

Oberlandesgericht Düsseldorf

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 633, 634, 634a BGB

- 1. Auch wenn bei einer fehlerhaften Planungsleistung der haftungsbegründende Tatbestand vor der Abnahme des Planungswerks vollendet worden ist, beginnt die Verjährung der sie betreffenden Mängelansprüche aus § 634 BGB gemäß § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 634a Abs. 2 BGB mit Abnahme der Planungsleistung im Bauwerk.**
- 2. Das Vorhandensein und die fehlende Erkennbarkeit eines Mangels stehen der Abnahme und somit auch der konkludenten Abnahme nicht entgegen.**

OLG Düsseldorf, Urteil vom 08.10.2021, Az.: 22 U 66/21

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 28.04.2021 verkündete Urteil des Einzelrichters der 7. Zivilkammer unter Zurückweisung des Rechtsmittels im Übrigen teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 14.446,49 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.11.2019 und vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten in Höhe von 1.029,35 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 10.05.2020 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Die Klägerin ist eine WEG, der Beklagte ist beratender Ingenieur. Der Beklagte war zunächst aufgrund eines Angebots vom 06.06.2009 (GA 93/pdf 98) über eine "Vor-Ort-Energieberatung" tätig. Er erstellte einen "Energieberatungsbericht" (GA 95/pdf 101).

Unter dem 04.01.2010 gab der Beklagte ein Honorarangebot über "Leistungen bei Gebäuden gemäß Teil II HOAI" ab. Er bot Leistungen für den Einbau einer Solaranlage gemäß § 15 HOAI 1996/2002 an, nämlich Ausführungsplanung, Vorbereitung und Mitwirkung bei der Vergabe und Objektüberwachung (Bauüberwachung). Die Verwalterin erteilte unter dem 26.01.2010 den Auftrag (GA 193/pdf 199).

Auf der Grundlage von Wirtschaftlichkeitsberechnungen des Beklagten vom 14.03.2011 (GA 29 ff./pdf 35 ff.) entschieden die Wohnungseigentümer in der Versammlung vom 17.03.2011 (GA 31/pdf 37), dass die vorhandene Heizungsanlage durch eine Gas-Brennwert-Anlage und eine Solaranlage ersetzt werden solle. Nach Version 03 der Wirtschaftlichkeitsberechnung (GA 30/pdf 36) rechnete der Beklagte mit einer (Gesamt-) Energieeinsparung von 106.092,00 kWh/a = 7.426,44 EUR (bei 0,07 EUR/kWh). Danach ging er von einer Amortisation der Kosten nach 8,35 Jahren aus (= 62.000,00 EUR/7.426,44 EUR). Für die Solaranlage rechnete der Beklagte mit einer Einsparung von 74.844,00 kWh/a = 5.239,08 EUR (bei 0,07 EUR/kWh), wie sich aus der Berechnung zur Version 02 der Wirtschaftlichkeitsberechnung ergibt. Die geschätzten Kosten von 45.000,00 EUR sollten sich danach in 8,59 Jahren amortisieren (= 45.000,00 EUR/5.239,08 EUR). In beiden Berechnungen ging der Beklagte von einer mittleren Lebensdauer von 20 Jahren aus.

Die Berechnung des Beklagten zur Einsparung von Energie durch die Solaranlage war fehlerhaft. In den Jahren 2014 bis 2019 sind Solareinspeisungen zwischen 11.282 kWh und 16.486 kWh erfolgt. Der der Wirtschaftlichkeitsberechnung zugrunde gelegte Wert von 74.844 kWh konnte nicht realisiert werden.

Die Klägerin macht geltend, dass sie die Solaranlage nicht in Auftrag gegeben hätte, wenn der Beklagte nicht die zu hohe Energieersparnis in Aussicht gestellt hätte. Die Anlage trage weniger als erwartet zur Energieeinsparung bei. Das Verhältnis von Nutzen und Fehlinvestition liege bei 73 %, weshalb sie 73 % ihrer Kosten geltend machen könne. Danach seien ihr 73 % folgender Beträge zu erstatten:

Werklohn für die Solaranlage 43.172,72 EUR./ KfW-Zuschuss 12.540,00 EUR Honorar des Beklagten 4.730,25 EUR Ersatzvornahme durch M. GmbH 613,81 EUR Zahlungen an Sachverständigen Jo. 3.470,34 EUR Wartungen durch M. GmbH 4.421,77 EUR Summe 43.868,89 EUR davon 73 % 32.024,29 EUR

Der Beklagte hat die Einrede der Verjährung erhoben. Zudem hat er geltend gemacht, dass die Klägerin nicht das positive Interesse geltend machen könne. Darauf laufe ihre Schadensberechnung indessen hinaus.

