

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

HOAI § 4

- a) Soweit in der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) für Vereinbarungen der Vertragsparteien Schriftform vorgeschrieben ist, wird diesem Erfordernis durch bloße Erteilung einer schriftlichen Auftragsbestätigung nicht genügt.

HOAI § 9 a.F.

- b) Die nach der bis 31. Dezember 1984 geltenden Fassung des § 9 HOAI notwendige Vereinbarung über die Erstattung der Umsatzsteuer war nur wirksam, wenn sie schriftlich getroffen worden ist (Fortführung von Senatsurteil NJW 1982, 1595 Nr. 13).

BGH, Urt. v. 24. November 1988 - VII ZR 313/87 - OLG Nürnberg

LG Nürnberg-Fürth

BUNDESGERICHTSHOF

15

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 313/87

URTEIL

Verkündet am
24. November 1988
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der M[REDACTED] Wohnbau GmbH, vertreten durch die Geschäftsführerin
Margarete Sch[REDACTED], Ho[REDACTED]promenade [REDACTED], F[REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Hop[REDACTED] Planungs GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer
Hans H[REDACTED], Z[REDACTED] Straße [REDACTED], N[REDACTED] [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

WI

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1988 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die Richter Bliesener, Prof. Quack, Dr. Thode und Dr. Haß

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 18. September 1987 und der 12. Zivilkammer des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 2. Februar 1987 einschließlich des Verfahrens aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

I.

Mit einem als Auftragsbestätigung bezeichneten Schreiben vom 14. Dezember 1982 erteilte die Beklagte der Klägerin, einem in der Rechtsform einer GmbH betriebenen Architektenbüro, den Auftrag, für eine Wohnanlage die Leistungsphasen 1-6 des § 15 der HOAI zu erbringen. Als Gegenleistung sieht das Schreiben ein Pauschalhonorar von 230.888 DM zuzüglich Mehrwertsteuer sowie eine Nebenkostenpauschale von 2 % zuzüglich Mehrwertsteuer vor. Das Architektenhonorar ist für die Teilleistungen der Leistungsphasen 1-6 des § 15 HOAI auf der Grundlage der Honorarzone III und einer Bausumme von "schätzungsweise" 6 Mio. DM nach den Mindestsätzen der Honorartafel des § 16 HOAI berechnet.

Mit ihrer Klage macht die Klägerin eine Gesamtforderung von 82.609,83 DM nebst Zinsen geltend, die sich aus folgenden Einzelforderungen laut Rechnungen vom 15. Oktober 1984 und 21. Mai 1986 zusammensetzt:

Eine <u>Abschlagszahlung</u> für Teilleistungen im Rahmen der Leistungsphasen 5 und 6 in Höhe von	67.963,00 DM
zuzüglich 14 % Mehrwertsteuer	<u>9.514,82 DM</u>
insgesamt	77.477,82 DM
2 % <u>Nebenkostenpauschale</u> der Nettosumme von 67.963 DM =	1.359,26 DM
zuzüglich 14 % Mehrwertsteuer	<u>190,30 DM</u>
insgesamt	1.549,56 DM.
Honorar für <u>besondere Leistungen</u> von	3.142,50 DM
zuzüglich 14 % Mehrwertsteuer von	<u>439,95 DM</u>
	3.582,45 DM.

II.

Das Landgericht hat ein schriftliches Vorverfahren durchgeführt. Die Beklagte hat rechtzeitig ihre Verteidigungsabsicht angezeigt, sie hat jedoch innerhalb der ihr gesetzten 3-Wochen-Frist nicht auf das Klagevorbringen erwidert. In der mündlichen Verhandlung vom 3. November 1986, in dem die Beklagte keine Anträge gestellt hat, hat das Landgericht gegen die Beklagte antragsgemäß Versäumnisurteil erlassen. Dagegen hat die Beklagte form- und fristgerecht Einspruch eingelegt und den Einspruch rechtzeitig begründet. Durch Urteil vom 2. Februar 1987 hat das Landgericht sein Versäumnisurteil mit der Begründung aufrechterhalten, die Beklagte sei mit ihrem Sachvortrag gemäß § 296 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, weil die Beklagte gemäß § 528 Abs. 3 ZPO auch im Berufungsverfahren mit ihrem Sachvortrag ausgeschlossen sei.

