

**OLG Brandenburg**

**Urteil**

**vom 14.01.2015**

**4 U 27/13**

**1.**

**Das Planerhonorar wird auch ohne Abnahme fällig. Auf die Abnahmefähigkeit als Fälligkeitsvoraussetzung kommt es jedenfalls dann nicht an, wenn der Auftraggeber nicht mehr die Erfüllung des Vertrags verlangt, sondern mindert oder im Wege des Schadensersatzes die Aufrechnung oder Verrechnung erklärt.**

**2.**

**Die Minderung wegen Planungsmängeln ist nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Auftraggeber die Planung nicht abgenommen hat. Kommt eine Erfüllung des Vertrags nicht mehr in Betracht, kann der Auftraggeber bereits vor Abnahme mindern. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die zu planenden Maßnahmen zwischenzeitlich nach einem anderen Planungskonzept realisiert wurden.**

**3.**

**Ist der Auftraggeber eine Gemeinde, die für die Durchführung der zu planenden Maßnahmen auf Fördermittel angewiesen ist, muss der Planer in besonderem Maße die Finanzierbarkeit der zu planenden Maßnahmen im Blick behalten.**

OLG Brandenburg, Urteil vom 14.01.2015 - 4 U 27/13 (nicht rechtskräftig)

vorhergehend:

LG Potsdam, 17.01.2013 - 3 O 179/10

Tenor

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Potsdam vom 17.01.2013 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

Dieses Urteil sowie das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf ausstehende Vergütung in Höhe von 15.274,38 Euro für Leistungen der Entwurfsplanung aus einem Landschaftsarchitektenvertrag in Anspruch.

Die Parteien schlossen unter dem 12./13.11.2007 einen Landschaftsarchitektenvertrag betreffend kulturbautechnische Maßnahmen zur Verbesserung des Landschaftswasserhaushaltes, des Erosionsschutzes, der Agrarökologie und des Flurhauptwegenetzes in Bezug auf die Gemarkung R... der beklagten Gemeinde. Der Auftrag wurde für die in § 1 Ziff. 1.2 des Vertrages vereinbarten, entsprechend den Leistungsphasen des § 15 HOAI beschriebenen, Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 fest erteilt; bei Erweiterungen des Auftrags sollten für das Honorar die Bestimmungen des Vertrages ebenfalls gelten.

Das Honorar für die Leistungsphasen 1 und 2 wurde von der Beklagten entsprechend der Abrechnungen des Klägers gezahlt.

Eine schriftliche Vereinbarung betreffend die Leistungen der Entwurfsplanung (Leistungsphase 3) wurde von den Parteien am 24.06. bzw. 30.06.2008 unterzeichnet. Ob diese Leistungen bereits zuvor mündlich oder konkludent beauftragt worden sind, ist zwischen den Parteien streitig.

Der Kläger legte über die Leistungen der Entwurfsplanung unter dem 13.07.2008 Rechnung in Höhe von 25.274,38 Euro. Die Beklagte zahlte am 04.08.2008 einen Abschlag von 10.000,- Euro.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, ein weitergehender Zahlungsanspruch stehe dem Kläger nicht zu, da die Leistungen mangelhaft seien. Die vom Kläger geplante Anlage sei überdimensioniert; die dafür entstehenden Kosten seien für die Beklagte nicht akzeptabel und nicht realisierbar. Der Kläger habe die Beklagte insbesondere nicht rechtzeitig über die im Verhältnis zu den in den Leistungsphasen 1 und 2 veranschlagten Kosten erhebliche Kostensteigerung informiert.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Prof. Dr. J....

Im Übrigen wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.

Mit Urteil vom 17.01.2013 hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat es ausgeführt, nach der durchgeführten Beweisaufnahme stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Entwurfsplanung des Klägers mangelhaft sei, da sie von unzutreffenden Prämissen ausgehe, alternative Ableitungsmöglichkeiten nicht in Betracht ziehe und dadurch insgesamt zu einem zu hohen Maßnahmeaufwand komme. Darauf, dass den Kläger mangels Abnahme, für die allein die körperliche Entgegennahme der Planung nicht ausreiche, die Beweislast für die Mangelfreiheit treffe, komme es letztlich nicht an, da sich aus dem Gutachten des Prof. J... die Mangelhaftigkeit der Entwurfsplanung des Klägers ergebe. Soweit Mängel der Planung auf falschen Niederschlagsberechnungen und Abflussbeiwerten beruhten, sei dies zwar Folge des Fachbeitrages von Prof. O...; diese Mängel wären jedoch für den Kläger als Fachmann erkennbar gewesen, so dass sie ihm zuzurechnen seien. Die fehlende Untersuchung und

Planung von alternativen Ableitungen in den See stelle einen weiteren Mangel der Planung des Klägers dar. Spätestens nach der eingetretenen "Kostenexplosion" im Juni 2008 hätte der Kläger die Untersuchung von Alternativen, darunter auch die vom Sachverständigen angeführte Kombination von Ableitung, Rückleitung und Versickerung, erneut in den Blick nehmen und vorschlagen bzw. beplanen müssen, um Einsparpotential zu Tage zu fördern. Es wäre Sache des Klägers gewesen, im Rahmen seiner Aufgabenstellung auch die Wirtschaftlichkeit in den Blick zu nehmen.

