
Datum: 26.05.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-24 U 100/07
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:0526:I24U100.07.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 12 O 65/04

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 12.07.2007 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Münster abgeändert:

Der Klageanspruch ist dem Grunde nach gerechtfertigt.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Gründe:

1

I.

2

Der Kläger begehrt restliches Honorar für Statikerleistungen am Bauvorhaben des Beklagten "Y, Block A, B, C und Tiefgarage" in N.

3

Nach Übersendung mehrerer schriftlicher Angebote im Dezember 1999 übermittelte er dem Beklagten einen von ihm bereits unterzeichneten Ingenieurvertrag vom 12.01.2000, der für die Fertigstellung der Statik und der Schal- und Bewehrungspläne ein nach einem bestimmten Zahlungsplan in Abschlägen zu leistendes Honorar in Höhe von 150.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer vorsah. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf den Ingenieurvertrag Bl.21/ 22 d.A..

4

Der Beklagte unterzeichnete den Vertragstext und setzte unter die Unterschrift den Zusatz "1 % Skonto bei Zahlung innerhalb 8 Tagen". Mit Schreiben vom 20.01.2000 erklärte der Kläger,

5

er sei mit einem Skontoabzug nicht einverstanden und werde Rechnungskürzungen nicht hinnehmen.

- In der Folgezeit erbrachte der Kläger die erforderlichen Statikerleistungen und rechnete für die erbrachten Leistungen nach dem von ihm in dem Ingenieurvertrag vom 12.01.2000 vorgesehenen Zahlungsplan mit als "Rechnung" bezeichnetem Schreiben vom 28.03., 12.04. und 04.05.2000 jeweils 15.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, mit Schreiben vom 13.05.2000 30.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer, mit Schreiben vom 18.07., 11.09., 24.10., 13.12.2000 und schließlich vom 23.01.2001 wiederum jeweils 15.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer ab. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf die Rechnungen des Klägers, Anlagen B 36, Bl.986 ff. d.A.. Der Beklagte beglich die Rechnungen jeweils innerhalb weniger Tage unter Abzug von 1 % Skonto, ohne dass der Kläger in den auf die einzelnen Zahlungen folgenden Rechnungen Nachforderungen wegen des Skontoabzugs erhob. Auch auf die letzte Rechnung vom 23.01.2001 leistete der Beklagte am 29.01.2001 eine entsprechende, um 1 % verminderte Zahlung. 6
- Mit Schreiben vom 30.06.2000 kündigte der Kläger aufgrund von Änderungen in Block B und C des Bauvorhabens Mehraufwendungen in Höhe von 13.000,00 DM zuzüglich Mehrwertsteuer an, die der Beklagte mit Vermerk vom 03.07.2000 akzeptierte. Wegen der Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf das Schreiben vom 30.06.2000, Anlage B 37, Bl.995 d.A.. Der Kläger berechnete die Mehrvergütung mit Rechnung vom 11.09.2000, der Beklagte beglich die Rechnung erneut unter Abzug von 1 % Skonto. Insgesamt leistete der Beklagte an den Kläger Zahlungen in Höhe von 187.180,00 DM. 7
- Wann der Kläger seine Leistungen hinsichtlich der Statik und der Schal- und Bewehrungspläne für die Blöcke A, B und C sowie der Tiefgarage beendete, ist zwischen den Parteien umstritten. 8
- Mit Schreiben vom 06.06.2002 bat er den Beklagten unter Bezugnahme auf eine angeblich bei dem ersten Treffen im Rahmen der Vertragsverhandlungen abgegebene Zusage, ihn bei guter Leistung mit einem Sonderhonorar von 5.000,00 DM über die normalen Honoraransprüche hinaus zu belohnen, um Überweisung von 5.000,00 DM. Hierauf reagierte der Beklagte nicht. 9
- Nachdem sich Risse gezeigt hatten, fand Im November 2003 ein gemeinsamer Termin der Parteien an dem Bauvorhaben statt. Mit Schreiben vom 19.11.2003 bat der Kläger den Beklagten um Übersendung der Kostenermittlungen nach DIN 276 und erklärte, in Kürze die Schlussrechnung für das Bauvorhaben fertigen zu wollen. Unter dem 05.01.2004 legte der Kläger zunächst Schlussrechnung über weitere 106.407,04 €, gegen die der Beklagte mit Schreiben seiner erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten vom 26.01.2004 die Einrede der Verjährung, hilfsweise der Verwirkung, erhob und die mangelnde Prüfbarkeit rügte. Daraufhin legte der Kläger unter dem 04.02.2004 erneut Schlussrechnung über eine Resthonorarforderung in Höhe von 178.005,60 €. 10
- Diese Forderung hat der Kläger zunächst mit der Klage geltend gemacht. Im Verlauf des Rechtsstreits hat er die Klageforderung wegen eines ihm angeblich für Änderungsleistungen zustehenden zusätzlichen Honoraranspruchs erhöht. 11
- Er hat die Ansicht vertreten, mangels wirksamer Honorarvereinbarung zur Abrechnung der Vergütung nach der HOAI berechtigt und verpflichtet zu sein. Die bis zur ersten Schlussrechnung vom 05.01.2004 gelegten Rechnungen stellten lediglich Abschlagsrechnungen dar. Im Zeitpunkt der letzten Abschlagsrechnung am 23.01.2001 sei 12

