
Datum: 20.09.2005
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 28. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 28 U 39/05
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2005:0920.28U39.05.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 2 O 278/04
Schlagworte: Formnichtigkeit eines Honorarversprechens
Normen: BRAGO § 3 I, BGB §§ 125, 126 I, 130 I, 141, 242 BGB
Leitsätze:

1.

Die Schriftform des Honorarversprechens nach § 3 I BRAGO (§ 4 I RVG) ist bei bloßer Übersendung eines Telefaxes nicht gewahrt.

2.

Die spätere Berufung auf den Formmangel ist, soweit keine Arglist vorgelegen hat, regelmäßig nicht treuwidrig, wenn - wie hier - eine Vereinbarung über eine Erhöhung der gesetzlichen Vergütung nicht der vorgeschriebenen Form entspricht, weil das Festhalten an der Regelvergütung nicht schlechthin untragbar ist.

3.

Zur Bestätigung der formunwirksamen Erklärung nach § 141 BGB.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin gegen das am 21.02.2005 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des nach dem Urteil zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

Gründe

A.

Die Klägerin ist eine Anwaltssozietät, die u.a. auf Rechtsfragen des Vergaberechts spezialisiert ist. Die Beklagte und eine Fa. Y bildeten eine "Bietergemeinschaft XY", die an einer Ausschreibung der Stadt (...) vom Oktober 2002 in Bezug auf Abschleppleistungen sowie die Verwahrung von Kraftfahrzeugen teilnahmen.

Nach vorheriger erster Bestätigung der Mandatsübernahme vom 05.09.2003 beauftragte die Beklagte gemeinsam mit der Fa. Y gemäß Beratungsvereinbarung vom 09.09.2003 die Klägerin mit der anwaltlichen Beratung in dem Vergabeverfahren der Stadt (...) "Abschleppleistungen, Vergabeverfahren Nr. 70". Die Klägerin übersandte ihr - mit der Bitte, "falls Sie mit den Bedingungen einverstanden sind, uns die Zweitschriften dieses Schreibens sowie der Honorarvereinbarung in vertretungsberechtigter Form unterzeichnet zurückzuschicken" - sodann eine Honorarvereinbarung, die die Beklagte am 10.09.2003 gemeinsam mit der Fa. Y unterzeichnete und am 17.09.2003, 17.12 Uhr, per Telefax zurück an die Klägerin schickte. Das Original der Urkunde verblieb bei der Beklagten.

Das klägerische Honorar sollte danach nach Zeitaufwand abgerechnet werden, wobei ein gestaffelter Stundensatz zugrunde lag: "Dr. A EUR 285,00, Anwaltliche Mitarbeiter, je nach Einsatzbedarf EUR 220,00 - 250,00". Die Rechnungsbeträge waren nach der Honorarvereinbarung sofort nach Erhalt ohne Abzug zur Zahlung fällig. Die Gebühren und Auslagen sollten nach Möglichkeit monatlich abgerechnet werden. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird insoweit auf die vorgelegte Urkunde Bezug genommen.

Die Klägerin vertrat vereinbarungsgemäß die Interessen der Beklagten und der Fa. Y in dem genannten Vergabeverfahren vor der Vergabekammer (...), das im Ergebnis auch im gerichtlichen Beschwerdeverfahren (gemäß Beschluss des OLG Düsseldorf vom 26.05.2004 in dem Verfahren VII Verg 70/03) erfolglos blieb. Der Verfahrenswert wurde in letzterem Verfahren gemäß § 12 a II GKG a.F. auf bis zu 5.000,- EUR (= 5 % der Auftragssumme, die 96.943,20 EUR betrug) festgesetzt.

Mit Schreiben vom 07.10.2003 stellte die Klägerin der Beklagten auf ihre Beratungsleistungen ohne Erläuterung ("Honorar lt. Vereinbarung, Abschlagszahlung") eine Abschlagssumme von 9.048,- EUR (brutto) in Rechnung. Die Beklagte zahlte den Betrag nicht, woraufhin die Klägerin sie mit Schreiben vom 28.11.2003 erneut zur Zahlung aufforderte. Daraufhin zahlte die Beklagte hierauf einen Betrag von 3.900,- EUR. Gleichzeitig bat sie die Klägerin darum, die Rechnung hälftig der Fa. Y auszustellen. Nach einem am 03.12.2003 zwischen den Parteien geführten Telefonat stellte die Klägerin mit Schreiben vom 04.12.2003 eine entsprechende (Abschlags-) Rechnung über den hälftigen Betrag von 4.524,- EUR. Mit

