

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 10/90

URTEIL

Verkündet am:
31. Januar 1991
Freitag
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rudolf B. [REDACTED],
E. [REDACTED] 12, P. [REDACTED],

Beklagter, Revisionskläger
und Anschlußrevisionsbeklagter,

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

g e g e n

Dr. Albrecht H. [REDACTED],
S. [REDACTED]straße 85 a, M. [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagter
und Anschlußrevisionskläger,

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

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 1991 durch den Richter Dr. Engelhardt als Vorsitzenden, die Richter Dr. Werp, Dr. Rinne, Dr. Wurm und die Richterin Dr. Deppert

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. Oktober 1989 teilweise aufgehoben und das Urteil der 30. Zivilkammer des Landgerichts München I vom 22. Juli 1988 teilweise abgeändert.

Der Beklagte bleibt verurteilt, an den Kläger 40.417,83 DM nebst 4 % Zinsen aus 21.308,33 DM seit 31. August 1984, aus 1.811,50 DM seit 15. Dezember 1984 und aus 17.298 DM seit 15. Mai 1985 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weitergehenden Rechtsmittel des Beklagten und die Anschlußrevision des Klägers werden zurückgewiesen.

Von den erstinstanzlichen Kosten tragen der Beklagte 5/8 und der Kläger 3/8, von den Kosten der Rechtsmittelzüge der Beklagte 4/5 und der Kläger 1/5.

Von Rechts wegen

9

Tatbestand:

Der Kläger ist als Unternehmensberater tätig. Die Parteien kamen im Frühjahr 1984 überein, zur Verwertung der Patente des Beklagten für Zyklogetriebe zusammenzuarbeiten; der nähere Inhalt ihrer Absprache ist streitig. Eine Rechnung des Klägers vom 28. Juni 1984 über 13.197,77 DM für Leistungen in der Zeit vom 17. April bis 27. Juni 1984 wurde von dem Beklagten beglichen. Nachdem im Herbst 1984 Meinungsverschiedenheiten zwischen den Parteien aufgetreten waren, stellte der Kläger seine Tätigkeit ein.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger Begleichung seiner Rechnungen vom 6. September 1984, 27. November 1984 und 30. April 1985.

Von den eingeklagten 63.904,29 DM hat das Landgericht dem Kläger 61.787,66 DM nebst gestaffelt aufgeführten Zinsen zugesprochen. Das Oberlandesgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 49.858,61 DM nebst Zinsen verurteilt. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten. Mit seiner Anschlußrevision begehrt der Kläger die Zubilligung weiterer 11.699,05 DM.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Beklagten ist in Höhe von 9.440,78 DM begründet. Die Anschlußrevision des Klägers ist unbegründet.



I.

Das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, daß zwischen den Parteien am 17. April 1984 ein unbedingter, mündlich bindender Geschäftsbesorgungsvertrag mit Dienstvertragscharakter (§§ 675, 611 BGB) zu einem Tageshonorar von 2.200 DM zuzüglich Spesen und Auslagen zustande gekommen ist, wonach der Kläger die Vermarktung des Zyklogetriebes übernahm, dessen Patente der Beklagte innehat. Dies wird von der Revision hingenommen.

II.

Die Angriffe des Beklagten zur Höhe der dem Kläger zugesprochenen Forderung sind hingegen zum Teil berechtigt. Ein Teil der Rechnungsposten der Rechnung vom 27. November 1984 ist nicht erstattungsfähig. Auch stehen dem Kläger die Positionen, die das Berufungsgericht von seiner Rechnung vom 30. April 1985 abgesetzt hat und die er zum überwiegenden Teil zusammen mit der Mehrwertsteuer für seine Forderung im Wege der Anschlußrevision weiterverfolgt, nicht zu, so daß die Anschlußrevision unbegründet ist.

