



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 48/07

Verkündet am:
22. April 2010
Seelinger-Schardt,
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

HOAI § 8 Abs. 1 a.F.

Die Fälligkeit der Forderung, die ein Architekt auf Grundlage einer nicht prüffähigen Rechnung für eine vertragsgemäß erbrachte Leistung erhebt, tritt ein, wenn ein Prüfungszeitraum von zwei Monaten ohne Beanstandungen zur Prüffähigkeit abgelaufen ist oder wenn das Ergebnis der Prüfung mitgeteilt wird und keine Rügen zur Prüffähigkeit erhoben werden.

Um als ausreichende Beanstandung zur Prüffähigkeit angesehen werden zu können, müssen die vom Auftraggeber erhobenen Rügen dem Auftragnehmer verdeutlichen, dass er nicht bereit ist, in die sachliche Auseinandersetzung einzutreten, solange er keine prüffähige Rechnung erhalten hat (Fortführung von BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118).

BGH, Urteil vom 22. April 2010 - VII ZR 48/07 - Kammergericht
LG Berlin

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. März 2010 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kniffka, den Richter Dr. Kuffer, die Richterin Safari Chabestari, den Richter Halfmeier und den Richter Leupertz

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten zu 1 wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts vom 15. Februar 2007 (8 U 82/05) im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten zu 1 erkannt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin verlangt vom Beklagten zu 1 (im Folgenden: Beklagter) Miete für die Monate Dezember 1997 bis August 1998 aus einem im Jahr 1993 für eine Dauer von 15 Jahren geschlossenen gewerblichen Mietverhältnis. Der Beklagte macht jetzt noch die Aufrechnung mit Honorarforderungen aus Architektenverträgen, u.a. aus von der Beklagten zu 2 abgetretenem Recht, geltend und

verlangt widerklagend Zahlung von weiterem Architektenhonorar. Außerdem verfolgen die Parteien gegenläufige Feststellungsanträge zur vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses.

2 Die Klägerin hatte den Beklagten im September 1994 zumindest beauftragt, für ihr Bauvorhaben R.-Straße/B.-Straße eine Baugenehmigung herbeizuführen. Ob die Beauftragung des Beklagten über die Leistungsphase 4 des § 15 HOAI hinausging, ist zwischen den Parteien streitig. Der Beklagte übersandte der Klägerin nach Erteilung der Baugenehmigung eine "Honorar-Teilrechnung" vom 21. November 1997 über 230.983,25 DM. Unter dem 12. März 1998 erstellte der Beklagte nach Kündigung des Architektenvertrages eine Schlussrechnung in Höhe von insgesamt 331.640,10 DM, wobei er die Leistungsphasen 1 bis 4 des § 15 HOAI als erbracht und die Leistungsphase 5 als nicht erbracht abrechnete. Zum 22. Oktober 1998 erstellte der Beklagte eine weitere Schlussrechnung, in der er unter Abrechnung der Leistungsphasen 1 bis 9 des § 15 HOAI zu einem Honorar von 418.965,50 DM gelangte. Diese überarbeitete er unter dem 7. März 2001 und errechnete dabei einen Betrag von 396.167,50 DM.

3 Die Beklagte zu 2 wurde von der Klägerin mit verschiedenen Architektenleistungen für das Bauvorhaben Ru.-Straße beauftragt. Hierüber erteilte sie u.a. zwei Schlussrechnungen vom 21. November 1998 über 60.834,29 DM (Tiefgarage) und 158.982,33 DM (Wohnungen). Die hieraus resultierenden Forderungen trat sie am 19. Februar 1999 an den Beklagten ab.

4 Mit Schreiben seines anwaltlichen Vertreters vom 25. November 1997 kündigte der Beklagte gegenüber der Klägerin an, gegen die ab Januar 1998 fälligen Mieten mit seiner Honorarforderung aufzurechnen. Am 26. August 1998 erklärte der Beklagte schriftlich die Aufrechnung mit seinen Honorarforderungen

aus der Schlussrechnung vom 12. März 1998 gegen zukünftig fällig werdende Mieten. Mit Schreiben vom 29. September 1998 kündigte die Klägerin dem Beklagten wegen Zahlungsverzugs fristlos und widersprach der Fortsetzung des Mietverhältnisses. Mit Schreiben seines anwaltlichen Vertreters vom 30. September 1998 widersprach der Beklagte der Kündigung und erklärte, dass gegen die rückständigen Mietzinsansprüche bereits vor geraumer Zeit die Aufrechnung erklärt worden sei, die wiederholt werde. Aufgerechnet werde mit fälligen Honoraransprüchen des Beklagten für das Bauvorhaben R.-Straße/ B.-Straße, hilfsweise mit abgetretenen Honoraransprüchen aus dem Bauvorhaben Ru.-Straße. Der Beklagte erklärte erneut die Aufrechnung mit Schriftsatz vom 23. Oktober 1998. Er kündigte seinerseits das Mietverhältnis mit Schreiben vom 29. Oktober 1998 fristlos, hilfsweise zum 31. März 1999.