Schreiben vom 05.12.2003 wurde der Beklagten die abschließende Honorarrechnung für die erbrachten Beratungsleistungen im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer in (...) übersandt. Nach Abzug der bereits erfolgten Abschlagszahlung ergab sich ein zu zahlender Restbetrag von 20.874,87 EUR, der wiederum anteilig auf die Beklagte und die Fa. Y aufgeteilt wurde, so dass auf die Beklagte ein Rechnungsbetrag von 10.437,44 EUR entfiel.	
Nach dem 24.10.2003 beriet die Klägerin die Beklagte und die Fa. Y auftragsgemäß in dem Beschwerdeverfahren gemäß §§ 116 ff. GWB vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf in der gleichen Sache. Diese Leistungen stellte sie der Beklagten und der Fa. Y mit Schreiben vom 21.01.2004 mit einem Betrag von 16.125,36 EUR in Rechnung. Von der Beklagten wurde erneut der hälftige Anteil von 8.062,68 EUR gefordert.	8
Dabei setzte die Klägerin der Beklagten für die Zahlung der (anteiligen) Beratungshonorare (von zusammen 19.524,11 EUR) eine Frist bis zum 31.01.2004 und drohte bei Nichteinhaltung der Frist an, die Forderungen gerichtlich geltend zu machen. Dabei wies sie darauf hin, dass die Fa. X und Y Gesamtschuldner seien und man sich vorbehalte, den gesamten Rechnungsbetrag von nur einer Partei einzufordern.	9
Mit Schreiben vom 03.02.2004 bat die Beklagte die Klägerin um Übersendung von Stundenzetteln, um so die Rechnungen überprüfen zu können. Dieser Bitte kam die Klägerin mit Schreiben vom 09.02.2004 nach. Da sich die Beklagte danach nicht mehr meldete, drohte der Kläger ihr mit Schreiben vom 16.03.2003 Zahlungsklage an.	10
Die Fa. Y zahlte an die Klägerin bisher einen Betrag von 20.000,- EUR.	11
Die Klägerin verlangt nunmehr von der Beklagten Honorarleistungen von (noch) 22.607,91 EUR, und zwar einschließlich des restlichen auf die Fa. Y entfallenden Anteils.	12
Die Klägerin hat behauptet, es seien 143,4 Arbeitsstunden erbracht worden. Sie hat die Ansicht vertreten, die Honorarvereinbarung sei wirksam und deshalb habe sie noch einen Anspruch auf Zahlung des ausstehenden Restbetrages. Der in Ansatz gebrachte Stundenaufwand sei nicht unangemessen hoch. Die Honorarvereinbarung sei formwirksam. Außerdem müsse der Beklagten nach Treu und Glauben der Einwand der Formnichtigkeit verwehrt sein. Hierzu hat sie behauptet, die Beklagte habe von Anfang an versucht, sich über den Rückbehalt des Originals der Honorarvereinbarung ihrer Zahlungsverpflichtung zu entziehen.	13
Die Klägerin hat beantragt,	14
die Beklagte zu verurteilen, an sie 22.607,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von 11,62 Prozentpunkten seit dem 07.01.2004 - hilfsweise seit dem 22.01.2004 - auf 4.107,79 EUR und von 11,62 Prozentpunkten seit dem 08.01.2004 - hilfsweise seit dem 22.02.2004 - auf 10.437,44 EUR sowie von 11,62 Prozentpunkten seit dem 22.02.2004 auf 8.062,68 EUR zu zahlen.	15
Die Beklagte hat beantragt,	16
die Klage abzuweisen.	17
Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Honorarvereinbarung sei sittenwidrig wie auch formnichtig, ferner sei das berechnete Honorar (das das 23-fache der gesetzlichen Gebühren übersteige) unangemessen hoch im Sinne des § 3 III BRAGO. Schließlich sei die Klägerin	18

verpflichtet, sie im Wege des Schadensersatzes von weiteren als den gesetzlichen Gebühren freizustellen, denn sie habe sie trotz ihres Informationsvorsprungs nicht darauf hingewiesen, mit welchem finanziellen Aufwand zu rechnen sei. Dies sei insbesondere deshalb notwendig gewesen, weil die abgerechneten Gebühren auch in keiner Relation zum Auftragsvolumen stünden.

Das Landgericht hat nach § 3 III 2 BRAGO ein Gutachten der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf vom 23.09.2004 eingeholt und alsdann - nachdem mit Schriftsatz vom 26.10.2004 die Frage der Formunwirksamkeit der Honorarvereinbarung angesprochen wurde - die Klage abgewiesen, mit der Begründung, dass zwischen den Parteien keine wirksame Honorarvereinbarung geschlossen worden sei. Diese sei gemäß §§ 125 BGB, 3 I 1 BRAGO formnichtig. Der Klägerin sei lediglich eine Telefaxkopie der von der Beklagten unterzeichneten vorformulierten Honorarvereinbarung und nicht, wie erforderlich, das Original übermittelt worden. Es fehle damit am Zugang eines formwirksamen, nämlich schriftlichen Angebots der Beklagten auf Abschluss einer von der BRAGO abweichenden Vergütungsvereinbarung. Die Übermittlung einer Telefaxkopie einer im Original unterzeichneten Urkunde reiche zur Wahrung der Schriftform des § 126 BGB nicht aus. Die Beklagte müsse sich auch nicht nach Treu und Glauben so behandeln lassen, als wäre die Honorarvereinbarung formwirksam. 19

Hinsichtlich der Einzelheiten der Begründung auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. 20

Die Klägerin verfolgt ihren Klageantrag mit der von ihr eingelegten Berufung weiter. Sie macht geltend, dass die von der Beklagten im Original unterzeichnete und ihr sodann per Telefax übermittelte Honorarvereinbarung die Schriftform des § 3 I 1 BRAGO wahre: 21

