
Datum: 07.03.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 17. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 17 U 34/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0307.17U34.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 27 O 490/98

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 6. Juni 2000 verkündete Urteil der 27. Zivilkammer des Landgerichts Köln - 27 O 490/98 - 1. teilweise wie folgt abgeändert: Die gegen den Beklagten zu 4) gerichtete Klage wird abgewiesen. Die gegen die Beklagten zu 1) bis 3) gerichtete Klage wird in Höhe von 47.301,91 DM nebst 4 % Zin-sen seit dem 19. November 1998 abgewiesen. und 2. im übrigen - soweit die Beklagten zu 1) bis 3) zur Zahlung von 20.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Mai 1995 abzüglich am 15. November 1999 gezahlter 5.000,00 DM verurteilt worden sind - samt dem zugrundeliegenden Verfahren aufgehoben und zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht Köln zurückverwiesen. Die außergerichtlichen Kosten erster Instanz des Beklagten zu 4) trägt der Kläger; seine im Berufungsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten trägt der Beklagte zu 4) selbst. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Berufungsverfahrens bleibt dem Landgericht vorbehalten. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird gestattet, die Zwangsvollstreckung des Beklagten zu 4) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 4.000,00 DM abzuwenden, falls nicht der Beklagte zu 4) vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die zu leistenden Sicherheiten können auch durch unbefristete Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse erbracht werden.

Tatbestand:

1

2

Der Beklagte zu 1) ist Geschäftsführer der Firma H. GmbH, die in H. einen Zentralheizungs-, Lüftungs- und Rohrleistungsbau betreibt. Die Beklagten zu 2) bis 4) sind seine Söhne. Aufgrund eines mit dem Beklagten zu 1) im Juni 1994 geführten Gespräches erfuhr der Kläger, dass die "Bauherrengemeinschaft H." beabsichtige, auf der B. in H. ein Gewerbeobjekt zu errichten. Vor der Frage des Ankaufs dieses Grundstücks sollte der Kläger eine Bauvoranfrage beim zuständigen Bauamt der Stadt H. einreichen. Der Kläger reichte unter dem 12. September 1994 die gewünschte Bauvoranfrage bei der Stadtverwaltung H. ein. Im Januar 1995 reichte der Kläger dem Bauamt eine Betriebsbeschreibung sowie eine schriftliche Vollmacht der "Bauherrengemeinschaft H., vertreten durch Herrn E. H." nach, die von dem Beklagten zu 1) unterzeichnet war. In der von dem Beklagten zu 1) unterzeichneten Betriebsbeschreibung sind als Bauherren angegeben "E., A., J. und T. H.". Unter dem 18. März 1995 erstellte der Kläger eine Kostenschätzung, die er der Bauherrengemeinschaft unter dem 20. März 1995 per Fax übersandte. Die Bauanfrage wurde am 6. April 1995 von der Stadt H. positiv beschieden, wie der Kläger anlässlich eines am 24. April 1995 geführten Telefonats erfuhr. Als sich der Kläger daraufhin bei dem Beklagten zu 1) nach dem weiteren Vorgehen erkundigte, teilte dieser dem Kläger mit, dass er weiterhin in Verhandlungen wegen des Grunderwerbs stehe und der Kläger seine bisherigen Leistungen berechnen solle. Der Kläger erstellte daraufhin unter dem 17. Mai 1995 eine als "Abschlagsrechnung" bezeichnete Honorarabrechnung, in welcher der Kläger auf der Grundlage der HOAI ein Gesamthonorar (ohne Nebenkosten) von (netto) 54.028,52 DM ermittelte, davon der Bauherrengemeinschaft jedoch unter Vornahme eines "Rückbehalts" ein Bruttohonorar in Höhe von 20.000,00 DM berechnete. Der Kläger legte seiner Gebührenberechnung die Honorarzone 2 und anrechenbare Kosten von 8.816.810,00 DM entsprechend seiner Kostenschätzung vom 18. März 1995 zugrunde. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Rechnung vom 17. Mai 1995 (Anlage K 5 - Bl. 14 ff. AH) und die Kostenschätzung vom 18. März 1995 (Anlage K 4 - Bl. 12, 13 AH) verwiesen.

