

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

072

VII ZR 12/70

URTEIL

Verkündet am
8. Oktober 1970

H o r n ,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der B[REDACTED] Fertigbau GmbH, B[REDACTED], N[REDACTED] str. [REDACTED],
vertreten durch ihre Geschäftsführer, die Herren Pr[REDACTED]
in P[REDACTED], Br[REDACTED] in D[REDACTED] und Erhard C[REDACTED] in B[REDACTED],
Hirtsieferstr. 17,

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

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

gegen

den Dr. Ing. Wilhelm P o [REDACTED], [REDACTED] Be[REDACTED]-F[REDACTED],
Pa[REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 16. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 3. November 1969 aufgehoben, soweit es über die Klage und über die Hälfte der Kosten des Berufungsverfahrens entschieden hat.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte hatte von der Deutschen Gesellschaft zur Förderung des Wohnungsbaues (De-Ge-Wo) den Auftrag zur Errichtung von Wohnbauten in Berlin-Wittenau, Wilhelmsruher Damm, erhalten. Es sollten 32 Häuser mit 2554 Wohnungen gebaut werden.

- 3 -

Sie schloß am 8. Juli 1966 durch ihren Angestellten Beilfuß mit dem Kläger einen schriftlichen Vertrag, in dem sie ihm die Durchführung von Ingenieurleistungen für die Gewerke Gebäudeheizungen, Lüftungstechnische Anlagen, sanitäre Anlagen und elektrotechnische Gebäudeanlagen übertrug. Der Kläger hatte den Vorentwurf mit Kostenüberschlag, den Entwurf, die Bestellungsunterlagen, die Ausführungszeichnungen und die bauaufsichtsamtlichen Genehmigungsunterlagen anzufertigen, sowie die Mutterpausen der Ausführungszeichnungen an die beauftragten Firmen auszuhändigen.

Nachdem der Kläger die Vorentwürfe und Kostenüberschläge für alle Häuser gefertigt hatte, stellte er für diese Leistungen die erste Zwischenrechnung vom 17.8.1966 über 188 192 DM aus. Er berichtigte diese am 8.9.1966 "infolge Fortfallens der Gebäude 18, 19, 30-32 aus dem Leistungsumfang" auf 183 636 DM.

Die Beklagte schrieb am 20.10.1966 an den Kläger u.a.:

"Am 8.7.1966 haben wir mit Ihnen einen Vertrag über die Ingenieur-Arbeiten für das Bauvorhaben "MV IV/1" im Märkischen Viertel abgeschlossen....."

In einem gemeinsamen Gespräch am 20.10.d.J. haben wir für den weiteren Ablauf folgendes festgelegt:

Der Vertrag bleibt Grundlage für die Honorierung, der von uns im einzelnen beauftragten und noch zu beauftragenden Leistungen, jedoch ist er in einigen Punkten zu ändern und den Forderungen der De-Ge-Wo anzupassen. Was den Umfang Ihrer Leistungen betrifft,



haben wir heute gemeinsam folgende Vereinbarung für das Bauvorhaben Märkisches Viertel und weiterhin mögliche Bauvorhaben getroffen.....

Der Entwurf, die Ausführungszeichnungen und die Anfertigung der Bestellungsunterlagen beziehen sich jedoch lediglich auf die einzelnen Wohnungstypen des jeweiligen Bauvorhabens. Dies bedeutet, daß bei Wiederholung von Grundrißtypen Ihnen nur die notwendig werdenden Änderungsplanungen gesondert in Auftrag gegeben werden.

Zu diesen Vereinbarungen haben Sie heute Ihre Zustimmung erteilt."

Der Kläger widersprach diesem Schreiben nicht. Er arbeitete weiter und erhielt weitere Abschlagszahlungen.

Am 19. September 1967 übergab der Kläger der Beklagten eine Zwischenrechnung. Er berechnete darin für die Häuser 1-32 Gebühren für den Vorentwurf mit Kostenüberschlag (15 %) und den Entwurf (20 %), für die Häuser 13-17 zudem Gebühren für die Anfertigung der Bestellungsunterlagen und Ausführungszeichnungen (15 %). Er brachte der Beklagten in der Zwischenrechnung die Entwurfsgebühr für Elektroanlagen (79 269 DM) gut, setzte einen Betrag von 17 068 DM für 4 % Umsatzsteuer ein und kam so unter Berücksichtigung erfolgter Zahlungen (244 000 DM) zu einer Restforderung von 202 771 DM. (In der Zwischenrechnung (HA 14, 15) sind zwei Rechenfehler enthalten. Bei der Pos. Sanitär sind 35 % der vollen Gebühr nur 134 134 DM, so daß die Zusammenrechnung der einzelnen Gebühren 455 972 DM ergibt. Unter Abzug der Entwurfsgebühr für Elektroanlagen,

Zurechnung der Umsatzsteuer und Berücksichtigung der erfolgten Zahlungen verbleibt tatsächlich nur ein Restbetrag von 149 771 DM). Diese Rechnung sandte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 19. Oktober 1967 zurück und bat um die Übersendung einer Schlußrechnung über den Vorentwurf für das gesamte Bauvorhaben und die weitere Bearbeitung der Gebäude 13-17. Die Berechtigung des Klägers, auch Gebühren für den Entwurf für alle Gebäude zu berechnen, erkannte sie nicht an. Der Kläger blieb bei seinen Gebührenforderungen und machte die Gutschrift über 79 269 DM rückgängig (Schreiben des Klägers vom 20. Oktober 1967).

