessbevollmächtigte des Klägers nicht einmal ansatzweise dargelegt hat, dass im vorliegenden Fall entgegen der zitierten Rechtsprechung des BGH irgendwelche Absprachen ausnahmsweise verbindlich gewesen sein könnten, entbehren seine Vorwürfe einer nachvollziehbaren Begründung. In dem Schriftsatz vom 11.05.2005, der sich bis zum Senatstermin nicht in der Akte und nach den Angaben des Prozessbevollmächtigten der Beklagten auch nicht in dessen Handakte befand, folgert der Prozessbevollmächtigte des Klägers aus der Tatsache, dass der Kreisbauamtsrat T in dem Einzelrichtertermin vom 20.04. 2005 eine Kopie des Schreibens der Stadt H vom 2.09.1999 überreicht hat, das an die Beklagte gerichtet war und deren Eingangsstempel enthält (Bl. 398 d.A.), dass der Zeuge einseitig Material von der Beklagten erhalten habe und "präpariert" gewesen sei. 36

Dieser Schlussfolgerung mangelt es an jeglicher Stringenz. Die Beklagte hat eine Kopie des Schreibens vom 2.09.1999 unstreitig auch dem Kläger zur Verfügung gestellt, der eine Kopie davon bereits im Einzelrichtertermin vom 31.03.2004 (Bl. 149, 166 d.A.) zu den Akten gereicht hat. Unter diesen Umständen erscheint es nicht fern liegend, dass entweder der Kläger oder die Beklagte dieses Schreiben dem Bauamt des Kreises C2 im Rahmen der Vorbereitung des Bauantrags vom 12.02.2001 oder im Laufe des Baugenehmigungsverfahrens im Jahr 2001 vorgelegt hat. Aus der Vernehmung des Zeugen T (Bl. 392 d.A.) ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass der Zeuge von der Beklagten "präpariert" worden ist. Dass der Zeuge gleich zu Beginn seiner Aussage "medias in res" gegangen ist, wie es in dem Schriftsatz vom 11.05. 2005 heißt, ist ebenfalls nicht verwunderlich, da der erstinstanzliche Einzelrichter ein konkretes Beweisthema formuliert hat (Bl. 367 d.A.) und einem Zeugen gem. § 377 Abs. 2 Nr. 2 ZPO der Gegenstand der Vernehmung mitzuteilen ist. Die Einleitung der Zeugenaussage (Bl. 386/387) bezieht sich genau auf die formulierte Beweisfrage. 37

Im Übrigen vermag der Senat auch der Aussage des Zeugen I (Bl. 361 ff) nicht zu entnehmen, dass es seinerzeit irgendwelche ausnahmsweise "verbindliche Absprachen" gegeben habe. Eine entsprechende Darlegung fehlt in der Berufungsbegründung. Es ist schließlich auch nicht ersichtlich, dass sich der Kläger im Baugenehmigungsverfahren auf solche vermeintlich "verbindliche Absprachen" berufen hat, was geboten gewesen wäre, wenn es sie gegeben hätte. 38

Es fehlt, sowohl angesichts der überzeugenden Ausführungen im angefochtenen Urteil als auch angesichts der insoweit knappen und nicht einmal schlüssigen Berufungsangriffe, an der erforderlichen gewissen – nicht notwendig überwiegenden – Wahrscheinlichkeit dafür, dass im Fall der Beweiserhebung die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt. Eine ohnehin mangels eines insoweit schlüssigen Berufungsangriffs nicht erforderliche erneute Beweisaufnahme ist nach der ZPO-Reform nur dann geboten, wenn konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit und Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen, da die Berufungsinstanz nicht mehr Wiederholung der Tatsacheninstanz ist, sondern nur der Fehlerkontrolle und -beseitigung dient (vgl. Zöller-Gummer/Heßler § 529 ZPO Rdnr. 1, 3, 7). Bei dem Zeugen T handelt es sich nicht etwa um einen im Lager der Beklagten stehenden Zeugen, sondern um einen Kreisbauamtsrat des Kreises C2. Warum dieser die Unwahrheit gesagt haben sollte, ist in keiner Weise ersichtlich und wird von Klägerseite auch nicht erklärt. 39

Soweit die Berufungsbegründung noch auf das Schreiben des Kreises C2 vom 26.07.2005, das sich auf das dann später tatsächlich realisierte Bauvorhaben bezieht, Bezug nimmt, 40

können aus diesem Schreiben keinerlei Erkenntnisse für den vorliegenden Rechtsstreit gewonnen werden.

