jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1997/4/29 1Ob19/97v

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.04.1997

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisions- und Rekursgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr.Schlosser als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr.Schiemer, Dr.Gerstenecker, Dr.Rohrer und Dr.Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei ***** T***** Gesellschaft mbH, ***** vertreten durch Baier, Böhm, Orator & Partner, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Republik Österreich, vertreten durch die Finanzprokuratur, Wien 1., Singerstraße 17-19, wegen S 11,372.376,63 sA infolge der Revisionen und Rekurse beider Parteien gegen das Urteil bzw den Beschluß des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 7.Mai 1996, GZ 12 R 50/96b-91, womit infolge der Berufungen beider Parteien das Teilurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 8.Jänner 1996, GZ 4 Cg 121/93f-84, teils bestätigt und teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I. zu Recht erkannt:römisch eins. zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden in ihrem klagsstattgebenden Teil, also im Zuspruch von S 632.393,63 samt 4 % Zinsen seit 10.1.1990, bestätigt.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.

II. denrömisch II. den

Beschluß

gefaßt:

Der Revision der klagenden Partei und beiden Rekursen wird Folge gegeben.

Das berufungsgerichtliche Urteil wird im Umfang der Abweisung des Begehrens im Teilbetrag von S 9,418.252,48 sA sowie der Abweisung des 4 % Zinsen aus S 632.393,63 seit 10.1.1990 übersteigenden Zinsenbegehrens ebenso aufgehoben wie der Beschluß des Berufungsgerichts (Aufhebung des Ersturteils im Umfang der Abweisung eines Teilbetrags von S 1,289.330,52); die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Gericht zweiter Instanz zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisions- und Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei begehrte letztlich von der beklagten Partei die Zahlung von S 11,372.376,63 samt stufenweisen, den gesetzlichen Zinssatz übersteigenden Zinsen und 20 % Umsatzsteuer aus den Zinsen. Sie sei am 28.7.1988 mit der Ausführung von Sanierungsarbeiten auf der Westautobahn in einem bestimmten Bereich und mit dem Ausbau einer

Halbanschlußstelle beauftragt worden. In diesem Auftrag sei die Verwendung von polymermodifiziertem Bitumen vorgesehen gewesen. Die beklagte Partei habe später vereinbarungswidrig die Verwendung eines anderen, teureren Bindemittels verlangt, weshalb der klagenden Partei Mehrkosten erwachsen seien. Weiters sei die klagende Partei aufgrund eines Nachtragsofferts mit dem "Vorspritzen" unter Verwendung eines polymermodifizierten bituminösen Haftklebers beauftragt worden. Sie habe diese Arbeiten durchgeführt. Dennoch weigere sich die beklagte Partei grundlos, den gesamten vereinbarten Betrag zu begleichen. Für das teurere Bindemittel (Starfalt HS) habe die klagende Partei im Zuge der Sanierungsarbeiten einen Mehrbetrag von S 8,879.818,23 und im Zuge des Ausbaus der Halbanschlußstelle einen solchen von S 43.167,60 aufwenden müssen. Für das Vorspritzen mit polymermodifiziertem Haftkleber hafte ein Betrag von S 553.994,70 unberichtigt aus. Unter Hinzurechnung von 20 % Umsatzsteuer ergebe sich der Klagsbetrag. Das den gesetzlichen Zinssatz übersteigende Zinsenbegehren sei aufgrund des grob schuldhaften Zahlungsverzugs der beklagten Partei berechtigt.

Die beklagte Partei wendete ein, zwischen den Streitteilen sei eine Einigung dahin erzielt worden, daß nur ein anerkanntes und erprobtes Bindemittel Verwendung finden dürfe. Innerhalb vereinbarter Frist habe die klagende Partei die entsprechende Qualifikation des von ihr vorgeschlagenen Bindemittels nicht nachgewiesen, weshalb vereinbarungsgemäß ein anderes Bindemittel (Starfalt HS) Verwendung gefunden habe. Hiefür seien Mehrkosten nicht in Rechnung zu stellen. Für die Vorspritzarbeiten liege keine Preisvereinbarung vor. Die geltend gemachte Forderung sei mangels Überprüfbarkeit der Rechnung noch nicht fällig.

Das Erstgericht verurteilte die beklagte Partei zur Zahlung von S 632.393,63 samt 4 % Zinsen seit 10.1.1990 und wies das Mehrbegehren im Betrag von S 10,739.983 sowie das Zinsenmehrbegehren ab. Die Streitteile hätten über die Verwendung eines polymermodifizierten Bindemittels mehrere Vereinbarungen getroffen. Diese hätten darin "gemündet", daß die klagende Partei bis zum 18.10.1988 die Eignung des Bindemittels, dessen Einsatz von ihr beabsichtigt gewesen sei, hätte belegen sollen, widrigenfalls ein anderes Produkt Verwendung finden müsse. Ein entsprechender Qualifikationsnachweis sei nicht erbracht worden, sodaß es der Vereinbarung entsprechend zur Verwendung des Bindemittels (Starfalt HS) gekommen sei. Demgemäß sei es der klagenden Partei aber verwehrt, hiefür Mehrkosten in Rechnung zu stellen. Für die "Vorspritzarbeiten" hätten sich die Streitteile auf einen Einheitspreis von S 9,-- je Quadratmeter geeinigt, weshalb in Anbetracht der in der Schlußrechnung enthaltenen Ausmaße und der bereits geleisteten Zahlungen der für diese Werkleistungen geforderte Teilbetrag zuzusprechen sei. Die klagende Partei habe grobes Verschulden der beklagten Partei am Zahlungsverzug nicht nachgewiesen, sodaß lediglich 4 % Zinsen seit dem "Klagstag" zuerkannt werden könnten.