Die mangelhafte Entwurfsplanung führe zur Minderung der Vergütung jedenfalls in Höhe der noch offenen Restforderung. Die Mängel der Planung seien jedenfalls so gravierend, dass eine Minderung der Vergütung um 60,5 % und damit in Höhe der Klageforderung berechtigt sei. Die erforderliche Einarbeitung der vom Sachverständigen als fehlend monierten Ableitungssysteme sowie der Neuberechnung der benötigten Flächen unter Berücksichtigung anderer Niederschlagsmengen und Abflussbeiwerte sei jedenfalls mit einem erheblichen Aufwand verbunden, bei dem nicht ersichtlich sei, inwiefern wesentliche Teile der bestehenden Planung überhaupt beibehalten werden könnten. Dann aber sei die Vergütungshöhe ganz überwiegend zu mindern.

Eine Frist zur Nachbesserung sei entbehrlich, da der Kläger die Nachbesserung ernsthaft und endgültig abgelehnt habe. Er habe bis zum Erlass des Beweisbeschlusses vom 14.07.2011 klar zum Ausdruck gebracht, dass er seine Planung als mangelfrei und "alternativlos" ansehe.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Klageziel in vollem Umfang weiter verfolgt.

Er macht geltend, das Urteil des Landgerichts stelle sich als Überraschungsentscheidung dar. So habe es am 09.12.2010 Hinweise erteilt, wonach es darauf ankomme, ob ein konkludenter Vertragsschluss vor dem 17.06.2008 erfolgt sei. Da dies nicht der Fall sei, könne dem Kläger nicht vorgeworfen werden, er habe die Beklagte nicht rechtzeitig über die gestiegenen anrechenbaren Kosten informiert. Soweit das Landgericht von einer Beweislast des Klägers für die Mangelfreiheit ausgehe, weil die Beklagte die Leistungen der Leistungsphase 3 nicht abgenommen habe, stehe dies im Widerspruch zu dem Beschluss vom 20.01.2010, wonach die Beklagte für Mängel der Leistungsphasen 1 und 2 als mangelhafte Grundlage für die Leistungen der Leistungsphase 3 darlegungs- und beweisbelastet sei. Tatsächlich habe der Kläger aber auch nicht auf einer mangelhaften Grundlage geplant.

Der Kläger hält an seiner Auffassung fest, die Beklagte habe die Leistungen der Entwurfsplanung abgenommen. Die Geltendmachung der Mängelrechte, hier der Minderung, setze im Übrigen eine Abnahme des Werkes voraus.

Die Beklagte habe dem Kläger zu keinem Zeitpunkt nach der Übergabe der Planungsunterlagen eine Nachbesserungsmöglichkeit eröffnet; sie habe ihn vielmehr von dem bereits terminierten Besprechungstermin mit den Behördenvertretern ausdrücklich ausgeladen.

Im Übrigen wendet sich der Kläger gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts. Die Planung des Klägers sei insbesondere nicht falsch. Sie zeige sicherlich ein deutlich höheres

Sicherheitspotential und -bewusstsein, als sich die Verfasser des Entwurfs K... und des Sachverständigengutachtens J... offensichtlich vorzustellen in der Lage seien. Es sei jedoch allein Sache der Beklagten, ihr Sicherheitsbedürfnis mit dem Planer abzustimmen; hierzu sei es nicht mehr gekommen. Dem Auftrag des Klägers habe schwerpunktmäßig gerade nicht ausschließlich die Entwässerung zugrunde gelegen. Der Kläger habe seine Planung zunächst mit einem 25-jährigen Regenereignis unterfüttert, dies jedoch aufgrund des, von der Beklagten im Übrigen abgenommenen und vollständig bezahlten, hydrologischen Fachbeitrages O... unter Zugrundelegung eines 100-jährigen Regenereignisses korrigiert. Wenn das Landgericht den Schwerpunkt der Aufgabe des Klägers in der Entwässerung und mithin in einer Vermeidung von Überschwemmungen derart, wie sie im Jahr 2007 stattgefunden hätten, gesehen hätte, hätte es seinen Beweisbeschluss stringent danach ausrichten müssen. Das Landgericht gehe unzutreffend davon aus, dass der Kläger nicht willens gewesen sei, Abstriche in Teilbereichen der Aufgabenstellung vorzunehmen. Das Landgericht hätte die Minderungsquote nicht unspezifiziert auf 60,5 % schätzen dürfen; eine derartig hohe Minderungsquote sei vollkommen überzogen.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts habe der Beklagte die Nachbesserung auch nicht ernsthaft und endgültig abgelehnt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Potsdam zum Aktenzeichen 3 O 179/10, verkündet unter dem 17.01.2013, abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, an ihn 15.274,38 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 %-Punkten über dem Basiszinssatz der europäischen Zentralbank seit dem 22.10.2008 sowie vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 461,60 Euro zu zahlen.

hilfsweise,

das Verfahren gemäß § 538 Abs. 2 ZPO an das Landgericht Potsdam zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil des Landgerichts unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Sachvortrages.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrages wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Berufung ist zulässig; in der Sache bleibt sie jedoch ohne Erfolg.