Es kommt nicht darauf an, ob ein Befreiungsantrag möglicherweise Erfolg gehabt hätte und inwieweit dieser auf der Grundlage der Planung des Klägers in Aussicht gestellt worden ist. Sollten diese Voraussetzungen vorliegen, war der Kläger vielmehr in einem erhöhten Maß verpflichtet, einen Befreiungsantrag vorzubereiten. Das hat er pflichtwidrig nicht in einer Erfolg versprechenden Weise getan. Er hat seine Bemühungen, eine genehmigungsreife Planung zu erstellen, nach Einreichung der überarbeiteten Planung im Juli 2001 vielmehr eingestellt. 41

Die mangelnde objektive Genehmigungsfähigkeit der Planung wurde von dem Kläger schließlich in dem Senatstermin auch nicht mehr in Zweifel gezogen. Er hat auf Vorhalt hin eingeräumt, dass er bis zuletzt keine genehmigungsfähige Planung erstellt habe, er habe wohl Fehler gemacht. 42

2. 43

Der Kläger hat auch mit seinem Berufungsvorbringen keinen Erfolg, ein Schadensersatzanspruch der Beklagten aus § 635 BGB a. F. scheitere an einer fehlenden Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung gemäß § 634 Abs. 1 Satz 1 BGB. Tatsächlich ist eine wirksame und hinreichend bestimmte Fristsetzung erfolgt, auf die der Kläger nicht bzw. nicht in zureichender Weise reagiert hat. Der chronologische Geschehensablauf verdeutlicht dies. 44

Der Architektenauftrag ist dem Kläger mündlich am 07.09.1998 erteilt worden, wie sich aus seiner Gesprächsnotiz ergibt (Bl. 110 f. d. A.). Im Januar 1999 kam es zu Abstimmungsgesprächen und zur Einreichung einer Bauvoranfrage. Die Planung wurde später überarbeitet; hierüber verhält sich das bereits angesprochene Schreiben der Stadt H vom 02.09.1999 (Bl. 166 = Bl. 398 d. A.). Am 12.02.2001 ist dann schließlich der Bauantrag beim Kreis C2 eingegangen, nachdem er zuvor am 08.02.2001 bei der Stadt H eingegangen war. Am 22.02.2001 teilte der Kreis C2 der Beklagten und in Durchschrift dem Kläger mit, dass die Vorprüfung des Bauantrages ergeben habe, dass zur Vervollständigung noch Unterlagen einzureichen seien. Außerdem verstoße das geplante Bauvorhaben bezüglich der Überschreitung der Drempe lhöhe, Traufhöhe und der Baugrenzen gegen die Festsetzungen des rechtskräftigen Bebauungsplanes Nr. 44. Eine Umplanung sei erforderlich (vgl. Bl. 27 f. d. A.). Unter dem 21.05.2001 erinnerte der Kreis C2 an sein Schreiben vom 21.02.2001 und bat nunmehr um Erledigung bis zum 20.06.2001. Gleichzeitig wurde eine Stellungnahme des staatlichen Amtes für Arbeitsschutz S übersandt, wonach die Empfangsbereiche der beiden geplanten Arztpraxen im Erdgeschoß umzuplanen waren. Es bestehe keine Sichtverbindung nach außen. In den Praxen würden außerdem die ausschließlich den Mitarbeitern zur Verfügung stehenden WC-Räume fehlen (vgl. Bl. 29 ff. d. A.). 45

