

TE OGH 2004/12/22 3Ob46/04t

JUSLINE Entscheidung

Ⓞ Veröffentlicht am 22.12.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B***** & S***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Maximilian Ellinger und Dr. Günter Ellmerer, Rechtsanwälte in Kufstein, wider die beklagte Partei Dipl. Ing. Hans-Joachim K*****, vertreten durch Rechtsanwälte Brüggli & Harasser OEG in Kitzbühel, wegen 18.265,01 EUR sA, infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 6. Mai 2003, GZ 5 R 15/03z-43, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Innsbruck vom 10. Jänner 2003, GZ 18 Cg 8/02d-38, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der außerordentlichen Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.000,98 EUR (darin 166,98 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte plante die Errichtung des Rohbaues eines Einfamilienhauses. Anfang Mai 1999 erhielt das nun klagende Bauunternehmen vom Geschäftsführer der I***** GmbH (im Folgenden nur Bau GmbH) eine telefonische Anfrage, ob sie Baumeisterarbeiten übernehmen könne. Noch am selben Tag erschien der Beklagte bei der klagenden Partei und präsentierte deren handlungsbevollmächtigtem Angestellten Helmut E***** ein Anbot der Bau GmbH über Baumeisterarbeiten. Der Angestellte der klagenden Partei informierte den Beklagten, es sei nicht sicher, ob die Bau GmbH die Massen richtig angesetzt habe, er werde jedoch ein Anbot auf Basis des vorgelegten Anbots der Bau GmbH für den vom Beklagten gewünschten Rohbau kalkulieren. Nach Durchführung weiterer Verhandlungen vereinbarten die Streitparteien, dass letztlich nach den tatsächlichen Massen abgerechnet werde, weil der Beklagte zunächst für manche Positionen keine Massen angeben konnte bzw. wollte und diese Positionen daher nur als Einheitspreis aufgenommen wurden. Die Parteien unterzeichneten am 21. Mai 1999 das vom Beklagten über den Inhalt der Verhandlungen bis zum 19. Mai 1999 verfasste Protokoll, welches insbesondere folgende Anmerkung enthielt: "Die auf Basis des vorliegenden Angebots von mir zu zahlende Summe beträgt ATS 1,480.000,-". Am gleichen Tag unterfertigten die Streitparteien das Auftragschreiben vom 19. Mai 1999, worin es u.a. heißt:

"Die vorläufige Auftragssumme beträgt insgesamt laut Angebot vom 19.5.99 ATS 1,558.092,60 (inkl. 20 % Mehrwertsteuer). ... Alle Preise verstehen sich als Fixpreise laut ÖNORM, ...".

Grundlage dieses Anbots war das Anbot der Bau GmbH, welches die Parteien aber teilweise, insbesondere in

Ansehung der Einheitspreise abänderten. In Ansehung der Massenermittlung wurde die Fundierung abweichend vom Anbot der Bau GmbH und abweichend vom Tekturplan der Ansatz von Stahlbeton-Bodenplatten anstelle von Steinfundamenten und Betonpflaster aufgenommen. Das Anbot der klagenden Partei stimmte mit deren Ausschreibung vom 17. Mai 1999 und mit der Aufmaßliste überein, in welcher für einzelne Positionen nur der Einheitspreis, jedoch vorläufig noch keine Massen enthalten waren, weil diese vom Beklagten noch nicht genannt werden konnten. Die auf dieser Ausschreibung basierende Gesamtzusammenstellung vom 19. Mai 1999 weist eine Gesamtanbotssumme incl. USt von 1,558.092,60 S auf. Das Anbot der klagenden Partei und das vom Beklagten verfasste Protokoll über die Gespräche zwischen dem Beklagten und dem Angestellten der klagenden Partei, jeweils unterzeichnet am 21. Mai 1999, stehen miteinander im Zusammenhang; welche der beiden Urkunden zuerst unterfertigt wurde, steht nicht fest, doch war beiden Vertragsparteien klar, dass ein Gesamtpreis von 1,558.092,60 S als "vorläufige Anbotssumme" ohne Skontoabzug und Nachlass zuzüglich der Einheitspreise für noch nicht festgelegte Massen und zuzüglich der Beträge für später zu erteilende Aufträge zu gelten habe. Davon, dass es sich bei der "vorläufigen Anbotssumme" um einen Pauschalpreis handle, war nie die Rede, ebensowenig wurde davon gesprochen, dass für Positionen, deren Massen im Anbot noch nicht angegeben werden konnten, keine Verrechnung erfolgen werde. Nach dieser Auftragserteilung für die Erstellung des Rohbaues betraute der Beklagte die klagende Partei noch mit weiteren Zusatzleistungen, welche ihm am 1. Oktober 1999 und am 24. November 1999 in Rechnung gestellt wurden. Letztgenannte Urkunde trägt folgende Beifügung: "Kulanterweise haben wir folgende Leistungen ohne Verrechnung durchgeführt: Ausmauerungsarbeiten der Wohnung, Abluftrohr für Küche sowie Baggerarbeiten für die Verlegung der Wasserleitung Ihres Nachbarn".