Das Gericht zweiter Instanz beschied der Berufung der klagenden Partei teilweisen Erfolg, der Berufung der beklagten Partei wurde nicht Folge gegeben. Das in der Abweisung eines Teilbetrags von S

32.400 sA unangefochten gebliebene Ersturteil wurde in seinem stattgebenden Teil zur Gänze und in seinem (weiteren) abweisenden Teil von S 9,418.252,48 sA sowie in der Abweisung des 4 % Zinsen aus S 632.393,63 seit 10.1.1990 übersteigenden Zinsenbegehrens bestätigt. Im übrigen (Abweisung von S 1,289.330,52) wurde die Entscheidung des Gerichts erster Instanz aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Die ordentliche Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurden für zulässig erklärt. Eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens liege insoweit nicht vor, als Feststellungen über die Eigenschaften und die Qualifikation des in Aussicht genommenen bzw des tatsächlich verwendeten Bindemittels aus rechtlichen Erwägungen nicht erforderlich seien. Aus denselben Überlegungen könne es dahingestellt bleiben, was unter "anerkannten und erprobten" Bindemitteln, die vereinbarungsgemäß zu verwenden gewesen seien, zu verstehen sei, ebenso ob die beklagte Partei vereinbarungsgemäß eine Referenzliste bestimmten Inhalts habe beibringen müssen und ob sie dieser Verpflichtung nachgekommen sei. Da beide Parteien über die Eignung der in Betracht kommenden Bindemittel divergierende Meinungen vertreten hätten, die klagende Partei bei Verwendung des teureren Bindemittels auf einer Preiserhöhung beharrt und die beklagte Partei eine solche abgelehnt habe, sei eine Preisvereinbarung bezüglich des tatsächlich verwendeten Bindemittels nicht zustandegekommen. Mangels Einigung über den Preis komme § 1152 ABGB zur Anwendung, sodaß ein angemessenes Entgelt als bedungen gelte. Die klagende Partei sei demnach nicht aufgrund einer (stillschweigenden) Vereinbarung berechtigt, einen höheren Werklohn infolge Verwendung eines teureren Bindemittels zu begehren, es stehe ihr lediglich das angemessene Entgelt zu, das sie selbst mit S 1,289.330,52 - ohne Erhebung eines Zinsenbegehrens - limitiert habe. In diesem Umfang erweise sich die Entscheidung des Erstgerichts als ergänzungsbedürftig. Den gesetzlichen Zinsfuß übersteigende

Zinsen stünden der klagenden Partei nicht zu, weil sie grobes Verschulden der beklagten Partei an der unterlassenen Zahlung im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet habe. Im Umfang der Vorspritzarbeiten sei das Klagebegehren berechtigt, weil die Parteien einen Einheitspreis von S 9,-- je Quadratmeter tatsächlich vereinbart hätten und der geforderte Teilbetrag unberichtigt aushafte. Die von der klagenden Partei gelegte Rechnung sei überprüfbar gewesen, die einseitige, nachträgliche Korrektur des einvernehmlich vereinbarten Preises durch die beklagte Partei sei ohne Rechtsgrundlage erfolgt.32.400 sA unangefochten gebliebene Ersturteil wurde in seinem stattgebenden Teil zur Gänze und in seinem (weiteren) abweisenden Teil von S 9,418.252,48 sA sowie in der Abweisung des 4 % Zinsen aus S 632.393,63 seit 10.1.1990 übersteigenden Zinsenbegehrens bestätigt. Im übrigen (Abweisung von S 1,289.330,52) wurde die Entscheidung des Gerichts erster Instanz aufgehoben und dem Erstgericht eine neuerliche Entscheidung nach Verfahrensergänzung aufgetragen. Die ordentliche Revision und der Rekurs an den Obersten Gerichtshof wurden für zulässig erklärt. Eine Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens liege insoweit nicht vor, als Feststellungen über die Eigenschaften und die Qualifikation des in Aussicht genommenen bzw des tatsächlich verwendeten Bindemittels aus rechtlichen Erwägungen nicht erforderlich seien. Aus denselben Überlegungen könne es dahingestellt bleiben, was unter "anerkannten und erprobten" Bindemitteln, die vereinbarungsgemäß zu verwenden gewesen seien, zu verstehen sei, ebenso ob die beklagte Partei vereinbarungsgemäß eine Referenzliste bestimmten Inhalts habe beibringen müssen und ob sie dieser Verpflichtung nachgekommen sei. Da beide Parteien über die Eignung der in Betracht kommenden Bindemittel divergierende Meinungen vertreten hätten, die klagende Partei bei Verwendung des teureren Bindemittels auf einer Preiserhöhung beharrt und die beklagte Partei eine solche abgelehnt habe, sei eine Preisvereinbarung bezüglich des tatsächlich verwendeten Bindemittels nicht zustandegekommen. Mangels Einigung über den Preis komme Paragraph 1152, ABGB zur Anwendung, sodaß ein angemessenes Entgelt als bedungen gelte. Die klagende Partei sei demnach nicht aufgrund einer (stillschweigenden) Vereinbarung berechtigt, einen höheren Werklohn infolge Verwendung eines teureren Bindemittels zu begehren, es stehe ihr lediglich das angemessene Entgelt zu, das sie selbst mit S 1,289.330,52 - ohne Erhebung eines Zinsenbegehrens - limitiert habe. In diesem Umfang erweise sich die Entscheidung des Erstgerichts als ergänzungsbedürftig. Den gesetzlichen Zinsfuß übersteigende Zinsen stünden der klagenden Partei nicht zu, weil sie grobes Verschulden der beklagten Partei an der unterlassenen Zahlung im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet habe. Im Umfang der Vorspritzarbeiten sei das Klagebegehren berechtigt, weil die Parteien einen Einheitspreis von S 9,-- je Quadratmeter tatsächlich vereinbart hätten und der geforderte Teilbetrag unberichtigt aushafte. Die von der klagenden Partei gelegte Rechnung sei überprüfbar gewesen, die einseitige, nachträgliche Korrektur des einvernehmlich vereinbarten Preises durch die beklagte Partei sei ohne Rechtsgrundlage erfolgt.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der klagenden Partei und die Rekurse beider Streitteile sind berechtigt, der Revision der beklagten Partei kommt hingegen keine Berechtigung zu.