1. Bezüglich der Rechnung vom 27. November 1984 über 15.168,29 DM, wovon das Berufungsgericht dem Kläger 11.252,28 DM zugebilligt hat, kann der Kläger nur Zahlung eines Betrages von 1.811,50 DM verlangen.

a) Soweit die Rechnung vom 27. November 1984 den Zeitaufwand betrifft, der dem Kläger durch Stellungnahmen im

Rahmen der über seine Vergütung entstandenen Meinungsverschiedenheiten im Anschluß an das Schreiben des Klägers vom 25. August 1984 und die Rechnung vom 6. September 1984 entstanden ist, ist keine Rechtsgrundlage für die Forderung des Klägers vorhanden.

Der zu Dienstleistungen Verpflichtete kann das vertraglich vereinbarte Honorar (§§ 611, 675 BGB) nur für die Erbringung der vertraglich geschuldeten Tätigkeit geltend machen. Den Zeitaufwand, der ihm durch die Verfolgung seiner Ansprüche gegen diesen entsteht, kann ein Gläubiger dem Schuldner grundsätzlich nicht in Rechnung stellen. Selbst der Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs kann nicht Ersatz für den eigenen Zeitaufwand zur Durchsetzung seiner Forderung verlangen (BGH Urteil vom 28. Februar 1969 - II ZR 154/67 = NJW 1969, 1109; BGHZ 66, 112, 114; 69, 34, 36; 75, 230, 231; vgl. BGHZ 106, 28, 31; BAG Urteil vom 24. August 1967 = NJW 1968, 221; Palandt/Heinrichs, BGB 50. Aufl., Rn. 38 vor § 249 und § 249 Rn. 23; a.M.: MünchKomm/Grünsky, BGB 2. Aufl. Rn. 25 vor § 249). Die eigene Mühewaltung gehört zum Pflichtenkreis des Gläubigers (BGH Urteil vom 28. Februar 1969 aaO). Anders verhält es sich nur, wenn ihm durch die Verwendung seiner Arbeitskraft im eigenen Interesse ein Gewinn entgangen ist (BGHZ 69, 36). Mit seiner Klage begehrt der Kläger aber nicht einmal Schadensersatz, sondern er klagt seinen Erfüllungsanspruch als Gegenleistung für geschuldete Dienste ein (vgl. Erman/Hanau, BGB 8. Aufl. § 611 Rn. 387).

Die Rechnung vom 27. November 1984 ist aus diesem rechtlichen Gesichtspunkt um die Positionen für seine Tätig-

keit nach dem 24. Oktober 1984 zu kürzen. Im übrigen sind die ab 24. Oktober 1984 erbrachten Leistungen des Klägers nach der spätestens durch das Kündigungsschreiben des Beklagten vom 22. Oktober 1984 herbeigeführten Beendigung des Vertragsverhältnisses erfolgt. Die Rechnung ermäßigt sich mithin um das Entgelt für einen Zeitaufwand von 16,25 Stunden.

b) In der Rechnung vom 27. November 1984 sind aber auch für die Zeit vor dem 24. Oktober 1984 Positionen enthalten, in denen der Kläger Vergütung für seine Arbeitszeit zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten mit dem Beklagten berechnet.

Zu dem Zeitaufwand von fünf Stunden am 25. August 1984 einschließlich des Schreibens an den Beklagten hat der Kläger allerdings bei seiner Anhörung vor dem Berufungsgericht im Termin vom 9. Mai 1989 dargelegt, er habe gut fünf Stunden benötigt, um die dort aufgeführte Tätigkeit zu erbringen, auch wenn er seine Stellungnahme zu den Vertragsbeziehungen der Parteien hinwegdenke. Der Zeitaufwand von einer Stunde am 4. September 1984, der anscheinend in vollem Umfang auf die Anfertigung eines Schreibens an den Beklagten entfiel, betrifft gleichfalls die vertraglich geschuldeten Leistungen; dasselbe gilt, den Erläuterungen des Klägers bei seiner Anhörung folgend, für die Telefongespräche vom 4. und 5. September 1984 mit dem Schwiegersohn des Beklagten, dem Zeugen Stahl. Dieser nach der Behauptung des Klägers erbrachte Zeitaufwand kann mithin Gegenstand eines Vergütungsanspruchs sein.

