

VII_ZR_114/61

Verkündet
am 21. Januar 1963
Woitschek, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2188 027

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Lichtspielbesitzerin Marie E [REDACTED] in B [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und
Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Bauunternehmer Andreas M [REDACTED] in B [REDACTED],
L [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1963 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrich-
ter Dr. Heimann-Trosien, Erbel, Hubert Meyer und
Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Ur-
teil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Bamberg vom 22. Februar 1961 wird zurückge-
wiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision
zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat im Jahre 1955 der Beklagten in B [REDACTED] ein Lichtspieltheater im Rohbau errichtet.

Dem Bauvertrag vom 27. November 1954 hatte das mit einem Endbetrag von 53.486,35 DM abschließende Angebot des Klägers vom 10. November 1954 zu Grunde gelegen. Ob sich die Parteien auf diesen Betrag geeinigt haben, ist streitig. Unstreitig aber haben sie am 27. November 1954 zu Gunsten der Beklagten einen Rabatt von 5,5 % auf die Vertragssumme vereinbart.

Am 30. Juni 1955 schrieb der Kläger dem Architekten der Beklagten, Walter H [REDACTED], er könne den Rabatt nicht mehr gewähren, er müsse vielmehr einen Zuschlag verlangen. Nach der Behauptung des Klägers hat sich die Beklagte in einer Besprechung vom 22. August 1955 mit dem Wegfall des Rabatts von 5,5 % und mit einem Aufschlag von 9 % durch ihre Unterschrift auf einem Durchschlag des Briefs vom 30. Juni 1955 einverstanden erklärt.

Der Kläger hat an restlichem Werklohn 4.139,96 DM, an Wechselspesen und sonstigen Unkosten 1.939,20 DM, zusammen 6.079,16 DM nebst Zinsen eingeklagt.

Die Beklagte hat die Forderungen bestritten und Klagabweisung beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben

- 3 -

und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Dieses hat, nachdem der Kläger mit Zustimmung der Beklagten die Klage wegen eines Betrags von 19,35 DM Gerichts- und Vollstreckungskosten zurückgenommen hatte, die Verurteilung in Höhe von (4.139,96 DM Werklohn und 1.919,85 DM Wechselkosten, zusammen) 6.059,81 DM nebst Zinsen aufrecht erhalten.

Mit der erneuten Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hält durch die Bekundung des Architekten H. für bewiesen, daß die Beklagte am 27. November 1954 dem Kläger die im Leistungsverzeichnis beschriebenen Arbeiten zu den von ihm eingesetzten Preisen gegen einen Werklohn von insgesamt 53.486,35 DM, jedoch mit einem Rabatt von 5,5 % übertragen hat.

Auf die von dem Architekten H. neben einzelne Positionen eingesetzten geringeren Einzelpreise und die von ihm daraus errechnete Endsumme von 50.005,40 DM hat sich der Kläger, so stellt das Berufungsgericht fest, nicht eingelassen. Wohl aber hat er mit Rücksicht darauf, daß die Arbeiten in den Winter fallen sollten, den Nachlaß von 5,5 % auf die von ihm geforderten 53.486,35 DM angeboten. Dieses Angebot hat die Beklagte angenommen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



und den vom Kläger auf seinem Durchschlag des Angebots mit Rotstift geschriebenen Vermerk "Auftrag acceptiert mit 53.486,35 DM mit 5,5 % Abgebot" mit dessen Rotstift unterschrieben.

Mit diesem vom Kläger gewährten Rabatt von 5,5 % auf die verlangten 53.486,35 DM kamen die Baukosten dem Betrag nahe, der sich bei der Zusammenrechnung der von dem Architekten H. eingesetzten Einzelpreise ergab und ebenso dem von dem Bauunternehmer F. verlangten Werklohn (BU S. 9 u. 10).

