
Datum: 13.01.2015
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 24. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 24 U 136/12
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2015:0113.24U136.12.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 116 O 19/11

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 09.05.2012 verkündete Urteil der 16. Zivilkammer des Landgerichts Münster wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

1

A.

2

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten, einem Architekten, Rückzahlung eines Teilbetrags einer von ihr geleisteten Vorschusszahlung.

3

Die N GmbH & Co. KG, deren persönlich haftende Gesellschafterin die Klägerin ist, und der Beklagte schlossen am 12.09.1996/13.09.1996 einen schriftlichen Vertrag (Bl. 19 ff. d.A.) über die Erbringung von Architektenleistungen für den Neubau des Wohnhauses „Domicil Am G“, C-Weg, ##### N. Als Grundlage des Honorars vereinbarten die Parteien Honorarzone III (Mittelsatz) [vgl. Bl. 22 d.A.].

4

- In der Folgezeit sind mehrere Rechtsstreitigkeiten wegen Baumängeln u.a. zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits geführt worden (vgl. die Aufstellung: Bl. 137 d.A.). Die Verfahren wurden teilweise von der Wohnungseigentümergeinschaft gegen die Klägerin, teilweise von der Klägerin gegen das Bauunternehmen I sowie den Beklagten geführt, teilweise waren die Beteiligten durch Streitverkündungen in diese Verfahren einbezogen. 5
- Im vorliegenden Rechtsstreit verlangt die Klägerin von dem Beklagten die Rückzahlung eines Teilbetrages der Vorschusszahlung, die sie an ihn wegen Verletzung seines Urheberrechts für die Wiederherstellung einer Einfriedungsmauer betreffend das vorgenannte Objekt zahlte. Dem liegt Folgendes zugrunde: 6
- Im Jahr 2006 stürzte der von der Straße aus gesehen rechte Eingangspfeiler der Grenzmauer des vorgenannten Objekts wegen eines Ausführungsfehlers ein. Nach der Sanierung, bei der die ursprünglich vorhandenen Mauerpfeiler durch Stahlstützen ersetzt wurden (Lichtbild: Bl. 139 d.A., Bild 2), machte der Beklagte die Verletzung seines Urheberrechts als Architekt geltend. Durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts Bielefeld (4 O 393/07, Bl. 161 ff d.A.) wurde die hiesige Klägerin verurteilt, hinsichtlich des vorgenannten Objekts „die neben der Tiefgaragenzufahrt befindlichen Stahlstützen zu beseitigen und durch Mauerpfeiler zu ersetzen, in derselben Art und Weise, wie sie ursprünglich vorhanden waren und sich in derselben Art und Weise auch heute noch auf der Einfriedungsmauer vor dem Gebäude befinden.“ 7
- Da die Klägerin in der Folgezeit die Herstellung des ursprünglichen Zustands verweigerte, holte der Beklagte zunächst Angebote von der Firma L ein. Das erste Angebot vom 04.05.2009 belief sich dabei auf einen Gesamtbetrag von 25.190,50 € netto = 29.976,70 € brutto (vgl. Bl. 34 ff d.A.). Ein zweites Angebot vom 13.01.2010 belief sich hingegen auf 41.775,43 € brutto (vgl. Bl. 44 ff d.A.). Mit Datum vom 02.06.2010 erstellte die Firma L ein erneut überarbeitetes Angebot in Höhe von 30.434,25 € brutto (vgl. Bl. 142 ff d.A.). Sodann erteilte der Beklagte an die Firma L den Auftrag zur Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands der Mauer (vgl. Bl. 141 d.A.). Die Wiederherstellung der Mauer verursachte letztlich tatsächlich Kosten in Höhe von 21.420,- € brutto (vgl. die Schlussrechnung der Firma L vom 22.10.2010: Bl. 54 f. d.A.). 8
- Im an das Erkenntnisverfahren anschließenden Zwangsvollstreckungsverfahren erwirkte der Beklagte gegen die Klägerin einen Beschluss gemäß § 887 Abs. 1 ZPO, wonach er ermächtigt wurde, die Wiederherstellung der ursprünglichen Einfriedungsmauer auf Kosten der Klägerin vornehmen zu lassen. Zugleich wurde die Klägerin in diesem Beschluss gemäß § 887 Abs. 2 ZPO zur Vorschusszahlung in Höhe von 34.473,21 € verpflichtet. Grundlage dieses Beschlusses war dabei das Angebot der Firma L vom 04.05.2009 in Höhe von 25.190,50 € netto zuzüglich 4.786,20 € Mehrwertsteuer, zuzüglich Regiekosten in Höhe von 4.496,51 € (vgl. Beschluss des Landgerichts Bielefeld vom 03.12.2009 – 4 O 393/07: Bl. 39 ff d.A.). Diesen Vorschussbetrag zahlte die Klägerin am 26.02.2010 an den Beklagten (vgl. Bl. 51 d.A.). 9
- Mit anwaltlichem Schreiben vom 26.02.2010 beehrte der Beklagte wegen zwischenzeitlicher Baupreiserhöhungen und dadurch erhöhter Regiekosten einen weiteren Kostenvorschuss in Höhe von 13.568,54 € (Einzelheiten der Berechnung: Bl. 43 d.A.). Auch diesen Betrag bezahlte die Klägerin an den Beklagten (vgl. Bl. 51 d.A.). 10
- Insgesamt zahlte die Klägerin an den Beklagten also einen Kostenvorschuss in Höhe von 48.041,75 €. 11