Das Landgericht ist zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass dem Kläger ein über den unstreitigen Betrag von 10.000,- Euro hinausgehender Anspruch auf Vergütung für die streitgegenständliche Entwurfsplanung nicht zusteht.

1. Zwar haben die Parteien spätestens mit der schriftlichen Vereinbarung vom 24.06./30.06.2008 den ursprünglichen Vertrag vom 12./13.11.2007 wirksam auf die Grundleistungen der Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung) erweitert.

2. Es fehlt auch nicht an der Fälligkeit der Honorarforderung für diese Leistungen. Der Kläger hat unter dem 13.07.2008 eine prüffähige Schlussrechnung oder zumindest Teilschlussrechnung im Sinne von § 8 Abs. 1 HOAI (in der bis zum 17.08.2009 geltenden Fassung; im Folgenden: a.F.) bzw. Ziff. 3.6 des ursprünglichen Vertrages gelegt. Er hat der Beklagten auch unstreitig am 14.07.2008 die von ihm erstellte Entwurfsplanung überreicht. Ob der Kläger die Leistungen vertragsgemäß im Sinne des § 8 Abs. 1 HOAI a.F. erbracht hat, kann für die Fälligkeit der Honorarforderung ebenso dahin stehen wie darauf, ob eine Abnahme der Leistungen durch die Beklagte erfolgt ist. Eine Abnahme ist für die Fälligkeit von Architektenhonorar - anders als für diejenige der Werklohnforderung eines Bauunternehmers - nicht erforderlich; auf die Abnahmefähigkeit als Fälligkeitsvoraussetzung kommt es jedenfalls dann nicht an, wenn der Auftraggeber - wie hier - nicht mehr Erfüllung des Vertrages verlangt, sondern mindert oder im Wege des Schadensersatzes die Aufrechnung oder Verrechnung erklärt (vgl. nur: BGH Urteil vom 16.05.2002 - VII ZR 479/00; Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Auflage, 12. Teil, Rn. 532 und 560).

3. Das Landgericht ist jedoch zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beklagte berechtigt ist, den Honoraranspruch des Klägers für die Entwurfsplanung mindestens um den Betrag der streitgegenständlichen Restforderung von 15.274,38 Euro gemäß § 638 BGB zu mindern.

a) Die Minderung gemäß § 638 BGB ist nicht ausgeschlossen, weil - so jedenfalls die vom Landgericht geteilte Auffassung der Beklagten - die Beklagte die Entwurfsplanung des Klägers nicht abgenommen hat. Zwar ist nach wie vor höchstrichterlich ungeklärt, ob die Gewährleistungsrechte des BGB, insbesondere die Minderung, seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 01.01.2002 noch vor Abnahme geltend gemacht werden können (offengelassen: BGH Urteil vom 08.07.2010 - VII ZR 171/08 - Rn. 28; BGH Urteil vom 24.02.2011 - VII ZR 61/10 - Rn. 17; BGH Urteil vom 06.06.2013 - VII ZR 355/12 - Rn. 16). Selbst wenn man insoweit der Auffassung folgt, dass dem Auftraggeber vor Abnahme grundsätzlich nur die Rechte des allgemeinen Leistungsstörungsrechts zustehen, kann der Auftraggeber ausnahmsweise vor Abnahme mindern, wenn eine Erfüllung des Vertrages nicht mehr in Betracht kommt (vgl. dazu nur: Kniffka/Koeble, a.a.O. Teil 6 Rn. 3; für den Fall einer nicht abnahmebedürftigen Werkleistung: BGH Urteil vom 06.06.2013 a.a.O.). Eine Erfüllung im Sinne einer Beseitigung der Mängel kommt hier bereits deshalb nicht mehr in Betracht, weil die Beklagte - wie die Parteien im Termin am 22.10.2014 übereinstimmend erklärt haben - die vom Kläger zu planenden Maßnahmen inzwischen nach einem anderen Planungskonzept durchgeführt hat.

b) Die Leistungen des Klägers betreffend die Entwurfsplanung sind mangelhaft, da sie dem zwischen den Parteien vereinbarten Leistungssoll nicht entsprechen.

aa) Zwar weist der Kläger zu Recht darauf hin, dass das in dem Vertrag vom 12./13.11.2007 vereinbarte Leistungssoll nicht nur in der Planung einer Entwässerung der Gemarkung R... und deren Schutzes vor Überschwemmungen aus dem Umland bestand, sondern - dies ergibt sich bereits aus der Beschreibung des Vertragsgegenstandes unter § 1 Ziff. 1.1 des Vertrages - in einem umfassenderen Sinn der Verbesserung des Landschaftswasserhaushaltes, des Erosionsschutzes, der Agrarökologie und des Flurhauptwegenetzes dienen sollte. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Anlass der Beauftragung des Klägers, nämlich die Starkregenereignisse im Mai 2007, die zu erheblichen Überschwemmungsfolgen im Bereich des nördlichen Siedlungsrandes der Gemarkung R... geführt hatten, erkennen lässt, dass für die Beklagte die Eignung der zu planenden Maßnahmen zur Verbesserung der Entwässerungssituation und des Schutzes vor Überschwemmungen bei Starkregenereignissen im Vordergrund stand. Darüber hinaus ergibt sich aus dem Umstand, dass es sich bei der Beklagten um eine Gemeinde handelt, die bereits aus kommunalrechtlichen Gründen einem besonderen Wirtschaftlichkeitsgebot unterliegt und die - was dem Kläger unstreitig bekannt war - für die Durchführung der zu planenden Maßnahmen auf Fördermittel angewiesen war, dass der Kläger bei seiner Planung nicht nur wie jeder Planer übermäßigen, unnötigen Aufwand vermeiden musste (vgl. dazu nur: BGH Urteil vom 09.07.2009 - VII ZR 130/07 - Rn. 7), sondern in besonderem Maße die Finanzierbarkeit der zu planenden Maßnahmen für die Beklagte im Blick behalten musste.

