

OLG Hamm
Urteil
vom 23.07.2019
21 U 24/18

HOAI 2013 § 7 Abs. 2, 4, 5

In laufenden Architektenhonorarprozessen ist das verbindliche Preisrahmenrecht der HOAI anwendbar. Daran hat sich durch die Entscheidung des EuGH vom 04.07.2019 ([IBR 2019, 436](#)) nichts geändert (entgegen OLG Celle, Urteil vom 17.07.2019 - [14 U 188/18](#), IBRRS 2019, 2179).

OLG Hamm, Urteil vom 23.07.2019 - 21 U 24/18

vorhergehend:

LG Essen, 28.12.2017 - 6 O 351/17

In dem Rechtsstreit

(...)

hat der 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm aufgrund mündlicher Verhandlung vom 11.07.2019 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht ###, den Richter am Landgericht ### und den Richter am Oberlandesgericht ###

für Recht erkannt:

I. Auf die Berufung der Beklagten wird das am 28.12.2017 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Essen (6 O 351/17) - unter Zurückweisung der Berufung im Übrigen - teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 96.768,03 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 26.10.2017 zu zahlen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 6% und die Beklagte 94%, die Kosten des Rechtsstreits zweiter Instanz tragen der Kläger zu 3% und die Beklagte zu 97%.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Parteien können die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des für die jeweils andere Partei vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht jene vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrags leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen.

Gründe:

Der Kläger betreibt ein Ingenieurbüro für Versorgungstechnik in S. Die Beklagte gehört zur sogenannten T.-Gruppe und betreibt ein Unternehmen mit Sitz in E., dessen Gegenstand die wirtschaftliche Entwicklung von Immobilien ist. Die Parteien streiten um vom Kläger gegen die Beklagte geltend gemachte Honorarforderungen in Zusammenhang mit deren Bauvorhaben "### 30, Haus 2, ### Berlin".

Aufgrund Ingenieurvertrags vom 2.6.2016 (K1, Bl. 11-30), in dem u.a. ein Pauschalhonorar von 55.025,00 Euro für die darin im Einzelnen aufgeführten Leistungen vorgesehen war, erbrachte der Kläger Leistungen gem. § 55 HOAI (2013). Wegen der Einzelheiten der im Vertrag getroffenen Vereinbarungen wird auf den Inhalt der in Kopie zur Akte gereichten Vertragsurkunde Bezug genommen.

Auf die Abschlagsrechnungen des Klägers Nr. 18/16 vom 15.6.2016 (Bl. 65) und Nr. 26/16 vom 16.9.2016 (Bl. 66), die jeweils auf Grundlage der Honorarpauschale aufgestellt waren, leistete die Beklagte Zahlungen in Höhe von brutto 25.340,66 Euro und 30.055,26 Euro. Genehmigungs- und Ausführungsplanung mit dem Stand von September 2016 wurden vollständig an die Beklagte übergeben.

Danach vereinbarten die Parteien in Zusammenhang mit nach Übergabe der Planung eingetretenen Änderungen insgesamt 3 Nachträge. Alle Nachtragsangebote des Klägers beinhalteten eine Honorarermittlung nach Zeitaufwand.

Aufgrund eines Angebots des Klägers vom 3.10.2016 erteilte die Beklagte am 7.10.2016 einen Auftrag zur Überarbeitung der Ausführungsplanung bezüglich der Heizung zu einem Pauschalhonorar von netto 3.000,00 Euro (Bl. 61). Auf die Rechnung des Klägers Nr. 32/16 (Bl. 67) bezüglich dieses 1. Nachtrags zahlte die Beklagte den vollen Betrag von 3.570,00 brutto.

Unter dem 9.10.2016 bot der Kläger die Überarbeitung der Ausführungsplanung für Lüftungs- und Kälteanlagen nach Maßgabe eines Änderungsvorschlags der Fa. ### an. Die Beklagte erteilte einen entsprechenden Auftrag durch handschriftlichen Vermerk auf dem Angebot, verbunden mit dem Zusatz "pauschal 2.500,00 Euro" (Bl. 62). Wegen dieses 2. Nachtrags zahlte sie 2.975,00 brutto auf die Rechnung Nr. 39/16 (Bl. 68).

Gegenstand des Angebots vom 11.12.2016 waren vom Kläger zu erbringende Zusatzleistungen, die u.a. Änderungen der Planungen für den Bereich WC in allen Ebenen sowie der Pläne UG Sanitär und Heizung, eine Verlegung der Hausanschlüsse sowie eine Gewerkekoordinierung und Kontrolle der Änderungsplanung mit der vorhandenen Ausführungsplanung beinhalteten. In seinem Angebot wies der Kläger darauf hin, dass mit der Erbringung der Leistungen bereits begonnen wurde. Die Beklagte erteilte den Auftrag dazu am 13.12.2016 unter handschriftlichem Hinweis auf eine Pauschalierung des Honorars auf 3.885,00 netto (K2, Bl. 31-32).

Inwieweit der Kläger diese nachträglich in Auftrag gegebenen Leistungen erbrachte, ist streitig. Unstreitig erstellte der Kläger jedenfalls keine Umplanung für die Abwasseranschlüsse der drei WC im Untergeschoss.

Auf die Rechnung des Klägers Nr. 11/17 in Höhe des für den 3. Nachtrag vorgesehenen Pauschalhonorars von 3.885,00 netto bzw. 4.623,15 brutto (K3, Bl. 33) sowie auf eine weitere Rechnung Nr. 12/17 über 2.302,65 Euro (K5, Bl. 37), jeweils vom 7.4.2017, leistete die Beklagte trotz entsprechender Zahlungsaufforderungen des Klägers keine Zahlungen.

Mit Schreiben vom 2.6.2017 erklärte dann der Kläger die Kündigung des Vertrags (K6, 38). Die Beklagte entgegnete mit Anwaltsschreiben vom 28.6.2017, über geleistete

Abschlagszahlungen von insgesamt 61.940,87 Euro brutto hinaus seien Vergütungsforderungen jedenfalls nicht fällig, sondern die Planung für die Lüftung und Heizung zum Dachbereich, für die Anschlüsse des Abwassers und der WC im Untergeschoss sowie der. Anschlüsse des Abwassers für die Küche im Untergeschoss sei jeweils vollkommen ungeklärt (K7, B. 39-40).

Mit Schreiben vom 30.7.2017 übermittelte der Kläger der Beklagten seine Honorarschlussrechnung Nr. 23/17, mit der er auf Grundlage der Mindestsätze aus § 56 HOAI (2013) eine Honorarforderung von insgesamt 143.103,46 Euro netto - einschließlich der drei Nachträge über netto 3.000,00 Euro, 2.500,00 und 3.885,00 Euro, also 170.293,12 brutto - errechnete und die nach Abzug der geleisteten Zahlungen und eines Sicherheitseinbehalts von 5% eine offene Restforderung in Höhe von 102.934,59 brutto auswies (K10, Bl. 45-47).

Mit Anwaltsschreiben vom 2.8.2017 setzte der Kläger der Beklagten eine Frist zur Abnahme der bis zur Kündigung erbrachten Leistungen bis zum 18.8.2017 (K11, Bl. 69-70), ohne dass es danach zu einer Abnahme kam. Vielmehr wandte die Beklagte mit Anwaltsschreiben vom 1.9.2017 ein, wegen fehlender Abgrenzung der erbrachten von den nicht erbrachten Leistungen und fehlender Revisionsunterlagen lägen die Voraussetzungen einer Abnahme nicht vor (K12, Bl. 71-74). Die Schlussrechnung wies sie mit dem Hinweis, die Geltendmachung der Mindestsätze sei treuwidrig, zurück und bezeichnete sie im Übrigen als übersetzt.

