

- 2 -

§ 34 Abs. 1 BauGB beurteilt werden kann, also innerhalb eines etwaigen Beurteilungsspielraums liegt. Erst dann erfüllt er seine vertragliche Pflicht.

BGH, Urteil vom 25. März 1999 - VII ZR 397/97 - KG Berlin
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Wiebel und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 27. Zivilsenats des Kammergerichts vom 14. Oktober 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Auf die Anschlußrevision wird das vorgenannte Urteil insoweit aufgehoben, als die Berufung des Klägers gegen das Schlußurteil des Landgerichts Berlin vom 16. Oktober 1996 in Höhe von 202.745 DM nebst 4 % Zinsen zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger fordert restliches Architektenhonorar für Planungsleistungen, die er im Rahmen einer von den Baugenehmigungsbehörden abgelehnten Genehmigungsplanung erbracht hat.

I.

Die Beklagte beabsichtigte, auf einem im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) von Berlin-H. gelegenen Grundstück ein Gewerbe- und Dienstleistungs-Center zu errichten. Sie übertrug dem Kläger im Jahr 1991 hierfür die Architektenleistungen der Phasen 1 bis 4 des § 15 Abs. 2 HOAI. Die vom Kläger unter Abstimmung mit der Beklagten erarbeitete Planung sah eine gewerbliche Bruttogeschoßfläche von 46.704 qm bei einer Nutzfläche von 36.045,34 qm vor. Diese Planung hatten die Parteien Mitte des Jahres 1992 dem Stadtplanungsamt H. vorgestellt. Der dort zuständige Bezirksstadtrat Dr. B. hatte sie als allgemein zulässig bezeichnet. Die Beklagte beantragte auf Grundlage dieser Planung am 3. Dezember 1992 (im folgenden: erste Planung) die Erteilung einer Baugenehmigung.

Am 23. Januar 1993 unterrichtete der Kläger die Beklagte von Bedenken des Stadtplanungsamtes gegen die Genehmigungsfähigkeit der ersten Planung. Die Beklagte teilte dem Kläger mit, er solle den eingereichten Entwurf gegenüber dem nunmehr zuständigen Baustadtrat Dr. R. präsentieren und verteidigen. Am 8. März 1993 bestätigte die Beklagte eine Vereinbarung der Parteien vom 5. März 1993, wonach "die Leistungsphasen 1 bis 4 (Gebäude incl. Freianlagen) ... grundsätzlich auf der Basis von DM 115,0 Mio. netto ohne Mehrwertsteuer unter Zugrundelegung der Honorarzone III, mittlerer Wert" ab-



gerechnet werden sollten. In diesem Schreiben wird weiter ausgeführt, Ziel eines am gleichen Tag geplanten Gespräches mit Dr. R. sei es, die Genehmigungsplanung für die knapp 40.000 qm durchzusetzen, die Beklagte habe einen Anspruch auf Erteilung der behördlichen Genehmigung auf der Grundlage der Planung des Klägers.

Die Parteien führten in der Folgezeit mehrere Gespräche mit Dr. R., auf deren Grundlage der Kläger am 31. März 1993 eine weitere Genehmigungsplanung erstellte, die eine vermietbare Nutzfläche von 27.990,94 qm vorsah (im folgenden: zweite Planung). Nachdem die Senatsverwaltung für Bau- und Wohnungswesen, die sich zwischenzeitlich in das Genehmigungsverfahren eingeschaltet hatte, auch diese Planung als nicht genehmigungsfähig bezeichnet hatte, versagte das Bezirksamt H. der Beklagten mit Bescheid vom 24. September 1993 die beantragte bauaufsichtliche Genehmigung. Zur Begründung wurde u.a. ausgeführt, das Bauvorhaben mit einer Nutzfläche von insgesamt ca. 28.000 qm füge sich nicht in die Eigenart der näheren Umgebung ein (§ 34 Abs. 1 BauGB). Der Kläger erarbeitete nunmehr einen weiteren Entwurf, der eine vermietbare Nutzfläche von 23.992,20 qm vorsah und den die Beklagte am 14. Oktober 1993 zum Gegenstand einer Bauvoranfrage machte. Parallel hierzu legte sie gegen den Bescheid vom 24. September 1993 Widerspruch ein.