Hingegen wurden die Schreiben vom 6. September 1984 an den Zeugen S [REDACTED] und vom 17. September 1984, 5. Oktober 1984, 9. Oktober 1984 und 16. Oktober 1984 an den Beklagten im Zusammenhang mit den Meinungsverschiedenheiten der Parteien angefertigt. Der hierfür benötigte Zeitaufwand ist daher nicht vergütungsfähig. Daß das Treffen in München, wofür der Kläger sieben Stunden Anreisezeit berechnet, der inhaltlichen Förderung des gemeinsamen Vorhabens diene, und nicht lediglich der Besprechung der Differenzen der Parteien, ist nicht ausreichend dargetan. Dem Vortrag des Klägers ist vielmehr eher zu entnehmen, daß die Parteien auch bei der Zusammenkunft vom 19. Oktober 1984 keine sachlichen Beratungsgespräche führten, sondern über die Abwicklung bzw. Fortführung der Zusammenarbeit berieten.

Danach verbleibt für die Rechnung vom 27. November 1984 lediglich eine für den Beklagten aufgewandte Arbeitszeit von 13 1/2 Stunden, nämlich von 6 1/2 Stunden vom 25. August bis 5. September 1984, von drei Stunden am 1. Oktober und 3. Oktober 1984, soweit es die "Zusammenarbeit mit VW und Daimler-Benz" anbetrifft, von drei Stunden am 4. Oktober 1984 für das "Gespräch mit der Geschäftsführung der MTU" und von einer Stunde am 8. Oktober 1984 für die "Ausarbeitung für Geschäftsführung MTU".

c) Soweit der Kläger im Oktober 1984 bis zum Kündigungsschreiben vom 22. Oktober 1984 für den Beklagten tätig geworden ist, kann er aber auch kein Honorar verlangen.

Der Beklagte rügt, daß das Berufungsgericht dem Kläger auch die Vergütung zuerkannt habe, die dieser für die Zeit

nach seinen, des Beklagten, Schreiben vom 5. September und 14. September 1984 geltend mache. Der Beklagte führt in diesem Zusammenhang aus, da die Parteien abgesprochen hätten, das Tätigwerden des Klägers von Fall zu Fall untereinander abzustimmen, sei der Kläger in der Folgezeit bei seinen weiteren Bemühungen eigenmächtig vorgegangen. Der Beklagte lastet dem Berufungsgericht an, es habe die genannten Schreiben nur unter dem Gesichtspunkt einer Kündigung gewürdigt und verfahrensfehlerhaft (§ 286 ZPO) angenommen, er habe nicht bestritten, noch nach dem 14. September 1984 Leistungen des Klägers in Anspruch genommen zu haben. Dieser Angriff ist im Ergebnis berechtigt.

Das Berufungsgericht hat zwar frei von Rechtsirrtum dargelegt, das Schreiben des Beklagten vom 14. September 1984 sei nicht als Kündigung auszulegen, sondern die Vertragsauflösung sei erst durch das Schreiben vom 22. Oktober 1984 bewirkt worden. Auch ist dem Sachverhalt entgegen der Ansicht des Beklagten nicht zu entnehmen, daß der Kläger von vornherein verpflichtet war, seine Tätigkeit "von Fall zu Fall" mit ihm, dem Beklagten, abzustimmen. Jedoch hätte das Berufungsgericht untersuchen müssen, ob nicht der Kläger nach dem Inhalt des Schreibens des Beklagten vom 14. September 1984 verpflichtet gewesen wäre, vor einem weiteren Tätigwerden die Zustimmung des Beklagten einzuholen. Nach § 665 BGB, der gemäß § 675 BGB auf das Vertragsverhältnis der Parteien Anwendung findet, darf der Beauftragte grundsätzlich nicht von den Weisungen des Auftraggebers abweichen. Da keine weiteren Feststellungen in bezug auf die Auslegung des Schreibens vom 14. September 1984 in Betracht

kommen, kann diese vom Revisionsgericht selbst vorgenommen werden (BGHZ 109, 19, 22).