Mit ihrer - angenommenen - Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage. Die Klägerin bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht meint, die Beklagte sei auch im Berufungsverfahren gemäß § 528 Abs. 3 ZPO mit ihren Verteidigungsmitteln ausgeschlossen, weil das Landgericht den Vortrag der Beklagten gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zu Recht zurückgewiesen habe.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

I.

Land- und Oberlandesgericht haben die Voraussetzungen des § 296 Abs. 1 ZPO verkannt und das Verteidigungsvorbringen der Beklagten zu Unrecht zurückgewiesen. Angriffs- und Verteidigungsmittel können nach § 296 Abs. 1 ZPO u.a. nur dann zurückgewiesen werden, wenn deren Zulassung den Rechtsstreit verzögern würde. Diese Voraussetzungen lagen in dem für die Beurteilung nach § 296 Abs. 1 ZPO maßgeblichen Zeitpunkt des Vorbringens (Senatsurteil BGHZ 77, 306, 309) nicht vor. Verspäteter Sachvortrag einer Partei verzögert den Rechtsstreit dann nicht, wenn der Rechtsstreit weder bei Zulassung des Vorbringens noch bei dessen Zurückweisung entscheidungsreif wäre (Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 296 Rdn. 52; Zöllner/Stephan, ZPO, 15. Aufl., § 296 Rdn. 12). § 296 Abs. 1 ZPO ist nur dann anwendbar, wenn der Rechtsstreit ohne das verspätete Vorbringen im Ganzen entscheidungsreif ist (Senatsurteil BGHZ 77, 306, 309; NJW 1981, 1217). Folglich kann das Verteidigungsvorbringen

eines Beklagten den Rechtsstreit nur verzögern, wenn das Gericht bei Zulassung des Vortrags nicht abschließend entscheiden könnte, weil es über den gegenüber dem schlüssigen Klagevortrag erheblichen Vortrag des Beklagten Beweis erheben müßte. Das war hier nicht der Fall. Die Klage war im Zeitpunkt des Vorbringens in erster Instanz insgesamt nicht schlüssig. Der Rechtsstreit war nicht zur Entscheidung reif, denn das Landgericht hätte die Klägerin vor einer Entscheidung zu ihren Lasten gemäß § 139 Abs. 1 ZPO auf die Mängel ihres Klagevorbringens hinweisen müssen.

II.

Der Klagevortrag war aus den folgenden Erwägungen insgesamt nicht schlüssig:

1. Das von der Klägerin für besondere Leistungen begehrte Honorar in Höhe von 3.142,50 DM kann ihr gemäß § 5 Abs. 4 i.V.m. § 2 Abs. 3 HOAI nur zustehen, wenn sie mit der Beklagten ein bestimmtes oder zumindest bestimmbares Honorar für konkret bezeichnete Leistungen zuvor schriftlich vereinbart hat und wenn die besonderen Leistungen im Verhältnis zu den Grundleistungen einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand verursachen (Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 5. Aufl., Rdn. 637; Locher/Koeble/Frik, HOAI, 4. Aufl., § 2 Rdn. 3-5, § 5 Rdn. 9, 10; Hesse/Korbion/Mantscheff, HOAI, 2. Aufl., § 5 Rdn. 9-11; Pott/Dahlhoff, HOAI, 4. Aufl., § 5 Rdn. 14-17). Zum schlüssigen Vortrag des Auftragnehmers, der ein Honorar für besondere Leistungen verlangt, gehört neben

der schriftlichen Vereinbarung die Angaben von Tatsachen, die eine Beurteilung des für die besonderen Leistungen erforderlichen Arbeits- und Zeitaufwandes ermöglichen (Werner/Pastor aaO Rdn. 640).

a) Der Vortrag der Klägerin genügt diesen Anforderungen nach wie vor nicht. Der Hinweis in der Klageschrift und in der Rechnung vom 15. Oktober 1984 auf zwei Aktennotizen erfüllt nicht die Voraussetzungen, die nach § 126 BGB für die Einhaltung der Schriftform erforderlich sind. Die weitere Voraussetzung des Anspruchs, ob die der Honorarforderung zugrunde liegenden Leistungen der Klägerin einen nicht unwesentlichen Arbeits- und Zeitaufwand erfordert haben, läßt sich nach dem bisherigen Vortrag der Klägerin nicht beurteilen, weil die Zuordnung der von der Klägerin berechneten besonderen Leistungen zu einzelnen Leistungsphasen der HOAI nicht möglich ist.

b) Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der auf das Honorar für besondere Leistung entfallenden Mehrwertsteuer in Höhe von 439,95 DM ist schon deshalb nicht schlüssig dargelegt, weil sie die gemäß § 9 HOAI in der bis 31. Dezember 1984 geltenden Fassung für einen derartigen Anspruch erforderliche besondere Vereinbarung (Werner/Pastor aaO Rdn. 668; Hesse/Korbion/Mantscheff aaO § 9 Rdn. 3; Locher/Koeble/Frik aaO § 9 Rdn. 2, jeweils m.N.) nicht vorgetragen hat. Weitere anspruchsbegründende Voraussetzung für den Erstattungsanspruch der Mehrwertsteuer ist nämlich, daß die Vereinbarung schriftlich getroffen worden ist.

