
Datum: 16.01.1998
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 12. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 12 U 74/97
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1998:0116.12U74.97.00

Vorinstanz: Landgericht Bochum, 2 O 489/95

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das am 26. März 1997 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bochum teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagte wird verurteilt,

an den Kläger 2.041,35 DM nebst 4 % Zinsen ab dem 09.06.1994 zu zahlen.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits in I. Instanz werden zu 5 dem Beklagten und zu 95 % dem Kläger, die Kosten der Berufungsinstanz zu 9 % dem Beklagten und zu 91 % dem Kläger auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beschwer der Parteien erreicht die Revisionssumme nicht.

Tatbestand:

1

Der Kläger, der ein Ingenieur- und Planungsbüro betreibt, verlangt von dem beklagten Architekten restliche Vergütung für seine Statikerleistungen an dessen beiden Bauvorhaben

2

..., und Doppelhaushälfte "...". Für diese Leistungen hatte der Kläger dem Beklagten schriftliche Angebote vom 14.01.1993 über netto 8.443,90 DM (Café ...) und vom 17.05.1993 (Doppelhaushälfte) erteilt. Der Beklagte hatte dem Kläger daraufhin diese Leistungen nach mündlicher Vereinbarung von Festpreisen, die unterhalb der nach der HOAI (Mindestsatz) berechneten Honorarbeträge der Angebote des Klägers lagen, mit Schreiben vom 15.01.1993 betreffend das Bauvorhaben Café ... zu einem Festpreis von 8.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer (brutto 9.200,00 DM) und mit Schreiben vom 18.05.1993 betreffend das gesamte Doppelhaus einschließlich der anderen Hälfte der Bauherren Eheleute zu einem Festpreis von 19.000,00 DM inklusive Mehrwertsteuer in Auftrag gegeben. Der Pauschalpreis für das Doppelhaus von 19.000,00 DM sollte an den Kläger hälftig von dem Beklagten und im übrigen von den Eheleuten ... gezahlt werden.

Der Kläger führte die ihm übertragenen Leistungen sowie verschiedene Nachtragsarbeiten aus. Die erforderlichen Baugenehmigungen wurden erteilt und die betreffenden Bauvorhaben fertiggestellt. Der Beklagte hat seine Doppelhaushälfte nach entsprechender Aufteilung in Eigentumswohnungen inzwischen veräußert. 3

Über das Bauvorhaben ..., rechnete der Kläger gegenüber dem Beklagten den vereinbarten Pauschalhonorarbetrag von 9.200,00 DM brutto ab, den der Beklagte in vollem Umfange bezahlte. 4

Für das Bauvorhaben ..., erteilte der Kläger dem Beklagten eine Abschlagsrechnung vom 17.12.1993 über einen Betrag von brutto 8.550,00 DM, den der Beklagte anschließend zahlte. In dieser Rechnung wird als noch offene Restzahlung des vereinbarten Pauschalpreises ausdrücklich ein Betrag von 950,00 DM brutto (19.000,00 DM: 2 abzüglich 8.550,00 DM) errechnet. 5

Im vorliegenden Rechtsstreit hat der Kläger zunächst gegen den Beklagten mit einem am 08.06.1994 zugestellten Mahnbescheid 4.141/80 DM (3.350/63 DM Honorar, davon 950,00 DM Restpauschalhonorar sowie weiteres Honorar für angeblich zusätzliche Statikerleistungen sowie 791/17 DM Nebenkosten betreffend das Bauvorhaben ...) geltend gemacht. Ferner hat der Kläger mit einem zweiten, am 09.06.1994 zugestellten Mahnbescheid weitere 3.041,07 DM (2.846,25 DM Honorar für angeblich zusätzliche Statikerleistungen in Folge nachträglicher Änderungen sowie 194,82 DM Nebenkosten betreffend das Bauvorhaben ...) von dem Beklagten verlangt. 6

Während des Rechtsstreits hat der Kläger die Auffassung vertreten, er sei berechtigt, seine Honoraransprüche wegen unwirksamer Pauschalhonorarvereinbarung nach den Mindestsätzen der HOAI abzurechnen. Er hat insoweit in seinen Schriftsätzen vom 14.08.1995 im einzelnen aus beiden Bauvorhaben unter Berücksichtigung der Zahlungen des Beklagten zu seinen Gunsten ein Resthonorar von zusammen 19.826,76 DM errechnet. 7