Auf der Grundlage des am 30. Dezember 1997 eingegangenen Mahnantrags des Klägers erließ das Amtsgericht Hagen am 6. Januar 1998 einen Mahnbescheid gegen die Beklagten zu 1) bis 3), durch welchen diese als Gesamtschuldner zur Zahlung des Rechnungsbetrages von 20.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Mai 1995 verpflichtet wurden. Gegen die ihnen am 8. Januar 1998 zugestellten Mahnbescheide legten die Beklagten zu 1) bis 3) am 13. Januar 1998 Widerspruch ein. Noch vor Abgabe des Mahnverfahrens an das Landgericht Köln als Prozessgericht, die im November 1998 erfolgte, erstellte der Kläger unter dem 30. August 1998 eine neue als "Abschlagsrechnung" bezeichnete Rechnung, die einen Bruttobetrag von 71.162,20 DM auswies. Diese Rechnung machte der Kläger mit Klageerhöhungsschriftsatz vom 11. März 1999 zum Gegenstand der vorliegenden Honorarklage. Mit weiterem Schriftsatz vom 16. August 1999 hat der Kläger seine Honorarklage gegen den Beklagten zu 4) erweitert. Der Erweiterungsschriftsatz wurde dem Beklagten zu 4) am 27. August 1999 zugestellt. Am 15. November 1999 überwies die Bauherrengemeinschaft H. dem Kläger für seine Leistungen einen Betrag von 5.000,00 DM. 3

Nach Berichtigung der Nebenkostenabrechnungen verlangt der Kläger von den Beklagten die Zahlung von nur noch 67.301,91 DM abzüglich der am 15. November 1999 geleisteten Zahlung von 5.000,00 DM. 4

Der Kläger hat behauptet, der Beklagte zu 1) habe den Auftrag für alle Beklagten erteilt. Seine Tätigkeiten hätten die Leistungsphasen 1 und 2 des § 15 HOAI umfasst und seien allesamt erbracht worden. Die Abrechnung sei zutreffend nach der HOAI erstellt und die anrechenbaren Kosten zutreffend ermittelt worden. 5

Der Kläger hat beantragt,

7

die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, an ihn 67.301,91 DM nebst 4 % Zinsen aus 20.000,00 DM seit dem 20. Mai 1995 bis zum Tage der Zustellung der Anspruchsbegründung vom 18. November 1998 an die Beklagten sowie weitere 4 % Zinsen aus 67.301,91 DM ab dem Tage der Zustellung der Anspruchsbegründung vom 18. November 1998 abzüglich am 15. November 1999 gezahlter 5.000,00 DM zu zahlen.

8

Die Beklagten haben die Abweisung der Klage beantragt.

9

Sie haben behauptet, der Beklagte zu 1) - geschäftsführender Gesellschafter der Firma H. GmbH - habe den Kläger nicht zugleich namens der Beklagten zu 2) bis 4) beauftragt. Der Beklagte zu 2) und die Beklagten zu 3) und 4) seien nach Auftragserteilung der Bauherrengemeinschaft beigetreten. Der Kläger sei allein mit der Erstellung einer Bauvoranfrage, nicht aber mit Tätigkeiten im Rahmen der Leistungsphasen 1 und 2 zu § 15 HOAI beauftragt worden. Für die Erstellung der Bauvoranfrage habe der Kläger den Beklagten zu 1) eine Vergütung von 5.000,00 DM bis 6.000,00 DM genannt. Daran müsse sich der Kläger festhalten lassen. Die in der Rechnung angegebenen Kosten von 8.816.810,00 DM seien viel zu hoch. Tatsächlich könne das Bauvorhaben für etwa 4,4 Mio. DM realisiert werden. Deshalb seien auch die Gebühren der Stadt H. für den Bauvorbescheid zu hoch ausgefallen; insoweit seien mindestens 8.578,00 DM zu viel gezahlt worden. Insoweit haben die Beklagten die Aufrechnung gegen das nach ihrem Vortrag vereinbarte Pauschalhonorar erklärt. Die von dem Kläger erstellte Kostenschätzung sei ohne ihr Wissen erfolgt. Die berechneten Arbeiten seien nicht vollständig erbracht worden.

10

Das Landgericht hat nach Durchführung einer Beweisaufnahme zur behaupteten Pauschalvergütungsabrede diese für nicht erwiesen erachtet und die Klage zugesprochen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme und der weiteren Einzelheiten der landgerichtlichen Entscheidung wird auf die Sitzungsniederschrift des Landgerichts vom 10. Mai 2000 und auf das am 6. Juni 2000 verkündete Urteil Bezug genommen.

11

Gegen dieses ihnen am 21. Juni 2000 zugestellte Urteil haben die Beklagten form- und fristgerecht Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Frist bis zum 21. September 2000 an diesem Tage begründet.