Die streitige Frage, ob eine Vereinbarung über die Erstattung von Mehrwertsteuer der Schriftform bedarf (so Werner/Pastor aaO Rdn. 668; Hesse/Korbion/Mantscheff aaO § 9 Rdn. 3 m.w.N.; OLG Düsseldorf, BauR 1982, 597, 600 und 1985, 347, 349), oder ob eine mündliche Vereinbarung genügt (so Locher/Koeble/Frik aaO § 9 Rdn. 2 m.w.N.; Pott/Frieling, Vertragsrecht für Architekten und Bauingenieure, Rdn. 271; Pott/Dahlhoff aaO § 9 Rdn. 1; Gerauer, ZfBR 1982, 172, 173; Motzke, Rechte und Pflichten des Architekten, Teil B, Rdn. 133) ist bisher vom Senat nicht entschieden worden (vgl. Senatsurteil, NJW 1982, 1595 Nr. 13).

Der Senat schließt sich der vom OLG Düsseldorf, von Werner/Pastor und von Hesse/Korbion/Mantscheff vertretenen Ansicht an. Der Zweck des § 4 Abs. 1 HOAI erfordert es, die Wirksamkeitsvoraussetzung der Schriftform auch auf die Vereinbarung über die Erstattung der Mehrwertsteuer zu erstrecken. Dieses Ergebnis ist allein interessengerecht. Die Formvorschrift des § 4 Abs. 1 HOAI, die unmittelbar nur die Honorarvereinbarung regelt, dient unterschiedlichen Interessen der Vertragspartner. Dem Auftragnehmer soll die Schriftform den Beweis über den Abschluß und den Inhalt der Gebührenvereinbarung ermöglichen. Den Auftraggeber schützt die Formvorschrift in der Weise, daß er den Umfang seiner finanziellen Verpflichtungen übersehen kann und vor nachträglichen von ihm nicht kalkulierbaren Forderungen des Auftragnehmers bewahrt wird (Hesse/Korbion/Mantscheff aaO § 9 Rdn. 3, § 4 Rdn. 4). Diese durch § 4 Abs. 1 HOAI geregelte Interessenlage ist nicht auf das Honorar des Architekten beschränkt, sie ist vielmehr in vergleichbarer Weise

für den Anspruch auf Erstattung der Mehrwertsteuer (vor dem 1. Januar 1985) gegeben, unabhängig davon, ob die Mehrwertsteuer materiell-rechtlich als Entgelt des Architekten anzusehen ist.

2. Auch die von der Klägerin geltend gemachte Forderung auf Erstattung pauschalierter Nebenkosten in Höhe von 1.359,26 DM ist bisher von der Klägerin nicht schlüssig dargelegt.

a) Eine pauschale Abgeltung der Nebenkosten kann der Auftragnehmer gemäß den §§ 7 Abs. 3, 4 Abs. 1 HOAI i.V.m. § 126 BGB nur verlangen, wenn die Parteien eine entsprechende Vereinbarung bei Auftragserteilung schriftlich geschlossen haben (Hesse/Korbion/Mantscheff aaO § 7 Rdn. 9). Die Schriftform gemäß § 4 Abs. 1 HOAI ist nur gewahrt, wenn die Vereinbarung nach § 126 BGB von beiden Parteien unterzeichnet ist (Locher/Koeble/Frik aaO § 4 Rdn. 4; Hesse/Korbion/Mantscheff aaO § 4 Rdn. 4; Werner/Pastor aaO Rdn. 557 m.w.N.). Die von der Klägerin vorgelegte schriftliche Auftragsbestätigung vom 14. Dezember 1982 genügt, weil sie nicht von beiden Parteien unterschrieben ist, dem gesetzlichen Formerfordernis nicht (vgl. a. Werner/Pastor aaO m.N.). Ob die Beklagte aufgrund besonderer Umstände nach Treu und Glauben hier möglicherweise daran gehindert ist, sich auf die mangelnde Schriftform zu berufen, läßt sich nach den bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsurteils nicht entscheiden. Sollten die Voraussetzungen für einen Anspruch auf eine pauschale Abgeltung der Nebenkosten nicht vorliegen, kann die Klägerin die Nebenkosten gemäß § 7 Abs. 3 HOAI nach Einzelnachweisen abrechnen.

