

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Oktober 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Thode, Hausmann, Dr. Kuffer und Dr. Kniffka

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 29. Oktober 1996 aufgehoben, soweit die Beklagte zur Zahlung von mehr als 99.062,97 DM und 4 % Zinsen hierauf seit 3. Januar 1994 verurteilt worden ist.

Insoweit wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger macht, soweit in der Revision noch von Bedeutung, Ansprüche aus einem Ingenieurvertrag wegen nicht erbrachter Leistungen geltend. Über das Vermögen der Beklagten (im folgenden: Schuldnerin) ist im Laufe des Revisionsverfahrens das Gesamtvollstreckungsverfahren eröffnet worden.

Mit schriftlichem Vertrag vom 4. Juni 1992 hatte die Firma K. als Generalunternehmerin den Kläger mit Ingenieurleistungen bei der Technischen Ausrüstung für sechs Gebäude des Gewerbegebiets P. beauftragt. Nach § 2.3 des Vertrages sollten ergänzend u.a. die Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Architekten-/Ingenieurleistungen (AVB) gelten; beigelegt war eine Fassung 1985. In § 8 AVB heißt es u.a.:

"8.1 Auftraggeber und Auftragnehmer können den Vertrag nur aus wichtigem Grund kündigen.

...

8.2 Wird aus einem Grund gekündigt, den der Auftraggeber zu vertreten hat, erhält der Auftragnehmer für die in Auftrag gegebenen Leistungen die vereinbarte Vergütung unter Abzug der ersparten Aufwendungen; diese werden auf 60 v.H. der Vergütung für die noch nicht erbrachten Leistungen festgelegt."

Im August 1992 teilten die Bauherren dem Kläger mit, daß nicht mehr die Firma K., sondern die Schuldnerin als Generalunternehmerin tätig sei, der Vertrag vom 4. Juni 1992 solle übergeleitet werden. Mit Schreiben vom 19. August 1992 übersandte der Kläger daraufhin der Schuldnerin eine Kopie des mit der Firma K. geschlossenen Vertrags und bat um Unterzeichnung. Mit Telefax vom 21. August 1992 antwortete die Schuldnerin u.a. wie folgt:

"Um keinen Planungsverzug entstehen zu lassen, bitten wir Sie dringendst, dieses Fax als Auftrag anzuerkennen und die Arbeiten ... fortzusetzen."

Nachdem die Schuldnerin zwei "Zwischenrechnungen" beglichen hatte, kam es über drei weitere Abschlagsrechnungen vom 28. Dezember 1992 zu Meinungsverschiedenheiten der Parteien insbesondere über die dort angesetzten Herstellungskosten. Als die Schuldnerin die neu erstellten Rechnungen

vom 26. März 1993 nicht bezahlte, erklärte der Kläger mit Schreiben vom 26. August 1993 die fristlose Kündigung des Ingenieurvertrages. Anschließend überreichte er seine Honorarschlußrechnung über insgesamt 282.126,85 DM.

Das Landgericht hat die Schuldnerin zur Zahlung von 173.201,80 DM und Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen. Die Berufung der Schuldnerin ist ohne Erfolg geblieben. Der Senat hat die Revision angenommen, soweit sie sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von mehr als 99.062,97 DM (Betrag für erbrachte Leistungen abzüglich Abschlagszahlungen) und Zinsen richtet.

Mit Schriftsatz vom 14. April 1999 hat die Verwalterin (im folgenden: die Beklagte) erklärt, sie nehme den Rechtsstreit auf. Den vom Landgericht zugesprochenen Betrag hatte die Schuldnerin schon vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung gezahlt. Die Beklagte verfolgt im Umfang der Annahme der Revision ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg.

I.

Die Beklagte hat das unterbrochene Revisionsverfahren wirksam aufgenommen (§ 250 ZPO).



1. Der anhängige Zivilrechtsstreit ist in entsprechender Anwendung des § 240 ZPO mit der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin unterbrochen worden (vgl. BGH, Beschluß vom 14. Mai 1992 - VIII ZR 195/91, WM 1992, 1421).

2. Die Beklagte hat den Rechtsstreit rechtswirksam aufgenommen. Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung war hierzu eine vorherige Anmeldung der Forderung in das Vermögensverzeichnis nicht erforderlich.