Auch die Übermittlung einer Telefaxkopie einer im Original unterzeichneten Urkunde erfülle den Sinn und Zweck der gesetzlichen Schriftform nach § 126 BGB. Die Beweis- und Warnfunktion gegen Übereilung sei gewahrt. Es könne keinen Unterschied machen, ob der Auftraggeber die Originalvereinbarung eigenhändig unterschreibe und dann per Telefax übermittle oder ob er die unterschriebene Originalvereinbarung per Post versende. Des weiteren sei zu berücksichtigen, dass es sich bei der Beklagten um eine einzelkaufmännische Firma handele, die einer erhöhten Warnfunktion vor kaufmännischen Entscheidungen wie der Beauftragung eines Anwalts mit der Wahrnehmung ihrer Interessen nicht bedürfe. Die Übermittlung einer im Original unterschriebenen Honorarvereinbarung durch Telefax zur Wahrung des Schriftformerfordernisses entspreche der fortgeschrittenen technischen Entwicklung, der auch im Rahmen der gesetzlichen Schriftform des § 126 BGB Bedeutung beizumessen sei. Es würde eine unnötige und der Sache nicht dienende Förmerei darstellen, wenn trotz der Übermittlung per Telefax weiterhin auf das Übergeben bzw. Versenden der Honorarvereinbarung im Original bestanden würde. Die Rechtsprechung müsse, wie sich auch aus dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 05.04.2000 ergebe, dem technischen Fortschritt auf dem Gebiet der Telekommunikation Rechnung tragen. Auch der Gesetzgeber berücksichtige die Bedürfnisse des Massenverkehrs und die übliche Bürotechnik, indem er in einigen gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich auf das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift verzichte. Sodann seien zum 01.08.2001 die Vorschriften der §§ 126 III, 126 a und 126 b BGB in Kraft getreten, wonach die schriftliche Form bzw. Textform ersetzt werden könne. Seit diesem Zeitpunkt sei eine eigenhändige Unterschrift auf einem (Papier-) Dokument de lege lata verzichtbar. Erst recht müsse es dann möglich sein, das Schriftformerfordernis des § 3 I 1 BRAGO dadurch zu wahren, dass die Originalvereinbarung eigenhändig unterschrieben und sodann als Fax 22

übermittelt werde.

Im vorliegenden Fall habe es für die Faxübertragung der Honorarvereinbarung sogar den Dringlichkeitsgrund sofortiger anwaltlicher Tätigkeit vor dem Hintergrund des drohenden Zuschlags am 19.09.2003 im Vergabeverfahren gegeben. Die erforderlichen Maßnahmen zur Rechtsschutzwahrung hätten umgehend ergriffen werden müssen, weshalb es nur im Interesse der Beklagten gewesen sei, ihr, der Klägerin, so bald als möglich einen wirksamen Auftrag zu den benannten Konditionen zu erteilen, damit diese für sie habe tätig werden können. Nur dies werde auch dem Umstand gerecht, dass das Vergaberecht von kurzen Fristen geprägt sei. Zum Wohle des Mandanten sei es geboten, die Bearbeitung schnell und zügig zu beginnen. Dies könne nur dadurch gewährleistet werden, dass die Abgabe des Honorarversprechens durch Telefax möglich sei. 23

Selbst wenn keine wirksame Honorarvereinbarung bestünde, sei der Beklagten die Berufung hierauf nach Treu und Glauben verwehrt. Das Landgericht ermögliche es der Beklagten, sich auf der Vertragstreue der Fa. Y auszuruhen. Es belohne ihr grob treuwidriges Verhalten, durch Übersendung der Honorarvereinbarung per Telefax die Anerkennung einer Honorarvereinbarung zu signalisieren, diese jedoch nicht zu begleichen. Die Verweigerung des vereinbarten und zugestandenen anwaltlichen Honorars sei grob treuwidrig. 24

Schließlich sei der in Rechnung gestellte Zeitaufwand durch die entsprechenden Stundennachweise belegt, so dass die Forderung in Höhe von 22.607,91 EUR entstanden sei. 25

Die Klägerin beantragt, 26

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Münster vom 21.02.1005 die Beklagte zu 27 verurteilen, an sie 22.607,91 EUR nebst Zinsen in Höhe von 11,62 Prozentpunkten seit dem 07.01.2004 - hilfsweise seit dem 22.01.2004 - auf 4.107,79 EUR und von 11,62 Prozentpunkten seit dem 08.01.2004 - hilfsweise seit dem 22.02.2004 - auf 10.437,44 EUR sowie von 11,62 Prozentpunkten seit dem 22.02.2004 auf 8.062,68 EUR zu zahlen.

Die Beklagte beantragt, 28

die Berufung zurückzuweisen. 29

Die Beklagte verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Die Honorarvereinbarung sei unwirksam. Das Schriftformerfordernis sei nicht gewahrt. Die Warn- und Beweisfunktion der Schriftform sei auch im Streitfall von erheblicher Bedeutung. Der Gesetzgeber habe irgendwelche Formen der Erleichterung nicht gewollt und sich nunmehr auf die Ausnahmetatbestände der §§ 126 a bzw. 126 b BGB beschränkt. Eine gesetzliche Ausnahme von der strengen Form des § 126 BGB liege nicht vor. Auch der Hinweis der Klägerin auf die Grundsätze von Treu und Glauben überzeuge nicht. Vielmehr verstoße die Klägerin selbst gegen ihre eigene Honorarvereinbarung, wonach - zum Schutz des Mandanten - monatlich hätte abgerechnet werden müssen. Die Klägerin habe sie über die tatsächliche Höhe angefallener Gebühren bewusst nicht unterrichtet. 30

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 31

B. 32

Die zulässige Berufung ist unbegründet. 33

Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Zahlung von 22.607,91 EUR aus §§ 675 I, 611 BGB i.V.m. der Honorarvereinbarung vom 10.09.2003. 34

