

1. Aus der Feststellung des Vertragsverstoßes folgt für den verurteilten Mitgliedstaat gemäß Art. 260 Abs. 1 AEUV die Pflicht, den Verstoß zu beenden. Diese Pflicht trifft sämtliche Stellen des verurteilten Staates, mithin auch die Gerichte. Die für unionrechtswidrig erklärte Norm darf daher nicht mehr angewendet werden. Bereits hieraus folgt, dass § 7 Abs. 1 HOAI nicht mehr angewendet werden darf.
2. Da § 7 Abs. 1 HOAI nicht mehr angewendet werden darf, ist der Verweis in § 7 Abs. 6 HOAI (= § 7 Abs. 5 HOAI 2013) gegenstandslos.

I-23 U 155/18
7 O 17/16
LG Düsseldorf



Verkündet am
17.09.2019

(Name)
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

(...)

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigte: (...)

g e g e n

(...)

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältin (...)

hat der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 02.07.2019 durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Maifeld, den Richter am Oberlandesgericht Dr. Rodemann und die Richterin am Oberlandesgericht Wolks-Falter für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 28.08.2018 verkündete Urteil der 7. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Das angefochtene Urteil und dieses Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Klägerin wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagte in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages Sicherheit leistet.

G r ü n d e:

I.

Die Klägerin hat im Mahnverfahren für Architektenleistungen gemäß Rechnung vom 02.05.2012 (12-481-SR-033) zunächst ein (Rest-) Honorar in Höhe von 23.562,00 EUR brutto (19.800,00 EUR netto) geltend gemacht. Sie hat ein Pauschalhonorar in Höhe von 190.400,00 EUR brutto (160.000,00 EUR netto) und Leistungsprämien in Höhe von 17.850,00 EUR brutto (15.000,00 EUR netto) abzüglich Abschlagszahlungen in Höhe von 184.688,00 EUR brutto (155.200,00 EUR netto) in Rechnung gestellt. Die vorgenannte Rechnung (Anlage 5 zur Klageerwiderung) ist als Schlussrechnung bezeichnet. Zur Begründung des Mahnbescheids hat die Klägerin nachfolgend die Rechnung vom 04.05.2016 (16-481-SR-37) vorgelegt und auf Grundlage einer Mindestsatzabrechnung und für Besondere Leistungen ein Honorar in Höhe von 257.360,33 EUR geltend gemacht.

Durch die angefochtene Entscheidung, auf die wegen der tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen wird, hat das Landgericht die auf Zahlung in Höhe von 257.360,33 EUR gerichtete Klage abgewiesen. Es hat angenommen, dass sich die Parteien auf ein Pauschalhonorar in Höhe von 160.000,00 EUR geeinigt hätten. Auch wenn diese Vereinbarung nicht schriftlich getroffen sei und die Mindestsätze unterschreite, sei die Klä-

gerin nach Treu und Glauben an die Vereinbarung des Pauschalhonorars gebunden. Nach Mindestsätzen könne sie daher nicht abrechnen. Über den Restbetrag in Höhe von 23.562,00 EUR – wie er sich auf der Grundlage der Vereinbarung des Pauschalhonorars in Höhe von 160.000,00 EUR ergebe – sei nicht zu entscheiden, weil es sich um einen anderen Streitgegenstand handele.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie weitere Hilfsanträge stellt. Das Landgericht habe neuere Rechtsprechung zur Frage der Treuwidrigkeit einer Mindestsatzabrechnung nicht berücksichtigt. Schon wegen Planungsänderungen komme eine Bindung an das Pauschalhonorar nicht in Betracht. Die Beklagte habe auf die Rechnung vom 02.05.2012 nicht vertrauen dürfen, weil diese tatsächlich eine Teilschlussrechnung gewesen sei. Sie habe zudem Kenntnis von der Mindestsatzunterschreitung haben müssen. Sie, die Klägerin, habe einen Auftrag für 160.000,00 EUR bestritten. Das Landgericht habe übersehen, dass eine Vergütungsvereinbarung nur bei Auftragserteilung getroffen werden könne. Das Landgericht hätte wegen eines „prozessualen Zugeständnisses“ zumindest zur Zahlung in Höhe von 23.562,00 EUR verurteilen müssen.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des am 28.08.2018 verkündeten Urteils des Landgerichts Düsseldorf die Beklagte zu verurteilen,

