

# TE OGH 1998/10/21 9Ob201/98v

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.10.1998

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Maier als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Steinbauer, Dr. Spenling, Dr. Hradil und Dr. Hopf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei AG \*\*\*\*\* Nfg. KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Lederer & Thienen - Adlerflycht Rechtsanwälte OEG in Wien, und der Nebenintervenienten auf seiten der klagenden Partei 1) B\*\*\*\*\*gesmbH, \*\*\*\*\*, 2) Karl P\*\*\*\*\*, Baumeister, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Helmut Grubmüller, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Esther V\*\*\*\*\*, Hausfrau, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Anton Paul Schaffer, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 1,430.285 sA, infolge außerordentlicher Revision (Revisionsinteresse S 717.283,- sA) der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgericht vom 24. März 1998, GZ 12 R 21/98s-74, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 13. November 1997, GZ 7 Cg 456/93t-65, in der Hauptsache bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben und die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß sie einschließlich der in Rechtskraft erwachsenen Teile zu lauten haben:

"1) Die Klageforderung besteht mit S 544.000,- zu Recht.

2) Die Gegenforderung besteht bis zur Höhe der Klageforderung nicht zu Recht.

3) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei S 544.000,-

samt 4 % Zinsen jährlich seit 24. 4. 1991 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu zahlen.

4) Das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei weitere S 886.285,- samt 14 % Zinsen jährlich seit 24. 4. 1991 sowie weitere 10 % Zinsen aus S 544.000,- seit 24. 4. 1991 zu zahlen, wird abgewiesen.

5) Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 120.240,49 (darin anteilige Umsatzsteuer von S 17.047,98 und anteilige Sachverständigenkosten von S 17.645,40) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die Nebenintervenienten haben ihre Kosten des Verfahrens erster Instanz selbst zu tragen.

6) Die klagende Partei ist weiter schuldig, der beklagten Partei die mit S 32.360,60 (darin anteilige S 1,047,63 USt und anteilige S 26.069,24 Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die Nebenintervenienten haben ihre Kosten des Berufungsverfahrens selbst zu tragen."

Die klagende Partei ist schuldig der beklagten Partei die mit S 55.742,58 (darin S 4.209,35 USt und S 30.486,50 Pauschalgebühr) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Die Nebenintervenienten haben die Kosten ihrer Revisionsbeantwortungen selbst zu tragen.

### **Text**

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte erteilte der B\*\*\*\*\*gesmbH einen Auftrag zur Planung, Koordinierung und Überwachung von Umbauarbeiten am Hause \*\*\*\*\*. Gespräche und Schriftverkehr spielten sich zwischen dem Nebenintervenienten Karl P\*\*\*\*\* als Vertreter der B\*\*\*\*\*gesmbH einerseits und Milan V\*\*\*\*\* als Vertreter der Beklagten andererseits ab. Die B\*\*\*\*\*gesmbH trat der Klägerin eine Forderung von S 1,430.285,- zum Inkasso von der Beklagten ab.

Mit ihrer Klage vom 24. 12. 1991 begehrte die Klägerin den Zuspruch von S 1,430.285,- zuzüglich 14 % Zinsen seit 24. 4. 1991 als restliche Werklohnforderung aus einem mit der Beklagten geschlossenen Werkvertrag. Hilfsweise wurde die Klageforderung auch darauf gestützt, daß es sich um eine ursprünglich der B\*\*\*\*\*gesmbH zugestandene, der Klägerin zum Inkasso abgetretene Forderung handle. (Im Revisionsverfahren leitet die Klägerin ihre Ansprüche nur noch aus letzterem Rechtsgrund ab.) Die B\*\*\*\*\*gesmbH habe nie als Generalunternehmer der Beklagten fungiert, vielmehr sei sie damit beauftragt worden, Arbeitskräfte und Material zur Verfügung zu stellen, wobei Material nach tatsächlichem Aufwand und Arbeitsleistungen nach Regiestunden abzurechnen gewesen seien. Unrichtig sei, daß ein Pauschalloon vereinbart worden sei, es habe lediglich unverbindliche Kostenschätzungen gegeben, wobei der Leistungsumfang aber nachträglich erweitert worden sei und die Beklagte auch mehrfach darauf hingewiesen habe, daß die ursprüngliche Kostenschätzung nicht einhaltbar sei. Soweit sich die Beklagte auf eine Kostenschätzung (Beilage ./2) berufe, sei ihr entgegenzuhalten, daß diese lange vor Feststehen des endgültigen Umfanges erstellt worden sei und sich der endgültige Arbeitsumfang erst aufgrund des Baufortschritts und durch Zusatzaufträge herausgestellt habe. Die Beklagte habe die entsprechend dem Arbeitsfortschritt gelegten Teilrechnungen zunächst anstandslos gezahlt, insgesamt in einer Höhe von S 2,020.000,-. Nachdem sie sich geweigert habe, weitere Teilrechnungen zu bezahlen, sei die B\*\*\*\*\*gesmbH berechtigt vom Vertrag zurückgetreten. Insgesamt seien der Beklagten Leistungen im Wert von S 3,733.200,- (einschließlich USt) in Rechnung gestellt worden, darauf habe sie S 2,020.000,- gezahlt, sodaß S 1,713.200,- unberichtigt aushafteten. Die von der Klägerin selbst erbrachten Leistungen seien mit einem Preis von S 1,843.310,80 brutto zu honorieren. Abzüglich einer Zahlung von S 498.427,-, einer offenen Forderung für die Beibringung der Statik (S 86.400,- brutto) stehe der Klagebetrag jedenfalls zu. Die von der B\*\*\*\*\*gesmbH erbrachten Leistungen seien der Höhe nach angemessen. Eine weitere Aufgliederung nahm die Klägerin nicht vor, sondern verwies hiezu lediglich auf ein Beilagenkonvolut (Beilage ./E; AS 271, AS 377 f).