I. 35

Die Klägerin kann den geltend gemachten Anspruch nicht aus der Honorarvereinbarung vom 17.09.2003 herleiten. Diese ist, da die nach §§ 3 I BRAGO, 126 I BGB erforderliche Schriftform des Honorarversprechens nicht eingehalten ist, gemäß § 125 BGB unwirksam. Auf die weiteren Fragen einer von der Beklagten beanstandeten Sittenwidrigkeit der Vereinbarung oder Unangemessenheit der Vergütung kommt es nicht mehr an. 36

1. 37

Nach - dem hier noch anzuwendenden - § 3 I BRAGO kann der Rechtsanwalt eine höhere als die gesetzliche Vergütung, wie hier, nur fordern, wenn die Erklärung des Auftraggebers schriftlich abgegeben ist. Die fragliche Honorarvereinbarung wurde von der Beklagten hier zwar unterzeichnet und der Klägerin alsdann zugefaxt, das Original wurde aber einbehalten. Das bedeutet, dass die schriftliche Originalerklärung ist nicht, wie von § 130 I BGB vorausgesetzt, der Klägerin zugegangen ist. 38

Eine empfangsbedürftige Erklärung, die - wie hier - dem Schriftformerfordernis unterliegt, wird nur wirksam, wenn die formgerecht errichtete Erklärung dem Erklärungsempfänger zugeht. Das ist bei einem Telefax nach allgemeiner und zutreffender Meinung, der der Senat folgt, nicht der Fall (BGH, IX Zivilsenat, in BGHZ 121, 224 = NJW 1993, 1126, betr. Bürgschaftserklärung; NJW 1997, 3169, betr. Schuldbeitritt; s.a. NJW-RR 1997, 684; BGH, Ur. v. 28.07.2005, Az. III ZR 416, 04, wo die §§ 125, 126 BGB zwar nicht anwendbar waren, die Formunwirksamkeit eines Telefaxes indes erkennbar vorausgesetzt wurde; BFH NJW 1999, 1422; OLG Düsseldorf OLGR 2001, 257, betr. Honorarvereinbarung; OLG Köln OLGR 2005, 17, betr. Anerkenntniserklärung; Palandt-Heinrichs, 64. Aufl. 2005, § 126 Rn. 11; Staudinger-Hertel, Stand 2004, § 126 Rn. 162 f.; Münchener Kommentar-Einsele, 4. Aufl. 2001, § 126 Rn. 21; Bamberger/Roth, Jan. 2005, § 126 Rn. 6; Anwaltskommentar-Noack, 2005, § 126 Rn. 40). Der Fauxdruck trägt lediglich eine Kopie der Unterschrift. An dieser Rechtslage hat sich auch durch die Einführung der §§ 126 III, 126 a und 126 b BGB (dazu i.E. Riehm, Jura 2001, 793; Heinemann, ZNotP 2002, 414) nichts geändert (so auch die aktuelle, oben zitierte Kommentarliteratur, die nicht etwa auf eine Änderung verweist), auch soweit hier Wertungswidersprüche auftreten mögen, weil die abgebildete Unterschrift auf einem Telefax möglicherweise "sicherer" sein mag als eine Signatur bei der "elektronischen Form" nach dem Signaturgesetz. Es wird mit der elektronischen Form in Bezug auf die Schriftform lediglich eine Alternative zur Verfügung gestellt, wie sich aus der Gesetzesbegründung hierzu ergibt (BT-Drucks. 14/4987, S. 12): "Die neu eingeführte elektronische Form ändert nichts an der Konstellation, dass allein die Schriftform gesetzlich angeordnet ist; der Gesetzgeber bietet zur Wahrung dieses Formgebots alternativ die Verwendung der elektronischen Form statt der Schriftform an, wenn das die Beteiligten wollen." Insofern mögen die Parteien in einem solchen Fall einen anderen Sicherheitsstandard festlegen. Der Schutz der Schriftform gemäß §§ 125, 126 BGB wird hiervon jedoch nicht unberührt. Außerdem kann aus § 127 II BGB, wonach zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form grundsätzlich die telekommunikative Übermittlung (auch Fax, Palandt-Heinrichs, a.a.O., S. 127 Rn. 2 m.w.N.) ausreicht, rückgefolgt werden (arg. e. contrario), dass ein Telefax bei der gesetzlichen Schriftform nicht genügt. 39

2. 40

41

Gleiches gilt konkret bezogen auf das Formerfordernis des § 3 I BRAGO (heute § 4 RVG; s. etwa auch OLG Düsseldorf OLGR 2002, 257; AG Bonn AGS 1993, 76 = zfs 1993, 387; Mayer/Kroiß-Teubel, RVG, 2004, § 4 Rn. 11). Ein Sonderrecht in diesem Zusammenhang in Bezug auf eine anwaltliche Honorarvereinbarung ist, zumal der Anwalt wegen seiner diesbezüglichen Rechtskenntnisse nicht schutzwürdiger ist als ein sonstiger Erklärungsempfänger, nicht gerechtfertigt. Gerade dieser ist im eigenen Interesse am ehesten in der Lage, dafür zu sorgen, dass der Schriftform des § 126 BGB im herkömmlichen Sinne Rechnung getragen wird.