Durch das angefochtene Urteil, auf das wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, ist die Klage abgewiesen worden. Der Anspruch der Klägerin sei zwar nicht verjährt. Sie könne aber nicht das positive Interesse verlangen. Es komme darauf an, ob und inwieweit die Klägerin "unter dem Strich" geschädigt sei. Das sei von der Klägerin nicht hinreichend dargelegt.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit der Berufung. Sie geht nunmehr von einer "Minderleistung" von 75,54 % aus. Ohne die Wartungskosten - die sie nicht mehr geltend mache - ergebe sich danach eine Forderung in Höhe von 30.517,07 EUR.

Der Beklagte tritt der Berufung entgegen. Er verteidigt die angefochtene Entscheidung.

II.

Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Sie führt zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang.

1. Der Klägerin steht dem Grunde nach ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 634, 280 BGB zu.

a) Die Haftung des Beklagten ist nach den Bestimmungen des Werkvertrags zu beurteilen. Grundlage der Haftung ist der Planungsauftrag gemäß Angebot vom 04.01.2010. In der WEG-Versammlung war am 21.10.2009 beschlossen worden, den Beklagten mit der weiteren Planung für die Anschaffung der Solaranlage zu betrauen

(TOP 2.2). Danach wandte sich der Verwalter an den Beklagten (Schreiben vom 12.11.2009, GA 119/pdf 125) und der Beklagte erstellte sein Angebot vom 04.01.2010. In der WEG-Versammlung vom 17.03.2011 ist sodann berichtet worden, dass umfangreiche Planungsarbeiten erforderlich gewesen seien, bis eine vergabefähige Grundlage vorgelegen habe. Der Beklagte selbst informierte die Eigentümer über die technischen Details und die Wirtschaftlichkeit (TOP 2.1, GA 31/pdf 37). Die Angaben des Beklagten zur Wirtschaftlichkeit sind danach im Rahmen des Planungsauftrags erbracht worden. Dem steht nicht entgegen, dass der Beklagte nach seinem Angebot vom 04.01.2010 nicht ausdrücklich Pflichten zur Beratung übernommen hat. Denn auch ohne ausdrückliche Regelung ist der Planer verpflichtet, die wirtschaftlichen Belange des Bestellers zu wahren. Zudem kann für die Bestimmung des Inhalts des Vertrages die Handhabung durch die Parteien nicht außer Acht gelassen werden. Der Beklagte hat durch die wirtschaftliche Beratung zugleich die Pflicht übernommen, diese gewissenhaft durchzuführen. Er würde deshalb selbst dann haften, wenn er die Beratung ohne (ausdrückliche) vertragliche Grundlage durchgeführt hätte (OLG Stuttgart, Urt. v. 06.09.2012 - 2 U 3/12, BeckRS 2014, 18547; OLG Stuttgart, Urt. v. 17.10.2013 - 13 U 86/13, BeckRS 2016, 15357; OLG Brandenburg, Urt. v. 29.08.2014 - 11 U 170/11, BauR 2015, 288 = IBR 2015, 81).

b) Die Pflichtverletzung des Beklagten ist in der Sache unstreitig. Es steht auch mit hinreichender Sicherheit fest, dass durch diese Pflichtverletzung ein Schaden entstanden ist. Dem steht die von Beklagten in den Raum gestellte Möglichkeit, dass die Eigentümer auch in Kenntnis der wesentlich geringeren Energieeinsparung den Einbau der Solaranlage beschlossen hätten, nicht entgegen.