seine Tätigkeit auch noch nicht beendet gewesen, da er noch umfangreiche Änderungsleistungen erbracht habe. So sei in Bauteil C im Januar 2001 ein 4. Nachtrag wegen Kontrolle der Ausführungsdetails, in Bauteil B im Februar 2001 ein 4. Nachtrag wegen der Änderung der Außenstützen und im April 2001 ein 5. Nachtrag wegen Änderungen des 4. OG sowie in Bauteil A im Januar 2001 ein 8. Nachtrag wegen Änderungen des 4. OG, im Juni 2001 ein 9. Nachtrag wegen weiterer Änderungen im 4. OG und im August 2001 ein 10. Nachtrag wegen des Nachweises der Durchbrüche der Decken erfolgt. Deshalb seien nicht nur die statischen Berechnungen neu anzufertigen gewesen, sondern die Änderungen hätten auch zeichnerisch umgesetzt werden müssen. So sei im Bauteil A im Januar 2001 das gesamte 4. Obergeschoss geändert worden, was sich aus dem Bericht des Prüfstaters Nr.13 vom 25.01.2001 ergebe. Im Juni 2001 habe der Beklagte erneut Wohnungszuschnitte im 4. OG geändert, um eine andere Vermietungssituation zu schaffen. Im August 2001 seien die Wohnungen wiederum umstrukturiert worden, weshalb Durchbrüche in tragenden Bauwerksteilen geschaffen worden seien. In Bauteil B seien im Februar 2001 auf Wunsch des Beklagten Außenstützen geändert worden, um mehr Platz zu haben, wobei er den Nachtrag am 22.02.2001 übersandt habe. Im April 2001 seien die Wohnungszuschnitte im 4. OG erneut geändert worden, um eine bessere Vermietungssituation zu schaffen.

Der Kläger hat beantragt, 13
den Beklagten zu verurteilen, an ihn 291.547,69 € zuzüglich 8 % Zinsen über dem 14
Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte hat beantragt, 15
die Klage abzuweisen. 16

Er hat die Ansicht vertreten, die Honorarforderung des Klägers sei durch die geleisteten 17
Zahlungen erloschen. Der Kläger sei an die von ihm am 12.01.2000 unterzeichnete
Honorarvereinbarung, auf deren Grundlage er auch abgerechnet habe, gebunden. Im
Übrigen sei die Tätigkeit des Klägers bei Stellung der letzten Rechnung vom 23.01.2001, die
nach dem Zahlungsplan der Honorarvereinbarung vom 12.01.2000 ohne Weiteres als
Schlussrechnung anzusehen sei, beendet gewesen, so dass zumindest in der
Rechnungsstellung und der umgehenden Zahlung der Abschluss eines stillschweigenden
Erlassvertrags liege. Die behaupteten Nachträge beruhten nicht auf nachträglich erfolgten
Änderungen sondern stellten bloße Optimierungen der ohnehin geschuldeten Leistungen des
Klägers dar.

Des Weiteren hat er sich auf den Eintritt der Verjährung bzw. auf die Verwirkung der 18
behaupteten Ansprüche berufen.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung schriftlicher Gutachten des 19
Sachverständigen Dipl.-Ing. S.

Mit dem angefochtenen Urteil hat es die Klage abgewiesen und zur Begründung ausgeführt, 20
die Honorarforderung des Klägers sei durch Erfüllung erloschen. Die Parteien hätten zwar
keine wirksame Honorarvereinbarung getroffen. Da der Kläger jedoch seine Leistungen
gemäß dem Zahlungsplan der Honorarvereinbarung abgerechnet habe, habe er mit der
Stellung der letzten Rechnung vom 23.01.2001 zum Ausdruck gebracht, dass er nur das
unwirksam vereinbarte Honorar verlange und auf seine weitergehenden Forderungen auf der
Grundlage einer Mindestsatzabrechnung verzichten wolle. Dies stelle sich als
stillschweigendes Angebot auf den Abschluss eines Erlassvertrags dar, welches der Beklagte

durch die vereinbarungsgemäße Bezahlung der Rechnungen angenommen habe. Ein Erlassvertrag sei wirksam zustande gekommen, weil im Zeitpunkt der Stellung der letzten Rechnung die Leistungen des Klägers beendet und deshalb der Auftrag erledigt gewesen sei, so dass die Vorschriften der HOAI keine Geltung mehr beanspruchten. Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand erster Instanz sowie der Begründung der Entscheidung nimmt der Senat Bezug auf das angefochtene Urteil, Bl.1062 ff. d.A..

Der Kläger verfolgt mit der Berufung den erstinstanzlichen Antrag vollumfänglich weiter. 21

Er ist der Ansicht, das Landgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass durch den Verlauf der Abrechnung stillschweigend ein Erlassvertrag getroffen worden sei. Im Verlaufe einer Abrechnung, bestehend aus verschiedenen Abschlagsrechnungen und –zahlungen, könne kein stillschweigendes Angebot erblickt werden, dass eine jeweilige Zahlung "endgültig" sei. Dies sei bereits aus dem Grunde unzutreffend, dass in Abschlagsrechnungen niemals eine Erklärung endgültiger Zahlung liegen könne, diese vielmehr vorläufigen Charakters seien und nicht sämtliche beauftragten und ausgeführten Leistungen enthielten. Soweit das Landgericht die stillschweigende Annahme des Erlassvertrags in der Zahlung am 29.01.2001 erblickt habe, fehle es an der für den Erlassvertrag zwingenden Voraussetzung der Beendigung der Ingenieur Tätigkeit. Zu diesem Zeitpunkt seien diese vertragsgemäßen Leistungen noch nicht vollständig erbracht gewesen, zum Teil seien die Änderungswünsche des Beklagten noch gar nicht gestellt gewesen. So seien beim Bauteil B im Februar 2001 und April 2001, im Bauteil A im März, April und Juni 2001 noch umfangreiche Nachträge beauftragt worden. Die Änderung A 8 sei am 04.12.2000 seitens des Beklagten verlangt worden; die geänderte Planung sei ihm erst am 20.02.2001 übergeben worden. Am 26.03.2001 habe er nach Architektenplan vom 27.02.2001 die Statik geändert. Sämtliche Änderungen seien auch entgegen der – nicht begründeten - Ansicht des Landgerichts nicht als geringfügig zu bezeichnen. Ebenso wenig habe es sich lediglich um Optimierungen der ohnehin geschuldeten Leistung gehandelt. 22