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist vom Restwerklohnanspruch der klagenden Partei nur mehr der vom Beklagten bekämpfte Teilzuspruch von 18.265,01 EUR an die klagende Partei. Dieser stehe der klagenden Partei - als Folge einer sich aus dem Vergleich der ausgepriesenen Anbotssumme zur später tatsächlich verrechneten Summe ergebenden Kostenüberschreitung - nicht zu.

Die klagende Partei brachte in erster Instanz im Wesentlichen vor, es sei kein Fixpreis für die beauftragten Bauarbeiten vereinbart worden. Dem Beklagten sei wichtig gewesen, dass die Einheitspreise als Fixpreise angeboten würden, wobei aber die Verrechnung vereinbarungsgemäß nach den tatsächlich anfallenden Massen erfolgen sollte. Die Erteilung von Zusatzaufträgen sei von Anfang an geplant gewesen, weshalb im Auftrag auch die Formulierung "vorläufige Auftragssumme" zu finden sei. Die klagende Partei habe ihre Arbeiten stets nach den Anweisungen des Beklagten ausgeführt und die abzurechnenden Massen in Aufmaßblättern genau ermittelt; dem Beklagten seien Aufmaßpläne im Original zur Verfügung gestellt worden, an Hand derer die Abrechnung erfolgt sei. Er habe weder diese Pläne noch die Schlussrechnung jemals der Höhe nach bemängelt.

Der Beklagte wendete, soweit jetzt noch relevant, ein, er habe für die Bauarbeiten zunächst ein Anbot der Bau GmbH eingeholt, das dann Grundlage für den Auftrag an die klagende Partei geworden sei. Bei der Besprechung vom 19. Mai 1999 sei als Fixpreis für die im Anbot enthaltenen Arbeiten ein Betrag von 1,48 Mio S vereinbart worden. Hinzugekommen seien noch nachträglich beauftragte Leistungen. Die klagende Partei habe abweichend vom verbindlichen Anbot und Auftrag vertragswidrig Leistungen verrechnet, bei denen es sich um Mehrleistungen handle, die das Anbot in Ansehung einzelner Positionen teils um mehr als 100 % überstiegen.

Das Erstgericht gab dem auf Zahlung von zuletzt 70.815,89 EUR sA gerichteten Restwerklohn-Klagebegehren statt und beurteilte in rechtlicher Hinsicht, soweit hier noch von Belang, das Vertragsverhältnis der Streitteile als Werkvertrag, wobei vereinbarungsgemäß das Entgelt in einem sich aus Einheitspreisen zusammensetzenden Gesamtpreis bestehen habe sollen. Der Einheitspreis orientiere sich am Wert technisch bzw wirtschaftlich einheitlicher Teilleistungen, die nach Maß, Gewicht, Stückzahl oder sonstigen Kalkulationspreisen erfassbar seien. Dementsprechend lasse sich der Gesamtpreis eines Werks bei Abrechnung nach Einheitspreisen erst nach Fertigstellung ermitteln, weshalb nicht schon der für die im Leistungsverzeichnis vor Werkausführung für die angesetzten Teilleistungen kalkulierte Gesamtpreis verbindlich sei. Unter Bedachtnahme auf § 405 ZPO sei der klagenden Partei ausgehend von dem zu Recht bestehenden (Rest)Werklohnanspruch von 71.867,87 EUR der zuletzt begehrte Betrag von 70.815,89 EUR zuzusprechen. Das Erstgericht gab dem auf Zahlung von zuletzt 70.815,89 EUR sA gerichteten Restwerklohn-Klagebegehren statt und beurteilte in rechtlicher Hinsicht, soweit hier noch von Belang, das Vertragsverhältnis der Streitteile als Werkvertrag, wobei vereinbarungsgemäß das Entgelt in einem sich aus Einheitspreisen zusammensetzenden Gesamtpreis bestehen habe sollen. Der Einheitspreis orientiere sich am Wert technisch bzw

