

1.2 BGH, Urteil vom 28.10.1993 – VII ZR 192/92

1. Nebenkosten können pauschal nur abgerechnet werden, wenn die Beteiligten dies bei Auftragserteilung schriftlich vereinbart haben. Dazu genügen ein schriftliches Angebot und eine schriftliche Annahme auf unterschiedlichen Schriftstücken nicht im Anschluß an Senatsurteile vom 24. November 1988 – VII ZR 313/87 = BauR 1989, 222 = ZfBR 1989, 104 und vom 12. Oktober 1989 – VII ZR 303/88 = BauR 1990, 101 = ZfBR 1990, 64.
2. Das Angebot eines Schuldbeitritts bedarf nach der Verkehrssitte im allgemeinen keiner Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden.

Tatbestand:

Die Klägerin, ein Industrieplanungs- und Beratungsunternehmen, nimmt den Beklagten als Testamentsvollstrecker aus Schuldbeitritt in Anspruch. Dem liegt folgendes zugrunde: Die Klägerin sollte für die Firma C.D.S. GmbH & Co. KG (künftig: CDS) den Bau einer Fertigungs- und Montagehalle einschließlich der Nebengebäude für die Herstellung von Flugbooten in O. planen; es war beabsichtigt, die Planung in einzelnen Abschnitten zu erstellen. Nach Abschluß der ersten Planungsphase bot die Klägerin der CDS im Mai 1989 die Entwurfs- und Genehmigungsplanung als zweite Phase an. Da bei der CDS, deren Kommanditisten zunächst nur die Erben des unter Testamentsvollstreckung stehenden Nachlasses des verstorbenen Prof. C.D. jun. waren, Differenzen über die weitere Finanzierung des Vorhabens auftraten, teilte die damalige Testamentsvollstreckerin und frühere Beklagte, die zugleich Justitiarin der CDS war, der Klägerin am 27. Juli 1989 folgendes mit:

Ab sofort darf ich Sie bitten, die gesamte Bauplanung nur mehr über mich abzuwickeln. Als Testamentsvollstreckerin am Nachlaß von Herrn Prof. C.D. jr. bin ausschließlich ich über die Ausübung des Rechts auf Erwerb von 100.000 qm in O. verfügungsberechtigt. Sobald ich dieses Recht ausgeübt habe, steht mir ebenfalls ausschließlich das Verfügungsrecht zu, solange nicht der Nachlaß auseinandergesetzt wird. ... Ich darf Sie jedoch bitten, wie bisher besprochen, in der Planung fortzufahren. Anfallende Kosten übernehme ich zu Lasten des Nachlasses.

