

Verkündet
am 29. Januar 1962

Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Dipl.-Ing. Hellmut W [REDACTED], H [REDACTED] bei K [REDACTED],
Alte B [REDACTED] Landstraße,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Leiter der Bundesbaudirektion, Be [REDACTED]-O [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Januar 1962 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel,
Hubert Meyer und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
16. Zivilsenats des Kammergerichts vom 14. Juli 1960
wird zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tra-
gen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat im Jahre 1957 für die Beklagte in der Ermekeilkaserne in Bonn Teile des Innenputzes erneuert.

Die Positionen 11 und 12 des 24 Positionen umfassenden Leistungsverzeichnisses lauten:

Pos.	Anzahl	Gegenstand	Betrag
11	2.500,--	m^2 z.N. geputzte Wandflächen mit Putzbeschädigungen durch Putzrisse, durch Einschlagen bzw. Herausziehen von Nägeln, Klammern und Haken, durch Verlegen von elektr. Installationsleitungen, Schalter, Steck- oder Verteilungsdosen und ähnliches, durch Putzschäden an Türbekleidungen, Fuß- und Stuhlleisten, Fensterbänken, Fenster u.ä., bis zu zusammenhängende neu zu verputzende Einzelputzflächen bis zu 1,-- m^2 Größe fachgerecht ausbessern einschl. schützen und säubern der Fußbodenflächen wie in Pos. 2 beschrieben. f.d. m^2 1,-- DM 2.500,-- E.i.W.	
12	200,--	m^2 z.N. beschädigte Wandputzflächen innerhalb der Massen der Pos. 11 von mehr als 1,-- m^2 Einzelgröße, den schadhaften Putz abklopfen und in 2 Lagen fachgerecht mit sauberen Putzanschlüssen neu verputzen, einschl. schützen und säubern der Fußbodenflächen wie in Pos. 2 beschrieben als Zulage zu Pos. 11. f.d. m^2 3,-- DM 600,-- E.i.W.	

Schon während der Arbeiten übergab der Kläger der Beklagten fünf Zwischenrechnungen und eine Ergänzungsrech-

nung über zusammen 49.292,75 DM. Diese Beträge hat die Beklagte dem Kläger gezahlt.

Mit seiner Schlußrechnung vom 24. Februar 1958 verlangte der Kläger weitere (17.647,45 + 55,-- =) 17.702,45 DM. Von dem gesamten Werklohn von (49.292,75 + 17.702,45 =) 66.995,20 DM hat der Kläger unter Zugrundelegung einer Gesamtfläche von 10.251,53 m² für die Arbeiten zu Pos. 12 des Leistungsverzeichnisses 30.754,53 DM berechnet. Die Beklagte hat nur etwa den dritten Teil dieser Fläche als von ihm verputzt eingeräumt und Zahlungen über den Betrag von 49.292,75 DM hinaus verweigert.

Von der vermeintlichen Restforderung des Klägers ließ die Allgemeine Ortskrankenkasse Bonn Beträge von 6.831,56 DM und 12.004,60 DM pfänden. Der Kläger hat den ersten Betrag ganz und vom zweiten 168,44 DM eingeklagt mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung von 7.000 DM an die Allgemeine Ortskrankenkasse Bonn zu verurteilen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt, weil der Kläger wegen seiner Ansprüche aus dem Werkvertrag mehr als befriedigt sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Kammergericht die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt der Kläger seinen Klaganspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Parteien streiten darüber, wie die 1 m² übersteigenden Ausbesserungen nach Pos. 12 des Leistungsverzeich-



nisses aufzumessen waren. Der Kläger behauptet, hierfür sei, ebenso wie bei Pos. 11 die Größe der ganzen Wandflächen maßgebend gewesen. Dagegen will die Beklagte die Pos. 12 so verstanden wissen, daß Schäden von über 1 m^2 Größe "ausgemessen" werden mußten, die Vergütung von 3,-- DM je m^2 sich also auf die tatsächlich ausgebesserten Stellen bezog.

1. Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung zu Pos. 12 ebenso aus wie die Beklagte. Es hat ein Gutachten des Dipl.-Ing. Staudt hierzu eingeholt. Nach dessen Ansicht ist mit dem Wortlaut der Pos. 12 für den Fachmann unmißverständlich ausgedrückt, daß Flächen über 1 m^2 Einzelgröße einzeln aufzumessen und der Abrechnung zugrunde zu legen sind. Es entspreche, so sagt der Gutachter, auch nicht der Übung im Bonner Baugewerbe, bei Arbeiten, wie Pos. 12 sie vorschreibt, die gesamte Wandfläche "durchzumessen"; vielmehr würden Schadensstellen von mehr als 1 m^2 Größe "ausgemessen". Verschiedene vom Sachverständigen wahllos herausgegriffene Bonner Architekten, Bau- und Putzunternehmer hätten ausnahmslos bei den Arbeiten der Pos. 12 ein "Durchmessen" für ausgeschlossen erklärt.

b) Demnach ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die Erklärung der Parteien objektiv eindeutig sei, unberechtigt.