1. Unbegründet ist danach die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe entgegen der Weisung des erkennenden Senats im ersten Revisionsurteil (§ 565 Abs. 2 ZPO) nicht erörtert, wie es zu den beiden abweichenden "Vertragsfertigungen" gekommen sei und weshalb die des Klägers den Vorzug vor der der Beklagten verdiene. Diese Frage haben die Parteien in ihrem im zweiten Berufungsverfahren gewechselten Schriftwechsel eingehend erörtert, und das Berufungsgericht hat hierzu den Architekten H. und den Kläger vernommen. Danach war zwischen den Parteien schließlich nur noch streitig, ob der Kläger oder der Architekt H. die niedrigen Beträge neben die Einzelpreise und die Endsumme im Angebot des Klägers geschrieben hat. Das Berufungsgericht folgt insoweit der Bekundung des Zeugen H., daß er und nicht der Kläger die niedrigen Beträge in das der Beklagten übersandte Angebot eingesetzt hat (BU S. 7 und 12). Der Vermerk auf dem Angebotsexemplar, das die Beklagte besaß: "Auftrag acceptiert - Angebot mit 5,5 % Abgebot" bezieht sich demnach nach der Überzeugung des Oberlandesgerichts nicht

auf die daneben stehende Zahl 50.005,40 DM, sondern auf den sich aus den Angebotspreisen des Klägers ergebenden Endbetrag von 53.486,35 DM. Die Zahl 50.005,40 DM war lediglich das Ergebnis der vorläufigen Berechnung des Architekten H., wie hoch sich die Baukosten unter Zugrundelegung der von H. eingesetzten Einzelpreise stellen würden. Der Vertrag selbst ist, so stellt das Berufungsgericht fest (BU S. 7), dadurch zustande gekommen, daß die Beklagte den vom Kläger auf seinen Durchschlag des Angebots gesetzten, oben angeführten Vermerk unterschrieben hat.

Demnach liegen nicht etwa zwei gleichwertige Vertragsfertigungen vor, nämlich eine gemäß dem Angebot des Klägers und eine zweite gemäß den von dem Architekten H. eingesetzten niedrigeren Zahlen. Maßgebend ist vielmehr der Durchschlag des Angebots, der den von beiden Parteien unterschriebenen Vermerk über den Endbetrag von 53.486,35 DM mit 5,5 % Rabatt trägt. Die von der Beklagten eingereichte Ablichtung der letzten Seite des Angebots trägt dagegen nicht ihre Unterschrift. Das Berufungsgericht brauchte deshalb im angefochtenen Urteil auf Grund seiner Feststellungen nicht von zwei Vertragsfertigungen zu sprechen. Jedenfalls hat es den Sachverhalt gemäß der Auflage des ersten Revisionsurteils aufgeklärt.

2. Der Kläger lag, so stellt das Berufungsgericht fest, infolge des eingeräumten Rabatts von 5,5 % nur unwesentlich über dem von der Firma F. verlangten Betrag. Daß er, wie die Revision ausführt, um den Bauauftrag zu erhalten, das Angebot der Firma F. hätte unterbieten müssen, hat die Beklagte in den Vorinstanzen nicht behauptet. Die Tatsache, daß er die Firma F. nicht unterboten hat, spricht daher nicht gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

3. Der Zeuge H. hat es bei seiner Vernehmung vom 25. Januar 1961 für möglich erklärt, daß er die Maße im Leistungsverzeichnis wirklich angenommen habe, so daß mit einer Preisüberschreitung nicht zu rechnen gewesen sei. Die Revision meint, deshalb sei es nicht unwahrscheinlich, daß der Kläger ^{wegen} der Ausführung der Bauarbeiten im Winter noch auf den Betrag von 50.005,40 DM einen Abschlag von 5,5 % gewährt habe. Daß das Berufungsgericht diesen Schluß nicht gezogen hat, ist aber kein Rechtsfehler. Auch die Beklagte hat nicht behauptet, - das hebt das Berufungsgericht ausdrücklich hervor (BU S 10/11) - sie habe aus diesem oder einem anderen Grunde noch einen weiteren prozentualen Preisnachlaß erwartet.