Der Kläger hat beantragt, 8

den Beklagten zu verurteilen, 9

an den Kläger 19.826,76 DM nebst 4 % Zinsen seit Zustellung zu zahlen. 10

Der Beklagte hat beantragt, 11

die Klage abzuweisen. 12

13

Er hat die Ansicht vertreten, der Kläger sei nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB an die Pauschalpreisvereinbarungen gebunden. Außerdem sei das Honorar des Klägers wegen fehlender Wärmeschutz- und Schallschutznachweise nicht fällig.

Das Landgericht hat zur Frage, ob es sich bei den abgerechneten Planungsänderungen nur um geringfügige Änderungen gehandelt habe und ob die vom Kläger dafür berechneten Mehrkosten berechtigt seien, Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen ... vom 14.11.1996. Dieser hat ausgeführt, es handele sich nur um geringfügige Planungsänderungen beim Bauvorhaben ..., die keine Mehrkosten rechtfertigten. Beim Bauvorhaben ..., sei lediglich ein Stundenaufwand von brutto 1.086,76 DM berechtigt. 14

Sodann hat das Landgericht die Klage mangels Fälligkeit wegen fehlender ordnungsmäßiger Schlußrechnung des Klägers über die grundsätzlich zu Recht nach HOAI-Mindestsätzen beanspruchten Honorare als derzeit nicht fällig abgewiesen. Zur Begründung hat das Landgericht im wesentlichen ausgeführt, dem Erfordernis der Erstellung einer Schlußrechnung habe der Kläger nicht dadurch Genüge getan, daß er seine Forderungen in den entsprechenden Klagebegründungsschriftsätzen dargelegt habe. Insoweit handele es sich um vorgetragenen Prozeßstoff, der die Erstellung einer gesonderten Schlußrechnung nicht ersetze. 15

Dagegen richten sich die form- und fristgerechte Berufung des Klägers, der unter Vertiefung und Ergänzung seines erstinstanzlichen Vorbringens weiterhin sein Honorar nach den Mindestsätzen der HOAI geltend macht, und die unselbständige Anschlußberufung des Beklagten, der die endgültige Abweisung der Klage erstrebt. 16

Der Kläger hat in Höhe eines Teilbetrages von 2.300,00 DM seine Berufung zurückgenommen, nachdem in der Berufungsinstanz die weitere Zahlung eines entsprechenden Betrages unstreitig geworden war. 17

Der Kläger beantragt, 18

das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Bochum vom 26.03.1997 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 20.797,36 DM nebst 4 % Zinsen von 7.182,87 DM für die Zeit vom 09.06.1994 bis zum 25.08.1995, von 19.826,76 DM vom 26.08.1995 bis zur Zustellung der Berufungsbegründungsschrift (28.07.1997) und von 20.797,36 DM ab Zustellung der Berufungsbegründungsschrift zu zahlen. 19

Der Beklagte beantragt, 20

die Berufung zurückzuweisen, 21

ferner mit seiner unselbständigen Anschlußberufung, 22

die Klage endgültig abzuweisen. 23

Der Kläger beantragt, 24

die Anschlußberufung des Beklagten zurückzuweisen. 25

Der Beklagte vertritt die Auffassung, der Kläger sei nach Treu und Glauben an die Pauschalhonorarvereinbarung gebunden. Er bestreitet die geltend gemachte Forderung teilweise nach Grund und Höhe, insbesondere die Berechtigung der vom Kläger jetzt 26

abgerechneten Honorarzone III, weil insoweit nur die in seinen Angeboten zutreffend angesetzte Zone II gerechtfertigt sei. Ferner bestreitet der Beklagte, daß der Kläger die berechneten Leistungsphasen in vollem Umfange erbracht habe.