Die Erklärung der Parteien ist unter Pos. 12 des Leistungsverzeichnisses niedergelegt. Die Beklagte hat den Wortlaut formuliert, und der Kläger hat hierbei den von ihm geforderten Einheitspreis eingesetzt. Mit der Feststellung, im Bonner Baugewerbe verstehe man die Er-

klärung der Parteien so, daß die ausgebesserten Stellen nach ihrer tatsächlichen Größe auszumessen sind und danach das Entgelt zu berechnen ist, hat das Berufungsgericht den objektiven Erklärungsinhalt ermittelt. Ob der Kläger sein Angebot anders aufgefaßt hat, ist entgegen der Meinung der Revision insoweit unerheblich.

b) Das Berufungsgericht sagt nicht, Pos. 12 der von der Beklagten entworfenen Ausschreibung sei objektiv mehrdeutig gewesen, weil die Pos. 11 und 12 eng zusammenhängen und das Entgelt der Pos. 12 eine Zulage zum Entgelt der Pos. 11 darstelle. Aus dem Zusammenhang beider Bestimmungen muß nicht, wie die Revision meint, geschlossen werden, daß bei den großen, meßbaren Schadensstellen ebenso wie bei den kleinen Schäden, die praktisch nicht gemessen werden können, die Bezahlung nach der Größe der ganzen Wand zu erfolgen habe. Der in Pos. 12 vereinbarte Zuschlag von 3,-- DM je m^2 zu dem bereits nach Pos. 11 zu zahlenden, sich nach der ganzen Wandfläche richtenden Entgelt von 1,-- DM je m^2 ist vielmehr nur entsprechend der tatsächlichen Größe über 1 m^2 großen Schadensstellen zu errechnen.

2. Der Sachverständige Staudt hat allerdings weiter erklärt, jeder Sachkundige habe aus dem zu Pos. 12 des Leistungsverzeichnisses eingesetzten Betrag von 3,-- DM je m^2 erkennen müssen, daß der Kläger nicht von einem Einzelaufmaß der über 1 m^2 großen Putzflächen ausgegangen sei. Der unter Einberechnung des Betrags aus Pos. 11 insgesamt zu zahlende Werklohn von 4,-- DM je m^2 sei zu gering. Angemessen sei damals ein Zuschlag von 5,60 DM je m^2 gewesen.

Das Berufungsgericht ist anderer Ansicht. Es meint, das Angebot des Klägers habe nicht schon im Hinblick auf den von ihm eingesetzten Preis dahin verstanden werden können, daß es nur beim Durchmessen der ganzen Wände mit Schadensstellen von mehr als 1 m² Größe gelten sollte. Ob das vom Kläger eingesetzte Entgelt erheblich unter dem üblichen gelegen hat, läßt es dahingestellt. Auch wenn der Kläger zu einem wesentlich geringeren Preis angeboten haben sollte, habe er damit allein noch nicht für die Beklagte erkennbar zum Ausdruck gebracht, daß er die Arbeiten der Pos. 12 nur bei einem Aufmaß nach "Durchmessen" zum Preise von 3,-- DM je m² anbiete.

Diese Auslegung läßt keinen Verstoß gegen § 133 BGB, gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze erkennen.

a) Seine Entscheidung, wem von mehreren Unternehmern der Auftrag zu erteilen sei, macht die Besteller bei einem viele Positionen umfassenden Angebot nicht von den bei einzelnen Positionen eingesetzten höheren oder niedrigeren Beträgen als vielmehr davon abhängig, ob ihm das Angebot im ganzen preisgünstig erscheint. Deshalb kann ihm entgegen der Ansicht der Revision regelmäßig kein Verschulden bei Vertragsschluß zur Last gelegt werden, wenn er es unterläßt, den Unternehmer auf ihm besonders niedrig erscheinende Einzelpreise hinzuweisen. Im vorliegenden Falle kommt hinzu, daß der Kläger, wie die Beklagte durch eine vom Kläger unwidersprochen gebliebene Zahlenzusammenstellung dargetan hat, mit seinem Angebot nicht auffällig unter dem anderen Bewerber lag. Für die Beklagte bestand daher bei einer Betrachtung des Gesamtangebots des Klägers kein Anlaß zu Rückfragen wegen des zu Pos. 12 eingesetzten Zuschlags.