Nach Ausführung der Arbeiten forderte die Klägerin den Beklagten mehrfach zur Abrechnung der gezahlten Vorschüsse auf (vgl. anwaltliches Schreiben vom 14.03.2011: Bl. 49 d.A. und vom 12.04.2011: Bl. 50 d.A.). Mit seiner schließlich mit anwaltlichem Schreiben vom 29.04.2011 verfassten Aufstellung (vgl. Bl. 51 ff d.A.) erstellte der Beklagte die geforderte Abrechnung. Dabei räumte er ein, an die Firma L zur Ersatzvornahme insgesamt einen Betrag von nur 21.420,- € gezahlt zu haben. Zu diesem Betrag addierte der Beklagte sodann Regiekosten in Höhe von 6.266,34 € hinzu (15 % berechnet nach dem Angebot der Firma L vom 13.01.2010 in Höhe von 41.775,43 €). Weiterhin rechnete der Beklagte zu den vorgenannten Beträgen 4.462,50 € (25 Stunden à 150,- €/Std. zuzüglich Umsatzsteuer) für eine erneute Planung zwecks Kostenreduzierung hinzu. Gegenüber dem danach nach seiner Berechnung verbleibenden Restguthaben der Klägerin von 15.892,93 € hat der Beklagte mit Honorarforderungen wegen der 1997 und 1998 von ihm erbrachten Leistungen die Aufrechnung erklärt. Zur Begründung hat er ausgeführt, abweichend von den damals erstellten Rechnungen stehe ihm noch ein weiteres Honorar von 15.398,47 € zu (vgl. die Schlussrechnung vom 10.02.2010: Bl. 56 ff d.A.). Die Erhöhung folge daraus, dass abweichend von der ursprünglich im Architektenvertrag zugrunde gelegten Honorarzone III (Mittelsatz) die Honorarzone IV (Mittelsatz) anzusetzen sei. Außerdem stehe ihm eine Vergütung für besondere Leistungen in Höhe von 10.957,11 € zu (vgl. Bl. 60 d.A.).	
Mit der Klage verlangt die Klägerin von dem Beklagten die Rückzahlung eines Teilbetrages des geleisteten Vorschusses in Höhe von 23.408,75 €, den sie wie folgt berechnet: 48.041,75 € Vorschusszahlungen abzüglich 21.420,- € tatsächliche Baukosten abzüglich hiervon zu berechnender Regiekosten in Höhe von 15 % = 3.213,- €.	13
Die Klägerin hat erstinstanzlich gemeint, Regiekosten könne der Beklagte nur auf der Grundlage der tatsächlich angefallenen Baukosten und nicht auf der Grundlage des zweiten (höheren) Angebots der Firma L geltend machen. Letzteres sei ohnehin überhöht.	14
Eine Grundlage für die von dem Beklagten berechneten Planungskosten zwecks Kostenreduzierung bestehe nicht. Diese seien zudem auch überhöht und nicht nachgewiesen.	15
Die Honorarnachberechnung des Beklagten hat die Klägerin für unbegründet gehalten, da entsprechende Ansprüche einerseits verwirkt seien, weil die Nachberechnung erst 13 Jahre nach Beendigung der Tätigkeit des Beklagten erfolgt sei. Andererseits sei aber auch eine Einordnung des Objekts in die Honorarzone IV nicht gerechtfertigt.	16
Letztlich hat die Klägerin die Beauftragung der von dem Beklagten nunmehr zusätzlich abgerechneten besonderen Leistungen bestritten. Eine Bezahlung komme schon aus Rechtsgründen mangels Einhaltung der Schriftform nicht in Betracht. Soweit Leistungen außerhalb der HOAI abgerechnet würden, sei die Schlussrechnungsstellung keine Fälligkeitsvoraussetzung, weswegen die Klägerin insofern die Einrede der Verjährung etwaiger Ansprüche erhebt.	17
Der Beklagte hat erstinstanzlich näher dazu vorgetragen, warum die von ihm zuletzt vorgenommene Abrechnung (vgl. anwaltliches Schreiben vom 29.04.2011: Bl. 51 ff d.A.) zutreffend sei.	18
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen.	19

Das Landgericht hat den Beklagten persönlich gemäß § 141 ZPO angehört (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 18.04.2012: Bl. 285 f. d.A.). Sodann hat das Landgericht der Klage – bis auf eine Zinsmehrforderung – stattgegeben. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

Der Klägerin stehe gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB der geltend gemachte Anspruch auf Teilrückzahlung des an den Beklagten geleisteten Vorschusses zu. Es sei dabei nicht nachvollziehbar, warum der Beklagte 15 % Regiekosten nicht auf der Basis des von der Firma L tatsächlich verlangten Werklohns, sondern auf der Basis eines überhöhten Angebotes berechnen wolle. Ebenso wenig könne der Beklagte neben den Regiekosten „weitere Planungskosten zwecks Kostenreduzierung“ beanspruchen. Es verbleibe somit ein Rückforderungsanspruch der Klägerin in Höhe von 23.408,75 € (48.041,75 € abzüglich 21.420,- € abzüglich 3.213,- €). 21