1.

an sie 257.360,33 EUR nebst 9 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 04.06.2016 zu zahlen;

2.

hilfsweise an sie 23.562,00 EUR nebst 9 % Zinsen über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 02.06.2012 zu zahlen;

3.

weiter hilfsweise an sie 15.000,00 EUR nebst 9 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 02.06.2012 zu zahlen;

4.

weiter hilfsweise festzustellen, dass sie mit einer Honorarrechnung nach HOAI

2009 ihre Leistungen der Planungs- und Bauüberwachung des Bauvorhabens Palmenstraße 15 in Düsseldorf abrechnen kann;

5.

die Beklagte zu verurteilen, Auskunft über die Verwendung der vereinnahmten, verwalteten und ausgegebenen Baugelder im Sinne des § 1 BauFordSiG zu dem Bauvorhaben P.-Straße15 in geordneter Auflistung nebst Nachweisen der Zahlungen an Empfänger und Erhalt von Geldern zu erteilen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und erhebt die Einrede der Verjährung. Die neuen Anträge seien nicht zulässig.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

Der Klägerin steht kein Honorar gemäß Rechnung vom 04.05.2016 (16-481-SR-37) zu. Auch bestehen keine Honoraransprüche gemäß Rechnung vom 02.05.2012 (12-481-SR-033).

1.

Zutreffend ist die Würdigung des Landgerichts, dass sich die Parteien auf einen Pauschalpreis in Höhe von 160.000,00 EUR netto mit Leistungsprämie in Höhe von 15.000,00 EUR netto geeinigt haben. Aus den Angeboten vom 22.04.2010 und 30.04.2010 (Anlage 1 und 2 zur Klageerwiderung) und der 1. Abschlagsrechnung vom 30.04.2010 (Anlage 3 zur Klageerwiderung) geht deutlich hervor, dass die Parteien eine solche Vereinbarung getroffen haben. Die Beklagte hat vorgetragen, dass das zweite Angebot über Pauschalhonorar in Höhe von 170.000,00 EUR noch auf 160.000,00 EUR „verhandelt“ worden sei. Damit korrespondiert die 1. Abschlagsrechnung, in der das Pauschalhonorar mit 160.000,00 EUR beziffert wird.

Die Würdigung des Landgerichts vermag die Berufung nicht in Frage zu stellen. Der Verweis auf die Ausführungen im Schriftsatz vom 03.08.2018 (dort Seite 9 f., GA 100 f.) führt nicht weiter, weil dort – wie in der Berufungsbegründung – nur darauf abgestellt

wird, dass die Beklagte das Angebot der Klägerin nicht schriftlich angenommen hat. Dass es die von der Beklagten behaupteten Verhandlungen und die – wenn auch formunwirksame Einigung – nicht gegeben habe, legt die Klägerin nicht dar. Auf ein einfaches Bestreiten kann sie sich nicht zurückziehen. Im Hinblick auf die in den Abschlagsrechnungen wiedergegebene Vereinbarung eines Pauschalhonorars müsste sie sich genauer dazu äußern, warum trotz der Angebote keine Vereinbarung zustande gekommen sein sollte.

2.

An das mit der Beklagten vereinbarte Pauschalhonorar ist die Klägerin gebunden, auch wenn es die Mindestsätze der HOAI 2009 unterschreiten sollte.

Zwar können die Vertragsparteien gemäß § 7 Abs. 1 HOAI eine Honorarvereinbarung nur im Rahmen der durch die HOAI festgesetzten Mindest- und Höchstsätze treffen, weshalb im Falle von den Mindestsatz unterschreitenden Vereinbarungen der Architekt oder Ingenieur im Regelfall die Mindestsätze verlangen kann (vgl. BGH, Urt. v. 16.04.1998 - VII ZR 176/96, BauR 1998, 813). Jedoch kann § 7 Abs. 1 HOAI keine Anwendung mehr finden.

Durch Urteil vom 04.07.2019 (C-377/17) hat der EuGH festgestellt, dass die Bundesrepublik Deutschland durch die Beibehaltung verbindlicher Honorare für die Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchstabe g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123/EG (Dienstleistungsrichtlinie, nachfolgend DLR) verstoßen hat.