12

Die Beklagten machen im wesentlichen geltend, die "Bauherrengemeinschaft H." habe als Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei Vertragsschluss mit dem Kläger lediglich aus den Beklagten zu 1) und zu 2) bestanden. Die Beklagten zu 3) und zu 4) seien erst später hinzugekommen, dadurch aber nicht zu Vertragspartnern des Klägers geworden. Der Kläger sei ausschließlich mit der Erstellung einer Bauvoranfrage, nicht jedoch mit der Erbringung von Leistungen nach den Leistungsphasen 1 und 2 nach der HOAI beauftragt worden. Es habe lediglich geklärt werden sollen, was auf dem Grundstück gebaut werden könne. Als Honorar für diese Tätigkeit habe der Kläger den Beklagten zu 1) bestätigt, dass seine Tätigkeit nicht mehr als 5.000,00 DM bis 6.000,00 DM kosten werde. Nach Erhalt der Rechnung vom 17. Mai 1995, mit welcher der Kläger seine Leistung vollständig abgerechnet, jedoch lediglich einen Betrag von 20.000,00 DM geltend gemacht habe, habe der Beklagte zu 1) bei dem Kläger angerufen. In dem Telefonat habe er den Kläger erneut auf die Pauschalierung angesprochen; dabei habe der Kläger die Pauschale von 5.000,00 DM bestätigt. Die von dem Kläger der Rechnung zugrundegelegte Kostenermittlung vom 18. März 1995 sei fehlerhaft; der Kläger sei weder mit der Planung der Außenanlagen, noch mit

13

der Ausstattung des Gebäudes beauftragt worden. Die dafür berechneten Zuschlägen stünden ihm nicht zu. Ferner erheben die Beklagten die Einrede der Verjährung; die Beklagten zu 1) bis 3) jedoch nur, soweit ein höheres Honorar als insgesamt 20.000,00 DM abzüglich gezahlter 5.000,00 DM geltend gemacht wird.

Die Beklagten beantragen, 14

15

unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen sowie ihnen nachzulassen, eventuell erforderliche Sicherheiten auch im Wege der selbstschuldnerischen Bürgschaft einer deutschen Bank oder Sparkasse erbringen zu dürfen. 16

Der Kläger beantragt, 17

18

die Berufung zurückzuweisen sowie ihm im Unterliegensfall nachzulassen, eine mögliche Sicherheitsleistung durch Beibringung einer Bankbürgschaft einer öffentlich-rechtlichen Sparkasse oder deutschen Großbank leisten zu dürfen. 19

Im Wege der Anschlussberufung beantragt der Kläger, den Kostentenor des angefochtenen Urteils dahin abzuändern, dass der Kläger die Kosten des Rechtsstreits zu 5,43 %, die Beklagten zu 94,57 % zu tragen haben. 20

Er wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen. Ergänzend führt er aus, er sei nicht nur mit der Stellung einer Bauvoranfrage, sondern mit der Vorplanung einschließlich einer Kostenschätzung beauftragt worden. Diese Kostenschätzung habe auch die Kosten der Außenanlagen, der Ausstattung und der Entwässerung enthalten sollen. Die 2jährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB habe nicht bereits Ende 1995 zu laufen begonnen. Die Abschlagsrechnung vom 17. Mai 1995 sei keine Schlussrechnung gewesen. Eine solche Schlussrechnung habe er erst unter dem 30. August 1998 erstellt, so dass die Verjährungsfrist erst Ende 2000 abgelaufen sei. Mit - nicht nachgelassenem - Schriftsatz vom 29. Januar 2001 macht der Kläger hilfsweise geltend, die von dem Beklagten vorgesehene Überlassung der Nutzung des geplanten Gebäudes stelle eine gewerbliche Tätigkeit der Beklagten im Sinne von § 196 Abs. 2 BGB dar, für welche die 4jährige Verjährungsfrist zur Anwendung komme. 21

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 22

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e: 23

Die formell unbedenkliche Berufung der Beklagten führt zur Abweisung der Klage bezüglich des Beklagten zu 4) in vollem Umfange und bezüglich der Beklagten zu 1) bis 3), soweit diese den Hauptforderungsbetrag von 20.000,00 DM nebst Zinsen abzüglich am 15. November 1999 gezahlter 5.000,00 DM übersteigt. Soweit die Beklagten zu 1) bis 3) zur Zahlung eines Betrages von 20.000,00 DM nebst Zinsen abzüglich am 15. November 1999 gezahlter 5.000,00 DM verurteilt worden sind, führt das Rechtsmittel gemäß § 539 ZPO unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils und des ihm zugrundeliegenden Verfahrens zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht, weil das Verfahren des I. Rechtszuges an wesentlichen Mängeln leidet und das angefochtene Urteil darauf beruht; das Landgericht hat entscheidungserhebliches Vorbringen der Parteien übergangen und den Sachverhalt 24

auch im übrigen nicht ausreichend geklärt.