Gegenüber diesem Anspruch habe der Beklagte nicht erfolgreich aufgerechnet. Seine Nachberechnung der in den Jahren 1997 und 1998 erbrachten Architektenleistungen sei unbegründet. Der Beklagte könne seine Leistungen nicht nachträglich nach der Honorarzone IV (und dann auch noch nach dem Mittelsatz) abrechnen. Die Vereinbarung der Honorarzone III (Mittelsatz) im Architektenvertrag sei unter Berücksichtigung eines gewissen Beurteilungsspielraums vertretbar. Dabei hat das Landgericht insgesamt – ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens – eigenständig in Anlehnung an das Schema Klocke/Art einen Punktwert gemäß § 11 Abs. 2 HOAI a.F. von 27 Punkten ermittelt. 22

Der Beklagte könne mangels einer schriftlichen Vereinbarung auch keine besonderen Leistungen gemäß § 5 Abs. 4 HOAI a.F. abrechnen. Soweit es sich um Leistungen handele, die nicht dem Architektenhonorarrecht unterfielen, greife jedenfalls die von der Klägerin erhobene Verjährungseinrede durch. 23

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Beklagten, mit der er seine schon in erster Instanz erhobenen Einwendungen wiederholt und vertieft. 24

Der Beklagte rügt dabei insbesondere, das Landgericht habe über die Anwendbarkeit der Honorarzonen III oder IV nicht ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens entscheiden dürfen. Zudem meint er, zu den Regiekosten, die er nunmehr mit mindestens 25 % bewertet wissen will, sei Mehrwertsteuer hinzuzurechnen. 25

Hinsichtlich der von ihm abgerechneten besonderen Leistungen trägt er nunmehr vor, es habe entgegen § 5 Abs. 4 HOAI a.F. keiner Schriftform bedurft, weil zwischen den Parteien ein außerordentlich intensiver Vertrauenstatbestand vorgelegen habe („Haus- und Hofarchitekt“). 26

Des Weiteren meint er, seine diesbezüglichen Leistungen, die er als Nachtrag zum Bauantrag geltend mache, seien wiederholte Grundleistungen. 27

Der Beklagte beantragt, 28

die Klage unter Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen. 29

Die Klägerin beantragt, 30

die Berufung zurückzuweisen. 31

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. 32

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die im Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	33
Der Senat hat Beweis erhoben durch Einholung eines schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. S. Dieses hat der Sachverständige mit Datum vom 12.05.2014 erstattet (= Anlage d.A.). Zudem hat der Sachverständige Dipl.-Ing. S sein schriftliches Gutachten im Senatstermin am 13.01.2015 mündlich erläutert (vgl. Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.01.2015 nebst Berichterstattevermerk = Bl. 560 ff., 572 ff. d.A.).	34
B.	35
Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet.	36
I.	37
Die Berufung hat nicht bereits deswegen Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landgericht, weil sich in den Akten kein Verkündungsprotokoll befindet. Auf Nachfrage des Senats hat der Vorsitzende Richter am Landgericht I erklärt, dass er sich an die Verkündung der angefochtenen Entscheidung erinnern könne und insofern lediglich das Anfertigen eines Verkündungsprotokolls versehentlich unterlassen worden sei (vgl. das Schreiben [Bl. 456 d.A.], das im Senatstermin am 09.01.2014 verlesen worden ist). Danach hat der Senat keine Zweifel daran, dass das angefochtene Urteil auch tatsächlich verkündet worden ist und es sich insofern nicht um ein sog. Scheinurteil handelt (vgl. dazu: Zöller/Heßler, ZPO (30. Aufl.), vor § 511 Rdnr. 36).	38
II.	39
Nach dem Ergebnis der im Berufungsverfahren ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme steht auch zur Überzeugung des Senats fest, dass der Klägerin gegen den Beklagten ein Anspruch auf Rückzahlung des von ihr geleisteten Vorschusses in Höhe von 23.408,75 € gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zusteht.	40
Der Anwendung von Bereicherungsrecht steht dabei nicht entgegen, dass die überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und im Schrifttum einen Rückforderungsanspruch grundsätzlich allein nach Werkvertragsrecht (§ 637 Abs. 3 BGB) beurteilt und Bereicherungsrecht für unanwendbar hält (vgl. BGH, BauR 2010, 614 Rdnr. 13; Krause-Allenstein, in: Kniffka u.a., Bauvertragsrecht (1. Aufl.), § 637 Rdnr. 83; Pastor, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (15. Aufl.), Rdnr. 2132). Hier geht es nicht um die Verletzung einer werkvertraglichen Verpflichtung durch die Klägerin, die einen Vorschussanspruch nach § 637 Abs. 3 BGB (bzw. § 633 Abs. 2, Abs. 3 BGB a.F.) begründen könnte, denn die Klägerin verletzte das Urheberrecht des Beklagten nicht im Rahmen der Erbringung von Werkvertragsleistungen. Anspruchsgrundlage für die Beseitigung der Urheberrechtsverletzung durch die Klägerin war vielmehr § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG. Grundlage für die Vorschusszahlung ist daher – wie durch Beschluss des Landgerichts Bielefeld angeordnet – § 887 Abs. 2 ZPO. Eine Übertragung der zum Werkvertragsrecht vertretenen Ansicht, die Rückforderung eines überzahlten Vorschusses sei alleine nach § 637 Abs. 3 BGB und nicht nach Bereicherungsrecht zu beurteilen, scheidet daher im vorliegenden Fall aus.	41
1.	42
Unstreitig hat die Klägerin an den Beklagten einen Vorschuss zur Wiederherstellung der Einfriedungsmauer in Höhe von 48.041,75 € gezahlt.	43