b) Der Kläger hat vor dem Kammergericht erklärt, er habe vor der Abgabe seines Angebots bei einer Rücksprache mit leitenden Herren der Bundesbaudirektion den "Eindruck" gehabt, daß auch das Aufmaß der Arbeiten zu Pos. 12 mittels "Durchmessen" der größere Schäden aufweisenden Wände genommen werden sollte. Daraufhin habe er den von ihm zunächst eingesetzten Betrag von 6,-- DM auf 3,-- DM je m² geändert.

Das Berufungsgericht glaubt nicht, daß Vertreter des Bauamts das der Ausschreibung zugrundegelegte, auch anderen Bewerbern zugänglich gemachte Leistungsverzeichnis allein dem Kläger gegenüber, zudem noch durch eine mündliche Erklärung, abgeändert haben. Außerdem vermißt es eine schlüssige Darstellung des Hergangs und Ergebnisses der Rücksprache mit den Vertretern des Bauamts. Daß der Kläger den "Eindruck" gehabt haben wolle, die Arbeiten zu Pos. 12 sollten "durchgemessen" werden, hält es nicht für ausreichend, um daraus eine Abänderung der Ausschreibungsbedingungen zu folgern. Es hat den Kläger aufgefordert, die angebliche Äußerung der Vertreter des Bauamts näher darzulegen. Hierzu war der Kläger, so stellt es fest, nicht in der Lage.

Wenn das Berufungsgericht durch die Darstellung des Klägers nicht für dargetan erachtet, daß Vertreter des Bauamts in Abweichung von der Ausschreibung ihm ein "Durchmessen" bei Pos. 12 erlaubt haben, so hält es sich damit im Rahmen der dem Tatrichter zustehenden freien Würdigung der Tatumstände.

c) Einen versteckten Einigungsmangel der Parteien (§ 155 BGB) hat das Berufungsgericht somit zu Recht ver-

neint. Die dem Wortlaut nach übereinstimmenden Erklärungen der Parteien zu Pos. 12 waren für Angehörige des Baugewerbes objektiv eindeutig. Auch der Kläger hat sie, wie er vor dem Berufungsgericht erklärt hat, mindestens anfänglich richtig verstanden.

3. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Kläger durch die von der Revision angeführte Erklärung in seinem Schriftsatz vom 19. Februar 1959 (S. 12, 13), er würde, wenn die Beklagte die streitige Frage in dem von ihr dargelegten Sinne geklärt hätte, seine Arbeiten sofort eingestellt haben, sein Angebot zu Pos. 12 überhaupt und auch unverzüglich angefochten hat. Dem Berufungsgericht ist jedenfalls insoweit zu folgen, als es nach Durchführung der Arbeiten eine auf das Angebot zu Pos. 12 beschränkte Anfechtung nicht für zulässig hält. Das Angebot des Klägers und der Auftrag der Beklagten umfaßte 24 Positionen. Es handelte sich um einen einheitlichen Vertrag, bei dem es dem Auftraggeber darauf ankam, wie sich das Gesamtangebot für ihn stellte. Höhere Preise einzelner Positionen kann er durch günstigere Preise bei anderen Positionen als ausgeglichen betrachtet haben. Alsdann aber kann der Unternehmer nicht einen für den Auftraggeber günstigen Teil des Angebots anfechten, den Auftraggeber im übrigen aber an dem Vertrag festhalten (vgl. auch RGZ 146, 234, 236; Staudinger-Coing BGB 11. Aufl. Anm. 10 zu § 142; RGRK BGB 11. Aufl. Anm. 3 zu § 142).

4. Der Kläger hat zusammen mit den Angestellten Zinngraf und Löbe der Beklagten das Aufmaß der von ihm ausgeführten Arbeiten genommen. Dabei wurden auch die Wandflächen mit Ausbesserungen von mehr als 1 m² Größe "durchgemessen". Die wirkliche Größe der ausgebesserten Stellen

läßt sich nicht mehr feststellen, da die Wände größtenteils mit einem Anstrich versehen sind.

Nach Ansicht des Kammergerichts bleibt der Kläger trotz des zusammen mit den Angestellten der Beklagten genommenen Aufmaßes für den Umfang der von ihm zu Pos. 12 erbrachten Leistungen beweispflichtig.