Aus dem Schreiben des Beklagten vom 14. September 1984 geht hervor, daß sich der Kläger vor einem weiteren Vorgehen für die vertraglich vereinbarten Zwecke mit dem Beklagten absprechen mußte. Da sich der Kläger über diese Anweisung, die in den weiteren Schreiben vom 19. September 1984 und 4. Oktober 1984 ihre Bestätigung fand, hinweggesetzt hat, hat er den Beklagten aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes (Palandt/Thomas § 665 Rn. 11) von dem Entgelt für seine ab 14. September 1984 erbrachten weiteren Dienste freizustellen. Daß der Beklagte noch nach dem 14. September 1984 "die Leistungen des Klägers in Anspruch genommen" hat, wie das Berufungsgericht darlegt, stellt keine nach § 561 Abs. 2 ZPO bindende Feststellung, sondern eine Wertung dar. Der Beklagte weist mit der Verfahrensrüge nach § 286 ZPO zutreffend darauf hin, er habe die Tätigkeiten nach dem 14. September 1984, die der Kläger ohne Abstimmung mit ihm Dritten gegenüber entfaltet habe, nicht "in Anspruch nehmen" können. Daß der Beklagte von den Verhandlungen des Klägers mit Daimler-Benz und der MTU im Oktober 1984 vorher unterrichtet war, nimmt das Berufungsgericht selbst nicht an.

Von der Rechnung vom 27. November 1984 kommt nach alledem für die Vergütung des Klägers unter Zugrundelegung seines eigenen Vortrags nur ein Zeitraum von 6,5 Stunden á 275 DM (2.200 DM Tageshonorar, geteilt durch acht Arbeitsstunden) in Betracht. Hierfür ergibt sich eine Forderung von 1.787,50 DM.

Im übrigen geht das Berufungsgericht fehlerfrei von dem Vorbringen des Klägers aus mit der Begründung, der Beklagte habe bei der Anhörung des Klägers im Termin vom 9. Mai 1989, in dessen Rahmen der Kläger die Einzelposten erläutert habe, die Vornahme der im einzelnen aufgeführten Tätigkeiten, die Aufwendungen und sonstigen Ausgaben nicht, jedenfalls nicht substantiiert bestritten, obwohl ihm hierzu Gelegenheit gegeben worden sei.

Die hiergegen erhobene Verfahrensrüge hat der Senat geprüft. Sie ist unbegründet (§ 565 a ZPO).

Für die Rechnung vom 27. November 1984 ist mithin eine Vergütung von 1.787,50 DM zugrunde zu legen. Von den Nebenkosten sind die Fahrtkosten nach München und - zwecks Erwirkung eines Mahnbescheides gegen den Beklagten - nach Tettnang aus den oben dargestellten Erwägungen nicht erstattungsfähig. Für die am 4. und 5. September 1984 geführten Telefongespräche sind zehn Einheiten á 0,22 DM anzusetzen, für Briefmarken für die Schreiben vom 25. August und 4. September 1984 2 DM. Somit ergibt sich für die Rechnung vom 27. November 1984 ein Anspruch auf Vergütung einschließlich Kopiekosten von 19,80 DM in Höhe von insgesamt 1.811,50 DM.

2. Hinsichtlich der Rechnung vom 6. September 1984 geht das angefochtene Urteil gleichfalls von dem Vorbringen des Klägers aus. Soweit der Beklagte die Rechnung nur pauschal bestritten hatte, hat er, wie dargelegt, durch sein Verhalten nach der Anhörung des Klägers am 9. Mai 1989 gezeigt,

daß er die Darstellung des Klägers nicht (mehr) bestreiten wollte. Der Kläger ist im Rahmen seiner Anhörung auch dem in der Berufungsbegründung erhobenen Einwand des Beklagten begegnet, ein Teil der abgerechneten Stunden sei in seinem Tätigkeitsbericht vom 7. Juni 1985 nicht erfaßt, ohne daß der Beklagte zu der ihm gegebenen Aufklärung Stellung genommen hätte.