1. 25

Zutreffend ist das Landgericht von der Passivlegitimation aller Beklagten ausgegangen. Die 26
Beklagten zu 1) und 2) räumen selbst ein (S. 2 der Klageerwidernung - GA 42), Mitglieder der
"Bauherrengemeinschaft H." zu sein, welche den Kläger im Sommer 1994 beauftragt hatte.
Die Beklagten zu 3) und 4) sind - nach ihrem eigenen Vorbringen - "etwa Ende 1994"
Mitglieder der "Bauherrengemeinschaft H." geworden. Als solche waren die Beklagten zu 3)
und 4) bereits in der dem Kläger unwidersprochen mit Schreiben des Beklagten zu 1) ohne
Datum (Anlage K 9 - Bl. 29 AH) - beim Kläger eingegangen am 11. Juli 1994 - übersandten
Betriebsbeschreibung zum Bauantrag (Bl. 30 f. AH) vorgesehen gewesen. Dort sind alle 4
Beklagten vom Beklagten zu 1) als Bauherren bezeichnet worden. Dies spricht für das
Vorliegen einer Anscheinsvollmacht des Beklagten zu 1), für die übrigen Beklagten - seine
Söhne - handeln zu dürfen. Dass der Beklagte zu 1) die Namen der Beklagten zu 3) und 4)
"hinter ihrem Rücken" dort eingetragen habe, behaupten die Beklagten zu 3) und 4) selbst
nicht.
2. 27

Die Berufung der Beklagten zu 1) bis 3) hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Zusprechung 28
eines höheren Honorars als insgesamt 20.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Mai
1995 abzüglich am 15. November 1999 gezahlter 5.000,00 DM wendet. Insoweit berufen sich
die Beklagten zu 1) bis 3) mit Recht auf die Einrede der Verjährung der Honorarforderung des
Klägers. Die Berufung des Beklagten zu 4) hat insgesamt Erfolg. Der Beklagte zu 4) hält der
Klageforderung in II. Instanz zu Recht insgesamt die Einrede der Verjährung entgegen.
- Die Honorarforderung des Klägers als Architekt unterliegt - gleichgültig, ob der von ihm zu 29
erbringenden Dienstleistung ein Dienst- oder ein Werkvertrag zugrunde liegt - der kurzen
Verjährung des § 196 Abs. 2 Nr. 7 BGB (BGHZ 59, 163, 165 = NJW 1972, 1799, 1800). Die
2-jährige Verjährungsfrist des § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB beginnt am Ende des Jahres zu laufen,
in dem der Anspruch fällig geworden ist (§ 201 BGB). Das ist nach § 8 Abs. 1 HOAI der
Zeitpunkt, zu welchem - nach vertragsgemäßer Leistungs-erbringung - eine prüffähige
Honorarschlussrechnung dem Auftraggeber überreicht worden ist. Eine solche
Honorarschlussrechnung hatte der Kläger unter dem 17. Mai 1995 mit der Anlage K 5 (Bl. 14
- 16 AH) erstellt. Diese mit "Abschlagsrechnung" überschriebene Rechnung ist inhaltlich als
"Schlussrechnung" des Klägers anzusehen. Um eine Schlussrechnung handelt es sich dann,
wenn die Rechnung - aus der Sicht des Auftraggebers - eindeutig abschließenden Charakter
hat, d.h., wenn sich aus ihr ergibt, dass die gesamten Leistungen abgerechnet werden sollen
(vgl. Locher/Koeble/Frik, HOAI, 7. Auflage, § 8 Rn. 18). Dass mit der Rechnung vom 17. Mai
1995 die gesamten von ihm bis dahin erbrachten Leistungen abgerechnet worden sind, hat
der Kläger auf Befragen des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 17. Januar 2001
ausdrücklich eingeräumt. Er habe die Bezeichnung der Rechnung als "Abschlagsrechnung"
nur verwandt, weil er erwartet habe, auch den Architektenauftrag zu erhalten. Die
Bezeichnung der Rechnung - wie auch derjenigen vom 30. August 1998 (Anlage K 8) - als
"Abschlagsrechnung" vermag am Charakter der Rechnung als Schlussrechnung nichts zu
ändern. Der Kläger hatte unstreitig bis zum 17. Mai 1995 seine Tätigkeiten im
Zusammenhang mit der Bauvoranfrage erbracht. Nach Einreichung der Unterlagen beim
Bauamt hatte der Kläger unstreitig keinerlei Tätigkeiten für die Beklagten zu leisten. Er hat
auch tatsächlich keine weiteren Tätigkeiten mehr entfaltet. Die Erstellung der weiteren
Rechnung vom 30. August 1998 (Anlage K 8 - Bl. 20 f. AH) lässt die unter dem 17. Mai 1995
erstellte Schlussrechnung des Klägers unberührt.

