

**Titel:**

**Kein Vergütungsanspruch des Architekten oder Ingenieurs für nach dem Stand der Planung noch nicht erforderliche Leistungen**

**Normenkette:**

BGB § 631, § 640 Abs. 2, § 641, § 645, § 650p Abs. 1

**Leitsätze:**

1. Der Planer darf nicht bereits mit Vertragsschluss das gesamte Werk erbringen. Er muss sich vielmehr am jeweiligen Planungsstand orientieren und sich in ständiger Abstimmung mit dem Besteller befinden, um die für den Fortgang der Arbeiten notwendigen Konkretisierungen zu erlangen. Der Architekt oder Ingenieur darf also nicht „vorpellen“ oder „vorpreschen“, also keine Leistungen erbringen, die gegebenenfalls später einmal gebraucht werden, aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht erforderlich sind. (Rn. 48)

(redaktioneller Leitsatz)

2. Der Planer ist zur Erbringung der nach dem jeweiligen Stand der Planung erforderlichen Leistungen „verpflichtet“ (§ 650p Abs. 1 S. 1 BGB). Im Umkehrschluss ist er also zu Leistungen, die nach dem jeweiligen Stand der Planungen (noch) nicht erforderlich sind, nicht verpflichtet. Erbringt er sie gleichwohl, bewegt er sich außerhalb seiner vertraglichen Verpflichtung. Er erbringt eine Leistung, die er vertraglich nicht schuldet, so dass die Verpflichtung zur Gegenleistung, also zur Vergütung, nicht entsteht. (Rn. 49)

(redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Werklohnanspruch, Planungsstopp, Erforderlichkeit der Leistung, Abnahmefiktion, Vorzeitige Leistungserbringung, Vertragsauslegung, Architekten- und Ingenieurvertrag, Planungsleistungen, Stand der Planungen, vorzeitige Leistungserbringung

**Vorinstanz:**

LG Hof, Endurteil vom 30.11.2022 – 35 O 24/21

**Rechtsmittelinstanzen:**

OLG Bamberg, Beschluss vom 25.04.2023 – 12 U 96/22

BGH, Beschluss vom 09.07.2025 – VII ZR 114/23

**Tenor**

1. Der Senat beabsichtigt, die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts Hof vom 30.11.2022, Az. 35 O 24/21, gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil er einstimmig der Auffassung ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache auch keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

2. Der Senat beabsichtigt, den Streitwert für die Berufungsinstanz auf 86.385,74 € festzusetzen.

3. Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme bis einschließlich 31.03.2023.

**Entscheidungsgründe**

I.

1

Die Klägerin und Berufungsklägerin (im Folgenden: Klägerin) begehrt aus abgetretenem Recht restlichen Werklohn aus einem Planungsvorhaben für einen Neubau der D.-Direktion in X..

2

Mit Ingenieurverträgen vom 12.12.2019 und 10.01.2020 beauftragte die Beklagte und Berufungsbeklagte (im Folgenden: Beklagte) die E. (im Folgenden: E.) – Rechtsvorgängerin der Streithelferin B. – mit

Planungsleistungen der Technischen Ausrüstung für ein beabsichtigtes Neubauprojekt. Gegenständlich waren die Bereiche Heizung, Lüftung, Sanitär und Gebäudeautomation einerseits sowie der Bereich Elektrotechnik andererseits. Die Auftragserteilung erfolgte in drei (Heizung, Lüftung, Sanitär und Gebäudeautomation) bzw. zwei (Elektrotechnik) Stufen, deren jeweils erste die Leistungsphasen 1 – 3 nach § 55 HOAI umfasste.

### 3

Die E. erbrachte die Leistungen der Phasen 1 bis 2 und rechnete diese ab. Insoweit leistete die Beklagte vollständige Bezahlung. Unter dem 25.05.2020 (Anlage K 5) und dem 30.06.2020 (Anlage K 6) stellte die E. für behauptet vollständige Erbringung der Planungen aus der Leistungsphase 3 einen weiteren Betrag von insgesamt 87.831,60 € in Rechnung. Dabei handelt es sich um die in erster Instanz streitgegenständliche Forderung.

### 4

Während des erstinstanzlichen Verfahrens forderte die Streithelferin die Beklagte mit Schriftsatz vom 18.02.2022 zur Erklärung der Abnahme für die Leistungen der Leistungsphase 3 bis spätestens 10.03.2022 auf (Bl. 123 d. A.). Die Beklagte wies dies sowohl außergerichtlich als auch mit Gerichtsschriftsatz am 10.03.2022 bzw. am 17.03.2022 zurück. Die Streithelferin erklärte daraufhin mit Schriftsatz vom 19.04.2022 die Kündigung, die sie vorrangig auf § 643 BGB, hilfsweise auf §§ 642, 643 BGB stützte.

### 5

Die Klägerin hat erstinstanzlich ihre Aktivlegitimation auf einen mit der E. geschlossenen Factoring-Rahmenvertrag vom Januar 2013 und eine Abtretungsvereinbarung aus dem Oktober 2020 gestützt. Sie bzw. die auf ihrer Seite dem Rechtsstreit beigetretene Streithelferin haben vorgebracht, der E. sei zu keinem Zeitpunkt nach Abschluss der Leistungsphase 2 ein etwaiger Wunsch der Beklagten mitgeteilt worden, mit der Ausführung der Leistungsphase 3 zunächst zuzuwarten. Zwar habe nach einer unstrittig am 17.04.2020 abgehaltenen Besprechung keine weitere planerische Abstimmung mehr stattgefunden; eine solche sei aber auch nicht erforderlich gewesen, weil der E. alle für ihre Leistung erforderlichen Angaben bereits vorgelegen hätten. Die Streithelferin hat dazu weiter vorgebracht, ihre Rechtsvorgängerin habe sich bis in den Juli 2020 hinein in regelmäßigem Austausch mit der Beklagten befunden und jeden ihr bekannten Wunsch bei ihren Planungen berücksichtigt.