Wegen der Einzelheiten des beiderseitigen Parteivorbringens wird auf den vorgetragenen Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen in den Akten verwiesen. 27

Entscheidungsgründe: 28

Die zulässige Berufung des Klägers gegen das seine Honorarklage abweisende Urteil des Landgerichts ist lediglich in geringem Umfange begründet. Der Kläger hat gegen den Beklagten gemäß § 631 BGB nur noch Anspruch auf restliche Zahlung von 2.041,35 DM nebst Zinsen in dem aus dem Urteilstenor ersichtlichen Umfange, weil die Parteien hinsichtlich der streitigen weiteren Vergütung des Klägers für seine Statikerleistungen betreffend die beiden Bauvorhaben ... und ... einen Erlaßvertrag (§ 397 Abs. 1 BGB) stillschweigend abgeschlossen haben. 29

Es kann dahinstehen, ob das Verfahren des ersten Rechtszuges an dem von dem Kläger angesprochenen Mangel nach § 539 ZPO leidet, weil das Landgericht einen gemäß §§ 139 Abs. 2, 278 Abs. 3 ZPO prozessual möglicherweise gebotenen Hinweis auf die seiner Auffassung nach fehlende prüfbare Honorarschlußrechnung des Klägers im Sinne von § 8 Abs. 1 HOAI unterlassen hat (vgl. dazu Pott/Dahlhoff, Kniffka, HOAI, 7. Auflage, § 8 Rdn. 6). Ob ein solcher Hinweis des Gerichts erfolgt ist, kann den Gerichtsakten nicht entnommen werden, da sich weder im Sitzungsprotokoll vom 26.03.1997 noch im angefochtenen Urteil entsprechende Angaben finden. Jedenfalls kommt eine Zurückverweisung wegen Verfahrensmangels schon deshalb nicht in Betracht, weil der Rechtsstreit entscheidungsreif und deshalb unter den vorliegenden Umständen eine eigene Entscheidung des Senats nach § 540 ZPO sachdienlich ist. 30

Die Vergütung des Klägers ist fällig, da der Kläger die ihm in Auftrag gegebenen Leistungen bei der Tragwerksplanung nach §§ 62 ff HOAI erbracht und eine prüffähige Honorarschlußrechnung erteilt hat (§ 8 Abs. 1 HOAI). 31

Entgegen der Auffassung des Landgerichts erfüllen die Ausführungen des Klägers in seinen beiden Schriftsätzen vom 14.08.1995, in denen er seine Klage erweitert und sein Honorar nach den Mindestsätzen der HOAI neu berechnet hat, die an eine prüfbare Schlußrechnung zu stellenden Voraussetzungen. In diesen Schriftsätzen hat der Kläger alle für die Berechnung seiner Vergütung erforderlichen Honorargrundlagen nach §§ 62 ff HOAI, insbesondere die anrechenbaren Kosten (§ 62 II), die Honorarzone (§ 63), das jeweilige Honorar nach der Tabelle zu § 65 HOAI und die von ihm erbrachten Leistungsphasen nach § 64 I HOAI mit den seiner Behauptung nach jeweils erbrachten Prozentsätzen im einzelnen dargelegt. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob und in welchem Umfange die Abrechnung des Klägers inhaltlich zutreffend ist, weil die Frage der sachlichen Berechtigung der Forderung unabhängig von der Prüfbarkeit der Schlußrechnung zu beurteilen ist (vgl. Senatsurteile in BauR 1994, 536 sowie 795 und NJW-RR 1995, 786; OLGR Hamm 1994, 230, jeweils m.w.N.). Unerheblich ist auch, daß die Abrechnung des Klägers nicht ausdrücklich als Schlußrechnung bezeichnet worden ist und sie sich in Schriftsätzen seines Prozeßbevollmächtigten befindet. Aus den Ausführungen des Klägers geht hinreichend deutlich hervor, daß die beiden in Rede stehenden Bauvorhaben nunmehr gegenüber dem Beklagten endgültig abgerechnet werden sollten. Für den Beklagten war nicht zu verkennen, daß der Kläger auf Grund seiner schriftsätzlichen Ausführungen nunmehr von ihm für seine darin genannten Leistungen abschließend die dort berechnete Vergütung 32