5 Das Berufungsgericht hat zunächst im Wege eines Vorbehalts- und Teilverurteils vom 24. September 2001 unter Abweisung der weitergehenden Klage den Beklagten zur Zahlung von 179.863,38 DM verurteilt und die Entscheidung gemäß § 302 ZPO unter den Vorbehalt der Aufrechnung des Beklagten gestellt. Die Berufung des Beklagten gegen die Abweisung seines Feststellungsantrages, dass das Mietverhältnis durch seine Kündigung beendet worden sei, hat es zurückgewiesen. Hingegen hat es auf den Antrag der Klägerin festgestellt, dass das streitige Mietverhältnis durch die Kündigung der Klägerin vom 29. September 1998 beendet worden sei. Hinsichtlich des vom Beklagten mit der Widerklage geltend gemachten Zahlungsanspruchs hat es den Rechtsstreit als nicht entscheidungsreif angesehen.

6 Auf die hiergegen gerichtete Revision des Beklagten hat der Bundesgerichtshof das Berufungsurteil aufgehoben, soweit darin zum Nachteil des Beklagten erkannt worden war, und die Sache in diesem Umfang an das Berufungsgericht zurückverwiesen (Urteil vom 16. März 2005 - XII ZR 269/01, BauR

2005, 1951). Hierbei hat der Bundesgerichtshof die Klageforderung entsprechend dem ergangenen Vorbehaltsurteil dem Grunde und der Höhe nach für berechtigt erachtet, jedoch dem Berufungsgericht die Prüfung der Aufrechnungsforderungen aufgegeben.

7 Das Berufungsgericht hat nunmehr den Beklagten vorbehaltlos verurteilt, an die Klägerin 91.962,69 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat es insgesamt abgewiesen. Es hat festgestellt, dass das Mietverhältnis durch Kündigung der Klägerin vom 29. September 1998 beendet worden ist.

8 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte weiterhin seinen Klageabweisungsantrag sowie seine Widerklageanträge auf Zahlung von 133.206,48 € nebst Zinsen und auf Feststellung, dass das Mietverhältnis der Parteien durch seine Kündigung vom 29. Oktober 1998 fristlos beendet worden sei, hilfsweise zum 31. März 1999.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit darin zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist, und in diesem Umfang zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10 Auf das Schuldverhältnis sind die bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Gesetze anwendbar (Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB).

I.

- 11 Das Berufungsgericht hält die Mietansprüche der Klägerin in Höhe von 91.962,69 € nebst Zinsen für die Zeit von Dezember 1997 bis einschließlich August 1998 entsprechend den Entscheidungsgründen des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 16. März 2005 - XII ZR 269/01 - für begründet. Dieser Anspruch sei durch die vom Beklagten erklärten Aufrechnungen nicht erloschen.
- 12 Die Rechnungen des Beklagten vom 21. November 1997, 12. März 1998 und 22. Oktober 1998 seien - wie auch der Bundesgerichtshof angenommen habe - nicht prüffähig gewesen und die hieraus ersichtlichen Forderungen nicht fällig. Gegen die Prüfbarkeit habe die Klägerin rechtzeitig Einwendungen vorgebracht. Selbst wenn man mangels einer ausreichenden Rüge durch die Klägerin von einer Fälligkeit durch die Schlussrechnung vom 12. März 1998 ausgehe, habe der Beklagte keinen entsprechenden aufrechenbaren Anspruch. Denn er habe nicht ausreichend dargelegt, auch mit der Leistungsphase 5 des § 15 HOAI beauftragt worden zu sein. Auch wenn sich der Auftrag auf sämtliche Leistungsphasen des § 15 HOAI erstreckt haben sollte, führe dies zu keinem Honoraranspruch. Denn der Beklagte habe weder dargelegt noch bewiesen, dass die von ihm durchgeführte Planung den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien entsprochen hätte oder gleichwohl für die Klägerin verwertbar gewesen sei.
- 13 Die Honorarforderung der Beklagten zu 2 bezüglich der Modernisierungsmaßnahmen im Vorderhaus/Seitenflügel (Wohnungen) lasse sich wegen Fehlern beim Kostenansatz nicht berechnen. Die Abrechnung habe unter Ansatz der Kosten des Gesamtobjekts erstellt werden müssen, weil es sich um einen einheitlichen Auftrag der Modernisierung mehrerer Wohnungen in dem Gebäude gehandelt habe. Der Vortrag des Beklagten zu einer getrennten Auf-