Zudem sei auch nicht festzustellen, dass der Beklagte ein eventuelles Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrags überhaupt angenommen habe. In der Stellung der Rechnung vom 23.01.2001 könne bereits aus dem Grunde kein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags zu sehen sein, weil der Beklagte gewusst habe, dass er alle vorhergehenden Rechnungen nicht vollständig bezahlt sondern vertragswidrig 1 % Skonto gezogen habe. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei die Skontoberechtigung auch nicht nachträglich zum Vertragsinhalt geworden, weil er dem seitens des Beklagten bei jeder Abschlagsrechnung vorgenommenen Skontoabzug nicht entgegen getreten sei. Dies ergebe sich zum Einen aus dem Charakter der Abschlagsrechnungen, die es ihm gerade nicht verwehrten, die zutreffende Berechnung in die Schlussrechnung aufzunehmen. Zudem ergebe sich auch aus dem Zusatz "Zahlbar netto Rechnungsbetrag innerhalb von 7 Tagen nach Rechnungsdatum", dass er bei jeder Abschlagsrechnung ausdrücklich bei seinem Standpunkt geblieben sei, dass eine Skontoberechtigung ausgeschlossen sei. 23

Die Bezahlung der letzten Rechnung, die wiederum unter Skontoziehung erfolgt sei, stelle sich jedenfalls – so man die Rechnungsstellung überhaupt als Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags ansehe – nur als neuer Antrag i.S.d. § 150 Abs.2 BGB auf Abschluss eines Erlassvertrags mit Skontoabzugsberechtigung dar. Diesen Antrag habe er nicht angenommen sondern vielmehr die erforderlichen Kostenermittlungen verlangt und am 05.01.2004 Schlussrechnung gestellt. 24

Zu berücksichtigen sei, dass der erste Nachtrag mit 13.000 DM abgegolten sei und noch nach dem 11.09.2000 zwei weitere Nachträge erfolgt seien. Wenn also der Beklagte eine 25

Zusatzvergütung für die ersten Nachträge bei Bauteil B, C und D geleistet habe und auch nach der Rechnung vom 23.01.2001 weitere Nachträge erfolgt seien, so könne in der Rechnung vom 23.01.2001 keine Schlussrechnung gesehen werden, so dass auch zugunsten des Beklagten kein Vertrauenstatbestand greife. Insoweit habe der Beklagte selbst nicht davon ausgehen können, dass die Rechnung vom 23.01.2001 abschließend gewesen sei, womit ein Erlassvertrag ausscheide.

Der Kläger beantragt,

26

den Beklagten unter Abänderung des angefochtenen Urteils zu verurteilen, an ihn 291.547,69 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszins seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

28

die Berufung zurückzuweisen.

29

Er wiederholt und vertieft seine Ansicht, mit dem Kläger einen stillschweigenden Erlassvertrag geschlossen zu haben.

30

Entgegen der Darstellung des Klägers sei nicht absehbar gewesen, dass evtl. noch weitere Nachträge gewünscht würden. Denn die Bauwerke seien in Bauteil A im Herbst 2001, in Bauteil B im Dezember 2001 und im Bauteil C im März 2002 bezogen worden. Bei diesem Bautenstand seien weitere Tätigkeiten des Statikers weder zu erwarten noch technisch möglich gewesen.

31

Er habe die Vergütung vollständig und vorbehaltlos geleistet, was als konkludente Abnahme anzusehen sei. Soweit der Kläger die Zahlungen auch widerspruchsfrei als vollständig angenommen habe, beruhe dies darauf, dass eine Einigung über den Abzug von 1 % Skonto getroffen worden sei. Die Parteien hätten am 11.01.2000 um 18.30 Uhr telefoniert und über das Skonto verhandelt. Dabei habe er zunächst 3 % verlangt, was der Kläger abgelehnt habe. Schließlich hätten sich die Parteien auf 1 % geeinigt, worüber er eine Aktennotiz gefertigt und diese seinem Mitarbeiter, dem Zeugen K, übergeben habe. Nach Eingang des seitens des Klägers unterzeichneten Vertrags habe der Zeuge K den Kläger angerufen und ihm das Fehlen der Skontoabrede vorgehalten. Der Kläger habe hierzu erklärt, dies bedeute nichts, er möge die getroffene Vereinbarung handschriftlich auf den Vertrag setzen. Die anschließende Verhaltensweise des Klägers widerspreche seinem Schreiben vom 20.01.2000, in welchem er erklärt habe, Rechnungskürzungen nicht hinzunehmen, da er nicht einer einzigen Rechnungskürzung widersprochen habe.

32

Mit der Rechnungsstellung am 23.01.2001 habe der Kläger zugleich die Vollendung seines Werks angezeigt, da er mit dieser Rechnung das Honorar für die letzte von ihm zu erbringende Leistung, nämlich die Erstellung der Schal- und Bewehrungspläne für die verbliebenen Teile der Bauteile A und B, gefordert habe. Dabei habe der Kläger zuvor in seiner Rechnung vom 11.09.2000, die Änderungen nach Maßgabe seines Angebots vom 30.06.2000 erfasst habe, auch zusätzlich erbrachte Leistungen erfasst und berechnet.