2.	44
Ebenfalls unstreitig ist hiervon der von dem Beklagten an die Firma L zur Wiederherstellung der ursprünglichen Mauer tatsächlich gezahlte Betrag von 21.420,- € abzuziehen. Es verbleibt damit zunächst ein Rückforderungsanspruch der Klägerin in Höhe von 26.621,75 €.	45
3.	46
Weiterhin sind von dem geleisteten Vorschussbetrag Regiekosten in Abzug zu bringen. Diese sind – wie das Landgericht zutreffend erkannt hat – mit 15 %, berechnet nach den tatsächlichen Baukosten in Höhe von 21.420,- €, anzusetzen. Es ergibt sich daher ein Betrag in Höhe von 3.213,- €.	47
Insgesamt verbleibt damit ein Rückforderungsanspruch der Klägerin in Höhe von 23.408,75 € (= Klageforderung).	48
Regiekosten sind grundsätzlich vom Schadensersatzanspruch mit umfasst (vgl. MünchKomm-BGB/Busche (6. Aufl.), § 637 Rdnr. 21; Pastor in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (15. Aufl.), Rdnr. 2114). Verbreitet wird dabei die Höhe derartiger Regiekosten mit 10 bis 15 % bewertet (vgl. Pastor, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (15. Aufl.), Rdnr. 2114 mwN). Die Höhe der Regiekosten bewertet der Senat im vorliegenden Fall gemäß § 287 ZPO mit 15 %. Wie der Senat aus eigener Anschauung anhand vieler anderer Rechtsstreitigkeiten und den dabei von Sachverständigen vorgenommenen Berechnungen weiß, ist das Zugrundelegen von Regiekosten in dieser Höhe verbreitet und im Regelfall angemessen. Entgegen der Ansicht des Beklagten sind hier nicht Regiekosten von 25 % anzusetzen. Dieser Betrag, den der Beklagte auch nicht näher belegt oder nachweist, erscheint dem Senat deutlich überhöht, weil nicht ersichtlich ist, warum die Wiederherstellung der Mauerpfeiler einen ungewöhnlich hohen Regieaufwand verursacht haben soll.	49
Entgegen der Ansicht des Beklagten sind die Regiekosten auch nicht anhand der letztlich nicht realisierten Baukosten des höchsten Angebots der Firma L zu berechnen. Bei den Regiekosten geht es um Aufwendungen, die der Beklagte als Architekt im Rahmen der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes der Mauer hatte. Auch wenn er von dritter Seite beauftragt worden wäre, hätte er von vornherein eine möglichst preisgünstige Variante planen müssen, weshalb sich der Wert seiner Architektenleistungen grundsätzlich nur nach der Ausführung bemessen kann, die die Firma L letztlich vorgenommen hat. Lediglich hierauf sind die 15 % anzusetzen, was einen Betrag in Höhe von 3.213,- € ergibt (15 % von 21.420,- €). Soweit der Beklagte zur Bekräftigung der Richtigkeit seiner Ansicht auf die Rechtsprechung des OLG Frankfurt (NJW-RR 1988, 918) verweist, verfährt das nicht. Im dortigen Fall ging es darum, dass ein Spielraum bei der Wahl verschiedener Nachbesserungsmöglichkeiten bestand und letztlich tatsächlich nicht die günstigste Variante ausgeführt wurde. Dabei berücksichtigte das OLG Frankfurt auch, dass der Werkunternehmer es selbst in der Hand gehabt hätte, die Mängelbeseitigung durchzuführen, davon jedoch im dortigen Fall keinen Gebrauch machte. Diese Konstellation ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Hier ist die günstigere Mängelbeseitigungsmaßnahme tatsächlich durchgeführt worden. Wenn der Beklagte Regiekosten in dem üblichen Rahmen geltend macht, der ihm auch bei einer vertraglichen Beauftragung zugestanden hätte, müssen ihm auch dieselben Sorgfaltsanforderungen an die Geringhaltung der Handwerkerkosten auferlegt werden. Er hätte deshalb von vornherein auf eine möglichst kostengünstige Lösung hinwirken müssen und kann deswegen auch nur nach dieser letztlich geplanten und ausgeführten Variante die Regiekosten abrechnen. Das Festmachen der Regiekosten im vorliegenden Fall an den tatsächlich entstandenen Baukosten ist daher sach-	50

und interessengerecht und widerspricht auch nicht der Entscheidung des OLG Frankfurt.

Entgegen der Ansicht des Beklagten hat der Senat in diesem Zusammenhang auch keinen Anlass dazu, einen weiteren Betrag im Hinblick auf die Regiekosten gemäß § 287 ZPO zu schätzen. 51

Des Weiteren trifft auch der vom Beklagten im Hinblick auf die Regiekosten vorgebrachte Einwand nicht zu, zu diesen Kosten sei Mehrwertsteuer hinzuzurechnen. Hierbei berücksichtigt der Beklagte nicht, dass die Berechnung der Regiekosten in Höhe von 15 % bereits auf den mit Mehrwertsteuer versehenen tatsächlichen Baukosten (21.420,- € brutto) basiert. Dem Senat ist nicht ersichtlich – dies wird vom Beklagten im Übrigen auch nicht dargelegt –, warum zu diesem Betrag eine weitere Mehrwertsteuer hinzuzurechnen sein sollte. 52