tragserteilung für die einzelnen Wohnungen reiche nicht aus. Dies führe zu einem Mangel der Kostenermittlung, der der Fälligkeit entgegenstehe, weil die Rechnung so - nämlich aufgeteilt nach einzelnen Wohnungen - nicht prüfbar sei. Darüber hinaus leide die Kostenfeststellung auch darunter, dass sogar teilweise bereits zuvor abgerechnete Wohnungen mit den Kosten enthalten seien. Von diesem Mangel sei die Berechnung sämtlicher Leistungsphasen betroffen. Ferner ergebe sich ein Mangel hinsichtlich der Berechnung des Umbauzuschlags. Dieser sei nur in Bezug auf die Teile gerechtfertigt, für die entsprechende Leistungen angefallen seien. Die Rechnungen seien insoweit nur prüffähig, wenn der Architekt die betroffenen Honoraranteile gesondert ausweise und deren Voraussetzungen in der Rechnung prüffähig angebe. Schließlich sei auch die Berechnung der Leistungsphase 8 nicht nachvollziehbar. Insoweit sei für den einzelnen Leistungsstand in den Wohnungen irgendein prozentualer Wert eingesetzt worden, ohne dass erläutert worden sei, wie sich dieser Wert im Einzelnen rechtfertige. Auch eine getrennte Berechnung nach § 21 HOAI oder § 23 HOAI scheide aus.

- 14 Hinsichtlich der Schlussrechnung bezüglich der Tiefgarage fehle es sowohl an einer zutreffenden Kostenberechnung als auch an dem Beweis, dass die Beklagte zu 2 überhaupt Leistungen im Rahmen der Leistungsphase 5 erbracht habe, und an der ausreichenden Darlegung, dass sie zu den Leistungsphasen 6 und 7 überhaupt beauftragt gewesen sei. Soweit der Beklagte mit Schriftsatz vom 29. März 2001 weiter zu den behaupteten Leistungen im Rahmen der Leistungsphase 5 vorgetragen habe, helfe das nicht weiter, weil dies schon in der Berechnung hätte erläutert werden müssen. Über die Leistungsphasen 1 bis 4 habe die Beklagte zu 2 bereits mit Teilschlussrechnung vom 9. Juni 1997 abgerechnet. Da diese von der Klägerin geprüft und bezahlt worden sei, sei die Beklagte zu 2 hieran gebunden und könne mit der weiteren

Schlussrechnung für die Leistungsphasen 1 bis 4, die einen höheren Kostenansatz enthalte, keine Nachforderungen erheben.

15 Da zum Zeitpunkt der Kündigung vom 29. September 1998 ein kündigungserheblicher Mietrückstand im Sinne des § 554 a Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB a.F. bestanden habe, sei die Feststellungsklage der Klägerin begründet und diejenige des Beklagten unbegründet.

II.

16 Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision in entscheidenden Punkten nicht stand.

17 1. Zu Unrecht geht das Berufungsgericht davon aus, dass eine Honorarforderung des Beklagten durch die Rechnungen vom 21. November 1997 und 12. März 1998 nicht fällig geworden sei. Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, die Klägerin habe rechtzeitig und ausreichend eine fehlende Prüffähigkeit dieser Rechnungen gerügt. Dabei hat es den Bedeutungsgehalt des durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs herausgearbeiteten, auf dem Grundsatz von Treu und Glauben beruhenden Erfordernisses von substantiierten Einwendungen gegen die Prüffähigkeit einer Rechnung verkannt.

18 a) Hat der Auftraggeber eine Rechnung geprüft und deren objektiv fehlende Prüffähigkeit nicht beanstandet, sondern nur gegen die Richtigkeit gerichtet, sachliche oder überhaupt keine Einwendungen erhoben, so ist er mit dem Einwand der fehlenden Prüffähigkeit ausgeschlossen. Die Fälligkeit der Forderung, die auf Grundlage einer nicht prüffähigen Rechnung erhoben wird, tritt ein, wenn der Prüfungszeitraum ohne Beanstandungen zur Prüffähigkeit abgelaufen ist oder wenn das Ergebnis der Prüfung mitgeteilt wird, soweit keine Beanstan-