verlangte (§ 133 BGB). Damit waren die beiden Schriftsätze inhaltlich zweifelsfrei als endgültige Abrechnung für die streitigen Bauvorhaben, also als Honorarschlußrechnung im Sinne von § 8 Abs. 1 HOAI gekennzeichnet. Das Verlangen nach einer zusätzlich erstellten besonderen Schlußrechnung als Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit des jetzt beanspruchten Honorars entsprechend der Auffassung des Landgerichts wäre eine bloße Förmelerei. Sie kann deshalb, da eine Rechnung kein Selbstzweck ist, von dem Kläger jedenfalls nicht gefordert werden, um den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 HOAI für die Fälligkeit der Vergütung zu genügen. Ob die Frage steuerlich anders zu beurteilen ist und es insoweit noch einer förmlichen Rechnung des Klägers nach § 14 UStG bedarf, ist für den vorliegenden Rechtsstreit unerheblich. Ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 BGB) wegen seines Anspruches auf eine solche spezifizierte Rechnung nach § 14 UStG (vgl. dazu BGHZ 79, 178 und OLG München NJW 1988, 270) hat der Beklagte nicht geltend gemacht.

Der Kläger hat auch im Sinne von § 8 Abs. 1 HOAI die ihm übertragenen Leistungen bei der Tragwerksplanung erbracht, wie der Umstand beweist, daß seine Statiken genehmigt und danach die Bauvorhaben des Beklagten ordnungsmäßig errichtet worden sind. Angesichts dessen beruft sich der Beklagte ohne Erfolg darauf, der Kläger habe Teilleistungen einzelner Leistungsphasen des § 64 Abs. 1 HOAI nicht in vollem Umfange geleistet. Insoweit ist die Rechtslage nicht anders zu beurteilen, als für den gleichgelagerten Fall eines Architekten, dessen Leistung in der Erstellung eines mangelfreien Bauwerkes besteht und demnach - wie hier für den Kläger - eine geschlossene Gesamtleistung darstellt. Es ist anerkannt, daß der Bauherr gegenüber der Honorarklage des Architekten grundsätzlich nicht mit dem Einwand gehört werden kann, einzelne dem Architekten übertragene Teilleistungen (Leistungsphasen) seien unvollständig erbracht, wenn nicht die unvollständigen Teilleistungen des Architekten zu einem Mangel des Werkes geführt haben (vgl. Werner/Pastor Bauprozeß, 8. Auflage, Rdn. 786; BGH BauR 1982, 290 bzw. NJW 1982, 1387; Hesse/Korbion/Mantscheff/Vygen HOAI, 4. Auflage, § 15 Rdn. 13 m.w.N.). In Anwendung dieser Grundsätze war der Kläger nicht gehindert, die in Rede stehenden Leistungsphasen mit Ausnahme der nicht in Auftrag gegebenen, da im Angebot des Klägers vom 14.01.1993 nicht enthaltenen Phase 3 des § 64 Abs. 1 HOAI dem Beklagten voll in Rechnung zu stellen. 33

Die nach vorstehenden Ausführungen demnach fällige Vergütung des Klägers beschränkt sich jedoch der Höhe nach auf den zuerkannten Betrag von noch 2.041,35 DM. Denn der Kläger kann für seine Statikertätigkeit im Rahmen der beiden Bauvorhaben letztlich nur die pauschal vereinbarten Beträge von 9.200,00 DM (Bauvorhaben ...) sowie von 9.500,00 DM (Bauvorhaben ...) verlangen, weil der von dem Kläger nunmehr geltend gemachten weitergehenden Honorarforderung auf der Grundlage seiner Abrechnung nach den Mindestsätzen der HOAI der von den Parteien stillschweigend abgeschlossene Erlaßvertrag gemäß § 397 Abs. 1 BGB entgegensteht. 34

Die Pauschalhonorarvereinbarung der Parteien ist hinsichtlich beider Bauvorhaben bereits wegen Verstoßes gegen das Schriftformerfordernis des § 4 Abs. 1 HOAI unwirksam. Für die Wahrung der erforderlichen Schriftform reicht es nach gefestigter Rechtsprechung (vgl. BGH ZfBR 1994, 73; BauR 1989, 222 und Senatsurteile in OLG Hamm 1996, 256 und 1995, 25) nicht aus, daß sich die schriftlichen Angebote des Klägers und die entsprechenden Annahmeerklärungen des Beklagten in seinen schriftlichen Auftragsbestätigungen auf unterschiedlichen Schriftstücken befinden. Nach § 126 II 1 BGB muß bei einer vertraglichen Vereinbarung die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen, was hier nicht der Fall ist, da sich die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung über Pauschalhonorare unstreitig nicht in einer von beiden Parteien unterschriebenen Urkunde befindet. Das hat gemäß § 125 I 1 BGB die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge. Die 35