Lediglich bezüglich der Beschreibung der Position vom 2. August 1984 in dem Tätigkeitsbericht des Klägers vom 7. Juni 1985 hat der Beklagte eine Erklärung im Anhörungstermin abgegeben, die als Bestreiten zu werten ist. Da er sich aber, obwohl ihm dies möglich gewesen wäre, nicht dazu äußert, aus welchem Grunde die Darstellung des Klägers unrichtig sein soll, ist sein Bestreiten insoweit unsubstantiiert und damit unerheblich.

3. Hinsichtlich der Beurteilung der Rechnung des Klägers vom 30. April 1985 wird das Berufungsurteil sowohl von dem Beklagten als auch - mit der Anschlußrevision - von dem Kläger ohne Erfolg angegriffen.

a) Die Revision rügt, die Rechnung enthalte weitere Forderungen für den Zeitraum vom 17. April bis 28. Juni 1984, für den der Kläger bereits mit seiner Rechnung vom 28. Juni 1984 abgerechnet, und die er, der Beklagte, bezahlt habe; er ist der Ansicht, einer Nachforderung stehe der Gesichtspunkt von Treu und Glauben entgegen. Das Berufungsurteil hält diesen Angriffen jedoch im Ergebnis stand.

Der Kläger ist weder aus dem Rechtsgrundsatz des Verzichts (§ 397 BGB) noch der Verwirkung (§ 242 BGB) gehindert, zusätzliche Forderungen für Arbeitsleistungen in den Zeiträumen zu erheben, für die er schon früher eine Rechnung erstellt hatte. Da das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht unter den genannten rechtlichen Gesichtspunkten überprüft hat, ist eine entsprechende Gesamtwürdigung, die grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten ist (vgl. BGH Urteil vom 29. Februar 1984 - VIII ZR 310/82 = NJW 1984, 1684, 1685), unterblieben. Eine weitere Aufklärung kommt aber nicht mehr in Betracht, so daß der Senat diese Wertung selbst vornehmen kann (vgl. Zöllner/Schneider, ZPO 16. Aufl. § 550 Rn. 10 und § 561 Rn. 11).

aa) Für eine Vereinbarung der Parteien, die Rechnung vom 28. Juni 1984 solle sämtliche Forderungen aus der Zeit vom 17. April bis 28. Juni 1984 abschließend erledigen, fehlt es an einem Sachvortrag des Beklagten. Allerdings kann ein Verzicht auf eine Forderung gemäß § 397 BGB auch stillschweigend erklärt und angenommen werden (BGH Urteil vom 7. November 1985 - III ZR 84/84 = NJW 1986, 1491, 1492). Dem Umstand allein, daß der Kläger dem Beklagten am 28. Juni 1984 eine Abrechnung zugeleitet hat, ist aber kein schlüssiger Erlaß der weiteren in dieser Zeit begründeten Forderungen zu entnehmen. An die Feststellung eines Verzichtswillens sind strenge Anforderungen zu richten; ein Verzicht ist nicht zu vermuten (BGH Urteil vom 20. Dezember 1983 - VI ZR 19/82 = NJW 1984, 1346, 1347). Aus der Tatsache, daß der zu einer Geschäftsbesorgung Verpflichtete eine Abrechnung erstellt, ist nicht schon der Schluß zu

ziehen, er wolle für einen bestimmten Zeitabschnitt eine vollständige und abschließende Aufstellung seiner Forderung erteilen und zeigen, daß er weitere Dienste nicht geleistet habe und weitere Aufwendungen ihm nicht entstanden seien. Da es sich im Falle der Parteien um eine andauernde Geschäftsbeziehung gehandelt hat, liegt es außerdem nahe, daß der Kläger, um schon vor der Beendigung des Vertragsverhältnisses einen Teil seines Honorars zu erlangen, nur vorläufig über einen Teil seiner Leistungen abrechnen wollte. Hierfür spricht auch der Vortrag des Beklagten, er habe sich die Rechnung nicht angesehen und seine Zahlung als Abschlagszahlung aufgefaßt. Irgendwelche zusätzlichen Erklärungen des Klägers, aus denen zu schließen wäre, daß er sich mit dem Rechnungsbetrag in Höhe von 13.197,77 DM für den Zeitraum bis zum 28. Juni 1984 begnüge, sind nicht dargetan (vgl. BGH Urteil vom 25. September 1987 - VII ZR 281/77 = NJW 1979, 720).

bb) Der Gesichtspunkt der Verwirkung als Sonderfall des Verbots eines widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB steht der Geltendmachung der zusätzlichen Forderung gleichfalls nicht entgegen.