1. Zur Revision der beklagten Partei:

Vorweg ist in formeller Hinsicht klarzustellen, daß der lediglich als "Revision" bezeichnete Schriftsatz nicht nur eine Revision gegen das Urteil des Berufungsgerichts enthält, sondern auch einen Rekurs gegen dessen Aufhebungsbeschluß. Dies ergibt sich eindeutig nicht nur aus dem Inhalt des Rechtsmittelschriftsatzes, sondern auch aus den "Revisions-"Anträgen. So hat die beklagte Partei Ausführungen nicht bloß zu den Mehrkosten für das Vorspritzen erstattet, sondern auch zu den Kosten des von der klagenden Partei verwendeten Bindemittels, wegen welcher eine (teilweise) Aufhebung des Ersturteils erfolgt ist. Die beklagte Partei begehrt auch die Abänderung des Urteils des Gerichts zweiter Instanz dahin, daß "die Klage zur Gänze abgewiesen" werde. Eine gänzliche Klagsabweisung wäre nur dann denkbar, wenn auch der von der Aufhebung durch das Berufungsgericht betroffene Teilbetrag der Abweisung verfiele. Schließlich ergibt sich auch aus dem von der beklagten Partei im Rechtsmittelschriftsatz genannten Revisionsinteresse von S 1,921.723, daß sie sowohl den klagsstattgebenden Teil der Berufungsentscheidung (S 632.393,63 sA) wie auch den aufhebenden Teil (S 1,289.330,52) anficht. Die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels ist unerheblich, wenn das Begehren deutlich erkennbar ist. Ein Verbesserungsverfahren mußte demnach nicht eingeleitet werden (Gitschthaler in Rechberger, ZPO, Rz 6 zu § 84 f mwN).Vorweg ist in formeller Hinsicht klarzustellen, daß der lediglich als "Revision" bezeichnete Schriftsatz nicht nur eine Revision gegen das Urteil des Berufungsgerichts enthält, sondern auch einen Rekurs gegen dessen Aufhebungsbeschluß. Dies ergibt sich eindeutig nicht nur aus dem Inhalt des Rechtsmittelschriftsatzes, sondern auch

aus den "Revisions-"Anträgen. So hat die beklagte Partei Ausführungen nicht bloß zu den Mehrkosten für das Vorspritzen erstattet, sondern auch zu den Kosten des von der klagenden Partei verwendeten Bindemittels, wegen welcher eine (teilweise) Aufhebung des Ersturteils erfolgt ist. Die beklagte Partei begehrt auch die Abänderung des Urteils des Gerichts zweiter Instanz dahin, daß "die Klage zur Gänze abgewiesen" werde. Eine gänzliche Klagsabweisung wäre nur dann denkbar, wenn auch der von der Aufhebung durch das Berufungsgericht betroffene Teilbetrag der Abweisung verfiele. Schließlich ergibt sich auch aus dem von der beklagten Partei im Rechtsmittelschriftsatz genannten Revisionsinteresse von S 1,921.723, daß sie sowohl den klagsstattgebenden Teil der Berufungsentscheidung (S 632.393,63 sA) wie auch den aufhebenden Teil (S 1,289.330,52) anficht. Die unrichtige Benennung eines Rechtsmittels ist unerheblich, wenn das Begehren deutlich erkennbar ist. Ein Verbesserungsverfahren mußte demnach nicht eingeleitet werden (Gitschthaler in Rechberger, ZPO, Rz 6 zu Paragraph 84, f mwN).