Über das Vermögen der CDS, die das Angebot der Klägerin mit Schreiben vom 9. August 1989 angenommen hatte, wurde am 3. November 1989 das Konkursverfahren eröffnet. Die Klägerin erteilte im Januar 1990 sowohl dem Konkursverwalter als auch der früheren Testamentsvollstreckerin Rechnung über die bis dahin ausgeführte Entwurfs- und Genehmigungsplanung sowie vier weitere Rechnungen über Nebenkosten. Die Klägerin hat die frühere Beklagte unter Einschluß offener Rechnungen aus der ersten Planungsphase auf Zahlung von insgesamt 532.022,01. DM in Anspruch genommen. Das Landgericht hat das Schreiben vom 27. Juli 1989 als vorweggenommenen Schuldbeitritt ausgelegt und die frühere Beklagte zur Zahlung der Höhe nach unstreitiger 239.919,18 DM nebst Zinsen als Kosten der zweiten Planungsphase Zug um Zug gegen Herausgabe der Planung verurteilt. Nachdem die frühere Beklagte ihr Amt als Testamentsvollstreckerin gekündigt hatte und alsdann der Beklagte zum Testamentsvollstrecker ernannt worden war, hat letzterer im Berufungsverfahren den Anspruch der Klägerin dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Das Oberlandesgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihre Schlußanträge aus dem Berufungsverfahren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- I. Das Berufungsgericht legt zur Begründung im wesentlichen dar: Der Beklagte sei passivlegitimiert. In Übereinstimmung mit dem Landgericht sei das Schreiben der früheren Testamentsvollstreckerin vom 27. Juli 1989 als vorweggenommener Schuldbeitritt auszulegen, dessen Annahme nicht habe erklärt werden müssen. Es sei jedoch nicht erwiesen, daß die Klägerin die in ihrer Teilrechnung vom 31. Dezember 1989/23. Januar 1990 (künftig: Teilrechnung) aufgeführten Leistungen dem Umfang und der vertraglich geschuldeten Güte nach tatsächlich erbracht habe. Eine Beweisaufnahme hierzu sei nicht veranlaßt, da die Beweisangebote der Klägerin nicht substantiiert seien und auf eine Ausforschung zielten. Da die Klägerin beweisfällig geblieben sei, stehe ihr auch eine vertraglich vereinbarte Nebenkostenpauschale von 12 % nicht zu.
- II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten den Rügen der Revision nicht in allem stand.
 1. Das Berufungsgericht prüft zunächst, ob der Klägerin ein fälliger Honoraranspruch gegen den Konkursverwalter nach § 631 BGB, § 8 HOAI zusteht. In diesem Rahmen will es anscheinend die Behauptung der Klägerin zum Umfang und der Güte der von ihr erbrachten Architekten- und Ingenieurleistungen aufgrund ihres Vertrages mit der CDS über die zweite Planungsphase als substantiiert ansehen, da es den Vortrag insoweit als beweisbedürftig bezeichnet. Diese, der Revision günstige Beurteilung hält der Nachprüfung stand.
 - a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Klageanspruchs schlüssig und damit erheblich, wenn der Kläger Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person des Klägers entstanden erscheinen zu lassen (Senatsurteil vom 12. Juli 1984 – VII ZR 123/83 = NJW 1984, 2888; Urteil vom 23. April 1991 – X ZR 77/89 = NJW 1991, 2707, 2709).
 - b) Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin ihrer Substantiierungspflicht zum Umfang und der Güte der von ihr erbrachten Leistungen genügt. Zwar hat sie in ihrer Teilrechnung die in Auftrag gegebenen Leistungsphasen nur zu einem bestimmten Prozentsatz als erbracht bezeichnet. Sie hat jedoch behauptet, sie habe ihre Planungsarbeiten so weit vorangetrieben, daß sie den im Prozeß vorgelegten Entwurf eines Bauantrags für die Halle und die Nebengebäude hätte einreichen können. Dieser Entwurf wäre ohne Erbringen der in Rechnung gestellten Planungsarbeiten nicht denkbar. Des weiteren habe die Projektleitung der CDS (alle) Rechnungen auf ihre sachliche Richtigkeit und damit auf die in Ansatz gebrachten Arbeiten überprüft und als korrekt bezeichnet.
 2. Die Verfahrensrügen der Revision zur Wirksamkeit des Bestreitens des Beklagten hat der Senat geprüft. Sie greifen nicht durch; der Senat sieht von einer Begründung ab (§ 565 a ZPO).
 3. Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht die von der Klägerin angebotenen Beweise für ihre Behauptung, die in ihrer Teilrechnung aufgeführten Leistungen tatsächlich erbracht zu haben, nicht erhoben hat. Diese Verfahrensrüge greift durch.
 - a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf eine Beweisaufnahme zu einem bestrittenen erheblichen Vorbringen nicht abgelehnt werden, wenn die Behauptung konkret genug ist, um eine Stellungnahme des Gegners zu ermöglichen und die Erheblichkeit des Vorbringens zu beurteilen (Urteil vom 25. Februar 1992 – X ZR 88/90 = NJW 1992, 1967). So liegt der Fall hier. Die Erheblichkeit des substantiierten Vorbringens der Klägerin zum Umfang ihrer als erbracht behaupteten Leistungen kann ohne weiteres beurteilt werden. Die unter Beweis durch Vernehmung von Zeugen gestellte Behauptung, die in der Teilrechnung ausgewiesenen Planungsarbeiten seien von der Projektleitung der CDS, der Vertragspartnerin der Klägerin, geprüft und als sachlich zutreffend erachtet worden, war hinreichend konkret, um dem Berufungsgericht eine Überprüfung zu ermöglichen. Als Indiztatsache kam die unter Beweis durch Vernehmung von Zeugen und durch Einholung eines Sachverständigengutachtens gestellte Behauptung hinzu, die Planungsarbeiten seien derart fortgeschritten gewesen, daß der Bauantrag hätte eingereicht werden können, dessen Entwurf die Klägerin vorgelegt hatte.

