

VII ZR 7/59

Verkündet
am 7. März 1960
Hoitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2202 084

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

In dem Rechtsstreit der

der B [REDACTED] D [REDACTED], vertreten durch das
Land Rheinland-Pfalz, dieses vertreten durch den
Oberfinanzpräsidenten in K [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bauunternehmung Jakob W [REDACTED] KG
in Wi [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 7. März 1960 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. Winkelmann, Rietschel, Erbel,
Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil
des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Koblenz vom 12. November 1958 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und
Entscheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat in den Jahren 1954/1955 im Auftrage der Beklagten auf dem Flugplatz Sp. [REDACTED] drei für Amerikaner bestimmte Wohnblocks errichtet. Sie hat der Beklagten für jeden Block 421.403,68 DM berechnet, aber nur 321.416,18 DM je Block von ihr erhalten. Den Unterschiedsbetrag von 99.987,50 DM für einen Block hat sie eingeklagt.

Die Parteien streiten im wesentlichen um die Auslegung der dem Vertrag zugrunde liegenden Vereinbarungen. Die Klägerin glaubt den vereinbarten Pauschalpreis sowie eine Vergütung ihrer durch Projektänderungen und durch zusätzliche Arbeiten bedingten Mehrleistungen, verlangen zu können. Die Beklagte dagegen vertritt den Standpunkt, daß nach Aufmaß abzurechnen sei.

Zu dem Abschluß des Vertrages kam es auf folgende Weise:

Die Bauleitung des Flugplatzes, eine Dienststelle der Sonderbauverwaltung Rheinland-Pfalz, schickte der Klägerin mit Schreiben vom 2. April 1954 die Unterlagen für ein Angebot bei beschränkter Ausschreibung. Diese bestanden aus dem gedruckten "Angebot", den ebenfalls gedruckten "zusätzlichen Vertragsbedingungen", sowie dem die in Betracht kommenden Arbeiten beschreibenden "Leistungsverzeichnis". Das Leistungsverzeichnis enthielt auf den Seiten 1 bis 4 ein "Vorwort", dessen von den Parteien als "Pauschalpreisklausel" bezeichnete Bestimmung unter Ziffer 1 lautet:

"Dieses Leistungsverzeichnis umfaßt die Errichtung eines freistehenden Gebäudes. Der Leistungs-

- 3 -

beschrieb mit dem Mengenangaben wird nur als Anhalt herausgegeben, auf Grund dessen der Unternehmer zur Feststellung seines Pauschalpreisvorschlages die Einheitspreise festsetzt. Es ist für den Unternehmer unbedingt notwendig, die Baustelle zu besuchen, die Pläne sorgfältig zu prüfen und sich über die herrschenden Zustände selbst zu unterrichten, um genau festzustellen, was gebaut werden soll. Irgendwelche notwendigen Mehr- oder Minderleistungen gegenüber den Massen des Leistungsbeschriebes können keine Änderungen der Original-Pauschalpreise bedingen. Bestehende Differenzen müssen vom Unternehmer mit einkalkuliert werden. Irgendwelche Änderungen werden preislich berücksichtigt, wenn der Umfang des Projektes als solcher sich ändert, d.h. bei Zusetzen oder Streichungen von Positionen, wie vom Bauherrn angeordnet oder irgend welche andere Revisionen, wie des Arbeitsbeschriebes, um das ursprüngliche Projekt dem Pauschalpreis anzupassen."

Gleichzeitig oder einige Tage später erhielt die Klägerin von der Bauleitung eine "Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen". Diese enthielt unter Ziffer 1 die Weisung, im Leistungsverzeichnis die Seiten 2,3,4,5 sowie die darauf folgende mit "Baustelleneinrichtung-Beschreibung" überschriebene Seite gegen "beiliegende neue Seiten" auszutauschen. Die "neuen Seiten" waren jedoch nicht beigelegt. Auch war der Bauleitung insofern ein Irrtum unterlaufen, als das Leistungsverzeichnis eine mit "5" nummerierte Seite nicht enthielt. In Wirklichkeit sollten nach dem Willen der Bauleitung die Seiten 1 - 4 des Leistungsverzeichnisses, von denen die Seite 1 die "Pauschalpreisklausel" enthielt, ersatzlos wegfallen.