Ein Recht ist verwirkt, wenn es der Berechtigte über einen längeren Zeitraum hinweg nicht geltend macht, obwohl er dazu in der Lage wäre (Zeitmoment), und der Verpflichtete sich mit Rücksicht auf das gesamte Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat (Umstandsmoment), daß dieser das Recht auch in Zukunft nicht verfolgen werde (BGHZ 84, 280, 281; 99, 133, 142; 103, 62,

70; 105, 290, 298; BGH Urteil vom 29. Februar 1984 aaO). Für eine Verwirkung wäre mithin erforderlich gewesen, daß die Nachforderung in der Abrechnung vom 30. April 1985 verspätet war und daß der Beklagte aufgrund der Rechnung des Klägers vom 28. Juni 1984 darauf vertrauen durfte und vertraut hat, der Kläger werde weitere Ansprüche für die Zeit bis zum 28. Juni 1984 nicht mehr erheben. Schon die Voraussetzung eines längeren Zeitablaufs liegt nicht vor. Da der Beklagte, wie dargetan, aus der Tatsache allein, daß ihm der Kläger eine Rechnung über seine Tätigkeit bis zum 28. Juni 1984 erteilt hatte, nicht entnehmen konnte und nach seinem eigenen Vorbringen auch nicht entnommen hat, daß diese die Forderungen aus dem Zeitraum vom 17. April bis 28. Juni 1984 abschließend erledigen wollte, liegt zudem der für eine Verwirkung erforderliche Vertrauenstatbestand nicht vor.

b) Mit der Anschlußrevision greift der Kläger das Berufungsurteil bezüglich der Rechnung vom 30. April 1985 insofern an, als das Berufungsgericht von dieser Rechnung Beträge von 5.816 DM und 1.100 DM für Fahrtkosten und Zeithonorar abgesetzt hat.

aa) Der Rechnung vom 30. April 1985 in Verbindung mit dem Tätigkeitsbericht des Klägers vom 7. Juni 1985 ist zu entnehmen, daß er hierin neben den in der Rechnung vom 6. September 1984 angesetzten zwei Stunden für das Gespräch mit Dr. W. [REDACTED] zwei Tage für die Anreise nach Sylt am 7. August 1984 und die Rückreise sowie die Fahrtkosten geltend macht. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, der Kläger hätte die zusätzlich angesetzte Zeit seiner Tätigkeit aufschlüsseln müssen, tragen daher die klagabweisende

Entscheidung nicht, weil die Zeit, die der Kläger auf Gespräche verwandt hat, mit der Anreisezeit nichts zu tun hat.

Der Anspruch des Klägers auf Vergütung für seine Anreisezeit erweist sich aber aus einem anderen Grunde als unberechtigt (§ 563 ZPO). Der Kläger, der am 7. August 1984 nach Sylt reiste und sich nach seinem eigenen Vorbringen und seiner Erklärung im Anhörungstermin vom 9. Mai 1985 von dort aus zu der am 22. August 1984 vorgenommenen Präsentation bei VW in Wolfsburg begab, hat, von den zweimaligen Besuchen bei Dr. W. [REDACTED] am 14. und 21. August 1984 mit einer Dauer von je einer Stunde abgesehen, in Sylt Ferientage verbracht. Ob er seinen Urlaub auch deshalb in Sylt verbrachte, weil er von dort aus im Interesse des Beklagten die Großwindanlage nordwestlich von Hamburg studieren wollte, kann dahingestellt bleiben. Da der Kläger die Reise nach Sylt, wie auch seiner Äußerung in dem Anhörungstermin zu entnehmen ist, zu einem längeren Urlaubsaufenthalt verwandte, handelte es sich bei der Fahrtzeit nicht um vertragliche Arbeitszeit. Der Beklagte schuldet daher keine Vergütung für den Zeitaufwand und die Fahrtkosten bezüglich der Hin- und Rückreise.