Die anwendbare Gesamtvollstreckungsordnung (Art. 103 EG InsO) enthält keine Vorschriften über die Aufnahme von Verfahren, die durch die Eröffnung des Verfahrens der Gesamtvollstreckung unterbrochen wurden. Es ist daher insoweit auf die einschlägigen Vorschriften der Konkursordnung zurückzugreifen (vgl. Gerhardt in Gottwald, Nachtrag "Gesamtvollstreckungsordnung" zum Insolvenzrechts-Handbuch, 1993, S. 42 Rdn. 5 m.w.N.). Die Vorschrift des § 146 Abs. 3 und 4 KO, wonach Gegenstand der Feststellung in einem streitigen Verfahren nur der Betrag sein kann, welcher zum Vermögensverzeichnis angemeldet worden ist, greift im Streitfall nicht ein. Die Schuldnerin hatte bereits vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens den durch das Landgericht ausgeurteilten Betrag zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bezahlt. In dem von der Beklagten aufgenommenen Rechtsstreit geht es nur noch darum, ob der Kläger den an ihn gezahlten Betrag vollständig behalten darf oder ob er ihn teilweise zurückgewähren muß. In einem solchen Fall ist der ursprüngliche Passivprozeß zu einem Aktivprozeß geworden (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 1995 - II ZR 140/93, NJW 1995, 1750). Eine Anmeldung zur Tabelle steht in einem Aktivprozeß nicht in Rede (vgl. § 10 Abs. 1 KO).

1. Das Berufungsgericht nimmt an, aus dem Schriftwechsel der Parteien ergebe sich, daß sie mit Zustimmung der Firma K. die Übernahme des ursprünglich zwischen dieser und dem Kläger abgeschlossenen Vertrages vereinbart hätten. Es meint, es sei ohne Bedeutung, daß der Übernahmevertrag nicht die Unterschriften beider Parteien trage. Die Übernahme der Honorarvereinbarung als Bestandteil des Ingenieurvertrages habe nicht der Schriftform nach § 4 Abs. 4 HOAI bedurft.

Das ist entgegen der Auffassung der Revision zutreffend. Die Formvorschrift des § 4 HOAI dient unterschiedlichen Interessen der Vertragspartner. Dem Auftragnehmer soll die Schriftform den Beweis über den Abschluß und den Inhalt der Gebührenvereinbarung sichern. Den Auftraggeber schützt die Formvorschrift in der Weise, daß er den Umfang seiner finanziellen Verpflichtungen übersehen kann und er vor nachträglichen von ihm nicht kalkulierbaren Forderungen des Auftragnehmers bewahrt wird (BGH, Urteil vom 24. November 1988 - VII ZR 313/87, BauR 1989, 222, 223 = ZfBR 1989, 104, 109). Diese Interessen verlangen keine erneute Schriftform bei Übernahme der Honorarvereinbarung. Der Beweisfunktion zugunsten eines neu eintretenden Auftragnehmers wird durch die bei Vertragsübernahme bereits vorliegende Honorarvereinbarung genügt.

2. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, der Kläger habe den Vertrag wirksam aus wichtigem Grund gekündigt, da die Beklagte sich unberechtigt geweigert habe, die geforderten Abschlagszahlungen zu leisten. Die Fälligkeit von Abschlagsforderungen setze die Übersendung prüffähiger Rechnungen nicht voraus. Der Kläger könne somit gemäß § 8.2 AVB vorgehen. Diese Klausel halte einer Prüfung gemäß § 9 Abs. 1 AGBG stand.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Zu Recht geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine unberechtigte endgültige Weigerung des Auftraggebers, Abschlagszahlungen zu leisten, den Auftragnehmer berechtigen kann, aus wichtigem Grund zu kündigen (BGH, Urteil vom 29. Juni 1989 - VII ZR 330/87, BauR 1989, 626 = ZfBR 1989, 248 = NJW-RR 1989, 1248; Urteil vom 19. Februar 1998 - VII ZR 207/96, BauR 1998, 866 = ZfBR 1998, 236). Das ist der Fall, wenn dem Auftragnehmer die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nach den gesamten Umständen des Einzelfalls nicht mehr zugemutet werden kann (BGH, Urteil vom 29. Juni 1989 - VII ZR 330/87, aaO).