In der "Berichtigung" war die Weisung gegeben, Ziffer 5 des gedruckten "Angebots" durch einen zweiten Absatz zu ergänzen. Bis dahin hieß es in Ziffer 5 "Abrechnung:

Die eingesetzten Massen gelten alle zum genauen



Nachweis nach Ausführung, wenn nicht etwas anderes in nachstehender Leistungsbeschreibung festgelegt ist oder im Auftragsschreiben ausdrücklich vereinbart wird".

Die als zweiter Absatz anzufügende - von den Parteien später "Bagatellklausel" genannt - Ergänzung lautet:

"Ergeben sich bei der Durchführung eines zu einem Pauschalpreis erteilten Auftrages Mehrungen oder Minderungen der vorgesehenen Massen, entfallen einzelne Teilleistungen ganz oder treten solche neu hinzu, so werden die sich daraus ergebenden Veränderungen nur dann bei der Abrechnung besonders vergütet oder abgezogen, wenn und soweit diese Veränderungen insgesamt mehr als 2 % des vereinbarten Pauschalpreises betragen."

Mit Schreiben vom 12. Juli 1954 reichte die Klägerin die Unterlagen mit den eingesetzten Preisen der Bauleitung zurück. Am Ende des Schreibens heißt es:

"Die mit Ihrer Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen, bei uns eingegangen am 9.7.1954, unter Ziffer 1 angekündigten neuen Seiten als Ersatz für die Seiten 2, 3, 4, 5 und folgende Seite "Baustelleneinrichtung" sind bei uns nicht eingegangen. Die übrigen in dieser Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Punkte haben wir bei unserer Kalkulation berücksichtigt."

Das ausgefüllte Leistungsverzeichnis endet mit der Erklärung der Klägerin, sie verpflichte sich, "vorstehend beschriebene Arbeiten zu einer bindenden Pauschalsumme von Brutto DM 393.586,75 auszuführen, ohne jegliche Nachforderungen zu stellen."

Am 14. Juli 1954 ermäßigte die Klägerin den Preis ihres Angebots je Wohnblock auf 380.000 DM, am 21. Juli 1954 auf 376.000 DM bei Ausführung von 3 Blocks. Zum Preise von 376.000 DM je Wohnblock erteilte ihr der

Regierungsbauinspektor Kl. [REDACTED] am 21. Juli 1954
fernmündlich den Bauauftrag für die 3 Blocks.

Im August 1954 begann die Klägerin mit den Arbeiten. Danach wurden auf Anordnung der amerikanischen Bauleitung die Pläne teilweise geändert und diese Änderungen der Klägerin in der "Ergänzung Nr. 1 zum Leistungsverzeichnis" nach Art und Umfang mitgeteilt. Gleichzeitig aber wurden in der Ergänzung auch Angaben über die Massen von Positionen geändert, die durch die Planänderungen nicht betroffen wurden, die vielmehr die Bauleitung aufgrund neuer Berechnungen berichtigt hatte. Unter Berücksichtigung der Planänderungen und der Neuberechnung der Massen kam die Bauleitung auf eine Gesamtvergütung von 332.534,32 DM je Block.

Am 29. Oktober 1954 sandte das Sonderbauverwaltungsamt in M. [REDACTED] der Klägerin ein Auftragschreiben, in dem unter Beachtung der Ergänzung Nr. 1 zum Angebot der Klägerin vom 12. Juli 1954 ein Preis von 332.534,32 DM je Block genannt war. Die Klägerin bestätigte den Auftrag unter dem Vorbehalt, daß sie die Bauausführung zum Limitpreis von 376.000 je Block übernommen habe und daß sie mit einer Abrechnung zum Nachweis - d.h. nach Aufmaß - nur einverstanden sei, wenn ihr die nicht im Leistungsverzeichnis enthaltenen Arbeiten zusätzlich vergütet würden. Über die zusätzlichen Leistungen fügte sie eine für die drei Blocks mit 87.306,88 DM abschließende Aufstellung bei. Die Beklagte lehnte den Vorbehalt der Klägerin ab.