wirtschaftlich einheitlicher Teilleistungen, die nach Maß, Gewicht, Stückzahl oder sonstigen Kalkulationspreisen erfassbar seien. Dementsprechend lasse sich der Gesamtpreis eines Werks bei Abrechnung nach Einheitspreisen erst nach Fertigstellung ermitteln, weshalb nicht schon der für die im Leistungsverzeichnis vor Werkausführung für die angesetzten Teilleistungen kalkulierte Gesamtpreis verbindlich sei. Unter Bedachtnahme auf Paragraph 405, ZPO sei der klagenden Partei ausgehend von dem zu Recht bestehenden (Rest)Werklohnanspruch von 71.867,87 EUR der zuletzt begehrte Betrag von 70.815,89 EUR zuzusprechen.

Das Berufungsgericht - der Beklagte hatte nur einen Teilzuspruch an die klagende Partei von 33.472,36 EUR sA angefochten - bestätigte das Ersturteil in der Hauptsache unter Billigung von dessen Constatierungen aus folgenden hier relevanten Erwägungen: Die Vereinbarung der Streitteile sei bei Berücksichtigung der erstinstanzlichen Feststellungen als Schätzungsanschlag ohne Gewährleistung für seine Richtigkeit zu werten. Die Frage, wann eine Überschreitung iSd analog anwendbaren § 1170a Abs 2 ABGB als "beträchtlich" anzusehen sei, werde von der Rsp unterschiedlich beantwortet. Dem Beklagten sei bewusst gewesen, dass die klagende Partei vor Anboterstellung keine konkrete Massenermittlung durchgeführt habe; er sei darüberhinaus vom Angestellten der klagenden Partei darauf hingewiesen worden, dass nicht von der Richtigkeit der im Anbot der Bau GmbH verzeichneten Massen ausgegangen werden könne. Unter Berücksichtigung dieser Umstände stelle die hier gegebene Steigerungsquote von 30,10 % (Bruttoanbotssumme von 1,558.092,60 S ohne Nachträge und Zusatzleistungen zum tatsächlichen Bruttowerklohn ohne Nachträge und Zusatzleistungen vor Abzug der Preisminderung von 2,027.056,75 S) keine beträchtliche Überschreitung der im Rahmen der Kostenschätzung veranschlagten Kosten dar. Das Berufungsgericht - der Beklagte hatte nur einen Teilzuspruch an die klagende Partei von 33.472,36 EUR sA angefochten - bestätigte das Ersturteil in der Hauptsache unter Billigung von dessen Constatierungen aus folgenden hier relevanten Erwägungen: Die Vereinbarung der Streitteile sei bei Berücksichtigung der erstinstanzlichen Feststellungen als Schätzungsanschlag ohne Gewährleistung für seine Richtigkeit zu werten. Die Frage, wann eine Überschreitung iSd analog anwendbaren Paragraph 1170 a, Absatz 2, ABGB als "beträchtlich" anzusehen sei, werde von der Rsp unterschiedlich beantwortet. Dem Beklagten sei bewusst gewesen, dass die klagende Partei vor Anboterstellung keine konkrete Massenermittlung durchgeführt habe; er sei darüberhinaus vom Angestellten der klagenden Partei darauf hingewiesen worden, dass nicht von der Richtigkeit der im Anbot der Bau GmbH verzeichneten Massen ausgegangen werden könne. Unter Berücksichtigung dieser Umstände stelle die hier gegebene Steigerungsquote von 30,10 % (Bruttoanbotssumme von 1,558.092,60 S ohne Nachträge und Zusatzleistungen zum tatsächlichen Bruttowerklohn ohne Nachträge und Zusatzleistungen vor Abzug der Preisminderung von 2,027.056,75 S) keine beträchtliche Überschreitung der im Rahmen der Kostenschätzung veranschlagten Kosten dar.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision des Beklagten ist zulässig, aber nicht berechtigt.