4. In ihrem Schriftsatz vom 28. April 1958, mit dem die Beklagte das Schreiben des Klägers an den Architekten H. vom 30. Juni 1955 vorgelegt hat, ist die Beklagte auf die auf die Rückseite des Schreibens geschriebenen Zahlen nicht eingegangen. In ihrem Schriftsatz vom 22. Oktober 1958 (S. 3/4) hat die Beklagte diese Zahlen erwähnt, aber daraus nur geschlossen, daß sie nicht mehr als 47.000 DM an den Kläger zu zahlen habe. Erst im Schriftsatz vom 14. November 1960 (S. 8) hat die Beklagte aus den auf die Rückseite des Schreibens vom 30. Juni 1955 geschriebenen Zahlen gefolgert, der Architekt H. sei noch bei der Endabrechnung der Meinung gewesen, daß ihr der Betrag von 50.005,40 DM abzüglich 5,5 % zu Grunde gelegen sei. Näher erläutert hat die Beklagte diese Zahlen jedoch nicht. Sie hat auch nicht die Gelegenheit benutzt, den Zeugen H. bei seiner nochmaligen Vernehmung am 25. Januar 1961 hierüber zu befragen. Unter diesen Umständen hat das Berufungsgericht dadurch, daß es in seinem Urteil auf die genannten Zahlen nicht eingegangen ist, keinen Verfahrensfehler begangen.

5. Mit der Feststellung, daß sich die Parteien gemäß dem von der Beklagten unterschriebenen Vermerk auf dem Angebot des Klägers auf die Summe von 53.486,35 DM abzüglich 5,5 % geeinigt haben, erledigt sich die von der Revision zur Nachprüfung gestellte Frage, ob ein versteckter Einigungsmangel vorliege.

In dem von der Revision in diesem Zusammenhang angeführten Schreiben der Beklagten an den Kläger vom 28. November 1956 ist weder der Betrag von 53.486,35 DM noch der von 50.005,40 DM erwähnt. Wohl hat die Beklagte darin beanstandet, der Kläger sei in seinen Rechnungen nicht von den abgeänderten Einheitspreisen im Kostenanschlag ausgegangen, die er am 27. November 1954 angenommen habe. Hierauf ist das Berufungsgericht zwar nicht ausdrücklich eingegangen. Es brauchte aber daraus nicht auf einen versteckten Einigungsmangel zu schließen. Das Schreiben der Beklagten vom 28. November 1956 ändert nichts daran, daß die Beklagte am 27. November 1954 entsprechend dem von beiden Parteien unterschriebenen Vermerk ihr Einverständnis mit dem Endbetrag von 53.486,35 DM abzüglich 5,5 % Rabatt erklärt hat.

Der Behauptung der Revision, daß auch der Architekt H. "einem versteckten Einigungsmangel unterworfen" gewesen sei, steht die auf dessen Bekundung beruhende Feststellung des Berufungsgerichts über die erfolgte Einigung der Beteiligten am 27. November 1954 entgegen. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß auch H.'s Schreiben an den Kläger vom 6. Dezember 1954 mit der beigelegten Auftragsbestätigung vom 29. November 1954, in dem der Auftrag zum festen Pauschalsatz von 53.486,35 DM abzüglich 5,5 % erteilt wurde, für die erfolgte Einigung spricht.

6. Das in dem Vermerk auf dem Durchschlag des Angebots niedergelegte Ergebnis der Vertragsverhandlung entsprach, so stellt das Berufungsgericht (BU S. 12) fest, dem, was die Parteien miteinander ausgehandelt hatten. Die unterschriebene Erklärung wich nicht von dem Willen der Beklagten ab. Mit dieser Feststellung hat das Berufungsgericht die Voraussetzungen für eine Anfechtung der Beklagten wegen Irrtums ohne Rechtsfehler verneint.

II.

Das Berufungsgericht stellt weiter fest, daß sich die Parteien am 22. August 1955 auf den Wegfall des Rabatts von 5,5 % und zugleich auf eine Erhöhung der Bausumme von 53.486,35 DM um 9 % geeinigt haben. Es entnimmt dies dem Durchschlag eines Schreibens des Klägers an den Architekten H. vom 30. Juni 1955. Darin schrieb der Kläger, daß sich wegen der veränderten Preise die Gesamtsumme von 53.486,35 DM um 9,8 % erhöhe. Die Beklagte hat die Zahl 9,8 % durchgestrichen und darunter 9 % gesetzt. Den am Ende des Durchschlags befindlichen Vermerk "Obigen Zuschlag anerkannt zu haben, bescheinigt", hat sie unterschrieben.

1. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem von der Beklagten bestrittenen Wegfall des 5 %igen Rabatts befaßt, ist unbegründet. Daß die Beklagte nicht nur mit der Erhöhung der vereinbarten Summe von 53.486,35 DM um 9 %, sondern auch mit dem Wegfall des Sonderrabatts einverstanden war, stellt das Berufungsgericht fest (BU S. 12 u. 15).

2. Der Ansicht der Revision, das Berufungsgericht habe übersehen, daß die Beklagte den Zuschlag von 9 %

gewährt haben könne, deshalb aber nicht auf den Abschlag von 5,5 % verzichtet haben müsse, steht der Inhalt des Schreibens vom 30. Juni 1955 entgegen. Der Kläger hat damit nicht nur einen Zuschlag von 9,8 % zu der Gesamtsumme von 53.486,35 DM verlangt. Er hat außerdem darin ausdrücklich erklärt, daß er den seinerzeit eingeräumten Rabatt von 5,5 % nicht mehr gewähren könne, weil die Ausführung der Arbeiten nicht in den Winter falle, sondern erst jetzt möglich sei. Unter diesen Umständen begegnet die Auslegung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe mit ihrer Unterschrift unter dem Vermerk "Obigen Zuschlag anerkannt zu haben, bescheinigt" dem Zuschlag von 9 % zu der "Gesamtsumme von 53.486,35 DM" unter Verzicht auf den eingeräumt gewesenen Sonderrabatt von 5,5 % zugestimmt, keinen rechtlichen Bedenken.

Die handschriftliche Notiz des Architekten H. auf der Vorderseite der Urschrift des Briefs des Klägers an ihn vom 30. Juni 1955 spricht nicht für das Gegenteil, sondern stützt die Auslegung des Berufungsgerichts; denn die Worte: "9 % anerkannt" stehen hinter "Gesamtsumme von 53.486,35 DM".

Aus diesem Grunde wird auch, entgegen der Ansicht der Revision, durch die handschriftliche Notiz des Architekten H. auf der Vorderseite des Schreibens vom 30. Juni 1955 der Beweiswert seiner Bekundung vom 24. April 1958 nicht gemindert, vielmehr durch sie gestützt. Dementsprechend hat der Architekt H. eindeutig bekundet, der Kläger habe ihm erklärt, er könne das Angebot von 5,5 % nicht mehr aufrecht erhalten und müsse wegen der inzwischen eingetretenen Lohn- und Materialpreiserhöhungen außerdem einen Zuschlag von 9,8 % fordern.

Daß die persönliche und sachliche Zuverlässigkeit des Zeugen H. nicht durch die Bekundung der Zeugin L., der Tochter der Beklagten, in Frage gestellt wird, hat das Berufungsgericht näher dargelegt. Diese Beweiswürdigung bindet das Revisionsgericht.

III.

Die Parteien stimmen darin überein, daß dem Kläger die restliche Werklohnforderung von 4.139,96 DM noch zusteht, wenn man sich zunächst auf einen Werklohn von 53.486,35 DM abzüglich 5,5 % und später über den Wegfall des Rabatts und einen Aufschlag von 9 % geeinigt hat. Das Berufungsgericht hat deshalb die restliche Werklohnforderung von 4.139,96 DM mit Recht für begründet erachtet.

IV.

Das Berufungsgericht führt weiter aus, der Kläger habe es nicht zu vertreten, daß die Arbeiten nicht im Winter ausgeführt wurden. Es stellt ferner fest, daß die Beklagte auch für die Diskontspesen und Unkosten im Betrag von 1.919,85 DM haftet. Insoweit greift die Revision das Urteil nicht an.

V.

Die Verurteilung zur Zahlung von 6.059,81 DM nebst Zinsen läßt auch sonst keinen Rechtsfehler erkennen. Damit erweist sich die Revision der Beklagten als unbegründet.

Nach § 97 ZPO hat die Beklagte die Kosten der Revision zu tragen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Erbel

Meyer

Finke