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Neben der Bestreitung der Aktivlegitimation der Klägerin (- welche im Revisionsverfahrens nicht mehr aufrecht erhalten wird -) wendete die Beklagte auch ein, daß es nicht nur zur Vereinbarung einer Regiestundenabrechnung gekommen, sondern Pauschalpreise für einzelne Bauabschnitte vereinbart wurden seien. Der mit S 3,733.200,-

insgesamt in Rechnung gestellte Preis liege weit über dem pauschal vereinbarten und stehe demnach nicht zu. Drüber hinaus habe die Beklagte von der B\*\*\*\*\*gesmbH verrechnete Leistungen direkt an Professionisten bezahlt, wie zB S 250.000,- an einen Spengler und habe überdies wegen Abbruchs der Arbeiten vor Fertigstellung weitere S 700.000,- für Drittmaßnahmen aufwenden müssen. Die Beklagte habe S 2,570.000,- gezahlt und damit sämtliche Ansprüche der B\*\*\*\*\*gesmbH erfüllt. Es seien folgende Pauschalsummen vereinbart wurden: Für den Umbau der Wohnungen im Erdgeschoß bis zum 4. Stock maximal S 600.000,-, für den Umbau der Einfahrt S 170.000,-, für die Fassade maximal S 260.000,-, für die Statik maximal S 40.000,-, für Beistellung von Gerüst, Aufzug und Baustofflagerung maximal S 70.000,-, für einen zusätzlichen Lichtausgang im Keller maximal S 60.000,- sowie für den Dachbodenausbau maximal S 1,000.000,-, zusammen sohin S 2,200.000,-. Zusätzlich sei die Einrichtung einer Stiege im Keller um ein Pauschale von S 25.000,-, die Erstellung eines Gerüsts im Hof um S 35.000,- sowie die Verführung von Schutt anderer Professionisten vereinbart worden, wofür jedoch maximal (- die Forderung blieb dem Grunde nach bestritten -) S 10.000,-

aufzuwenden seien. Die Gesamtnettosumme von S 2,270.000,- sei daher die der Höhe nach maximal zustehende Forderung. Die Beklagte erhob weiters die Einrede des nicht erfüllten Vertrages und wendete Schadenersatzforderungen bis zur Höhe der Klageforderung ein, weil durch die unberechtigte vorzeitige Beendigung

der Arbeiten durch die B\*\*\*\*\*gesmbH einerseits Schäden durch Witterungseinflüsse entstanden und überdies Mehrkosten für die Beendigung des Baus aufzuwenden gewesen seien. Weiters wurde ein (nicht näher konkretisierter) Verjährungseinwand erhoben, der im Revisionsverfahren nicht mehr aufrecht erhalten wurde.

Das Erstgericht erkannte die Klageforderung mit S 1,261.283,- als zu Recht, die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und die Beklagte für schuldig, der Klägerin S 1,261.283,- samt 4 % Zinsen seit 24. 4. 1991 zu zahlen. Das Mehrbegehren von S 161.002,- samt 14 % Zinsen seit 24. 4. 1991 und 10 % Zinsen aus S 1,261.283,- seit 24. 4. 1991 wies es (unangefochten) ab. Es traf nachstehende wesentlichen Feststellungen:

Zwischen dem Vertreter und Ehegatten der Beklagten, Milan V\*\*\*\*\*, einerseits und der durch Karl P\*\*\*\*\* vertretenen B\*\*\*\*\*gesmbH andererseits bestand schon vor dem strittigen Bauvorhaben eine langjährige Geschäftsbeziehung hinsichtlich der Durchführung von Gebäudeumbauten. Dazu waren unter anderem auch Arbeitskräfte und -geräte der Klägerin angemietet worden, die auch Baumaterialien zur Verfügung gestellt hatte. Bei früheren Bauvorhaben hatte P\*\*\*\*\* jeweils grobe Schätzungen der veranschlagten Gesamtkosten zur Verfügung gestellt. Die Abrechnung der tatsächlichen Bauleistungen erfolgte dann anhand der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden, wobei jeweils der Regiestundensatz im vorhinein fixiert worden war. Die Rechnungsbeträge lagen jeweils im Bereich der abgegebenen Gesamtkostenschätzungen. Beim letzten derartigen Bauvorhaben vor dem klagegegenständlichen gab es erstmals Probleme mit der Endabrechnung, die über den prognostizierten Kosten lag, doch konnte eine gütliche Einigung herbeigeführt werden. In dieser Situation fanden im Laufe des Jahres 1989 Verhandlungen über den Umbau des der Beklagten gehörenden Mietshauses B\*\*\*\*\*gasse \*\*\*\*\*, statt. Für die Baumeisterarbeiten sollten von der B\*\*\*\*\*gesmbH wieder Facharbeiter der klagenden Partei sowie deren Geräte und Materialien zur Verfügung gestellt werden. Für das Bauvorhaben waren drei Etappen vorgesehen. Das vierstöckige Mietshaus enthielt Substandardwohnungen. Zunächst sollten durch die Zusammenlegung von Einzimmerwohnungen Wohnungen der Kategorie A geschaffen werden. Auf diese Weise sollten je Stockwerk 4 Wohneinheiten, insgesamt 16 Wohneinheiten entstehen. Es gab entsprechende Einreichpläne für die Baubehörde. In einer zweiten Etappe sollte eine Erweiterung der Einfahrt des Hauses stattfinden, um im Hof Parkplätze schaffen zu können. In einer dritten Etappe sollte der Dachboden des Hauses als Wohnung ausgebaut werden. Wie schon bei früheren Gelegenheiten verlangte Milan V\*\*\*\*\* auch für dieses Bauvorhaben eine Kostenschätzung. Der Nebenintervenient Karl P\*\*\*\*\* übermittelte ihm daraufhin folgendes Schreiben:

"1.) Auswechslung der Einfahrten

Im Zuge der Auswechslung wird die gesamte Decke über der Einfahrt demontiert und eine neue Fertigteildecke auf die vom Statiker berechneten Auswechslungen aufgelegt. Die Auswechslungen im hinteren Traktbereich werden laut Statiker so ausgeführt, daß drei PKW Platz haben.

2.) Rohbau vom Erdgeschoß bis zum 4. Stock

Der Rohbau setzt sich zusammen aus Abbruch von Wänden und Fußböden laut Einreichplan, weiters Maurerarbeiten, Estricharbeiten und Verputzarbeiten, ferner Schutttransport, entstanden durch Baumeisterarbeiten. Für die vorgenannten Leistungen muß mit einem Aufwand von zirka S 530.000,- bis S 600.000,- (- wie sich aus der Bezugnahme auf die Beilage ./I eindeutig ergibt, handelt es sich bei der Anführung von "S 630.000,-" durch das Erstgericht um einen Schreibfehler, richtig soll es daher "S 600.000,-" heißen -) gerechnet werden (- Anmerkung des Erstgerichtes: gemeint war hier der Umbau sämtlicher Wohnungen, also die Schaffung von 16 Wohneinheiten

-).

Zusätzlich zu diesen Preisen komme noch der Schutttransport von den diversen Professionisten sowie die Entrümpelung der einzelnen Wohnungen. Weiters die Arbeit für das Versetzen von Fenstern.

Als Aufwand muß noch berücksichtigt werden die Baustofflagerung an der Straßenfront B\*\*\*\*\*gasse sowie die Mietkosten von Gerüst und Aufzug. Die Kosten hierfür müssen für die gesamte Baudauer mit zirka S 70.000,- angenommen werden. Für eine zusätzliche Liftstation im Keller müßten baumeistermäßig weitere Kosten von S 60.000,-

angenommen werden. Die Fassade an der Straßenseite B\*\*\*\*\*gasse muß mit einem Aufwand von zirka S 250.000,- bis S 260.000,-

berücksichtigt werden. Für den Rohbau des Dachgeschosses (Zimmermann, Spengler, Dachdecker, Baumeister,

Terrassen, Fenster) müssen zirka S 1.000.000,- angenommen werden.

...

Die Kosten des Statikers für den Dachgeschoßausbau sind mit zirka S 40.000,- in Rechnung zu stellen."

Alle diese Preise wurden von den Parteien exklusive Umsatzsteuer verstanden.

Zusätzlich zu dieser schriftlichen Schätzung bezifferte P\*\*\*\*\* die Kosten für die Arbeiten im Einfahrtsbereich gegenüber Milan V\*\*\*\*\* mit etwa S 170.000,- netto. Dem Vertreter der Beklagten erschienen diese prognostizierten Kosten finanzierbar, weshalb die B\*\*\*\*\*gesmbH mit den Arbeiten beauftragt wurde. Auch diesmal sollte die Abrechnung der Arbeiten im Ergebnis nach den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden multipliziert mit einem Regiestundensatz von S 310,-, durchgeführt werden. Akzeptiert wurde, daß Erhöhungen dieses Stundensatzes im Falle von Lohnkostensteigerungen stattfinden könnten. Auch hinsichtlich der Materialkosten und der Kosten für die Beistellung von Werkzeugen wurde auf die bisherige Handhabung bei diversen Bauvorhaben verwiesen. Entgegen den tatsächlichen Vereinbarungen hielt P\*\*\*\*\* in einem Schreiben fest, daß die Auftragserteilung an die klagende Partei direkt erfolgt sei.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung traf das Erstgericht noch die weitere Feststellung, daß der B\*\*\*\*\*gesmbH als Werkunternehmer erkennbar gewesen sei, daß der Entschluß der Beklagten als Bestellerin von der Höhe der ihr bekanntgegebenen Kosten abhängig war (AS 471). Wie bei früheren Bauvorhaben sollten auch hier die Rechnungen der Professionisten - so auch der Klägerin - an die B\*\*\*\*\*gesmbH gelegt und von dieser geprüft werden. Diese übernahm es auch, ca einmal monatlich von der Beklagten Akontozahlungen einzufordern und weiterzuleiten.