Die Frage, ob und in welcher Höhe der Klägerin ein Schaden entstanden ist, ist gemäß § 287 ZPO zu beurteilen. Das gilt auch für die Frage, ob die Klägerin im Falle korrekter Berechnung der Energieersparnis von der Beauftragung der Solaranlage Abstand genommen hätte oder diese gleichwohl in Auftrag gegeben hätte. Denn schon diese Frage gehört zur haftungsausfüllenden Kausalität, da sie die Folgen der Pflichtverletzung betrifft (BGH, Urt. v. 05.02.2009 - IX ZR 6/06, NJW 2009, 1591).

Nach dem Maßstab des § 287 ZPO ist es hinreichend wahrscheinlich, dass die Klägerin die Solaranlage nicht beauftragt hätte. Wie nachfolgend noch auszuführen ist, amortisiert sich die Solaranlage nicht. Zudem spielten in den WEG-Versammlungen vom 21.10.2009 (GA 253/pdf 259) und 10.06.2010 (GA 256/pdf 262) wirtschaftliche Gesichtspunkte eine große Rolle.

2. Der Anspruch der Klägerin ist nicht verjährt.

Bei der Leistung des Beklagten handelt es sich um Planungs- und Bauüberwachungsleistungen für ein Bauwerk im Sinne von § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB. Die fünfjährige Verjährungsfrist gilt auch für Umbauarbeiten, wenn sie für die Nutzbarkeit des Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sind und die eingebauten Teile mit dem Gebäude fest verbunden werden (BGH, Urt. v. 02.06.2016 - VII ZR 348/13, NZBau 2016, 558). So liegt der Fall hier. Das Landgericht hat festgestellt, dass die Solaranlage mit einem umfangreichen Rohrsystem versehen ist, welches erwärmtes Wasser über 5 Geschosse zum Heizungsraum der Gesamtanlage führt.

Die Klägerin macht einen Anspruch gemäß § 634 Nr. 4 BGB geltend. Es liegt ein Mangel des Planungswerks vor. Denn der Beklagte hat sich verpflichtet, die zu erwartende Einsparung zu ermitteln. Hierauf sollten die Eigentümer ihre Entscheidung gründen. Danach gehörte die Ermittlung der Einsparung zur Soll-Beschaffenheit der Planungsaufgabe. Auch für die Haftung wegen der Verletzung von Aufklärungs- und Beratungspflichten gilt die Verjährungsregelung gemäß § 634a BGB (Locher, in: Locher/Koebler/Frik, HOAI, 15. Auflage, Einleitung Rn. 358).

Der Anwendung des § 634a BGB steht nicht entgegen, dass der haftungsbegründende Tatbestand vor der Abnahme des Planungswerks vollendet worden ist. Zwar bestehen Ansprüche gemäß § 634 BGB grundsätzlich erst nach der Abnahme (BGH, Urt. v. 19.01.2017 - VII ZR 301/13, NJW 2017, 1605) und § 634a BGB nimmt allein auf Ansprüche gemäß § 634 BGB Bezug. Aus der Regelung des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB in Verbindung mit § 634a Abs. 2 BGB folgt indessen, dass auch die Haftung des Planers an die Abnahme seiner Leistung geknüpft werden sollte. Planungs- und Überwachungsfehler realisieren sich typischerweise vor der Abnahme der Planungsleistung im Bauwerk. Der Bestimmung des § 634a Abs. 1 Nr. 2 BGB verbliebe damit kaum ein Anwendungsbereich, würde sie nicht auch die vor der Abnahme des Planungswerks entstandenen Schadensersatzansprüche erfassen. Zudem lag es in der Absicht des Gesetzgebers, im Hinblick auf die gesamtschuldnerische Haftung von Planer und bauausführendem Unternehmer unterschiedliche Verjährungsfristen zu vermeiden (BR-Drs. 338/01, 73 und BT-Drs. 14/6857, 67). Auch dieser Zweck wäre verfehlt, wenn vor der Abnahme des Planungswerks entstandene Schadensersatzansprüche nicht von § 634a BGB erfasst würden (vgl. Rodemann, in: Fuchs/Berger/Seifert, Beck'scher HOAI- und Architektenrechtskommentar, 2. Auflage, § 650s BGB Rn. 5; anderer Ansicht Steiner BauR 2019, 711 [716]). Hinzu kommt, dass bei Planungsverträgen der Unternehmer dem Besteller schon vor der Abnahme des Planungswerks Teilerfolge verschafft, wenn er die Leistungserfolge bewirkt, an denen der Besteller ein eigenständiges Interesse hat. Das rechtfertigt es, dem Besteller schon von der Abnahme des Planungswerks Mängelrechte gemäß § 634 BGB einzuräumen (vgl. Klein, in: Fuchs/Berger/Seifert, a. a. O., § 650q Rn. 123) und diese der Verjährung gemäß § 634a BGB zu unterwerfen, weil es sich um einen Teil der Gesamtleistung handelt (Locher, in: Locher/Koeble/Frik, a. a. O., Einleitung Rn. 358).