Aus der Feststellung des Vertragsverstoßes folgt für den verurteilten Mitgliedstaat gemäß Art. 260 Abs. 1 AEUV die Pflicht, den Verstoß zu beenden. Diese Pflicht trifft sämtliche Stellen des verurteilten Staates, mithin auch die Gerichte (Karpenstein, in: Das Recht der Europäischen Union, AEUV Art. 260 Rn. 10). Die für unionrechtswidrig erklärte Norm darf daher nicht mehr angewendet werden (Cremer, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage, Art. 260 Rn. 4 f.). Bereits hieraus folgt, dass § 7 Abs. 1 HOAI nicht mehr angewendet werden darf (so auch OLG Celle, Urt. v. 14.08.2019 – 14 U 198/18; Urt. v. 23.07.2019 – 14 U 182/18; Urt. v. 17.07.2019 - 14 U 188/18; LG Dresden, Beschl. v. 08.02.2018 – 6 O 1751/15, IBR 2019, 384; LG Baden-Baden, Beschl. v. 07.05.2019 – 3 O 221/18, IBR 2019, 385; Steeger, in: Steeger/Fahrenbruch, HOAI [Stand: 15.07.2019], § 7 Rn. 2/1; Fuchs/van der Hout/Opitz, NZBau 2019, 483, 485 f.;

Orlowski, NJW 2019, 2505; Oriwol/Honer, NVwZ 2019, 1123; Lederer, jurisPR-PrivBauR 8/2019 Anm. 1). Hinzu kommt, dass Art. 15 der DLR, obwohl er in Form einer Prüfpflicht an die Mitgliedstaaten gerichtet ist, unmittelbar anwendbar ist und den Mitgliedstaaten von Einzelpersonen entgegen gehalten werden kann (vgl. Schlussanträge des Generalanwalts vom 28.02.2019 – C-377/17, Rn. 25 m. w. N.). Denn auch Bestimmungen in Richtlinien können unmittelbare Wirkung entfalten, so dass sich der Einzelne vor innerstaatlichen Behörden und Gerichten auf die Bestimmung einer Richtlinie berufen kann und jene umgekehrt zu deren Anwendung verpflichtet sind (Schroeder, in: Streinz, EUV/AEU, 3. Auflage, Art. 288 Rn. 86). Voraussetzungen einer unmittelbaren Wirkung sind der Ablauf der Umsetzungsfrist, der Verstoß gegen die Umsetzungspflicht und die Durchgriffseignung der Richtlinie (Schroeder, a. a. O., Rn. 91 ff). Diese Voraussetzungen liegen vor. Die Umsetzungsfrist der DLR ist am 28.12.2009 abgelaufen (Art. 44 DLR). Gegen die Umsetzung der DLR ist verstoßen worden. Auch ist die DLR inhaltlich unbedingt und hinreichend genau. Hinreichende Genauigkeit ist bereits dann gegeben, wenn eine Richtlinie eindeutige Verpflichtungen der Mitgliedsstaaten bestimmt; die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder relativ weit gefasster Vorschriften steht der Durchgriffseignung nicht entgegen, da Fragen der Auslegung durch den EuGH beantwortet werden können (vgl. Schroeder, a. a. O, Rn. 93). Zumindest nach der Feststellung der Vertragsverletzung durch den EuGH steht danach fest, dass die DLR es unbedingt und hinreichend genau verbietet, dass der HOAI unterfallenden Leistungen einer Preisbindung durch Mindest- und Höchstsätze unterliegen.

Der Ansicht des OLG Naumburg (Urt. v. 13.04.2017 - 1 U 48/11, BauR 2017, 1549; dem folgend KG, Urt. v. 01.12.2017 – 21 U 19/12, IBR 2018, 690), das vor dem Urteil des EuGH eine Aussetzung abgelehnt hat, weil allein der nationale Gesetzgeber zu entscheiden habe, wie er der Vertragsverletzung abhelfe, vermag der Senat aus den vorgenannten Gründen nicht zu folgen.