a) Neben dem Kostenvoranschlag mit oder ohne Gewährleistung seiner Richtigkeit gibt es auch den sogenannten Schätzungsanschlag, eine bloße Schätzung, also einen summarischen Überschlag der voraussichtlichen Kosten (EvBl 1957/61; 4 Ob 2150/96x). Er will den Werklohn nicht festlegen, sondern den Besteller darüber orientieren, was er an Kosten zu erwarten hat, und enthält, anders als der Kostenvoranschlag (1 Ob 546/82 = SZ 55/83 mwN; RIS-Justiz RS0021977), keine Zergliederung der mutmaßlichen Kosten unter ausführlicher Berechnung der einzelnen Ansätze nach Arbeits- und Materialkosten. Ob ein Kostenvoranschlag mit oder ohne Gewährleistung für seine Richtigkeit, ein bloßer Schätzungsanschlag oder eine Pauschalpreisvereinbarung iSd Vereinbarung eines nach oben begrenzten Gesamtpreises (SZ 26/89) vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung im Einzelfall (4 Ob 2150/96x ua). Soweit hier das Berufungsgericht von einem bloßen Schätzungsanschlag, also einer bloß überschlagsmäßigen, beiläufigen und demnach nicht ohne weiteres verbindlichen Angabe der vermutlichen Kosten (SZ 55/83) ausgeht, liegt darin keine unvertretbare Vertragsauslegung. Für die Annahme eines Kostenvoranschlags wäre nach Lehre und Rsp die detaillierte Zergliederung der mutmaßlichen Kosten kennzeichnend, die hier jedoch nicht vorliegt. Gegenstand des Werkvertrags waren mannigfaltige Einzelleistungen zur Erstellung eines Rohbaus, wobei die Streitteile nur die Einheitspreise als Festpreise festlegten, im Übrigen aber eine Abrechnung nach tatsächlich (verbauten) Massen vereinbart hatten. Die klagende Partei führte dementsprechend in ihrem Anbot bei etlichen Leistungspositionen keine Stück-, Mengen-, Gewichts- oder Maßangaben an, sondern beharrte lediglich auf der Festschreibung von Einheitspreisen. Die nach Addition der zu den Einzelpositionen ausgeworfenen Beträge im Anbot ermittelte Summe wurde als "vorläufige Anbotssumme" bezeichnet. Gegen eine bestimmte, bereits erfolgte Pauschalpreisvereinbarung - bei der der

Werkbesteller weiß, dass die genannte Summe der endgültige Werklohn ist, ohne dass offen gelegt wird, wie er berechnet wurde - spricht, dass die klagende Partei eine Massenermittlung gar nicht vornahm und mehrere Einzelpositionen der dem Anbot zu Grunde liegenden Ausschreibung nicht einmal Massenangaben, sondern nur die in der Folge vereinbarten Einheitspreise enthielten.

b) Allerdings ist auch bei einem Schätzungsanschlag zu beachten, ob die Angabe einer bestimmten Geldsumme mit einer Richtigkeitsgarantie verknüpft ist oder nicht. Es stellen sich also die gleichen Abgrenzungsprobleme wie beim Kostenvoranschlag (10 Ob 82/00g = JBl 2002, 108; Krejci in Rummel³, § 1170a ABGB Rz 5, 10). Auch bei Schätzungsanschlägen rechnet der Besteller damit, dass der Unternehmer nicht leichtfertig völlig falsche Angaben macht, auch wenn dem Besteller die Einsicht in bestehende Kalkulationsgrundlagen weitgehend fehlt oder solche Kalkulationsgrundlagen, anders als beim Kostenvoranschlag, nicht in ausreichendem Maß vorliegen. Der Besteller darf damit rechnen, dass der Unternehmer den Schätzungsanschlag an seinen fachlichen Erfahrungen und Kenntnissen orientiert (RIS-Justiz RS0022003; Krejci aaO § 1170a ABGB Rz 31). Stellt sich auch bei einem Schätzungsanschlag ohne Gewährleistung der Richtigkeit nachträglich heraus, dass mit einer beträchtlichen Überschreitung der veranschlagten Kosten zu rechnen ist, ist der Werkunternehmer verpflichtet, dem Besteller die erforderliche Überschreitung der ursprünglich genannten Höchstsumme bekanntzugeben, wenn er nicht in sinngemäßer Anwendung des § 1170a Abs 2 ABGB (Anzeigeobliegenheit des Unternehmers, bei deren Unterlassung er an den unverbindlichen Kostenvoranschlag trotz höherer Auslagen gebunden bleibt) den Anspruch auf Werklohn, soweit er den dem Besteller bekannt gegebenen Kostenhöchstbetrag überschreitet (stRsp, SZ 55/83 u.a., zuletzt 10 Ob 82/00g; RIS-Justiz RS0022003). Ist der Werkunternehmer nicht in der Lage, den voraussichtlich auflaufenden (höheren) Kostenbetrag zu ermitteln, ist er jedenfalls verpflichtet, dem Besteller zumindest bekanntzugeben, dass es sich um eine beträchtliche Überschreitung der geschätzten Kosten handelt (SZ 55/83 ua).