Am 05.06.2001 fand eine Besprechung zwischen den Parteien in H statt. Das Schreiben des Kreises C2 vom 21.05.2001 wurde dem Kläger übergeben. Im Juli 2001 wurde dann eine geänderte Entwurfsplanung (Index B) dem Kreis C vorgelegt (Bl. 58, 327 f. d. A.). Die Stadt H gab hierzu unter dem 17.08.2001 eine Stellungnahme ab (vgl. Bl. 370 ff. d. A.). Auf ein Mahnschreibendes Klägers vom 19.09.2001 (Bl. 14 d.A.) bezüglich seines Honorars für die Leistungsphasen 1 - 4 teilte die Beklagte ihm unter dem 28.09.2001 (Bl. 37 d. A.) u.a. mit, dass die Baugenehmigung nach wie vor nicht erteilt sei, da die vom Kreis C2 und vom staatlichen Amt für Arbeitsschutz geforderten Nachbesserungen noch nicht erfolgt seien. Ein Zahnarzt und die B-Krankenkasse seien wegen der schleppenden Bearbeitung durch den Kläger bereits abgesprungen. Sobald die Baugenehmigung vorliege werde die Beklagte die 46

berechtigte Forderung ausgleichen bzw. verrechnen.

Aufgrund des Schreibens des Kreises C2 vom 22.11.2001 (Bl. 33 f. d. A.), in dem dieser erneut auf die mangelnde Genehmigungsfähigkeit der Planung hinwies und die Ablehnung des Bauantrags androhte, nahm die Beklagte sodann am 05.12.2001 (Bl. 65 d. A.) den Bauantrag zurück. 47

Mit Anwaltsschreiben vom 02.07.2002 (Bl. 35 f. d. A.) forderte die Beklagte den Kläger "letztmalig" auf, die Beanstandungen des Bauamtes des Kreises C2 vom 22.11. 2001 nunmehr bis zum 31.07.2002 zu beheben. Da die interessierten Ärzte inzwischen als Kunden abgesprungen seien, wäre die Beklagte auch damit einverstanden, wenn statt Arztpraxen nunmehr Büroräume geplant würden, was sie als den einfacheren Weg ansehe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schreibens verwiesen. 48

Nachdem der Kläger keine Reaktion gezeigt hatte, wurde ihm mit Anwaltsschreiben vom 28.08. 2002 für die vorzunehmende Nachbesserung der Pläne eine Nachfrist auf den 30.09.2002 gesetzt (Bl. 38 f. d. A.). Daraufhin bat der Klägervertreter mit Schreiben vom 10.09.2002 (Bl. 59 d. A.) Um Übersendung der Schreiben des Kreises C2 vom 22.11. und 21.05. 2001, die ihm mit Schreiben vom 13.09.2002 (Bl. 60 d. A.) zugeleitet wurden. Mit Schreiben vom 30.09.2002 ließ der Kläger durch seine Prozessbevollmächtigten erklären, dass er "selbstverständlich" bereit sei, die vom staatlichen Amt für Arbeit geforderten Änderungen gem. Schreiben des Kreises C2 vom 22.11.2001 vorzunehmen. Sollten statt der Arztpraxen nunmehr Büroräume gewünscht werden, so hätte dies weitere Honorarberechnungen zur Folge (Bl. 40 ff. d. A.). 49

Den Voraussetzungen des § 634 BGB a. F. ist danach bereits durch das Schreiben vom 02.07.2002 genüge getan worden. Dem Kläger waren die Beanstandungen des Kreises C2 aus den Schreiben vom 22.02.2001 und vom 21.05.2001 sowie das Ausmaß seiner eigenen Umplanungen bekannt. Ihm war - zumindest aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 28.09.2001 - auch bekannt, dass die Bedenken des Bauamts fortbestanden. Der Kläger musste im Senatstermin auf Vorhalt auch einräumen, dass er dieses Schreiben erhalten hat und dass es sich auf das hier streitgegenständliche Bauvorhaben bezieht. 50