dungen zur Prüffähigkeit erhoben werden. Letztere liegen nicht schon in der bloßen Rüge, die Rechnung sei nicht prüffähig. Vielmehr müssen die Einwendungen den Auftragnehmer in die Lage versetzen, die fehlenden Anforderungen an die Prüffähigkeit nachzuholen. Erforderlich ist deshalb eine Rüge, mit der die Teile der Rechnung und die Gründe bezeichnet werden, die nach Auffassung des Auftraggebers zu dem Mangel der fehlenden Prüffähigkeit führen (BGH, Urteil vom 27. November 2003 - VII ZR 288/02, BGHZ 157, 118, 127 f.). Im Hinblick darauf, dass viele Einwendungen einerseits die Prüffähigkeit der Rechnung betreffen und andererseits als sachliche Auseinandersetzung über die Höhe der Forderung verstanden werden können, die unabhängig von der Prüffähigkeit der Rechnung stattfindet, müssen die vom Auftraggeber erhobenen Rügen dem Auftragnehmer verdeutlichen, dass er nicht bereit ist, in die sachliche Auseinandersetzung einzutreten, solange er keine prüffähige Rechnung erhalten hat. Denn nur auf diese Weise wird der mit der Prüfungsfrist verfolgte Zweck erreicht, die Abrechnung zu beschleunigen. Dementsprechend hat der Senat auch darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber die Rechnung zurückweisen kann, andernfalls diese als geeignete Grundlage für die Abrechnung als akzeptiert gilt (BGH, aaO).

19 b) Das Berufungsgericht hat gemeint, in dem Schreiben der B. vom 2. Dezember 1997 liege insbesondere wegen des Hinweises auf den fehlerhaften Kostenansatz in Verbindung mit der Tatsache, dass die Rechnung wegen der "unverbindlichen Kostenschätzung" grob fehlerhaft gewesen sei, eine ausreichende Beanstandung der Prüffähigkeit. Das trifft auf der Grundlage der obigen Ausführungen nicht zu.

20 Das Schreiben setzt sich zu Beginn inhaltlich mit der Baugenehmigung auseinander. Der Beklagte wird gebeten, die Baugenehmigung zunächst in den gewünschten Zustand zu versetzen. Insofern sei auch seine Kostenrechnung

noch nicht fällig. Weiterhin wird festgestellt, dass sowohl der Gebührenbescheid zur Baugenehmigung als auch die Kostenrechnung mit einem deutlich zu hohen Baukostenansatz versehen worden seien, was dazu führe, dass beide Rechnungen fehlerhaft seien. Nach den der B. vorliegenden Erkenntnissen lägen die Herstellungskosten unter DM/qm 1.800,--; sie bitte darum, dies bei Fälligkeit der Honorarrechnung zu berücksichtigen. Damit hat B. (für die Klägerin) die Fälligkeit der Forderung unabhängig von der Rechnung bestritten; die Rechnung selbst ist gerade nur hinsichtlich der angesetzten Höhe der Herstellungskosten beanstandet worden; nicht hingegen in ihrer Überprüfbarkeit. B. hat im Gegenteil die ihrer Ansicht nach zutreffende Mindesthöhe der Herstellungskosten selbst benannt. Dies gab dem Beklagten nicht Anlass, eine neue Rechnung zu erstellen. Vielmehr konnte er diese Rüge dahin verstehen, dass eine sachliche Auseinandersetzung über die anrechenbaren Kosten eingeleitet werden sollte.

21 c) Auch die Auffassung des Berufungsgerichts, die Prüffähigkeit der Schlussrechnung vom 12. März 1998 sei ebenfalls ausreichend beanstandet worden, hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand. Der vom Berufungsgericht angeführte Gesichtspunkt, diese Rechnung sei inhaltlich nur die Fortschreibung der - falschen - Teilschlussrechnung vom 21. November 1997 unter Hinzuziehung der Leistungsphase 5 des § 15 HOAI, spielt deshalb keine Rolle, weil die Klägerin die Prüffähigkeit dieser vorhergehenden Rechnung gerade nicht ausreichend gerügt hatte. Jedenfalls dann kann es nicht - wie vom Berufungsgericht von seinem zur ersten Rechnung abweichenden Standpunkt aus angenommen - ausreichen, dass der Auftraggeber zum Ausdruck bringt, dass er die Berechtigung der Schlussrechnung an sich bestreite. Die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichts, jedenfalls dann, wenn zwischen den Parteien Streit über Inhalt, Umfang und Mangelfreiheit der Architektenleistung bestehe, müsse es als ausreichend angesehen werden, wenn der Auftraggeber zum Ausdruck bringe, dass er die Schlussrechnung an sich bestreite, stehen nicht in

Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Senats. Denn diese Umstände betreffen nur die sachliche Berechtigung der Forderung. Auch kommt es nicht darauf an, ob der Auftragnehmer Forderungen abrechnet, die nicht beauftragt sind oder für die es nach der HOAI keine Rechtfertigung gibt. Solche Forderungen können ohnehin nicht fällig werden. Sie stehen der Prüffähigkeit einer Rechnung nicht entgegen.

22 d) Auf die Prüffähigkeit der späteren Schlussrechnungen und eventueller Einwendungen hiergegen kommt es danach nicht mehr an. Unter der Voraussetzung, dass der Beklagte die abgerechneten Leistungen erbracht hat, ist sein Honoraranspruch spätestens zwei Monate nach Zugang der Schlussrechnung vom 12. März 1998 fällig geworden.