33

Die Rechnungsstellung am 23.01.2001 belege zudem, dass der Kläger davon ausgegangen sei, seine Leistung vertragsgemäß erbracht zu haben. Dies sei auch der Fall gewesen, da der Kläger die statischen Leistungen erbracht habe, nach denen gebaut habe werden können. Dies bestätige das Besprechungsprotokoll Nr.22 vom 14.01.2001, in welchem der Bautenstand ausgewiesen sei und belegt werde, dass das Bauwerk in allen Teilen bereits

34

weitgehend verwirklicht gewesen sei, was nur auf der Grundlage einer Statik möglich gewesen sei, die sowohl die statische Berechnung wie die Schal- und Bewehrungspläne enthalte. Daraus folge, dass die baufertige Statikerleistung mindestens seit Januar 2001 vorgelegen habe und verwirklicht worden sei, womit die vertragsgemäße Leistung des Klägers erbracht gewesen sei.

Soweit der Kläger zu den angeblich später beauftragten Nachträgen vortrage, sei zu berücksichtigen, dass die durch den Sachverständigen S als vergütungspflichtig bewerteten Änderungsarbeiten sämtlich vor der letzten Honorarrechnung des Klägers vom 23.01.2001 gelegen hätten, so dass sie als relevante Änderungsarbeiten für die Betrachtung des Beendigungszeitpunkts der Tätigkeiten des Klägers nicht in Betracht kämen. Alle weiteren vom Kläger ins Feld geführten Änderungen und/ oder Ergänzungen seien nach der eingehenden Beurteilung durch den Sachverständigen S nicht vergütungsfähig, so dass sie auch als relevante Leistungen für die Feststellung der Beendigung der Tätigkeit des Klägers ausschieden.

Im Übrigen hält er die Einrede der Verjährung aufrecht.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist dem Grunde nach begründet.

Da der Rechtsstreit zum Anspruchsgrund entscheidungsreif ist, der Kläger im Hinblick auf die Höhe der Resthonorarforderung aber weiter vorzutragen hat und die Einholung eines ergänzenden Sachverständigengutachtens erforderlich ist, hat der Senat den Erlass eines Grundurteils gemäß § 304 ZPO zur Konzentration der Streitpunkte als geboten erachtet. Dem Kläger steht – unabhängig von der Frage der Vergütungsfähigkeit der Nachträge - gegen den Beklagten aus dem Hauptauftrag ein über die bereits geleisteten Abschläge hinausgehender Werklohnanspruch gemäß § 631 BGB zu, da er seine Honorarforderung zutreffend auf der Grundlage der HOAI berechnet, so dass die bereits geleisteten Abschläge keinesfalls auskömmlich sind.

Gemäß § 4 Abs.4 HOAI gelten die jeweiligen Mindestsätze der HOAI als vereinbart, sofern nicht bei Auftragserteilung etwas anderes schriftlich vereinbart worden ist. Das Landgericht hat im Ergebnis zu Recht ausgeführt, dass zwischen den Parteien eine Honorarvereinbarung über das Pauschalhonorar in Höhe von 150.000,00 DM im Zeitpunkt der Auftragserteilung nicht wirksam geschlossen worden war.

Dabei kann dahinstehen, ob die von beiden Parteien unterzeichnete Honorarvereinbarung vom 12.01.2000, auf die der Beklagte die Skontoabrede unstreitig erst nach Unterzeichnung durch den Kläger aufgesetzt hat, dem Schriftformerfordernis des § 4 Abs.2, Abs.4 HOAI genügt, weil die Skontoabrede nicht über sondern unter die Unterschrift gesetzt worden ist, so dass die Unterschriften nach der Urkunde selbst nach dem äußeren Anschein eine schriftliche Honorarvereinbarung tragen, auch wenn die Parteien wegen der Frage des Skontoabzugs unstreitig eine Einigung nicht getroffen haben. Jedenfalls vermag der Senat nicht festzustellen, dass ein zur Unterschreitung der Mindestsätze berechtigender Ausnahmefall im Sinne des § 4 Abs.2 HOAI vorliegt. Bei der Bestimmung eines Ausnahmefalles sind der Zweck der Norm und die berechtigten Interessen der Beteiligten zu berücksichtigen (BGH NJW 1997, 2329). Die zulässigen Ausnahmefälle dürfen einerseits nicht dazu führen, dass der Zweck der Mindestsatzregelung gefährdet wird, einen "ruinösen Preiswettbewerb" unter Architekten und Ingenieuren zu verhindern (BGH a.a.O.). Andererseits können alle die Umstände eine Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigen,

die das Vertragsverhältnis in dem Sinne deutlich von den üblichen Vertragsverhältnissen unterscheiden, dass ein unter den Mindestsätzen liegendes Honorar angemessen ist (BGH a.a.O.). Das kann der Fall sein, wenn die vom Architekten oder Ingenieur geschuldete Leistung nur einen besonders geringen Aufwand erfordert, sofern dieser Umstand nicht schon bei den Bemessungsmerkmalen der HOAI zu berücksichtigen ist (BGH a.a.O.). Ein Ausnahmefall kann ferner beispielsweise bei engen Beziehungen rechtlicher, wirtschaftlicher, sozialer oder persönlicher Art oder sonstigen besonderen Umständen gegeben sein (BGH a.a.O.). Anhaltspunkte für einen derartigen Ausnahmefall hat der Beklagte trotz des Hinweises im Senatstermin vom 12.05.2009 nicht dargetan.