Das Bauvorhaben wurde Mai 1990 begonnen. Es zeigte sich, daß entgegen den ursprünglichen Plänen eine Zusammenlegung aller Wohnungen zu insgesamt 16 Wohneinheiten nicht möglich war, weil einige der Mieter sich weigerten, dazu ihre Zustimmung zu erteilen. In einem der vier Stockwerke konnte das Planungsvorhaben ungehindert abgewickelt werden, insbesondere wurden die Wohnungseinheiten top Nr. 25, 26, 28 und 30 geschaffen. Die neuzuschaffende Wohnung top Nr. 19 konnte erst mit Verspätung frei gemacht und umgebaut werden, dasselbe ergab sich bei den Wohnungen top Nr. 20 und top Nr. 22. Die geplante Verbesserung der Wohnung top Nr. 24 konnte nicht stattfinden, dort wurde über nachträglichen Auftrag der Beklagten nur der WC-Strang errichtet. In einem weiteren Stockwerk konnten nur drei Wohnungen (top Nr. 13, 16 und 18) durch Zusammenlegung errichtet werden; auch hier blieb die Wohnung top Nr. 14 belegt, statt dessen wurde ein WC eingebaut. In den Wohnungen top Nr. 7-10 und 12 konnten statt Zusammenlegungen nur die Einbauten von Sanitäreanlagen (WC bzw WC und Bad) bzw Vorbereitungsarbeiten hiefür durchgeführt werden. Entgegen der ursprünglichen Planung liefen durch diesen verzögerten Ablauf unter anderem vermehrt Entrümpelungs- und gesonderte Schuttfuhrarbeiten (nicht feststellbaren Umfangs) auf. Baustoffe wurden länger, als geplant, gelagert (auch hier waren nähere Feststellungen nicht möglich). Während des Baus erkannte der Nebenintervenient P\*\*\*\*\*, daß die für den Ausbau des Dachgeschosses prognostizierten Kosten nicht eingehalten werden könnten, weil beispielsweise die Anschlußstellen des Dachgeschosses zu den Nachbarhäusern im schlechterem Zustand waren als ursprünglich angenommen. Während der Ausführungen kamen noch folgende Mehrleistungen hinzu: Für eine neue Stiege im Keller wurden S 25.000,- netto prognostiziert, für die Errichtung eines hofseitigen Gerüstes weitere S 35.000,- netto. P\*\*\*\*\* wies Milan V\*\*\*\*\* mehrmals, unter anderem auch schriftlich, während des Bauvorhabens darauf hin, daß die ursprünglich prognostizierten Gesamtkosten nicht eingehalten werden könnten, ohne eine ziffernmäßige Schätzung der Mehrkosten abzugeben. Eine dieser Warnungen erfolgte mit Schreiben vom 5. 12. 1990, in welchem festgehalten wurde, daß aufgrund diverser Änderungen und Zusatzarbeiten mit einem Mehrstundenaufwand zu rechnen sei und durch den erhöhten Stundenaufwand Mehrkosten entstehen würden. Milan V\*\*\*\*\* meinte daraufhin, man solle möglichst kostengünstig weiterarbeiten.

Bis inklusive März 1991 arbeiteten die Kräfte der klagenden Partei insgesamt 2.098 Stunden auf der Baustelle. Es gibt keine von der Bauherrschaft gegengezeichneten Bautagesberichte. Die Arbeitsstunden wurden in den Teilrechnungen mit dem vereinbarten Stundensatz, aufgewertet um mittlerweile eingetretene Lohnerhöhungen (maximal S 328,- je Stunde), multipliziert. Hiezu kamen (nicht weiter konkretisierte) Kosten für die Schutt- und Sperrmüllabfuhr dieser Baustelle, die Kosten der Beistellung von Geräten, Allgemeinkosten und die Kosten der tatsächlich beigestellten

Materialien. Diese Rechnung ergab eine Gesamtsumme von S 1.535.259,- netto. Hiezu kamen Leistungen von diversen Hilfskräften, die nicht von der Klägerin beigestellt, sondern von der B\*\*\*\*\*gesmbH von dritter Seite herangezogen wurden, und zwar zu einem Gesamtpreis von S 586.862,-