Die Klägerin erachtet den Bauvertrag auf der Grundlage ihres Angebots vom 12. Juli 1954 für zustand gekommen. Sie habe, so hat sie vorgetragen, sowohl die

auf Seite 1 des Leistungsverzeichnisses aufgeführte Pauschalpreisklausel als auch die nachgebrachte Bagatellklausel bei ihrem Angebot berücksichtigt. Die Pauschalklausel verpflichte die Beklagte zur Zahlung des vereinbarten Pauschalpreises von 376.000 DM und der zu sätzlichen Leistungen. Eine Abrechnung der durch die Planänderungen nicht betroffenen Positionen nach Aufmaß sei hiernach ausgeschlossen. Die ebenfalls Vertragsinhalt gewordene Bagatellklausel habe den Sinn, daß nach der Pauschalpreisklausel preislich zu berücksichtigende Änderungen nur dann besonders zu berechnen seien, wenn und soweit die Änderungen mehr oder weniger als 2 % des vereinbarten Pauschalpreises ausmachten. Es widerspreche dem Begriff des Pauschalpreises, die Bagatellklausel auch auf Differenzen zwischen den Mengenangaben im Leistungsverzeichnis und den tatsächlich ausgeführten Massen anzuwenden.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie meint, die Klägerin habe erkennen müssen, daß nicht die Seiten 2 - 5, sondern 1 - 4 des Leistungsverzeichnisses und damit die auf Seite 1 befindliche Pauschalpreisklausel hätten wegfallen sollen. Aber auch bei Weitergeltung der Pauschalpreisklausel habe die Bagatellklausel den Vorrang. Sie besage, daß nach Aufmaß abzurechnen sei, wenn die Mehr- oder Minderleistungen insgesamt um mehr als 2 % von den ursprünglichen Angaben abwichen, was bei den Leistungen der Klägerin der Fall sei. Folglich müsse insgesamt nach Aufmaß abgerechnet werden.

Das Landgericht hat in einem Teil-Grundurteil die Ansprüche der Klägerin auf Bezahlung des vereinbarten

Pauschalpreises abzüglich der nicht geleisteten Arbeiten und auf Vergütung der sog. Mehrkosten infolge Projektänderungen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I.

1.) Das Berufungsgericht meint, der Bauvertrag sei gemäß dem Angebot der Klägerin vom 12. Juli 1954 zu dem von der Klägerin am 21. Juli 1954 auf 376.000 DM ermäßigten Pauschalpreis für einen Wohnblock abgeschlossen worden. Er sei dadurch zustande gekommen, daß der Regierungsbauinspektor Kl. [REDACTED] am 29. Juli 1954 der Klägerin fernmündlich den Auftrag gegeben habe, die 3 Wohnblocks auf der Grundlage ihres Angebots zu bauen. Durch die späteren Verhandlungen sei der Vertrag nicht geändert worden. Die "Ergänzung Nr. 1 zum Leistungsverzeichnis" mit dem von der Bauleitung errechneten neuen Preis für jeden Wohnblock sei nicht Vertragsinhalt geworden; denn die Klägerin habe diese Berechnung nicht anerkannt, sondern lediglich die Berichtigung der Einzelpositionen unterzeichnet. Auch das Auftragschreiben der Sonderbauverwaltung in M. [REDACTED] vom 29. Oktober 1954 habe die Klägerin nur unter den Vorbehalten des Schreibens vom 29. November 1954 bestätigt. Diese Bestätigung der Klägerin sei eine Annahme unter Einschränkungen gewesen und habe deshalb gemäß § 150 Abs. 2 BGB eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag dargestellt. Die Beklagte habe die Vorbehalte der Klägerin abge-

lehnt. Deshalb sei der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag mit seinem ursprünglichen Inhalt bestehen geblieben.

Diese Ausführungen enthalten keinen Rechtsirrtum.

2.) Die Ansicht der Revision, die Parteien hätten sich infolge Dissenses nicht geeinigt, deshalb sei nach Aufmaß abzurechnen, ist unbegründet. Für die Bindung der Parteien ist maßgebend, was sie als ihren übereinstimmenden Willen erklärt haben, nicht das, was sie gedacht oder beabsichtigt, jedoch nicht ausgedrückt haben. Nach der insoweit unbedenklichen Auslegung der Vorinstanzen sind die Erklärungen der Parteien in dem Sinne objektiv eindeutig, daß auch die Pauschalpreisklausel gelten sollte. Die abweichende Vorstellung der Bauleitung steht einer Einigung also nicht entgegen.