Soweit für die Erledigung der Revision der beklagten Partei bedeutsam, stellte das Erstgericht fest, die klagende Partei habe der beklagten Partei mit Schreiben vom 26.9.1988 das Vorspritzen der Betondecke mit einem polymermodifizierten bituminösen Haftkleber angeboten. Im gleichzeitig übermittelten Kalkulationsblatt seien S 1,10 als Lohnkosten und S 8,60 als sonstige Kosten je Quadratmeter Vorspritzen vorgesehen gewesen. Am 24.10.1988 sei der klagenden Partei der Auftrag erteilt worden, das Vorspritzen mit einem polymermodifizierten Mittel durchzuführen. Am 20.2.1989 hätten die Streitteile einvernehmlich die Lohnkosten mit S 0,40 je Quadratmeter festgesetzt, sodaß für das Vorspritzen ein Einheitspreis von S 9,-- je Quadratmeter vereinbart worden sei. In Anbetracht der vorgespritzten Fläche von 105.398,94 m2 ergebe sich daraus ein Werklohn von S 948.590,46, worauf die beklagte Partei nur S 421.595,76 bezahlt habe, sodaß sich unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer der von der klagenden Partei für das Vorspritzen begehrte Betrag als gerechtfertigt erweise. Eine Vereinbarung dahin, daß die klagende Partei den für das Vorspritzen begehrten Preis aus den vergleichbaren Leistungen des Hauptangebots abzuleiten habe, wurde entgegen den Behauptungen der beklagten Partei von den Vorinstanzen gerade nicht festgestellt. Soweit die beklagte Partei diese Feststellung bekämpft, ficht sie in Wahrheit die einer Überprüfung durch das Revisionsgericht nicht zugängliche Beweiswürdigung (Kodek in Rechberger, ZPO, Rz 3 zu § 503 mwN) an. Wurde aber der Preis einvernehmlich festgelegt, dann war die beklagte Partei zu der von ihr gewünschten und einseitig vorgenommenen "Preisableitung" nicht berechtigt. Warum die Rechnung der klagenden Partei nicht prüffähig gewesen sein sollte, ist - wie schon das Gericht zweiter Instanz ausgeführt hat - nicht nachvollziehbar. Mit ihren Ausführungen, aus dem Nachtragsangebot vom 26.9.1988 (Beilage B1) sei die Vereinbarung eines Einheitspreises von S 5,10 je Quadratmeter abzuleiten, bekämpft die beklagte Partei gleichfalls unzulässigerweise die Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Im übrigen ist auf die Beilage I zu verweisen, in der sich für das Nachtragsangebot unter "Sonstiges" die Kalkulation eines Betrags von S 8,60 je Quadratmeter findet, was übrigens auch die beklagte Partei noch in ihrer Berufung zugestanden hat.Soweit für die Erledigung der Revision der beklagten Partei bedeutsam, stellte das Erstgericht fest, die klagende Partei habe der beklagten Partei mit Schreiben vom 26.9.1988 das Vorspritzen der Betondecke mit einem polymermodifizierten bituminösen Haftkleber angeboten. Im gleichzeitig übermittelten Kalkulationsblatt seien S 1,10 als Lohnkosten und S 8,60 als sonstige Kosten je Quadratmeter Vorspritzen vorgesehen gewesen. Am 24.10.1988 sei der klagenden Partei der Auftrag erteilt worden, das Vorspritzen mit einem polymermodifizierten Mittel durchzuführen. Am 20.2.1989 hätten die Streitteile einvernehmlich die Lohnkosten mit S 0,40 je Quadratmeter festgesetzt, sodaß für das Vorspritzen ein Einheitspreis von S 9,-- je Quadratmeter vereinbart worden sei. In Anbetracht der vorgespritzten Fläche von 105.398,94 m2 ergebe sich daraus ein Werklohn von S 948.590,46, worauf die beklagte Partei nur S 421.595,76 bezahlt habe, sodaß sich unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer der von der klagenden Partei für das Vorspritzen begehrte Betrag als gerechtfertigt erweise. Eine Vereinbarung dahin, daß die klagende Partei den für das Vorspritzen begehrten Preis aus den vergleichbaren Leistungen des Hauptangebots abzuleiten habe, wurde entgegen den Behauptungen der beklagten Partei von den Vorinstanzen gerade nicht festgestellt. Soweit die beklagte Partei diese Feststellung bekämpft, ficht sie in Wahrheit die einer Überprüfung durch das Revisionsgericht nicht zugängliche Beweiswürdigung (Kodek in Rechberger, ZPO, Rz 3 zu Paragraph 503, mwN) an. Wurde aber der Preis einvernehmlich festgelegt, dann war die beklagte Partei zu der von ihr gewünschten und einseitig vorgenommenen "Preisableitung" nicht berechtigt. Warum die Rechnung der klagenden Partei nicht prüffähig gewesen sein sollte, ist - wie schon das Gericht zweiter Instanz ausgeführt hat - nicht nachvollziehbar. Mit ihren Ausführungen, aus dem Nachtragsangebot vom 26.9.1988 (Beilage B1) sei die Vereinbarung eines Einheitspreises von S 5,10 je Quadratmeter abzuleiten, bekämpft die beklagte Partei gleichfalls unzulässigerweise die Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Im

übrigen ist auf die Beilage römisch eins zu verweisen, in der sich für das Nachtragsangebot unter "Sonstiges" die Kalkulation eines Betrags von S 8,60 je Quadratmeter findet, was übrigens auch die beklagte Partei noch in ihrer Berufung zugestanden hat.

Die Revision der beklagten Partei erweist sich demnach als unberechtigt.