Auch der Ansicht des OLG Hamm (Urt. v. 23.07.2019 – 21 U 24/18, BeckRS 2019, 15256) und des KG (Beschl. v. 19.08.2019 – 21 U 20/19) vermag der Senat nicht zu folgen. Entgegen der Ansicht des OLG Hamm führt der Ausschluss der Anwendung von § 7 Abs. 1 HOAI nicht dazu, dass durch die Richtlinie in das Rechtsverhältnis zwischen Privaten eingegriffen würde. Denn in den Fällen des § 7 Abs. 1 HOAI haben sich die Parteien auf ein Honorar vertraglich geeinigt. Es stellt einen Eingriff des Staates in diese vertragliche Vereinbarung dar, wenn unter Berufung auf Mindest- oder Höchstsätze

der Honoraranspruch erhöht oder vermindert wird. § 7 Abs. 1 HOAI begründet ein gesetzliches Verbot, Honorarvereinbarungen ober- oder unterhalb der Mindestsätze zu vereinbaren. Dieser Eingriff darf – auch durch die Gerichte – nicht mehr stattfinden. Entgegen dem OLG Hamm stellt sich auch nicht die Frage, ob eine richtlinienkonforme Auslegung möglich ist. Die DLR dient nicht der Rechtsvereinheitlichung durch Harmonisierung der Rechtsordnungen; sie ist vielmehr staatsgerichtet und wendet sich gegen (staatliche) Beschränkungen wie die Mindest- und Höchstsätze der HOAI.

Die Ansicht des OLG Hamm und des KG würde zudem zu einem Wertungswiderspruch führen. In Vergabeverfahren dürfen Angebote über Planungsleistungen nicht mehr deshalb zurückgewiesen werden, weil das Honorar sich nicht im Rahmen der Mindest- und Höchstsätze hält (Schreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 04.07.2019, veröffentlicht auf www.bak.de). Nach Auffassung des OLG Hamm und des KG könnte im Vergabeverfahren unterhalb der Mindestsätze angeboten werden, um später unter Berufung auf § 7 Abs. 1 HOAI die Mindestsätze abzurechnen.

Die Berechnung des Honorars nach dem Mindestsatz ist auch nicht gemäß § 7 Abs. 6 HOAI (= § 7 Abs. 5 HOAI 2013) möglich. Nach dieser Bestimmung gelten die jeweiligen Mindestsätze gemäß § 7 Abs. 1 HOAI als vereinbart, wenn nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist. Da § 7 Abs. 1 HOAI nicht mehr angewendet werden darf, ist der Verweis in § 7 Abs. 6 HOAI gegenstandslos. Zudem verstößt auch die Regelung gemäß § 7 Abs. 6 HOAI gegen die DLR. Gemäß Art. 15 Abs. 1 der DLR müssen die Mitgliedstaaten prüfen, ob ihre Rechtsordnung die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit von der Beachtung festgesetzter Mindest- und/oder Höchstpreise abhängig macht. Solche Anforderungen sind nur zulässig, wenn die in Art. 15 Abs. 3 DLR vorgegebenen Bedingungen erfüllt sind. Die Anforderungen dürfen daher keine Diskriminierung darstellen und sie müssen zur Verwirklichung eines zwingenden Grundes des Allgemeininteresses erforderlich und verhältnismäßig sein. Mit den Mindestsätzen wird das Ziel verfolgt, eine hohe Qualität der Planungsleistungen zu gewährleisten. Zu diesem Ziel kann § 7 Abs. 6 HOAI nicht beitragen. Bereits die umfassende Bindung an Mindest- und Höchstsätze gemäß § 7 Abs. 1 HOAI ist nicht in kohärenter und systematischer Art und Weise geeignet, das angestrebte Ziel der hohen Planungsqualität zu gewährleisten. Denn Planungsleistungen können auch von Dienstleistern erbracht werden, die nicht ihre fachliche Eignung nachgewiesen haben (EuGH, Urt. v. 04.07.2019 – C-377/17, Rn. 89 ff.). Um so weniger kann eine Mindestsatzregelung, die