Nach richtiger Auffassung des BGH kommt eine spätere – auch mündliche – Abänderung des § 4 Abs.4 HOAI geltenden Mindestsatzes erst nach Beendigung der Architektentätigkeit in Betracht (Werner/ Pastor RdNr.752). Daher haben auch Bestätigungen i.S.d. § 144 BGB oder stillschweigende Änderungen oder Abschlagszahlungen keinen rechtlichen Einfluss (Werner/ Pastor a.a.O.). 42

Es kann ferner dahin stehen, ob die Parteien mündlich bereits im Januar 2000 unter Einschaltung des Zeugen K auf Seiten des Beklagten über die Gewährung von Skonto verhandelt und sich unter Beibehaltung des sonstigen Vertragsinhalts auf den Satz von 1 % geeinigt haben. Das Landgericht hat jedenfalls zu Recht ausgeführt, dass das Vertrauen des Beklagten in eine solche – mangels Schriftform unwirksame - Honorarvereinbarung nicht schutzwürdig wäre, so dass der Kläger an die gegebenenfalls erfolgte mündliche Vereinbarung des Pauschalhonorars nicht gebunden wäre. 43

Ebenso wenig kommt der unwirksamen Honorarvereinbarung vom 12.01.2000 eine Bindungswirkung zu. Zwar sind die Grundsätze zur Bindungswirkung der Schlussrechnung auf eine Honorarvereinbarung übertragbar, die deshalb unwirksam ist, weil die Mindestsätze in nicht zulässiger Weise unterschritten worden sind (vgl. BGH NJW 1997, 2329). Vereinbaren die Parteien eines Architektenvertrages ein Honorar, das die Mindestsätze in unzulässiger Weise unterschreitet, verhält sich der Architekt, der später nach den Mindestsätzen abrechnen will, widersprüchlich (BGH a.a.O.). Dieses widersprüchliche Verhalten steht nach Treu und Glauben einem Geltendmachen der Mindestsätze entgegen, sofern der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte und wenn 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. 44

Im Hinblick auf die Frage, ob der Beklagte auf die Wirksamkeit der Vereinbarung vertraut hat und vertrauen durfte, hat das Landgericht zu Recht ausgeführt, dass dem entgegensteht, dass der Beklagte selbst HOAI-kundig ist, so dass ihm die Unwirksamkeit der Vereinbarung nicht nur wegen der fehlenden Voraussetzung des Ausnahmefalls sondern zumindest auch aufgrund des Widerspruchs des Klägers vom 20.01.2000 bekannt war. Der Beklagte ist dem Senat seit Jahren als erfahrener Bauherr zahlreicher größerer Bauvorhaben bekannt; er verfügt über hinreichende Erfahrung mit dem Vertragsschluss und der Abrechnung mit Architekten und Statikern. Zutreffend hat sich der Beklagte in der Berufungserwidern gegen diese Feststellung des Landgerichts auch nicht gewandt, sondern nur die Auffassung vertreten, das Landgericht habe die weiteren Voraussetzungen des Vertrauensschutzes, wie etwa das Tatbestandsmerkmal des Einrichtens auf die Wirksamkeit der Vereinbarung nicht hinreichend berücksichtigt. Insoweit übersieht er aber, dass die Voraussetzungen der Gewährung des Vertrauensschutzes kumulativ vorliegen müssen (vgl. Senat 24 U 69/05 (NJOZ 2007, 5287)) und der HOAI-Kundige diesen Vertrauensschutz nicht für sich in 45

Anspruch nehmen kann (vgl. Senat a.a.O.; OLG Köln NZBau 2007, 725). Aus dem Motiv und der Zielrichtung des Ordnungsgebers, nämlich dem öffentlichen Interesse an einer "gesunden Architektenschaft" ergibt sich, dass in Fällen der Unterschreitung der Mindestsätze der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in der Regel jedenfalls für erfahrene Auftraggeber nicht in Betracht kommt (Senat a.a.O.).

Die Honorarforderung des Klägers ist auch nicht durch Erfüllung erloschen, weil die Parteien hinsichtlich der über bereits geleistete Zahlungen hinausgehenden Honorarforderung entweder im Januar 2001 oder im Juni 2002 einen stillschweigenden Erlassvertrag geschlossen haben. 46

Zwar sind die Parteien des Architekten- oder Ingenieurvertrags aufgrund der Bestimmungen der HOAI, die nur die Berechnungen des Honorars der Höhe nach regeln, nicht gehindert, einen Honorarverzicht für erbrachte bzw. noch nicht erbrachte Leistungen des Architekten zu vereinbaren (Werner in Werner/ Pastor, Der Bauprozess, 12. Aufl., Rdnr.753). Ebenso wird eine - ursprünglich unwirksame – Honorarvereinbarung jedenfalls nach Beendigung der Tätigkeit des Architekten uneingeschränkt vollzogen und damit bestätigt, wenn der Architekt nach der Auftragserledigung eine Rechnung erteilt, die der Auftraggeber begleicht (Werner a.a.O. Rdnr.752). 47