Nicht überzeugen können derzeit insofern die sich in der einschlägigen Literatur mehrenden Stimmen, die unter Hinweis auf Sinn und Zweck der Regelung des § 3 I BRAGO (bzw. § 4 RVG) zur Zulässigkeit auch der Honorarvereinbarung per Telefax gelangen wollen. Hier wird argumentiert, der Warnfunktion vor einer übereilten Erklärung des Mandanten sei durch das Unterschriftserfordernis unabhängig davon Genüge getan, ob das Original beim Mandanten verbleibe oder nicht. Die Beweisfunktion werde erfüllt, zumal auch der Telefaxausdruck beim Empfänger ein geeignetes Beweismittel darstellen könne (Gerold/Schmidt-Madert, BRAGO, 15. Aufl. 2002; § 3 Rn. 3; u. RVG, 16. Aufl. 2004, § 4 Rn. 39 ff.; Hartung/Römermann, RVG, 2004, § 4 Rn. 87; Römermann, MDR 2003, 421; ohne nähere Begründung: N. Schneider, BRAGO, 2002, § 3 Rn. 54, und RVG, 2. Aufl. 2004, § 4 Rn. 58; unklar Brieske, Honorarvereinbarung, 1997, S. 70 "...kann man erwägen, dass die Fax-Form doch ausreicht"; Riedel/Süßbauer, BRAGO, 8. Aufl. 2000, § 3 Rn. 17).

Auch soweit danach erwägenswerte Argumente für eine Zulassung des Telefaxes im Zusammenhang mit einer anwaltlichen Honorarvereinbarung bestehen und das Festhalten an der Originalunterschrift angesichts des technischen Fortschritts und der allgemeinen Verbreitung des Telefaxes rechtspolitisch umstritten sein mag, liegt der oben skizzierten Formvorschrift eine gesetzgeberische Entscheidung zugrunde, die von der Rechtspraxis nicht missachtet werden darf. Die Regelung des § 126 BGB gilt nicht nur für die Vorschriften des BGB, sondern für alle gesetzlichen Bestimmungen des Privatrechts, in denen Schriftform verlangt wird (BGH NJW 1997, 3169; Staudinger-Hertel, a.a.O., § 126 Rn. 163), also auch für §§ 3 BRAGO, 4 RVG (Gerold/Schmidt-Madert, RVG, 16. Aufl. 2004, § 4 Rn. 41). Insofern kann, was die grundsätzliche Bestimmung des § 126 BGB angeht, nicht für das Gebührenrecht die eine und für andere Rechtsangelegenheiten - ohne dass auch nicht klar ist, welche Abgrenzungskriterien gelten sollen - eine andere Beurteilung gelten. Diese Gesetzesentscheidung, die auch mit dem Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts nicht geändert worden ist, ist de lege lata weiter maßgeblich. Ein Sonderweg allein für Gebührenvereinbarungen der Anwälte ist zudem deshalb nicht gerechtfertigt, weil auch das neue RVG hier - trotz der bekannten Meinungsverschiedenheiten - insoweit keine Änderung vorgenommen hat.

3. 44

Eine Analogie zu § 126 a BGB n.F. ist, da in diesem Zusammenhang keine planwidrige Regelungslücke vorliegt (dazu allg. Palandt-Heinrichs, a.a.O., Einl. Rn. 48 m.w.N.), nicht möglich. Denn auch bei dieser Neuregelung, mit der das deutsche Privatrecht den Entwicklungen des modernen Rechtsverkehrs angepasst werden sollte, hat es insoweit, obwohl die Telefaxproblematik Gegenstand der Überlegungen zum Gesetzesvorhaben war, keine Änderung gegeben. Hierzu heißt es in der Gesetzesbegründung, dass derzeit schriftformabhängige Willenserklärungen elektronisch zwar erstellt, aber nicht wirksam abgegeben werden könnten, also auch nicht, wenn die Unterschrift etwa durch ein Telefax vervielfältigt werde (BT-Drucks. 14/4987 S. 12, 19). Gleichwohl hat der Gesetzgeber eine 45

Änderung nicht vorgenommen. Eine Regelungslücke ist nicht begründet. Und soweit (unterstellt) eine Regelungslücke vorliegen sollte, wäre diese nicht planwidrig. Das ist nicht anders, weil dem Gesetzgeber mitunter vorgehalten wird (vgl. Teubel a.a.O.), dass dieser es versäumt habe, diese alte Streitfrage im Sinne einer modernen Kommunikation zwischen Mandant und Anwalt zu klären. Aus entsprechenden Gründen ist auch aus dem Gesichtspunkt, dass die schriftliche Form nunmehr "sogar" durch eine papierlose Signatur ersetzt werden kann, kein Umkehrschluss (vgl. dazu Palandt-Heinrichs, a.a.O., Einl. Rn. 50) dahin zulässig, dass de lege lata eine eigenhändige Unterschrift auf einem (Papier-) Dokument verzichtbar ist.

Der Anwalt kann sich im Übrigen unschwer auf diese Notwendigkeit einstellen, zumal in den einschlägigen Kommentaren zur BRAGO und zum RVG nachdrücklich darauf hingewiesen wird, dass der Anwalt - im Sinne des für ihn sichersten Weges in eigener Sache - in herkömmlicher Weise auf die eigenhändige Unterschrift achten sollte (vgl. Gerold/Schmidt-Madert, a.a.O., RVG, § 4 Rn. 47).

4.