ausschließlich für den Fall einer formunwirksamen Einigung gilt, zur Qualitätssicherung beitragen. Auch auf § 7 Abs. 6 HOAI kann daher eine Mindestsatzklage nicht gestützt werden (so auch OLG Celle, Urt. v. 23.07.2019 – 14 U 182/18; Steeger, a. a. O., § 7 Rn. 31 und IBR 2019, 1144; Lederer, jurisPR-PrivBauR 8/2019 Anm. 1). Der Ansicht, der EuGH habe sich lediglich gegen verbindliche Mindest- und Höchstsätze gewandt, so dass es genüge, wenn bei Auftragserteilung schriftlich das Honorar frei vereinbart werden könne (vgl. Fuchs/van der Hout/Opitz, a. a. O., 486 f.; Fuchs IBR 2019, 436; Scharfenberg IBR 2019, 437), vermag der Senat nicht zu folgen. Nach der DLR bedürfen Mindest- und Höchstpreise stets der Rechtfertigung. Ein Verstoß gegen die DLR wird daher nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass eine (beschränkte) Möglichkeit zur freien Preisvereinbarung eingeräumt wird (Schlussanträge des Generalanwalts, a. a. O., Rn. 49 f.).

3.

Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Mindestsatzberechnung, auf die sich die Klägerin stützt, unschlüssig ist.

Die Klägerin berücksichtigt bei ihrer Berechnung einen Umbauszuschlag gemäß § 35 Abs. 1 HOAI. Das ist bei einer Mindestsatzabrechnung nicht möglich, weil die Parteien einen Umbauszuschlag von Null vereinbaren können. Für die Mindestsatzabrechnung kommt es auf das niedrigste Honorar an, das die Parteien hätten vereinbaren können (OLG Köln, Urt. v. 29.12.2016 - 16 U 49/12, NZBau 2017, 357).

Die Klägerin macht zu ihren Gunsten eine Nebenkostenpauschale von 5 % geltend. Eine pauschale Abrechnung ist indessen nicht möglich (§ 14 Abs. 3 HOAI).

Gemäß § 8 Abs. 2 HOAI ist es bei der Mindestsatzberechnung zu berücksichtigen, wenn nicht alle Grundleistungen einer Leistungsphase übertragen werden. Die Schlussrechnung und die schriftsätzlichen Ausführungen der Klägerin lassen nicht erkennen, welche Grundleistungen übertragen und ausgeführt worden sind. Die Anlage 4 zur Schlussrechnung stellt lediglich Prozentzahlen gegenüber. Eine Darstellung, welche Grundleistungen erbracht und wie diese bewertet sind, fehlt. Das Bestreiten der Beklagten ist entgegen der Ansicht der Klägerin auch nicht unsubstantiiert und daher unbeachtlich. Denn die Klägerin ist tätig geworden, nachdem Teile der Planung und Bauüberwachung von den zuvor tätigen Architekten D. bereits geleistet waren. Es liegt daher nahe, dass die Klägerin nicht alle Grundleistungen voll erbracht hat.

Bei den anrechenbaren Kosten, die mit 3.866.000,00 EUR angesetzt werden, ist die Kostengruppe 400 voll berücksichtigt. Das steht mit § 32 Abs. 2 HOAI nicht in Einklang. Die Klägerin berechnet ihr Honorar nach § 33 HOAI für das Leistungsbild Gebäude und raumbildende Ausbauten. Dafür sind die Kosten für Technische Anlagen nicht voll anrechenbar. In der Kostengruppe 400 werden die Kosten für Technische Anlagen erfasst.

4.

Ein Vergütungsanspruch für Besondere Leistungen ist nicht schlüssig dargelegt. Die Klägerin hat als Anlagen zur Schlussrechnung Aufstellungen eingereicht. Diese lassen keinen Schluss darauf zu, welche Leistungen im Auftrag der Beklagten erbracht worden sind.

In der Anlage 1 zur Schlussrechnung wird stereotyp „Sonderwunschberatung/Umsetzung in Planung“ für die verschiedenen Erwerber angeführt. Es ist nichts dazu ersichtlich, dass die Sonderwunschberatung der Erwerber von der Beklagten beauftragt worden ist.