Das Bezirksamt H. stellte durch Vorbescheid vom 2. Dezember 1993 unter weiteren Einschränkungen eine Baugenehmigung für das Projekt in Aussicht. Die Beklagte forderte daraufhin den Kläger am 14. Dezember 1993 auf, bis zum 22. Dezember 1993 eine genehmigungsfähige Planung auf der Grundlage dieses Vorbescheides zu erstellen. Nachdem der Kläger dem auch innerhalb einer bis zum 28. Dezember 1993 verlängerten Frist nicht nachge-

kommen war, erklärte die Beklagte am 28. Dezember 1993 die zuvor angeordnete Kündigung des Architektenvertrages aus wichtigem Grund.

II.

Der Kläger hat als Architektenhonorar für die erste Planung 2.080.350 DM, für die zweite Planung weitere 462.300 DM und für die Bauvoranfrage weitere 231.150 DM geltend gemacht (alle Beträge zzgl. 15 % Mehrwertsteuer). Das Landgericht hat dem Kläger für die erste Planung 1.467.283 DM (2.346.283 DM abzüglich gezahlter 900.000 DM) zuerkannt und die Klage im übrigen, auch hinsichtlich eines 4 % übersteigenden Zinsbegehrens, abgewiesen. Die Rechtsmittel beider Parteien blieben erfolglos. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die vollständige Klageabweisung. Der Kläger verfolgt mit der Anschlußrevision seinen in der Berufungsinstanz auf 202.745 DM reduzierten Honoraranspruch für die Bauvoranfrage weiter. Die Anschlußrevision hinsichtlich des vom Kläger weiterverfolgten, 4 % übersteigenden Zinsbegehrens hat der Senat nicht angenommen.

Entscheidungsgründe:

A. Die Revision der Beklagten

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt im Umfang ihrer Verurteilung zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dem Kläger stehe für diejenigen Leistungen, die der ersten Planung zugrundelagen, ein Architektenhonorar in Höhe von 2.367.283 DM zu. Der Kläger habe unstreitig die in den Leistungsbildern 1 bis 4 des § 15 HOAI beschriebenen Grundleistungen vollständig erbracht. Die Behauptung der Beklagten, diese Leistungen hätten nur im Falle der Erteilung der Baugenehmigung bezahlt werden sollen, widerspreche den vorgelegten Unterlagen; die Beklagte habe für die insoweit behauptete Vertragsänderung auch keinen Beweis angeboten. Daß seine Planung nicht genehmigt worden sei, könne dem Kläger nicht entgegengehalten werden, da im Streitfall die Erteilung der Baugenehmigung in den alleinigen Risikobereich der Beklagten falle. Das in Aussicht genommene Bauvorhaben sei bauplanungsrechtlich nach § 34 BauGB zu beurteilen, was einen besonders weiten Ermessensspielraum der Baugenehmigungsbehörde zur Folge habe und die Voraussehbarkeit der Genehmigungsfähigkeit der Planung, welche stark von der subjektiven Einschätzung des jeweils zuständigen Behördenmitarbeiters abhängе, nahezu unmöglich mache. Der Kläger habe seine Planung eng mit den Genehmigungsbehörden abgestimmt, welche ihm zunächst auch "grünes Licht" gegeben und seine Planung als beispielhaft begrüßt hätten. Aus objektiver Sicht habe der Kläger somit eine genehmigungsfähige Planung erstellt. Das habe die Beklagte nicht ausreichend bestritten. In Anbetracht der mündlichen Zusagen der Genehmigungsbehörden habe der Kläger die Genehmigungsfähigkeit seiner Planung nicht als schwieriges Rechtsproblem ansehen müssen; er habe die Beklagte deshalb auch nicht über die Möglichkeit der Versagung der Baugenehmigung unter Ablehnung seiner eigenen Gewährleistungsverpflichtung aufklären müssen. Der Kläger sei zwar am 28. September 1992 vom