### 6

Die Klägerin und die Streithelferin haben erstinstanzlich die Auffassung vertreten, indem sich die Beklagte zu einzelnen in einem Vermerk über die Besprechung vom 17.04.2020 als von ihrer (der Beklagten) Entscheidung abhängigen Punkten nicht mehr geäußert habe, habe sie gegen ihre Mitwirkungspflichten verstoßen. Dieser von ihr selbst begangene Verstoß könne jedoch keinen Fortfall der Vergütungspflicht für die Leistungsphase 3 zur Folge haben. Sie waren in erster Instanz weiter der Meinung, eine – nach ihrem Vortrag ohnehin nicht mitgeteilte – Aufforderung zum „Einfrieren“ der weiteren Planung habe keine Auswirkungen auf die Werklohnforderung. Ein „Einfrieren“ sei keine dem Gesetz bekannte Kategorie. Allenfalls könne es sich um eine faktische Vertragsbeendigung bzw. auftraggeberseitige Kündigung gehandelt haben, die aber gem. § 648 BGB den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers unberührt lasse – abzüglich hier nicht vorliegender ersparter Aufwendungen.

### 7

Selbst wenn von der E. erbrachte Leistungen nicht mit der Beklagten abgestimmt gewesen seien, so habe dies lediglich eine Mangelhaftigkeit des Werks zur Folge. Da die Beklagte aber nie Mängel gerügt und Nachbesserung gefordert habe, könne sie dies dem Honoraranspruch nicht mit Erfolg entgegenhalten.

### 8

Schließlich waren die Klägerin und die Streithelferin erstinstanzlich der Meinung, die Leistungen der Leistungsphase 3 gälten gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB als abgenommen, weil die Beklagte innerhalb der mit Schriftsatz vom 18.02.2022 gesetzten Frist keine Mängel gerügt habe.

### 9

Die Klägerin hat in erster Instanz beantragt,

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 87.831,60 € nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 44.654,50 € seit 17.08.2020 sowie aus einem

Betrag in Höhe von 43.177,10 € seit 07.09.2020, sowie vorgerichtliche Mahnkostenpauschalen in Höhe von 80,00 € zu zahlen.

#### **10**

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hielt sowohl den Abschluss der Ingenieurverträge, die unter dem Vorbehalt einer letztlich nicht erteilten Genehmigung nach § 85 SGB VI gestanden hätten, als auch die Abtretung der streitgegenständlichen Forderung für nicht wirksam erfolgt.

#### **11**

Im Wesentlichen hat die Beklagte erstinstanzlich vorgebracht, sowohl sie selbst als auch das bauleitende Architekturbüro G. habe der E. im März und im April 2020 mitgeteilt, die weiteren Planungen nach Abschluss der Leistungsphase 2 müssten eingefroren werden, weil wegen der Auswirkungen der Corona-Pandemie und einer eventuellen betrieblichen Neuausrichtung der Flächenbedarf des geplanten Neubaus überprüft und sogar der Fortfall eines ganzen Stockwerks erwogen werde. Am 06.05.2020 habe ein Mitarbeiter der E. namens H. bei der Beklagten angerufen und nach einer Beschleunigung des Projekts gefragt. Dies habe für die Beklagte deren Mitarbeiter J. ausdrücklich verneint und dabei auf die laufende Überprüfung des geplanten Neubauprojekts hingewiesen. Indem die E. ohne entsprechende Abstimmung mit der Ausführung der Arbeiten begonnen habe, habe sie vorschnell gehandelt. Es habe nicht nur an einer weiteren Abstimmung zur Leistungsphase 3, insbesondere einer Entscheidung über das Vorgehen bei den im Protokoll vom 17.04.2020 als entscheidungsbedürftig gekennzeichneten Punkte, und einer Abstimmung der Beklagten mit den anderen Planern gefehlt, sondern auch die Pläne des bauleitenden Architekturbüros seien noch nicht endbesprochen und freigegeben worden. Die E. habe daher nicht über die erforderlichen Grundlagen für ihre Planungen der Leistungsphase 3 verfügt.

#### **12**

Die Beklagte hält die den streitgegenständlichen Rechnungen zugrunde liegenden Leistungen aus den vorgenannten Gründen für vollständig unbrauchbar. Sie ist der Auffassung, die E. habe vor Klärung der noch offenen Fragen die Planungen nicht fortsetzen dürfen. Im Gegenteil habe es ihr vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie obliegen, die bisherigen Vorstellungen zur Hygiene und Luftreinhaltung im Gebäude zu hinterfragen oder jedenfalls die Beklagte auf die Gefahr diesbezüglicher Schwierigkeiten hinzuweisen. Durch ihre voreilige Planung habe die E. gegen das Gebot verstoßen, den Auftragnehmer mit keinen unnötigen Kosten zu belasten.

#### **13**

Schließlich hält die Beklagte mangels von ihr ausgesprochener Kündigung weder die Regelung des § 648 BGB für einschlägig, noch könne sich die Klägerin wegen fehlender Behinderungsanzeigen auf § 642 BGB berufen.

#### **14**

Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Tatbestand der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen.

#### **15**

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen K., L., J., N. und O. .

#### **II.**

#### **16**

Mit am 30.11.2022 verkündetem Endurteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen. Zwar seien die Verträge auch ohne Genehmigung der Aufsichtsbehörde gem. § 85 SGB VI wirksam; eine fehlende Genehmigung könne dem Vergütungsanspruch zudem nach den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB nicht entgegengehalten werden. Auch sei die Klägerin aktivlegitimiert. Dennoch bestehe der geltend gemachte Anspruch nicht.

#### **17**

Soweit die E. in der Rechnung vom 30.06.2020 (Anlage K6) für Genehmigungsplanung einen Betrag von 1.191,19 € zuzüglich 2% Nebenkosten und Mehrwertsteuer gefordert habe, fehle es bereits an einem Auftrag für diese der Leistungsphase 4 zuzuordnende Leistung. Darüber hinaus sei auch nicht ersichtlich, dass sie erbracht worden wäre.

#### **18**

Im Übrigen fehle es an der Erforderlichkeit der Planungen in der Leistungsphase 3. Gem. § 650p Abs. 1 BGB orientierten sich die Leistungspflichten des Architekten oder Ingenieurs am aktuellen Planungsstand. Sie seien damit unter Umständen ständigen Aktualisierungen oder Anordnungen des Bestellers unterworfen. Der Auftragnehmer dürfe jeweils nur die Leistungsphasen bzw. Teilleistungen erbringen, die nach dem aktuellen Stand der Planung des Bauvorhabens erforderlich seien. Das sei noch nicht der Fall gewesen, weil ausweislich eines entsprechenden Vermerks zur Besprechung vom 17.04.2020 (Anlage B 4) über maßgebliche Punkte – namentlich die Wahl des Systems der Energieerzeugung und Wärmeübertragung sowie die Lichtberechnung und die Auswahl der Leuchten – noch eine Entscheidung der Beklagten getroffen werden sollte. Den Inhalt des Protokolls hat das Landgericht nach durchgeführter Zeugenvernehmung für zutreffend erachtet. Die Vorbehalte hat das Landgericht als Konkretisierung der Vereinbarungen und als Bedingungen gem. § 158 BGB mit dem Inhalt eingestuft, dass die Planung erst nach getroffenen Entscheidungen und Abstimmungen seitens der Beklagten fortzusetzen sei.