Der Kläger kann sich nicht auf den formalen Gesichtspunkt zurückziehen, dass ihm das Schreiben des Kreises Borken vom 22.11.2001 nicht mit dem Aufforderungsschreiben vom 02.07.2002 übersandt worden sei. Es wäre seine Vertragspflicht gewesen, bei der Genehmigungsbehörde nachzufragen, ob die im Juli 2001 eingereichten Planunterlagen genehmigungsfähig sind. Der BGH (BauR 1997, 1065 = NJW 1998, 135) hat die Symptomrechtsprechung auf das Architektenrecht übertragen. Nach dieser reicht es aus, wenn der Auftraggeber die Mangelercheinung hinreichend beschreibt. Damit macht er den Mangel selbst zum Gegenstand seiner Rüge. Die Symptomtheorie ist auch auf die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung anwendbar (Locher/Koeble/Frik, HOAI, Einl. 89). Die Mangelercheinung des Werks des Klägers bestand darin, dass die Baugenehmigung nicht erteilt worden ist, wovon der Kläger bereits aufgrund des Schreibens der Beklagten vom 28.09.2001 informiert war. Die Beklagte war nicht verpflichtet, dem Kläger die Gründe der Nichterteilung der Baugenehmigung darzulegen, zumal diese in dem Schreiben des Kreises C2 vom 22.11.2001 ohnehin nur stichwortartig genannt werden und es nicht die Aufgabe der Beklagten war, deren genaue Grundlage zu ermitteln und ihre Richtigkeit zu überprüfen. 51

Der Kläger musste sich vielmehr selbst bei dem Bauamt nach den genauen Gründen für die Nichterteilung der Baugenehmigung erkundigen. Nach § 15 Nr. 3 HOAI gehören die Verhandlungen mit Behörden und anderen an der Planung fachlich Beteiligten über die 52

Genehmigungsfähigkeit im Rahmen der Entwurfsplanung zu den Grundleistungen des Architekten. Das gilt nach § 15 Nr. 4 HOAI auch im Rahmen der Genehmigungsplanung für die "noch notwendigen Verhandlungen mit Behörden" und das Erarbeiten der Anträge auf Ausnahmen und Befreiungen. Die HOAI begründet als Honorarordnung zwar keine unmittelbaren Leistungspflichten des Architekten, § 15 HOAI kann aber als Auslegungshilfe bzgl. des Umfangs der vom Architekten geschuldeten Leistungen herangezogen werden. Soweit der Architekt die Vorplanung, Entwurfsplanung, Genehmigungsplanung, Ausführungsplanung oder andere in § 15 HOAI genannte Leistungen zu erbringen hat, ist der Leistungsumfang anhand der Beschreibung und Definition des § 15 HOAI zu ermitteln (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 2. Aufl., 12. Teil 1 Rd 365 m.w.Nachw.). Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass es eine wesentliche Leistungspflicht des Architekten darstellt, Hindernisse, die der Erteilung einer Baugenehmigung entgegenstehen, mit den Bauämtern zu klären und auszuräumen.

Die im Senatstermin vorgetragene Ansicht des Klägers, dass er dazu nicht befugt sei, ist abwegig. Soweit Bauämter tatsächlich im Einzelfall ohne eine schriftliche Vollmacht des Bauherren nicht bereit sein sollten, mit dem Architekten zu verhandeln, muss er sich unverzüglich von seinem Auftraggeber eine schriftliche Vollmacht beschaffen. 53

Tatsächlich hat sich der Kläger jedoch mehrfach über einen längeren Zeitraum hinweg damit begnügt, untätig zu bleiben, so etwa zwischen den Schreiben des Kreises Borken vom 22.02. und 21.05.2001 sowie auch nach Einreichung der geänderten Entwurfsplanung im Juli 2001. Auf das ihm übersandte Schreiben vom 02.07.2002 ist er völlig untätig geblieben und hat die ihm gesetzte Frist ohne irgendeine Reaktion verstreichen lassen. 54

Die dem Kläger gesetzte Frist mit Ablehnungsandrohung war auch hinreichend bestimmt. In dem genannten Schreiben wird dem Kläger eine Frist bis zum 31.07.2002 gesetzt, um die Beanstandungen des Kreises C2 vom 22.11.2001 zu beheben. 55