23 2. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur inhaltlichen Berechtigung des Honoraranspruchs des Beklagten halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

24 a) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Beklagte habe nicht schlüssig dazu vorgetragen, dass er einen über die Leistungsphasen 1 bis 4 des § 15 HOAI hinausgehenden Auftrag erhalten hatte. Der Beklagte hat vorgetragen, bei einem Gespräch in den Geschäftsräumen der Klägerin am 21. September 1994 habe der Geschäftsführer der Klägerin den Beklagten gefragt, ob er bereit sei, das Bauvorhaben R.-Straße/B.-Straße weiterzuführen bzw. ein neues Projekt zu planen, und bis zum Ende der Bauarbeiten durchzuführen. Es sei immer nur die Rede davon gewesen, das Projekt im Ganzen zu planen und zu realisieren. Dieses Angebot habe er angenommen. Damit hat der Beklagte schlüssig ein mündliches Angebot zu einem umfassenden Auftrag und dessen Annahme dargelegt. Dieses Vorbringen hat er durch Zeugen unter Beweis gestellt. Der Vortrag ergibt schlüssig einen Auftrag über alle Leistungspha-

sen, die bis zum Ende der Bauarbeiten erforderlich sind. Aus ihm ergibt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht nur eine Anfrage der Klägerin, sondern ein Vertragsangebot, das der Beklagte angenommen hat. Das sieht das Berufungsgericht selbst nicht anders, denn es stellt nicht in Frage, dass die Parteien sich jedenfalls darüber geeinigt haben, dass der Beklagte die Leistungen der Phasen 1 bis 4 des § 15 Abs. 2 HOAI erbringen soll. In der Sache geht es deshalb nur darum, ob das Angebot der Klägerin weitergehend war. Insoweit kann sich das Berufungsgericht nicht auf das Urteil des Senats vom 5. Juni 1997 - VII ZR 124/96, BGHZ 136, 33 ff. berufen, denn diesem Urteil lag kein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Richtig ist, dass aus einer Tätigkeit des Architekten allein nicht der Schluss gezogen werden kann, dieser sei mit den entsprechenden Leistungen beauftragt worden. Auch mögen in den Fällen, in denen es dem Auftraggeber zunächst um eine Abklärung im Vorfeld geht, besondere Anforderungen an die Darlegung eines weitergehenden Auftrags gestellt werden können. Darum geht es hier nicht. Denn es geht - nach dem in der Revision zu unterstellenden Vortrag des Beklagten - um das Verständnis der Beauftragung vor Leistungserbringung, ohne dass der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht hat, dass ihm lediglich an einer Klärung von Vorfragen gelegen ist. Dass - worauf das Berufungsgericht zusätzlich abstellt - dem Beklagten zunächst nur Genehmigungsunterlagen übergeben worden sind, besagt nichts darüber, ob ihm bereits ein umfassender Auftrag erteilt worden ist. Es geht auch nicht darum, ob eine Vermutung für eine umfassende Beauftragung greift. Der Umstand, dass eine stufenweise Beauftragung zunächst mit den Leistungsphasen 1 bis 4 und sodann nach Erteilung der Baugenehmigung oder nach Erlangung der Sicherheit über die Förderungsfähigkeit mit den restlichen Leistungsphasen zweckmäßiger sein kann als eine sofortige Beauftragung mit allen Leistungsphasen, steht der erhobenen Behauptung, man habe sich auf eine umfassende Beauftragung geeinigt, nicht entgegen. Das Berufungsge-

richt wird den Beweis erheben und anschließend unter Abwägung aller Umstände würdigen müssen, wie die Erklärungen, soweit sie in ihrem genauen Wortlaut unter Berücksichtigung des Verlaufs des Gesprächs festgestellt werden können, verstanden werden mussten. Selbst wenn ein über diese Leistungsphasen erteilter Auftrag nicht erteilt worden sein sollte, müsste, worauf die Revision zu Recht hinweist, die Forderung für die unstreitig beauftragten Leistungen berücksichtigt werden.

25 b) Rechtsfehlerhaft ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe weder dargelegt noch bewiesen, dass die von ihm durchgeführte Planung den vertraglichen Vereinbarungen entsprochen habe.

26 Allerdings rügt die Revision zu Unrecht, das Berufungsgericht habe einen Beweisantrag auf Beiziehung der Bauakten des Bezirksamtes P. übergangen, wonach das Original des Bauantrags von der Klägerin unterzeichnet worden sei. Diese Tatsache war nicht streitig. Die Klägerin hatte nur bestritten, dass die beigelegte Baubeschreibung auch bei Unterzeichnung des Bauantrags bereits beigelegt hätte. Hierzu war der Beweisantrag weder gestellt noch geeignet.