4. 53

Von dem oben genannten Rückzahlungsanspruch der Klägerin (23.408,75 €) sind keine von dem Beklagten geltend gemachten Kosten für die Umplanung zwecks Kostenersparnis (25 Stunden à 150,- €/Std.) in Abzug zu bringen. 54

Dem Senat ist schon nicht nachvollziehbar, wieso der Beklagte über die Regiekosten hinausgehende Kosten in Form eines zusätzlichen Planungshonorars geltend können machen sollte. Das stellt sich als unzulässige Doppelabrechnung dar, weil dabei Leistungen, die zudem vollkommen übersetzt sein dürften, abgerechnet werden, die schon zu den allgemeinen Architektenleistungen gehörten. 55

Sowohl die Klägerin als auch das Landgericht haben den Beklagten erstinstanzlich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sein Vortrag nicht substantiiert ist. Der Beklagte hat jedoch im Folgenden seinen Vortrag nicht weiter präzisiert. Auch im Berufungsverfahren bringt der Beklagte hierzu keinen weiteren nachvollziehbaren Vortrag. Entgegen der Ansicht des Beklagten sieht der Senat mangels ausreichender Anknüpfungstatsachen daher keine Veranlassung dazu, weitere ihm eventuell zustehende Kosten gemäß § 287 ZPO zu schätzen. 56

Ohne dass es danach noch darauf ankommt, weist der Senat jedoch darauf hin, dass es auffällig ist, dass der Beklagte bei der Berechnung seines Stundensatzes von 150,- € den Höchstbetrag eines Zeithonorars gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 1 HOAI a.F., der bei maximal 82,- € pro Stunde lag, deutlich überschreitet, ohne hierfür eine nachvollziehbare Begründung anzugeben. 57

5. 58

Der zugunsten der Klägerin verbleibende Rückzahlungsanspruch in Höhe von 21.408,75 € ist auch nicht deshalb weiter zu reduzieren, weil der Beklagte hiergegen erfolgreich die Aufrechnung mit verschiedenen Forderungen erklärt hat. Sämtliche vom Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderungen bestehen nicht. 59

a) Honorarnachforderung wegen Einordnung der Leistungen in Honorarzone IV 60

(Mittelsatz) = 15.398,47 € 61

Dem Beklagten steht nach dem Ergebnis der im Berufungsverfahren ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme kein Anspruch auf Nachforderung eines Honorars zu, weil 62

die von ihm erbrachten Architektenleistungen statt – wie vertraglich vereinbart – in Honorarzone III (Mittelsatz) demgegenüber in Honorarzone IV (Mittelsatz) einzuordnen wären.

aa) 63

Entgegen der Ansicht der Klägerin ist ein derartiger Anspruch nicht bereits deswegen ausgeschlossen, weil er verwirkt wäre. Zwar hat der Beklagte ca. 13 Jahre nach Beendigung seiner Tätigkeit die geänderte Abrechnung erstellt, womit zwar das sog. Zeitmoment der Verwirkung erfüllt sein dürfte (vgl. OLG Hamm, IBR 2011, 91 f. – Zeitspanne für das Zeitmoment: 5 bis 7 Jahre; siehe auch: OLG Köln, IBR 2013, 754 – Verwirkung nach 11 Jahren; OLG Hamm, IBR 2012, 403 – Verwirkung nach 13 Jahren). Jedoch fehlt es am sog. Umstandsmoment. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin darauf vertrauen konnte und durfte, der Beklagte werde keine weiteren Honoraransprüche mehr geltend machen. Nach dem insoweit unstreitigen Vortrag des Beklagten hat dieser in den Parallelrechtsstreitigkeiten die Abrechnung weiterer Honoraransprüche angekündigt und insoweit auch hilfsweise die Aufrechnung erklärt (ohne dass dort aber darüber entschieden worden wäre). 64

bb) 65

Entgegen der Ansicht des Beklagten kann er die von ihm erbrachten Architektenleistungen im vorliegenden Fall – entgegen der vertraglichen Vereinbarung (Honorarzone III, Mittelsatz) – nachträglich nicht unter Zugrundelegung der Honorarzone IV (Mittelsatz) berechnen. 66

Dabei kann der Beklagte von vornherein schon nicht den Mittelsatz beanspruchen, weil es insoweit an der Schriftform gemäß § 4 Abs. 4 HOAI a.F. fehlt. Es kommt damit von vornherein allenfalls der Mindestsatz der Honorarzone IV in Betracht, was der Beklagte verkennt. 67

Nach dem Ergebnis der im Berufungsverfahren ergänzend durchgeführten Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der Beklagte seine Architektenleistungen auch nicht nach Honorarzone IV (Mindestsatz) abrechnen kann. Dies käme dann in Betracht, wenn die vertragliche Vereinbarung der Honorarzone III (Mittelsatz) wegen Mindestsatzunterschreitung unwirksam wäre, § 4 Abs. 2 HOAI a.F. Eine solche unzulässige Unterschreitung des Mindestsatzes liegt jedoch nicht vor. 68