netto. Für Baumeisterarbeiten fielen an angemessenen Kosten insgesamt S 2.122.121,- netto an. Bis März 1991 waren die Wohnungsumbauten bzw. Vorbereitungsarbeiten hiefür durchgeführt und man hatte mit dem Ausbau des Dachgeschosses begonnen. Das Dach war zur Gänze abgetragen worden, im Bereich des Straßentraktes war auf einer Fläche von etwa 180 m<sup>2</sup> der Rohausbau des Dachgeschosses abgeschlossen. Eine Dachdeckung wurde nicht mehr vorgenommen, auch die Haustechnik war nicht fertiggestellt. Die Beklagte leistete bis 28. 3. 1991 Akontozahlungen von insgesamt S 2.120.000,-. Weitere Zahlungen konnten nicht erwiesen werden. Ende Februar/Anfang März 1991 stellte Milan V\*\*\*\*\* Berechnungen darüber an, wie hoch die bisher geleisteten Akontozahlungen waren und gelangte zur (nicht vollständig richtigen) Summe von S 2.220.000,-. Diese Summe verglich er mit den ursprünglich prognostizierten Kosten und kam zur Meinung, daß die geplanten Kosten bereits erreicht seien. Er teilte Karl P\*\*\*\*\* mit, daß er mit Ausnahme einer geringfügigen Abschlagszahlung nicht bereit sei, weitere Zahlungen zu leisten. P\*\*\*\*\* gab ihm zur Antwort, daß mit diesen Beträgen eine Fertigstellung des Bauvorhabens nicht möglich sei, insbesondere wäre die Klägerin nicht bereit, ohne weitere Akontozahlungen weiter zu arbeiten. Als sich Milan V\*\*\*\*\* namens der Beklagten weigerte, weitere Zahlungen zu leisten, wurde spätestens am 28. 3. 1991 die Baustelle von der Klägerin geräumt, auch andere Professionisten stellten ihre Arbeiten ein. Die Klägerin gab ihre gerundete Gesamtforderung mit S 1.842.310,- spätestens Ende März 1991 gegenüber der B\*\*\*\*\*gesmbH bekannt und rechnete in dieser Höhe ab. Am 23.4.1991 übermittelte die B\*\*\*\*\*gesmbH eine Gesamtrechnung über S 3.111.000,- zuzüglich 20 % USt (S 622.200,-), zusammen S 3.733.200,-, abzüglich Akontozahlungen von S 2.020.000,- an die Hausverwaltung der Beklagten und machte einen offenen Restbetrag von S 1.713.200,-

geltend. Die Beklagte leistete darauf keine Zahlung. Nicht feststellen läßt sich, ob und in welchem Zusammenhang Statikarbeiten zu einem Preis von S 72.000,- netto angefallen sind. Auch läßt sich nicht feststellen, daß die B\*\*\*\*\*gesmbH oder die Klägerin aufgrund des Zahlungsverzuges Bankkredit in Anspruch nehmen mußte, der mit 14 % p. a. verzinst ist.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, daß kein direktes Vertragsverhältnis zwischen der B\*\*\*\*\*gesmbH einerseits und der Beklagten andererseits bestanden habe. Die Klägerin sei als Subunternehmerin der B\*\*\*\*\*gesmbH tätig geworden, auf Grund der erfolgten Abtretung aber zur Geltendmachung des zugesprochenen Klagebetrages legitimiert. Weil der B\*\*\*\*\*gesmbH als Werkunternehmer erkennbar gewesen sei, daß die von Karl P\*\*\*\*\* mitgeteilte Kostenschätzung für die Auftragserteilung wesentlich gewesen sei, sei von einer Kostenschätzung auszugehen, welche dem unverbindlichen Kostenvoranschlag gleichzuhalten sei. Eine Androhung der Überschreitung der Kostenschätzung wäre daher erforderlich gewesen, um einen Werklohnanspruch auch über die ursprüngliche Kostenschätzung hinaus zu erhalten. Dieser Anzeigeverpflichtung sei der Vertreter der B\*\*\*\*\*gesmbH auch nachgekommen. Der Beklagten wäre die Möglichkeit offen gestanden, das Vertragsverhältnis unter Vergütung der schon erbrachten Arbeiten zu beenden. Davon habe sie jedoch nicht Gebrauch gemacht. Sie habe vielmehr darauf bestanden, die Arbeiten fortzusetzen. Daraus folge die Verpflichtung, die tatsächlich entstandenen Mehrkosten zu begleichen. Die B\*\*\*\*\*gesmbH habe jedoch in ihrer Endabrechnung eine weitere Zahlung von S 100.000,- nicht berücksichtigt. Insgesamt seien S 1.626.800,- unberichtigt geblieben, wobei eine nicht erwiesene Forderung für Statik und Bauüberwachung von brutto S 86.400,- nicht zu honorieren sei. Der Restanspruch der Klägerin (gemeint: gegenüber der B\*\*\*\*\*gesmbH) betrage S 1.343.883,-, dies seien 82,6 % der noch gesamt aushaftenden Forderung der B\*\*\*\*\*gesmbH gegenüber der Beklagten. Die nicht berücksichtigte Akontozahlung von S 100.000,- sei zu 82,6 %, somit S 82.600,-, auf die Forderung der klagenden Partei anzurechnen. Um diesen Betrag sei die offene Forderung der Klägerin zu reduzieren, sodaß S 1.261.283,-

verblieben. Hiezu kämen noch die gesetzlichen Verzugszinsen ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit gegenüber der Beklagten.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis einer einwandfreien Beweiswürdigung und eines mangelfreien Verfahrens und vertrat die Rechtsauffassung, daß wohl nur "Cirka"-Preise vom Vertreter der B\*\*\*\*\*gesmbH genannt worden seien, diesem jedoch bekannt sein mußte, daß auch der groben Kostenschätzung von seiten der Bestellerin wesentliche Bedeutung beigemessen werde, sodaß § 1170a Abs 2 ABGB analog anzuwenden sei (4 Ob 2150/96x). Nun habe die Beklagte wohl die erhebliche Überschreitung eines