Entscheidung des Senats in OLGR Hamm 1996, 256, wonach sich ein Vertragspartner ausnahmsweise nach Treu und Glauben nicht auf die Formunwirksamkeit berufen kann, wenn eine Partei ein schriftliches Angebot erteilt und der Partner dies schriftlich bestätigt hat, betrifft einen besonders gelagerten Ausnahmefall und ist hier nicht einschlägig.

Außerdem ist die Pauschalhonorarvereinbarung der Parteien auch deshalb nichtig, weil sie in 36
unzulässiger Weise die Mindestsätze der HOAI unterschreitet. Ein Ausnahmefall, in dem die Unterschreitung der Mindestsätze zulässig ist (§ 4 Abs. 2 HOAI) liegt ersichtlich nicht vor.

Wegen fehlender schriftlicher Honorarvereinbarung bei Auftragserteilung und wegen 37
unzulässiger Mindestsatzunterschreitung nach § 4 Abs. 1 HOAI gelten gemäß § 4 Abs. 4 HOAI demnach grundsätzlich die jeweiligen Mindestsätze der HOAI als vereinbart. Gleichwohl muß es bei den vom Kläger in seinen früheren Honorarrechnungen abgerechneten vereinbarten Pauschalbeträgen von 9.200,00 DM und 9.500,00 DM sein Bewenden haben.

Allerdings folgt dies entgegen der Ansicht des Beklagten nicht schon aus der inzwischen 38
gefestigten neuen und vom Senat geteilten Rechtsprechung des BGH über die eingeschränkte Bindungswirkung der Schlußrechnung eines Architekten oder Ingenieurs (vgl. z.B. BGH NJW 1993, 659 und 661; ZfBR 1997, 250, jeweils m.w.N.). Danach verhält sich bei einer mangels Schriftform bzw. wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksamen Honorarvereinbarung der Parteien eines Architektenvertrages (Ingenieurvertrages) der Architekt (Ingenieur), der später nach Mindestsätzen abrechnen will, widersprüchlich. Dieses widersprüchliche Verhalten steht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einem Geltendmachen der Mindestsätze entgegen, sofern der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat sowie vertrauen durfte und er sich darauf in einer Weise eingerichtet hat, daß ihm die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem vereinbarten Honorar und den Mindestsätzen nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann. Daraus folgt, daß eine Bindungswirkung nach § 242 BGB in der Regel nur dann besteht, wenn nach umfassender Abwägung der beiderseitigen Interessen im Einzelfall in der Nachforderung des Architekten (Ingenieurs) zur Pauschalhonorarschlußrechnung eine unzulässige Rechtsausübung liegt.

Letztlich kann der Senat auf Grund der vorgetragenen Gesamtumstände nicht mit der 39
erforderlichen Sicherheit feststellen, ob hier ein solches widersprüchliches Verhalten im Sinne der zitierten Rechtsprechung vorliegt. Zwar dürfte es naheliegend sein, daß sich der Beklagte auf die zunächst abgerechneten Pauschalhonorare des Klägers im Sinne dieser Rechtsprechung eingerichtet, er also auf die abschließende Berechnung des Honorars vertraut hat. Insbesondere die Lebenserfahrung spricht dafür, daß von ihm diese Abrechnung in seine eigene Preiskalkulation bei der Veräußerung der errichteten Eigentumswohnungen zugrundegelegt wurde, was für die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens sprechen könnte. Eine abschließende, umfassende Abwägung der beiderseitigen Interesse ist aber dem Senat deshalb nicht möglich, weil hierzu ausreichend konkreter Sachvortrag des insoweit darlegungspflichtigen Beklagten fehlt und dem Senat insbesondere nicht dargelegt worden ist, wann und mit welcher Preiskalkulation die Eigentumswohnungen veräußert wurden.

Jedenfalls haben die Parteien wegen der hier streitigen weiteren Forderungen einen 40
stillschweigenden Erlaßvertrag abgeschlossen.