Für den Beginn der Verjährung kommt es gemäß § 634a Abs. 2 BGB auf die Abnahme der Planungs- und Bauüberwachungsleistungen des Beklagten an. Eine ausdrückliche Abnahme ist nicht erklärt worden. Jedoch kommt den Umständen nach eine konkludente Abnahme in Betracht. Der Beklagte hat seine Leistungen ab 02.09.2011 abgeschlossen. An diesem Tag hat er die Freigabe der Schlussrechnung erteilt, mithin die von ihm im Rahmen der Leistungsphase 8 geschuldete Schlussrechnungsprüfung abgeschlossen. Dass er danach noch weitere Leistungen erbracht hätte oder diese von ihm abgefragt worden sind, ist nicht vorgetragen. Danach kann davon ausgegangen werden, dass Anfang März 2012 nach Ablauf von 6 Monaten die Abnahme konkludent erklärt worden ist (vgl. BGH, Urt. v. 26.09.2013 - VII ZR 220/12, NZBau 2013, 779). Die Ansicht der Klägerin, eine konkludente Abnahme sei erst wesentlich später in Betracht gekommen, nämlich erst zu dem Zeitpunkt, in dem die tatsächlich erzielte Energieeinsparung hätte beurteilt werden können, überzeugt nicht. Denn das Vorhandensein und die fehlende Erkennbarkeit eines Mangels steht der Abnahme und somit auch der konkludenten Abnahme nicht entgegen. Unerkannte Mängel des Werks hindern die konkludente Abnahme nicht (BGH, Urt. v. 20.02.2014 - VII ZR 26/12, Rn. 18, BauR 2014, 1023; OLG Brandenburg, Urt. v. 05.07.2012 - 12 U 231/11, juris-Rn. 50; Lauer, IBR 1999, 326). Maßgeblich ist, ob der Besteller das Werk erhalten hat und es daher beurteilen kann. Es würde zu weit gehen, wenn der Prüfungszeitraum für die konkludente Abnahme daran ausgerichtet würde, dass jeglicher Mangel erkannt werden könnte. Der Planer kann wenigstens nach Ablauf eines halben Jahres erwarten, dass der Besteller das Planungswerk als nicht vertragsgerecht zurückweist, wenn er innerhalb dieses Zeitraums keine Beanstandungen erhebt.

Die am 02.03.2012 beginnende Verjährungsfrist ist nachfolgend gehemmt worden. Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gemäß § 203 Satz 1 BGB gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Das für den Beginn der Verjährungshemmung erforderliche