Das Leistungssoll des Klägers bestand danach insbesondere darin, dass er die verschiedenen, sich gegenseitig begrenzenden Planungsziele der Beklagten in ein ausgewogenes Verhältnis bringen und dabei die Beklagte - auch in der Phase der Entwurfsplanung - in dieser Beziehung beraten und sich in Bezug auf die als Entwurf auszuarbeitende Lösung mit ihr abstimmen musste.

Diesem Leistungssoll wird die Entwurfsplanung des Klägers nicht gerecht.

bb) Zwar mag der Bewertung des Landgerichts, der der Planung des Klägers zugrunde gelegte Ansatz eines 100-jährigen Regenereignisses und eines Abflussbeiwertes von 0,9 sei "unzutreffend" bzw. "falsch", - isoliert betrachtet - nicht zuzustimmen sein. Nach den Feststellungen des Sachverständigen J... entsprachen die Ansätze des Klägers lediglich insofern nicht den anerkannten Regeln der Technik als danach Ansätze eines 10-jährigen bzw. 20-jährigen Regenereignisses und Abflussbeiwerte von 0,3 bis 0,5 ausgereicht hätten, um eine den Mindestanforderungen entsprechende, fachgerechte Entwässerung der Gemarkung R... herzustellen. Dass die anerkannten Regeln der Technik aus Sicht des Klägers, des Gutachters O..., der im Auftrag der Beklagten den hydrologischen Fachbeitrag vom 08.04.2008 erstellt hatte, sowie des L...-Zentrums für Agrarforschung (im Folgenden: Z...) kritikwürdig sind und der durch den Klimawandel begründeten, neuen Problemstellung möglicherweise nicht mehr gerecht werden, ändert nichts daran, dass sich die Sichtweise der Vorgenannten im Jahr 2008, nicht (und sei es auch nur noch nicht) als neue anerkannte Regeln der Technik durchgesetzt hatte; dass dies heute der Fall wäre, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Einer Beweisaufnahme durch das klägerseits angebotene sachverständige Zeugnis des Herrn O... bedarf es deshalb nicht, zumal dieser selbst in seinem hydrologischen Fachbeitrag vom 08.04.2008 (dort z.B. S. 7 für die

Regenereignisse) ausdrücklich - und in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Sachverständigen J... - darauf hingewiesen hatte, dass nach den "derzeit anerkannten Regeln der Technik" eine Bemessung der Regenrückhalteanlagen für Wohngebiete auf ein Regenereignis erfolge, das einmal in 20 Jahren auftrete. Wenn der Kläger seiner Entwurfsplanung im Verhältnis zu den anerkannten Regeln der Technik höhere wahrscheinliche Niederschlagsmengen und einen höheren wahrscheinlichen Anteil an abflusswirksamem Regen zugrunde legte, bedeutet dies danach zunächst, dass der Kläger ein über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehendes, höheres Sicherheitsniveau und damit einen besseren als den üblichen Schutz der Gemarkung R... vor Überschwemmungen nach Starkregenereignissen geplant hat.

Als mangelhaft stellt sich diese Planungsleistung mit dem Ansatz eines 100-jährigen Regenereignisses und eines Abflussbeiwertes von 0,9 gemessen an dem für die Beurteilung maßgeblichen zwischen den Parteien vereinbarten Leistungssoll gleichwohl dar, weil der erhöhte Schutz vor Überschwemmungen größere Volumina für Rückhaltevorräte, einen erhöhten Flächenverbrauch für Rückhaltmaßnahmen und damit erheblich höhere Kosten verursachte als eine den anerkannten Regeln der Technik entsprechende Planung und damit dem weiteren Leistungsziel, die Kostenbelastung gering zu halten, zuwiderlief. Letzteres bedeutet zwar nicht, dass der Kläger unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten so kostengünstig wie möglich hätte planen müssen (BGH Urteil vom 07.07.1988 - VII ZR 72/87 - Rn. 11). Für eine in Bezug auf die Funktionsfähigkeit im Hinblick auf den Schutz vor Überschwemmungen über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende Entwurfsplanung hätte der Kläger jedoch im Hinblick auf seine vertragliche Verpflichtung zur Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Vorgaben der Beklagten als öffentlichem Auftraggeber vor der Ausarbeitung der Entwurfsplanung klären müssen, ob die Beklagte dem Ziel des Schutzes vor Überschwemmungen oder dem Ziel der Begrenzung der Kosten durch Beschränkung der Maßnahmen auf den nach den anerkannten Regeln der Technik notwendigen Umfang das größere Gewicht beimessen wollte. Diese Entscheidung durfte der Kläger nicht selbst im Rahmen seines Planungsermessens treffen, sondern hätte sie nach entsprechender Beratung durch ihn der Beklagten als seiner Auftraggeberin überlassen müssen.