#### **19**

Weiter ist das Landgericht aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme zu dem Ergebnis gelangt, dass über die nach der Besprechung vom 17.04.2020 noch offenen Fragen keine Entscheidung seitens der Beklagten getroffen wurde, was letztlich auch die Klägerin nicht in Abrede gestellt hatte. Das betreffe sowohl die Planung für den Bereich Heizung, Lüftung, Sanitär und Gebäudeautomation als auch für den Bereich Elektrotechnik. Daher sei die Fortsetzung der Planung nach Abschluss der Leistungsphase 2 noch nicht möglich und dementsprechend nicht erforderlich gewesen. Eine treuwidrige Vereitelung des Bedingungseintritts gem. § 162 BGB stelle die ausgebliebene Entscheidung der Beklagten nicht dar.

#### **20**

Darüber hinaus, so das Landgericht, habe die E. auch deshalb mit der Ausführung der Leistungsphase 3 noch nicht beginnen dürfen, weil sie von der Beklagten durch den Zeugen J. nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme ausdrücklich zu einem vorläufigen Planungsstopp aufgefordert worden und dieselbe Aufforderung auch vom Architekturbüro G. wiederholt worden sei. Auch wenn sich die Begriffe „Einfrieren“ der Planung bzw. „Denkpause“ juristischen Kategorien entzögen, habe sich aus ihnen die eindeutige Aufforderung ergeben, die weitere Arbeit vorläufig ruhen zu lassen. Indem sich die E. dieser Anweisung widersetzt und die Planung fortgeführt habe, habe sie auf eigenes Risiko gehandelt.

#### **21**

Eine Abnahme hat nach Auffassung des Landgerichts nicht stattgefunden und kann auch nicht fingiert werden. Eine konkludente Abnahme scheitere schon daran, dass die Beklagte gegenüber der E. mit Schreiben vom 15.07.2020 (Anlage K 9) unmissverständlich zu erkennen gegeben habe, dass die Entwurfsplanung der Leistungsphase 3 nicht abgestimmt gewesen sei. Damit habe sie dem Werk insgesamt die Billigung versagt. Das Vorprellen bzw. Vorpreschen der E. habe zu einer Mangelhaftigkeit der gesamten Entwurfsplanung geführt. Konkrete Mängelrügen seien gar nicht möglich, da die Brauchbarkeit der Leistungen angesichts der noch immer offenen konkreten Ausgestaltung des geplanten Neubaus noch nicht beurteilt werden könnten. Ihre zukünftige Verwendbarkeit sei jedenfalls höchst fraglich.

#### **22**

Schließlich nimmt das Landgericht einen Schadensersatzanspruch der Beklagten wegen Verstoßes der E. gegen das Kooperationsgebot – und zwar durch die unabgesprochene Fortsetzung der Planung – an. Der Schaden liege im Vergütungsverlangen, das sich dadurch auf Null reduziere.

#### **23**

Den geltend gemachten Werklohnanspruch könne die Klägerin auch nicht mit Erfolg auf § 642 BGB stützen. Eine Behinderung der eigenen Leistung sei nicht ausreichend dargelegt und zur Dauer des Verzugs nichts vorgetragen worden. Aufgrund der raschen Abarbeitung der Leistungen der Leistungsphase 3 liege ein Verzug auch eher fern. Die Vorschrift des § 648 BGB biete ebenfalls keine taugliche Anspruchsgrundlage für die Klageforderung. Weder ausdrücklich noch durch schlüssiges Verhalten habe die Beklagte den Vertrag gekündigt. Schließlich greife auch § 643 i. V. m. § 645 BGB nicht, da den erbrachten Leistungen nach Abschluss der Leistungsphase 2 ein Schadensersatzanspruch in Höhe der Vergütungsforderung entgegenstehe.

III.

#### **24**

Gegen dieses ihrem Rechtsvertreter am 02.12.2022 zugestellte Urteil hat die Streithelferin mit Anwaltsschriftsatz vom 14.12.2022, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tage, Berufung eingelegt (Bl. 266 f. d. A.) und diese mit weiterem Schriftsatz vom 01.01.2023, beim Oberlandesgericht eingegangen am 02.01.2023, begründet (Bl. 275 ff. d. A.). Die Klägerin hat mit Schriftsatz vom 02.02.2023, beim Oberlandesgericht eingegangen am selben Tage, denselben Berufungsantrag wie die Streithelferin gestellt und sich deren Berufungsbegründung angeschlossen (Bl. 305 d. A.). Sie hat sich dabei auf eine angeblich mit Schriftsatz vom 21.12.2022 erhobene Berufung bezogen, der sich indes nicht bei den hiesigen Akten befindet.

## **25**

Die Streithelferin verfolgt in der Berufungsinstanz den erstinstanzlichen Klageantrag im Umfang von 86.385,74 € weiter; im Umfang von 1.445,86 € wegen Teilleistungen für die Genehmigungsplanung (Leistungsphase 4) akzeptiert sie das klageabweisende Urteil.

## **26**

Ihre Berufung begründet die Streithelferin im Wesentlichen wie folgt: In tatsächlicher Hinsicht wendet sie sich gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts, soweit es als bestätigt ansah, dass der Zeuge J. für die Beklagte gegenüber dem Projektleiter K. telefonisch einen vorübergehenden Planungsstopp nach Abschluss der Leistungsphase 2 ausgesprochen habe. Da der Zeuge K. das behauptete Telefonat nicht bestätigt habe, sei allenfalls von einem „non liquet“ und damit von einem fehlenden Nachweis des Gesprächs auszugehen.