Den offenen Betrag aus seiner Schlussrechnung hat der Kläger erstinstanzlich mit seiner Klage geltend gemacht und gemeint, die im Vertrag vorgesehene Pauschalierung des Honorars sei wegen Unterschreitung der Mindestsätze unwirksam, so dass er nach den Mindestsätzen habe abrechnen können und müssen. Die vertraglich geschuldeten Leistungen habe er, mit Ausnahme der Leistungen aus der Leistungsphase 8, ordnungsgemäß erbracht. Zusatzleistungen bezüglich des Anbaus, der Heizkörper und der Dacheinläufe seien von der Beklagten beauftragt gewesen und seinerseits ausgeführt worden.

Die Beklagte hat demgegenüber eingewandt, der Kläger sei an die Pauschalpreisvereinbarung gebunden, weil er hinsichtlich der Beauftragung der Fachplanungsleistungen keinem Wettbewerb ausgesetzt gewesen sei und der Vertragsinhalt von ihm habe beeinflusst werden können. Außerdem seien die Leistungen, den aufrecht erhaltenen Rügen im Schreiben vom 28.6.2017 entsprechend, unvollständig gewesen, so dass die vom Kläger erklärte Kündigung nicht gerechtfertigt gewesen sei. Sie habe sich nicht mit Zahlungen in Verzug befunden, sondern Mehrkosten tragen müssen, die dadurch entstanden seien, dass die Planung hätte vervollständigt und infolge mangelhafter Planung entstandene Baumängel hätten beseitigt werden müssen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags und der gestellten Anträge im ersten Rechtszug wird auf die Darstellung im erstinstanzlichen Urteil Bezug genommen.

Mit ihrem am 28.12.2017 verkündeten Urteil (6 O 351/17) hat die 6. Zivilkammer des Landgerichts Essen die Beklagte ohne Beweisaufnahme verurteilt, an den Kläger 100.108,34 Euro nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 26.10.2017 zu zahlen, und im Übrigen die Klage abgewiesen.

Zur Begründung hat die Kammer ausgeführt, dem Kläger stehe ein Anspruch auf Zahlung von Honorar aus § 631 I oder aus § 649 S. 2 BGB in Verbindung mit den Bestimmungen der HOAI (2013) zu. Auf die Wirksamkeit seiner Kündigung vom 2.6.2017 komme es nicht an, weil er nur die bis zu diesem Zeitpunkt tatsächlich erbrachten Leistungen abgerechnet habe. Ersparte Aufwendungen habe der Kläger berücksichtigt, indem er im Hinblick auf die unterbliebene Prüfung der Revisionsunterlagen 1% aus der Leistungsphase 8 abgezogen habe. Der Umfang der zu erbringenden Leistungen aus den beauftragten Leistungsphasen

2-8 sei in § 3 des Ingenieurvertrags bestimmt- worden, wobei die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde gegen die Behauptung der Beklagten spreche, dass bezüglich sämtlicher Leistungsphasen lediglich Teilleistungen vereinbart gewesen seien. Soweit die Vereinbarung von Nachträgen unstreitig sei, bestehe auch insoweit die geltend gemachte Honorarforderung, während der Kläger hinsichtlich der Beauftragung der mit seiner Rechnung Nr. 12/17 vom 7.4.2017 abgerechneten Leistungen beweisfällig geblieben sei.

Soweit die Beklagte die Richtigkeit der Bewertung der erbrachten Teilleistungen in Zweifel gezogen habe, sei ihr Vortrag, da die vom Kläger abgerechneten v.H.-Sätze plausibel seien, nicht ausreichend. Es fehle Vortrag dazu, welche Teilleistungen nicht vollständig erbracht seien, wobei das Vorbringen, Schlitz- und Durchbruchpläne seien nicht angefertigt worden, für die Kammer nicht nachvollziehbar sei. In Bezug auf die Zusatzvereinbarung vom 11.12./13.12.2016, die Grundlage der Rechnung Nr. 11/17 war, stehe fest, dass die Beklagte zahlreiche Unterlagen erhalten habe. Deshalb komme es nicht darauf an, ob sie die Unterlagen vollständig erhielt. Der Vertrag enthalte keine Regelung für den Fall, dass Unterlagen nicht vollständig übergeben würden. Das Honorar sei nach den Mindestsätzen gem. §§ 7 I, 56 I, 55 HOAI (2013) abzurechnen, denn die im Vertrag getroffene Pauschalvereinbarung sei unwirksam, weil die Mindestsätze unterschritten würden. Ein Ausnahmefall, der eine Mindestsatzunterschreitung rechtfertigen könnte, liege nicht vor und der Kläger sei auch nicht ausnahmsweise daran gebunden. Die Beklagte sei als in der Baubranche erfahrenes Unternehmen nicht schutzbedürftig. Der Vortrag der Beklagten zum Vorliegen eines Ausnahmefalls sei nicht konkret genug. Die klägerische Ermittlung der anrechenbaren Kosten genüge den sich aus §§ 4 I, 6 I HOAI (2013) ergebenden Anforderungen und sei von der Beklagten nicht angegriffen worden. Die Behauptung der Beklagten, das Bauvorhaben sei der Honorarzone I zuzuordnen reiche nicht aus, da sie zu den dafür maßgeblichen Tatsachen nicht ausreichend vorgetragen habe. Die aufgrund der Nachträge zusätzlich erbrachten Leistungen seien gem. § 10 HOAI (2013) honorarpflichtig und hier aufgrund der Vereinbarungen der Parteien nach Zeitaufwand abzurechnen gewesen. Dementsprechend ergebe sich ein Nettohonorar nach den Mindestsätzen in Höhe von 136.277,67 Euro sowie für die Zusatzleistungen nach Zeitaufwand von 6.885 Euro. Für die nicht erbrachten Grundleistungen der Leistungsphase 8 seien 2.559 Euro in Abzug zu bringen. Die Bruttoforderung mindere sich um die geleisteten Abschlagszahlungen sowie 5% Sicherungseinbehalt auf 100.108,34 Euro.

Die Honorarforderung sei gem. § 640 I S. 3 BGB fällig, weil die Beklagte das Werk nicht innerhalb der dazu gesetzten Frist abgenommen habe. Die Leistungen des Klägers seien als abnahmereif anzusehen, denn die Beklagte habe Mängel nicht rechtzeitig gerügt. Ihr nach Ablauf der antragsgemäß verlängerten Frist zur Klageerwiderung gehaltener Vortrag zu Mängeln der Ingenieurleistungen sei gem. § 296 1 ZPO als verspätet zurückzuweisen. Zudem befänden sich die Parteien, da die Beklagte keine Leistungserbringung des Klägers mehr fordere, im Abrechnungsverhältnis.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, die sie zunächst damit begründet, das Landgericht habe gegen seine Hinweispflicht aus § 139 ZPO verstoßen, indem es die Voraussetzungen eines Ausnahmefalls gem. § 4 II HOAI wegen unzureichenden Vortrags der Beklagten nicht angenommen habe, ohne ihr Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben. Bei entsprechendem Hinweis wäre vorgetragen worden, dass mit den beiden auf Grundlage der Pauschalvereinbarung aufgestellten Abschlagsrechnungen vom 15.6.2016 (B5, Bl. 176) und 16.9.2016 (B6, Bl. 177) die Leistungsphasen 2-7 vollständig abgerechnet worden seien, während der Kläger die Leistungen der Leistungsphase 8 gar nicht mehr erbracht habe. Mit Zahlung der Abschlagsrechnungen sei daher das ursprüngliche Vertragsverhältnis gem. Ingenieurvertrag vom 2.6.2016 beendet gewesen. Für die danach zusätzlich in Auftrag gegebenen und erbrachten Leistungen habe der Kläger mit den Rechnungen 32/16, 39/16 und 11/17 sowie mit der Rechnung 33/16 bezüglich des Bauvorhabens Zentrallager ###, ### 23 in Berlin (B7,

Bl. 178) jeweils Pauschalhonorare unterhalb der Mindestsätze abgerechnet und so allgemein zum Ausdruck gebracht, dass er nicht nach den Mindestsätzen abrechnen wolle. Dadurch habe er konkludent auf über die vereinbarten Pauschalen hinausgehende Honorarforderungen verzichtet, während auf Seiten der Beklagten ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden sei.