Etwas anderes gilt auch nicht deshalb, weil die Beklagte den hydrologischen Fachbeitrag des Ingenieurbüros O... auf Anraten des Klägers selbst in Auftrag gegeben und bezahlt hatte und das Ergebnis dieses Gutachtens am 08.04.2008 in einer Gemeindevertretersitzung erläutert worden war. Der Gutachter O... hat - ausweislich des Protokolls dieser Sitzung (B 11; Bl. 186) - erläutert, Ausgangsbasis seiner Berechnungen seien 100-jährige Starkregenereignisse gewesen; die für das Auffangen des Wassers in der Fläche oberhalb des nördlichen Siedlungsrandes sollten dann zur Aufnahme des anfallenden Wassers eine Gesamtkapazität von 35.000 bis 40.000 <sup>3</sup> aufweisen. Dass die Beklagte danach Kenntnis von den Ansätzen des Gutachters O... (und des Klägers) und von der Kapazität der danach zu anzulegenden Sickermulden hatte und dem nicht entgegengetreten ist, reichte nicht aus, um eine konkrete Beratung und Abstimmung des Klägers mit den vertretungsbefugten Entscheidungsträgern der Beklagten entbehrlich zu machen. Insbesondere konnte der Kläger nicht davon ausgehen, dass der Beklagten bekannt und bewusst war, dass sich die Kosten für die aufgrund dieser Ansätze vorgeschlagenen Maßnahmen von den Honorarrechnungen des Klägers für die Grundlagen- und Vorplanung zugrunde gelegten (anrechenbaren) Baukosten von 376.479,50 Euro bzw. vom Kläger im September 2009 geschätzten Gesamtkosten von

500.000,00 Euro bzw. mit Flurhauptwegenetz auf 760.000,- Euro vervielfachen könnten auf (anrechenbare) Kosten in Höhe von 1.551.097,85 Euro oder auch nur auf 1.208.829,85 Euro, die der Kläger in den am 17.06.2008 vorgelegten Vorabunterlagen zur Entwurfsplanung bzw. der überarbeiteten Entwurfsplanung vom 14.07.2008 berechnete.

Es reicht auch nicht, dass der Kläger - wie er in der mündlichen Verhandlung vom 22.10.2014 vor dem Senat erläutert hat - die Kosten der aus seiner Sicht für ein nachhaltiges Erreichen der anderen Vertragsziele erforderlichen Maßnahmen durchweg im Blick gehabt und insoweit Lösungsmöglichkeiten gesehen und gegenüber verschiedenen Beteiligten angesprochen haben mag, die dazu geführt hätten, dass die Kosten nicht von der Beklagten, sondern von Dritten in Form von Fördermitteln, etwa durch ein Generieren von Fördergeldern in Zusammenhang mit der Flurneuordnung, getragen worden wären. Dies machte eine Abstimmung mit der Beklagten in Bezug auf über die anerkannten Regeln der Technik hinausgehende zugrunde zu legende Planungsansätze und ihre Konsequenzen für die Kosten nicht entbehrlich, zumal sich bereits aus dem Schreiben des Klägers vom 04.02.2008 (B 19; Bl. 236) ergibt, ihm bewusst war, dass "die gängige Förderpraxis" den von ihm favorisierten Lösungsansätzen "bisher nicht annähernd Rechnung zu tragen scheint".

Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Beklagte den (schriftlichen) Vertrag betreffend die Beauftragung der Entwurfsplanung erst am 24.06.2008 - und damit in Kenntnis der in den am 17.06.2008 vorgelegten Vorabunterlagen zur Entwurfsplanung berechneten Kosten von 1.551.097,85 Euro - unterzeichnet hat. Dass die Beklagte mit der Unterzeichnung der Vereinbarung vom 24.06./30.06.2008 keine Entscheidung darüber getroffen hatte, die über die anerkannten Regeln hinausgehenden Ansätze des Klägers für eine Entwurfsplanung unter Inkaufnahme der dadurch erheblich erhöhten Kosten zu akzeptieren, ergibt sich bereits daraus, dass die Beklagte unstreitig in dem zwischen dem Kläger und der Amtsdirektorin He... geführten Gespräch erklärt hatte, die Erhöhung der Kosten sei für sie nicht akzeptabel, und eine grundlegende Überarbeitung der Entwurfsplanung gefordert hatte. Es kann deshalb auch offen bleiben, ob die Erweiterung des mit der ursprünglichen Vereinbarung vom 12./13.11.2007 erteilten Planungsauftrages auf die Leistungen der Leistungsphase 3 (Entwurfsplanung) tatsächlich erst aufgrund der schriftlichen Erklärungen vom 24.06./30.06.2008 oder - wie die Beklagte meint - konkludent bereits im Frühjahr 2008 erfolgt ist.