nicht feststehenden Pauschalwerklohnes behauptet, aber nicht vorgebracht, daß die Klägerin oder die beiden Nebenintervenienten dem Vertreter der Beklagten eine notwendige beträchtliche Überschreitung des Schätzungsanschlages nicht hinreichend deutlich angezeigt hätten. Hiefür wäre die Beklagte behauptungs- und beweispflichtig gewesen. Auf Form und Inhalt der Kostenüberschreitungsanzeigen des Nebenintervenienten P\*\*\*\*\* brauche daher nicht weiter eingegangen zu werden. Das Urteil des Berufungsgerichtes enthält den Ausspruch, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil Rechtsfragen von der Qualität des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu beantworten gewesen seien. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als Ergebnis einer einwandfreien Beweiswürdigung und eines mängelfreien Verfahrens und vertrat die Rechtsauffassung, daß wohl nur "Cirka"-Preise vom Vertreter der B\*\*\*\*\*gesmbH genannt worden seien, diesem jedoch bekannt sein mußte, daß auch der groben Kostenschätzung von Seiten der Bestellerin wesentliche Bedeutung beigemessen werde, sodaß Paragraph 1170 a, Absatz 2, ABGB analog anzuwenden sei (4 Ob 2150/96x). Nun habe die Beklagte wohl die erhebliche Überschreitung eines nicht feststehenden Pauschalwerklohnes behauptet, aber nicht vorgebracht, daß die Klägerin oder die beiden Nebenintervenienten dem Vertreter der Beklagten eine notwendige beträchtliche Überschreitung des Schätzungsanschlages nicht hinreichend deutlich angezeigt hätten. Hiefür wäre die Beklagte behauptungs- und beweispflichtig gewesen. Auf Form und Inhalt der Kostenüberschreitungsanzeigen des Nebenintervenienten P\*\*\*\*\* brauche daher nicht weiter eingegangen zu werden. Das Urteil des Berufungsgerichtes enthält den Ausspruch, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil Rechtsfragen von der Qualität des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO nicht zu beantworten gewesen seien.

Soweit der Zuspruch eines S 40.000,- samt 4 % Zinsen p.a. seit 24. 4. 1991 übersteigenden Klagebetrages bestätigt wurde, richtet sich dagegen die außerordentliche Revision der Beklagten aus dem Grunde der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß die Klagsforderung mit S 544.000,- als zu Recht bestehend und die Beklagte für schuldig erkannt werde, der Klägerin S 544.000,- samt 4 % Zinsen seit 24. 4. 1991 zu zahlen, das Mehrbegehren hingegen abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin und Nebenintervenienten beantragen, die Revision zurückzuweisen bzw ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig und berechtigt.

Den Vorinstanzen ist vorerst, dahin beizupflichten, daß der festgestellten Bekanntgabe von "Cirka"-Preisen eine Kostenschätzung zu entnehmen ist. Weiters ist davon auszugehen, daß dem Vertreter der B\*\*\*\*\*gesmbH erkennbar war, daß der Entschluß der Beklagten zur Auftragsverteilung von der Höhe der bekanntgegebenen Kosten abhängig war. Stellt sich in einem solchen Fall 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 ABGB den Anspruch auf Mehrentlohnung verlieren will (7 Ob 156/73, 7 Ob 32/65, SZ 55/83). In der bloßen Mitteilung, er könne die geschätzten Kosten nicht einhalten, kann hingegen die Anzeige einer unvermeidlichen beträchtlichen Überschreitung der geschätzten Kosten nicht erblickt werden (7 Ob 535/81; ImmZ 1978, 329, SZ 55/83). Ist der Werkunternehmer nicht in der Lage, den voraussichtlich auflaufenden Kostenbetrag zu ermitteln, ist er verpflichtet, dem Besteller bekanntzugeben, daß es sich um eine beträchtliche Überschreitung der geschätzten Kosten handelt (7 Ob 535/81; ImmZ 1978, 329, SZ 55/83). Den Vorinstanzen ist vorerst, dahin beizupflichten, daß der festgestellten Bekanntgabe von "Cirka"-Preisen eine Kostenschätzung zu entnehmen ist. Weiters ist davon auszugehen, daß dem Vertreter der B\*\*\*\*\*gesmbH erkennbar war, daß der Entschluß der Beklagten zur Auftragsverteilung von der Höhe der bekanntgegebenen Kosten abhängig war. Stellt sich in einem solchen Fall 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, ABGB den Anspruch auf Mehrentlohnung verlieren will (7 Ob 156/73, 7 Ob 32/65, SZ 55/83). In der bloßen Mitteilung, er könne die geschätzten Kosten nicht einhalten, kann hingegen die Anzeige einer unvermeidlichen beträchtlichen Überschreitung der geschätzten Kosten nicht erblickt werden (7 Ob 535/81; ImmZ 1978, 329, SZ 55/83). Ist der Werkunternehmer nicht in der Lage, den voraussichtlich auflaufenden Kostenbetrag zu ermitteln, ist er verpflichtet, dem Besteller bekanntzugeben, daß es sich um eine beträchtliche Überschreitung der geschätzten Kosten handelt (7 Ob 535/81; ImmZ 1978, 329, SZ 55/83).