- b) Die Ablehnung der Beweisaufnahme mit der Begründung, ohne Vorlage der Pläne zu Beweis-zwecken zielten die Anregungen der Klägerin auf reine Ausforschung, ist gleichfalls verfahrensfehlerhaft. Die Klägerin ist in der Wahl ihrer Beweismittel frei; sie kann, muß aber nicht Beweis für ihre erbrachten Leistungen durch Vorlage ihrer Pläne antreten. Das Berufungsgericht hätte, so es denn die Pläne für die Beurteilung der Beweisfragen als notwendig ansah, anregen können, daß dem von der Klägerin benannten Zeugen E. das Mitbringen der Pläne zum Termin gemäß § 378 Abs. 1 ZPO gestattet werde. Die Beweisankträge der Klägerin zielten nicht auf eine Ausforschung. Die Klägerin hat zum Umfang ihrer Arbeiten klare Behauptungen aufgestellt. Sie wollte nicht erst durch Vernehmung von Zeugen beweiserhebliche Tatsachen erfahren, um diese dann als Prozeßvortrag übernehmen zu können; sie hat vielmehr die Vernehmung der Zeugen über die nach ihrem Vortrag beweiserheblichen Tatsachen selbst beantragt.
4. a) Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin auf Nebenkosten mit der Begründung, das von der CDS angenommene Angebot der Klägerin vom 16. Mai 1989 sehe eine Nebenkostenpauschale von 12 % des geschuldeten Honorars vor; die Klägerin sei jedoch für ihre planerischen Leistungen beweisfällig geblieben.
- b) Dies ist bereits im Ansatz rechtsfehlerhaft. Die Klägerin muß ihre Nebenkosten durch Einzelnachweis abrechnen, § 7 Abs. 1 und 3 HOAI; dies hat sie erkennbar auch getan.
- aa) Eine pauschale Abgeltung der Nebenkosten kann der Auftragnehmer gemäß den §§ 7 Abs. 3 Satz 2, 4 Abs. 1 HOAI i. V. m. § 126 BGB nur fordern, wenn die Beteiligten diese Art der Abrechnung bei Auftragserteilung schriftlich vereinbart haben (Senatsurteile vom 24. November 1988 – VII ZR 313/87 = BauR 1989, 222 = ZfBR 1989, 104 und vom 12. Oktober 1989 – VII ZR 303/88 = BauR 1990, 101 = ZfBR 1990, 64). Die Schriftform ist nach § 126 BGB nur gewahrt, wenn die Vertragsurkunde von beiden Parteien unterzeichnet ist (Senatsurteil vom 24. November 1988 aaO). Dazu reicht die Unterzeichnung des Angebots durch die eine Partei und der Annahme in einer weiteren Urkunde durch die andere Partei nicht aus, da keine der beiden Urkunden die ganze, von beiden Parteien unterschriebene vollzogene Vereinbarung enthält (RGZ 105, 60, 62; MünchKomm/Förschler, 3. Aufl. § 126 Rdn. 13; Werner/Pastor, Der Bauprozeß, 7. Aufl. Rdn. 659). So liegt der Fall hier. Die Klägerin hat lediglich ihr Angebot vom 16. Mai 1989 unterschrieben, während die CDS nur ihre Annahme am 9. August 1989 schriftlich erklärt hat.
- bb) Die Klägerin hat ihre Nebenkosten erkennbar nicht pauschal geltend gemacht. Dies gilt jedenfalls für die Rechnungen vom 31. Oktober 1989, 30. November 1989 und 18. Dezember 1989, deren jeweilige Endbeträge sich aus im einzelnen aufgeschlüsselten Nebenkosten zusammensetzen. Gleiches dürfte für die Rechnung vom 31. Dezember 1989/22. Januar 1990 über 8.800,53 DM gelten, zu der eine Einzelaufstellung wenigstens teilweise vorliegt. Hierzu wird das Berufungsgericht weitere Feststellungen zu treffen haben.
5. a) Das Landgericht, dem das Berufungsgericht folgt, hat das Schreiben der früheren Testamentsvollstreckerin vom 27. Juli 1989 als vorweggenommenen Schuldbeitritt ausgelegt. Der Beklagte rügt in seiner Revisionserwiderng, zum einen habe das Gericht bei der Auslegung erheblichen Vortrag nicht berücksichtigt (§ 286 ZPO), zum anderen sei es rechtsfehlerhaft von einer Annahme des Angebotes ausgegangen.
- b) Diese Rügen haben Erfolg.
- aa) Das Landgericht hat im Rahmen seiner Auslegung lediglich geprüft, ob die Bitte der früheren Testamentsvollstreckerin in ihrem Schreiben vom 27. Juli 1989, ab sofort die gesamte Bauplanung nur mehr über sie abzuwickeln, als Bedingung für einen Schuldbeitritt aufgefaßt werden könne. Es hat damit ebenso wie das Berufungsgericht von vornherein die nach dem Wortlaut dieses Satzes naheliegende und im Prozeß vorgetragene Möglichkeit außer Betracht gelassen, daß die frühere Testamentsvollstreckerin nicht einer zukünftigen Schuld der CDS beitreten, sondern an deren Stelle hinsichtlich