Diese Rechnung vom 17. Mai 1995 wurde den Beklagten im Mai 1995 übermittelt. Der Lauf der 2-jährigen Verjährungsfrist begann damit Ende 1995 und hätte Ende 1997 geendet, wäre die laufende Verjährung nicht durch Einreichung des Mahnantrages am 30. Dezember 1997 in Höhe des damit geltend gemachten Betrages von 20.000,00 DM unterbrochen worden. Die nach Einreichung des Mahnantrages am 8. Januar 1998 erfolgte Zustellung des Mahnbescheides vom 6. Januar 1998 wirkte auf die Einreichung des Mahnantrages zurück (§§ 270 Abs. 3, 693 ZPO).

Die den Betrag von 20.000,00 DM übersteigende Klageforderung wurde erstmals vom Kläger mit Schriftsatz vom 11. März 1999, bei Gericht am 15. März 1999 eingegangen, geltend gemacht (GA 48). Zu diesem Zeitpunkt der Einreichung der Klageerhöhung war die 2jährige Verjährungsfrist jedoch bereits abgelaufen. Damit sind die den Betrag von 20.000,00 DM übersteigenden Honoraransprüche des Klägers gegen die Beklagten zu 1) bis 3) verjährt.

Die gegen den Beklagten zu 4) geltend gemachten Honoraransprüche des Klägers sind in vollem Umfang verjährt. Die Honorarklage des Klägers wurde mit Schriftsatz vom 16. August 1999, bei Gericht am 19. August 1999, auf den Beklagten zu 4) erweitert. Zu diesem Zeitpunkt war - aus den vorerörterten Gründen - die 2-jährige Verjährung des § 196 Abs. 1 Nr. 7 BGB bereits zum 31. Dezember 1997 abgelaufen.

Ohne Erfolg beruft sich der Kläger mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29. Januar 2001 auf die Anwendbarkeit der 4-jährigen Verjährung nach § 196 Abs. 2 BGB. Der Kläger hat nicht hinreichend dargetan, dass er seine Leistungen "für den Gewerbebetrieb" der Beklagten erbracht habe. Gewerbebetrieb ist der auf die Erzielung von dauernden Einnahmen gerichtete berufsmäßige Geschäftsbetrieb (ständige Rechtsprechung des BGH; Nachweise bei Palandt/Heinrichs, BGB, 60. Auflage, § 196 Rn. 12). In Abgrenzung zu einem auf dauernde Einnahmeerzielung gerichteten Geschäftsbetrieb sieht die Rechtsprechung (vgl. BGHZ 74, 276 ff.) die Anlegung und Verwaltung eigenen Kapitals in der Regel nicht als berufsmäßige und damit auch nicht als gewerbliche Tätigkeit an. Bau und Vermietung von Wohn- und Geschäftshäusern stellen daher regelmäßig keine gewerblichen Tätigkeiten dar (BGH NJW 1963, 1397; BGHZ 74, 273, 276 betreffend die Vermietung eines Apartmenthotels). Nach dem Inhalt der Bauvoranfrage sollte das ins Auge gefasste Baugrundstück mit einem Bürogebäude mit Betriebswohnung/Wohnungen sowie mit dahinterliegenden Werk- und Lagerhallen errichtet werden (Anlage K 2 - Bl. 2 AH). Nutzer der Gewerbeflächen sollten allerdings nicht die Beklagten persönlich sein, sondern die von dem Beklagten zu 1) als Geschäftsführer und Gesellschafter geführte H. GmbH. Der Beklagte zu 1) ist aufgrund seiner gesellschaftsrechtlichen Stellung als Gesellschafter der H. GmbH kein Kaufmann. Ein GmbH-Gesellschafter ist - anders als ein Kommanditist (in dem vom OLG Rostock NJW-RR 1999, 42 entschiedenen Falle) kein Gewerbetreibender im Sinne der Gewerbeordnung. Inwieweit die Beklagten zu 2) bis 4) gesellschaftsrechtlich mit der H. GmbH verbunden sind, ist von dem insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Kläger nicht näher ausgeführt. Der Beklagte zu 1) ist weder als Geschäftsführer und damit als gesetzlicher Vertreter, noch als Gesellschafter der H. GmbH Kaufmann im Sinne des HGB (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 30. Auflage, § 1 Rn. 31 und 50). Kaufmann und ein Handelsgewerbe betreibender Unternehmensträger ist vielmehr allein die GmbH. Als bloße Vermögensverwaltungsgesellschaft, d.h. als Gesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet und Mieteinnahmen erzielen will, betreibt die "Bauherrengemeinschaft H. GbR" kein Gewerbe.

3.