Grundsätzlich hat jede Partei die für ihren Rechtsstandpunkt günstigen Tatsachen zu beweisen, dh, daß die Behauptungs- und Beweislast denjenigen trifft, der aus einem bestimmten Tatumstand für seinen Standpunkt etwas abzuleiten gedenkt (RIS-Justiz RS0037797). Hinsichtlich der Beachtlichkeit der Kostenschätzung ist der Beklagten auch nach der Auffassung der Vorinstanzen der Beweis dafür gelungen, daß für die B\*\*\*\*\*gesmbH als Werkunternehmer erkennbar war, daß der Entschluß der Beklagten als Bestellerin zur Auftragserteilung von der Höhe der bekanntgegebenen Kosten abhängig war. Ein über die Höhe der Kostenschätzung hinausgehender Werklohnanspruch der B\*\*\*\*\*gesmbH war somit dadurch bedingt, daß die - unstrittig nicht nur unerhebliche - Überschreitung unverzüglich und in einer Form angezeigt wurde, die dem Besteller klar machte, daß die Überschreitung beträchtlich sein werde. Daraus folgt aber, daß die Umstände, aus denen auf die Wahrung eines höheren Werklohnanspruches geschlossen werden könnte, vom Unternehmer zu behaupten und zu beweisen gewesen wären. Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, die Beklagte sei auch dafür beweispflichtig gewesen, daß Hinweise auf eine Überschreitung der Kostenschätzung unzureichend gewesen seien, weicht somit von der Judikatur ab. Hier wurde nicht einmal behauptet, daß die Werkunternehmerin auf die Beträchtlichkeit der für die Beklagte wesentliche Kostenschätzung hingewiesen habe oder aber die Bestellerin aufgrund anderer Umstände mit einer nicht nur unwesentlichen Überschreitung hätte rechnen müssen. Soweit später erteilte Zusatzaufträge konkretisiert wurden (- S 35.000,- netto für das Gerüst auf der Hofseite und S 25.000,- netto für die Erstellung einer Kellerstiege -) bestreitet auch die beklagte Partei den Anspruch auf zusätzlichen Werklohn nicht. Sonstige Zusatzaufträge sind genauso wenig nachvollziehbar wie ein durch angebliche Verspätungen beim Freiwerden von Wohnungen entstandene Mehrkosten. Obwohl der Klägerin mehrmals die Gelegenheit zur Aufgliederung solcher Ansprüche gegeben wurde, hat sie sich darauf beschränkt, zur Dartuung auf ein Urkundenkonvolut (Beilage ./E) zu verweisen. Der Hinweis auf eine Urkunde kann aber nach der Judikatur (RIS-Justiz RS0017844 ua) fehlendes Tatsachenvorbringen nicht ersetzen. Somit war den Vorinstanzen auch die Möglichkeit genommen, hiezu konkrete Feststellungen zu treffen.

Die Beachtlichkeit der Kostenschätzungen führt demnach zu folgendem Bild, wobei der Umstand, daß es zu einer Vollendung eines Werkes nicht gekommen ist, außer Betracht bleiben kann, weil die beklagte Partei, welche die Berechtigung des Rücktritts der Klägerin nicht mehr in Frage stellt und Gegenforderungen nicht mehr aufrecht erhält, einen Anspruch der Klägerin im Umfang der Höchstsumme der Kostenschätzung einräumt:

Für den Rohbau (Erdgeschoß bis 4. Stock) S 600.000,-, für Baustofflagerung, Gerüst und Aufzug S 70.000,-, für die zusätzliche Liftstation im Keller S 60.000,-, für die straßenseitige Fassade S 260.000,-, für den Rohbau des Dachgeschosses S 1.000.000,-, für die Umbauarbeiten an der Einfahrt S 170.000,-, für die Kellerstiege S 25.000,- und für das hofseitige Gerüst S 35.000,-, zusammen S 2.220.000,- exklusive Umsatzsteuer. Zutreffend verweist die Revisionswerberin auch darauf, daß mangels konkreter Beweisergebnisse die Positionen für Schutttransport und Entrümpelung sowie Beibringen einer Statik (- dies haben schon die Vorinstanzen erkannt -) nicht honorierbar sind. Mangels konkreten Vorbringens können auch allfällige Lohnkostenerhöhungen selbst dann, wenn sie vereinbart waren, nicht eigens Berücksichtigung finden. Zum Nettobetrag von S 2.220.000,- kommen 20 % Umsatzsteuer in Höhe von S 444.000,-, sodaß sich der Gesamtwerklohn der B\*\*\*\*\*gesmbH auf S 2.664.000,- belief, wovon nach den Feststellungen S 2.120.000,- bezahlt wurden, sodaß noch S 544.000,- aushaften. Da die Klägerin in keiner direkten Rechtsbeziehung zur Beklagten stand und daher Ansprüche nur soweit geltend machen kann, also ihr solche von der B\*\*\*\*\*gesmbH wirksam abgetreten werden konnten, ist im Verhältnis zur beklagten Partei ohne Belang, inwieweit der Klägerin im Innenverhältnis noch Ansprüche gegenüber der B\*\*\*\*\*gesmbH zustehen.

Der Revision war daher Folge zugeben.