## **27**

In rechtlicher Hinsicht ist die Streithelferin der Auffassung, der Honoraranspruch aus §§ 650q, 631 BGB sei entstanden und fällig gewesen und hätte daher zugesprochen werden müssen. Die abgerechnete Leistung der Leistungsphase 3 sei ordnungsgemäß erbracht worden; die für ihre Arbeit erforderlichen Grundlagen hätten der E. sämtlich vorgelegen. Die Abnahme gem. § 641 Abs. 1 S. 1 BGB werde gem. § 640 Abs. 2 S. 1 BGB spätestens dadurch fingiert, dass die Beklagte in der ihr mit Schriftsatz der Streithelferin vom 18.02.2022 gesetzten Frist bis zum 10.03.2022 keine konkrete Mängelrüge erhoben habe. Auch sonst sei niemals ein inhaltlicher Mangel gerügt oder Nachbesserung verlangt worden.

## **28**

Die Annahme des Landgerichts, die Vertragsparteien hätten am 17.04.2020 nachträglich die Fortführung der Planung gem. § 158 Abs. 1 BGB unter die aufschiebende Bedingung einer Entscheidung der Beklagten zu den im Einzelnen festgesetzten Punkten gestellt, hält die Streithelferin für unzutreffend. Einen dahingehenden übereinstimmenden Parteiwillen habe es nicht gegeben; es sei auch kein vernünftiger Grund ersichtlich, warum sich die Rechtsvorgängerin der Streithelferin auf eine solche Abrede hätte einlassen sollen. Selbst wenn – aus ihrer Sicht fälschlicherweise – eine Bedingung unterstellt würde, so gälte sie gem. § 162 Abs. 1 BGB als eingetreten: Die Beklagte habe dann den Bedingungseintritt treuwidrig verzögert, indem sie die ausstehenden Entscheidungen bis heute nicht getroffen habe.

## **29**

Die Streithelferin ist entgegen dem Landgericht der Auffassung, die Regelung des § 650p Abs. 1 BGB lasse bei fehlender Erforderlichkeit der Planung die Vergütungspflicht des Auftraggebers nicht entfallen. Vielmehr habe ein „Vorpreschen“ des Architekten mit seiner Leistungserbringung allenfalls zur Folge, dass er Änderungen seiner Planung auf eigene Kosten vornehmen müsse, die durch im weiteren Verlauf ergehende neue Anweisungen des Auftraggebers erforderlich würden. Um diese Frage gehe es im streitgegenständlichen Fall aber nicht, da die Beklagte der Planungsleistung nicht etwa geänderte inhaltliche Anforderungen entgegenhalte, sondern das Neubauprojekt (mutmaßlich in Folge der Corona-Pandemie) insgesamt oder doch zumindest grundlegend in Frage stelle.

## **30**

Einer eventuellen Aufforderung der Beklagten, die Planungen „einzufrieren“ oder vorübergehend zu stoppen, komme keine rechtliche Bedeutung zu. Es handele sich um keine juristischen Kategorien, wie das Landgericht zu Recht ausgeführt habe. Indem es, so die Streithelferin, aber von einer Aufforderung zum „Ruhen“ der Leistungspflicht mit der Wirkung einer Verpflichtung zum Planungsstopp ausgegangen sei, habe es faktisch der Figur des „Einfrierens“ aber doch Rechtswirkungen beigemessen, was widersprüchlich sei.

**31**

Die Streithelferin wendet sich zudem gegen die Auffassung des Landgerichts, das „Vorpreschen“ des Planers stelle für sich genommen einen Mangel seiner Planungsleistungen dar. Die Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung könne keinen Mangel des Werks darstellen. Darüber hinaus habe gem. § 634 BGB eine mangelhafte Leistung des Unternehmers auch nicht den Verlust seines Vergütungsanspruchs zur Folge, sondern allenfalls – hier nicht im Raum stehende – Nacherfüllungsverpflichtungen.

**32**

Den geltend gemachten Anspruch sieht die Streithelferin jedenfalls in §§ 643, 645 Abs. 1 S. 1 BGB begründet. Das Landgericht, das diese Ansicht im Grundsatz ebenfalls vertreten habe, habe aber dem Anspruch keinen Schadensersatzanspruch der Beklagten entgegenhalten dürfen, der in Höhe der streitgegenständlichen Honorarforderung aufgrund der vorschnellen Ausführung der Planungen zur Leistungsphase 3 entstanden sei. Einen solchen fiktiven Schadensersatzanspruch habe die Beklagte nie geltend gemacht und erst recht keine Aufrechnung gem. § 388 BGB erklärt.

**33**

Hilfsweise stützt die Beklagte die streitgegenständliche Forderung auf § 648 BGB. Der von der Beklagten verhängte „Planungsstopp“ lasse sich als konkludente Kündigung des Vertrags begreifen. Gem. § 648 BGB behalte die Rechtsvorgängerin der Streithelferin den Vergütungsanspruch daher in voller Höhe. Weil sie die geschuldeten Planungsleistungen vollständig erbracht habe, müsse sie sich auch keine ersparten Aufwendungen entgegenhalten lassen.

**34**

Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen in der Berufungsbegründung Bezug genommen.

**35**

Die Klägerin schließt sich der Berufungsbegründung der Streithelferin an.

**36**

Die Streithelferin und die Klägerin beantragen in der Berufungsinstanz,

das angegriffene Urteil des Landgerichts Hof vom 30.11.2022 – Az. 35 O 24/21 – wie folgt abzuändern: Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 86.385,74 EUR nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 43.208,64 EUR seit 17.08.2020 sowie aus einem Betrag in Höhe von 43.177,10 EUR seit 07.09.2020, sowie vorgerichtliche Mahnkostenpauschalen in Höhe von 90,00 EUR zu zahlen.

**37**

Die Beklagte hält ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag auch in der Berufungsinstanz aufrecht. Sie beantragt die Abweisung der Berufung und verteidigt das angegriffene Urteil. Die Beauftragung mit Leistungen der Leistungsphasen 1 – 3 nach § 55 HOAI berechtere den Auftragnehmer nicht, die Planungen nach eigenem Gutdünken zu von ihm selbst bestimmten Zeitpunkten durchzuführen. Die zeitliche Abstimmung der einzelnen Leistungsphasen sei gem. § 650p BGB vertragstypische Pflicht aus Architekten- und Ingenieurverträgen. Dies habe die Rechtsvorgängerin der Streithelferin missachtet, indem sie nach Abschluss der Planungsphase 2 ihre Planung fortgesetzt habe, obwohl ihr notwendige Entscheidungen des Bauherrn nicht übermittelt worden seien und sie ausdrücklich zu einem vorläufigen Stopp wegen einer notwendigen Denkpause betreffs grundlegender Änderungen des geplanten Neubauprojekts aufgefordert worden sei.