Nach den überzeugenden und im Einzelnen gut begründeten Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S im Senatstermin am 13.01.2015 ist das vorliegende Bauvorhaben nach seinem eigenen Schema insgesamt mit 27,0 Punkten zu bewerten, womit es unter Zugrundelegung der Punktetabelle gemäß § 11 Abs. 2 HOAI a.F. so gerade in die Honorarzone IV, die bei 27 Punkten beginnt, einzuordnen ist. Auch die anderen gängigen vom Sachverständigen herangezogenen Schemata (Löffelmann/Fleischmann; Motzke/Wolff; Klocke/Arlt [inhaltsgleich mit letzteren u.a. Locher/Koeble/Frik, Korbion/Mantscheff/Vygen und Pott/Dahlhoff/Kniffka]) führen bei einer Gesamtbetrachtung nicht zu wesentlich anderen Ergebnissen. Die nur leichte Überschreitung des Punkterahmens der Honorarzone III rechtfertigt keine Nachberechnung des Beklagten auf der Grundlage von Honorarzone IV (Mindestsatz). Der Beklagte übersieht bei seiner rechtlichen Beurteilung, dass bei der Beantwortung der Frage, ob eine unzulässige Mindestsatzunterschreitung vorliegt, der den Parteien in gewissem Umfang einzuräumende vertragliche Beurteilungsspielraum zu berücksichtigen ist. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH, dass ein Richter die Festlegung der Honorarzone durch die Parteien im Architektenvertrag zu berücksichtigen hat, soweit sich die Parteien im Rahmen des ihnen durch die HOAI eröffneten 69

Beurteilungsspielraums halten (vgl. nur: BGH, BauR 2004, 354 [355]). Ein solcher Beurteilungsspielraum kann bei geringfügigen Abweichungen der Bewertungspunkte angenommen werden. Verbreitet wird dabei eine Abweichung von ein bis zwei Bewertungspunkten für hinnehmbar gehalten (vgl. Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts (4. Aufl.), 12. Teil Rdnr. 340 f.). Eine solche geringfügige Abweichung, die sich im Rahmen des vertraglichen Beurteilungsspielraums der Parteien hält, liegt hier vor, da – wie bereits ausgeführt – im vorliegenden Fall insgesamt von einem Punktwert in Höhe von 27,0 Punkten auszugehen ist, womit eine Überschreitung der vertraglich vereinbarten Honorarzone um einen Punkt gegeben ist.

Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat im Rahmen der mündlichen Gutachtenerläuterung im Senatstermin am 13.01.2015 überzeugend, detailliert und gut nachvollziehbar dargestellt, dass das streitgegenständliche Bauvorhaben – bezogen auf den Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes im Jahre 1996 – knapp in die Honorarzone IV einzuordnen sei. Er hat dabei sein schriftliches Gutachten vom 12.05.2014 unter Berücksichtigung der von dem Beklagten vorgetragenen tatsächlichen Zustände im Jahr 1996 dahin korrigiert, dass insgesamt nicht von einer durchschnittlichen Bewertungszahl von 27,5 – so noch das schriftliche Gutachten –, sondern von 27,0 Punkten auszugehen sei. Diese Reduzierung hat der Sachverständige im Senatstermin nachvollziehbar damit begründet, dass unter Berücksichtigung der nach dem Vortrag des Beklagten im Jahr 1996 in der Nachbarschaft des Objekts vorhandenen Bebauung seine Bewertung der Einbindung in die Umgebung um 0,5 Punkte zu mindern sei. Hierauf kommt es letztlich aber nicht entscheidend an, weil selbst unter Zugrundelegung des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen mit einem Gesamtpunktwert von 27,5 eine nur knappe und im Rahmen des Beurteilungsspielraums liegende Überschreitung des Mindestsatzes vorliegt, die zulässig ist (s.o.). 70

Die hiergegen von dem Beklagten insbesondere unter Berufung auf das Gutachten des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. v. C vom 07.04.2014 erhobenen Einwände greifen allesamt nicht durch. 71

Soweit der Beklagte rügt, der Sachverständige Dipl.-Ing. S schöpfe die Punktegrenzen der HOAI nicht hinreichend aus, ist dies im Hinblick auf die überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S nicht nachvollziehbar. Der Sachverständige hat seine Feinbewertung des streitgegenständlichen Bauvorhabens unter Anwendung aller gängigen Schemata vorgenommen und begründet. Daraus hat er dann – da die Schemata jeweils einen gewissen „Einschlag“ (architektenlastig oder bauherrenlastig) hätten – einen Mittelwert gebildet. Dass der Sachverständige dabei nicht von den zutreffenden Punktzahlen bzw. Bewertungen ausgegangen wäre, ist nicht ersichtlich und vom Beklagten auch nicht dargelegt. 72

Soweit der Beklagte rügt, der Sachverständige Dipl.-Ing. S habe die Anforderungen der Einbindung in die Umgebung und die im Zeitpunkt der Planung 1996 vorhandene Bebauung nicht hinreichend berücksichtigt, greift dieser Einwand nicht durch und führt auch nicht zur Erhöhung des vom Sachverständigen Dipl.-Ing. S zugrunde gelegten Punktwerts. Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat im Senatstermin am 13.01.2005 gut nachvollziehbar und überzeugend dargestellt, dass der Beklagte hier die eventuell bauordnungsrechtlich nicht ganz einfache Einbindung in die Umgebung mit der honorarrechtlichen Bewertung der Einbindung in die Umgebung vermische. Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat sodann unter Bezugnahme auf andere von ihm selbst geplante bzw. begutachtete Objekte eine beispielhafte Darstellung von Objekten gegeben, die im überdurchschnittlichen Bereich der Einbindung in die Umgebung anzusehen seien. Er hat des Weiteren nachvollziehbar 73

erläutert, dass das streitgegenständliche Bauvorhaben damit nicht vergleichbar sei. Dies ist für den Senat gut nachvollziehbar und überzeugend. Weitere Einwände hat der Beklagte sodann auch nicht konkret vorgetragen. Sein Einwand bezog sich in erster Linie darauf, bei dem streitgegenständlichen Bauvorhaben handele es sich um ein „Solitär“. Dies hat der Sachverständige Dipl.-Ing. S jedoch hinreichend berücksichtigt, zumal ein „Solitär“ gerade nicht unter wesentlicher Berücksichtigung der vorhandenen Bebauung geplant wird.

Nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S greift auch der Einwand des Beklagten nicht durch, hinsichtlich der Funktionsbereiche sei eine höhere Punktzahl anzunehmen, weil eine barrierefreie Wohnung geplant worden sei. Dabei hat der Sachverständige überzeugend erläutert, dass die Frage der Planung barrierefreien Wohnens nur einen untergeordneten Teil der Überlegungen zur Planung eines Gebäudes darstelle und daher kaum ins Gewicht falle. Außerdem stelle dies keine große Anforderung an einen Architekten und bewege sich im Bereich von Standardüberlegungen. 74

Weiterhin hat der Sachverständige Dipl.-Ing. S auch überzeugend und nachvollziehbar dargestellt, warum der Einwand des Beklagten, hinsichtlich der gestalterischen Anforderungen sei von höheren Punktwerten auszugehen, nicht zutreffe. Der Sachverständige hat dabei vor allem festgestellt, dass die Einordnung des streitgegenständlichen Objekts als urheberrechtlich schützenswert nicht zugleich in honorarrechtlicher Hinsicht eine höhere Bewertung im Hinblick auf die gestalterischen Anforderungen zur Folge habe. Außerdem hat er darauf verwiesen, dass er das Gebäude insofern mit 6 Punkten bereits als überdurchschnittlich bewertet habe. 75

Zum Einwand des Beklagten, die technische Gebäudeausrüstung des streitgegenständlichen Bauvorhabens sei höher zu bewerten, hat der Sachverständige Dipl.-Ing. S überzeugend und nachvollziehbar ausgeführt, er habe bei seiner Begutachtung alles berücksichtigt, was der Beklagte vorgetragen habe und bleibe – auch unter Beachtung der Ausführungen des Privatsachverständigen Dipl.-Ing. v. C bei seiner bisherigen Bewertung. Das Objekt sei insgesamt in diesem Bereich als durchschnittlich im oberen Bereich zu bewerten, auch unter Berücksichtigung des Planungszeitraums im Jahr 1996. 76

Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang moniert, der Sachverständige Dipl.-Ing. S habe sich das Gebäude nicht selbst von innen angesehen, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung der Sache. Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat insofern zutreffend darauf hingewiesen, dass er bei seiner Bewertung den Akteninhalt und den Vortrag des Beklagten berücksichtigt habe. Soweit der Beklagte im Senatstermin am 13.01.2015 auf eine technisch höherwertige Gebäudeausrüstung hingewiesen hat, ist dieser Vortrag nicht ausreichend, um eine weitere Beweisaufnahme durchzuführen. Der Beklagte hat weder erstinstanzlich noch im Berufungsverfahren Einzelheiten dazu vorgetragen, obwohl diese Punkte von Anfang an streitgegenständlich waren. Es war daher – worauf der Sachverständige Dipl.-Ing. S hinweist – nicht die Aufgabe des Sachverständigen, von Amts wegen durch eigene Nachfragen weiteren Vortrag von dem Beklagten zu fordern. Eine Überprüfung hätte der Sachverständige vor Ort nur dann durchführen müssen, wenn der Beklagte – woran es hier fehlt – Umstände, die einen höheren Punktwert rechtfertigen könnten, vorgetragen und die Klägerin diese Umstände bestritten hätte. 77

Auch im Hinblick auf die konstruktiven Anforderungen und die Anforderung an den Ausbau greifen die Einwände des Beklagten, diese Aspekte seien jeweils höher zu bewerten als von dem Sachverständigen Dipl.-Ing. S angenommen, nicht durch. Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat den Vortrag des Beklagten gewürdigt und kommt dabei zu einer von dem Beklagten abweichenden Punktezahl. Der Senat hat in diesem Zusammenhang keinen Anlass dazu, an 78

den Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S zu zweifeln. Solche Anhaltspunkte ergeben sich auch nicht aus dem Vortrag des Beklagten, insbesondere nicht aus dem Inhalt des von ihm vorgelegten Privatgutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. v. C. Darin werden – wie der Sachverständige Dipl.-Ing. S ausführt – bis auf die bloße Behauptung, es sei eine höhere Punktzahl zugrunde zu legen, keine weiteren Einzelheiten aufgeführt. Solche bringt der Beklagte auch nicht vor.