Derartige Vereinbarungen können jedoch – hiervon geht auch das Landgericht aus – nur dann wirksam geschlossen werden, wenn die Tätigkeit des Architekten bzw. hier des Statikers beendet ist. Nach dem mit der HOAI verfolgten Zweck, wie er auch in der Amtlichen Begründung erläutert worden ist, sollen die Vertragsparteien ihre Vereinbarungen gerade deshalb bei der Auftragserteilung treffen, damit spätere Unklarheiten und Streitigkeiten vermieden werden (BGH NJW-RR 1987, 1374; vgl. auch BGH NZBau 2003, 386; OLG Hamm NJW-RR 1998, 811). Nur wenn der Architekt seine Tätigkeit bereits beendet hat, ist ausgeschlossen, dass der Streit über die Höhe des geschuldeten Honorars zu einer die Ausführung des Auftrags gefährdenden positiven Vertragsverletzung führt (vgl. BGH a.a.O.). Nur dann besteht auch eine lediglich geringe Gefahr, dass einer der Beteiligten die Zulässigkeit eines Vergleichs über Abrechnungsfaktoren, die schon bei der Auftragserteilung hätten vereinbart werden können, dazu missbraucht, um nachträglich sachfremde Vertragsänderungen zu erreichen (BGH a.a.O.). Hat dagegen der Architekt seine Tätigkeit noch nicht beendet, könnte die Zulässigkeit eines Vergleichs derartige Vertragsänderungen geradezu provozieren (BGH a.a.O.). Der insbesondere mit § 4 IV HOAI verfolgte Zweck wäre verfehlt (BGH a.a.O.). 48

Der Senat hegt bereits Bedenken gegen die Annahme des Landgerichts, in der Übersendung der Rechnung vom 23.01.2001 und der damit verbundenen Einhaltung des ursprünglich angebotenen Zahlungsplans liege ein stillschweigendes Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags. Diese Wertung entspricht zwar der seitens des Landgerichts zitierten Entscheidung des hiesigen 12. Zivilsenats vom 16. 1. 1998 - 12 U 74/97 (NJW-RR 1998, 811), der hierzu ausgeführt hat, der Abschluss eines stillschweigenden Erlassvertrags ergebe sich unter anderem daraus dass die Parteien – in diesem Falle Architekt und Statiker - beide als Fachleute auf dem Gebiet der Gebührenabrechnung nach der HOAI anzusehen seien. Das Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrages muss aber unmissverständlich erklärt werden (Schlüter in Münchner Kommentar zum BGB § 397 Rdnr.2). Bei der Auslegung mehrdeutiger Erklärungen, die einen Verzichtswillen enthalten könnten, ist zu berücksichtigen, dass Verzichte niemals zu vermuten sind; entsprechende Erklärungen sind stets eng auszulegen (Schlüter a.a.O.). Allein der Umstand, dass eine Schlussrechnung – die hier nicht einmal als solche bezeichnet ist - über das vertraglich vereinbarte Honorar erstellt 49

wird, rechtfertigt - auch wenn dies in der Erwartung weiterer Aufträge geschieht - nicht bereits die Annahme des Angebots eines Erlassvertrags (vgl. BGH NZBau 2009, 33).

Die Frage, ob in der Übersendung der nicht als Schlussrechnung bezeichneten Rechnung vom 23.01.2001 ein derartiges Angebot liegt, kann aber dahinstehen, da jedenfalls nicht festgestellt werden kann, dass die Tätigkeit des Klägers auf der Grundlage des ihm Anfang 2000 erteilten Auftrags im Januar 2001 bereits beendet war. Das für einen Erlassvertrag erforderliche Abwicklungsstadium ist erreicht, wenn der Vertrag erfüllt ist und im Zeitpunkt der nachträglichen Honorarvereinbarung kein Streit zwischen den Parteien besteht, ob der Architekt oder Ingenieur mangelfrei geleistet hat (BGH a.a.O.). Eine wirksame nachträgliche Änderung der Mindestdatzfiktion ist danach jedenfalls dann möglich, wenn das Architekten- oder Ingenieurwerk abgenommen worden ist und Einvernehmen der Vertragsparteien im Zeitpunkt der Vergütungsvereinbarung darüber besteht, dass das Werk des Architekten oder Ingenieurs mangelfrei ist (BGH a.a.O.). Mängel, die sich nach der Vergütungsvereinbarung zeigen, sind für die Frage der Wirksamkeit der nachträglichen Vergütungsvereinbarung unerheblich (BGH a.a.O.).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. 51

Eine förmliche Abnahme der Leistungen des Klägers, die gegebenenfalls den Schluss rechtfertigte, dass seine Leistungen beendet im vorgenannten Sinne waren, hat unstreitig nicht stattgefunden. Auch das Landgericht hat eine konkludente Abnahme lediglich aus der vorbehaltlosen "Schlusszahlung" des Beklagten geschlossen. 52

Das Landgericht hat ferner zu Recht festgestellt, dass der Kläger nach Stellung der Rechnung vom 23.01.2001 noch Änderungsleistungen erbracht hat. Die mangelnde Beendigung der Tätigkeit des Klägers wird bestätigt durch den zu den Akten gereichten Prüfbericht Nr.13 vom 25.01.2001, in dem der Prüfstatiker ausführt, er sei mit der Prüfung wegen konstruktiver Änderungen und abweichender Bauausführung beauftragt worden. In diesem Bericht ist der Prüfstatiker zu dem Ergebnis gelangt, dass noch Unterlagen nachzureichen seien und die Prüfung nicht abgeschlossen werden könne. Auch der 15. Prüfbericht, der vom 14.03.2001 datiert, belegt, dass zu diesem Zeitpunkt der Nachtrag zum 4.OG Bauteil A und B noch Gegenstand der Prüfung war. Ebenso weist der 16. Prüfbericht vom 07.06.2001 noch die Prüfung bautechnischer Unterlagen des Klägers aus. 53