3.) Die Revision weist darauf hin, daß die Klägerin die Arbeiten auf Grund des Vertrages vom 29. Juli 1954 am 3. August 1954 aufgenommen habe, daß aber die Amerikaner am 20. August 1954 wegen Änderung der Pläne einen Baustop angeordnet hätten und daß erst am 7. September 1954 habe weitergearbeitet werden können. Den Bauaufschub will sie als Kündigung des Vertrags gemäß § 649 BGB gewertet wissen. Bei der Wiederaufnahme der Arbeiten habe die Klägerin die Auffassung der Bauleitung, daß nach Aufmaß abgerechnet werden solle, gekannt und sich infolgedessen damit einverstanden erklärt.

Auch hierin kann der Revision nicht gefolgt werden. Der von den Amerikanern angeordnete vorübergehende Baustop stellte keine Kündigung des Vertrages durch

die Beklagte dar. Eine Behauptung dieses Inhalts hat die Beklagte in den Vorinstanzen auch nicht aufgestellt. Schon deswegen entfallen die von der Revision hieran geknüpften Folgerungen.

II.

1.) Aus der Erklärung der Klägerin in ihrem Schreiben vom 12. Juli 1954, die in der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen als Ersatz für die Seiten 2, 3, 4, 5 und die folgende Seite des Leistungsverzeichnisses genannten neuen Seiten seien bei ihr nicht eingegangen, sie habe die übrigen in der Berichtigung aufgeführten Punkte bei ihrer Kalkulation berücksichtigt, entnimmt das Berufungsgericht, daß die Klägerin bei ihrem Angebot nicht mit dem ersatzlosen Wegfall der die Pauschalpreisklausel enthaltenden Seite 1 gerechnet habe.

Die vom Berufungsgericht hieraus gezogene Folgerung, daß die Pauschalpreisklausel demnach Teil des Angebots der Beklagten gewesen und mit dessen Annahme durch die Bauleitung auch Vertragsbestandteil geworden ist, begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

2.) Das Landgericht und das Berufungsgericht halten beide Klauseln für miteinander vereinbar. Die Besonderheit der Pauschalpreis-Absprache in dem zwischen den Parteien geschlossenen Vertrag erblicken sie darin, daß die Vergütung für die gesamte Leistung ohne Rücksicht auf ein späteres Aufmaß vereinbart worden sei. Durch Mehr- oder Minderleistungen, die sich abweichend von der Leistungsbeschreibung bei der Ausführung ergäben, werde die Pauschalvergütung nicht berührt. In dem die Pauschalpreisklausel enthaltenden Abschnitt habe

die Bauleitung betont, daß der Unternehmer die Pläne sorgfältig prüfen und bestehende Differenzen mit ein-kalkulieren müsse. Änderungen sollten preislich nur berücksichtigt werden, wenn der Umfang des Projekts sich ändere, "d.h. bei Zusätzen oder Streichungen von Positionen". In diesem Zusammenhange habe auch die Bagatellklausel ohne weiteres einen Sinn. Sie umreißt die Grenze, innerhalb deren Änderungen des ursprünglichen Planes den Pauschalpreis beeinflussen könnten, damit nicht schon durch eine jede solche Änderung die mit der Pauschalpreisvereinbarung verbundenen Vorteile der einfachen Abrechnung verloren gingen. Die Bagatellklausel sei demnach eine sinnvolle Ergänzung der Pauschalpreisklausel. Die Beklagte könne daher keine Abrechnung nach Aufmaß verlangen, sondern müsse sich an den vereinbarten Pauschalpreis halten.

3.) Die Revision meint, die Klägerin habe angenommen, daß die die Pauschalpreisklausel enthaltende Seite 1 des Leistungsverzeichnisses durch weitere, neue Seiten ergänzt werden sollte. Daraus, daß die Klägerin den Sachverhalt nicht aufgeklärt habe, ergebe sich, daß es ihr gleichgültig gewesen sei, welche Bestimmungen der Ausschreibung des Bauamts hätten geändert werden sollen. Der Wille des Bauamts, die Pauschalpreisklausel fallen zu lassen, habe nur deshalb keinen eindeutigen Ausdruck gefunden, weil die Klägerin nicht für eine hinreichende Klärung gesorgt habe. Deshalb könne sich die Klägerin nicht auf die Pauschalpreisklausel berufen.