Bezüglich der gegen die Beklagten zu 1) bis 3) mit dem Mahnbescheid geltend gemachten ursprünglichen Klageforderung - und jetzigen Teilforderung - in Höhe von 20.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 20. Mai 1995 abzüglich am 15. November 1999 gezahlter 5.000,00 DM sind dem Landgericht Verfahrensfehler unterlaufen, die gemäß § 539 ZPO zur Aufhebung des entsprechenden Teils des Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits in diesem Umfang führen:

In erster Linie haben die Beklagten zu 1) bis 3) gegenüber der eingeklagten Forderung aus der Rechnung vom 17. Mai 1995 eingewandt, der Kläger sei allein mit der Erstellung einer Bauvoranfrage beauftragt worden. Grundleistungen der von dem Kläger berechneten Art habe der Kläger nicht zu erbringen gehabt. Demgegenüber hatte der Kläger stets geltend gemacht, dass er neben der eigentlichen Bauvoranfrage als Vorarbeiten auch Grundleistungen der Leistungsphasen 1 und 2 des § 15 Abs. 2 HOAI habe erbringen müssen. Neben der Klärung der Aufgabenstellung, dem Erarbeiten eines Planungskonzeptes sei dessen zeichnerische Darstellung erforderlich gewesen und von ihm auch geleistet worden.

36

Das Landgericht ist allein auf der Grundlage des Klagevortrags zu dem Ergebnis gelangt, dass der Kläger für die von der Bauherrengemeinschaft H. beabsichtigte Bauvoranfrage zugleich mit der Grundlagenermittlung und der Vorplanung gemäß § 15 HOAI beauftragt gewesen sei. Anhand der vom Kläger vorgelegten Unterlagen kann der Umfang des ihm erteilten Auftrages nicht mit der erforderlichen Sicherheit entnommen werden. Die unterbliebene Aufklärung des Umfangs des dem Kläger erteilten Auftrages stellt einen Verfahrensfehler des Landgerichts dar.

37

4.

38

Was die Höhe des vom Kläger zu beanspruchenden Honorars anbetrifft, so kann von einer Festpreisvereinbarung nicht ausgegangen werden. Wendet bei einem Architektenvertrag der Auftraggeber ein, er habe mit dem Architekten ein Pauschalhonorar vereinbart, das das vom Architekten gemäß §§ 10, 15 HOAI geltend gemachte Honorar unterschreitet, trifft den Architekten die Beweislast, daß eine Pauschalhonorarvereinbarung nicht zustandegekommen ist (vgl. KG, Urt. vom 31.10.1997 - 4 U 4281/96 - in: BauR 1999, 431, 432 m.w.N.). Eine solche Negativ-Beweisführung hat aber erst dann zu erfolgen, wenn der Auftraggeber die behauptete Vereinbarung nach Ort, Zeit und Höhe substantiiert darlegt; der Architekt hat dann die Unrichtigkeit dieser Darlegung zu beweisen (BGH NJW-RR 1992, 648; KG, a.a.O.). Am substantiierten Vortrag des Zustandekommens einer solchen Pauschalhonorarvereinbarung durch die Beklagten fehlt es hier. Der Beklagte zu 1) hat auf Befragen des Senats in der mündlichen Verhandlung zunächst erklärt, daß bei Beauftragung des Klägers mit der gewünschten Bauvoranfrage die hiermit verbundenen Architektenleistungen sich an einem ihnen vorgegebenen Rahmen zu orientieren hätten, woraufhin der Kläger zugesagt habe, daß "dies zu machen sei". Bei einem im Frühjahr 1995 geführten Telefonat habe der Kläger erklärt, daß "es nicht mehr als 6.000,00 DM koste". Die Angaben des Beklagten zu 1) reichen angesichts des vorliegenden Schriftverkehrs nicht aus, anzunehmen, daß ein konkreter Honorarbetrag vereinbart gewesen sein soll. In dem als Anlage K 7 vorgelegten Schreiben des Beklagten zu 1) vom 25. Juni 1996 (Bl. 18 AH) teilt dieser mit, daß er sich mit dem Kläger am 15. Mai 1995 telefonisch auf einen Komplettpreis von 5.000,00 DM geeinigt habe. Dieses Schreiben stellt die Antwort auf eine Anmahnung des vom Kläger unter dem 17. Mai 1995 berechneten Betrages von 20.000,00 DM dar. Die in dem Schreiben vom 25. Juni 1996 behauptete telefonische Einigung vom 15. Mai 1995 steht in Widerspruch zum erstinstanzlichen Vorbringen der Beklagten auf Seite 3 der Klageerwiderung (GA 43), wonach ein Telefongespräch zwischen dem Kläger und dem