b) Allerdings ist auch bei einem Schätzungsanschlag zu beachten, ob die Angabe einer bestimmten Geldsumme mit einer Richtigkeitsgarantie verknüpft ist oder nicht. Es stellen sich also die gleichen Abgrenzungsprobleme wie beim Kostenvoranschlag (10 Ob 82/00g = JBl 2002, 108; Krejci in Rummel³, Paragraph 1170 a, ABGB Rz 5, 10). Auch bei Schätzungsanschlägen rechnet der Besteller damit, dass der Unternehmer nicht leichtfertig völlig falsche Angaben macht, auch wenn dem Besteller die Einsicht in bestehende Kalkulationsgrundlagen weitgehend fehlt oder solche Kalkulationsgrundlagen, anders als beim Kostenvoranschlag, nicht in ausreichendem Maß vorliegen. Der Besteller darf damit rechnen, dass der Unternehmer den Schätzungsanschlag an seinen fachlichen Erfahrungen und Kenntnissen orientiert (RIS-Justiz RS0022003; Krejci aaO Paragraph 1170 a, ABGB Rz 31). Stellt sich auch bei einem Schätzungsanschlag ohne Gewährleistung der Richtigkeit nachträglich heraus, dass mit einer beträchtlichen Überschreitung der veranschlagten Kosten zu rechnen ist, ist der Werkunternehmer verpflichtet, dem Besteller die erforderliche Überschreitung der ursprünglich genannten Höchstsumme bekanntzugeben, wenn er nicht in sinngemäßer Anwendung des Paragraph 1170 a, Absatz 2, ABGB (Anzeigeobliegenheit des Unternehmers, bei deren Unterlassung er an den unverbindlichen Kostenvoranschlag trotz höherer Auslagen gebunden bleibt) den Anspruch auf Werklohn, soweit er den dem Besteller bekannt gegebenen Kostenhöchstbetrag überschreitet (stRsp, SZ 55/83 u.a., zuletzt 10 Ob 82/00g; RIS-Justiz RS0022003). Ist der Werkunternehmer nicht in der Lage, den voraussichtlich auflaufenden (höheren) Kostenbetrag zu ermitteln, ist er jedenfalls verpflichtet, dem Besteller zumindest bekanntzugeben, dass es sich um eine beträchtliche Überschreitung der geschätzten Kosten handelt (SZ 55/83 ua).

c) Der vorliegende Vertrag der Parteien unterliegt dem KSchG (§ 1 KSchG), es handelt sich um einen sogenannten Verbrauchervertrag. Will der Unternehmer die Richtigkeit des Kostenvoranschlags nicht garantieren, so muss er dies dem Verbraucher gegenüber ausdrücklich erklären (§ 5 Abs 2 KSchG). Das KSchG dreht damit die Zweifelsregel des § 1170a ABGB zugunsten des Verbrauchers um. Der zweiten Instanz ist beizupflichten, dass die Bezeichnung als "vorläufige Auftragssumme" als ausdrücklicher und hinlänglich deutlicher Hinweis der klagenden Partei, die Richtigkeit der Kostenschätzung nicht zu garantieren, den Anforderungen des § 5 Abs 2 KSchG genügt, somit die klagende Werkunternehmerin die Richtigkeitsgarantie auf für den Verbraucher hinreichend verständliche Art ausgeschlossen hat (vgl. Krejci aaO § 1170a ABGB Rz 9 mwN). Es bleibt damit für die Zweifelsregel des § 5 Abs 2 KSchG kein Raum und es können daher Überlegungen dahingestellt bleiben, ob die genannte Bestimmung grundsätzlich auch für Schätzungsanschläge gilt (siehe zum Meinungsstand 10 Ob 82/00g mwN aus der Lehre).