Alternativ hat die Beklagte dem Kläger ein Angebot unterbreitet, auf die Mängelbeseitigung bei den Altplänen zu verzichten und unter Abänderung der bestehenden Leistungsverpflichtung des Klägers statt der Planung der Arztpraxen nunmehr Büroräume zu planen. Im Rahmen der Nachbesserung der Planung kann der Architekt zwar grundsätzlich auch geringfügige Änderungen seiner bisherigen Planung vorschlagen, das gilt aber nicht, wenn eine grundlegende Umplanung des Baukörpers erforderlich würde (Locher/ Koeble/Frik § 15 HOAI Rdnr. 88). Diese kann nur mit Zustimmung des Bauherren erfolgen (BGH BauR 2002, 1872 =, NJW 2003, 287), die von der Beklagten angeboten worden ist. Insoweit hat die Beklagte kein Angebot zu einer vergütungspflichtigen Planungsänderung abgegeben, sondern zu einer ohne ihre Zustimmung nicht zulässigen Alternative der Nachbesserung einer mangelhaften Planungsleistung des Klägers, die keinen zusätzlichen Honoraranspruch auslöst (Werner/ Pastor Rdnr. 871; Locher/ Koeble/Frik § 20 HOAI Rdnr. 7). Die Honorarfähigkeit der Planungsalternative ist grundsätzlich von der Genehmigungsfähigkeit der ursprünglichen Planung abhängig ((Locher/ Koeble/Frik § 20 HOAI Rdnr. 20). Dem Architekten steht es frei, auf ein entsprechendes Angebot des Bauherren einzugehen oder seine mangelhafte Planung nachzubessern, wenn ihm die zur Diskussion gestellte Umplanung zu aufwändig erscheint. In welcher Weise er die Nachbesserung vornimmt, bestimmt ohnehin grundsätzlich der Architekt unter der Voraussetzung, dass sich diese im Rahmen der geschuldeten Leistung hält. Wenn der Auftraggeber bereit ist, diesen Rahmen zu erweitern, so stellt das keinen Nachteil für den Kläger dar. Etwaige Unklarheiten bzgl. der zur Diskussion gestellten Alternative hätte er unverzüglich mit der Beklagten klären müssen, wenn er auf diesen Vorschlag eingehen wollte. 56

Der Kläger hat das Angebot der Beklagten zur Vereinbarung eines geänderten Planungsziels nicht angenommen, so dass er die Mängel seiner Planung fristgerecht beseitigen musste. Die Beklagte hat angekündigt, den Kläger wegen Nichterfüllung in Anspruch zu nehmen, falls die gesetzte Nachfrist fruchtlos verstreichen sollte. Der Inhalt des Schreibens ist eindeutig. 57

Die Voraussetzungen des § 634 BGB a. F. wären aber auch dann erfüllt, wenn man dem Kläger insoweit folgen würde, dass die gesetzte Frist erst wirksam mit der Übersendung des Schreibens des Kreises Borken vom 22.11.2001 in Gang gesetzt wurde. Der Senat lehnt diese Auffassung ab, er will dem Kläger lediglich vor Augen führen, dass er in jedem Fall zu einer fristgerechten mangelfreien Planung verpflichtet war. Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 28.08.2002 unter Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 02.07.2002 eine nochmalige Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt hatte, diesmal bis zum 30.09.2002 (Bl. 38 f. d. A.) hat sie auf Anforderung des Klägers mit weiterem Schreiben vom 13.09.2002 das Schreiben des Kreises C2 vom 22.11.2001 dem Kläger zugesandt. Aber auch nach Zugang dieses Schreibens ist der Kläger untätig geblieben. Obwohl es ihm nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. T2, denen sich der sachkundige Senat anschließt, ohne weiteres möglich gewesen wäre, anschließend binnen 4 Wochen eine genehmigungsfähige Planung inklusive Befreiungsantrag zu erstellen, die Verhandlungen mit der Baubehörde eingeschlossen, machte der Kläger keine dahingehenden Versuche. Einen Zugang des Schreibens vom 13.09.2002 am 15.09.2002 unterstellt, hätte die Genehmigungsplanung also bis zum 14.10.2002 erstellt sein müssen. Dass die im Schreiben vom 28.08.2002 gesetzte Frist am 30.09.2002 ablief, ist unschädlich, da bei einer zu kurz bemessenden Frist eine angemessene gilt (vgl. Palandt/Sprau, BGB 62. Aufl., § 634 Rdn. 3 m. w. N.), hier also der 14.10.2002. 58