Da zwischen den Parteien unstreitig ist, dass der Kläger mit den Ansätzen betreffend die der Planung zugrunde zu legenden Regenereignisse und Abflussbeiwerte über die anerkannten Regeln der Technik hinaus gegangen ist, ohne die Konsequenzen dieser Planungsgrundlage in Bezug auf die Kosten mit der Beklagten abzustimmen, kommt es - wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat - nicht darauf an, ob die Beweislast für die Mangelhaftigkeit der Leistungen des Klägers von ihm oder von der Beklagten zu tragen ist und damit auch nicht darauf, ob eine Abnahme der Leistungen der Entwurfsplanung erfolgt ist.

cc) Zu Recht hat das Landgericht einen weiteren Mangel der Leistungen des Klägers darin gesehen, dass er die Möglichkeit einer kanalgebundenen Ableitung anfallenden Niederschlagswassers in den B... nicht zumindest zu einem Teil und in Kombination mit den Maßnahmen zur einer Rückhaltung und Versickerung des Niederschlagswassers in der



Fläche oberhalb des nördlichen Siedlungsrandes der Gemarkung R... in seine Entwurfsplanung einbezogen hat, wobei aus den bereits erläuterten Gründen der entscheidende Fehler darin liegt, dass er sich auch insoweit vor der Ausarbeitung seiner Entwurfsplanung nicht hinreichend mit der Beklagten abgestimmt hat.

Eine derartige Abstimmung mit der Beklagten war nicht etwa deshalb entbehrlich, weil diese mit der unstreitig erfolgten Abnahme der Vorplanung dem Lösungskonzept des Klägers zugestimmt hatte, das allein auf einer Niederschlagsrückhaltung in der Fläche, Abflussverzögerung und Versickerung sowie (auch unter dem Gesichtspunkt des Erosionsschutzes) gezielten Anpflanzungen bestand. Mit der Abnahme der Vorplanung hatte die Beklagte sich nicht etwa gegen eine Lösung in Form einer kanalgebundenen Ableitung von Niederschlagswasser in den B... entschieden. Die Ausführungen des Klägers im letzten Absatz seines Schreibens vom 04.02.2008 (B 19; Bl. 263 d.A.) machen vielmehr deutlich, dass es der Kläger war, der eine solche Lösungsvariante als "konservatives Festklammern an 100 Jahre alten Zöpfen" bewertete und vorschlug, über diese Variante erst "nach der eingehenden Betrachtung des oberen Einzugsgebietes und der internen Stellungnahme des Z..." zu entscheiden. Nachdem sich in Zusammenhang mit dem hydrologischen Fachbeitrag des Ingenieurbüros O... und der vom Kläger zum Schutz vor Starkregenereignissen als sinnvoll erachteten Zugrundelegung eines 100-jährigen Regenereignisses und eines Abflussbeiwertes von 0,9 eine erhebliche Kostensteigerung ergeben hatte, spätestens aber, nachdem die Amtsdirektorin He... in dem Gespräch vom 19.06.2008 im Hinblick auf die Kosten ausdrücklich eine grundlegende Überarbeitung der Entwurfsplanung gefordert hatte, hatte der Beklagte allen Anlass, eine Verringerung der Kosten auch durch Einbeziehung der Möglichkeit einer kanalgebundenen Ableitung von Niederschlagswasser in den B... zu prüfen oder jedenfalls mit der Beklagten abzustimmen, ob er diese Variante aufgreifen solle. Denn auch die Entscheidung darüber, ob das im Hinblick auf die Ziele eines nachhaltigen Schutzes vor Überschwemmungen, des Erosionsschutzes sowie unter agrar- sowie (bezogen auf den B...) gewässerökologischen Gesichtspunkten möglicherweise vorzugswürdige und insoweit dem vertraglich vereinbarten Leistungssoll entsprechende Konzept in eine Entwurfsplanung umgesetzt oder im Hinblick auf die kommunalrechtlichen Verpflichtungen der Beklagten zu wirtschaftlichem Handeln wegen der erheblichen Kosten Abstriche zu machen waren, musste der Kläger - und zwar nicht erst in Zusammenhang mit der Einholung der erforderlichen Genehmigungen oder gar der Beauftragung mit der Ausführung der Planung, sondern bereits zu dem Zeitpunkt, zu dem der Zielkonflikt offenbar wurde und damit hier vor Erstellung der endgültigen Entwurfsplanung - der Beklagten überlassen.

Eine Planung auf der Grundlage von Regenereignissen und einem Abflussbeiwert entsprechend den anerkannten Regeln der Technik und unter Einbeziehung der Möglichkeit einer rohrgelassenen Ableitung eines Teils des Niederschlagswassers in den B... war auch weder unmöglich - der Kläger hat seine in der ersten Instanz zunächst aufgestellte Behauptung, seine Planung sei alternativlos, nicht aufrecht erhalten; dagegen spricht auch der Umstand, dass die Beklagte unstreitig inzwischen ein Planungskonzept des Ingenieurbüros K... basierend auf entsprechenden Ansätzen umgesetzt hat - noch hätte eine solche Planung ihrerseits dem zwischen den Parteien mit dem Vertrag vom 12./13.11.2007 vereinbarten Leistungssoll widersprochen.