Dies ergibt sich unter anderem daraus, daß die Parteien beide als Fachleute auf dem Gebiet 41
der Gebührenabrechnung nach der HOAI anzusehen sind. Der Beklagte ist seit langen Jahren Architekt, der nach Kenntnis des Senats eine Vielzahl von Bauvorhaben durchgeführt und abgerechnet hat. Dasselbe gilt für den Kläger als Statiker, der senatsbekannt (vgl.

Senatsurteil vom 11.03.1994 in OLGR Hamm 1994, 30) auf eine langjährige berufliche Tätigkeit zurückblicken kann und dem deshalb zweifellos ebenfalls die einschlägigen Vorschriften der HOAI über die Wirksamkeit von Honorarvereinbarungen bekannt sind. Angesichts dessen ist der Senat davon überzeugt, daß sich sowohl der Kläger als auch der Beklagte bewußt waren, daß sie für die in Rede stehenden Bauvorhaben des Beklagten ein wegen unzulässiger Mindestsatzunterschreitung unwirksames Pauschalhonorar vereinbart hatten. Wenn unter diesen Umständen der Kläger nach Abschluß seiner betreffenden Tätigkeiten die beiden Bauvorhaben mit den bekanntermaßen unwirksam vereinbarten Pauschalhonoraren von 9.200,00 DM und 9.500,00 DM abrechnete, brachte er damit für den Beklagten aus dessen gemäß § 133 BGB maßgeblicher Empfängersicht unmißverständlich zum Ausdruck, daß er auch nur diese (unwirksam) vereinbarten Honorare verlangen und auf seine weitergehenden Forderungen auf der Grundlage einer Mindestsatzabrechnung uneingeschränkt verzichten wollte. Dies stellt sich rechtlich als stillschweigendes Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages nach § 397 Abs. 1 BGB dar, das der Beklagte - ebenfalls stillschweigend - durch die volle Bezahlung des ersten und die überwiegende Zahlung des zweiten Pauschalhonorarbetrages (bis auf lediglich noch ausstehende 950,00 DM) angenommen hat, ohne daß es nach der Verkehrssitte gemäß § 151 Satz 1 BGB einer ausdrücklichen Annahmeerklärung bedurfte.

Der rechtlichen Wirksamkeit eines solchen Erlaßvertrages stehen die Vorschriften der HOAI nicht entgegen, da diese nur für nicht erledigte, also noch nicht abgeschlossene Aufträge eingreifen und der Kläger die ihm obliegenden Leistungen bereits vollständig erbracht hatte. Das hat zur Folge, daß die Bindungswirkung der Gebührenvorschriften der HOAI nicht mehr für die Rechtsbeziehungen der Parteien maßgeblich waren und die Parteien nunmehr uneingeschränkt entsprechende Vereinbarungen über das zu zahlende Honorar wirksam treffen konnten. Denn es entspricht gefestigter Rechtsprechung, daß nach Beendigung der Architektentätigkeit (Ingenieurtätigkeit) getroffene Honorarvereinbarungen nicht unter die Regelung des § 4 Abs. 4 HOAI fallen und selbst formlos möglich sind, weil nach Beendigung der Tätigkeit ausgeschlossen ist, daß ein Streit über die Höhe des geschuldeten Honorars zu einer die Ausführung des Auftrages gefährdenden positiven Vertragsverletzung führt (vgl. BGH BauR 1987, 112 und 706; OLG Düsseldorf BauR 1997, 587). Nach einhelliger Meinung sind deshalb, wenn der Architekt (Ingenieur) seine Leistungen entsprechend § 8 Abs. 1 HOAI vertragsgemäß erbracht hat, nachträglich auch der Erlaß des Honorars zulässig (vgl. Locher/Koeble/Frik HOAI, 6. Auflage, § 4 Rdn. 6, Seite 260, m.w.N.).