39

Beklagten zu 1) "nach Erhalt der Rechnung vom 17. Mai 1995" stattgefunden und ein Pauschalhonorar von 6.000,00 DM vereinbart worden" sein soll. Angesichts der Widersprüchlichkeiten im Vortrag der Beklagten zu den näheren Umständen einer angeblich getroffenen Pauschalhonorarvereinbarung liegt ein nach- vollziehbarer substantiierter Vortrag einer Vereinbarung nicht vor, so daß sich die Frage, ob der Kläger die Unrichtigkeit des Vorbringens zum Zustandekommen einer Honorarvereinbarung tauglich unter Beweis gestellt hat, nicht stellt. Auch reichen die Bekundungen der erstinstanzlich vernommenen Zeugin H. zum Nachweis einer solchen Pauschalhonorarvereinbarung nicht aus. Der von der Zeugin geschilderte "Eindruck, dass Einigkeit der (Telefon-)Gesprächspartner darüber bestanden habe, dass die bis dahin erbrachten Arbeiten für die Voranfrage mit dem Betrag von 5.000,00 DM bezahlt werden sollten", reicht angesichts ihrer weiteren Bekundungen, Beginn und Ende des Telefongesprächs nicht - sondern allein "die Honorar- frage" - mitbekommen zu haben, nicht aus, die Vereinbarung eines Pauschalbetrages von 5.000,00 DM anzunehmen.

Für die Höhe der vom Kläger zu beanspruchenden Vergütung ist demgemäß auf die ihm gesetzlich zustehenden Gebühren abzustellen. Auf welche gesetzlichen Gebühren abzustellen ist, hängt im Streitfall davon ab, welche Leistungen dem Kläger in Auftrag gegeben und von diesem erbracht worden sind. Eine Abrechnung der Leistungen des Klägers unter Zugrundelegung der Bestimmungen der HOAI kommt in Betracht, wenn Gegenstand der Beauftragung des Architekten Leistungen nach den Leistungsbildern der Bestimmungen der HOAI gewesen sind. Ist der Inhalt des zwischen Bauherrn und Architekten geschlossenen Architektenvertrages unstreitig und sind lediglich bestimmte Formulierungen nicht eindeutig, kann der Vertragsumfang durch Auslegung ermittelt werden (vgl. Löffelmann/Fleischmann, Architektenrecht, 4. Auflage, 2000, Rn. 757). Danach beschränkt sich ein - unstreitiger - Auftrag, eine "Bauvoranfrage durchzuführen", nur dann auf die sechste "besondere Leistung der Leistungsphase 2", wenn die Grundleistungen der Leistungsphasen 1 und 2 bereits in Auftrag gegeben worden oder wenn sich die Bauvoranfrage auf Gesichtspunkte bezieht, zu deren Behandlung durch die Behörde die Beibringung bzw. Vorlage von Planungsunterlagen nicht erforderlich ist. Muss dagegen der Architekt zur Durchführung der Bauvoranfrage Vorplanungszeichnungen fertigen, sind die Grundleistungen der Leistungsphase 1 und 2 zumindest teilweise mit in Auftrag gegeben, da die Voraussetzung, unter der nach der Systematik der §§ 2, 15 HOAI die Bewertung der Bauvoranfrage allein als besondere Leistung steht, dass nämlich die zur Leistungsphase gehörenden Leistungsergebnisse in Erfüllung der Grundleistungsverpflichtungen erbracht wurden und lediglich hierauf aufbauende die Anfrage bei der Behörde als Zusatzleistung hinzutritt, fehlt (vgl. OLG Düsseldorf, Baurecht 1996, 292 f.; Löffelmann/Fleischmann, a. a. O.).

40

Ist daher - wie vorliegend der Fall - zwischen Bauherrn und Architekten streitig, ob der Kläger - wie dieser behauptet hat und weiter behauptet - für die Erstellung der Bauvoranfrage vorbereitende Arbeiten, nämlich die Klärung der Aufgabenstellung unter Beratung der Bauherrengemeinschaft, das Erarbeiten eines Planungskonzeptes und dessen zeichnerische Darstellung als Vorplanung innerhalb der Phasen 1 und 2 des § 15 HOAI zu erbringen hatte, muss dieser mit der Erstellung der Bauvoranfrage einhergehende Leistungsumfang in tatsächlicher Hinsicht aufgeklärt werden.

41

Wird hingegen - wie die Beklagten behaupten - die Ausarbeitung einer Bauvoranfrage ohne Grundleistungen nach § 15 HOAI beauftragt, so liegt eine isolierte "besondere Leistung" im Sinne von § 15 HOAI und damit eine eigenständige Leistung vor, deren Honorierung sich nicht nach der HOAI, sondern nach § 632 Abs. 2 BGB richtet (BGH NJW 1997, 3017; Löffelmann/Fleischmann, a. a. O., Rn. 42 m.).

