

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 318/64

URTEIL

Verkündet am
30. März 1967
Jodas,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch den
Landschaftsverband Westfalen-Lippe, dieser vertreten
durch den Vorstand des Neubauamtes Autobahnen Unna,
Landeshaus, Straßenverwaltung in Münster/Westf.,
Freiherr-v.-Stein-Platz 1,

Beklagter, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Theodor P [REDACTED] in N [REDACTED],
F [REDACTED] str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. März 1967 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf. vom 21. Oktober 1964 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Beklagte zur Zahlung von 4 022,20 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den Kosten der Revision hat die Beklagte 7/8 zu tragen. Die Entscheidung über das letzte Achtel wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Beim Bau der Bundesautobahn Remscheid-Kamen beauftragte die Beklagte die aus dem Kläger und dem Holzkaufmann R. [REDACTED] gebildete Arbeitsgemeinschaft (Arge), in einem Teilabschnitt die Holzfällarbeiten vorzunehmen. Hiernach war alles Holz entsprechend den Bestimmungen der "Homa" aufzuarbeiten, auszuformen und zu vermessen. Da die bei Vertragsschluß geschätzte Holzmenge von 335,5 fm weit überschritten wurde, wurden noch zwei Nachtragsverträge abgeschlossen.

R. [REDACTED] ist später aus der Arge ausgeschieden und hat seine Rechte auf den Kläger übertragen.

Der Kläger hatte der Beklagten eine Abrechnung über 181 091,71 DM erteilt, auf die die Beklagte 146 533,51 DM bezahlt hat.

Mit der Klage hat er den Restbetrag von 34 558,20 DM nebst Zinsen geltendgemacht.

Das Landgericht hat die Beklagte zur Zahlung von 30 860,18 DM nebst Zinsen verurteilt und die Klage im übrigen abgewiesen.

Die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Der auf die Abweisung der Klage in Höhe von 1 500 DM beschränkten Anschlußberufung des Klägers wurde stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.



Entscheidungsgründe:

I.

Im Streit stehen noch drei Punkte der Abrechnung des Klägers, die die Beklagte mit folgender Begründung beanstandet:

1.) Der Kläger habe 1 477,40 rm Holz mit einem Durchmesser von weniger als 10 cm, 1 m über dem Boden gemessen, (Dünnholz) in Rechnung gestellt, obwohl dieses nicht Gegenstand des Vertrags gewesen sei;

2.) Der Kläger habe einen von seinem Vorarbeiter Weitkamp aufgemessenen Posten von 236 rm Brennholz in Rechnung gestellt, obwohl es sich hierbei um nicht mehr als 15 rm Brennholz gehandelt haben könne;

3.) Zu den Positionen 39 und 40 des Leistungsverzeichnisses habe der Kläger für die ursprünglich veranschlagten je 100 rm Pfeiler- und Brennholz statt der später vereinbarten niedrigeren Einheitspreise von 16,80 und 18,20 DM die alten Preise von 24 und 26 DM angesetzt.

Das Berufungsgericht hat die Einwendungen der Beklagten für unbegründet erachtet.

II.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind nur zum Teil begründet.

1.) 1 477,40 rm Dünnschholz:

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß dem ursprünglichen Vertrag eine Einschränkung in dem von der Beklagten behaupteten Sinn (Ausschluß des Dünnschholzes) nicht zu entnehmen sei. Eine solche Auslegung rechtfertige sich weder aus dem Angebot der Arge, das ausdrücklich "alles Holz" zum Gegenstand gehabt habe, noch aus dem Leistungsverzeichnis. Auch aus der zum Vertragsbestandteil gewordenen "Homa" könne die Beklagte nichts für ihren Standpunkt herleiten, da diese eine Begrenzung des Nutzholzbegriffs auf Stämme mit einem Durchmesser von 10 cm und mehr nicht kenne. Für die Richtigkeit der vom Kläger vertretenen Auffassung spreche, daß der Nachtragsvertrag vom 4. April 1960 nur Brennholz zum Gegenstand gehabt habe. Die Beklagte müsse die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der schriftlichen Vereinbarung gegen sich gelten lassen.

Es sei auch nicht erwiesen, daß später eine Änderung vereinbart worden sei.

Die hiergegen gerichteten Revisionsangriffe der Beklagten sind nicht begründet.

a) Die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe bei der Auslegung der Vertragsurkunde nur deren Wortlaut berücksichtigt und nicht auf das "Gesamtverhalten" der

Vertragsbeteiligten abgestellt. Deshalb habe es zu Unrecht den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, der von ihr benannte Zeuge T [REDACTED] habe bei der Ortsbegehung dem Kläger ausdrücklich erklärt, daß das Dünnschholz nicht unter den Vertrag falle; auch sei nicht gebührend beachtet, daß der Kläger sich bei der Firma P [REDACTED] & Z [REDACTED] (Arge "E [REDACTED]") um die Abholzung von Dünnschholz als Subunternehmer bemüht habe.