Der Annahme eines von dem Kläger gewollten Forderungserlasses steht nicht entgegen, daß in Ermangelung besonderer Anhaltspunkte grundsätzlich in der Erteilung einer Schlußrechnung kein Verzicht des Architekten (Ingenieurs) auf eine ihm zustehende höhere Vergütung liegt (so BGH NJW 1993, 659, 660). Dieser Grundsatz greift hier deshalb nicht ein, weil beide Parteien als Statiker und Architekt Fachleute auf dem Gebiet der HOAI sind, beide deshalb von vornherein die Unterschreitung der Mindestsätze der HOAI kannten und sie gleichwohl, wie dargelegt, ersichtlich übereinstimmend die Wirksamkeit der (unwirksamen) Pauschalhonorarabsprache beibehalten wollten, was hinsichtlich der weitergehenden Forderung durch einen Erlaßvertrag rechtlich möglich war. Im übrigen spricht auch der Umstand, daß der Kläger erstmals im Laufe des Prozesses mit Schriftsatz vom 14.08.1995 rund 1 1/2 Jahre nach Durchführung der Arbeiten den jetzt streitigen höheren Betrag geltend gemacht hat, in hohem Maße dafür, daß er selbst in der vorausgegangenen Zeit von einem wirksamen Forderungserlaß ausgegangen war.

Die dem Kläger zugesprochene Restforderung von 2.041,35 DM errechnet sich wie folgt:

Aus dem Bauvorhaben ..., kann der Kläger die abgerechneten Nebenkosten gemäß § 7 HOAI von 105,36 DM (Rechnung vom 09.07.93) und von 194,82 DM (Rechnung vom 02.02.94/23.06.97), mithin insgesamt 300,18 DM verlangen. Entgegen der Auffassung des Beklagten ist in beiden Rechnungen die zutreffend berechnete Mehrwertsteuer von 13,74 DM und 24,24 DM nicht abzusetzen, da insoweit die Voraussetzungen für einen Vorsteuerabzug nach § 15 Abs. 1 UStG nicht vorliegen. Der für die Berechtigung der Nebenkosten nach § 7 HOAI darlegungs- und beweispflichtige Kläger hat durch seine Aufstellungen dargelegt, daß es sich bei den vorliegenden Leistungen nicht um solche handelt, die gemäß § 15 I 1 UStG "von anderen Unternehmen für sein Unternehmen ausgeführt worden sind". Das ist bei den in Rede stehenden "Vorabzügen" der Aufstellung jedenfalls nicht anzunehmen. Hinsichtlich der streitigen Position von 9,00 DM Porto in der genannten zweiten Nebenkostenabrechnung hat der Kläger zutreffend nur den Nettobetrag angesetzt. Soweit der Beklagte in Abrede gestellt hat, daß ein Porto von insgesamt 9,00 DM angefallen sei und sich der beweispflichtige Kläger dafür auf die Zeuginnen ... sowie ... beruft, war die Durchführung der beantragten Beweisaufnahme nicht erforderlich. Der Senat hat gemäß § 287 ZPO den abgerechneten Betrag als berechtigt angesehen, zumal der Beklagte in einer früheren Rechnungsprüfung vom 10.05.94 diesen streitigen Betrag von lediglich 9,00 DM anerkannt hatte.

Hinsichtlich des Bauvorhabens ..., hat der Kläger Anspruch auf die unstreitig noch offene Restpauschale von 950,00 DM und auf Nebenkosten von 791,17 DM (Rechnung vom 02.02.94). Hinsichtlich der auf die Nebenkosten zutreffend berechneten Mehrwertsteuer und der streitigen 13,00 DM Porto, die nach Auffassung des Senats berechtigt sind (§ 287 ZPO), wird auf vorstehende Ausführungen verwiesen. 46

Die genannten Nebenkosten hat der Beklagte nach den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien gemäß § 7 HOAI ohne Rücksicht darauf zu zahlen, ob sie für Grundleistungen oder für hier nicht berechnete besondere Leistungen erbracht worden sind. 47

Die abgerechnete Vergütung für Wärmeschutznachweise (Rechnung vom 26.07.95/23.06.97 über brutto 698,63 DM) kann der Kläger nicht gemäß §§ 77 ff HOAI verlangen, weil diese Leistung im Rahmen des vereinbarten Pauschalpreises zu erbringen war. Der Kläger hat vor dem Senat eingeräumt, daß er auf Grund seines Telefonats mit dem Beklagten den handschriftlichen Vermerk "inklusive WSNW" auf das Auftragsschreiben des Beklagten vom 15.01.1993 gesetzt hat und damit das vereinbarte Pauschalhonorar von 8.000,00 DM netto diese Leistung mitumfassen sollte. 48