27 Jedoch hat der Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts schlüssig behauptet, er sei mit einer Planung für den so genannten zweiten Förderungsweg beauftragt worden (und nicht, wie die Klägerin behauptet, für den so genannten ersten Förderungsweg - sozialer Wohnungsbau). Das Berufungsgericht überspannt die Anforderungen, die an einen schlüssigen Vortrag zu stellen sind. Der bestrittene Vortrag des Beklagten, man sei bei der mündlichen Auftragserteilung übereingekommen, dass das Bauvorhaben auf dem so genannten zweiten Förderungsweg errichtet werden solle, ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht als bloße Rechtsansicht zu werten. Er ist vielmehr dahin zu verstehen, dass beiderseitige Erklärungen abgegeben wor-

den seien, es solle ein Bauvorhaben für den zweiten Förderungsweg errichtet werden. Es ist für den schlüssigen Vortrag einer mündlichen Einigung nicht erforderlich, den genauen Wortlaut eines Gespräches oder von Erklärungen wiederzugeben. Das wird regelmäßig nicht möglich sein. Gleichwohl ist es nicht ausgeschlossen, im Rahmen einer Beweisaufnahme einen solchen Mindestinhalt eines Gespräches festzustellen, der die Wertung eines Vertragsschlusses mit einem bestimmten Inhalt erlaubt. Diesen hatte der Beklagte sinngemäß und damit ausreichend dargelegt.

28 c) Für den Fall, dass das Berufungsgericht eine fehlerhafte Planung des Beklagten feststellen sollte, wird es zu beachten haben, dass dem Beklagten keine ausreichende Gelegenheit gegeben worden sein könnte, seine Planung zu korrigieren (vgl. BGH, Urteil vom 21. Dezember 2000 - VII ZR 488/99, BauR 2001, 667 = NZBau 2001, 211 = ZfBR 2001, 177).

29 3. Ebenfalls nicht rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht Gegenansprüche des Beklagten aus abgetretenem Recht der Beklagten zu 2.

 a) Rechnung bezüglich der Wohnungen (Modernisierungen)

30 aa) Soweit das Berufungsgericht eine fehlende Prüffähigkeit der Rechnung bemängelt, die der Fälligkeit der Forderung entgegenstehe, kann dies schon deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Klägerin rechtzeitig und in ausreichender Weise eine mangelnde Prüffähigkeit gerügt hat.

31 bb) Soweit das Berufungsgericht gemeint haben sollte, es fehle an der sachlichen Berechtigung, kann ihm ebenfalls nicht gefolgt werden. Die Revision rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht zu Unrecht keinen Beweis über die von dem Beklagten erhobene Behauptung erhoben hat, im Jahre 1993 sei kein

mündlicher Modernisierungsauftrag für das gesamte Bauvorhaben erteilt worden. Die Aufträge seien sukzessive für die einzelnen Wohnungen erteilt worden, so dass sie auch getrennt abgerechnet werden könnten. Dieser Vortrag ist schlüssig. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass die Behauptung einer mündlichen Gesamtbeauftragung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lediglich daraus hergeleitet wird, dass schon beim Erwerb des Hauses 1992 klar gewesen sei, dass eine Modernisierung erforderlich sein würde. Angesichts dieses vagen Vortrags zum Umfang der Beauftragung durfte das Berufungsgericht nicht auf die Vernehmung der Zeugen verzichten, die Abweichendes bekunden sollten. Die vom Berufungsgericht vorgebrachten Erwägungen, mit denen es eine Gesamtbeauftragung als nahe liegend angenommen hat, sind im Rahmen einer Beweiswürdigung nach Anhörung der von dem Beklagten benannten Zeugen zu berücksichtigen.

32 cc) Soweit die Rechnung vom 21. November 1998 anrechenbare Kosten enthält, die nicht auf den ursprünglichen Modernisierungsauftrag zurückzuführen sind, sondern - nach der Behauptung des Beklagten - auf später erteilte Aufträge im Zusammenhang mit einem Wasserschaden und einer erneut fälligen Renovierung, hätte es die Forderung nicht insgesamt als unbegründet zurückweisen dürfen. Es ist ohne weiteres möglich, die dem Beklagten zustehende Forderung unter Herausrechnung dieser Kosten zu ermitteln.