Auch ist die Darlegung zum Zeitaufwand nicht ausreichend. Zur schlüssigen Begründung eines nach Zeitaufwand zu bemessenden Vergütungsanspruchs bedarf es zwar grundsätzlich nur der Darlegung, wie viele Stunden der Anspruchsteller für die Vertragsleistung aufgewendet hat. Es ist regelmäßig keine Differenzierung geschuldet, welche Arbeitsstunden für welche Tätigkeiten und an welchen Tagen angefallen sind (BGH, Beschl. v. 05.01.2017 – VII ZR 184/14, BauR 2017, 721). Der nach Zeitaufwand abrechnende Unternehmer muss allerdings nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast dann nähere Angaben zu seinem Zeitaufwand machen, wenn der Besteller nicht nachvollziehen kann, welche konkreten Leistungen der Unternehmer erbracht hat, und ihm deshalb die Möglichkeit genommen ist, die Wirtschaftlichkeit des abgerechneten Zeitaufwands zu beurteilen (vgl. BGH, Urt. v. 17.04.2009 - VII ZR 164/07, BauR 2009, 1162). So liegt der Fall hier, weil sich die Sonderwunschberatung auf die Erwerber bezogen hat.

In der Anlage 2 werden Abgeschlossenheitspläne erwähnt. Die Klägerin legt hierzu nicht dar, dass die Beklagte sie neben dem Pauschalvertrag mit zusätzlichen Leistungen zum Stundenlohn beauftragt hat. Zudem ist die Abgeschlossenheit einzelner Wohneinheiten Voraussetzung dafür, dass das Bauwerk ausgeführt werden darf. Es handelt sich danach um eine Grundleistung, nicht um eine Besondere Leistung. Ebenso

verhält es sich mit dem Honorar für zusätzliche Bauanträge wegen geänderter Ausführung in Anlage 3. Auch hier fehlt eine Darlegung dazu, dass zusätzliche Leistungen beauftragt worden sind. Zudem handelt es sich um eine – möglicherweise wiederholte – Grundleistung, die nicht als Besondere Leistungen abgerechnet werden kann.

5.

Zu Unrecht hat das Landgericht nicht geprüft, ob der Klägerin noch ein restlicher Honoraranspruch gemäß der Schlussrechnung vom 02.05.2012 zusteht. Die Ansicht des Landgerichts, die Honorarforderung gemäß Schlussrechnung vom 02.05.2012 und die Honorarforderung gemäß Schlussrechnung vom 04.05.2016 beruhten auf unterschiedlichen Streitgegenständen, ist nicht zutreffend.

Streitgegenstand ist der Werklohn. Der Streitgegenstand ändert sich nicht dadurch, dass eine neue Schlussrechnung vorgelegt wird. Der prozessuale Anspruch wird bestimmt durch den Klageantrag und den Lebenssachverhalt, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet. Zum Lebenssachverhalt gehören alle Tatsachen, die bei einer natürlichen, vom Standpunkt der Parteien ausgehenden Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag des Klägers zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören, die der Kläger zur Stützung seines Rechtsschutzbegehrens dem Gericht unterbreitet (BGH, Urt. v. 09.10.2003 - VII ZR 335/02, NJW-RR 2004, 167). Die Klägerin macht mit beiden Schlussrechnungen Honorar für die von ihr erbrachten Planungsleistungen geltend. An diesem Lebenssachverhalt ändert sich nichts dadurch, dass die Klägerin mit der zweiten Rechnung höhere Ansprüche geltend macht als mit der ersten Rechnung.

6.

Der Klägerin steht kein restlicher Honoraranspruch aus der Rechnung vom 02.05.2012 zu.

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe die Forderung aus der Schlussrechnung vom 02.05.2012 prozessual zugestanden und müsse deshalb 23.562,00 EUR zahlen. Das ist unzutreffend. Die Beklagte hat vorgetragen, Leistungsprämien seien nicht angefallen und wegen Gegenforderungen sei die Rechnung auch im Übrigen nicht bezahlt worden (Klageerwiderung, Seite 4, GA 36). Im Übrigen hat sie vorgetragen, sie habe die Rechnung nicht bemängelt (SS vom 03.07.2018, Seite 5, GA 75). Mit diesen Erklärungen ist kein Anerkenntnis im Sinne von § 307 ZPO abgegeben worden.

Auch in der Sache steht der Klägerin kein Anspruch zu.

Die Leistungsprämie in Höhe von 15.000,00 EUR ist nicht zu zahlen. Diese Leistungsprämie sollte bei Bezugsfertigkeit des Vorderhauses und der Hinterhäuser bis zum 31.12.2010 gezahlt werden. Diese Bedingung ist unstreitig nicht eingetreten.