**38**

Die Beweisaufnahme habe ergeben, dass der E. der vorläufige Planungsstopp ausdrücklich mitgeteilt worden sei. Sie sei sogar ausdrücklich noch auf das Risiko einer vorzeitigen Leistungserbringung hingewiesen worden. Dennoch sei sie in die Leistungsphase 3 eingetreten, ohne dies der Beklagten mitzuteilen geschweige denn notwendige Abstimmungen vorzunehmen. Der E. hätten dabei wesentliche Grundlagen für die in der Leistungsphase 3 geschuldete Erstellung genehmigungsreifer Pläne gefehlt. So habe die Billigung der Vorplanung durch die Beklagte gefehlt und insbesondere habe der die Gesamtplanung leitende Architekt noch nicht mit den Planungen für die Leistungsphase 3 begonnen. Er habe damit noch keine Vorgaben an die Fachplaner geben können, an denen sie ihre Arbeit auszurichten haben. Die Klägerin und die Streithelferin führten auch nicht aus, an welchen Gesamtplanungen des Architekturbüros sie ihre Planungen in der Leistungsphase 3 ausgerichtet haben wollen. Wegen der noch

klärungsbedürftigen Fragen und der ausstehenden Entscheidung über den Umfang des geplanten Neubaus habe es sich um eine reine „Luftplanung“ gehandelt.

#### **39**

Aus diesem Grund seien die Leistungen der E. keineswegs mangelfrei. Weil deren Tauglichkeit letztlich erst beurteilt werden könne, wenn die geplante Ausgestaltung des Gesamtbauwerks feststehe, ließen sich konkrete Mängel allerdings noch nicht feststellen. Es sei nicht Aufgabe des Bauherrn, fiktive Planungen zu überprüfen und Nachbesserungswünsche zu äußern. Die Beklagte müsse daher keine konkreten Mängelrügen erheben. Auf die entsprechende Aufforderung der Streithelferin in erster Instanz mit Fristsetzung habe sie ebenfalls nicht reagieren müssen, so dass auch keine Abnahmefiktion gem. § 640 Abs. 2 BGB stattgefunden habe.

#### **40**

Weiter wendet sich die Beklagte gegen die Hilfsrüge der Urteilsbegründung, ein Vergütungsanspruch resultiere aus § 648 BGB. Sie habe die Verträge mit der E. nicht – auch nicht konkludent – gekündigt. Sie habe vom Vertrag nie endgültig Abstand nehmen wollen und beabsichtige das auch heute nicht. Außerdem stehe der von der Streithelferin unterstellten konkludenten Kündigung das Schriftformerfordernis des § 650q BGB i. V. m. § 650h BGB entgegen.

#### **41**

Vorsorglich erklärt die Beklagte gegen die geltend gemachte Restwerklohnforderung die Aufrechnung mit etwaigen ihr zustehenden Schadensersatzansprüchen in Höhe des Klageanspruchs.

#### **IV.**

#### **42**

1. Der Senat hält die von der Klägerin eingelegte Berufung der Klägerin für verspätet. Anders als im Berufungsbegründungsschriftsatz vom 02.02.2023 angegeben, ist ausweislich des Akteninhalts zuvor kein Berufungsschriftsatz eingegangen. Insbesondere eine „Berufungsschrift vom 21.12.2022“ ließ sich in den Akten nicht finden. Der erste Schriftsatz in der Berufungsinstanz ist derjenige vom 02.02.2023 (Bl. 305 d. A.). Dieser kann zwar als Berufungseinlegung ausgelegt werden, ist aber nach Ablauf der Berufungseinlegungsfrist eingegangen. Gem. § 517 ZPO ist die Berufung binnen eines Monats nach Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils einzulegen. Das angegriffene Urteil des Landgerichts Hof wurde dem Klägervertreter am 02.12.2022 zugestellt. Die Berufung hätte daher bis spätestens 02.01.2023 beim Oberlandesgericht eingehen müssen. Tatsächlich hat die Klägerin aber erst mit Schriftsatz vom 02.02.2023 Berufung eingelegt.

#### **43**

2. Die von der Streithelferin eingelegte Berufung ist form- und fristgerecht eingelegt worden und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere hat die Unzulässigkeit der von der Klägerin eingelegten Berufung keine Auswirkungen auf die Zulässigkeit der durch die Streithelferin geführten Berufung. Ein vom Streithelfer eingelegtes Rechtsmittel ist wirksam, auch dann, wenn die Hauptpartei gegen die Entscheidung nicht vorgeht. Er gerät dadurch allerdings nicht in eine Parteirolle; das Rechtsmittel ist also für die Hauptpartei eingelegt (BGH, Beschluss vom 18.01.2022 – VI ZB 36/21 –, NJW-RR 2022, 404 Rn. 7; Urteil vom 26.06.2020 – V ZR 106/19 –, NJW-RR 2020, 942 Rn. 6). Die Ausnahmesituation, dass die Hauptpartei mit dem Rechtsmittel offenkundig nicht einverstanden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18.01.2022 a. a. O.), liegt ersichtlich nicht vor.

#### **44**

Die – allerdings nicht näher begründete – Klageerweiterung um 10,00 € weiterer Mahnkosten ist ebenfalls zulässig (§§ 264 Nr. 2, 525 S. 1 ZPO), auch wenn sie sich in der Sache nicht recht erschließt.

#### **45**

Da die Berufung einheitlich zu behandeln ist, also keine gesonderten Entscheidungen über die von der Klägerin und die von der Streithelferin eingelegten Rechtsmittel zu treffen sind (BGH, Beschluss vom 24.01.2006 – VI ZB 49/05 –, NJW-RR 2006, 644), hat die Unzulässigkeit der von der Klägerin erhobenen Berufung keine Auswirkungen. Die Berufung ist damit insgesamt zulässig, nach Auffassung des Senats in der Sache jedoch nicht begründet.