Das Schreiben des Klägers vom 30.09.2002, in dem er seine Bereitschaft erklärte, die vom staatlichen Amt für Arbeitsschutz geforderten Änderungen vorzunehmen, war als Reaktion auf die Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung unzureichend. Die bloße Ankündigung zum Tätigwerden bereit zu sein, reichte angesichts der Fristsetzung nicht mehr aus. Der Kläger hätte unverzüglich die genehmigungsfähige Planung erstellen müssen, was er nicht getan hat. 59

Es ist unerheblich, dass die Beklagte den Bauantrag zurückgezogen hatte und diese mittlerweile möglicherweise andere Vorstellungen von der Bebauung des Grundstücks hatte. Dies ließ den Vertragsinhalt zwischen den Parteien ohne die angebotene Vertragsänderung unberührt. Das Verwendungsrisiko einer genehmigungsfähigen Planung, die dem vereinbarten Leistungsziel entsprach, trug die Beklagte. 60

Die Voraussetzungen des § 634 Abs. 1 BGB a. F. sind daher erfüllt. 61

3. 62

Der Mangel des Werkes beruht auch auf einen Umstand, den der Kläger zu vertreten hat. Denn er hat die vertragliche Verpflichtung übernommen, eine Genehmigungsfähigkeit der Pläne zu erreichen. Durch Anpassung seiner Pläne an die Vorgaben des Kreises Borken wäre eine Genehmigungsfähigkeit zu erreichen gewesen. Das ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. T2 und der Kläger geht auch selbst davon aus. 63

4. 64

Die Beklagte kann danach Schadensersatz wegen Nichterfüllung gem. § 635 BGB a.F. verlangen. Sie hat im Zuge des ihr zustehenden Wahlrechts das Werk des Klägers 65

zurückgewiesen und den durch Nichterfüllung des ganzen Vertrages verursachten Schaden ersetzt verlangt ("großer Schadensersatz"), wobei der von ihr geltend gemachte Schaden ausschließlich das Architektenhonorar ist, welches sie bei ordnungsgemäßer Vertragserfüllung geschuldet hätte. Ein Nachweis, dass das Interesse der Beklagten an der Leistung entfallen ist, ist nicht erforderlich (vgl. Palandt/Sprau, 62. Aufl., § 635 Rdnr. 6 m.w.N.).

Die Beklagte kann danach die vollständige Rückzahlung der geleisteten Anzahlung verlangen. Aus dem Vorgesagten folgt zugleich, dass der Kläger keinen Honoraranspruch hat, so dass seine Berufung nicht begründet ist, worauf er im Senatstermin deutlich hingewiesen worden ist.

66

Unabhängig davon, ob die in den Leistungsphasen 1 und 2 erbrachten Leistungen des Klägers überhaupt brauchbar waren, war ihre Verwertung der Beklagten auch unter Berücksichtigung ihrer Schadenminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 BGB nicht zumutbar. Die Leistungen des Klägers zu den Phasen 1 und 2 bezogen sich auf ein bestimmtes Bauvorhaben. Nachdem im Laufe der Jahre verschiedene Interessenten abgesprungen waren, weil eine genehmigungsfähige Planung nicht zeitnah zustande gekommen war, musste eine komplette Umplanung vorgenommen werden. Der neu zu beauftragende Architekt musste sich komplett in die Materie einarbeiten und sämtliche Leistungen neu erbringen. Sich auf die Vorarbeiten seines gescheiterten Vorgängers zu verlassen, war dem nachfolgenden Architekten nicht zumutbar.