der weiteren Planung Vertragspartnerin der Klägerin mit eigenen Rechten und Pflichten werden wollte. In diesem Sinne hat auch die Klägerin das Schreiben jedenfalls ausweislich ihrer Klageschrift verstanden. Das Berufungsgericht wird das Schreiben vom 27. Juli 1989 unter Beachtung der vom Beklagten hierzu vorgetragene Kriterien erneut auszuwerten haben.

bb) Das Berufungsgericht, das ohne eigene Begründung dem Landgericht folgt, hat bei der Beurteilung der Annahme des im Schreiben vom 27. Juli 1989 enthaltenen Angebotes auf Schuldbeitritt die Tragweite des § 151 BGB verkannt. Nach dieser Vorschrift kommt ein Vertrag durch die Annahme des Antrages zustande, ohne daß die Annahme gegenüber dem Antragenden erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder aber der Antragende auf sie verzichtet hat. Nach den Feststellungen des Landgerichtes war eine Erklärung hier nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Das Angebot eines Schuldbeitrittes bedarf nach der Verkehrssitte im allgemeinen keiner Erklärung der Annahme gegenüber dem Antragenden (RG Seuff A 79 Nr. 89; OLG Kiel OLGE 45., 135 137; Soergel/M. Wolf BGB 12. Aufl. § 151 Rdn. 18). Für das Zustandekommen eines Vertrages ist gleichwohl auch in den Fällen des § 151 BGB eine Annahme als solche erforderlich, d. h. ein als Willensbetätigung zu wertendes, nach außen hervortretendes Verhalten des Angebotsadressaten, aus dem sich dessen Annahmewille unzweideutig ergibt (BGH, Urteile vom 7. Mai 1979 - II ZR 210/78 = BGHZ 74, 352, 356 und vom 6. Februar 1990 - X ZR 39/89 = NJW 1990, 1656). In welchen Handlungen eine genügende Betätigung des Annahmewillens zu finden ist, läßt sich nur in Würdigung des konkreten Einzelfalles entscheiden. Das Berufungsgericht und auch das Landgericht treffen hierzu keine Feststellungen. Dies ist nachzuholen.

III. Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht bestehenbleiben. Da der Senat zur abschließenden Entscheidung gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht in der Lage ist, muß die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.?