c) Der vorliegende Vertrag der Parteien unterliegt dem KSchG (Paragraph eins, KSchG), es handelt sich um einen sogenannten Verbrauchervertrag. Will der Unternehmer die Richtigkeit des Kostenvoranschlags nicht garantieren, so muss er dies dem Verbraucher gegenüber ausdrücklich erklären (Paragraph 5, Absatz 2, KSchG). Das KSchG dreht damit die Zweifelsregel

des Paragraph 1170 a, ABGB zugunsten des Verbrauchers um. Der zweiten Instanz ist beizupflichten, dass die Bezeichnung als "vorläufige Auftragssumme" als ausdrücklicher und hinlänglich deutlicher Hinweis der klagenden Partei, die Richtigkeit der Kostenschätzung nicht zu garantieren, den Anforderungen des Paragraph 5, Absatz 2, KSchG genügt, somit die klagende Werkunternehmerin die Richtigkeitsgarantie auf für den Verbraucher hinreichend verständliche Art ausgeschlossen hat (vergleiche Krejci aaO Paragraph 1170 a, ABGB Rz 9 mwN). Es bleibt damit für die Zweifelsregel des Paragraph 5, Absatz 2, KSchG kein Raum und es können daher Überlegungen dahingestellt bleiben, ob die genannte Bestimmung grundsätzlich auch für Schätzungsanschlüsse gilt (siehe zum Meinungsstand 10 Ob 82/00g mwN aus der Lehre).

d) Ob nun im vorliegenden Fall tatsächlich eine beträchtliche Überschreitung der vorläufigen Kostenschätzung für den Rohbau durch die klagende Werkunternehmerin vorliegt (vgl. dazu etwa 8 Ob 521/93 = JBl 1994, 179, in der eine Kostenüberschreitung von rund 30 % jedenfalls als beträchtlich iSd § 1170a Abs 2 ABGB gewertet wurde; RIS-Justiz RS0021924), ob die von der zweiten Instanz dafür gegebene Begründung, dass keine beträchtliche Überschreitung vorliegt, richtig ist und ob die Einwendungen der klagenden Partei gegen die Berechnung dieses Prozentsatzes durch das Berufungsgericht zutreffend sind, muss hier aus folgenden Erwägungen nicht entschieden werden: d) Ob nun im vorliegenden Fall tatsächlich eine beträchtliche Überschreitung der vorläufigen Kostenschätzung für den Rohbau durch die klagende Werkunternehmerin vorliegt (vergleiche dazu etwa 8 Ob 521/93 = JBl 1994, 179, in der eine Kostenüberschreitung von rund 30 % jedenfalls als beträchtlich iSd Paragraph 1170 a, Absatz 2, ABGB gewertet wurde; RIS-Justiz RS0021924), ob die von der zweiten Instanz dafür gegebene Begründung, dass keine beträchtliche Überschreitung vorliegt, richtig ist und ob die Einwendungen der klagenden Partei gegen die Berechnung dieses Prozentsatzes durch das Berufungsgericht zutreffend sind, muss hier aus folgenden Erwägungen nicht entschieden werden:

Bereits in der Berufungsbeantwortung hat die klagende Partei zu Recht vorgetragen, der Beklagte habe im erstinstanzlichen Verfahren niemals vorgebracht, sie habe ihren Anspruch auf den die "vorläufige Auftragssumme" übersteigenden Teil des Werklohns wegen unterlassener Anzeige der Kostenüberschreitung verloren. Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen, d.h., dass die Behauptungs- und Beweislast denjenigen trifft, der aus einem bestimmten Tatumstand für seinen Standpunkt etwas abzuleiten gedenkt (RIS-Justiz RS0037797; Rechberger in Rechberger2, vor § 266 ZPO Rz 11 mwN). Wer sich darauf beruft, dass ein Recht nicht wirksam geworden oder beseitigt worden ist, muss die rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen beweisen. Dies gilt auch für den, der sich auf die (in casu: analoge) Anwendung des § 1170a Abs 2 ABGB stützt und damit den Werklohnanspruch des Werkunternehmers auf einen die vorläufige Kostenschätzung übersteigenden Anspruch zum Erlöschen bringen will. Zu einer Verschiebung der Beweislast könnte es nur dann kommen, wenn - anders als hier - der Beweisführer mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen seinem Gegner diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben (4 Ob 2365/96i = SZ 69/284). Bereits in der Berufungsbeantwortung hat die klagende Partei zu Recht vorgetragen, der Beklagte habe im erstinstanzlichen Verfahren niemals vorgebracht, sie habe ihren Anspruch auf den die "vorläufige Auftragssumme" übersteigenden Teil des Werklohns wegen unterlassener Anzeige der Kostenüberschreitung verloren. Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen, d.h., dass die Behauptungs- und Beweislast denjenigen trifft, der aus einem bestimmten Tatumstand für seinen Standpunkt etwas abzuleiten gedenkt (RIS-Justiz RS0037797; Rechberger in Rechberger2, vor Paragraph 266, ZPO Rz 11 mwN). Wer sich darauf beruft, dass ein Recht nicht wirksam geworden oder beseitigt worden ist, muss die rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen beweisen. Dies gilt auch für den, der sich auf die (in casu: analoge) Anwendung des Paragraph 1170 a, Absatz 2, ABGB stützt und damit den Werklohnanspruch des Werkunternehmers auf einen die vorläufige Kostenschätzung übersteigenden Anspruch zum Erlöschen bringen will. Zu einer Verschiebung der Beweislast könnte es nur dann kommen, wenn - anders als hier - der Beweisführer mangels genauer Kenntnis der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen seinem Gegner diese Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben (4 Ob 2365/96i = SZ 69/284).

In den E SZ 55/83 und 9 Ob 201/98v wurde nun davon ausgegangen, dass dem Vertreter des Werkunternehmers erkennbar gewesen sei, der Entschluss der dort beklagten Werkbestellerin zur Auftragsverteilung sei von der Höhe der