bb) Die Anschlußrevision richtet sich auch gegen den Abzug von 1.100 DM, den das Berufungsgericht von dem Zeitonorar gemäß Nr. 3 der Rechnung vom 30. April 1985 vorgenommen hat und der die Reisezeit von München nach Wien am 6. Mai 1984 anbetrifft. Die Erwägungen des Berufungsgerichts, der Kläger habe keinen Beweis für seine von dem Beklagten bestrittene Behauptung angetreten, er habe die

Fahrt nach Wien wegen eines Besuchs der Firma S-
D-P- unternommen, tragen jedoch das Urteil. Ver-
fahrensrügen hat der Kläger in diesem Zusammenhang nicht
erhoben.

III.

Der Beklagte schuldet dem Kläger keine Mehrwertsteuer
auf dessen Forderungen aus den Rechnungen vom 6. Septem-
ber 1984, 27. November 1984 und 30. April 1985. Auch in-
soweit ist das Anschlußrechtsmittel des Klägers unbegrün-
det.

Das Berufungsgericht führt aus, das von den Parteien
vereinbarte Tageshonorar von 2.200 DM sei im Zweifel als
Bruttohonorar anzusehen; eine abweichende Vereinbarung habe
der Kläger nicht nachgewiesen. Diese Erwägungen sind frei
von Rechtsirrtum. Die Ansicht Staudinger/Richardis (BGB
12. Aufl. § 612 Rn. 41; ebenso: MünchKomm/Schaub § 612
Rn. 218), auf die sich der Kläger mit der Revision beruft,
betrifft nur die übliche Vergütung. Hingegen ist die Mehr-
wertsteuer in einem vereinbarten Preis grundsätzlich ent-
halten, wenn die Parteien sich nicht auf ihre zusätzliche
Erstattung geeinigt haben oder sich ein abweichender Han-
delsbrauch in bestimmten Branchen entwickelt hat (BGHZ 58,
292, 295; 60, 199, 203; MünchKomm/Mayer-Maly § 157 Rn. 18;
Soergel/Wolf, BGB 12. Aufl. § 157 Rn. 83; Palandt/Heinrichs
§ 157 Rn. 13). Dies gilt auch bei Angeboten an einen zum
Vorsteuerabzug berechtigten Unternehmer (BGH Urteil vom
4. April 1973 - VIII ZR 191/72 = WM 1973, 677, 678; vgl.
Soergel/Wolf aaO).

Mithin schließt die von den Parteien vereinbarte Vergütung von 2.200 DM pro Arbeitstag die Mehrwertsteuer ein. Das Vorbringen des Klägers im Rahmen der Anschlußrevision, der Beklagte habe zugestanden, daß er, der Kläger, die Mehrwertsteuer in der Rechnung vom 6. September 1984 lediglich vergessen habe, ist nicht zutreffend. In dem Schriftsatz vom 13. Juli 1989, auf den sich der Kläger bezieht, trägt der Beklagte - ebenso wie in der Berufungsbegründung vom 1. Dezember 1988 - vor, die zusätzliche Mehrwertsteuer sei von dem Kläger nachträglich eigenmächtig berechnet worden. Gegen eine Einigung auf die Erstattung der Mehrwertsteuer spricht im übrigen, daß der Kläger die Mehrwertsteuer nicht nur in der Rechnung vom 6. September 1984, sondern auch in den Rechnungen vom 28. Juni 1984 und 30. April 1985 unberücksichtigt gelassen hat.

IV.

Die Klageforderung ist nicht durch die Aufrechnung erloschen, die der Beklagte hilfsweise mit einem Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen geltend macht.