Diese Rügen gehen fehl. Das Berufungsgericht hat entgegen der Meinung der Beklagten sehr wohl die Gesamtumstände herangezogen und gewürdigt. Es hat aber die von der Beklagten aufgestellten Behauptungen als unerheblich angesehen.

Selbst wenn Träger bei der Ortsbegehung den Kläger darauf hingewiesen haben sollte, daß das Dünnschholz nicht zu dem Los gehöre, so sei diese Einschränkung nicht Gegenstand des Vertrags geworden. Diese Ortsbegehung habe nämlich die erste, später wieder aufgehobene Ausschreibung betroffen, an der der Kläger nur mit einem anderen Los beteiligt gewesen sei. Diese Würdigung lag noch im Rahmen der dem Tatrichter vorbehaltenen Aufgaben.

Ebenso läßt es keinen Rechtsfehler erkennen, daß das Berufungsgericht der Behauptung der Beklagten, der Kläger habe sich auch bei der "Arge E [REDACTED]" um die Abholzung von Dünnschholz bemüht, keinen entscheidenden Beweiswert beigemessen hat.

b) Das Berufungsgericht hat darauf hingewiesen, daß es sich bei dem vereinbarten Einsatz auf der Garenfelder Kuppe überwiegend um Dünnschholz gehandelt habe.

Die Beklagte rügt, die "Schlußfolgerung" des Berufungsgerichts, daß demnach auch die Abholzung des Dünnschälholzes vereinbart gewesen sei, sei nicht möglich, denn das Vorhandensein von Dünnschälholz auf der Garenfelder Kuppe schließe nicht aus, daß sich dort auch dickere Stämme befunden hätten, die den Einsatz gerechtfertigt hätten.

Auch diese Rüge geht fehl. Bei dem Hinweis des Berufungsgerichts auf die Garenfelder Kuppe handelte es sich nicht, wie die Beklagte meint, um eine "Schlußfolgerung" (die in der Tat nicht zwingend wäre), sondern nur um ein Beweisanzeichen für die Richtigkeit der Auffassung des Klägers, das das Berufungsgericht bei seiner Beweiswürdigung mitberücksichtigt hat. Das ist nicht zu beanstanden.

c) Ein gleiches gilt für den Hinweis des Berufungsgerichts darauf, daß dem Forstamt über die von der Beklagten behauptete Einschränkung nichts bekannt gewesen sei.

Die Parteien hatten unstreitig vereinbart, daß für die Abrechnung grundsätzlich das Aufmaß des Forstamts maßgebend sein sollte. Das erlaubte es dem Berufungsgericht, die Tatsache, daß dem Forstamt von der von der Beklagten behaupteten Einschränkung des Auftrags nichts bekannt war, als Beweisanzeichen gegen die Behauptung der Beklagten auszuwerten. Denn wenn, wie die Beklagte behauptet, der Auftrag sich nicht auf das Dünnschälholz erstreckt hätte, hätte nichts näher gelegen, als daß sie zur Vermeidung eines falschen Aufmaßes das Forstamt hiervon rechtzeitig benachrichtigt hätte.

d) Die Beklagte hatte vorgetragen, die streitigen Arbeiten (Abholzung des Dünnschlzes) seien von ihr der "Arge E [REDACTED]" übertragen und auch bezahlt worden. Diese habe den Mitunternehmer des Klägers, R [REDACTED], als Subunternehmer mit diesen Arbeiten betraut.

Die Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe diesen Vortrag nicht berücksichtigt. Es hätte sonst, da der Kläger auch aus abgetretenem Recht des R [REDACTED] klage, mindestens die Hälfte der auf die 1 477,40 rm entfallenden Vergütung von $738,70 \times 18,20 = 13\,444,34$ DM von der Forderung des Klägers abziehen müssen.

Die Rüge ist nicht begründet. Der Vortrag der Beklagten ist nicht schlüssig. Die Beklagte verneint den Werklohnanspruch des Klägers, weil die streitigen 1 477,40 rm Dünnschlz nicht Gegenstand des Vertrags gewesen seien. Sie bestreitet aber nicht, daß dieses Holz von dem Kläger selbst abgeholzt und vom Forstamt vermessen worden ist. Dieses Holz kann also nicht mit dem angeblich von R [REDACTED] abgeholzten Dünnschlz identisch gewesen sein. Außerdem könnte die Beklagte aus den Vertragsbeziehungen zwischen der "Arge E [REDACTED]" und R [REDACTED] auch keine Rechte gegen den Kläger herleiten.

e) Da die Beklagte somit nicht berechtigt war, für das eingeschlagene Dünnschlz von der Rechnung des Klägers etwas abzuziehen, kommt es auf dessen (von dem Kläger ebenfalls bestrittene) Menge nicht an.