Daraus ergibt sich im Kostenpunkt:

Die Klägerin ist nur mit einem Teilbetrag von S 544.000,- s. A. gegenüber beehrten S 1.430.285,-, dh mit zirka 38 % durchgedrungen. Die Beklagte hat demnach Anspruch auf Ersatz von 24 % der im § 43 Abs 1 erster Satz ZPO genannten Kosten. Die tarifmäßigen Vertretungskosten einschließlich Einheitssatz und Streitgenossenzuschlag betragen S 355.160,30, dazu kommen S 71.033,26 USt, Fahrtkosten von S 360,- und weitere Barauslagen (Kopierkosten) von S 920,-, zusammen S 427.479,56. 24 % davon ergeben den Betrag von S 102.595,09. Die von der Beklagten im Verfahren erster Instanz getragenen Sachverständigengebühren (§ 43 Abs 1 dritter Satz ZPO) betragen S 33.556,-, 62 % davon ergeben den Betrag von S 20.804,72. Davon sind 38 % der der Klägerin in der Gesamthöhe von S 8.314,- Die Klägerin ist nur mit einem Teilbetrag von S 544.000,- s. A. gegenüber beehrten S 1.430.285,-, dh mit zirka 38 % durchgedrungen. Die Beklagte hat demnach Anspruch auf Ersatz von 24 % der im Paragraph 43, Absatz eins, erster

Satz ZPO genannten Kosten. Die tarifmäßigen Vertretungskosten einschließlich Einheitssatz und Streitgenossenzuschlag betragen S 355.160,30, dazu kommen S 71.033,26 USt, Fahrtkosten von S 360,- und weitere Barauslagen (Kopierkosten) von S 920,-, zusammen S 427.479,56. 24 % davon ergeben den Betrag von S 102.595,09. Die von der Beklagten im Verfahren erster Instanz getragenen Sachverständigengebühren (Paragraph 43, Absatz eins, dritter Satz ZPO) betragen S 33.556,-, 62 % davon ergeben den Betrag von S 20.804,72. Davon sind 38 % der der Klägerin in der Gesamthöhe von S 8.314,-

angefallenen Sachverständigen- gebühren, dies sind S 3.159,32, in Abzug zu bringen, sodaß eine Differenz von S 17.645,40 zugunsten der Klägerin verbleibt. Daraus folgt ein Gesamtkostenanspruch der Beklagten aus dem Verfahren erster Instanz in Höhe von S 120.240,49.

Für das Berufungsverfahren ist vorweg darauf zu verweisen, daß infolge der rechtskräftigen Abweisung eines Teilbetrages von S 169.002,- der Streitwert und somit die Kostenbemessungsgrundlage des Berufungsverfahrens mit S 1,261.283,- anzusetzen ist. Die Beklagte ist mit der Aberkennung von S 717.283,-, ds 57 % durchgedrungen, und hat somit gemäß § 43 Abs 1 erster Satz iVm § 50 Abs 1 ZPO Anspruch auf Ersatz von 14 % ihrer Vertretungskosten. Diese betragen einschließlich Einheitssatz und Steitgenossenzu- schlag S 37.415,25, dazu kommen S 7.483,05 an Umsatzsteuer und S 40,- Barauslagen, zusammen ergibt sich dies S 44.938,30. 14 % davon sind S 6.291,36. 57 % der von der Beklagten beigebrachten Pauschalgebühr in der Gesamthöhe von S 45.735,50 führt gemäß § 43 Abs 1 dritter Satz, § 50 Abs 1 ZPO zu einem Zuspruch von weiteren S 26.069,24. Für das Berufungsverfahren ist vorweg darauf zu verweisen, daß infolge der rechtskräftigen Abweisung eines Teilbetrages von S 169.002,- der Streitwert und somit die Kostenbemessungsgrundlage des Berufungsverfahrens mit S 1,261.283,- anzusetzen ist. Die Beklagte ist mit der Aberkennung von S 717.283,-, ds 57 % durchgedrungen, und hat somit gemäß Paragraph 43, Absatz eins, erster Satz in Verbindung mit Paragraph 50, Absatz eins, ZPO Anspruch auf Ersatz von 14 % ihrer Vertretungskosten. Diese betragen einschließlich Einheitssatz und Steitgenossenzu- schlag S 37.415,25, dazu kommen S 7.483,05 an Umsatzsteuer und S 40,- Barauslagen, zusammen ergibt sich dies S 44.938,30. 14 % davon sind S 6.291,36. 57 % der von der Beklagten beigebrachten Pauschalgebühr in der Gesamthöhe von S 45.735,50 führt gemäß Paragraph 43, Absatz eins, dritter Satz, Paragraph 50, Absatz eins, ZPO zu einem Zuspruch von weiteren S 26.069,24.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist in den §§ 41, 50 Abs 1 ZPO begründet. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens ist in den Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO begründet.

Ein Nebenintervenient hat gegenüber der Gegenseite einen Kostenanspruch nur im selben Verhältnis wie die Hauptpartei, der er beigetreten ist. Daraus folgt, daß dann, wenn die Hauptpartei, der er beigetreten ist, keinen Kostenersatzanspruch hat, ja sogar (im Rahmen der Kostenaufrechnung) gegenüber dem Prozeßgegner kostenersatzpflichtig wird, auch dem Nebenintervenienten kein Kostenersatzanspruch zusteht (RIS-Justiz RS0035807; OLG Wien:

RIS-Justiz RS0000117). Ein Kostenersatz an die auf Seiten der überwiegend unterlegenen Klägerin beigetretenen Nebenintervenienten hat daher zu entfallen.

#### **Anmerkung**

E51681 09A02018

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1998:0090OB00201.98V.1021.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19981021\_OGH0002\_0090OB00201\_98V0000\_000

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