Der Kläger macht geltend, er habe - abgesehen von Forderungen aus weiteren Rechnungen - unter Berücksichtigung am 15. Oktober 1967 erhaltener 50 000 DM noch 211 972 DM zuzüglich Umsatzsteuer (HA 14) zu fordern.

Hiervon hat er einen Teilbetrag von 80 000 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 19. November 1967 eingeklagt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Beklagte hat im Berufungsrechtszuge Widerklage erhoben, mit der sie die Rückzahlung von 77 973 DM nebst Zinsen verlangt, weil der Kläger in dieser Höhe bereits überzahlt sei.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Widerklage abgewiesen.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte nur die Abweisung der Klage.

Der Kläger bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält den Klagantrag für ausreichend bestimmt. Der Kläger habe nicht Teile mehrerer selbständiger, sondern einen Teil des einheitlichen Anspruches aus dem Vertrag der Parteien eingeklagt, der allerdings verschiedene Teilleistungen betrifft.

Diese Auffassung ist - entgegen der Rüge der Revision - aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

II.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Rechtsbeziehungen der Parteien allein durch den Vertrag vom 8. Juli 1966 bestimmt werden.

Dagegen wendet sich die Revision im Ergebnis mit Erfolg.

1. Sie rügt, daß das Berufungsgericht die in dem Vertrag vom 8. Juli 1966 abgegebenen Erklärungen des Angestellten Beilfuß als spätestens durch das Schreiben der Beklagten vom 20. Oktober 1966 genehmigt angesehen hat.

Diese Rüge ist unbegründet. In dem Schreiben vom 20. Oktober 1966 heißt es: "Am 8. Juli 1966 haben wir mit Ihnen einen Vertrag über Ingenieur-Arbeiten für das Bauvor-

haben "MV IV/1" im Märkischen Viertel abgeschlossen." Das zeigt, daß die Beklagte - entgegen der Meinung der Revision - den Vertragsabschluß so gebilligt hat, wie er am 8. Juli 1966 erfolgt war.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts wurde der Vertrag vom 8. Juli 1966 durch die in dem Schreiben der Beklagten vom 20. Oktober 1966 wiedergegebene Vereinbarung nicht abgeändert, da nach § 11 Nr. 2 des Vertrages vom 8. Juli 1966 Änderungen und Ergänzungen des Vertrages der Schriftform bedurften. Diese sei nicht gewahrt, da der Kläger dem Schreiben der Beklagten vom 20. Oktober 1966 nicht schriftlich zugestimmt habe.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a). Auch bei dem Bestehen einer Schriftformklausel sind mündlich vereinbarte Vertragsänderungen wirksam, wenn die Parteien übereinstimmend das mündlich Vereinbarte wollen, und zwar auch dann, wenn sie dabei nicht an die Schriftformklausel denken und deshalb weder das Bewußtsein noch den Willen haben, von dieser abzuweichen (BGH NJW 1965, 293; VII ZR 119/68 vom 22. Juni 1970). Dieser Rechtsprechung wird das Berufungsgericht nicht gerecht. In dem Vorbringen der Beklagten, eine Vertragsänderung sei mündlich vereinbart worden, liegt die Behauptung, daß die Parteien übereinstimmend das so mündlich Vereinbarte als maßgeblich gewollt haben. Es ist deshalb auch unerheblich, ob die Beklagte ausdrücklich behauptet hatte, es sei mündlich vereinbart worden, die Schriftform solle für die Änderungen des Vertrages nicht gelten.

b). Das Schreiben der Beklagten vom 20. Oktober 1966 ist als "kaufmännisches Bestätigungsschreiben" im Rechtssinne aufzufassen. Es hatte nach seinem Inhalt für den Kläger erkennbar den Zweck, das Ergebnis der vorangegangenen Verhandlung verbindlich festzulegen. Auf dieses Schreiben hat der Kläger geschwiegen. Er hätte ihm aber widersprechen müssen, wenn er den Inhalt nicht gegen sich gelten lassen wollte (u.a. BGHZ 1, 353; 7, 187; 11, 1; 18, 212; 40, 42; BGH LM Nr. 12 zu § 346 (Ea) HGB; VII ZR 157/68 vom 25. Mai 1970; VII ZR 70/68 vom 9. Juli 1970). Der Kläger ist zwar kein Kaufmann. Er nimmt aber in erheblichem Umfang am Geschäftsleben teil. Das ergibt sich schon aus dem unstreitigen Sachverhalt. Er hatte hier als beratender Ingenieur die Ausführung eines sehr umfangreichen Auftrages übernommen. Aus seinem Briefbogen ergibt sich zudem, daß er Büros in mehreren deutschen Städten unterhält. Es ist daher gerechtfertigt, ihn wie einen Kaufmann zu behandeln (vgl. dazu u.a. BGHZ 11, 1, 3; BGH VII ZR 114/62 vom 12. November 1964).