Zudem ist das Pauschalhonorar zu kürzen, weil Leistungen der Leistungsphase 9 nicht erbracht worden sind. Die Parteien haben vereinbart, dass die Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 von der Klägerin erbracht werden sollten. Das ergibt sich aus den Angeboten vom 22.04.2010 und 30.04.2010 (Anlagen 1 und 2 zur Klageerwiderung).

Die Beklagte hat vorgetragen, dass die Klägerin keine Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 erbracht hat (Klageerwiderung, Seite 13, GA 45). Dem ist die Klägerin in der ersten Instanz nicht entgegen getreten. In der Anlage 5 zur Schlussrechnung (nochmals vorgelegt als Anlage K 14) werden die erbrachten Leistungen dargestellt. Leistungen der Leistungsphase 9 werden darin nicht erwähnt. Der Anlage 4 zur Schlussrechnung vom 04.05.2016 lässt sich ebenfalls kein Vortrag zu den erbrachten Leistungen der Leistungsphase 9 entnehmen. Die Ansicht der Klägerin, in erster Instanz sei das Erbringen von Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 unstreitig geblieben (SS vom 22.05.2019, Seite 2 f.), ist danach nicht zutreffend.

Die Klägerin macht nunmehr mit Schriftsatz vom 22.05.2019 geltend, sie habe Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 erbracht. Damit kann sie nicht gehört werden. Der Vortrag ist neu und ein Zulassungsgrund gemäß § 531 ZPO liegt nicht vor. Es beruht auf Nachlässigkeit, dass die Klägerin nicht bereits in erster Instanz zu den angeblich erbrachten Leistungen der Leistungsphase 9 vorgetragen hat.

Doch auch wenn der neue Vortrag zu berücksichtigen wäre, könnte der Klägerin eine Vergütung für die Leistungen der Leistungsphase 9 nicht zustehen.

Die von der Klägerin vorgelegten Unterlagen bieten keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Grundleistungen a) (Objektbegehung), c) (Mitwirken bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen) oder d) (systematische Zusammenstellung der zeichnerischen Darstellungen und rechnerischen Ergebnisse) erfolgt sind.

Eine Mitwirkung bei der Freigabe von Sicherheitsleistungen liegt nicht vor. Bei dieser Grundleistung geht es um die Rückgabe von entgegengenommenen Sicherheiten; sie

steht daher in Zusammenhang mit der Prüfung des Werks auf Mangelfreiheit vor Ablauf der Verjährungsfrist. Das Anlagenkonvolut BK 5 bezieht sich auf die Entgegennahme einer Bürgschaft und die anschließende Freigabe eines Sicherheitseinbehalts. Das gehört zur Abwicklung der Schlusszahlung. Dass die Klägerin bei der Rückgabe der Bürgschaft eingebunden war, ist nicht erkennbar.

Das Anlagenkonvolut BK 6 lässt keinen Bezug zur Leistungsphase 9 erkennen. Der Schriftverkehr bezieht sich auf die Durchsetzung von Ansprüchen wegen der Insolvenz der Fa. S. im Jahr 2011 und die Aufstellung der wegen der Insolvenz entstandenen Mehrkosten.

Auch bieten die Unterlagen keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Klägerin die Objektbegehung vor Ablauf der Gewährleistungsfristen durchgeführt hat. Ihre Behauptung, sie habe im Mai 2015 Begehungen durchgeführt, bleibt beweislos. Diese Begehung wäre zudem zu früh gewesen. Die Bauleistungen sind am 15.11.2011 abgenommen worden, wie aus dem Schreiben der Rechtsanwälte B. vom 02.11.2012 folgt. Bei fünfjähriger Verjährung hätte die Begehung frühestens im Jahr 2016 stattfinden können.