33 dd) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Abrechnung der Beklagten zu 2 leide daran, dass nicht erkennbar sei, für welche Teile der Leistung der Umbauschlag angefallen sei, ist nicht nachvollziehbar begründet. In der Revision ist davon auszugehen, dass die Beklagte zu 2, dem dargestellten Vortrag beider Parteien entsprechend, mündlich mit der Modernisierung beauftragt worden ist. Daran ändert nichts, dass in der Rechnung auch von Instandsetzung die Rede ist. Dann ist der Umbauschlag für die gesamten abgerechneten

Modernisierungsmaßnahmen gerechtfertigt. Nicht zu beanstanden ist, dass das Berufungsgericht lediglich von einem Umbauzuschlag von 20 % ausgeht. Eine schriftliche Vereinbarung über einen Umbauzuschlag von 25 % ist für die abgerechneten Maßnahmen nicht getroffen worden. Die getroffene Vereinbarung bezieht sich auf andere Maßnahmen. Im Übrigen weist die Revision zutreffend darauf hin, dass das Berufungsgericht gehalten ist, den nicht berechtigten Umbauzuschlag herauszurechnen und die dem Beklagten zustehende Forderung ohne diesen Teil zu ermitteln.

- 34 ee) Soweit das Berufungsgericht schließlich die Berechnung der Leistungsphase 8 für nicht nachvollziehbar hält, weil ohne Erläuterung lediglich Prozentsätze angegeben seien, berücksichtigt es nicht, dass der Beklagte zum erreichten Bautenstand eine Fotodokumentation vorgelegt hat. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass sich aufgrund dieses Vortrags mit sachverständiger Hilfe nicht feststellen lasse, ob die Prozentangaben zu den Leistungen der Phase 8 zutreffend sind oder dass dieser Vortrag nicht eine ausreichende Grundlage für eine nach § 287 ZPO vorzunehmende Schätzung ist. Soweit der Beklagte einen Leistungsstand von 100 % behauptet hat, können die Bedenken des Berufungsgerichts ohnehin nicht nachvollzogen werden.

b) Rechnung bezüglich der Tiefgarage

- 35 aa) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 2 sei an ihre Abrechnung über die Leistungsphasen 1 bis 4 vom 9. Juni 1997, die als Teilschlussrechnung anzusehen sei, gebunden, nachdem sie von der Klägerin geprüft und bezahlt worden sei, ist rechtsfehlerhaft. Es kann dahinstehen, ob die Rechnung der Beklagten zu 2 vom 9. Juni 1997 als Teilschlussrechnung anzusehen ist, wie das Berufungsgericht meint. Allein der Umstand, dass damit die Leistungsphasen 1 bis 4 abgerechnet werden, rechtfertigt diese Annahme nicht.

Ihr steht auch entgegen, dass die Rechnung als 1. Zwischenrechnung bezeichnet ist. Selbst wenn eine Teilschlussrechnung vorliegen sollte, kann nach den bisherigen Feststellungen eine Bindungswirkung nicht angenommen werden.

36 Ein Architekt hat gemäß § 631 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf das vertraglich vereinbarte oder sich gemäß § 4 Abs. 4 HOAI aus der Honorarordnung ergebende Honorar. Das gilt auch dann, wenn er eine Schlussrechnung erteilt hat, in der die Forderung nicht vollständig ausgewiesen ist. In einer solchen Schlussrechnung liegt grundsätzlich kein Verzicht auf die weitergehende Forderung (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 105/07, BauR 2009, 262, 263 = NZBau 2009, 33 = ZfBR 2009, 146, 147; Urteile vom 5. November 1992 - VII ZR 52/91, BGHZ 120, 133, 138 und VII ZR 50/92, BauR 1993, 239, 240 = ZfBR 1993, 68; Urteil vom 7. März 1974 - VII ZR 35/73, BGHZ 62, 208, 211). Auch wird die Forderung durch die Schlussrechnung nicht in anderer Weise verkürzt. Sie bleibt in vollem Umfang bestehen. Der Architekt kann aber nach Treu und Glauben, § 242 BGB, gehindert sein, seine in einer Schlussrechnung nicht berechnete Forderung durchzusetzen. An eine Schlussrechnung ist der Architekt gebunden, wenn der Auftraggeber auf eine abschließende Berechnung des Honorars vertrauen durfte und er sich im berechtigten Vertrauen auf die Endgültigkeit der Schlussrechnung in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hat, dass ihm eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 2008 - VII ZR 105/07 aaO m.w.N.).

37 Es fehlt bereits an ausreichenden Feststellungen dazu, dass die Klägerin aufgrund der Rechnung vom 9. Juni 1997 auf eine abschließende Berechnung vertrauen durfte. Erst recht sind keine Feststellungen dazu getroffen, dass sie sich in schutzwürdiger Weise so eingerichtet hätte, dass ihr eine Nachforderung nicht mehr zugemutet werden kann.