c). Nach alledem steht die Schriftformklausel des Vertrages vom 8. Juli 1966 der Rechtswirksamkeit der mündlich vereinbarten Vertragsabänderung nicht entgegen und der Kläger muß sich an dem festhalten lassen, was als Ergebnis der mündlichen Vereinbarung in dem Schreiben der Beklagten vom 20. Oktober 1966 niedergelegt worden ist. Dieses Schreiben ermangelt allerdings der erforderlichen Klarheit; es bedarf daher noch der tatrichterlichen Auslegung dahin, welche Gebührenansprüche dem Kläger nunmehr auf Grund des Vertrages vom 8. Juli 1966 in Verbindung mit der in dem Schreiben vom 20. Oktober 1966 wiedergegebenen Vertragsabänderung zustehen, insbesondere ob er Entwurfsgebühren für alle Häuser verlangen kann.

Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Das Berufungsgericht wird bei der neuen Verhandlung und Entscheidung folgendes zu berücksichtigen haben:

a). Zwischen den Parteien ist es unstreitig, daß der Kläger Gebühren für die Vorentwürfe mit Kostenüberschlägen, Entwürfe, Bestellungsunterlagen und Ausführungszeichnungen für die Häuser 13-17 und Gebühren für die Vorentwürfe mit Kostenüberschlägen für die Häuser 1-12 und 20-29 zu beanspruchen hat. Insoweit streiten sie nur über den Ansatz der Herstellungskosten. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dem Kostenansatz sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden und werden von der Revision auch nicht angegriffen. Allerdings wird gegebenenfalls noch zu berücksichtigen sein, daß der Honoraranspruch des Klägers in Höhe von 1 % erst fällig ist, wenn die endgültigen Herstellungskosten vorliegen und die Wohnungsbau-Kreditanstalt die Schlußabrechnung anerkannt hat (§ 6 des Vertrages vom 8. Juli 1966).

b). Streitig ist zwischen den Parteien, ob dem Kläger auch Gebühren für die Vorentwürfe mit Kostenüberschlägen und Entwürfe für die Häuser 18, 19, 30, 31 und 32 zustehen und ob er auch Gebühren für die Entwürfe für die Häuser 1-12 und 20-29 geltend machen kann.

aa). Das Berufungsgericht geht davon aus, daß der Vertrag vom 8. Juli 1966 auch die Häuser 18, 19, 30-32 erfaßt. Es führt aus, die Behauptung des Klägers, daß in dem dem Vertrag vom 8. Juli 1966 beigelegten und in § 1 des Vertrages

erwähnten Lageplan auch diese Häuser eingezeichnet seien, habe die Beklagte erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 3. November 1969 bestritten. Dieses Bestreiten hat das Berufungsgericht gemäß § 529 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen (BU 27). Ob das zu Recht geschehen ist, kann dahin stehen, denn bei der neuen Verhandlung der Sache kann die Beklagte ihr Vorbringen dazu und die entsprechenden - von der Revision als übergangen gerügten - Beweisanträge wiederholen, wenn es darauf überhaupt für die von dem Kläger nur in Höhe eines Teilbetrages von 80 000 DM erhobene Forderung ankommt (BU 28).

bb). Falls die vom Kläger für alle Häuser verlangten Entwurfsgebühren nicht durch die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien (Vertrag vom 8. Juli 1966 in Verbindung mit der Vereinbarung vom 20. Oktober 1966; wobei auch das in dem Schreiben vom 19. Oktober 1967 erwähnte Schreiben vom 15. September 1966, das bisher nicht vorgelegt worden ist, Bedeutung haben kann) gedeckt sind, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, inwieweit trotzdem ein Anspruch des Klägers auf Vergütung besteht, wenn die Beklagte später den Kläger veranlaßt hat, die Entwürfe für alle Häuser zu fertigen und sie, wie der Kläger behauptet, auf Grund dieser Unterlagen das Bauvorhaben ausgeführt hat.

4. Auf die weiteren Rügen der Revision (Revisionsbegründung unter IV-VI) kommt es nicht an, da das angefochtene Urteil schon aus den zu II. 2 dargelegten Gründen aufzuheben ist.

III.

Auf die Revision ist das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es über die Klage entschieden hat. Die Abweisung der erst im Berufungsrechtszuge erhobenen Widerklage ist von der Revision nicht angefochten worden. Daraus folgt, daß die Beklagte mit der Hälfte der Kosten des Berufungsverfahrens belastet bleiben muß. Im Kostenpunkt ist das angefochtene Urteil daher nur wegen der weiteren Hälfte der Kosten des Berufungsverfahrens aufzuheben.

Rietschel

Erbel

Vogt

Schmidt

Girisch