In Betracht kommt danach allein, dass die Klägerin bei der Überwachung der Beseitigung von Mängeln tätig geworden ist. Die von ihr vorgelegten Unterlagen beziehen sich allerdings zumindest auch auf Leistungen entsprechend der Leistungsphase 8. Gemäß Anlage 11 zu § 33 HOAI gehört zu Leistungsphase 8 das Überwachen der Beseitigung der bei der Abnahme der Bauleistungen festgestellten Mängel. Solche Mängel werden in dem Schreiben der von der Wohnungseigentümergeinschaft beauftragten Rechtsanwälte B. vom 02.11.2012 (Teil der Anlage BK 2) vorgetragen, in dem die Beseitigung der in dem Abnahmeprotokoll vom 15.11.2011 vorbehaltenen Mängel gefordert wird. Der als Anlage BK 1 vorgelegte Schriftwechsel deutet demgegenüber auf eine Leistung entsprechend der Leistungsphase 9 hin. Gemäß der Anlage 11 gehört zur Leistungsphase 9 das Überwachen der Beseitigung von Mängeln längstens bis zum Ablauf von 4 Jahren seit Abnahme der Bauleistungen. Die Bauleistungen sind am 15.11.2011 abgenommen worden, wie aus dem Schreiben der Rechtsanwälte B. vom 02.11.2012 folgt. Mit E-Mail vom 17.08.2015 ist der Klägerin ein Mangel mitgeteilt worden, dem sie nachgehen sollte. Auch die Anlage BK 4 deutet auf Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 hin. Gleichwohl kann ihr hierfür keine Vergütung zustehen. Die Klägerin legt nicht nachvollziehbar dar, dass sie die Mängelbeseitigung tatsächlich überwacht hat und daher die Grundleistung (voll) zu berücksichtigen ist. Allein der von der Klägerin

vorgelegte Schriftverkehr kann es nicht rechtfertigen, ihr einen 1,3 %igen Leistungsanteil zuzugestehen.

Da die Parteien sich darüber geeinigt haben, dass Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 zu erbringen sind, diese Leistungen aber tatsächlich nicht erbracht sind, ist das Honorar zu kürzen. Die Parteien haben die Erbringung der Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 als Teilerfolg vereinbart. Da dieser nicht erbracht worden ist, ist das Werk der Klägerin mangelhaft und das Honorar anteilig gemindert.

Wegen der nicht erbrachten Leistungen entsprechend der Leistungsphase 9 ergibt sich ein Abzug in Höhe von 5.745,42 EUR netto. Grundlage der Beauftragung war das Angebot vom 30.04.2010. Darin haben die Parteien ausgehend von dem Mindestsatz in Höhe von 239.461,29 EUR ein Pauschalhonorar in Höhe von 160.000,00 EUR vereinbart. Das jeweils für die Leistungsphase angegebene Honorar muss daher mit dem Faktor $160.000,00/239.461,29$ multipliziert werden, um den Anteil des Pauschalhonorars zu ermitteln. Für die Leistungsphase 9 ergibt sich damit ein Honoraranteil in Höhe von 5.745,42 EUR netto (8.260,59 EUR netto zzgl. 5 % Nebenkosten multipliziert mit dem vorgenannten Faktor), was 6.837,05 EUR brutto entspricht.

Unter Berücksichtigung dieses weiteren Abzugs steht der Klägerin kein Honorar mehr zu.

7.

Die Hilfsanträge zu 2) und 3) sind unbegründet. Wie sich aus den Ausführungen des Senats zum Streitgegenstand der Honorarklage ergibt, bedarf es zur Entscheidung über die Honorarforderung in Höhe von 23.562,00 EUR keines Hilfsantrags. Für den weiteren Hilfsantrag in Höhe von 15.000,00 EUR ist keine Grundlage ersichtlich. Die Klägerin hat diesen Antrag damit gerechtfertigt, dass die Beklagte die Rechnung aus 2012 akzeptiert habe (SS vom 03.08.2018, Seite 20, GA 111). Wegen dieser Rechnung ist aber bereits der Hilfsantrag zu 2) gestellt.

Der Hilfsantrag zu 4) ist unbegründet. Für die begehrte Feststellung - die wohl dahin zielt, dass der Klägerin ein nach Mindestsätzen zu berechnender Honoraranspruch zusteht - ist kein Raum, da die Honorarklage unbegründet ist. Aus diesem Grund ist auch der Hilfsantrag zu 5) unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10 S. 2, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen. Die Abweisung der Mindestsatzklage beruht auch auf der unzureichenden Darlegung der erbrachten Grundleistungen. Auf die grundsätzliche Frage der Folgen des Urteils des EuGH kommt es daher nicht entscheidend an.

Berufungsstreitwert: bis 290.000,00 EUR aufgrund der Klageerweiterung.

Dr. Maifeld

Dr. Rodemann

Wolks-Falter