stellvertretenden Leiter des Stadtplanungsamts G.-L. mit Bedenken gegen die Genehmigungsfähigkeit konfrontiert worden. Diese Bedenken seien jedoch nicht präzisiert und zudem vom Bezirksstadtrat Dr. R. zerstreut worden, welcher das Projekt am 29. Oktober 1992 gegenüber dem Projektleiter L. der Beklagten als genehmigungsfähig bezeichnet habe. L. habe dann am 6. November 1992 unstreitig dem Kläger bedeutet, den Bauantrag in der vorliegenden Form einzureichen, den noch vorliegenden Bedenken des Bezirksamtes solle im Laufe des Genehmigungsverfahrens Rechnung getragen werden. Demnach habe der Kläger bedenkenlos seine Planung zur Genehmigung einreichen können. Eines Hinweises habe es auch deshalb nicht bedurft, weil die Beklagte durch L., dessen Kenntnis sie sich zurechnen lassen müsse, in dem Gespräch vom 29. Oktober 1992 von den Bedenken des stellvertretenden Leiters des Stadtplanungsamts G.-L. erfahren habe.

Da somit das Genehmigungsrisiko die Beklagte treffe, habe der Kläger nicht mehr tun können, als die Erlangung der Baugenehmigung zu versuchen. Das habe er nach Kräften getan und damit den im konkreten Fall geschuldeten Erfolg herbeigeführt.

Der Kläger habe es zwar in Anbetracht der planungsrechtlichen Problematik des Vorhabens pflichtwidrig unterlassen, eine Bauvoranfrage zu stellen. Hieran treffe ihn jedoch auch dann kein Verschulden, wenn er der Beklagten zu einem Verzicht auf eine Bauvoranfrage geraten haben sollte. Er habe auf die Mitteilung der Baugenehmigungsbehörde, eine Bauvoranfrage sei entbehrlich, vertrauen dürfen. Dies gelte auch für die Abstandsflächen.

II.

Das hält rechtlicher Überprüfung im wesentlichen nicht stand. Das Berufungsgericht geht auf der Grundlage seiner Feststellungen zu Unrecht davon aus, der Kläger habe keine genehmigungsfähige Planung geschuldet (1.). Seine Feststellungen zur Genehmigungsfähigkeit sind zudem rechtsfehlerhaft (2.).

1. a) Ein Architekt, der sich zur Erstellung einer Genehmigungsplanung verpflichtet, schuldet als Werkerfolg eine dauerhaft genehmigungsfähige Planung (BGH, Urteil vom 19. Februar 1998 - VII ZR 236/96, ZfBR 1998, 186 = BauR 1998, 579 = NJW-RR 1998, 952; Urteil vom 25. Februar 1999 - VII ZR 190/97; vgl. auch Urteil vom 19. März 1992 - III ZR 117/90, BGHR BGB § 631 Architektenpflichten 2). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts waren dem Kläger im Jahr 1991 die Leistungsphasen 1 bis 4 des § 15 Abs. 2 HOAI übertragen worden, eine sogenannte stufenweise Beauftragung (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 18. September 1997 - VII ZR 300/96, BGHZ 136, 342 = BauR 1997, 1065 = ZfBR 1998, 25) hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

b) Die Parteien eines Architektenvertrages können allerdings im Rahmen der Privatautonomie vereinbaren, daß und in welchen Punkten die vom Architekten zu erstellende Planung nicht genehmigungsfähig sein muß. Von einer solchen Vereinbarung kann jedoch nur in Ausnahmefällen ausgegangen werden, etwa wenn sich der Bauherr bewußt über die Vorschriften des öffentlichen Baurechts hinwegsetzen oder diese an die Grenze des Möglichen "ausreizen" will. In diese Richtung geht der Vortrag des Klägers. Er hat behauptet, das im Genehmigungsverfahren beanstandete Maß der baulichen Nutzung sei ihm von der Beklagten, die dieses Maß mit der Baugenehmigungsbehörde abgesprochen gehabt habe, verbindlich vorgegeben worden. Die Beklagte habe von ihm lediglich eine ihren Anweisungen entsprechende, "vorlagefähige" Pla-

nung gewünscht. Diese Planung habe nach den Vorstellungen der Beklagten nicht primär der Rechtslage, sondern der damaligen Genehmigungspraxis im Ostteil Berlins entsprechen sollen. Das Berufungsgericht hat zu dieser, von der Beklagten bestrittenen Behauptung des Klägers keine Feststellungen getroffen.

c) Das Berufungsgericht meint nämlich, in Anbetracht der Unwägbarkeiten eines Genehmigungsverfahrens nach § 34 BauGB falle das Risiko der Erteilung der beantragten Baugenehmigung auch ohne besondere Vereinbarung in die Risikosphäre der Beklagten, weshalb der Kläger bereits dadurch den geschuldeten Erfolg herbeigeführt habe, daß er nach Kräften die Erlangung der Baugenehmigung versucht habe. Dem kann nicht gefolgt werden.