2. Zur Revision der klagenden Partei und den beiden Rekursen:

Feststeht, daß die klagende Partei die Sanierungs- und Ausbauarbeiten aufgrund ihres "freien Alternativanbots B" durchführen sollte und damit die Verwendung von polymermodifiziertem Bitumen von der beklagten Partei akzeptiert wurde. Das Bindemittel war in diesem Anbot der klagenden Partei nicht bestimmt bezeichnet, lediglich in dem - nicht zur Ausführung gelangten - Hauptanbot (Asphaltvariante) war das Bindemittel der Marke "Colstand" genannt. In den Kalkulationsblättern der klagenden Partei war das Bindemittel Colstand in der Asphaltvariante mit einem Tonnenpreis von S 8.190 und im Alternativanbot B als Bindemittel ein polymermodifiziertes Bitumen mit einem solchen Preis von S 2.500 eingesetzt. Diese Kalkulationsunterlagen wurden der beklagten Partei am 22.11.1988 übermittelt. In Erläuterung des Alternativanbots B hat die klagende Partei nach den Feststellungen mit Schreiben vom 30.5.1988 mitgeteilt, der Einbau einer Tragschicht in einer Dicke von 7 cm werde zum Einheitspreis von S 65 je Quadratmeter aus polymermodiziertem Bitumen erfolgen. Bei einer Besprechung vom 28.7.1988 habe die klagende Partei keine eindeutige Stellungnahme dazu bezogen, welches Bindemittel sie nun einsetzen werde; sie habe sich dort noch nicht festlegen wollen. Es sei vereinbart worden, daß das Bindemittel von der klagenden Partei binnen zwei Wochen bekanntgegeben werde und daß es sich dabei um ein "anerkanntes und erprobtes" Bindemittel handeln müsse. Dem Geschäftsführer der klagenden Partei sei dabei auch bedeutet worden, er habe jene "Straßenstücke", bei denen das Bindemittel Verwendung gefunden habe, und auch die klimatologischen Verhältnisse dieser Straßen und deren Verkehrsaufkommen bekanntzugeben, weil nur solche Bindemittel herangezogen werden sollten, die auf gleichartigen Straßen im In- oder Ausland bereits erfolgreich verwendet worden seien. Diese (Referenz-)Liste sollte einer internen Überprüfung unterzogen werden. Die Überlegungen der beklagten Partei in dieser Hinsicht seien dem Geschäftsführer der klagenden Partei bekannt gewesen; sie hätten ihren Niederschlag in der Formulierung "anerkannte und erprobte" Bindemittel gefunden. Erstmals am 7.9.1988 sei das von der klagenden Partei in Aussicht genommene Bindemittel genannt worden; Angaben über den Verwendungserfolg des Bindemittels seien dagen unterblieben, auch eine Referenzliste sei nur für relativ kleine Streckenabschnitte vorgelegt worden. Darauf sei der klagenden Partei mitgeteilt worden, die Verwendung des von ihr vorgesehenen Bindemittels könne nicht akzeptiert werden. In der Folge habe die klagende Partei ein Überprüfungszeugnis für das von ihr gewünschte Bindemittel und eine Referenzliste des Erzeugers vorgelegt. Die beklagte Partei sei der Ansicht gewesen, daß die ihr vorgelegten Auskünfte und Bestätigungen nicht ausreichten, um der Verwendung des von der klagenden Partei in Erwägung gezogenen Bindemittels zustimmen zu können, weil dieses nicht "anerkannt und erprobt" sei. Zwischen den Streitteilen sei am 13.10.1988 vereinbart worden, die klagende Partei solle aufklären, warum ein französischer Ansprechpartner die Verwendung des umstrittenen Bindemittels auf bestimmten Autobahnteilstücken nicht habe bestätigen können. Es sei vereinbart worden, daß bei Nichteinhaltung dieses Termins ab 19.10.1988 das polymermodifizierte Mischgut mit einem anderen Bindemittel (unter anderem Starfalt HS) herzustellen sei. Mit "Erlaß" vom 18.10.1988 habe das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten die Verwendung des von der klagenden Partei in Aussicht genommenen Bindemittels nur für den Fall gestattet, daß eine Referenz der französischen Autobahnverwaltung spätestens bis 18.10.1988 vorgelegt werde, nach der sich dieses Produkt als Tragschicht in Gegenden bewährt habe, deren klimatologischen Verhältnisse mit jenen der hier zu beurteilenden Baustelle gleichgesetzt werden könnten; sonst sei ein anderes Bindemittel (gegebenenfalls auch Starfalt HS) zu verwenden. Ab 19.10.1988 habe die klagende Partei zwar über Anweisung der beklagten Partei das Bindemittel Starfalt HS auf der Baustelle eingesetzt worden, doch habe der Geschäftsführer der klagenden Partei "immer wieder" darauf hingewiesen, daß er die Mehrkosten in Rechnung stellen werde. Das von der klagenden Partei in Aussicht genommene Bindemittel sei dem tatsächlich verwendeten Bindemittel Starfalt HS nicht gleichwertig, weil bei dessen Einsatz gewärtigt werden müsse, daß die Haltbarkeit des Autobahnbelags nur von kürzerer Dauer sein werde. Die klagende Partei hätte sich bei Verwendung des von ihr vorgeschlagenen Bindemittels Kosten von S 644 netto je Tonne erspart.