"Verhandeln" ist nach der Rechtsprechung weit zu verstehen. In Anknüpfung an die Rechtsprechung zu § 639 Abs. 2 BGB a. F. wird die Verjährung schon dadurch gehemmt, dass sich der Unternehmer im Einverständnis mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins eines Mangels unterzog. Es reicht, dass der Unternehmer bei dem Besteller den Eindruck erweckt, er werde den Mangel prüfen bzw. sich um ihn kümmern, und der Besteller - wie regelmäßig - damit einverstanden ist (vgl. Jurgeleit, in: Kniffka/Koebler/Jurgeleit/Sacher, Kompendium des Baurechts, 5. Auflage, Teil 5 Rn. 177). Nach Maßgabe dieser Grundsätze war die Verjährung zumindest für zwei Jahre gehemmt. Wie die Klägerin dargelegt hat, ist nach Erstellung der Jahresabrechnung für 2012 die aus Sicht der Klägerin ungenügende Einsparung im März 2013 mit dem Beklagten thematisiert worden, weshalb dieser einen Ortstermin am 25.04.2013 mit der Pl. GmbH organisierte (Bericht des Beklagten vom 22.06.2013, GA 203/pdf 209). Mit Schreiben vom 15.08.2013 wurde die fehlende Einsparung gegenüber dem Beklagten gerügt (Schreiben vom 15.08.2013, GA 205/pdf 211). Mit E-Mail vom 27.10.2013 ist erneut der zu hohe Gasverbrauch angezeigt worden (GA 206/pdf 212). In der Folge leitete der Beklagte ein Schreiben der Pl. GmbH weiter und empfahl dem Eigentümer W., die Entwicklung zu beobachten (GA 181/pdf 187). Im April 2015 sollte erneut ein Termin stattfinden, der wegen der Erkrankung eines Mitarbeiters der Pl. GmbH aber nicht stattfinden konnte (E-Mail vom 07.04.2015, GA 217/pdf 223). Daraufhin kündigte die Klägerin gegenüber der Pl. GmbH (Schreiben vom 15.06.2015, GA 36/pdf 42) die Einholung eines Gutachtens an. Dieses Schreiben erhielt der Beklagte in Kopie. Unter Berücksichtigung dieses Hemmungszeitraums konnte die Verjährung nicht vor dem 02.03.2019 eintreten.

Vor Ablauf dieses Zeitraums ist es zu einer weiteren Hemmung gekommen. Nachdem der Verwalter einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten geltend gemacht hat (Schreiben vom 13.12.2018), hat der Beklagte auf die erforderliche Abstimmung mit seiner Versicherung verwiesen. Hierdurch sind erneut Verhandlungen aufgenommen worden. Im Zuge dieser Verhandlungen sind sodann Verjährungsverzichterklärungen bis zum 30.04.2020 abgegeben worden, so dass die Klage vom 21.04.2020 die Verjährung rechtzeitig gehemmt hat.

Nicht anderes ergibt sich, wenn - der Ansicht der Beklagten folgend - die Verjährungsfrist gemäß § 199 BGB Anwendung finden würde. Insoweit kann auf die Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen werden. Auf die rechtlich unstrittene Frage der Anwendbarkeit von § 634a BGB auf vor der Abnahme des Planungswerks entstandene Ansprüche kommt es daher letztlich nicht an.

3. Entgegen der Ansicht des Landgerichts ist der Klägerin ein Schaden entstanden. Der Schaden ist gemäß § 287 ZPO zu schätzen. Die aus der Akte ersichtlichen Angaben genügen, um einen Mindestschaden zu ermitteln. Das Landgericht hätte daher nicht jeglichen Schadensersatz ablehnen dürfen.

a) Der Schaden ist nach der sog. Differenzhypothese zu bemessen. Dem Beklagten ist ein Fehler bei der Investitionsberatung vorzuwerfen. Ein Schaden liegt deshalb vor, weil die Beratung des Beklagten zur Durchführung einer Baumaßnahme geführt, die bei zutreffender Beratung nicht durchgeführt worden wäre. Die Schadensberechnung ist so wie bei unzutreffender Beratung über die Baukosten vorzunehmen. Für die Schadensberechnung ergibt sich kein Unterschied, ob das Bauvorhaben wegen zu niedrig geschätzter Baukosten oder wegen einer Falschberatung zu den Erträgen durchgeführt worden ist (vgl. Zahn, in: Kniffka/Jurgeleit, iBrOK-Bauvertragsrecht [10.08.2021], § 650p Rn. 125).

Danach ist die hypothetische Vermögenslage, wie sie sich ohne das zum Schadensersatz verpflichtende Ereignis darstellen würde, der tatsächlichen Vermögenslage gegenüberzustellen. Die für die Anlage aufgewendeten Kosten müssen daher den mit der

Anlage erzielten und noch zu erzielenden Erträgen gegenübergestellt werden (vgl. Zahn, a. a. O., § 650p Rn. 126; OLG Bamberg, Urt. v. 17.04.2013 - 3 U 127/12, juris-Rn. 71).