(1) Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit des Vorhabens nach § 34 Abs. 1 BauGB zu beurteilen ist; hierüber besteht zwischen den Parteien auch kein Streit. Auch der Versagungsbescheid vom 24. September 1993 ist auf diese Vorschrift gestützt.

(2) Verfehlt ist die Auffassung des Berufungsgerichts, § 34 Abs. 1 BauGB eröffne der Baugenehmigungsbehörde einen besonders weiten Ermessensspielraum, weshalb die planungsrechtliche Beurteilung eines Vorhabens nach dieser Vorschrift stark von der subjektiven Einschätzung des jeweils zuständigen Behördenmitarbeiters abhängen. § 34 Abs. 1 BauGB eröffnet den Baugenehmigungsbehörden kein Ermessen. Liegen die Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 BauGB, wonach sich das Vorhaben u.a. in die Eigenart der näheren Umgebung einfügen muß, vor, besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Baugenehmigung. Liegen sie nicht vor, ist der Bauantrag abzulehnen (vgl. hierzu Söfker in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB § 34 Rdn. 29 m.w.N.; vgl. auch BVerwG, ZfBR 1999, 49). Eine in das Ermessen der Genehmigungsbehörde gestellte Ausnahme oder Befreiung von den Voraussetzungen des

§ 34 Abs. 1 BauGB ist nach allg. Meinung (vgl. BVerwG, NJW 1980, 605, 606; Söfker, aaO., m.w.N.) nicht zulässig. § 34 Abs. 3 BauGB 1987 oder § 4 Abs. 2 BauGB-MaßnahmenG, die der Baugenehmigungsbehörde in bestimmten Fällen eine Ermessensentscheidung ermöglichen, sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht anwendbar.

(3) Richtig ist allerdings, daß wegen der in § 34 Abs. 1 BauGB verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe die Zulässigkeit eines Vorhabens aus der Sicht des Bauinteressenten nicht in allen Fällen zuverlässig beurteilt werden kann. Die den Baugenehmigungsbehörden insoweit obliegende Rechtsanwendung unterliegt zwar der uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle, wobei den Instanzgerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit, insbesondere in der Beurteilung der tatsächlichen Verhältnisse, ein Beurteilungsspielraum zukommt (vgl. BVerwG, Beschluß vom 9. November 1992 - 4 B 228/92, Buchholz 360 § 13 GKG Nr. 67, in Juris dokumentiert).

(4) Die daraus resultierende Unsicherheit der Beurteilung der bauplanungsrechtlichen Chancen eines Vorhabens bei der Genehmigung rechtfertigt es jedoch nicht, den Architekten im Verhältnis zum Bauherrn von vornherein von seiner eingegangenen vertraglichen Verpflichtung zur Erbringung einer genehmigungsfähigen Planung freizustellen. Der Architekt, der für ein Vorhaben i.S.d. § 34 BauGB eine genehmigungsfähige Planung verspricht, hat seine Planung so zu erstellen, daß sie als zulässig i.S.d. § 34 Abs. 1 BauGB beurteilt werden kann, also innerhalb eines etwaigen Beurteilungsspielraums liegt. Erst dann erfüllt er seine vertragliche Pflicht. Den Auftraggeber trifft insoweit allein das Risiko, daß einer in diesem Sinne genehmigungsfähigen Planung die Genehmigung versagt wird. Darum geht es aber nach den der revisionsrechtlichen Beurteilung unterliegenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht.

(5) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts kann eine Übernahme des Planungsrisikos durch die Beklagte auch nicht daraus abgeleitet werden, daß der Projektleiter L. der Beklagten - wie für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist - auf ausdrückliches Anraten des Klägers einen Verzicht auf die Bauvoranfrage erklärt habe. Diese Erklärung steht, worauf die Revision zutreffend hinweist, im Zusammenhang mit dem bis zum 31. Dezember 1992 befristeten Rücktrittsrecht, das der Beklagten im Grundstückskaufvertrag gegenüber der Treuhandanstalt eingeräumt worden war. Eine Freistellung des Klägers von seiner vertraglichen Verpflichtung und eine freiwillige Übernahme des Planungsrisikos durch die Beklagte kann dieser Erklärung nicht entnommen werden.