Die Kammer habe sich nicht damit auseinandergesetzt, dass die Beklagte explizit vorgetragen habe, die mit der Rechnung Nr. 11/17 abgerechneten Leistungen aus dem Nachtrag seien nicht vollständig erbracht worden, und habe zu Unrecht den angebotenen Zeugenbeweis nicht erhoben. Zudem sei kein Stundennachweis vorgelegt worden. Ihr Vortrag zu Mängeln der erbrachten Werkleistung habe nicht gem. § 296 ZPO unbeachtet bleiben dürfen.

Vor allem macht die Beklagte nunmehr geltend, die zwingenden Regelungen der HOAI zur Geltung der Mindestsätze und zur Unwirksamkeit von diesen unterschreitenden Preisvereinbarungen seien wegen Verstoßes gegen europarechtliche Bestimmungen, namentlich Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123, unanwendbar.

Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des am 28.12.2017 verkündeten Urteils des Landgerichts Essen (6 O 351/17) die Klage insgesamt abzuweisen;

hilfsweise,

die Revision zuzulassen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens. Er bestreitet eine Unterschreitung der Mindestsätze durch die jeweils vereinbarten Pauschalen für die Zusatzleistungen und bei dem anderen Bauvorhaben. Bei anrechenbaren Kosten beim Bauvorhaben der ### von 95.000 Euro habe nämlich die Pauschale von 4.500 Euro netto für die Grundleistungen der Leistungsphasen 6 und 7 nicht unter den Mindestsätzen gelegen. Er sei davon ausgegangen, dass die Nachträge nach Zeitaufwand abgerechnet werden durften. Die Voraussetzungen eines Verzichts seien nicht erfüllt. Im Übrigen seien die abgerechneten Leistungen in Auftrag gegeben und vollständig ausgeführt worden.

Auf die Honorarforderung in Höhe von 3.885,00 Euro netto aus der Vereinbarung über den 3. Nachtrag hat der Kläger und Berufungsbeklagte anlässlich der mündlichen Verhandlung vor dem Senat verzichtet.

Hinsichtlich des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt ihrer zur Akte gereichten Schriftsätze sowie auf den Inhalt des Protokolls der Senatssitzung vom 11.7.2019 (Bl. 270 ff.) Bezug genommen.

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung hat nur in geringem Umfang - nämlich im Hinblick auf die Abrechnung der im Rahmen des dritten Nachtrags erbrachten Ingenieurleistungen - Erfolg. Ansonsten ist die Berufung unbegründet, weil die Klage weitgehend begründet ist.

1. Soweit der Kläger mit der Klage den Betrag von 3.885,00 Euro netto bzw. 4.623,15 Euro brutto aus seiner ursprünglichen Rechnung Nr. 11/17, den er in der Schlussrechnung erneut

eingestellt hatte, geltend gemacht hat, ist die Klage infolge des erklärten Teilverzichts gem. § 306 ZPO zwingend als unbegründet abzuweisen.

a) Die ursprünglich separat abgerechnete Forderung für die aufgrund des unstreitig vereinbarten Nachtrags erbrachten Zusatzleistungen betrifft einen eigenen Streitgegenstand und kann daher Gegenstand eines Teilurteils sein. Dementsprechend sind insofern auch ein teilweiser Verzicht ebenso wie ein teilweises Anerkenntnis möglich (Musielak in Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl., § 306 Rn. 1, § 307 Rn. 7). Der Kläger hat den Verzicht auf diese Forderung durch seinen Prozessbevollmächtigten wirksam vor dem Senat zu Protokoll erklärt (vgl. Zöller/Feskorn, ZPO, 32. Aufl., § 306 Rn. 4).

b) Der Antrag der Beklagten auf Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Klageabweisung ist, soweit der Verzicht reicht, für eine Entscheidung durch Teil-Verzichtsurteil ausreichend (Musielak in Musielak/Voit, a.a.O., Rn. 4). Damit ist die Berufung hinsichtlich dieser Forderung des Klägers im Ergebnis erfolgreich, ohne dass es noch einer Beweisaufnahme zum Umfang der bezüglich des 3. Nachtrags tatsächlich erbrachten Planungsleistungen bedurfte.

2. Die Ansprüche des Klägers auf Vergütung für die vereinbarungsgemäß im Rahmen der weiteren Nachträge erbrachten Zusatz- bzw. Wiederholungsleistungen gem. § 10 II HOAI, sind nicht Streitgegenstand der vorliegenden Klage.

a) Die beiden ersten Nachträge waren bereits mit den Rechnungen Nr. 32/16 und Nr. 39/16 vollständig abgerechnet. Die Beklagte hat unstreitig die mit diesen Rechnungen geforderten Zahlungen geleistet und dementsprechend die jeweiligen Honorarforderungen gem. § 362 BGB erfüllt. Diese waren danach zwar inhaltlicher Bestandteil der Schlussrechnung, nicht jedoch Teil der streitgegenständlichen Klageforderung.

Soweit die Kammer im Rahmen des erstinstanzlichen Urteils die klägerische Forderung in Höhe von 2.500,00 Euro für den 2. Nachtrag entsprechend der Rechnung Nr. 39/16 als unbegründet angesehen und die Klage teilweise abgewiesen hat, ist das zu Unrecht geschehen. Der Kläger hat keine Zahlung auf diese Forderung verlangt und die Beklagte hat nicht geltend gemacht, dass ihr diesbezüglich etwa ein aufrechenbarer Rückzahlungsanspruch zustände. Sie hat weder dem Grunde noch der Höhe nach Einwendungen gegen die Forderung erhoben.

b) Dasselbe gilt hinsichtlich der Forderung aus der Rechnung Nr. 12/17. Darauf zahlte die Beklagte zwar nicht, der Kläger führte sie allerdings auch nicht in seiner Schlussrechnung auf und hat sie mit der auf den in der Schlussrechnung ermittelten Saldo gestützten Zahlungsklage nicht geltend gemacht. Daher ist sie ebenfalls nie Streitgegenstand gewesen.

3. Der verbleibende, mit der Klage geltend gemachte Zahlungsanspruch des Klägers ergibt sich aus § 631 I BGB in Verbindung mit Ziff. 6:1 des Ingenieurvertrags und §§ 7 I, III, V, 56 HOAI. Die vertragsgemäß im Hinblick auf den ursprünglichen Leistungsumfang aus dem Ingenieurvertrag vom 2.6.2016 erbrachten Leistungen sind nach den Mindestsätzen gem. § 56 I HOAI zu honorieren.

a) Dass zwischen den Parteien ein Ingenieurvertrag geschlossen wurde, dessen Gegenstand die TGA-Planung für das Bauvorhaben der Beklagten "### 30, Haus 2, ### Berlin" war, ist unstreitig. Danach war ein Geisteswerk als Erfolg im Sinne des § 631 I BGB geschuldet. Der Kläger erbrachte die danach vorgesehenen Grundleistungen aus den Leistungsphasen 2-7. Im Einzelnen handelte es sich bei den in Auftrag gegebenen Leistungen um folgende Grundleistungen:

LP Grundleistung

1 ./.