#### **46**

Die zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossenen Verträge sind Architekten- und Ingenieurverträge gem. § 650p Abs. 1 BGB. Bei diesem Vertragstyp handelt es sich um einen besonderen Werkvertrag, so dass auf ihn die allgemeinen Regeln des Werkvertragsrechts gem. §§ 631 ff. BGB anwendbar sind (Jauernig/Mansel, BGB, 18. Aufl. 2021, § 650p Rn. 1). Charakteristikum des Werkvertrags ist die Erfolgshaftung: Der Unternehmer schuldet ein Werk, das für die vom Besteller üblicherweise vorgesehene Verwendung funktionsfähig oder tauglich ist (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 631 Rn. 6). Umgekehrt ist der Besteller nach Fertigstellung des Werks zur Zahlung der Vergütung verpflichtet (§ 631 Abs. 1 Hs. 2 BGB). Erbringt der Werkunternehmer nicht geschuldete Leistungen, so stehen diese außerhalb des vertraglichen Synallagmas. Sie können deshalb gegebenenfalls Ansprüche aus GoA oder aus ungerechtfertigter Bereicherung, aber keinen Werklohnanspruch begründen (Grüneberg/Retzlaff a. a. O., Rn. 9).

#### 47

Besteht die Werkleistung in einer Planung, so hat dies naturgemäß gewisse Besonderheiten zur Folge. Anders als etwa beim Bauvertrag steht bei Vertragsschluss der genaue Inhalt des Vorhabens oft noch nicht fest. Er konkretisiert sich regelmäßig erst im Verlauf der Werksausführung. Was bei Vertragsschluss noch erforderlich erschienen sein mag, kann sich im Laufe des Planungsvorgangs als unnötig erweisen (Fuchs, Der Leistungsbegriff des Architektenvertrags, NZBau 2019, 25, 27). Der Planer soll daher seine Aufgabe schrittweise erarbeiten, der Besteller seinen Auftrag im Wege des Leistungsbestimmungsrechts fortlaufend ausgestalten (Grüneberg/Retzlaff a. a. O., § 650p Rn. 2). Deshalb hat der Gesetzgeber für den Architekten- und Ingenieursvertrag in § 650p BGB die Leistungspflichten des Werkunternehmers dahingehend ausgestaltet, dass er die Arbeiten schuldet, „die nach dem jeweiligen Stand der Planung ... erforderlich sind“.

#### 48

Die Regelung des § 650p Abs. 1 BGB hat zur Folge, dass der Planer nicht bereits mit Vertragsschluss das gesamte Werk erbringen darf. Er muss sich vielmehr am jeweiligen Planungsstand orientieren und sich in ständiger Abstimmung mit dem Besteller befinden, um die für den Fortgang der Arbeiten notwendigen Konkretisierungen zu erlangen. Der Architekt oder Ingenieur darf also nicht „vorpellen“ oder „vorpreschen“, also keine Leistungen erbringen, die gegebenenfalls später einmal gebraucht werden, aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch nicht erforderlich sind (Koeble, in: Kniffka/Koeble/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage 2020, Teil 11, Recht der Architekten und Ingenieure, Rn. 72; Schmidt, in: v. Westphalen/Thüsing VertrR/AGB-Klauselwerke, Stand: 48. EL März 2022, Teil Klauselwerke, Architektenvertrag, Rn. 57). Diese Grundsätze stellt auch die Klägerin nicht in Frage.

#### 49

Aus dem Sinn und Zweck, vor allem aber dem eindeutigen Wortlaut des § 650p Abs. 1 BGB, ergibt sich auch die Rechtsfolge eines „Vorpreschens“ des Planers: Anders als die Streithelferin in ihrer Berufungsbegründung vertritt, muss der Planer in diesem Fall nicht lediglich sein Werk auf eigene Rechnung nachbessern, wenn sich durch spätere Konkretisierungen die Notwendigkeit von Änderungen ergibt. Der Planer ist zur Erbringung der nach dem jeweiligen Stand der Planung erforderlichen Leistungen „verpflichtet“ (§ 650p Abs. 1 S. 1 BGB). Im Umkehrschluss ist er also zu Leistungen, die nach dem jeweiligen Stand der Planungen (noch) nicht erforderlich sind, nicht verpflichtet. Erbringt er sie gleichwohl, so bewegt er sich außerhalb seiner vertraglichen Verpflichtung. Er erbringt eine Leistung, die er nach dem Architekten- und Ingenieursvertrag nicht schuldet, so dass die Verpflichtung zur Gegenleistung, also zur Vergütung, nicht entsteht (so im Ergebnis auch Kniffka/Koeble a. a. O.; v. Westphalen/Thüsing a. a. O.).

#### 50

Natürlich kann der Gläubiger außervertraglich erbrachte Leistungen genehmigen, zum Beispiel soweit sie sich im weiteren Planungsverlauf doch noch als tauglich erweisen. In diesem Fall werden die ursprünglich nicht erforderlichen Planungen nachträglich Vertragsinhalt, so dass sie entsprechend zu vergüten sind. Eine solche Konstellation lag dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26.07.2007 (VII ZR 42/05 – NJW 2008, 285) zugrunde, auf das sich die Berufung maßgeblich stützt. Hier hatte der „vorpreschende“ Planer Änderungen an seinen Plänen vornehmen müssen, die durch konkretisierende Vorgaben des Bestellers erforderlich wurden. Für diese Nachbesserungen kann er keine gesonderte Vergütung verlangen, denn er war durch die verfrühte Leistungserbringung das Risiko einer Unbrauchbarkeit seiner Leistungen eingegangen. Der Bundesgerichtshof hat damit aber nicht zum Ausdruck gebracht, auch für die verfrühte Planung falle im Grundsatz der volle Werklohn an. Im dem vorgenannten Urteil zugrundeliegenden Fall

wurden die Planungen durchaus für das Gesamtvorhaben verwendet, also – soweit tauglich – vom Auftraggeber genehmigt. Im Streit stand nicht der Werklohnanspruch für die erbrachten Leistungen, sondern für (hier gar nicht im Raum stehende) Nacharbeiten. Mit den Rechtsfolgen für den Fall, dass verfrühte Leistungen keine Verwendung finden und vom Besteller nicht genehmigt werden, musste sich der Bundesgerichtshof gar nicht befassen.

#### **51**

Nach diesen Maßstäben hat das Landgericht die Klage zu Recht abgewiesen.