Die weitere Rechnung des Klägers vom 02.02.1994/23.06.97 über 1.095,00 DM (Nachtragsbearbeitung Bauvorhaben ... von netto 945,00 DM und Brandschutznachweis von pauschal 950,00 DM) zzgl. Mehrwertsteuer ist unbegründet. Dem steht nicht entgegen, daß der Sachverständige ... in seinem Gutachten vom 14.11.1996 nach Überprüfung der vom Kläger abgerechneten Stundenzahlen wegen der Änderung der Treppenkonstruktion einen Zeitaufwand des Klägers von 945,00 DM zzgl. Mehrwertsteuer für angemessen angesehen hat. Insoweit handelt es sich um eine besondere Leistung im Sinne von § 5 IV 1 HOAI, die zu den ihm Auftrag gegebenen Grundleistungen hinzutritt und für die ein Honorar nur berechnet werden darf, wenn dieses schriftlich vorher vereinbart worden ist. Eine solche schriftliche Vereinbarung, die den Voraussetzungen des § 126 BGB genügt, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Im Briefwechsel der Parteien kann aus den dargelegten Gründen keine wirksame schriftliche Vereinbarung gesehen werden. Eine gleichzeitige Übertragung der Grundleistungen und der streitigen besonderen Leistungen war ebenso wenig erforderlich wie ihre gleichzeitige Ausführung (vgl. Senatsurteil in OLGR Hamm 1997, 64 und BauR 1997, 507). Für den pauschal berechneten Brandschutznachweis kann der Kläger ebenfalls nach § 49

5 IV 1 HOAI kein Honorar verlangen.

Wegen fehlender schriftlicher Honorarvereinbarung nach der genannten Bestimmung, die insoweit eine abschließende Sonderregelung darstellt, kann der Kläger auch keine Vergütung auf Grund der §§ 677 ff, 812 BGB verlangen (vgl. Senatsurteil in OLG Hamm 1997, 64 und BauR 1997, 507). 50

Die mit Rechnung des Klägers vom 26.07.95/23.06.97 abgerechnete Vergütung von 538,90 DM zzgl. Mehrwertsteuer für den Wärmeschutznachweis des Bauvorhabens ... ist nicht begründet, weil diese Leistung im Rahmen des vereinbarten Pauschalpreises zu erbringen war. Der Kläger hat dem Schreiben des Beklagten vom 18.05.93, der Auftrag werde für die gesamte Tragwerksplanung für das Doppelhaus einschließlich der notwendigen Nachweise für den Wärmeschutz erteilt, unstreitig nicht widersprochen. Nach den hier eingreifenden Grundsätzen des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben (vgl. dazu Palandt/Heinrichs BGB, 57. Auflage, § 148 Rdn. 8 ff) war demnach der Kläger verpflichtet, den Wärmeschutznachweis im Rahmen des zum Pauschalhonorar erteilten Auftrages zu erbringen. 51

Der Zinsanspruch des Klägers in gesetzlicher Höhe (§ 288 BGB) folgt aus § 291 BGB. 52

Die unselbständige Anschlußberufung des Beklagten ist zulässig. 53

Es ist anerkannt, daß mit einer Anschlußberufung im Falle einer nur als zur Zeit unbegründet abgewiesenen Klage der Antrag auf uneingeschränkte Klageabweisung weiter verfolgt werden kann (vgl. Senatsurteil in OLG Hamm 1995, 74 m.w.N.). Die Anschlußberufung hat aus den vorstehenden Gründen hinsichtlich der über den zugesprochenen Betrag von 2.041,35 DM hinausgehenden Forderung des Klägers Erfolg. Im übrigen ist die Anschlußberufung des Beklagten hinsichtlich der zuerkannten Vergütung des Klägers nicht begründet. 54

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 I 1, 269 III 2, 708 Ziffer 10, 713, 546 Abs. 2 ZPO. 55

Für die von dem Kläger beantragte Zulassung der Revision besteht kein Anlaß, weil die Voraussetzungen des § 546 I 2 Ziffer 1 und 2 ZPO nicht vorliegen. 56

Verkündet am 16. Januar 1998 57

, Justizangestellte als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts 58