Der Beklagte hat die nach Januar 2001 entfaltete Tätigkeit des Klägers auch nicht bestritten, sondern sie lediglich als nicht vergütungsfähig erachtet. Die Frage, ob die Tätigkeit des Klägers am 29.01.2001 beendet war, muss aber rein tatsächlich und unabhängig von der Frage beurteilt werden, ob der Kläger für diese Änderungsleistungen eine gesonderte Vergütung begehren kann oder ob es sich – wie der Beklagte meint – um nicht vergütungsfähige Planungsoptimierungen handelte, denen keine Nachtragsbeauftragungen zugrunde lagen. Hierauf kommt es bei der Frage, ob der Kläger den Vertrag im Zeitpunkt des Erlassvertrags tatsächlich erfüllt hatte, nicht an. Soweit der Beklagte behauptet, bei den dem 8. und 10. Nachtrag zu Bauteil A angeblich zugrunde liegenden Änderungen habe es sich lediglich um geringfügige Änderungen gehandelt, mag die Geringfügigkeit der Änderungen zwar relevant für die Frage der geltend gemachten Nachtragsvergütung sein, spricht aber im Übrigen gerade dafür, dass die Tätigkeiten des Klägers im Zeitpunkt 29.01.2001 nicht beendet waren. Dasselbe gilt für den Vortrag des Beklagten, die Änderungen, die dem 5. Nachtrag zu Bauteil B (16. Prüfbericht) zugrunde lagen, seien gering gewesen, da es sich nur in drei Wohnungen im 4. OG um Durchbrüche in tragenden Wänden und Fortfall einiger Raumtrennwände gehandelt habe. Dass der Kläger in diesem Zusammenhang Tätigkeiten entfaltet hat, hat er wiederum nicht bestritten; vielmehr hat er lediglich die Auffassung 54

vertreten, sollte der Kläger zuvor falsch geplant haben, handele es sich um Mängelbeseitigungsarbeiten. Bei den behaupteten Planungsänderungen handele es sich nicht nur um Planoptimierungen, sondern um die Weiterentwicklung einer nicht abgeschlossenen Planung. Gerade diese Ausführungen des Beklagten sprechen gegen die Annahme, dass am 29.01.2001 ein Abwicklungsstadium erreicht war, in dem der Vertrag erfüllt war und kein Streit zwischen den Parteien bestand, ob der Architekt oder Ingenieur mangelfrei oder gar abschließend geleistet hat.

Entgegen der Ansicht des Beklagten vermag der Senat auch nicht festzustellen, dass die Parteien im Juni 2002 – zu einem Zeitpunkt, in dem die Arbeiten des Klägers auch nach eigenem Vortrag beendet waren – einen stillschweigenden Erlassvertrag geschlossen haben. 55

Selbst wenn die mit Schreiben vom 06.06.2002 vorgetragene Bitte des Klägers, ihm aufgrund seiner guten Leistung ein bei den Vertragsverhandlungen in Aussicht gestelltes Sonderhonorar in Höhe von 5.000,00 DM zu leisten, auch den Schluss zulässt, dass er vom Zeitpunkt der Stellung der letzten Rechnung vom 23.01.2000 bis zum Zeitpunkt dieses Schreibens davon ausging, dass ihm gegen den Beklagten keine weiteren Honoraransprüche mehr zustünden, vermag der Senat weder ein Angebot auf Abschluss eines Erlassvertrags noch die Bekräftigung eines bereits im Januar 2001 in die Wege geleiteten, nach Ansicht des Beklagten "gestreckten" Erlassvertrags festzustellen. Zum Einen hat der Kläger hierzu erklärt, es habe sich bei seinem Schreiben nicht etwa um eine "good-will-Bitte" gehandelt sondern er habe eine Zusage des Beklagten eingefordert, die ihm dieser wegen des Einsatzes modernster Technik und der damit verbundenen Beschleunigung der Bearbeitung zugesagt habe. Zum anderen hat der Beklagte – und dies verkennt er bei seiner Argumentation - auf das Schreiben des Klägers vom 06.06.2002 überhaupt nicht reagiert, so dass es – sollte der Kläger überhaupt einen Verzicht auf weitere Forderungen gegen Zahlung von 5.000,00 DM angeboten haben – jedenfalls an einer Annahme dieses Angebots durch den Beklagten fehlt. 56

Die behauptete Honorarforderung des Klägers war im Zeitpunkt der gerichtlichen Geltendmachung nicht verjährt. 57

Die Verjährung der Architektenhonorarforderung richtet sich danach, wann der Architekt die Leistung vertragsgemäß erbracht und eine prüffähige Schlussrechnung i.S.d. § 8 HOAI gestellt hat. Die Frist beginnt somit zu laufen am Ende des Jahres, in dem die Leistungen vertragsgemäß erbracht sind und die Schlussrechnung übergeben wird, da § 8 HOAI nach Auffassung des BGH automatisch gilt und die Schlussrechnung Fälligkeitsvoraussetzung ist (Koeble in Kniffka/ Koeble, Kompendium des Baurechts, 3. Aufl., 12. Teil, Rdnr.327). 58

Der Kläger hat sein Honorar erstmals mit Schreiben vom 05.01.2004 (Bl.14 – 17 d.A.) prüfbar abgerechnet, so dass der Lauf der Verjährungsfrist mit der Klageerhebung am 22.03.2004 gehemmt worden ist, § 204 Abs.1 Nr.1 BGB. 59