Der Beklagte leitet seinen Schadensersatzanspruch aus dem Vorbringen her, der Kläger habe ihn nicht darauf hingewiesen, daß die Zusammenarbeit erst Früchte trage, wenn er, der Beklagte, nochmals etwa 200.000 DM aufwende. Das Berufungsgericht hat die Gegenforderung des Beklagten mit der

Begründung verneint, es sei kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, daß der Kläger zu Beginn des Vertragsverhältnisses gewußt habe, daß noch ein weiterer Betrag von 200.000 DM zur Verwirklichung des Vorhabens des Beklagten erforderlich sei. Diese Erwägungen sind frei von Rechtsirrtum und tragen die Entscheidung, soweit der Beklagte seine Gegenforderung auf die Behauptung eines vorsätzlichen oder sogar betrügerischen Verhaltens des Klägers stützt. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag des Beklagten nicht gewürdigt, der Kläger habe verschwiegen, daß er Berufsanfänger sei, und er habe in Aussicht gestellt, daß bereits 1984 Lizenzeinnahmen erzielt würden, ist jedoch berechtigt (§ 286 ZPO). Das Berufungsgericht hätte unter Zugrundelegung dieses Vorbringens dazu Stellung nehmen müssen, ob dem Kläger nicht wenigstens ein fahrlässiges Verhalten zur Last zu legen ist, das zur Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluß ausreicht (BGH Senatsurteil vom 5. November 1987 - III ZR 233/86 = BGHR BGB vor § 1/Verschulden bei Vertragsschluß Aufklärungspflicht 12). Der Beklagte erhebt zudem den Vorwurf, der Kläger habe aus Unerfahrenheit nicht auf die Notwendigkeit weiterer Investitionen aufmerksam gemacht und stattdessen schon kurzfristig Gewinne in Aussicht gestellt. Aber auch die Berücksichtigung dieses Vorbringens vermag der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Der Beklagte hat nicht dargetan, aufgrund welcher Tatsachen der Kläger schon vor Beginn der beiderseitigen Vertragsbeziehungen hätte erkennen müssen, daß die Erzielung eines Ertrages erst bei einem finanziellen Aufwand von weiteren 200.000 DM zu erwarten sei. Diesen Betrag hatte der

Kläger dem Beklagten im Schreiben vom 25. August 1984 genannt. Allein der Umstand, daß sich im Rahmen einer Zusammenarbeit zum Zwecke der Vermarktung patentierter technischer Gegenstände das Erfordernis weiterer Aufwendungen herausstellt, reicht nicht aus, um den Vorwurf zu rechtfertigen, der Berater hätte dies von Anfang an voraussehen müssen, so daß der zukünftige Vertragspartner zu unterrichten gewesen wäre. Die Tatsache, daß der Kläger, wie er bei seiner Anhörung im Termin vom 9. Mai 1989 angegeben hat, seinerzeit noch "relativ neu im Beratergeschäft" gewesen ist, läßt gleichfalls nicht darauf schließen, er habe aus ihm zuzurechnender Unerfahrenheit nicht schon vor Vertragschluß um die Notwendigkeit zusätzlicher finanzieller Aufwendungen gewußt. Ein mindestens fahrlässiges Verhalten des Klägers ist aber Voraussetzung für eine Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen. Allerdings hat der künftige Vertragspartner bei Scheitern des geplanten Vertrages auch ohne Verschulden Schadensersatz zu leisten, wenn er das Zustandekommen des Vertrages als sicher hingestellt hat (BGH Urteil vom 22. Februar 1989 - VIII ZR 4/88 = BB 1989, 729). Diese Grundsätze sind aber auf den zur Entscheidung stehenden Sachverhalt schon deshalb nicht übertragbar, weil der Kläger nach der eigenen Behauptung des Beklagten Einnahmen im Jahre 1984 lediglich in Aussicht gestellt hat. Diese vage Aussage rechtfertigte es nicht, daß der Beklagte auf einen sicheren Gewinn vertraute.

V.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92, 97 ZPO, wobei der Wert der Gegenforderung zu berücksichtigen war (§ 19 Abs. 3 GKG).

Engelhardt

Werp

Rinne

Wurm

Deppert