Ohne die Pflichtverletzung hätte die Klägerin die Solaranlage nicht beauftragt. Die Kosten für die Errichtung der Solaranlage wären ihr nicht entstanden. Aufgrund der Pflichtverletzung hat die Klägerin Kosten für die Solaranlage aufgewendet. Für die (mangelfreie) Errichtung der Solaranlage sind unstreitig folgende Kosten entstanden:

Werklohn für die Solaranlage

43.172,72 EUR

./. KfW-Zuschuss

12.540,00 EUR

Honorar des Beklagten

4.730,25 EUR

Rechnung M.

613,18 EUR

Summe

35.976,15 EUR

Nicht zu folgen ist der Ansicht der Klägerin, die Kostenminderung durch den KfW-Zuschuss sei nicht zu Gunsten der Beklagten zu berücksichtigen. Der Schaden der Klägerin kann nicht höher sein, als die von ihr aufgewendeten Kosten für den Einbau der Solaranlage.

Zudem muss bei der tatsächlichen Vermögenslage berücksichtigt werden, dass die Klägerin die Solaranlage nutzt und durch sie Energie einspart. Die Klägerin hat sich entschieden, die Solaranlage weiterhin zu nutzen.

Die Solaranlage hat in den Jahren 2017 bis 2019 einen Ertrag von rund 14.600 kWh erzielt. Der Zeitraum 2014 bis 2016 ist außer Acht zu lassen, weil die Anlage erst durch die Ersatzvornahme der Klägerin (hierauf bezieht sich die Rechnung M. vom 09.03.2016) in einen mangelfreien Zustand versetzt worden ist und die geringere Erträge in 2014 bis 2016 auf Mängeln der Anlage beruhen könnten. Danach ergibt sich eine jährliche Ersparnis von 1.021,86 EUR (14.600 kWh x 0,07 EUR), wenn statische Energiekosten zugrunde gelegt werden (die Klägerin selbst geht von 1.087,00 EUR aus, BB Seite 7, GA 386). Die mittlere Lebensdauer hat der Sachverständige in seiner Berechnung vom 14.03.2011 mit 20 Jahren angegeben. Danach würde sich ein Vorteil von 20.437,20 EUR ergeben. Dieser Vorteil ist im Rahmen der Schätzung des Mindestschadens aufzurunden. Zum einen ist es naheliegend, dass die Solaranlage länger als 20 Jahre genutzt wird, zum anderen ist mit einem Steigen der Energiepreise zu rechnen. Danach erscheint es als angemessen, den Vorteil durch den Einbau der Solaranlage auf 25.000,00 EUR zu schätzen. Der Schaden der Klägerin beträgt danach 10.976,15 EUR.

Zudem sind der Klägerin die Kosten für den Sachverständigen Jo. (= 3.470,34 EUR) zu erstatten. Denn auch diese Kosten wären ohne den Einbau der Solaranlage nicht angefallen. Danach beläuft sich der Schaden der Klägerin auf 14.446,49 EUR.

Nicht zu folgen vermag der Senat der Berechnung des Beklagten vom 19.06.2020 (GA 130/pdf 136). Diese Berechnung bezieht sich auf die gesamte Maßnahme, also auch den Einbau der Brennwertkessel. Die Brennwertkessel sind aber nicht streitgegenständlich. Auch hätten allein die Brennwertkessel eingebaut werden können, Brennwertkessel und Solaranlage waren keine technisches "Gesamtpaket". Die Berechnung des Schadens ist danach an den Kosten und dem Ertrag allein für die Solaranlage auszurichten. Der in der Berechnung des Beklagten für die Energieeinsparung angegebene Wert von 69.958,82 kWh/a trifft für die Solaranlage nicht zu. Der Beklagte selbst ist in dem KfW-Förderantrag vom 23.05.2011 (GA 43/pdf 49) von einem Solarertrag von 18,13 MWh = 18.130,00 kWh ausgegangen.

Mögliche Steuervorteile wegen der Rechnung M. gemäß § 35a Abs. 2 EStG sind zu vernachlässigen. Die Rechnung enthält Arbeitskosten in Höhe von 187,01 EUR netto. Die WEG hat 32 Eigentümer (GA 155/pdf 161). Offen ist, ob die Abzugsbeträge gemäß § 35a Abs. 2 EStG nicht schon durch andere Arbeiten "verbraucht" waren. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner Erörterung der Frage, ob sich die Klägerin etwaige Steuervorteile der Eigentümer entgegenhalten lassen muss.

b) Nicht zu folgen vermag der Senat der Schadensberechnung der Klägerin. Die Klägerin bemisst den Schaden nach dem von ihr erwarteten Ertrag der Solaranlage. Soweit der tatsächliche Ertrag den erwarteten Ertrag unterschreitet, wertet sie die für die Anlage aufgewendeten Kosten als "frustriert" und macht diese daher als Schaden geltend.