Ebenso wenig ist die Rechtsprechung, die das Telefax und andere fernmeldetechnische Übertragungsmittel verfahrensrechtlich insbesondere zur Einhaltung von Rechtsmittel- und Rechtsmittelbegründungsfristen zugelassen hat (insbes. nach dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 05.04.2000, NJW 2000, 2340; s.a. Henneke, NJW 1998, 2194), auf materiell-rechtliche Schriftformerfordernisse übertragbar (so auch Staudinger-Hertel, a.a.O., § 126 Rn. 162). Ebenso wie die Übereilungs- und Warnfunktion für eine Bürgschaftserklärung eine Übermittlung der Bürgschaft per Fax o.ä. verbietet (BGHZ 121, 224 = NJW 1993, 1126), schützt auch die eigenhändige Unterschrift im Rahmen der Gebührenvereinbarung vor etwaiger Übereilung und Unüberlegtheit. An dieser "Gefahrenlage" hat sich seit der genannten Bürgschaftsentscheidung des BGH nichts geändert. Auch bei der Bürgschaft ist es im Hinblick auf den bloßen technischen Ablauf kein großer Unterschied, ob das Papier ins Faxgerät gelegt und übertragen wird oder ob die Originalerklärung überreicht oder per Post übermittelt wird. Gleichwohl hat die höchstrichterliche Rechtsprechung überzeugend an dem Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift festgehalten. Würde man die Übermittlung des Telefaxes zur Wahrung der Schriftform genügen lassen, wäre die vom Gesetzgeber gewollte Warnfunktion der formbedürftigen Erklärung vermindert. Gerade das Übergeben bzw. Versenden des unterschriebenen Originals verdeutlicht dem Mandanten, wie die erstinstanzliche RichterIn sorgfältig und umfassend ausgeführt hat, nochmals die Tragweite einer solchen Honorarabrede, die eine die BRAGO-Gebührensätze übersteigende Vergütung regelt.

5.

Auch die weiteren Argumente der Berufung rechtfertigen im Ergebnis keine andere Beurteilung:

Zunächst bestehen, wie ausgeführt, Zweifel, ob auch die Übermittlung einer Telefaxkopie einer im Original unterzeichneten Urkunde den Sinn und Zweck der gesetzlichen Schriftform nach § 126 BGB erfüllt und ob die Beweis- und Warnfunktion gegen Übereilung gewahrt ist. Denn gerade die Übermittlung des Originals, die zumeist auch mehr Zeit in Anspruch nimmt und die Bedeutung der Erklärung deutlicher vor Augen führt, schützt den Erklärenden vor übereilten Entscheidungen.

Dass es sich bei der Beklagten um eine einzelkaufmännische Firma handelte, ist in diesem Zusammenhang ohne Belang. Eine Unterscheidung nach kaufmännischem und nichtkaufmännischem Bereich sieht das Gesetz - anders als etwa im Falle der Bürgschafts-, Schuldversprechens- oder Anerkenntniserklärung - nicht vor. § 350 HGB findet, worüber Einigkeit besteht, keine Anwendung (N. Schneider, a.a.O., RVG, § 4 Rn. 58). Auf eine "erhöhte" Warnfunktion zugunsten nichtkaufmännischer Personen oder etwaiger Verbraucher kommt es nicht an.

Die Erwägung, die Übermittlung einer im Original unterschriebenen Honorarvereinbarung durch Telefax zur Wahrung des Schriftformerfordernisses entspreche der fortgeschrittenen technischen Entwicklung, mag der Sache nach rechtspolitisch diskutabel sein. Dies ist indes von der geltenden Gesetzes- und Rechtslage nicht getragen. Im Übrigen stellt es keine unnötige und ungerechtfertigte Förmerei dar, wenn die Schutzfunktion der Schriftform aufrechterhalten und auf entsprechend hohem Level gehalten wird. Denn infolge Abschlusses einer Honorarvereinbarung muss der Mandant, der sich dies gehörig zu überlegen hat und insoweit nicht eine übereilte Entscheidung treffen soll, gegebenenfalls (wie auch im Streitfall) ein Vielfaches der gesetzlichen Vergütung zahlen, ohne sich hierüber in der nötigen Weise bewusst zu sein. Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die gesetzlichen Gebühren nicht immer den mit der anwaltlichen Tätigkeit verbundenen Aufwand angemessen abdecken (BGH NJW 2002, 2774, 2775 = BGHZ 144, 343; NJW 2005, 2142, bzgl. der Angemessenheit einer vereinbarten Vergütung bei Strafverteidigung), ist dem Mandanten der nötige Spielraum für eine entsprechende Prüfung zu überlassen, was weiterhin beinhalten muss, ihn mit Hilfe der Schriftform vor einer Übereilung zu schützen. 53

Soweit der Gesetzgeber in diversen, von der Berufung aufgeführten gesetzlichen Vorschriften ausdrücklich auf das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift verzichtet und, worauf bereits eingegangen wurde, zum 01.08.2001 die Vorschriften der §§ 126 III, 126 a und 126 b BGB in Kraft gesetzt hat, ist festzustellen, dass er diese Erleichterungen, die teilweise den Massenverkehr betreffen oder im Einzelfall einen geringeren Schutz voraussetzen, im Rahmen der §§ 3 BRAGO, 4 RVG gerade nicht vorgesehen hat. 54