2 Erarbeiten eines Planungskonzepts

Aufstellen eines Funktionsschemas

3 Durcharbeiten des Planungskonzepts

Berechnen und Bemessen der techn. Anlagen

Übergeben der Berechnungsergebnisse an andere Planungsbeteiligte

4 komplett

5 Erarbeiten der Ausführungsplanung auf Grundlage der

Ergebnisse der Lph. 3+4 Fortschreiben der Berechnungen und Bemessungen

d. techn. Anlagen

Anfertigen v. Schlitz- und Durchbruchplänen

Prüfen u. Anerkennen d. Montage- u. Werkstattpläne

6 komplett

7 komplett

8 Prüfung d. übergebenen Revisionsunterlagen

Dabei steht fest, dass der Kläger die Leistungen aus der Leistungsphase 8 nicht mehr ausführte.

b) Die im Vertrag getroffene Pauschalpreisvereinbarung ist wegen Verstoßes gegen den Mindestpreischarakter der HOAI als zwingendes Preisrecht unwirksam. Dass das vertraglich vorgesehene Pauschalhonorar hinter dem sich bei Anwendung der Mindestsätze ergebenden Honorar, sogar ohne Berücksichtigung eines Umbauzuschlags gem. § 6 II HOAI, deutlich zurückbleibt, ist unstrittig.

aa) Die maßgeblichen Bestimmungen der HOAI, auch zum Mindestpreischarakter, sind hier anwendbar. Daran ändert die Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland, wonach diese durch Aufrechterhaltung der Bestimmungen zum zwingenden Preisrecht in der HOAI gegen ihre Verpflichtungen aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. g und Abs. 3 der Richtlinie 2006/123 verstoßen habe (EuGH, [IBR 2019, 436](#)), nichts.

Das Urteil des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren bindet nämlich nur den Mitgliedstaat, der nach eigenem Ermessen die geeigneten Maßnahmen ergreifen muss, um den europarechtswidrigen Zustand zu beseitigen. Für den einzelnen Unionsbürger geht von dem Urteil keine Rechtswirkung aus. Die Feststellung der Europarechtswidrigkeit der Mindestsätze der HOAI im Vertragsverletzungsverfahren ändert nichts daran, dass zum Zeitpunkt des Verstoßes die HOAI zu beachten war, denn es gibt insofern keine Rückwirkung (OLG Naumburg, [NZBau 2017, 667, 669](#); KG, [IBR 2018, 690](#); LandesberufungsG für Architekten NW, [IBR 2018, 691](#); Schmidt in Graf v. Westphalen u.a.,

Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: 42. EL Dezember 2018, Architektenvertrag Rn. 65).

Die in einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH formulierte Prämisse, die trotz Vereinbarung eines geringeren Pauschalpreises auf eine Abrechnung nach den Mindestsätzen gestützte Klage wäre ohne weiteres abzuweisen, soweit mehr als die vereinbarte Pauschale verlangt werde, wenn sich die nationalen Regelungen als unionsrechtswidrig erwiesen, weil die maßgeblichen Vorschriften der HOAI wegen des Vorrangs des Europäischen Rechts nicht anzuwenden seien, falls sie unionsrechtswidrig seien (LG Dresden Beschluss v. 8.2.2018 - [6 O 1751/15](#)), ist aus diesen Gründen nach Auffassung des Senats nicht zutreffend. Vielmehr kann eine Richtlinie nicht selbst Verpflichtungen für einen Einzelnen begründen, so dass ihm gegenüber eine Berufung auf die Richtlinie als solche nicht möglich ist. Würde die Möglichkeit, sich auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie zu berufen, auf den Bereich der Beziehungen zwischen Privaten ausgedehnt, liefe das darauf hinaus, der EU die Befugnis zuzuerkennen, mit unmittelbarer Wirkung zu Lasten der Einzelnen Verpflichtungen anzuordnen, obwohl ihr dies nur dort gestattet ist, wo ihr die Befugnis zum Erlass von Verordnungen zugewiesen ist. Eine Richtlinie kann deshalb nicht in einem Rechtsstreit zwischen Privaten angeführt werden, um die Anwendung der Regelung eines Mitgliedstaats, die gegen diese Richtlinie verstößt, auszuschließen. Das nationale Gericht hat nämlich die Anwendung der nationalen Vorschrift, die gegen eine Richtlinie verstößt, nur auszuschließen, wenn sie gegenüber einem Mitgliedstaat, seinen Verwaltungsträgern einschließlich dezentralisierter Behörden oder Einrichtungen und Stellen geltend gemacht wird, die dem Staat oder dessen Aufsicht unterstehen oder die von einem Mitgliedstaat mit der Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe betraut wurden und hierzu mit besonderen Rechten ausgestattet sind, die über die für die Beziehungen zwischen Privatpersonen geltenden Vorschriften hinausgehen (EuGH, [IWRZ 2019, 76, 77](#)).

bb) Vor diesem Hintergrund hält der Senat die dem EuGH vorgelegten Fragen, die inhaltlich durch dessen Urteil vom 04.07.2019 ([IBR 2019, 436](#)) beantwortet sind, für im Zivilrechtsstreit zwischen dem Architekten bzw. Ingenieur und seinem Auftraggeber nicht entscheidungserheblich, so dass er seinerseits von einer Vorlage gem. Art. 267 II AEUV in Verbindung mit § [148 I ZPO](#) absieht.

Gem. Art. 267 I lit. b AEUV entscheidet der EuGH beim Vorabentscheidungsverfahren lediglich über die Auslegung des Unionsrechts, nicht hingegen über die Vereinbarkeit nationaler Rechtsnormen mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften und demzufolge auch nicht über die Frage der möglichen Unanwendbarkeit der betreffenden nationalen Rechtsnormen wegen deren Unionsrechtswidrigkeit. Die nationalen Gerichte sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH aufgrund des Umsetzungsgebots gem. Art. 288 III AEUV und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gem. Art. 4 III EUV verpflichtet, die Auslegung des nationalen Rechts unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten, um das mit der Richtlinie verfolgte Ziel zu erreichen. Dieser Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts unterliegt nach der Rechtsprechung des EuGH allerdings bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, ihre Schranken in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen (BGH [NJW 2016, 1718, 1721](#); EuGH, [NZA 2014, 193, 195](#)). Daraus ergibt sich, dass ein mit einem Rechtsstreit zwischen Privaten befasstes nationales Gericht, das sich zu einer richtlinienkonformen Auslegung der Vorschriften seines innerstaatlichen Rechts außerstande sieht, nicht allein auf der Grundlage des Unionsrechts verpflichtet ist, die den Bestimmungen dieser Richtlinie zuwiderlaufenden Vorschriften seines innerstaatlichen Rechts unangewendet zu lassen und damit die Möglichkeit der Berufung auf eine Bestimmung einer nicht oder unrichtig umgesetzten Richtlinie auf den Bereich der

Beziehungen zwischen Privaten auszudehnen (EuGH, [IWRZ 2019, 76, 77](#)). Auch nach der Rechtsprechung des BVerfG gilt der Grundsatz richtlinienkonformer Auslegung nicht schrankenlos. Er findet vielmehr dort seine Grenze, wo die nationale Vorschrift nicht richtlinienkonform ausgelegt werden könnte, ohne dabei die Grenzen der verfassungsrechtlichen Bindung des Richters an das Gesetz zu sprengen. Eine die Gesetzesbindung des Richters überschreitende Auslegung ist auch durch den Grundsatz der Unionstreue nicht zu rechtfertigen (BVerfG, [NZG 2013, 464](#); [NJW 2012, 669, 670 f.](#)). Dies gilt nach der Rechtsprechung des BVerfG gleichermaßen und unabhängig davon, ob das anzuwendende einfache nationale Recht der Umsetzung einer Richtlinie der Europäischen Union dient oder nicht. Dem steht nicht entgegen, dass der aus Art. 4 III EUV folgende Grundsatz der Unionstreue alle mitgliedstaatlichen Stellen, also auch Gerichte, dazu verpflichtet, diejenige Auslegung des nationalen Rechts zu wählen, die dem Inhalt einer EU-Richtlinie in der ihr vom Gerichtshof gegebenen Auslegung entspricht. Denn die unionsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet das nationale Gericht zwar, durch die Anwendung seiner Auslegungsmethoden ein richtlinienkonformes Ergebnis zu erzielen. Allerdings findet die Pflicht zur Verwirklichung des Richtlinienziels im Auslegungswege zugleich ihre Grenzen an dem nach innerstaatlicher Rechtstradition methodisch Erlaubten. Ob und inwieweit das innerstaatliche Recht eine entsprechende richtlinienkonforme Auslegung zulässt, können nur innerstaatliche Gerichte beurteilen. Sowohl die Identifizierung als auch die Wahrnehmung methodischer Spielräume des nationalen Rechts obliegt - auch bei durch Richtlinien determiniertem nationalem Recht - den nationalen Stellen in den Grenzen des Verfassungsrechts (BVerfG, [NZG 2013, 464](#); [NJW 2012, 669, 670 f.](#)). Dementsprechend hat auch der BGH bereits entschieden, dass eine richtlinienkonforme Auslegung - ebenso wie die verfassungskonforme Auslegung - voraussetzt, dass durch eine solche Auslegung der erkennbare Wille des Gesetz- oder Ordnungsgebers nicht verändert wird, sondern die Auslegung seinem Willen (noch) entspricht (BGH [NJW 2016, 1718, 1721](#); [NJW 2009, 427](#); [NJW 2013, 220](#); [NJW 2013, 2674](#)).