Die Rechnung des Klägers vom 23.01.2001 stellt dagegen auch unter Berücksichtigung des vorangegangenen Verhaltens des Klägers keine prüffähige Schlussrechnung im vorgenannten Sinne dar. Sie ist nicht als solche bezeichnet, unterscheidet sich in ihrer Gestaltung in keiner Weise von den vorangegangenen Abschlagsrechnungen und weist keine Darstellung der Gesamthonorarforderung oder der hierauf zu verrechnenden Abschläge aus. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass der Kläger über die ursprünglich angebotene Honorarvereinbarung hinaus mit Schreiben vom 30.06.2000 zumindest ein weiteres Honorar für Zusatzleistungen begehrt und ebenso wie die nach dem ursprünglich vorgesehenen Zahlungsplan vorgegebenen Abschläge berechnet hat. Unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes und der Tatsache, dass im Januar und den 60

Folgemonaten des Jahres 2001 die Tätigkeit des Klägers noch nicht beendet war, so dass er seine Leistungen noch nicht vollständig erbracht hatte, konnte der Beklagte die Rechnung vom 23.01.2001 auch nicht als Schlussrechnung im Sinne des § 8 HOAI verstehen.

Die umfangreichen Rechtsausführungen des Beklagtenvertreters im Schriftsatz vom 22.06.2007 rechtfertigen keine abweichende Würdigung. Er unterstellt entweder unzutreffend die Geltung der schriftlichen Honorarvereinbarung bzw. ihre Bindungswirkung, oder – hilfsweise - dass die Parteien bei der ursprünglichen Vereinbarung keine Abschlagszahlungen im Sinn hatten, sondern eine anteilige Vergütung des Pauschalhonorars für die jeweils erreichten Leistungsabschnitte abrechnen wollten. Abgesehen davon, dass die Vereinbarung nicht wirksam zustande gekommen ist, so dass der Kläger ohnehin Abschlagszahlungen für nachgewiesene Leistungen in zeitlichen Abständen gemäß § 8 Abs.2 HOAI fordern konnte, sind aber in § 3 dieser Vereinbarung die seitens des Auftraggebers zu leistenden Zahlungen gerade ausdrücklich als Abschlagszahlungen bezeichnet worden. Dass insoweit die Höhe der jeweiligen Zahlungen in einem Zahlungsplan vereinbart wurde, steht der Annahme der Vereinbarung von Abschlägen nicht entgegen.

61

Die Honorarforderung des Klägers ist schließlich nicht verwirkt.

62

Zwar kommt in äußerst seltenen Ausnahmefällen auch eine Verwirkung der Honorarforderung in Frage (Koeble in Kniffka/ Koeble, Kompendium, 12. Teil, Rdnr.332). Praktische Bedeutung hat dies vor allem dann, wenn der Auftragnehmer jahrelang keine Schlussrechnung erstellt (Koeble a.a.O.). Die Honorarforderung ist jedoch nur dann verwirkt, wenn zwei Gesichtspunkte zusammenkommen, nämlich das Zeitmoment und das Umstandsmoment (Koeble a.a.O.). Zwischen der Möglichkeit der Erstellung einer Schlussrechnung und der Erteilung muss also zunächst sehr viel Zeit vergangen sein. Vor Ablauf von 5-7 Jahren wird man davon kaum ausgehen können (Koeble a.a.O.). Ein derartiger Zeitablauf ist hier nicht eingetreten. Erforderlich ist zudem, dass Umstände vorliegen, die das Vertrauen rechtfertigen, der Anspruch werde nicht mehr geltend gemacht (Koeble a.a.O.). Bei einem in Architektenhonorarsachen kundigem Auftraggeber wie dem Beklagten scheidet die Verwirkung aus, weil hier in der Regel keine vertrauensbegründenden Umstände vorliegen können (Koeble a.a.O.).

63

Dass dem Kläger danach über die bereits geleisteten Abschläge hinaus noch ein weiterer Vergütungsanspruch zusteht, dessen Höhe der Prüfung im Betragsverfahren vorbehalten ist, steht zur Überzeugung des Senats aufgrund der Berechnung des Sachverständigen Dipl.-Ing. S im 1. Gutachten vom 23.09.2004, die der Kläger sich zu eigen gemacht hat, fest.

64

Soweit der Beklagte eingewandt hat, der Kläger habe nicht sämtliche der abgerechneten Leistungen, insbesondere keine Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 sowie 6, erbracht, weil ihm eine umfangreiche Konzeptplanung übergeben worden sei, ist wegen der Leistungen der Leistungsphase 6 zu berücksichtigen, dass der Kläger die Ermittlung der Baustahlmengen im Stahlbetonbau und das Aufstellen von Leistungsbeschreibungen der Leistungsphase 6 durchgeführt hat, was der Sachverständige S bestätigt hat. Ebenso hat der Sachverständige bereits in seinem ersten Gutachten vom 23.09.2004 bestätigt, dass der Kläger die Leistungen der Leistungsphasen 1 und 2 vollständig bewerten konnte. Im zweiten Gutachten vom 21.01.2005 hat er diese Ansicht verteidigt und ausgeführt, dass auch eine weitergehende Konzeptplanung des Architekten des Kläger als Tragwerksplaner nicht davon entbunden habe, eine sachgerechte Grundlagenermittlung und Vorplanung zu erbringen.

65

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

66

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Erlassvertrag geschlossen werden darf und wann eine Beendigung seiner Tätigkeit anzunehmen ist, bedarf keiner weiteren höchstrichterlichen Klärung. Der BGH hat die grundlegende Entscheidung zum Erlassvertrag vom 09.07.1987 – VII ZR 282/86 – zwischenzeitlich mehrfach bestätigt (vgl. die Entscheidungen vom 27.02.2003 (NZBau 2003, 386) und zuletzt vom 23.10.2008 (NZBau 2009, 33)).