42

Das Unterbleiben der gebotenen tatsächlichen Aufklärung des Umfangs der von dem Kläger im Zuge der Fertigung der Bauvoranfrage erbrachten Leistungen stellt einen weiteren Verfahrensmangel dar.	43
5.	44
Für das weitere Verfahren des Landgerichts wird auf folgendes hingewiesen:	45
Das Landgericht wird in tatsächlicher Hinsicht zu klären haben, welche Leistungen dem Kläger in Auftrag gegeben und von ihm tatsächlich erbracht worden sind. Hierzu wird das Landgericht auf die bei dem Bauamt der Stadt H. eingereichten Unterlagen zurückzugreifen und zu klären haben, ob und inwieweit die Beklagten zu 1) bis 3) sich den Inhalt dieser Unterlagen zu eigen gemacht haben.	46
Soweit sich danach ergeben sollte, dass der Umfang des dem Kläger erteilten Auftrages auch sogenannte Grundleistungen nach den Leistungsphasen 1 und 2 des § 15 HOAI umfasst hat, wird das Landgericht die Höhe der anrechenbaren Kosten und den Umfang der erbrachten Leistungen zu klären haben, wobei es sich im Zweifel sachverständiger Hilfe zu bedienen haben wird.	47
Soweit sich ergeben sollte, dass der Kläger allein mit der Erstellung einer Bauvoranfrage außerhalb von Grundleistungen nach § 15 HOAI beauftragt worden ist, wird das Landgericht im Rahmen des § 632 BGB zu klären haben, welche Vergütung für die Erstellung einer solchen bloßen Bauvoranfrage "angemessen und üblich" ist. Soweit für die Ermittlung der üblichen Vergütung auf die Berechnung eines Zeithonorars als Billigkeitsvergütung (§ 6 HOAI) abzustellen ist (vgl. Löffelmann/Fleischmann, a.a.O., Rn. 1093 ff., 1096), wird sich das Landgericht zur Ermittlung von Zeitaufwand und Stundensatzhöhe ebenfalls in Zweifel sachverständiger Hilfe zu bedienen haben.	48
6.	49
Dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag des Klägers, die Revision zuzulassen, war nicht zu entsprechen.	50
Die Entscheidung des Senats hat keine grundsätzliche Bedeutung. Die Klärung von Inhalt und Umfang des dem Kläger erteilten Auftrages ist eine - rechtlicher Klärung nicht bedürftige - Tatfrage. Die Entscheidung des Senats weicht auch - soweit ersichtlich - von keiner Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder eines der obersten Gerichtshöfe des Bundes ab.	51
Die Rechtsfrage, nach welchen rechtlichen Bestimmungen sich die Vergütung des Auftrags zur Erstellung einer Bauvoranfrage, die die Erbringung von Grundleistungen nicht erfordert hat, hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung NJW 1997, 3017 bereits entschieden. Wenn die Stellung der Bauvoranfrage hingegen - etwa auf Anforderung der Baubehörde - auch die Erbringung von Leistungen erfordert hat, die zu den Grundleistungen der Leistungsphasen 1 und 2 des § 15 HOAI gehören, erfolgt die Honorierung des Architekten nach der Rechtsprechung nach den Bestimmungen der HOAI, wie allgemein anerkannt ist. Ein gesondertes Honorar für die Erstellung der Bauvoranfrage als "besondere Leistung" neben den Grundleistungen nach § 15 HOAI berechnet der Kläger im Streitfall nicht; ein solches Honorar könnte der Kläger auch mangels Schriftlichkeit von den Beklagten zu 1) bis 3) nicht verlangen (§ 5 Abs. 4 S. 1 HOAI).	52

Die weitere Rechtsfrage, ob die Überlassung eines (zu errichten geplanten) Betriebsgebäudes zur Nutzung an eine Handelsfirma durch eine in Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelnde Bauherrengemeinschaft als gewerbliche Betätigung anzusehen ist, hat der Senat wie unter 2. ersichtlich verneint. Diese Entscheidung, dass die Verwaltung eigenen Vermögens seitens der Bauherren keine Ausübung eines Gewerbebetriebs darstellt, entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und nötigt ebenfalls nicht zur Zulassung der Revision.

7. 54

Die Entscheidung hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 4) beruht auf §§ 91, 97 Abs. 2 ZPO. Der Beklagte zu 4) obsiegt aufgrund seines Verjährungseinwandes, den er bereits in I. Instanz geltend zu machen im Stande war. Die Entscheidung über die Gerichtskosten und die übrigen außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens war der landgerichtlichen Schlussentscheidung vorzubehalten. Einer Entscheidung über die auf die Kostenentscheidung des Landgerichts beschränkte Anschlußberufung des Klägers durch den Senat bedarf es mit Rücksicht auf die hier getroffene Entscheidung nicht mehr. 55

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, 711, 713, 108 ZPO. 56

Streitwert für das Berufungsverfahren: 62.301,91 DM 57

Die Beschwer der Beklagten liegt 58

jeweils unter 60.000,01 DM; 59

die Beschwer des Klägers liegt über 60.000,00 DM 60