#### **52**

Das Landgericht setzt sich umfassend mit der Frage auseinander, ob die streitgegenständlichen Leistungen der Leistungsphase 3 im Sinne des § 650p Abs. 1 BGB zum Zeitpunkt ihrer Erbringung erforderlich waren. Es kommt nach durchgeführter Beweisaufnahme zu dem Ergebnis, dass dies nicht der Fall war. Dies begründet es in gut nachvollziehbarer Weise mit dem Besprechungsvermerk vom 17.04.2020, über dessen Inhalt es durch Vernehmung der Zeugen K. und L., beides Mitarbeiter der Streithelferin sowie deren Rechtsvorgängerin, Beweis erhoben hat. Demnach waren von der Beklagten noch Entscheidungen zur Art des Energieerzeugungssystems und zum Wärmeüberträger, ebenso zu den Themenkomplexen „Lichtberechnung Büroarbeitsplätze“ und „Leistung der Leuchten“, zu treffen, die unstreitig zum Leistungszeitpunkt noch nicht ergangen waren. Auch für den Bereich der Elektrotechnik standen noch Vorgaben aus, wie das Landgericht zutreffend feststellt.

#### **53**

Soweit die Berufung die Planungen als erforderlich ansieht, weil die E. über alle für ihre Leistungen erforderlichen Informationen verfügt habe, muss dies bereits im Tatsächlichen angezweifelt werden. Vorgaben des planungsleitenden Architekturbüros für die Leistungsphase 3 lagen ihr unstreitig nicht vor. Die Klägerin selbst räumt auch ein, gewisse Entscheidungen der Beklagten nicht bekommen zu haben.

#### **54**

Der tatsächliche Bereich kann indes offenbleiben, denn Planungen sind nicht bereits dann erforderlich, wenn sie dem Architekten oder Ingenieur möglich sind. Auch wenn der vertragliche Leistungsumfang genau feststeht, sind nur die nach dem gegenwärtigen Stand des Projekts notwendigen Leistungen zu erbringen (Kniffka/Koebler a. a. O.). Dass aber die Leistungen der Phase 3 zu diesem frühen Zeitpunkt – noch vor Eingang der Vorgaben der planungsleitenden Architekten – zwingend erbracht werden mussten, meinen auch die Klägerin und die Streithelferin nicht.

#### **55**

Bereits aus diesem Grund erweisen sich die streitgegenständlichen Leistungen der Rechtsvorgängerin der Streithelferin als nicht erforderlich im Sinne des § 650p Abs. 1 BGB, ohne dass es auf die Frage nach dem „Einfrieren“ der Planungen, also dem in Streit stehenden möglicherweise angeordneten vorübergehenden Planungsstopp, überhaupt entscheidend ankommt.

#### **56**

Zutreffenderweise hat das Landgericht darüber hinaus eine fehlende Erforderlichkeit der Planungen aber auch unter dem Gesichtspunkt angenommen, dass die Beklagte einen vorübergehenden Planungsstopp angeordnet hat. Nach durchgeführter Beweisaufnahme geht es davon aus, dass der Zeuge J. für die Beklagte den Mitarbeiter der E., K. in nahem zeitlichen Zusammenhang mit der Besprechung vom 17.04.2020 über eine mögliche Änderung des Raumkonzepts informierte und um einen vorübergehenden Planungsstopp nach Abschluss der Leistungsphase 2 bat. Soweit die Klägerin und die Streithelferin meinen, ein entsprechender Nachweis sei nicht erbracht, weil der Zeuge K. das Telefonat nicht bestätigt habe, wenden sie sich gegen die Beweiswürdigung.

#### **57**

Gemäß § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist das Berufungsgericht an die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten Tatsachen gebunden, soweit nicht konkrete Anhaltspunkte Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der entscheidungserheblichen Feststellungen begründen und deshalb eine erneute Feststellung gebieten. Konkrete Anhaltspunkte, welche die Bindung des Berufungsgerichts an die erstinstanzlichen Feststellungen entfallen lassen, können sich aus Fehlern ergeben, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind. Zweifel in diesem Sinne liegen schon dann vor, wenn aus der für das Berufungsgericht gebotenen Sicht eine gewisse – nicht notwendig

überwiegende – Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die erstinstanzliche Feststellung keinen Bestand haben wird, sich also deren Unrichtigkeit herausstellt.

## 58

Ein konkreter Anhaltspunkt für unrichtige Feststellungen ist jeder objektivierbare rechtliche oder tatsächliche Einwand gegen die erstinstanzlichen Feststellungen. Bloß subjektive Zweifel, lediglich abstrakte Erwägungen oder Vermutungen der Unrichtigkeit ohne greifbare Anhaltspunkte wollte der Gesetzgeber ausschließen. Konkrete Anhaltspunkte können sich aus gerichtsbekanntem Tatsachen, aus dem Vortrag der Parteien oder dem angefochtenen Urteil selbst ergeben sowie aus Fehlern, die dem Eingangsgericht bei der Feststellung des Sachverhalts unterlaufen sind.

## 59

Solche konkreten Anhaltspunkte zeigt die Berufung nicht auf. Allein der Umstand, dass sich von zwei Zeugen nur einer an das in Rede stehende Telefonat erinnert, zwingt das Gericht nicht dazu, dieses als nicht nachgewiesen zu erachten. Vielmehr ist es im Rahmen der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO zur eigenständigen Überzeugungsbildung gehalten. Dass es dabei dem Zeugen J. Glauben geschenkt hat, ist nicht zu beanstanden, zumal es zur Bestätigung in diesem Zusammenhang auch die Aussage des Zeugen O. heranzieht.