Auch darin ist dem Berufungsgericht zu folgen.

Inwieweit der Bauherr und der Bauunternehmer an ein gemeinsames Aufmaß insbesondere dann gebunden sind, wenn, wie hier, die Leistungen bei Weiterführung der Arbeiten nur schwer oder nicht mehr feststellbar sind (§ 14 Ziff. 2 VOB (B); vgl. KG in MDR 1956, 356), braucht nicht entschieden zu werden. Eine solche Bindung kommt, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, dann nicht in Frage, wenn das Aufmaß auf einer ganz anderen als der vereinbarten Grundlage vorgenommen ist. Das ist hier der Fall. Es ist nicht nach den vereinbarten Berechnungseinheiten unrichtig aufgemessen, sondern es sind völlig andere Berechnungseinheiten festgestellt worden.

Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht die vom Kläger benannten Zeugen darüber vernommen, daß Zinngraf beim Aufmessen erklärt habe, bei Post 12 seien genau so wie bei Pos. 11 die gesamten Wandflächen und nicht die einzelnen ausgebesserten Stellen zu messen und daß der Kläger darauf erklärt habe, dies sei von Anfang an auch seine Meinung gewesen. Die Angestellten der Beklagten waren nicht befugt, beim Aufmessen von anderen als den vereinbarten Einheiten auszugehen. Das wußte der Kläger, wie das Berufungsgericht feststellt. Deshalb sind die unter Beweis ge-

stellten Äußerungen des Angestellten Zinngraf, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, für die Entscheidung ohne Bedeutung.

5. Daß wegen des inzwischen erfolgten Anstrichs der Wände das Einzelaufmaß nicht mehr festgestellt werden kann, ändert an der Beweislast des Klägers nichts. Wenn der Kläger, wie er einräumt, selbst zunächst den Wortlaut der Pos. 12 richtig aufgefaßt hatte, und er lediglich bei der Unterredung mit Vertretern des Bauamts den Eindruck gewonnen haben will, die Arbeiten der Pos. 12 sollten abweichend vom Wortlaut der Ausschreibung mittels "Durchmessen" der Wände festgestellt werden, so hätte er, wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt, wenn nicht sofort, so doch mindestens vor dem Aufmessen eine Klärung mit den Vertretern des Bauamts herbeiführen müssen, statt sich auf das dem Vertrag nicht entsprechende Aufmaß einzulassen. Seine Beweisnot hat er sich also selbst zuzuschreiben. Aus § 278 BGB kann der Kläger nichts zu Lasten der Beklagten herleiten. Treu und Glauben im Rechtsverkehr nehmen unter den gegebenen Umständen der Beklagten nicht das Recht, das unrichtige Aufmaß abzulehnen.

6. Dem steht nicht entgegen, daß die Beklagte fünf Zwischenrechnungen des Klägers, denen das nach "Durchmessen" gewonnene Aufmaß der Arbeiten zu Pos. 12 zugrunde lag, bezahlt und auch nicht, wie üblich, 10% der Rechnungsbeträge einbehalten hat.

Die Revision rügt zu Unrecht, das Berufungsgericht sei auf diesen Gesichtspunkt nicht eingegangen. Es hat hierzu auf Ziff. 19 der "Zusätzlichen Vertragsbedingungen" verwiesen, wonach der Auftragnehmer verpflichtet ist, Überzahlungen, die bei Prüfung seiner Rechnungen durch

die oberen Prüfungsinstanzen der Beklagten einschließlich des Bundesrechnungshofes festgestellt werden, bei Aufforderung zurückzuzahlen. Dieser Bestimmung entnimmt es, daß sich die Beklagte, für den Kläger deutlich erkennbar, die endgültige Feststellung und Anerkennung der Höhe ihrer Zahlungsverpflichtung bis zum Abschluß der Rechnungsprüfungen vorbehalten habe. Seine Folgerung, der Kläger könne sich nicht darauf berufen, daß die örtliche Bauleitung seine Zwischenrechnungen unbeanstandet bezahlt habe, begegnet umso weniger rechtlichen Bedenken, als die Schlussrechnung noch ausstand und die Beklagte mit dieser die Gesamtrechnung beanstanden konnte, was sie dann auch getan hat. Deshalb kann der Kläger auch nichts aus § 16 Ziff. 3 VOB (B) für sich herleiten.

Die Kosten seiner somit unbegründeten Revision hat der Kläger nach § 97 ZPO zu tragen.

Dr. Winkelmann

Rietschel

Erbel

Meyer

Finke