Auf diesen Gesichtspunkt ist das Berufungsgericht eingegangen. Es hat mit Recht auf das Schreiben der

Klägerin vom 12. Juli 1954 abgestellt, in dem die Klägerin darauf hinwies, daß sie die als Ersatz für die wegfallenden Seiten 2,3,4, 5 vorgesehenen neuen Seiten nicht erhalten, daß sie aber die übrigen Punkte bei ihrer Kalkulation berücksichtigt habe. Die Ansicht des Berufungsgerichts, die Klägerin habe damit deutlich zu erkennen gegeben, daß sie auch die Pauschalpreisklausel auf Seite 1 des Leistungsverzeichnisses zum Inhalt ihres Angebots gemacht habe, begegnet keinen Bedenken. Ebensowenig ist die Folgerung des Berufungsgerichts zu beanstanden, daß es Sache der Bauleitung gewesen wäre, vor der Annahme des Angebots die erkennbar zum Ausdruck gebrachte Vorstellung der Klägerin, daß sie die Pauschalpreisklausel dem Angebot zugrunde legen sollte, in ihrem Sinne zu berichtigen.

4.) Rechtlich nicht zu halten sind dagegen die Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit sie das Verhältnis der beiden Klauseln zu einander und deren Auslegung betreffen.

a) Die Vorbemerkungen des gedruckten "Angebots" der Beklagten enthalten in Ziffer 1 den - rechtlich nicht einmal erforderlich gewesenenen - Hinweis, daß die der Ausschreibung zugrunde liegenden Leistungen öffentliche Bauarbeiten im Sinne der Baupreisverordnung Nr. 32/51 einschließlich der dazu ergangenen Ergänzungen und Änderungen sind.

Die an die Stelle der Verordnung PR Nr. 32/51 vom 11. Mai 1951 (BAnz Nr. 92 vom 17. Mai 1951) getretene Verordnung PR Nr. 8/55 (BAnz Nr. 249 vom 24. Dezember 1955) ist nach ihrem § 22 Abs. 2 auf die vor ihrem Inkrafttreten abgeschlossenen Verträge nur insoweit an-

zuwenden, als die Verträge ganz oder teilweise beiderseits noch nicht erfüllt sind. Da die Klägerin bei Inkrafttreten der VOPR Nr. 8/55 den Bauvertrag bereits erfüllt hatte, kann, sofern die Beklagte noch etwas schuldet, allenfalls von einem einseitig teilweise noch nicht erfüllten Vertrag die Rede sein. Für ihn gelten deshalb noch die Bestimmungen der VCPR Nr. 32/51.

b) Nach § 1 VOPR Nr. 32/51 dürfen für Bauleistungen, die in Durchführung öffentlicher Aufträge erbracht werden, keine höheren Preise berechnet, gefordert, versprochen oder gezahlt werden, als sie nach den Vorschriften dieser Verordnung ermittelt werden. Pauschalpreise sollen nur vereinbart werden, wenn die Gesamtleistung nach Art und Umfang genau bestimmt und mit einer Änderung bei der Ausführung nicht zu rechnen ist (§ 3 Abs. 2).

c) Die Vorschrift, daß Pauschalsummen nur vereinbart werden sollen, wenn die Verhältnisse klar zu übersehen sind, richtet sich, wie alle Vorschriften der Baupreisverordnung, an beide Vertragsteile. Wenn eine Gesamtleistung zu einer Pauschalsumme vergeben wird, muß der Preis ebenfalls zuvor nach den Vorschriften der Baupreisverordnung ermittelt worden sein, so daß die Preisberechnung jederzeit nachgewiesen werden kann (§ 19). Die Vereinbarung eines Pauschalpreises stellt lediglich eine Abrechnungsvereinfachung nach vorheriger zergliederter Preisermittlung dar. Sie berechtigt nicht, von den Preisermittlungsvorschriften der Baupreisverordnung abzuweichen (vgl. die Begründung zur VOPR Nr. 32/51 im Min.Bl.d. BMin.f.W. 1951 S. 180 zu §§ 2 und 3).