Zwar mögen die Planungen des Ingenieurbüros K... - wie der Kläger geltend macht - mit seinen Planungen nicht in jeder Beziehung vergleichbar sein; dies gilt bereits deshalb, weil

die beplanten Flächen - wie sich aus dem Gutachten des Sachverständigen J... ergibt - unterschiedlich sind. Dies ändert jedoch nichts daran, dass kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich ist, weshalb ein Konzept, das von geringeren in der Fläche zurückzuhaltenden Niederschlagsmengen ausgegangen wäre und für einen Teil der anfallenden Niederschläge eine Ableitung in den B... vorgesehen, aber auch geringere Kosten verursacht hätte, zur Verbesserung des Landschaftswasserhaushaltes, des Erosionsschutzes der Agrarökologie und des Flurhauptwegenetzes sowie des Schutzes des nördlichen Siedlungsrandes der Gemarkung R... vor Überschwemmungen nicht geeignet gewesen wäre. Insbesondere kann der Kläger insoweit nicht mit Erfolg geltend machen, dass das Planungskonzept des Ingenieurbüros K... nicht geeignet gewesen wäre, ein Schadensereignis wie die Folgen der Niederschläge nach den Starkregenereignissen im Jahr 2007 zu verhindern. Nach den Ausführungen des Gutachters O... in dessen hydrologischem Fachbeitrag vom 08.04.2008 hätten auch auf der Grundlage eines 100-jährigen Regenereignisses geplante und errichtete Rückhaltevorrichtungen nicht ausgereicht, um Regenmengen, wie sie bei den Starkregenereignissen im Jahr 2007 angefallen waren, vollständig in der Fläche oberhalb des nördlichen Siedlungsrandes von R... aufzuhalten.

dd) Darauf, ob die Leistungen des Klägers darüber hinaus unter weiteren Gesichtspunkten (fehlende Abstimmung mit beteiligten Behörden; Kostenkontrolle im engeren Sinne) mangelhaft sind, kommt es danach nicht mehr an, weil bereits die vorgenannten Mängel die vom Landgericht als berechtigt erachtete Minderung dem Grunde und der Höhe nach tragen.

c) Entgegen der Auffassung des Klägers scheitert die Minderung nicht daran, dass die Beklagte dem Kläger vor der Durchführung der Maßnahmen nach einem anderen Planungskonzept keine Frist zur Beseitigung der danach bestehenden Mängel seiner Entwurfsplanung gesetzt hat. Eine Fristsetzung war vielmehr infolge einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung seitens des Klägers entbehrlich.

Eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung setzt nach der Rechtsprechung des BGH, der der Senat folgt, voraus, dass der Schuldner eindeutig zum Ausdruck bringt, er werde seinen Vertragspflichten nicht nachkommen, und es damit ausgeschlossen erscheinen lässt, dass er sich von einer Fristsetzung umstimmen ließe (BGH Urteil vom 18.09.2014 - VII ZR 58/13 - Rn. 21). Dabei ist das gesamte Verhalten des Schuldners von der ersten Mängelrüge bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung bzw. hier bis zur Durchführung der Maßnahmen auf der Grundlage eines anderen Planungskonzeptes des Ingenieurbüros K... durch die Beklagte zu würdigen.

Die erste Mängelrüge der Beklagten ist nach dem Vortrag der Parteien bereits in einem Gespräch am 19.06.2008 erfolgt, nachdem der Kläger Vorabunterlagen zur Entwurfsplanung mit ausgewiesenen Baukosten von 1.551.097,85 Euro vorgelegt hatte; die Amtsdirektorin He... hat den Kläger in diesem Gespräch unstrittig zu einer grundlegenden Überarbeitung der Planung aufgefordert. Eine solche hat der Kläger in der Folge jedoch nicht vorgenommen, sondern lediglich die Kostenberechnung überarbeitet und in diesem Zusammenhang die anrechenbaren Kosten auf 1.208.829,85 Euro reduziert, indem er die Honorarberechnung auf die Maßnahmenabschnitte entlang des westlichen Siedlungsrandes begrenzte. Darüber hinaus hat er unter Ziff. 4.4 der am 14.07.2008 vorgelegten Entwurfsplanung ausdrücklich ausgeführt: "Eine gesamtgesellschaftlich vertretbare Alternative besteht unter der Prämisse der vorhandenen

Flächennutzung nicht." und schon damit deutlich gemacht, dass er eine grundlegende Überarbeitung seines Planungskonzepts ablehne.

Auf die weitere Mängelrüge der Beklagten mit Schreiben vom 29.08.2008, mit der die Beklagte ausdrücklich eine "fehlende Kostenkontrolle" geltend machte und ausführte, Aufgabe sei eine funktionierende und finanzierbare Lösung für das Problem der Regenwasserableitung in R... gewesen; dabei sei bereits seit dem 05.09.2007 bekannt gewesen, dass schon 500.000,00 Euro bzw. 760.000,- Euro - d.h. die Höhe der klägerseits für die Grundlagenplanung und die Vorplanung in Ansatz gebrachten anrechenbaren Kosten - für den nördlichen Rand nur bei großzügiger Förderung realisierbar seien, reagierte der Kläger - soweit ersichtlich - lediglich mit der Beauftragung seines Prozessbevollmächtigten und dessen Mahnung vom 13.10.2008 in Bezug auf die - nach Zahlung von 10.000,- Euro am 04.08.2008 - ausstehende Honorarrestforderung. Auch dies konnte die Beklagte nur dahin verstehen, dass der Kläger eine Änderung seiner Entwurfsplanung ablehnte.