Eine richtlinienkonforme Auslegung des zwingenden Preisrechts gem. § 7 HOAI (2013), dessen Regelungsgehalt dem früheren § 4 HOAI a.F. entspricht, ist hier nach Ansicht des Senats ausgeschlossen. Das ergibt sich ohne weiteres aus dem in ständiger Rechtsprechung geprägten allgemeinen Normverständnis dahin, dass dadurch ein ruinöser Preiskampf verhindert und ein qualitativer Mindeststandard von Planungsleistungen gewährleistet werden sollen, und aus der diesem Verständnis entsprechenden Argumentation der Bundesrepublik Deutschland in dem Vertragsverletzungsverfahren.

Nach Art. 10 § 1 II S. 1 MRVG und § 2 II S. 1 MRVG sind für Architekten- und Ingenieurleistungen Mindest- und Höchstsätze festzusetzen. Außerdem ist in der Honorarordnung gem. Art. 10 § 1 III Nr. 1 MRVG und § 2 III Nr. 1 MRVG vorzusehen, dass die Mindestsätze durch schriftliche Vereinbarung in Ausnahmefällen unterschritten werden können. Diese gesetzliche Regelung hat den Zweck, zum Schutz des Berufsstands der Architekten und Ingenieure eine wirksame Schranke gegen eine Unterschreitung der Mindestsätze zu schaffen. Die Mindestsätze sollen insbesondere dazu dienen, den vom Gesetzgeber gewollten Qualitätswettbewerb zu fördern und einen ungezügelten, ruinösen Preiswettbewerb zu unterbinden, der die wirtschaftliche Situation der Architekten und Ingenieure und damit auch die Qualität der Planung und die unabhängige Stellung des Planers zwischen Bauherr und Unternehmer beeinträchtigen würde (BGH [NJW 2014, 2354, 2355, m.w.N.](#)). Die Sicherung und Verbesserung der Qualität der Tätigkeit der Architekten stellt ein legitimes Ziel dar. Zu seiner Herbeiführung sind verbindliche Mindesthonorarsätze geeignet, da sie den Architekten jenseits von Preiskonkurrenz den Freiraum schaffen, hochwertige Arbeit zu erbringen, die sich im Leistungswettbewerb der Architekten bewähren muss, so dass die damit verbundene Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 I GG gerechtfertigt ist (BVerfG [NZBau 2006, 121, 122](#)).

Dementsprechend hat die Bundesrepublik Deutschland im Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH geltend gemacht, das in der HOAI vorgesehene Tarifsysteem sei aus zwingenden

Gründen des Allgemeininteresses, insbesondere der Sicherung der Qualität der Planungsleistungen, des Verbraucherschutzes, der Bausicherheit, der Erhaltung der Baukultur und des ökologischen Bauens gerechtfertigt. Das vornehmliche Ziel der HOAI sei die Sicherung eines hohen Qualitätsstandards der Architekten- bzw. Ingenieurleistungen. Die Bundesrepublik Deutschland hält die Mindest- und die Höchstsätze für zur Erreichung des verfolgten Ziels der Qualitätssicherung geeignet, da zwischen dem Preis und der Qualität ein Zusammenhang bestehe, weil sich die starke Arbeitsbelastung hoch qualifizierten Personals in einem Preis niederschlage, der dadurch höher liege. Würde ein bestimmtes Preisniveau unterschritten, könne davon ausgegangen werden, dass dieser Preis nur durch ein niedrigeres Qualitätsniveau der Leistungen erreicht werden könne. Demgegenüber seien von der Kommission vorgeschlagene Alternativmaßnahmen nicht geeignet, die verbindlichen Tarife zu ersetzen (EuGH, [IBR 2019, 436](#)).

Angesichts dieser gesetzgeberischen Gewichtung der Bedeutung der Vorschriften des § 7 HOAI als Mindestpreisbestimmung im Sinne von Art. 10 § 1 II S. 1 MRVG und § 2 II S. 1 MRVG, die aus zwingenden Gründen der Sicherung der Qualität von Planungsleistungen und der Bausicherheit zu dienen bestimmt sind, kommt eine richtlinienkonforme Auslegung dahingehend, dass sie in einem Zivilrechtsstreit zwischen privaten Rechtssubjekten ohne Auslandsberührung unanwendbar wären, nicht in Betracht, weil das mit dem erkennbaren Willen des Gesetz- und Verordnungsgebers unvereinbar wäre (a.A.: OLG Celle, Urteil v. 17.7.2019, Az. [14 U 188/18](#)).

c) Ist eine Honorarvereinbarung nicht in Einklang mit § 7 III HOAI getroffen worden, so hat dies zur Folge, dass der Mindestsatz nach § 7 V HOAI abgerechnet werden kann. An Honorarvereinbarungen, die den richtig berechneten Mindestsatz nach der HOAI unterschreiten, sind der Architekt und der Ingenieur vom Grundsatz her nicht gebunden, wenn nicht ein Ausnahmefall vorliegt (Koeble in Locher/Koeble/Frik, HOAI, 13. Aufl., § 7 Rn. 21).

aa) Ein Ausnahmefall im Sinne von § 7 III HOAI liegt nicht vor. Die Beklagte legt selbst schon keine tatsächlichen Umstände dar, aufgrund derer die Annahme eines die Unterschreitung der Mindestsätze rechtfertigenden Ausnahmefalls möglich wäre. Der Auftraggeber muss jedoch darlegen und beweisen, dass eine von den Mindestsätzen abweichende Vereinbarung schriftlich bei Auftragserteilung getroffen worden ist und ein Ausnahmefall vorliegt (OLG Düsseldorf, [NJW-RR 2017, 9, 10](#)).

Zwar kann es ausreichen, wenn durch ständige Geschäftsbeziehungen für den Auftragnehmer eine gewisse Sicherheit und Stabilität geschaffen wird und wenn darüber hinaus noch dem Auftragnehmer Teilleistungen oder auch die Koordinierungstätigkeit erleichtert oder gar erspart werden (Koeble in Locher/Koeble/Frik, a.a.O., Rn. 125). Diese Kriterien werden allerdings, um den Verordnungszweck zu gewährleisten, restriktiv gehandhabt (Wirth/Galda in Korbion/Mantscheff/Vygen, HOAI, 9. Aufl., § 7 Rn. 60). Eine wiederholte Beauftragung des Architekten oder Ingenieurs unter Vereinbarung eines unter den Mindestsätzen liegenden Pauschalhonorars begründet daher, wenn nicht eine über die jeweils geschlossenen Verträge hinausgehende Beziehung rechtlicher oder wirtschaftlicher Art zwischen den Parteien besteht, keinen Ausnahmefall (BGH [NZBau 2012, 174, 176](#)). Aufgrund einer besonders engen wirtschaftlichen Beziehung der Vertragsparteien kann ein Ausnahmefall im Sinne von § 7 III HOAI nur angenommen werden, wenn diese eine Qualität hat, welche die Unterschreitung der Mindestsätze kompensiert (OLG Düsseldorf, [NJW-RR 2017, 9, 11](#)).