b) Der verlangte Mehrwertsteuerbetrag in Höhe von 190,30 DM ist nur begründet, wenn die Parteien - wie bereits ausgeführt - eine entsprechende schriftliche Vereinbarung getroffen haben sollten. Auch dazu fehlt bisher der erforderliche Sachvortrag der Klägerin. Die Auftragsbestätigung vom 14. Dezember 1982, die eine Erstattung des auf das Honorar entfallenden Mehrwertsteuerbetrages vorsieht, genügt den gesetzlichen Formerfordernissen - wie dargelegt - nicht. Ob die Beklagte auch hinsichtlich dieser Vereinbarung möglicherweise nach Treu und Glauben daran gehindert ist, sich auf den Formmangel zu berufen, kann nach den für den Senat maßgeblichen bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beurteilt werden.

3. Der geltend gemachte Anspruch auf Abschlagszahlungen in Höhe von 67.963 DM ist von der Klägerin bislang ebenfalls nicht schlüssig begründet worden.

a) Ein Anspruch auf Abschlagszahlungen steht dem Auftragnehmer gemäß § 8 Abs. 2 HOAI u.a. nur zu, wenn das Vertragsverhältnis im Zeitpunkt der Klageerhebung noch besteht. Ob die Klägerin zu diesem Zeitpunkt noch berechtigt war, Abschlagszahlungen zu verlangen ist zweifelhaft, denn die Beklagte hat mit Schreiben vom 26. Mai 1986 die Kündigung des Vertrages erklärt. Sollte die Kündigung wirksam sein, müßte die Klägerin ihre Forderung auf der Grundlage einer Schlußrechnung abschließend berechnen und geltend machen (Locher/Koeble/Frik aaO § 8 Rdn. 17). Das gilt jedenfalls dann, wenn das von dem Architekten verlangte Honorar - wie hier - bestritten ist. Die Frage, ob die

Kündigung wirksam ist, kann nach den bisherigen tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilt werden. Falls die Kündigung wirksam sein sollte, ist die Klägerin verfahrensrechtlich nicht gehindert, ihren Klageanspruch als Anspruch auf Schlußzahlung weiterzuverfolgen.

b) Nach der Rechtsprechung des Senats steht dem Auftragnehmer eines VOB-Vertrages ein Anspruch auf Abschlagszahlung nach § 16 Nr. 1 VOB/B nicht mehr zu, wenn der Vertrag durch Kündigung des Auftraggebers beendet worden ist. In diesem Fall kann der Auftragnehmer im laufenden Rechtsstreit die Schlußrechnung erstellen und seinen Zahlungsanspruch als Anspruch auf Schlußzahlung weiterverfolgen. Der Übergang vom Anspruch auf Abschlagszahlung zum Anspruch auf Schlußzahlung ist zulässig, weil er gemäß § 264 Nr. 1 ZPO nicht als Klageänderung anzusehen ist (Senatsurteile NJW 1985, 1840 und vom 26. Februar 1987 - VII ZR 217/85 = BauR 1987, 453 = ZfBR 1987, 200).

Die vom Senat für die Kündigung eines VOB-Vertrages entwickelten Grundsätze sind auf die vorzeitige Beendigung eines Architektenvertrages übertragbar, weil die Interessenlage der Vertragsparteien in beiden Fällen gleich ist. Das durch § 8 Abs. 2 HOAI geschützte Interesse des vorleistungspflichtigen Auftragnehmers, ihn dadurch wirtschaftlich zu entlasten, daß er seine Vergütung für bereits erbrachte Leistungen erhält, ist mit der Beendigung des Vertrages durch eine Kündigung des Auftraggebers nicht mehr gegeben. Denn dann entfällt die Vorleistungspflicht des Auftrag-