Unbestrittenermaßen war zwischen den Streitteilen für die Ausführung der Sanierungs- und Ausbauarbeiten ein bestimmter Werklohn vereinbart, bei dessen Kalkulation die klagende Partei den Preis des nicht näher bezeichneten Bindemittels mit S 2.500 veranschlagt hatte. Die Arbeiten wurden der zwischen den Streitteilen getroffenen

Vereinbarung entsprechend ausgeführt; strittig ist lediglich, ob die beklagte Partei der klagenden Partei die Verwendung des von ihr vorgesehenen Bindemittels danach hätte untersagen dürfen. Die Streitteile haben eine detaillierte Entgeltsvereinbarung getroffen. Ein angemessenes Entgelt gilt gemäß § 1152 ABGB nur dann als bedungen, wenn im Vertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist. § 1152 ABGB ist schon seinem Wortlaut nach nur dann anwendbar, wenn der Werkvertrag selbst eine Entgeltsabrede nicht enthält. Haben die Parteien hingegen - wie hier - eine Vereinbarung über die Höhe des Werklohns getroffen, dann sind sie an diese Abrede selbst dann gebunden, wenn das solcherart vereinbarte Entgelt im Einzelfall im Sinne des § 1152 ABGB nicht angemessen sein sollte (9 ObA 48, 1008/95; ArbSlg 10.086; 3 Ob 658/81; 7 Ob 718/80 uva). Eine die ursprüngliche Werklohnabrede abändernde Vereinbarung war - wie schon das Berufungsgericht zutreffend erkannte - nicht getroffen worden. Auch die klagende Partei räumt ein, die Streitteile hätten zur Frage des Werklohns bei Beginn der Arbeiten am 7.11.1988 offensichtlich das "letzte Wort" gesprochen (S 10 der Revision). Von einer konkludenten, von der ursprünglichen Werklohnvereinbarung abweichenden Zustimmung der beklagten Partei zu dem von der klagenden Partei begehrten höheren Werklohn kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Streitteile eine eindeutige Vereinbarung getroffen hatten: In der Tatsache, daß die beklagte Partei auf das Schreiben der klagenden Partei vom 4.11.1988, womit diese deren Ansinnen, die Bauarbeiten müßten ohne Verrechnung eines höheren Preises durchgeführt werden, ablehnte, nicht mehr antwortete, kann eine stillschweigende Zustimmung zur Werklohnerhöhung im Sinne des § 863 ABGB nicht erblickt werden.Unbestrittenermaßen war zwischen den Streitteilen für die Ausführung der Sanierungs- und Ausbauarbeiten ein bestimmter Werklohn vereinbart, bei dessen Kalkulation die klagende Partei den Preis des nicht näher bezeichneten Bindemittels mit S 2.500 veranschlagt hatte. Die Arbeiten wurden der zwischen den Streitteilen getroffenen Vereinbarung entsprechend ausgeführt; strittig ist lediglich, ob die beklagte Partei der klagenden Partei die Verwendung des von ihr vorgesehenen Bindemittels danach hätte untersagen dürfen. Die Streitteile haben eine detaillierte Entgeltsvereinbarung getroffen. Ein angemessenes Entgelt gilt gemäß Paragraph 1152, ABGB nur dann als bedungen, wenn im Vertrag kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist. Paragraph 1152, ABGB ist schon seinem Wortlaut nach nur dann anwendbar, wenn der Werkvertrag selbst eine Entgeltsabrede nicht enthält. Haben die Parteien hingegen - wie hier - eine Vereinbarung über die Höhe des Werklohns getroffen, dann sind sie an diese Abrede selbst dann gebunden, wenn das solcherart vereinbarte Entgelt im Einzelfall im Sinne des Paragraph 1152, ABGB nicht angemessen sein sollte (9 ObA 48, 1008/95; ArbSlg 10.086; 3 Ob 658/81; 7 Ob 718/80 uva). Eine die ursprüngliche Werklohnabrede abändernde Vereinbarung war - wie schon das Berufungsgericht zutreffend erkannte - nicht getroffen worden. Auch die klagende Partei räumt ein, die Streitteile hätten zur Frage des Werklohns bei Beginn der Arbeiten am 7.11.1988 offensichtlich das "letzte Wort" gesprochen (S 10 der Revision). Von einer konkludenten, von der ursprünglichen Werklohnvereinbarung abweichenden Zustimmung der beklagten Partei zu dem von der klagenden Partei begehrten höheren Werklohn kann schon deshalb keine Rede sein, weil die Streitteile eine eindeutige Vereinbarung getroffen hatten: In der Tatsache, daß die beklagte Partei auf das Schreiben der klagenden Partei vom 4.11.1988, womit diese deren Ansinnen, die Bauarbeiten müßten ohne Verrechnung eines höheren Preises durchgeführt werden, ablehnte, nicht mehr antwortete, kann eine stillschweigende Zustimmung zur Werklohnerhöhung im Sinne des Paragraph 863, ABGB nicht erblickt werden.

Ein höherer Werklohn würde der klagenden Partei indes dann gebühren, sollte die klagende Partei der Vereinbarung entsprechend ein anerkanntes und erprobtes Bindemittel in Aussicht genommen haben, dessen Einsatz ihr von der beklagten Partei somit vereinbarungswidrig untersagt worden wäre. Gerade die Frage, ob das von der klagenden Partei vorgesehene Bindemittel als ein "anerkanntes und erprobtes" Bindemittel im Sinne der Vereinbarung der Streitteile zu verstehen sei, hat das Gericht zweiter Instanz jedoch ebenso dahingestellt gelassen wie die Frage, ob die Vorlage einer Referenzliste bestimmten Inhalts zwischen den Vertragsparteien vereinbart worden sei. Diese Fragen sind aber - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - streitentscheidend, sodaß es die die darauf abzielenden Ausführungen in der Revision meritorisch zu erledigen hat:

Beide Parteien gehen in unterschiedlicher Auslegung ihrer vertraglichen Vereinbarung davon aus, daß vereinbarungsgemäß ein bestimmter Werklohn zu zahlen sei. Dem Werkvertrag gemäß hatte die klagende Partei ein "anerkanntes und erprobtes" Bindemittel zu verwenden. Keine Einigkeit wurde von den Streitteilen allerdings in der Frage erzielt, ob das von der klagenden Partei ausgewählte Bindemittel, das schließlich angesichts der Weisung der klagenden Partei nicht verwendet wurde, als "anerkanntes und erprobtes" Bindemittel anzusehen ist. Wäre diese Frage zu verneinen, dann hätte die klagende Partei den Einsatz zu Recht untersagt und die klagende Partei könnte nicht

Ersatz dafür fordern, daß ihr infolge der Untersagung Mehrkosten aufgelaufen sind. Hatte die beklagte Partei hingegen die Verwendung eines "anerkannten und erprobten" Bindemittels untersagt, dann wäre das als ein Eingriff in die zwischen den Streitteilen getroffene Vereinbarung und damit auch in deren Preisabrede zu beurteilen. Für diesen Fall war keine Entgeltvereinbarung getroffen, sodaß als Werklohn das angemessene Entgelt iSd § 1152 ABGB geschuldet würde und deshalb unter sachverständiger Mithilfe zu ermitteln wäre. Zuvor aber wird noch zu klären sein, welche Vereinbarung die Parteien über die Vorlage einer Referenzliste getroffen haben. Sollte die fristgerechte Übermittlung einer solchen Liste zur Bedingung dafür gemacht worden sein, daß die beklagte Partei das von ihr in Aussicht genommene Bindemittel verwenden durfte, die Referenzliste aber nicht fristgerecht oder nicht mit den vereinbarten Daten vorgelegt worden sein, dann erwiese sich das Begehren der klagenden Partei schon aus diesem Grund nicht als berechtigt. Allenfalls wird auch zur Beantwortung dieser Frage die Zuziehung eines Sachverständigen (ausreichender Inhalt der Referenzliste?) unumgänglich sein.Beide Parteien gehen in unterschiedlicher Auslegung ihrer vertraglichen Vereinbarung davon aus, daß vereinbarungsgemäß ein bestimmter Werklohn zu zahlen sei. Dem Werkvertrag gemäß hatte die klagende Partei ein "anerkanntes und erprobtes" Bindemittel zu verwenden. Keine Einigkeit wurde von den Streitteilen allerdings in der Frage erzielt, ob das von der klagenden Partei ausgewählte Bindemittel, das schließlich angesichts der Weisung der klagenden Partei nicht verwendet wurde, als "anerkanntes und erprobtes" Bindemittel anzusehen ist. Wäre diese Frage zu verneinen, dann hätte die klagende Partei den Einsatz zu Recht untersagt und die klagende Partei könnte nicht Ersatz dafür fordern, daß ihr infolge der Untersagung Mehrkosten aufgelaufen sind. Hatte die beklagte Partei hingegen die Verwendung eines "anerkannten und erprobten" Bindemittels untersagt, dann wäre das als ein Eingriff in die zwischen den Streitteilen getroffene Vereinbarung und damit auch in deren Preisabrede zu beurteilen. Für diesen Fall war keine Entgeltvereinbarung getroffen, sodaß als Werklohn das angemessene Entgelt iSd Paragraph 1152, ABGB geschuldet würde und deshalb unter sachverständiger Mithilfe zu ermitteln wäre. Zuvor aber wird noch zu klären sein, welche Vereinbarung die Parteien über die Vorlage einer Referenzliste getroffen haben. Sollte die fristgerechte Übermittlung einer solchen Liste zur Bedingung dafür gemacht worden sein, daß die beklagte Partei das von ihr in Aussicht genommene Bindemittel verwenden durfte, die Referenzliste aber nicht fristgerecht oder nicht mit den vereinbarten Daten vorgelegt worden sein, dann erwiese sich das Begehren der klagenden Partei schon aus diesem Grund nicht als berechtigt. Allenfalls wird auch zur Beantwortung dieser Frage die Zuziehung eines Sachverständigen (ausreichender Inhalt der Referenzliste?) unumgänglich sein.