Derartige oder damit vergleichbare Umstände sind nicht gegeben. Die Parteien waren lediglich bei zwei verschiedenen Bauvorhaben vertraglich miteinander verbunden, wobei die darlegungs- und beweisbelastete Beklagte hinsichtlich des hier nicht streitgegenständlichen Vertrags betreffend das Bauvorhaben "####" nicht einmal konkret vorgetragen hat, dass die dort vereinbarte Pauschale die Mindestsätze unterschritt, obwohl der Kläger ausdrücklich

unter Bezugnahme auf Leistungsumfang und anrechenbare Kosten erklärt hat, dass die vereinbarte Pauschale nicht unter den Mindestsätzen gelegen habe.

Eine ständige Geschäftsbeziehung oder ein besonderes persönliches Verhältnis der Parteien bestand nicht. Dass für den Kläger nachhaltige Synergieeffekte oder sonstige Arbeitserleichterungen zu erzielen waren, ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Abrechnung der Pauschalpreise für die Nachtragsaufträge kann keinen Ausnahmefall im Sinne von § 7 III HOAI begründen, weil sie jeweils auf der im Ingenieurvertrag unter § 6 Ziff. 6.6 vorgegebenen Ermittlung nach Vorausschätzung des Zeitbedarfs beruhen.

Daher kommt es auf das Berufungsvorbringen zu einem Verstoß gegen die richterliche Hinweispflicht aus § 139 ZPO nicht an. Denn ein solcher Verfahrensfehler hätte sich jedenfalls nicht ausgewirkt, weil die Beklagte aufgrund des geforderten Hinweises keine Umstände vorgebracht hätte, die eine abweichende, ihr günstigere rechtliche Würdigung geboten hätten.

bb) Soweit die Beklagte mit ihrem Schriftsatz vom 27.6.2019 geltend macht, mit dem Ingenieurvertrag vom 7.6.2016 sei eine stufenweise Beauftragung vereinbart gewesen, so dass in der Begleichung der Abschlagsrechnungen jeweils der gem. § 782 BGB formfrei mögliche Abschluss einer Abrechnungsvereinbarung nach vollständiger Leistungserbringung hinsichtlich der abgerechneten Leistungsphasen zu sehen sei, trifft das ersichtlich nicht zu.

Gem. § 1 Ziff. 1.1 des Vertrags waren die in § 3 im Einzelnen spezifizierten Leistungen aus den Leistungsphasen 2 bis 8 von Beginn an Vertragsgegenstand. Dass der Leistungsumfang durch den Vertrag umfassend bestimmt werden sollte, ergibt sich auch im Vergleich mit dem durch den Kläger mit seinen Anmerkungen versehenen Entwurf (B2, Bl. 88-97), denn dort war zunächst die Beauftragung aller Grundleistungen aus den Leistungsphasen 1- 6 vorgesehen. In seiner Anmerkung dazu wies der Kläger darauf hin, dass sich sein Honorarangebot vom 20.4.2016 nur auf die zur Erfüllung der Planungsaufgabe notwendigen Grundleistungen beschränkte. Daraufhin wurde dann im Vertragstext der Leistungsumfang näher konkretisiert.

Bei einer am Wortlaut orientierten, beiderseits interessengerechten Auslegung der Bestimmungen in § 3 Ziff. 3.14 und Ziff. 3.15 des Vertrages ergibt sich nicht, dass dennoch die Leistungsphasen einzeln hätten abgerufen werden sollen und dass dadurch jeweils ein neues Vertragsverhältnis begründet werden sollte. Das wäre auch insbesondere nicht mit der Regelung der Zahlungen gem. § 7 des Ingenieurvertrags vereinbar, wonach die erste Abschlagsrechnung nach vollständiger Erbringung der Leistungen der Leistungsphasen 2 und 3 sowie die zweite Abschlagsrechnung nach vollständiger Erbringung der Leistungen der Leistungsphasen 4-6 zu stellen sein sollten. Denn bei einer sukzessiven Beauftragung und Abnahme jeder einzelnen Leistungsphase wären diese jeweils auch einzeln abzurechnen gewesen und die Rechnungen wären dann Schlussrechnungen gewesen.

Angesichts der Tatsache, dass der Kläger lediglich Abschlagsrechnungen gestellt und als solche bezeichnet hatte und diese Abrechnungsweise auf der vertraglichen Vorgabe in § 7 Ziff. 7.3 beruhte, kann keinesfalls angenommen werden, dass er mit Erteilung der Rechnungen ein Angebot zum Abschluss einer nachvertraglichen Abrechnungsvereinbarung im Sinne eines Vergleichs gem. §§ 779, 782 BGB hätte abgeben wollen, zumal er unstreitig auch die vollständig in Auftrag gegebenen Leistungen der Leistungsphase 7 erbrachte, deren Honorierung nicht Gegenstand der Abschlagsrechnungen war.

d) Die nach §§ 55, 56 HOAI auf Grundlage der Mindestsätze vorgenommene Abrechnung des Klägers entspricht den Vorgaben der HOAI. Die Höhe der anrechenbaren Kosten ist zwischen den Parteien nicht streitig. Soweit der Geschäftsführer der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erstmals vorgebracht hat, die Honorar-Schlussrechnung sei nicht nach den sich im Rahmen einer Kostenberechnung ergebenden

anrechenbaren Kosten aufgestellt, ist der Kläger dem substantiiert entgegen getreten. Aus der Schlussrechnung selbst ergab sich, dass sie auf Grundlage der ihr beigefügten Kostenberechnung erstellt worden war.

Der streitige Vortrag der Beklagten ist neu im Sinne von § 531 II ZPO, ohne dass erklärt oder erkennbar wäre, inwiefern er nicht schon im ersten Rechtszug möglich gewesen wäre. Daher ist gem. § 529 I ZPO davon auszugehen, dass die Richtigkeit der anrechenbaren Kosten unstreitig ist.

aa) Die Honorarberechnung ist nicht fehlerhaft, weil jeweils für die verschiedenen Kostengruppen getrennt Einzelhonorare errechnet wurden, denn § 54 I HOAI geht vom Grundsatz der getrennten Honorarberechnung für jede einzelne Kostengruppe aus (Locher in Locher/Koebler/Frik, HOAI, 13. Aufl., § 54 Rn. 6).

bb) Soweit die Beklagte erstinstanzlich noch gemeint hat, die anzuwendende Honorarzone sei hier die gem. § 5 II HOAI für geringe Planungsanforderungen vorgesehene Honorarzone I, ist nicht erkennbar, dass sie diesen pauschalen Einwand aufrechterhalten will. Sie hat zu den Bewertungsmerkmalen gem. § 56 II HOAI oder der Objektliste nichts vorgetragen. Aufgrund sowohl der Art der Planung, bei der es um Umbau und Sanierung eines Bestandsgebäudes einschließlich der Integration eines Blockheizkraftwerks ging, als auch der Höhe der anrechenbaren Kosten von beinahe 1.321.000,00 Euro ist davon auszugehen, dass die Planungsanforderungen wenigstens durchschnittlich waren.