nehmers, vielmehr braucht er weitere Leistungen abgesehen von der Befriedigung etwaiger Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche des Auftraggebers nicht mehr zu erbringen. In dieser Lage hat der Auftragnehmer die Möglichkeit, seine Ansprüche abschließend zu berechnen und eine Schlußrechnung zu erstellen. Ein schutzwürdiges Interesse, ihm einen Anspruch auf Abschlagszahlung zuzubilligen, besteht nicht mehr. Die endgültige Abrechnung der Vergütung durch den Auftragnehmer entspricht wie auch beim VOB-Vertrag dem Interesse des Auftraggebers. Er hat nach einer Kündigung ein Interesse daran, möglichst bald den Vertrag mit dem Auftragnehmer endgültig abzuwickeln. Wäre der Auftragnehmer weiterhin berechtigt, den Auftraggeber zunächst auf Abschlagszahlungen in Anspruch zu nehmen, würde die Schlußabrechnung zu Lasten des Auftraggebers unnötig verzögert.

c) Abgesehen von der Frage, ob der Vertrag möglicherweise durch die Kündigung der Beklagten beendet worden ist, erfüllt der Vortrag der Klägerin die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Abschlagszahlungen. Die nach ihrem bisherigen Vortrag fehlende Schriftform der Pauschalhonorarvereinbarung berührt diesen Anspruch nicht, denn der Klägerin steht bei fehlender Schriftform gemäß § 4 Abs. 4 HOAI ein Anspruch auf die Mindestsätze zu. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin aber ohnehin nur den Mindestsatz der Honorarzone III für Leistungen, die sie nach ihrem Vortrag bereits erbracht hat. Die von ihr erbrachten Leistungen hat die Klägerin hinreichend dargelegt. Der Auftragnehmer, der Abschlagszahlungen fordert, muß im einzelnen darlegen, auf welche Leistungen sich die Abschlagszahlungen beziehen

(Hesse/Korbion/Mantscheff aaO § 8 Rdn. 11). Die hierfür erforderlichen Angaben sind in dem Schreiben der Anwälte der Klägerin vom 21. Mai 1986 enthalten, das Gegenstand der Klagebegründung ist; diese Angaben sind sogar prüfbar.

d) Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Auftragnehmer, der auf der Grundlage eines mündlich vereinbarten Pauschalhonorars die Schlußzahlung verlangt, anhand einer den Anforderungen der HOAI entsprechenden prüf-
baren Rechnung unter Angabe der nach § 10 Abs. 1 HOAI an-
rechenbaren Kosten darlegen muß, daß die Mindestsätze ein-
gehalten wurden (vgl. hierzu Werner/Pastor aaO Rdn. 658; OLG
Düsseldorf, BauR 1982, 294 u. Schmitz BauR 1982, 219, 242),
braucht nicht entschieden zu werden. Aufgrund der besonderen
Umstände ist eine derartige Kontrollberechnung hier ent-
behrlich, denn nach dem beiderseitigen Parteivortrag sind
keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, daß die Mindestsätze
etwa deshalb überschritten werden, weil die sich nachträg-
lich ergebenden anrechenbaren Kosten niedriger sind, als der
Kostenansatz der Pauschalvereinbarung. Die Beklagte hat
weder in diesem Verfahren noch in den beiden Vorverfahren
den Kostenansatz beanstandet; das rechtfertigt die Annahme,
daß die vereinbarten anrechenbaren Kosten nicht unter-
schritten werden.

III.

Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht
bestehen bleiben. Da der Senat zur abschließenden Ent-
scheidung gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht in der Lage

ist, muß die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden. Die Zurückverweisung kann hier an das Landgericht erfolgen, weil das Berufungsgericht die Sache gemäß der §§ 539, 540 ZPO seinerseits an das Landgericht hätte zurückverweisen können. Eine Zurückverweisung an das Landgericht ist nach diesen Vorschriften möglich, wenn die Entscheidung des Landgerichts auf einem wesentlichen Verfahrensfehler beruht und eine eigene Sachentscheidung des Berufungsgerichts nicht sachdienlich gewesen wäre.

So ist es hier. Die rechtsfehlerhafte Anwendung des § 296 Abs. 1 ZPO begründet ohne weiteres einen wesentlichen Verfahrensmangel i.S.d. § 539 ZPO (vgl. BGHZ 86, 218, 219). Die eigene Entscheidung durch das Berufungsgericht gem. § 540 ZPO wäre hier nicht sachdienlich, weil - wie bereits aufgezeigt - vor einer endgültigen Entscheidung eine umfangreiche tatrichterliche Sachaufklärung erforderlich ist und gegebenenfalls zu den erheblichen Streitpunkten Beweis erhoben werden muß.

Girisch

Bliesener

Quack

Thode

Haß