- 38 bb) Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es eine fehlerhafte Berechnung des Kostenansatzes zu den Leistungsphasen 5 bis 7 begründet und daraus wohl eine mangelnde Schlüssigkeit des Vortrags ableiten will, halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht will hierzu den Vortrag des Beklagten aus dem Schriftsatz vom 29. März 2001 nicht berücksichtigen, weil "das" schon in der Berechnung habe erläutert werden müssen. Das ist rechtsfehlerhaft. Grundlage für die Beurteilung, ob eine Forderung berechtigt ist, ist der gesamte Vortrag des Auftragnehmers. Zu berücksichtigen sind nicht nur die prozessual überreichten Rechnungen, sondern auch die Prozessunterlagen. Schriftsätze, die die Rechnung erläutern, und die entsprechenden Unterlagen sind deshalb mit heranzuziehen (BGH, Urteil vom 18. April 2002 - VII ZR 164/01, BauR 2002, 1403 = NZBau 2002, 507 = ZfBR 2002, 667; Urteil vom 14. November 2002 - VII ZR 224/01, BauR 2003, 377 = NZBau 2003, 151 = ZfBR 2003, 146; Urteil vom 13. Januar 2005 - VII ZR 353/03, BauR 2005, 739 = NZBau 2005, 349 = ZfBR 2005, 359; Urteil vom 22. Dezember 2005 - VII ZR 316/03, BauR 2006, 678 = NZBau 2006, 231 = ZfBR 2006, 335).
- 39 Darüber hinaus kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, wenn es den Ansatz von nicht durch Rechnungen belegten, sondern „pauschalen“ Kosten als mit der DIN 276 (1981) Teil 3 nicht vereinbar beanstandet. Die Kostenberechnung setzt nicht voraus, dass bereits Kostenanschläge eingeholt worden sind. Sie wird vielmehr in einem Zeitpunkt vorgenommen, in dem solche Kostenanschläge regelmäßig nicht vorliegen und dient zur Ermittlung der angenäherten Gesamtkosten. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der Architekt auf Grundlage der bereits vorhandenen Entwurfsplanung geschätzte Kosten einsetzt, die er als "pauschale" Kosten bezeichnet.
- 40 cc) Soweit das Berufungsgericht bemängelt, der Beklagte habe nicht erläutert, wieso ein Umbauzuschlag berechtigt sei, rügt die Revision zu Recht,

dass es nicht auf den Vortrag des Beklagten dazu eingeht, dass der Auftrag zur Planung der Tiefgarage eine Umbaumaßnahme betroffen hat. Es ist zwar nicht erkennbar, dass die Parteien einen Umbauzuschlag für die Leistungen der Beklagten zu 2 zur Tiefgarage schriftlich vereinbart hätten. Die schriftlichen Aufträge betreffen andere Maßnahmen. Das Berufungsgericht wird jedoch zu prüfen haben, ob sich ein Umbauzuschlag von 20 % aus § 24 HOAI ergibt.

41 dd) Schließlich überspannt das Berufungsgericht erneut die Anforderungen an einen schlüssigen Vortrag, wenn es näheren Vortrag zu einer Beauftragung hinsichtlich der Leistungsphasen 6 und 7 verlangt. Denn der Beklagte hatte hierzu ausdrücklich behauptet, dass die Bedingungen früherer schriftlicher Beauftragungen, und damit auch der Umfang der Leistungsphasen 1 bis 9, für diesen Auftrag fortgegolten hätten. Das ließ den Schluss auf die in Frage stehende Rechtsfolge zu. Der hierzu angebotene Zeugenbeweis hätte erhoben werden müssen.

42 ee) Unbegründet sind die Angriffe der Revision gegen die Aberkennung des Honorars für erbrachte Leistungen der Leistungsphase 5 und 6. Diese hat der Beklagte nicht unter Beweis gestellt. Die Revision legt nicht dar, dass insoweit eine Hinweispflicht des Gerichts bestanden hat, nachdem die Klägerin diese Leistungen bestritten hat. Der Umstand, dass der Beweis insoweit nicht geführt ist, steht einer neu zu berechnenden Forderung des Beklagten jedoch nicht im Wege. Die Revision weist zu Recht darauf hin, dass die erbrachten Leistungen lediglich mit einem geringen Betrag abgerechnet worden sind.

III.

43 Der Senat kann nicht selbst in der Sache entscheiden. Je nach dem Ergebnis der sachlichen Prüfung der Gegenforderungen ist der Klageanspruch durch Aufrechnung erloschen und die Zahlungswiderklage eventuell begründet. Auch die Kündigung wegen Zahlungsverzugs könnte sich als unwirksam erweisen (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2005 - XII ZR 269/01 unter II. 3.). Dann wäre der Abweisung der Feststellungswiderklage mit der gegebenen Begründung ebenfalls der Boden entzogen.

46 Das Berufungsurteil ist danach im Umfang der Anfechtung aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Kniffka

Kuffer

Safari Chabestari

Halfmeier

Leupertz

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 08.07.1999 - 34 O 538/98 -

KG Berlin, Entscheidung vom 15.02.2007 - 8 U 82/05 -