Das ist im landgerichtlichen Urteil mit zutreffenden Ausführungen zur Objektliste gem. Anhang 15.2 entsprechend festgestellt worden, ohne dass die Berufung Einwendungen dagegen erhebt. Aus den vorgelegten Plänen und den von der Beklagten selbst erhobenen Rügen zur Vollständigkeit der Planungsleistungen im Rahmen des 3. Nachtrags ergibt sich ohne weiteres, dass jedenfalls die Wasser- und Abwasseranlagen, die Gebäudeheizung sowie die Lüftungsanlage nicht einfache, sondern verzweigte Netze und mehr als einzelne Endgeräte umfassten.

cc) Die vom Kläger mit seiner Schlussrechnung vorgenommene Bewertung der Grundleistungen als Teilerfolge innerhalb der, für die jeweiligen Leistungsphasen vorgesehenen v.H.-Sätze ist plausibel und bewegt sich innerhalb der anerkannten Schwankungsbreiten.

Zu den als Orientierung vorgeschlagenen Bewertungspunkten der im Vertrag ausdrücklich bezeichneten Grundleistungen ergibt sich in der Summe eine Abweichung von nur 1 v.H. folgendermaßen (vgl. Locher/Koebler/Frik, HOAI, 13. Aufl., Anhang 3/7):

LP Grundleistung v.H. SchlussR

1 ./ 0

2 Erarbeiten eines Planungskonzepts 4,25 5,5.

2 Aufstellen eines Funktionsschemas 2

2 6,25 5,5

3 Durcharbeiten des Planungskonzepts 6 13,25

3 Berechnen und Bemessen der techn. Anlagen 5

3 Übergeben der Berechnungsergebnisse an andere 1

Planungsbeteiligte

3 12 13,25

4 komplett 2 2

5 Erarbeiten der Ausführungsplanung auf 4 19,5

Grundlage der Ergebnisse der Lph. 3+4

5 Fortschreiben der Berechnungen und Bemessungen 7

d. techn. Anlagen

5 Anfertigen v. Schlitz- und Durchbruchplänen 4

5 Prüfen u. Anerkennen d. Montage- u. 4

Werkstattpläne

5 19 19,5

6 komplett 7 7

7 komplett 5 5

8 Prüfung d. übergebenen Revisionsunterlagen 0 0

Summe 51,25 52,25

Diese geringfügige Abweichung führt nicht dazu, dass die Abrechnung als fehlerhaft anzusehen wäre. Die Bewertung der einzelnen Grundleistungen mit starren Werten beruht auf allgemeinem Erfahrungswissen. Bei jeder einzelnen Leistung sind Schwankungen möglich, die zu Abweichungen zwischen 0,5% und 3% nach oben und unten führen können (Locher/Koeble/Frik, a.a.O., Anhang 3).

Substantiierte Einwände gegen die vorgenommene Berechnung erhebt die Beklagte, wie schon das Landgericht zutreffend festgestellt hat, nicht. Das wäre von der bauerfahrenen Beklagten, die durch die T. Baumanagement GmbH als Architektin sowohl im Rahmen der Planung als auch bei der Objektüberwachung vor Ort vertreten und beteiligt war, gem. § 138 ZPO zu fordern. Einer Beweisaufnahme zur Richtigkeit der Bewertungsansätze bedarf es daher nicht (vgl. Vowinckel, NZBau 2017, 258, 261).

dd) Der Kläger musste auch nicht einen Umbauszuschlag gem. § 6 II HOAI abrechnen. Ein Umbauszuschlag ist für das Mindestsatzhonorar nicht zu berücksichtigen, weil die Höhe des Zuschlags zwischen 0% und 33% bzw. gem. § 56 V HOAI bis 50% frei vereinbar ist, so dass sich aus der Vermutung eines Satzes von 20% kein Mindestsatzcharakter ergibt. Der erklärte Wille des Verordnungsgebers in Verbindung mit dem Gebot, die Norm wegen ihrer die Vertragsautonomie beschränkenden Wirkung eng auszulegen, schließen eine Berücksichtigung des Umbauszuschlags im Rahmen des Mindestsatzhonorars aus (OLG Köln, NZBau 2017, 357, 363; Koeble in Locher/Koeble/Frik, HOAI, 13. Aufl., § 6 Rn. 54).

e) Dass die Honorarforderung gem. § 640 I S. 3 BGB a.F. fällig ist, hat das Landgericht in seinem Urteil mit zutreffender Begründung zu Recht festgestellt. Die nach dem Ingenieurvertrag ursprünglich geschuldeten Leistungen waren unstreitig schon im September 2016 im Wesentlichen vollständig und frei von erheblichen Mängeln erbracht. Das

Architektenwerk war daher abnahmereif, als der Kläger der Beklagten eine Frist zur Abnahme setzte.

Ob auch die im Rahmen der Nachträge vereinbarten Zusatzleistungen vollständig erbracht waren, ist insofern unerheblich.

f) Der Kläger ist nicht gem. § 242 BGB an einer Abrechnung nach den in § 56 I HOAI vorgesehenen Mindestsätzen gehindert. Insbesondere ist er nicht an die im Ingenieurvertrag vorgesehene Pauschalpreis-Vereinbarung gebunden, so dass er danach abrechnen müsste.

aa) Ein konkludent erklärter Verzicht des Klägers auf über die ursprünglich vereinbarte Pauschale hinausgehende Honoraransprüche gem. § 397 BGB ist nicht festzustellen.

An die Feststellung eines Verzichtswillens sind strenge Anforderungen zu stellen, er darf nicht vermutet werden (BGH NJW 2007, 368, 369; 2006, 1511, 1512). Selbst bei eindeutig erscheinender Erklärung des Gläubigers darf ein Verzicht deshalb nicht angenommen werden, ohne dass bei der Feststellung zum erklärten Vertragswillen sämtliche Begleitumstände berücksichtigt worden sind (BGH NJW 2007, 368, 369; 2006, 1511, 1512; 2002, 1044, 1046).

Diesen Grundsätzen entsprechend liegt sogar in der Stellung einer Schlussrechnung, in der die Honorarforderung nicht vollständig ausgewiesen ist, regelmäßig kein Verzicht auf die weitergehende Forderung (BGH NJW-RR 2016, 213, 214; NZBau 2009, 33). Die Tatsache, dass hier der Kläger die beiden Abschlagsrechnungen auf Grundlage des Pauschalpreises aufgestellt hatte, lässt allein erst Recht nicht den Schluss zu, dass er auf weitergehende Ansprüche hätte verzichten wollen, denn aus ihnen ergab sich eine lediglich vorläufige und jeweils - naturgemäß - unvollständige Abrechnung. Eine im Sinne der Rechtsprechung eindeutige Erklärung, auf weitere Ansprüche zu verzichten, hat der Kläger nicht abgegeben.

bb) Der Kläger ist auch nicht ausnahmsweise gem. § 242 BGB nach den Grundsätzen von Treu und Glauben daran gehindert, nach den Mindestsätzen gem. § 4 I HOAI abzurechnen. Zwar verhält er sich widersprüchlich, jedoch liegen die Voraussetzungen dafür, dass die Beklagte sich auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen könnte, nicht vor. Erforderlich dafür ist nämlich, dass der Auftraggeber auf die Wirksamkeit der Honorarvereinbarung vertrauen durfte. Damit steht fest, dass HOAI-Kundige vom Grundsatz her keinen Schutz genießen. Entscheidend ist die Kenntnis des Mindestpreischarakters (Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 12. Teil Rn. 434).

aaa) Dem Architekten und Ingenieur kann zwar in Ausnahmefällen nach Treu und Glauben die Abrechnung nach Mindestsätzen auch gegenüber einem HOAI-kundigen Auftraggeber untersagt sein, wenn er durch sein Verhalten ein besonderes Vertrauen dahin erweckt hat, er werde sich an die Pauschalvereinbarung halten, indem er nicht nur einen Vertrag, sondern in einer ständigen Geschäftsbeziehung eine Vielzahl von Verträgen mit dem Auftraggeber mit Preisvereinbarungen unter den Mindestsätzen abgeschlossen hat (BGH NZBau 2012, 174, 176). Dafür genügt es allerdings noch nicht, wenn eine einmalige oder mehrmalige gelegentliche Zusammenarbeit und Bereitschaft dabei bestand, einen Vertrag unterhalb der Mindestsätze abzuschließen (Koeble in Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Aufl., 12. Teil Rn. 436).