b) Danach kann die Kündigung des Klägers unter der Voraussetzung gerechtfertigt sein, daß die Beklagte an ihrer Zahlungsverweigerung festgehalten hat, obwohl sie keine berechtigten Beanstandungen gegen die Abschlagsrechnungen erhoben hat oder der Kläger auf berechnete Beanstandungen im gebotenen Umfang eingegangen ist. Das Berufungsgericht hat dazu keine ausreichenden Feststellungen getroffen. Die Abschlagsrechnungen befinden sich in ihrer ursprünglichen Fassung vom 28. Dezember 1992 nicht in der Akte. Die Revision beruft sich zu Recht darauf, daß die Beklagte ihre Weigerung, diese Abschlagsforderungen zu begleichen, damit begründet hat, daß die angesetzten Herstellungskosten überhöht seien. Das Berufungsgericht hat sich nicht damit befaßt, ob und in welchem Umfang diese Bedenken gegen die Rechnungen in ihren verschiedenen Fassungen unter Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarung der Parteien zur Honorarabrechnung berechnigt waren und inwieweit der Kläger gegebenenfalls auf die Beanstandungen bei seinem weiteren Zahlungsverlangen eingegangen ist oder hätte eingehen müssen.

Das Berufungsgericht wird hierzu weitere Feststellungen treffen müssen. Auf deren Grundlage und unter Berücksichtigung der sonstigen Umstände,

unter denen die Beklagte weitere Zahlungen verweigert hat, wird es erneut zu würdigen haben, ob dem Kläger die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses unzumutbar war. Dabei kann es auch von Bedeutung sein, ob die Beklagte bei der Auseinandersetzung der Parteien ausreichend Bereitschaft gezeigt hat, eine berechnete Abschlagsforderung zu begleichen.

3. Sollte die Kündigung berechtigt sein, ist entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts die Höhe des Zahlungsanspruchs des Klägers wegen nicht erbrachter Leistungen nicht ausreichend dargetan. Seine Auffassung, die Abrechnungsregelung des § 8.2 AVB sei nach dem AGBG nicht zu beanstanden, hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Mangels entgegensehender Feststellungen des Berufungsgerichts ist für die revisionsrechtliche Beurteilung davon auszugehen, daß der Kläger Verwender der Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Verträge mit freiberuflich Tätigen (AVB) ist. Die Klausel hält einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand. Das hat der Bundesgerichtshof - nach Erlass des Berufungsurteils - bereits für eine ähnliche Klausel entschieden, in der die ersparten Aufwendungen auf 40 % festgesetzt wurden (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1998 - X ZR 116/97, BauR 1999, 167 = ZfBR 1999, 95). Daß die ersparten Aufwendungen hier auf 60 % festgesetzt werden, begründet jedenfalls deshalb keinen relevanten Unterschied, weil die Berücksichtigung anderweitigen Erwerbs nicht zugelassen wird (vgl. Urteil vom 10. Oktober 1996 - VII ZR 250/94, BauR 1997, 156 = ZfBR 1997, 36; Urteil vom 4. Dezember 1997 - VII ZR 187/96, BauR 1998, 357 = ZfBR 1998, 142; Urteil vom 19. Februar 1998 - VII ZR 207/96, BauR 1998, 866 = ZfBR 1998, 236).

b) Sollte dem Kläger wegen der Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund hinsichtlich der nicht erbrachten Leistungen ein Anspruch entsprechend

der Regelung des § 649 Satz 2 BGB zustehen, so ist dieser konkret abzurechnen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1996 - VII ZR 227/93, BauR 1996, 846 = ZfBR 1996, 310). Zu dessen Darlegung hat er seine ersparten Aufwendungen und etwaigen anderweitigen Erwerb konkret zu bezeichnen. Bisher ist das nicht geschehen. Wenn der Kläger Verwender der Klausel § 8.2 AVB war, könnte er auch als Schadensersatz nicht mehr als die sich aus der Klausel ergebenden 40 % des Honorars verlangen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997 - VII ZR 187/96, BauR 1998, 357 = ZfBR 1998, 142).

III.

Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das gibt den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag. Der Kläger kann insbesondere prüfen, ob er weiterhin Mehrwertsteuer auf den Vergütungsteil verlangen will, der den nicht erbrachten Leistungen zuzuordnen ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 8. Juli 1999 - VII ZR 237/98, BauR 1999, 1294 = NJW 1999, 3261). Auch hinsichtlich der Nebenkosten für nicht erbrachte Leistungen (einschließlich Mehrwertsteuer 6.739,89 DM) bedürfte es weiterer Feststellungen. Pauschalierte Nebenkosten können für die nicht erbrachten Leistungen nicht geltend gemacht werden.

Ullmann

Thode

Hausmann

Kuffer

Kniffka