Der "Dringlichkeitsgrund sofortiger anwaltlicher Tätigkeit" vor dem Hintergrund eines drohenden Zuschlags und der Prägung des Vergaberechts mit kurzen Fristen überzeugt als konträres Argument ebenfalls nicht. Abgesehen davon, dass die streitgegenständliche Ausschreibung als solche bereits seit Oktober 2002 lief, ist gerade in einer solchen Druck- oder Dringlichkeitssituation, wie etwa auch im Falle eines Strafmandats im Falle einer angeordneten Untersuchungshaft, ein besonderer Schutz notwendig, da die Gefahr eilfertigen und unüberlegten Handels hier bekanntermaßen erhöht ist. 55

Schließlich kann die Interessenwahrung für den Mandanten nicht nur dadurch gewährleistet werden, dass die Abgabe des Honorarversprechens durch ein Telefax möglich ist, sondern auch dadurch, dass für den Erhalt der Originalerklärung Sorge getragen wird. Von einem Rechtsanwalt ist zu erwarten, dass er die Formvorschrift des § 3 I 1 BRAGO kennt und gegebenenfalls auf ihrer Einhaltung besteht (BGH NJW 1991, 3095). Schließlich ist die Faxübersendung hier - nach der Unterschrift vom 10.09.2003 - erst am 17.09.2003 erfolgt. In der gleichen Zeit hätte unschwer eine körperliche Übertragung bewirkt werden können. Eine durch Eilbedürftigkeit nötige Anerkennung des Faxes als Schriftform liegt, worauf auch das Landgericht hingewiesen hat, nicht vor. 56

II. 57

Der Beklagten ist die Berufung auf die Nichteinhaltung der nötigen Schriftform nicht nach § 242 BGB verwehrt.

Das kann ausnahmsweise der Fall sein, wenn es nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen mit Treu und Glauben unvereinbar wäre, das Rechtsgeschäft am Formmangel scheitern zu lassen. Das Ergebnis muss dabei für die betroffene Partei nicht bloß hart, sondern schlechthin untragbar sein (BGHZ 29, 6, 10; 48, 96, 398; 138, 339, 348; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 125 Rn. 16 f., 27 zum Anwendungsbereich auch für andere Formvorschriften außerhalb des § 311 b BGB = früher § 313 BGB). Das ist zu verneinen.

59

1.

60

Ein solcher Fall kann zwar vorliegen bei Arglist. Hat eine Partei die andere Partei von der Wahrung der Form abgehalten, um sich später auf den Formmangel berufen zu können, ist der Vertrag als gültig anzusehen (BGH NJW 1969, 1167; 1991, 3095; Palandt-Heinrichs, a.a.O., Rn. 22 m.w.N.). Dazu behauptet die Klägerin, dass die Beklagte über den Rückbehalt des Originals der Beratungs- und Honorarvereinbarung von Anfang an versucht habe, sich ihrer Zahlungsverpflichtung über die Einrede der Formnichtigkeit zu entziehen. Dass die Beklagte aber damals, etwa aus früheren Anwaltsverhältnissen, wusste oder auch nur erahnte, dass sie nur bei schriftlicher Honorarvereinbarung zur Zahlung verpflichtet ist, ist weder ersichtlich noch feststellbar. Vielmehr ist mangels anderer Anhaltspunkte anzunehmen, dass sich die Beklagte über die Möglichkeit der Formunwirksamkeit ebenfalls nicht im Klaren war. Dafür spricht, dass der Einwand, die Honorarvereinbarung sei formunwirksam, erst nach geraumer Zeit im Laufe des Prozesses mit Schriftsatz vom 26.10.2004 vorgebracht worden ist. Zuvor wurde dieser Gesichtspunkt nicht thematisiert. Wenn die Beklagte von vornherein arglistig gewesen wäre, wäre dieser Einwand lebensnah sehr viel früher, und nicht erst nach dem Güte- und Verhandlungstermin vom 25.10.2004 vorgebracht worden.

61

2.

62

Ebenso wenig tritt der Formmangel aus dem Grunde zurück, dass es sich für die Klägerin als untragbar darstellt, dass die Beklagte sich unter Berufung auf den Formmangel ihrer Zahlungspflicht entziehen will, obwohl die Parteien den Vertrag längere Zeit als gültig behandelt haben und die Beklagte Teil daraus bereits erhebliche Vorteile gezogen hat (vgl. BGH NJW 1993, 1126; 1996, 2503; 1997, 3169; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 242 Rn. 27). Für letzteres mag zwar sprechen, dass die Klägerin ihre Leistungen bereits erbracht und die Beklagte diese in Anspruch genommen hat, der Vertrag mithin durchgeführt worden ist. Die Klägerin hat die Beklagte in dem Vergabe- und Beschwerdeverfahren anwaltlich vertreten und die geschuldeten Leistungen erbracht. Jedoch fehlt ein schutzwürdiges Vertrauen der Klägerin im Hinblick auf die Formunwirksamkeit insofern, als vom Anwalt, wie ausgeführt, die Beachtung der Formvorschrift erwartet werden konnte. Dieser hat seinen Auftraggeber über die gesetzlichen Vorschriften zu belehren (BGH NJW 1991, 3095, 3098). Dafür, dass die Beklagte einem seinerzeitigen, entsprechend konkretisierten Verlangen nach Überbringung oder Übersendung der Originalurkunde nicht nachgekommen wäre, ist nichts ersichtlich. Zudem findet § 242 BGB zum Schutze des Vertragsgegners regelmäßig dann keine Anwendung, wenn - wie hier - eine Vereinbarung über eine Erhöhung der gesetzlichen Vergütung nicht der vorgeschriebenen Form entspricht, weil das Festhalten an der Regelvergütung nicht, wie erforderlich, schlechthin untragbar ist (zutr. KG NJW-RR 1994, 1298 betr. Statikerpauschalhonorar; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 125 Rn. 27 m.w.N.). Die Klägerin ist nicht etwa rechtlos gestellt, sondern kann zumindest die gesetzlichen Gebühren beanspruchen. Hinzu kommt im Streitfall, dass die Honorare nach der maßgeblichen