2. Ob und gegebenenfalls welche Planung des Klägers nach diesen Grundsätzen genehmigungsfähig war, läßt sich dem Vortrag des Klägers nicht entnehmen.

Verfehlt ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die erste Planung sei "aus objektiver Sicht" genehmigungsfähig, weil ihr die Genehmigungsbehörden "grünes Licht" gegeben hätten. Das begründet nicht einmal im Falle einer rechtserheblichen Zusage die "objektive Genehmigungsfähigkeit". Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß sich aus mündlichen Zusagen der Baugenehmigungsbehörde kein Anspruch auf Erlaß einer entsprechenden Baugenehmigung herleiten ließ (§ 1 Abs. 1 des Gesetzes über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 8. Dezember 1976 (GVBl. 2735) i.V.m. § 38 Abs. 1 VwVfG; vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 16. Januar 1992 - III ZR 18/90, BGHZ 117, 83, 90 f). Ob diese Zusage mit der tatsächlichen Rechtslage vereinbar, die Planung also nach den oben dargelegten Grundsätzen genehmigungsfähig war, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Die Beklagte hatte im August 1993

die Erteilung einer Baugenehmigung als bei richtiger Anwendung des § 34 BauGB rechtswidrig bezeichnet. Es ist nicht einmal ersichtlich, ob das fragliche Gebiet als Wohn-, Kern-, oder Gewerbe- und Industriegebiet i.S.v. § 6 Abs. 5 der Bauordnung für Berlin vom 28. Februar 1985 (GVBl. 471) einzustufen ist und welche Abstandsflächen demnach einzuhalten waren und ob die Planung des Klägers diese Abstandsflächen eingehalten hat.

3. Da das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen zu dem genau-
en vertraglichen Pflichtenkreis des Klägers getroffen hat, kommt es für die revisionsrechtliche Beurteilung auf seine weiteren Erwägungen, wonach der Kläger u.a. von der Einholung einer Bauvoranfrage habe absehen dürfen, nicht an.

B. Die Anschlußrevision des Klägers

Die Anschlußrevision führt ebenfalls zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht weist die Honorarklage hinsichtlich der dritten Planung als zur Zeit unbegründet ab. Der Kläger mache ein Honorar für eine isoliert in Auftrag gegebene Bauvoranfrage geltend. Hierfür stehe ihm gemäß § 5 Abs. 4 Satz 3 HOAI das in der Berufungsinstanz ausschließlich geltend gemachte Zeithonorar zu. Die insoweit vorgelegte Honorarrechnung sei jedoch nicht prüffähig (§ 8 HOAI), weil sich weder aus ihr noch aus dem weiteren Vorbringen des Klägers ergebe, welche Mitarbeiter mit welcher Qualifikation wie lange tätig gewesen seien.

II.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Fälligkeit der Vergütung für eine isoliert in Auftrag gegebene Bauvoranfrage ist nicht von der Vorlage einer prüffähigen Rechnung im Sinne von § 8 HOAI abhängig.

1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Kläger Vergütung für eine isoliert in Auftrag gegebene Bauvoranfrage verlangt. Das ist zwar zweifelhaft und nach dem Vortrag des Klägers fernliegend, für die revisionsrechtliche Prüfung aber zu unterstellen. Nach dem Vorbringen des Klägers fiel der Auftrag für die Bauvoranfrage in eine Zeit, als der ursprüngliche Auftrag (Phasen 1 bis 4) bereits abgeschlossen war und die in Aussicht genommene Beauftragung der weiteren Phasen noch ausstand.

2. Ist die Bauvoranfrage tatsächlich als isolierte Leistung in Auftrag gegeben worden, dann unterliegt ihre Vergütung nicht der HOAI (BGH, Urteil vom 5. Juni 1997 - VII ZR 124/96, BGHZ 136, 33, 38 m.w.N. = BauR 1997, 1060 = ZfBR 1997, 293). Folglich wäre eine Rechnungsstellung nach § 8 HOAI nicht erforderlich.

Ullmann

Quack

Thode

Wiebel

Kuffer