Insgesamt hat der Senat daher keinen Zweifel an der Feststellung des Sachverständigen Dipl.-Ing. S, das streitgegenständliche Bauvorhaben sei im Jahr 1996 als knapp überdurchschnittlich mit 27,0 Punkten zu bewerten. Damit ist es in Honorarzone IV (Mindestsatz) einzuordnen. 79

Entgegen der Ansicht des Beklagten kann der Senat die Ausführungen des Sachverständigen Dipl.-Ing. S sowohl in seinem schriftlichen Gutachten vom 12.05.2014 als auch im Rahmen seiner mündlichen Gutachtenerläuterung vor dem Senat am 13.01.2015 der Entscheidung zugrunde legen. Anlass für die Einholung eines neuen Gutachtens gemäß § 412 ZPO besteht entgegen der Ansicht des Beklagten nicht. Der Sachverständige Dipl.-Ing. S hat das Ergebnis seiner Begutachtung gut nachvollziehbar und im Einzelnen detailliert anhand der Feinbewertung unter Zugrundelegung der vertretenen Schemata begründet. Auch hat der Sachverständige in Übereinstimmung mit der Rechtsansicht des Senats zutreffend dargelegt, warum er keine Besichtigung des Objekts von innen im Rahmen seiner Bewertung vornehmen musste. Anhaltspunkte dafür, dass das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. S ungenügend gemäß § 412 Abs. 1 ZPO wäre, bestehen nicht. Allein der Umstand, dass der Sachverständige die Bewertung des streitgegenständlichen Objekts anders als der Beklagte vornimmt, rechtfertigt nicht die Einholung eines neuen Gutachtens. Der Senat sieht auch keine einseitige Begünstigungstendenz des Sachverständigen. Insoweit wird ergänzend auf den Senatsbeschluss vom 13.01.2015 verwiesen (vgl. Bl. 570 f. d.A.), mit dem das gegen den Sachverständigen gerichtete Befangenheitsgesuch des Beklagten zurückgewiesen worden ist. 80

b) Nachforderung des Beklagten wegen besonderer Leistungen = 10.957,11 € 81

Dem Beklagten stehen auch keine gegen den Rückzahlungsanspruch der Klägerin aufrechenbaren Nachforderungen wegen der Erbringung besonderer Leistungen zu. Der Beklagte übersieht hier, dass eine solche Nachforderung bereits daran scheitert, dass die gemäß § 5 Abs. 4 HOAI a.F. zwingend notwendige Schriftform nicht eingehalten worden ist. Im Unterschied zum neuen Recht (vgl. § 3 Abs. 3 Satz 3 HOAI 2013), das auf den vorliegenden Fall jedoch nicht anwendbar ist, besteht kein vertraglicher Honoraranspruch des Architekten im Hinblick auf zusätzliche besondere Leistungen, wenn es an der Schriftform fehlt. Ein solcher Anspruch kann dann auch nicht auf Geschäftsführung ohne Auftrag oder § 812 BGB gestützt werden (vgl. zum alten Recht: Koeble, in: Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts (3. Aufl.), 12. Teil Rdnr. 335 mwN). 82

Entgegen der Ansicht des Beklagten sind im vorliegenden Fall auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass es treuwidrig sein könnte, eine Honorarnachforderung von der notwendigen Schriftform gemäß § 5 Abs. 4 HOAI a.F. abhängig zu machen. Unabhängig davon, dass der im Berufungsverfahren erstmals gehaltene Vortrag des Beklagten, zwischen den Parteien habe im Rahmen einer langjährigen Zusammenarbeit ein außerordentlich intensiver Vertrauensstatbestand vorgelegen („Haus- und Hofarchitekt“), gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO präkludiert sein dürfte, macht dieser Vortrag die notwendige Schriftform gemäß § 5 Abs. 4 HOAI a.F. auch nicht entbehrlich. Zudem lehnt die zu § 5 Abs. 4 HOAI a.F. vertretene herrschende Meinung ein Entfallen der Schriftform aus dem Gesichtspunkt von 83

Treu und Glauben auch grundsätzlich ab (vgl. dazu: Werner, in: Werner/Pastor, Der Bauprozess (12. Aufl.), Rdnr. 889/Fußn. 451 [S. 476]).

Soweit der Beklagte im Berufungsverfahren zuletzt erstmals vorgetragen hat, seine (als besondere Leistung nachberechneten) Leistungen, die er als Nachtrag zum Bauantrag geltend gemacht hat, seien wiederholte Grundleistungen, begründet auch dies keinen aufrechenbaren Anspruch des Beklagten. Der Vortrag wiederholter Grundleistungen wird im Berufungsverfahren erstmals gehalten. Auch wenn es sich bei der Einordnung der Leistungen im Ergebnis um eine Rechtsfrage handelt, ist der entsprechende Tatsachenvortrag hierzu im Berufungsverfahren gemäß § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO präkludiert. Im Übrigen hat der Beklagte zu den Voraussetzungen einer wiederholten Grundleistung im gesamten Rechtsstreit nichts vorgetragen und auch keine dementsprechende Nachberechnung vorgenommen. Es fehlt daher im Berufungsverfahren bereits an nachvollziehbarem tatsächlichen Vortrag des Beklagten zu wiederholten Grundleistungen. Bislang hat der Beklagte dies auch stets anders gesehen und dementsprechend besondere Leistungen nachberechnet. 84

Da sämtliche von dem Beklagten zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht bestehen, verbleibt es bei dem Rückzahlungsanspruch der Klägerin in Höhe von 23.408,75 €. 85

III. 86

Zinsen aus vorgenanntem Betrag in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 08.08.2011 kann die Klägerin von dem Beklagten gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 BGB verlangen. 87

C. 88

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 89

Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen. Das Urteil hat keine über den Einzelfall hinausgehende, grundsätzliche Bedeutung. Auch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts. 90