## 60

Hat aber die Beklagte der Rechtsvorgängerin der Streithelferin Überlegungen zu einer möglichen Änderung des Raumkonzepts mitgeteilt und sogar noch ausdrücklich um Nichtfortsetzung der Planungen ersucht, so begründet dies eine fehlende Notwendigkeit der gleichwohl vorgenommenen Leistungserbringung zur Leistungsphase 3. Die rechtlichen Überlegungen der Streithelferin zur Rechtsnatur eines solchen „Einfrierens“ oder „vorübergehenden Planungsstopps“ sind zutreffend und decken sich zudem mit der Einschätzung des Landgerichts. In der Tat kennt das allgemeine Schuldrecht die Rechtsfigur eines „Einfrierens“ der Leistungspflicht nicht. Das Gericht geht aber auch gar nicht von der Allgemeingültigkeit einer solchen rechtlichen Konstruktion aus. Vielmehr erfolgen die Ausführungen im Zusammenhang mit den Besonderheiten des Architekten- und Ingenieurvertrags, der eine fortlaufende Aktualisierung der Leistungspflicht durch Vorgaben des Bestellers noch in der Ausführungsphase vorsieht und die jeweils geschuldeten Planungen am Kriterium der Erforderlichkeit nach dem aktuellen Planungsstand bemisst. Wenn in diesem Rahmen der Auftraggeber wegen möglicher grundlegender Änderungen mitteilt, dass die Zeit für Leistungen der Leistungsphase 3 noch nicht reif ist, dann betrifft dies – unabhängig von der konkreten Formulierung – die Voraussetzungen des § 650p Abs. 1 BGB. Dass es im sonstigen Vertragsrecht eine solche Möglichkeit des Auftraggebers nicht gibt, liegt in den Besonderheiten des Planungsvertrags begründet und ist für den konkreten Fall ohne Bedeutung. Denn der im sonstigen Vertragsrecht geltende Grundsatz, dass eine Leistung im Zweifel sofort erbracht werden kann (§ 271 BGB), erfährt im Architekten- und Ingenieurvertrag gerade eine Ausnahme.

## 61

Auf die Ausführungen des Landgerichts zur Vereinbarung einer aufschiebenden Bedingung gem. § 158 BGB bei der Besprechung vom 17.04.2020 kommt es nicht entscheidungserheblich an. Dass die Leistungen der E. zur Leistungsphase 3 nach damaligem Planungsstand nicht erforderlich waren, führt bereits gem. § 650p Abs. 1 BGB dazu, dass sie vertraglich zu dieser Zeit nicht geschuldet waren. Der Vereinbarung einer Bedingung bedurfte es dazu nicht. Es kann also dahinstehen, ob tatsächlich die Fortführung der Planungen nach dem übereinstimmenden Parteiwillen unter die aufschiebende Bedingung des Ergehens weiterer Entscheidungen der Beklagten zu den im einzelnen im Besprechungsprotokoll aufgelisteten offenen Punkten gestellt werden sollte. Dementsprechend gehen auch die Überlegungen der Berufung zu einer etwaigen treuwidrigen Vereitelung des Bedingungseintritts durch die Beklagte gem. § 162 Abs. 1 BGB ins Leere.

## 62

Auch die Frage einer etwaigen Abnahme oder Abnahmefiktion gem. §§ 640 Abs. 2, 641 BGB stellt sich nicht. Da das angebotene Werk vertraglich nicht geschuldet war, bestand schon dem Grunde nach kein Vergütungsanspruch. Anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn die Beklagte die Leistung ausdrücklich oder konkludent als vertragsgemäß genehmigt hätte. Das war jedoch nicht der Fall und wird von der Berufung auch nicht behauptet. § 640 Abs. 2 BGB kann aber nur die Abnahmewirkung herbeiführen und keine Genehmigung fingieren.

**63**

Aus §§ 642, 643 BGB kann die Klägerin den geltend gemachten Anspruch ebenfalls nicht herleiten. Sie stützt ihren Anspruch auf die Fristsetzung zur Rüge konkreter Mängel mit Schriftsatz vom 18.02.2022. Da die Beklagte der Aufforderung nicht nachgekommen sei, gelte der Vertrag mit Fristablauf als aufgehoben, weshalb gem. § 645 BGB die Planungsleistungen zu vergüten seien. Diese Argumentation setzt ein vertraglich geschuldetes Werk voraus, das vorliegend aber nicht existierte, denn nur dann kann ein Werklohnanspruch entstehen. Da die Leistungen aber nicht erforderlich und damit gem. § 650p BGB nicht geschuldet waren, hat die Auflösung des Vertrags keine Auswirkungen. Zur Entstehung eines Werklohnanspruchs führt § 645 BGB sicherlich nicht.

**64**

Die Erwägungen des Landgerichts zu einem etwaigen Schadensersatzanspruch der Beklagten in Höhe der Vergütungsforderung bedürfen deshalb keiner eingehenden Überprüfung. Da die E. tatsächlich keinen Anspruch auf Vergütung der in Rechnung gestellten streitgegenständlichen Leistungen hat, ist auf Seiten der Beklagten kein Schaden eingetreten.

**65**

Der Hilfsbegründung der Berufung, ein Vergütungsanspruch resultiere jedenfalls aus § 648 BGB, kann ebenfalls kein Erfolg beschieden sein. Letztlich nimmt auch die Berufung nicht an, dass die Aufforderung zum vorübergehenden Planungsstopp als Kündigung gem. § 648 BGB auszulegen ist. Eine Kündigung ist die klare und unzweideutige Mitteilung des Bestellers, dass er keine weiteren Leistungen mehr wünscht (Grüneberg/Retzlaff a. a. O., § 648 Rn. 3). Sie ist formfrei und kann auch konkludent erklärt werden. Daher kann, wie die Berufung richtig annimmt, auch die endgültige Aufgabe eines Bauvorhabens eine konkludente Kündigung darstellen (Grüneberg/Retzlaff a. a. O.).

**66**

Selbst die Klägerin behauptet aber nicht, dass die Beklagte mitgeteilt hätte, das Neubauprojekt insgesamt nicht mehr ausführen zu wollen. Eine solche Absicht ergibt sich auch nicht aus dem Akteninhalt. Darüber hinaus stünde Treuwidrigkeit im Raum, wenn die Rechtsvorgängerin der Streithelferin in Kenntnis des gekündigten Planungsvertrags (nach der Beweisaufnahme ist davon auszugehen, dass ihr die Aufforderung zum Planungsstopp nach Abschluss der Leistungsphase 2 bekannt war) Leistungen erbringt und diese später mit dem Argument in Rechnung stellt, sie habe wegen vollständiger Leistungserbringung keine Aufwendungen erspart. Eine böswillige Unterlassung ersparter Aufwendungen im Sinne des § 648 S. 2 BGB käme jedenfalls ernsthaft in Betracht.

V.

**67**

Es wird daher zur Rücknahme der Berufung geraten. Auf die im Falle einer Rücknahme der Berufung in Betracht kommende Ermäßigung der Gerichtsgebühren (KV-Nr. 1220, 1222) weist der Senat ausdrücklich hin.

**68**

Den Streitwert des Berufungsverfahrens beabsichtigt der Senat gem. §§ 47 Abs. 1 GKG, 3 ZPO auf 86.385,74 € festzusetzen.