2.) 236 rm Brennholz (Aufmaß W [REDACTED])

Das der Abrechnung zwischen den Parteien zugrundeliegende Aufmaß sollte durch das Forstamt I [REDACTED] erfolgen. Nach den insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat jedoch der Vorarbeiter W [REDACTED] das Aufmaß der in Holzliste Nr. 25 a aufgeführten 236 rm Brennholz vorgenommen, weil auf Weisung der Beklagten eine Trasse sofort freigemacht werden sollte und deshalb ein Aufmaß durch das Forstamt nicht rechtzeitig vorgenommen werden konnte.

Für die Richtigkeit dieses Aufmaßes ist der Kläger beweispflichtig. Das hat das Berufungsgericht auch - entgegen der Meinung der Beklagten - nicht verkannt. Es stellt jedoch auf Grund eingehender Beweiswürdigung die Richtigkeit des von W [REDACTED] vorgenommenen Aufmaßes fest. Dem auf die gutachtliche Äußerung des Sachverständigen Brinkmann gestützten Einwand der Beklagten, daß die von Weitkamp gefälltten und in der Liste Nr. 25 a aufgeführten 5 Ahornbäume unmöglich 236 rm Brennholz hätten ergeben können, begegnet das Berufungsgericht mit der Erwägung, es sei nicht auszuschließen, daß außer dem Ahornholz noch weiteres Holz in dem Aufmaß des W [REDACTED] enthalten gewesen sei. Seinen Angaben sei nichts Gegenteiliges zu entnehmen.

Die Beklagte rügt insoweit mit Recht die Verletzung des § 286 ZPO. Die Aussagen W [REDACTED] ergeben keinerlei Anhaltspunkte auch nur für die Möglichkeit, daß er noch anderes Holz aufgemessen habe. Der Zeuge schilderte nur eingehend, wie er die 5 von ihm gefälltten Ahornstämme vermessen habe. Auch in der nach seinen Angaben angefertigten und von ihm unterzeichneten Holzliste ist nur von

diesen 5 Stämmen die Rede. Die Überschrift auf der Holzliste "Ahorn an der B 1" und der Vermerk "Dieses Holz ist von mir gefällt (in der Liste nicht unterstrichen), vermessen und abgeräumt worden", ergibt lediglich, daß Weitkamp das Holz der von ihm gefällten 5 Ahornbäume vermessen hat. So gesehen entbehrt aber die Annahme des Berufungsgerichts, W [REDACTED] habe möglicherweise noch weiteres Holz vermessen, jeglicher Grundlage. Das Berufungsgericht hat sich insoweit nicht mehr im Rahmen der ihm zustehenden Beweiswürdigung gehalten.

Das angefochtene Urteil ist daher zu diesem Punkt aufzuheben, soweit die Beklagte zur Bezahlung des Werklohns für 221 rm Brennholz (15 rm erkennt sie als berechtigt an), somit von 221 x (höchstens) 18,20 DM = 4 022,20 DM verurteilt worden ist.

Der Senat ist jedoch nicht in der Lage, die Klage insoweit schon abzuweisen. Dem Kläger und Revisionsbeklagten muß vielmehr noch Gelegenheit gegeben werden, zu diesem Punkt weiteren Beweis anzutreten.

3.) Preisdifferenz für 2 x 100 rm Holz (Pos. 39 und 40):

Die Parteien streiten darüber, ob auch die ersten 2 x 100 rm, die im Vertrag zum Einschlag vorgesehen waren, zum alten Preis von 24 und 26 DM oder zum neuen Preis von 16,80 und 18,20 DM zu vergüten waren.

Nach Buchstabe a Abs. 2 der "Besonderen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" sollte im Gegensatz zu § 2 Nr. 3 VOB (B) bei Überschreitung der vertraglich angenommenen

Menge um mehr als 10 % der neue Einheitspreis für die gesamte Menge gelten. Darauf beruft sich die Beklagte.

Das Berufungsgericht stellt dagegen in Übereinstimmung mit der Auffassung des Klägers fest, daß die Parteien von der hiernach bestehenden Möglichkeit der Einbeziehung der ursprünglichen Menge in die neue Preisabsprache keinen Gebrauch gemacht haben. Das ergebe sich aus dem Nachtragsangebot des Klägers, insbesondere auch aus dem Aktenvermerk des Bauamts vom 11. November 1959. Es sollte also insoweit wieder die Bestimmung des § 2 Nr. 2 der dem Vertrag zugrundeliegenden VOB (B) gelten.

Diese Vertragsauslegung des Berufungsgerichts läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Was die Beklagte mit ihrer Revision dagegen vorbringt, richtet sich in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts.

III.

Das angefochtene Urteil ist daher im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als die Beklagte zur Zahlung von 4 022,20 DM nebst Zinsen verurteilt worden ist. In diesem Umfang ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen.

Im übrigen ist die Revision zurückzuweisen.

Da die Beklagte bei einem Streitwert von 32 360,18 M jetzt schon zu etwa 7/8 mit ihrer Revision unterlegen ist, sind ihr auch die Kosten der Revision in dieser Höhe aufzuerlegen (§§ 97, 92 ZPO). Über das restliche Achtel wird das Berufungsgericht zu befinden haben.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Vogt

Finke