63

Vereinbarung jedenfalls "nach Möglichkeit" monatlich abzurechnen waren. Stattdessen wurde ohne Erläuterung und Aufschlüsselung mit Rechnung vom 07.10.2003 eine Abschlagszahlung von (insgesamt für die Bietergemeinschaft) 9.048,- EUR gewählt und in Rechnung gestellt, ohne dass ansatzweise erkennbar war, dass hiermit nicht annähernd die zu erwartenden Gebühren gedeckt sein würden. Nicht maßgeblich für das Rechtsverhältnis mit der Beklagten ist in diesem Zusammenhang schließlich der Umstand, dass die Fa. Y für die gleiche Leistung bereits Mehrzahlungen erbracht hat, zumal die Klägerin hierdurch nicht belastet wird. Insgesamt ist die gesetzlich angeordnete Formunwirksamkeit mithin nicht schlechterdings untragbar.

III.

64

Auch eine Bestätigung der formunwirksamen Erklärung nach § 141 BGB, mit der Folge, dass die Parteien so zu stellen wären, wie sie gestanden hätten, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre, liegt, worauf im Senatstermin hingewiesen worden ist und was ebenfalls ausführlich erörtert worden ist, nicht vor. Insbesondere kann in dem Schreiben der Beklagten vom 03.02.2004, mit dem um Übersendung der Stundenzettel gebeten wurde, um die ausgestellten Rechnungen überprüfen und dann eine Entscheidung treffen zu können, keine derartige, der Schriftform genügende Bestätigung gesehen werden. Voraussetzung dafür - neben der zu wahrenen Form - wäre insbesondere grundsätzlich ein Bestätigungswille, der wiederum regelmäßig voraussetzt, dass die Parteien die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts kennen oder zumindest Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Vertrages haben (BGHZ 11, 60; 129, 377; NJW-RR 2003, 769; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 141 Rn. 6). So kann, wenn der Auftraggeber in Kenntnis des Umstandes, dass die auf einer formunwirksamen Vereinbarung beruhende Anwaltskostenrechnung die gesetzlichen Gebühren übersteigt, (schriftlich) erklärt, zahlen zu wollen, hierin eine Bestätigung des nichtigen Rechtsgeschäfts liegen (OLG Celle NJW-RR 2004, 492; freilich ohne hinreichende weitere Berücksichtigung des Umstandes, dass der Gegner die Erklärung ebenso verstanden haben und von der möglichen Nichtigkeit ausgegangen sein muss). Denkbar ist weiter, dass eine Bestätigung trotz fehlenden Bewusstseins der Unwirksamkeit des früheren Geschäfts vorliegt, wenn der Erklärende sorgfaltswidrig erkennt, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Bestätigung aufzufassen ist, und wenn der Empfänger sie tatsächlich so auffasst (vgl. für Willenserklärungen trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins: BGHZ 109, 171 = NJW 1990, 454, 456; Palandt-Heinrichs, a.a.O., § 133 Rn. 11; dahingestellt für die Bestätigung bei BGH NJW-RR 2003, 770). Hier kann indes - auch nach diesbezüglicher Anhörung der Parteien - weder festgestellt werden, dass der Beklagten in diesem Stadium eine mögliche Unwirksamkeit der Honorarvereinbarung bewusst war, noch, dass die Klägerin, vertreten durch die Rechtsanwälte Dr. A und B, das Schreiben in diesem Sinne als Bestätigung eines erkanntermaßen formunwirksamen Vertrages oder mit entsprechenden Zweifeln an der Gültigkeit aufgefasst hat. Auch inhaltlich geht aus dem Schreiben vom 03.02.2004 nicht hervor, trotz für möglich gehaltener Nichtigkeit der Honorarvereinbarung zahlen zu wollen. Vielmehr wird lediglich eine Überprüfung in den Raum gestellt. Ein hierin gesetztes Vertrauen ist nicht begründet worden.

Die von der Beklagten geleistete Zahlung von 3.900,- EUR kann im Übrigen, auch weil es an der vorgeschriebenen Form mangelt, ebenfalls nicht als eine solche Bestätigung angesehen werden.

IV.

67

Weitergehende gesetzliche Gebühren können nicht mehr verlangt werden. Die Berufung ist daher zurückzuweisen.

68

V.	69
Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 97 I, 708 Nr. 10, 713 ZPO.	70
Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, § 543 Abs. 1 ZPO. Das Urteil stellt eine Einzelfallentscheidung dar, die der Senat insbesondere auf der Grundlage anerkannter Auffassungen in der Rechtsprechung getroffen hat. Die Rechtssache besitzt so weder grundsätzliche Bedeutung, noch ist eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der insbesondere die Frage der Schriftformwahrung durch Telefax bereits entschieden hat, zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.	71