bekanntgegebenen Kosten abhängig. Daraus wurde abgeleitet, dass die Umstände, aus denen auf die Wahrung eines höheren Werklohnanspruchs geschlossen werden könnte, vom Werkunternehmer zu behaupten und zu beweisen gewesen wären. In der E 10 Ob 82/00g war unstrittig, dass der Schätzungsanschlag des Werkunternehmers für die Entscheidung der Beklagten (dort, den Werkunternehmer ins Ausland zu entsenden) maßgebend gewesen sei. Diese Vorentscheidungen betrafen durch die dort - anders als hier - festgestellte bzw. unstrittige Erkennbarkeit für den Werkunternehmer, der Entschluss des Werkbestellerin zur Auftragsverteilung sei von der Höhe der bekannt gegebenen Kosten abhängig, andere Sachverhalte. Im vorliegenden Fall behauptete der Beklagte dagegen in der Sache mangelnde Fälligkeit des allenfalls offenen Werklohns wegen fehlender Fertigstellung, erhebliche Mängel des Werkes, Verrechnung nicht erbrachter Leistungen und damit im Zusammenhang, die klagende Partei auf Grund der getroffenen Fixpreisvereinbarung bzw. auf Grund der Tatsache, dass Leistungen in diesem Umfang (275.576 S netto) gar nicht hätten erbracht werden können. Weiters behauptete er - nicht bewiesene - Gegenforderungen. Erstmals in der Berufung führte dann der Beklagte aus, bekämpft werde ein näher aufgeschlüsselter Teilzuspruch von 251.331,02 S wegen der Kostenüberschreitung nach § 1170a ABGB iVm § 5 KSchG, den die klagende Partei auf Grund der nicht angekündigten Kostenüberschreitung nicht mehr geltend machen könne. Insoweit sei nach dem Berufungsvorbringen auch das erstinstanzliche Verfahren mangelhaft geblieben, welchen Einwand die zweite Instanz im Rahmen der rechtlichen Beurteilung prüfte und zu seiner oben dargestellten Rechtsansicht gelangte. Der Beklagte hat somit weder in erster Instanz behauptet noch wurde vom Erstrichter festgestellt, der Werkunternehmerin sei erkennbar gewesen, dass der Entschluss des beklagten Werkbestellers zur Auftragsverteilung von der Höhe der vorläufig bekannt gegebenen Kosten abhängig gewesen wäre. Damit hat der Beklagte den zur Stützung seines Revisionsbegehrens behaupteten Rechtsgrund nicht durch ein entsprechendes Tatsachenvorbringen in erster Instanz für sich in Anspruch genommen. Es darf auf diesen erstmals im Rechtsmittelverfahren erhobenen Einwand des Beklagten wegen des Neuerungsverbots damit nicht mehr eingegangen werden. In den E SZ 55/83 und 9 Ob 201/98v wurde nun davon ausgegangen, dass dem Vertreter des Werkunternehmers erkennbar gewesen sei, der Entschluss der dort beklagten Werkbestellerin zur Auftragsverteilung sei von der Höhe der bekanntgegebenen Kosten abhängig. Daraus wurde abgeleitet, dass die Umstände, aus denen auf die Wahrung eines höheren Werklohnanspruchs geschlossen werden könnte, vom Werkunternehmer zu behaupten und zu beweisen gewesen wären. In der E 10 Ob 82/00g war unstrittig, dass der Schätzungsanschlag des Werkunternehmers für die Entscheidung der Beklagten (dort, den Werkunternehmer ins Ausland zu entsenden) maßgebend gewesen sei. Diese Vorentscheidungen betrafen durch die dort - anders als hier - festgestellte bzw. unstrittige Erkennbarkeit für den Werkunternehmer, der Entschluss des Werkbestellerin zur Auftragsverteilung sei von der Höhe der bekannt gegebenen Kosten abhängig, andere Sachverhalte. Im vorliegenden Fall behauptete der Beklagte dagegen in der Sache mangelnde Fälligkeit des allenfalls offenen Werklohns wegen fehlender Fertigstellung, erhebliche Mängel des Werkes, Verrechnung nicht erbrachter Leistungen und damit im Zusammenhang, die klagende Partei auf Grund der getroffenen Fixpreisvereinbarung bzw. auf Grund der Tatsache, dass Leistungen in diesem Umfang (275.576 S netto) gar nicht hätten erbracht werden können. Weiters behauptete er - nicht bewiesene - Gegenforderungen. Erstmals in der Berufung führte dann der Beklagte aus, bekämpft werde ein näher aufgeschlüsselter Teilzuspruch von 251.331,02 S wegen der Kostenüberschreitung nach Paragraph 1170 a, ABGB in Verbindung mit Paragraph 5, KSchG, den die klagende Partei auf Grund der nicht angekündigten Kostenüberschreitung nicht mehr geltend machen könne. Insoweit sei nach dem Berufungsvorbringen auch das erstinstanzliche Verfahren mangelhaft geblieben, welchen Einwand die zweite Instanz im Rahmen der rechtlichen Beurteilung prüfte und zu seiner oben dargestellten Rechtsansicht gelangte. Der Beklagte hat somit weder in erster Instanz behauptet noch wurde vom Erstrichter festgestellt, der Werkunternehmerin sei erkennbar gewesen, dass der Entschluss des beklagten Werkbestellers zur Auftragsverteilung von der Höhe der vorläufig bekannt gegebenen Kosten abhängig gewesen wäre. Damit hat der Beklagte den zur Stützung seines Revisionsbegehrens behaupteten Rechtsgrund nicht durch ein entsprechendes Tatsachenvorbringen in erster Instanz für sich in Anspruch genommen. Es darf auf diesen erstmals im Rechtsmittelverfahren erhobenen Einwand des Beklagten wegen des Neuerungsverbots damit nicht mehr eingegangen werden.

Der außerordentlichen Revision kann daher kein Erfolg beschieden sein.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41 und 50 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 41 und 50 ZPO.

Textnummer

E75568

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:0030OB00046.04T.1222.000

Im RIS seit

21.01.2005

Zuletzt aktualisiert am

14.02.2012

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at