d) Es kann dahingestellt bleiben, ob die Vertragsbestandteil gewordene Bagatellklausel der freien Auslegung

durch das Revisionsgericht zugänglich ist, weil sie, wie die Revision behauptet, eine typische Vereinbarung sei, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstrecke (§ 549 Abs. 1 ZPO). Bedenken gegen die freie Auslegbarkeit bestehen in diesem Falle schon deshalb, weil die Klausel nicht für sich allein, sondern zusammen mit der Pauschalpreisklausel und unter Berücksichtigung der Umstände, wie beide Klauseln nebeneinander Vertragsbestandteile geworden sind, ausgelegt werden muß. Der Revision ist aber zuzugeben, daß die Auslegung der Bagatellklausel durch die Vorinstanzen mit deren Wortlaut schlechthin unvereinbar ist und deshalb gegen die gesetzliche Auslegungsregel, daß der erklärte Wille zu erforschen ist, verstößt (§ 133 BGB).

e) In der Pauschalpreisklausel ist bereits unterschieden zwischen "Mehr- oder Minderleistungen gegenüber den Massen des Leistungsbeschriebes", die keine Änderung des Pauschalpreises bedingen sollen und "den Umfang des Projekts" betreffenden Änderungen ("d.h. bei Zusätzen oder Streichungen von Positionen, wie vom Bauherrn angeordnet, oder irgendwelchen anderen Revisionen, wie des Arbeitsbeschriebes"). Diese sind preislich zu berücksichtigen. Die gleiche Unterscheidung findet sich auch in der Bagatellklausel. In deren erstem Halbsatz ist die Rede von "Mehrungen oder Minderungen" der "vorgesehenen Massen", die sich bei der "Durchführung" des zu einem Pauschalpreis erteilten Auftrags "ergeben". Der durch ein Komma davon getrennte zweite Halbsatz spricht davon, daß "einzelne Teilleistungen" ganz entfallen oder daß solche hinzutreten. Zusammenfassend heißt es dann, daß die sich "daraus ergebenden Veränderungen" nur dann bei der Abrechnung besonders vergütet oder abgezogen werden, wenn und soweit diese Veränderungen insgesamt mehr als 2 % des vereinbar-

ten Pauschalpreises betragen.

Das Landgericht und im Ergebnis auch das Berufungsgericht sehen in dem zweiten Halbsatz eine Erläuterung des ersten Halbsatzes dahin, daß unter "Mehrungen und Minderungen der vorgesehenen Massen" nur hinzutretende und entfallende "Teilleistungen", also ganze Positionen des Leistungsverzeichnisses, zu verstehen seien. Sie meinen, man müsse sich die beiden Halbsätze durch entsprechende Verbindungsworte (etwa: "das heißt") verbunden denken. Die Bagatellklausel solle nur verhindern, daß durch jede Projektänderung der Pauschalpreis berührt werde. Der Pauschalpreis solle nur dann eine Änderung erfahren, wenn die Projektänderungen mehr als 2 % desselben ausmachten.

f) Diese Auslegung der Bagatellklausel durch die Vorinstanzen greift die Revision mit Recht an. Sie weist zu treffend darauf hin, daß die beiden Halbsätze in Ziffer 5 Abs. 2 der Vorbemerkungen nicht durch Worte miteinander verbunden sind, denen entnommen werden kann, daß der zweite Halbsatz den ersten erläutern soll. Im Gegensatz dazu, sind in der Pauschalpreisklausel die "Projektänderungen" durch den Halbsatz: "d.h. bei Zusätzen oder Streichungen von Positionen...." erklärt. Die durch ein Komma getrennten Halbsätze der Bagatellklausel stehen also offensichtlich gleichwertig nebeneinander. Die Ausdrucksweise, "bei der Durchführung des Auftrags sich ergebende Mehrungen und Minderungen der (im Leistungsverzeichnis) vorgesehenen Massen", ist eindeutig. Darunter sind mengenmäßige Abweichungen innerhalb der einzelnen Positionen zu verstehen. Ihnen gegenübergestellt sind einzelne Teilleistungen (Positionen) des Leistungsverzeichnisses, die ganz - also ohne

daß es auf mengenmäßige Unterschiede ankommt - entfallen oder neu hinzutreten. In beiden Fällen soll bei Über- oder Unterschreitung der 2 %-Grenze eine Änderung des Pauschalpreises stattfinden. Das aber bedeutet eine grundsätzliche Abkehr von der Pauschalpreisklausel.

g) Hinzu kommen noch folgende Überlegungen:

Daß nachträgliche "Projektänderungen", also Abweichungen von den Positionen des Leistungsverzeichnisses, den vereinbarten Pauschalpreis nicht unberührt lassen, versteht sich von selbst; denn durch die vereinbarte Pauschalvergütung werden die vereinbarten Leistungen abgegolten. Der Auftragnehmer braucht weitere Teilleistungen, als in den Positionen des Leistungsverzeichnisses aufgeführt sind, nicht ohne besondere Vergütung zu erbringen (§ 2 Ziffer 6 VOB Teil B). Daß andererseits die Beklagte entfallende Positionen nicht zu bezahlen braucht, ist im letzten Satz der Pauschalpreisklausel klargestellt.

Nichts stand einem Übereinkommen der Parteien entgegen, wonach zusätzliche oder entfallende Teilleistungen in bestimmtem Rahmen durch den vereinbarten Pauschalpreis mit abgegolten sein oder ihn nicht mindern sollen. Die Parteien haben diesen Rahmen in der Bagatellklausel dahin umrissen, daß Veränderungen, die nicht mehr als 2 % des Pauschalpreises ausmachen, diesen nicht berühren. Wäre dies der alleinige Sinn der Bagatellklausel, dann wäre durch sie lediglich die Bestimmung der Pauschalpreisklausel, daß jede "Projektänderung" den Pauschalpreis beeinflusst, eingeeengt worden. Ein wegen der ungenauen Massenangabe im Leistungsverzeichnis mit der Pauschalver-

einbarung für beide Parteien verbundenes Risiko bliebe bestehen. Das konnte nicht der Sinn der Bagatellklausel sein.

Hinsichtlich der Abweichungen, die sich bezüglich der Größen (Massen) der Einzelpositionen bei der Ausführung der Arbeiten gegenüber der Ausschreibung ergeben, kann zudem die Vereinbarung eines Pauschalpreises, wenn die Gesamtleistung nicht nach Art und Umfang genau bestimmt ist, einen Verstoß gegen die eingangs erörterten Bestimmungen der Baupreisverordnung enthalten. Denn nach dieser Verordnung ist ein Pauschalpreis unzulässig, der zwar unter Beachtung der Ermittlungsvorschriften, jedoch auf Grund ungenauer Beschreibungen der Leistungen (Massen) errechnet ist (§§ 4, Abs. 2, 5 Abs. 2). Das Risiko zu begrenzen und zugleich eine mit den Ermittlungsvorschriften der Baupreisverordnung in Einklang stehende Preisvereinbarung zu treffen, hatte einen guten Sinn. Diese Bedingungen einzuhalten, war die Beklagte bei ihren vertraglichen Abmachungen auch verpflichtet.

Diese Erwägungen sprechen ebenfalls gegen die Auslegung der Bagatellklausel durch die Vorinstanzen. Auch deshalb liegt es nahe, sie dahin zu verstehen, daß auch und sogar gerade die sich bei der Durchführung des Auftrags ergebenden Mehrungen und Minderungen der im Leistungsverzeichnis vorgesehenen Massen den Pauschalpreis dann beeinflussen sollen, wenn sie insgesamt mehr als 2 % desselben ausmachen. Im Ergebnis liegt somit der Schwerpunkt der vertraglichen Vereinbarungen in der Bagatell- und nicht auf der Pauschalpreisklausel. Ein Widerspruch zu der Regelung in Ziffer 2 der Vorbemerkungen zum Angebot der Beklagten ergibt sich daraus nicht.

III.

Vorstehende Erwägungen führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Das Berufungsgericht wird sie seiner Auslegung der Vereinbarungen der Parteien zugrunde zulegen haben. Dabei bleibt zu klären, ob dann, wenn die "Veränderungen" im Sinne der Bagatellklausel mehr als 2 % des Gesamtpauschalpreises ausmachen, wie die Beklagte meint, sämtliche Positionen nach Aufmaß abzurechnen sind, oder ob sich die Neuberechnung nur auf die Positionen bezieht, die "Veränderungen" in diesem Ausmaß aufweisen, desgleichen ob die Veränderungen voll zu berechnen sind oder ob sie zu 2 % unberücksichtigt zu bleiben haben.

Demgemäß ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr.Winkelmann

Rietschel

Erbel

Dr.Vogt

Finke