Die dritte Mängelrüge der Beklagten vom 22.10.2008, mit der die Beklagte Einwendungen des Landesumweltamtes u.a. betreffend die nicht den anerkannten Regeln entsprechenden Ansätze eines 100-jährigen Regenerereignisses und eines Abflussbeiwertes von 0,9 zusammenfasste, die Veränderung der Topografie der Landschaft und die Hohe Inanspruchnahme landwirtschaftlicher Flächen, fehlende Fördermittel, unzureichende Verhandlungen mit Behörden monierte, die nicht rechtzeitige Mitteilung der finanziellen Konsequenzen des hydrologischen Fachbeitrages und fehlende Prüfung kostenreduzierender Maßnahmen rügte, beantwortete der Beklagte erst mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 24.02.2009. Er bemängelte, konkrete Mängel seien weder detailliert gerügt, noch nachgewiesen; die Stellungnahmen der Behörden seien nicht vorgelegt.

Schließlich hat der Kläger im Laufe des vorliegenden Verfahrens u.a. mit Schriftsatz vom 19.11.2010 die Auffassung vertreten, die Beklagte habe keine durchgreifenden Mängel gerügt, sondern argumentiere vielmehr aus einseitigem Blickwinkel und - wie bereits vom Landgericht angeführt - noch mit Schriftsatz vom 07.03.2011 geltend gemacht, seine Planung sei "praktisch alternativlos".

In der Gesamtschau kann dieses Verhalten des Klägers nur dahin verstanden werden, dass er im gesamten Zeitraum von Juni 2008 bis März 2011 durchweg die Auffassung vertreten hat, seine Entwurfsplanung sei mangelfrei und die Einwendungen und Bedenken der Beklagten unberechtigt; die Beklagte durfte deshalb zu Recht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beauftragung des Ingenieurbüros K... mit einem anderen Planungskonzept, die frühestens im Oktober 2008 und jedenfalls vor dem 19.05.2009 erfolgt sein muss, und der anschließenden Durchführung dieses Konzepts davon ausgehen, dass der Kläger von der Mangelfreiheit seiner Entwurfsplanung so überzeugt war, dass er sich auch von einer Fristsetzung nicht hätte umstimmen lassen.

d) Die mit der Berufung geltend gemachten Einwendungen des Beklagten greifen auch nicht, soweit sie die Höhe der Minderung betreffen.

Das Landgericht hat sich zu Recht darauf beschränkt, die Höhe der Minderung in der Weise zu bemessen, dass es den wirklichen Wert der mangelhaften Entwurfsplanung des

Beklagten im Verhältnis zu einer mangelfreien Planung auf jedenfalls nicht mehr als den am 04.08.2008 gezahlten Teilbetrag von 10.000,- Euro geschätzt hat. Es sprechen - auch insoweit sieht der Senat keinen Anlass von der Sichtweise des Landgerichts abzuweichen - bereits gute Gründe dafür, die Planungsleistung des Klägers gemessen an dem vereinbarten Leistungssoll als unbrauchbar zu erachten, da nicht ersichtlich ist, welche substanziellen Teile der Entwurfsplanung für die Beklagte nutzbar gewesen, insbesondere von dem nachfolgend beauftragten Ingenieurbüro K... übernommen worden sein könnten, zumal dieser ausgehend von erheblich geringeren Niederschlags- und Abflussmengen nach den Feststellungen des Sachverständigen J... eine erheblich größere Fläche beplant und mit der Kombination von Rückhaltung, Versickerung und Ableitung in den B... in erheblichem Maße abweichende Maßnahmen geplant hat. Selbst wenn man der Planungsleistung des Klägers jedoch einen Wert beimessen wollte, wäre der Honoraranteil für die ordnungsgemäße Leistung im Verhältnis zur nicht ordnungsgemäßen Leistung aus den bereits ausgeführten Gründen jedenfalls nicht auf mehr, sondern ohne Zweifel auf weniger als 39,56 % des mit der Rechnung vom 13.07.2008 abgerechneten Honorars zu schätzen. Eine genauere Ermittlung der Minderung des Honoraranteils ist im vorliegenden Fall weder möglich noch nötig, da hier - anders als in typischen Fällen von Minderungen wegen mangelhafter Architekten- oder Ingenieursleistungen, nicht einzelne Teilleistungen des Klägers mangelhaft sind, sondern die vorgelegte Entwurfsplanung - wie ausgeführt - das Auftragsziel in seinem Gesamtgefüge in erheblichem Maße verfehlt hat.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, da die Sache keine grundsätzliche Bedeutung aufweist und auch weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern (§ 543 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 ZPO).

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 15.274,38 Euro festgesetzt.