Die Beklagte hat weder konkret vorgetragen noch unter Beweis gestellt, dass hier der Kläger außer in dem streitgegenständlichen Vertrag in weiteren Fällen mit ihr eine Abrechnung unterhalb der Mindestsätze vereinbart hätte. Erwähnt sind lediglich die Nachträge sowie ein weiteres Bauvorhaben in Berlin. Dass die insofern jeweils vereinbarten Pauschalen hinter den Mindestsätzen zurückblieben ist mangels nachprüfbarer Angaben zu den maßgeblichen Berechnungsparametern nicht festzustellen. Eine ständige Geschäftsbeziehung der Parteien bestand nicht.

bbb) Zudem fehlt es jedenfalls an dem kumulativ erforderlichen Merkmal, dass der Auftraggeber sich in schutzwürdiger Weise auf die Geltung der Honorarvereinbarung eingerichtet haben muss, was konkreten Tatsachenvortrag dazu erfordert, in welcher Weise das geschehen sein soll (Koeble in Locher/Koeble/Frik, a.a.O., Rn. 119). In der Regel fehlt es an der Darlegung schutzwürdigen Vertrauens des Auftraggebers derart, dass dieser sich durch finanzielle Dispositionen auf die Geltung der unwirksamen Honorarvereinbarung eingerichtet habe, wenn er die ihm erteilte Schlussrechnung nicht bezahlt hat (OLG Düsseldorf, [NJW-RR 2015, 400](#), 402; Koeble in Locher/Koeble/Frik, a.a.O.).

Die Beklagte hat schon nicht dargetan, dass und in welcher Weise sie sich durch konkrete Dispositionen auf die Geltung der Honorarvereinbarung in schutzwürdiger Weise eingerichtet hätte. Konkreter Vortrag dazu fehlt. Darüber hinaus steht fest, dass sie sowohl die Rechnungen Nr. 11/17 und 12/17 als auch die klägerische Honorarschlussrechnung Nr. 23/17 nicht bezahlte. Dementsprechend fehlt es an abschließenden finanziellen Dispositionen.

4. Die sich aus dem Vertrag ergebende Honorarforderung des Klägers ist nicht durch Aufrechnung gem. § 389 BGB erloschen. Auf den streitigen Vortrag der Beklagten zu Mängeln der Planungsleistungen in deren Schriftsatz vom 7.12.2017 kommt es nicht an.

a) Ein Anspruch der Beklagten wegen der Kosten einer etwaig erforderlichen Anpassung der Planung bezüglich einer getrennten Verlegung von Rohren für die Wärmerückgewinnung aus §§ 280 I, 281, 634 Nr. 4 BGB kann schon deshalb nicht bestehen, weil der eigene Vortrag der Beklagten impliziert; dass die Anpassung der Pläne erfolgte. Eine Beseitigung des angeblichen Planungsmangels wäre im Wege der Nacherfüllung des Klägers wohl möglich gewesen. Insofern fehlt es an Vortrag zu Fristsetzungen im Sinne von § 281 I BGB oder deren Entbehrlichkeit. Die Aufrechnung des Auftraggebers mit einem auf einen Mangel gestützten Schadensersatzanspruch gegen die Werklohnklage kann keinen Erfolg haben, wenn der Auftraggeber den Auftragnehmer nicht unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung aufgefordert hatte (OLG Hamm, [NJW-RR 2009, 1531](#), 1532).

b) Eventuelle Mehrkosten, die gem. § 280 I BGB als Mangelfolgeschaden unabhängig von einer Fristsetzung zur Nacherfüllung erstattungsfähig sein könnten, sind zu keinem Zeitpunkt substantiiert dargetan und beziffert worden.

Die Beklagte hat zwar behauptet, es seien Mehrkosten sowohl wegen der nachträglichen Beauftragung einer gesonderten Rohrverlegung als auch wegen der Umrüstung des Heizkessels auf eine raumluftunabhängige Luftzufuhr sowie einer Neuherstellung der Abgasdurchführungen angefallen, und hat dafür jeweils Zeugenbeweis angeboten (Bl. 102-103). Trotz der mit der Ladungsverfügung vom 20.12.2018 (Bl. 250-253) erteilten Hinweise hat sie jedoch zu den dabei im Einzelnen ausgeführten Arbeiten sowie zur Höhe des angeblich insoweit entstandenen Schadens nichts vorgebracht, so dass sogar für eine Schätzung gem. § 287 ZPO jede Grundlage fehlt.

c) Auch ein Zurückbehaltungsrecht bzw. ein Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten aus § 641 III BGB ist nicht ersichtlich, da die Beklagte keine Erfüllung bzw. Nacherfüllung des Klägers mehr verlangt. Auch insofern ist auf den entsprechenden Hinweis in der Ladungsverfügung kein weiterer, klarstellender Vortrag der Beklagten mehr erfolgt, Da sie vorträgt, dass vermeintliche Planungsmängel behoben und die erforderlichen baulichen Änderungen vorgenommen wurden, ist davon auszugehen, dass eine Nacherfüllung durch den Kläger schon gem. § 275 I BGB nicht mehr geschuldet ist.

5. Dementsprechend errechnet sich die Honorarforderung des Klägers aus dem Ingenieurvertrag der Parteien zunächst folgendermaßen:

KGr Mindestsatz

410 55.310,93 Euro 28.899,96 Euro

420 69.824,46 Euro 36.483,28 Euro

430 130.784,95 Euro 68.335,14 Euro

133.718,38 Euro

0,00 Euro Nachträge

133.718,38 Euro netto

159.124,87 Euro brutto

Abschlag 1 -25.340,66 Euro

Abschlag 2 -30.055,26 Euro

103.728,95 Euro

Davon ist ein Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5% der Netto-Schlussrechnungssumme gem. § 9 Ziff. 9.3.1 des Vertrags in Abzug zu bringen.

Da die Sicherheit der Absicherung aller sich aus dem Vertrag ergebenden Gewährleistungsansprüche der Beklagten in Abhängigkeit vom Leistungsumfang dienen soll, sind bei ihrer Bezifferung der Höhe nach die Nachträge zu berücksichtigen. Demnach ergibt sich auf Grundlage einer Nettosumme von 133.718,38 Euro zuzüglich der Nettosummen von 3.000,00 Euro und von 2.500,00 Euro für die abgerechneten Nachträge folgende Berechnung:

103.728,95 Euro

5% Sicherheit -6.960,92 Euro

96.768,03 Euro

6. Hinsichtlich der begründeten Klageforderung ergibt sich der Zinsanspruch seit dem 26.10.2017 als Nebenforderung aus §§ 288 II, 291 BGB.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 I, 97 I, 708 Nr. 1, Nr. 10, 711 ZPO.

Der Senat hat die Revision unbeschränkt zugelassen.

Er hält vor allem die Frage für grundsätzlich bedeutsam, ob bis zur Umsetzung der sich aus der Entscheidung des EuGH im Vertragsverletzungsverfahren C-377/17 für den Gesetzgeber ergebenden Handlungspflicht die Bestimmungen des § 7 HOAI (2013) richtlinienkonform dahingehend ausgelegt werden können, dass ein Architekt sich im Honorarstreit mit seinem Auftraggeber nicht auf die Unwirksamkeit einer die Mindestsätze unterschreitenden Honorarvereinbarung berufen kann (so: OLG Gelle, Urteil v. 17.7.2019, Az. 14 U 188/18). Da der Senat eine dahingehende richtlinienkonforme Auslegung für ausgeschlossen hält und damit von der Rechtsauffassung eines anderen Oberlandesgerichts abweicht, scheint eine

Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 100.108,34 EUR festgesetzt.