67

Der Kläger kann auch nicht die teilweise Vergütung seiner Tätigkeiten verlangen. Soweit der Kläger im Senatstermin erklärt hat, es sei eine abschnittsweise Beauftragung erfolgt, ist dieses Vorbringen neu und bestritten, so dass es gem. § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO nicht zuzulassen ist, da die Unterlassung dieses Vertrages in erster Instanz auf einer Nachlässigkeit beruht. Der Kläger hatte in der Klageschrift vorgetragen, mit den Leistungen der Leistungsphase 1 bis 4 des § 15 HOI beauftragt worden zu sein. Dies konnte im Zusammenhang mit seinem übrigen Vorbringen sowie mit seiner Gesprächsnotiz vom 07.09. 1998 (Bl. 110 f.d. A.) nur so verstanden werden, dass bereits im September 1998 ein einheitlicher Auftrag, erfolgt ist. Soweit der Kläger im Schriftsatz vom 31.08.2004 kommentarlos mitgeteilt hat, dass die Beklagte im Parallelverfahren (10 O 687/01 LG Münster) vorgetragen habe, der Auftrag für das vorliegend in Rede stehende Ärztehaus sei in Abschnitten erteilt worden (vgl. Bl. 229 d. A.), hat er sich diesen Vortrag nicht zueigen gemacht. Ein entsprechender Vortrag der Beklagten ist im vorliegenden Rechtsstreit im Übrigen nicht erfolgt. Dementsprechend geht auch das angefochtene Urteil zu Recht als unstreitig davon aus, dass ein einheitlicher Auftrag über die Phasen 1 bis 4 erteilt worden sei, was der Kläger in der Berufungsbegründung nicht gerügt hat.

68

Im Übrigen kann dem Architekten bei einer stufenweisen Beauftragung nach der Rechtsprechung des BGH (BauR 1997, 1065) zwar ein Honorar für eine mangelfreie Entwurfsplanung zuerkannt werden, für die eine "hinreichende Genehmigungsaussicht" bestanden hat, Pastor (Werner/Pastor Rdnr. 1489) weist jedoch zutreffend darauf hin, dass solch ein Sachverhalt in der Baupraxis kaum vorstellbar sei. Die maßgebliche, geistige Planungsleistung wird von einem Architekten in der Vor- und Entwurfsplanung erbracht, die Genehmigungsplanung baut sodann auf diesen Leistungen auf, was auch aus der in § 15 Abs. 1 Nr. 4 HOAI genannten Grundleistung für die Genehmigungsplanung deutlich wird. Daher sei davon auszugehen, dass eine nicht genehmigungsfähige Planung in aller Regel eine mangelhafte Entwurfsplanung indiziere. Diese Auffassung teilt der Senat. Der Kläger hätte nicht nur die stufenweise Beauftragung bereits in erster Instanz darlegen und beweisen

69

müssen, sondern auch darlegen müssen, dass die Entwurfsplanung bzw. die vorangegangenen Stufen mangelfrei waren. Dagegen spricht, dass es dem Kläger trotz des Hinweises der Beklagten vom 28.09.2001 auf die Nichterteilung der Baugenehmigung im gesamten folgenden Jahr nicht gelungen ist, die Grundlagen für eine Genehmigung zu schaffen.

Im Übrigen würde das Honorar für die mangelfreie Erbringung der Leistungsphasen 1 und 2 eine Aufwendung für die Beklagte darstellen, die für sie nutzlos war, weil der Kläger die darauf aufbauende Leistung der genehmigungsfähigen Planung schuldhaft nicht erbracht hat. Anders als in den Fällen, in denen die Genehmigungsfähigkeit einer Planung stufenweise geklärt werden soll mit der Folge, dass entsprechende Aufwendungen für den Bauherren einen Nutzen haben, hat der Kläger im vorliegenden Fall seine Grundlagenermittlungen etc. nicht genutzt, um eine genehmigungsfähige Planung zu schaffen, so dass die Erbringung der Leistungsphasen 1 und 2 für die Beklagte nutzlos waren. Insoweit ergäbe sich aus § 635 BGB a.F. ein Schadensersatzanspruch der Beklagten gegen den Kläger, der darauf gerichtet ist, einen entsprechenden Honoraranspruch nicht durchzusetzen. 70

4. 71

Die Zinsentscheidung beruht auf den §§ 291, 288BGB. 72

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 73