Bei dieser Art der Schadensbemessung nimmt die Klägerin den erwarteten Ertrag als Ausgangspunkt. Darin liegt eine Bemessung des Schadens nach dem positiven Interesse. Ersatz des positiven Interesses kann die Klägerin indessen nicht beanspruchen. Denn sie macht geltend, dass sie die Solaranlage ohne die Pflichtverletzung nicht eingebaut hätte. Dem widerspricht die Schadensberechnung der Klägerin, wenn sie geltend machen will, die Solaranlage müsse die versprochenen Leistungswerte aufweisen und danach ihren Schaden berechnet.

Hinzu kommt Folgendes: Wollte man annehmen, dass der Beklagte die Planung einer Solaranlage mit einem Ertrag von 74.844 kWh/a versprochen hätte, so hätte er sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet. Denn eine Solaranlage mit dieser Leistung kann nicht installiert werden. Entgegen der Auffassung der Klägerin folgt aus § 311a Abs. 2 BGB nicht, dass der Beklagte sie so zu stellen hätte, als hätte er eine Solaranlage mit der versprochenen Leistung geplant und wäre diese Solaranlage errichtet worden. Kann der Planer das versprochene (Planungs-) Werk nicht herstellen, weil das (Bau-) Werk mit den vereinbarten Eigenschaften technisch nicht realisierbar ist, dann ist er verpflichtet, einen "ähnlichen" Erfolg zu bewirken, wenn der Besteller an dem Planungsvertrag festhalten will. Alternativ kann der Besteller das Planungswerk zurückweisen, jedenfalls dann, wenn die Änderungen nicht zumutbar sind oder die Konzeption des Werks wesentlich geändert wird. Diese Handlungsmöglichkeiten müssen auch bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs berücksichtigt werden, wenn der Planungsvertrag - ohne dass zuvor die Unmöglichkeit aufgedeckt worden ist - durchgeführt wird. Es wäre unangemessen und würde zu einer erheblichen Überkompensation führen, wenn der Besteller in solchen Fällen seinen Schaden nach dem positiven Interesse bemessen könnte (vgl. Rodemann, BauR 2019, 374, 376; Sacher, FS Leupertz, 633, 644). Dass der Planer nicht auf das positive Interesse haftet, zeigt auch die Rechtsprechung zur Baukostenobergrenze. Wenn auch der Planer für die Überschreitung einer Baukostenobergrenze haftet, so muss sich der Besteller auf seinen Schadensersatzanspruch doch den höheren Wert des Bauwerks anrechnen lassen. Eine solche Anrechnung dürfte nicht stattfinden, wenn - wie die Klägerin geltend macht - der Planer für die vereinbarte Beschaffenheit der Planung unbedingt einstehen müsste.

c) Entgegen der Ansicht der Klägerin kann ihre Schadensberechnung auch nicht auf die Grundsätze der Entscheidung des BGH vom 22.02.2018 (VII ZR 46/17, NJW 2018, 1463) gestützt werden. Die Bemessung des Schadens ausgehend von dem Minderwert des Werks des Bauunternehmers (a. a. O. Rn. 65) ist vorliegend nicht weiterführend, weil der Beklagte nicht für einen Planungs- oder Ausführungsfehler haftet, sondern für die Verletzung einer Beratungspflicht.

4. Nach der berechtigten Forderung belaufen sich die von dem Beklagten zu erstattenden Kosten der außergerichtlichen Rechtsverfolgung auf 1.029,35 EUR.

5. Die Hauptforderung und die Nebenforderung sind zu verzinsen. Wegen der Hauptforderung ist der Beklagte in Verzug geraten, für die Nebenforderung sind Prozesszinsen geschuldet.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 713 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen.

Berufungsstreitwert: 30.517,07 EUR.