Zum Zinsenbegehren führte das Gericht zweiter Instanz aus, die klagende Partei habe grobes Verschulden der beklagten Partei an der Unterlassung der Zahlung im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet (S 14 des Berufungsurteils). Diese Ausführungen sind aktenwidrig. Die klagende Partei hat ausdrücklich vorgebracht, der Zahlungsverzug der Beklagten beruhe auf grobem Verschulden, weshalb das Zinsenbegehren gerechtfertigt sei (S 5 des Schriftsatzes vom 10.5.1990, S 1 des Protokolls vom 14.5.1990); sie hat auch Beweismittel zum Nachweis der Höhe ihres Zinsenbegehrens vorgelegt (S 2 des Protokolls vom 14.3.1991, S 6 des Schriftsatzes vom 8.3.1994) und es liegt auch eine Parteienaussage zum Zinsenbegehren vor (S 3 des Protokolls vom 2.11.1995). Das Berufungsgericht hätte sich also auch mit der Frage des Vorliegens groben Verschuldens am Zahlungsverzug, das den Zuspruch höherer als der gesetzlichen Verzugszinsen rechtfertigte (JBl 1995, 248; JBl 1988, 244; Reischauer in Rummel, ABGB2, Rz 5 zu § 1333), befassen müssen. Es wird beim Zinsenbegehren aber auch zu bedenken sein, daß der Werkvertrag auf Seiten der klagenden Gesellschaft mbH ein Handelsgeschäft ist, sodaß Art 8 Nr.2 EVHGB anzuwenden ist und den gesetzlichen Zinsfuß übersteigende Verzugszinsen schon bei leichter, bis zum Beweis des Gegenteils (§ 1298 ABGB) anzunehmender Fahrlässigkeit gebühren (§ 345 HGB; SZ 5/53; Reischauer aaO). Entgegen der Ansicht des Gerichts zweiter Instanz begehrt die klagende Partei auch Zinsen aus dem "Teilbetrag von S 1,289.330,52". Die klagende Partei hat in ihrem Schriftsatz vom 10.10.1994 lediglich dargelegt, daß ihr der genannte Kapitalbetrag - als angemessenes Entgelt - jedenfalls zustehe. Daß sie mit diesem Vorbringen das bereits erhobene Zinsenbegehren in Ansehung dieses Teilbetrags eingeschränkt hatte, ist den Ausführungen der klagenden Partei nicht zu entnehmen.Zum Zinsenbegehren führte das Gericht zweiter Instanz aus, die klagende Partei habe grobes Verschulden der beklagten Partei an der Unterlassung der Zahlung im erstinstanzlichen Verfahren nicht behauptet (S 14 des Berufungsurteils). Diese Ausführungen sind aktenwidrig. Die klagende Partei hat ausdrücklich vorgebracht, der Zahlungsverzug der Beklagten beruhe auf grobem Verschulden, weshalb das Zinsenbegehren gerechtfertigt sei (S 5 des Schriftsatzes vom 10.5.1990, S 1 des Protokolls vom 14.5.1990); sie hat auch Beweismittel zum Nachweis der Höhe ihres Zinsenbegehrens vorgelegt (S 2 des Protokolls vom 14.3.1991, S 6 des Schriftsatzes vom 8.3.1994) und es liegt auch eine Parteienaussage zum Zinsenbegehren vor (S 3 des Protokolls vom 2.11.1995). Das Berufungsgericht hätte sich also auch mit der Frage des

Vorliegens groben Verschuldens am Zahlungsverzug, das den Zuspruch höherer als der gesetzlichen Verzugszinsen rechtfertigte (JBl 1995, 248; JBl 1988, 244; Reischauer in Rummel, ABGB2, Rz 5 zu Paragraph 1333,), befassen müssen. Es wird beim Zinsenbegehren aber auch zu bedenken sein, daß der Werkvertrag auf Seiten der klagenden Gesellschaft mbH ein Handelsgeschäft ist, sodaß Artikel 8, Nr.2 EVHGB anzuwenden ist und den gesetzlichen Zinsfuß übersteigende Verzugszinsen schon bei leichter, bis zum Beweis des Gegenteils (Paragraph 1298, ABGB) anzunehmender Fahrlässigkeit gebühren (Paragraph 345, HGB; SZ 5/53; Reischauer aaO). Entgegen der Ansicht des Gerichts zweiter Instanz begehrt die klagende Partei auch Zinsen aus dem "Teilbetrag von S 1,289.330,52". Die klagende Partei hat in ihrem Schriftsatz vom 10.10.1994 lediglich dargelegt, daß ihr der genannte Kapitalbetrag - als angemessenes Entgelt - jedenfalls zustehe. Daß sie mit diesem Vorbringen das bereits erhobene Zinsenbegehren in Ansehung dieses Teilbetrags eingeschränkt hatte, ist den Ausführungen der klagenden Partei nicht zu entnehmen.

Das Berufungsgericht wird daher zu klären haben, ob der klagenden Partei aufgrund der vertraglichen Vereinbarung ein höherer als der ursprünglich vereinbarte Werklohn zusteht.

Der Revision der klagenden Partei ist deshalb Folge zu geben. Da das Berufungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung nur deshalb zum Teil aufgehoben und an das Erstgericht zurückverwiesen hat, weil das angemessene Entgelt gemäß § 1152 ABGB zu ermitteln wäre, aber noch nicht feststeht, ob§ 1152 ABGB Anwendung findet, zumal sich das Berufungsgericht mit den aufgezeigten Fragen zur (fristgerechten) Vorlage einer Referenzliste bestimmten Inhalts und der Verwendung eines anerkannten und erprobten Bindemittels zu befassen haben wird, ist der Aufhebungsbeschluß des Gerichts zweiter Instanz in Stattgebung der jedenfalls im Ergebnis berechtigten Rekurse der Streitteile zu beheben.Der Revision der klagenden Partei ist deshalb Folge zu geben. Da das Berufungsgericht die erstinstanzliche Entscheidung nur deshalb zum Teil aufgehoben und an das Erstgericht zurückverwiesen hat, weil das angemessene Entgelt gemäß Paragraph 1152, ABGB zu ermitteln wäre, aber noch nicht feststeht, ob Paragraph 1152, ABGB Anwendung findet, zumal sich das Berufungsgericht mit den aufgezeigten Fragen zur (fristgerechten) Vorlage einer Referenzliste bestimmten Inhalts und der Verwendung eines anerkannten und erprobten Bindemittels zu befassen haben wird, ist der Aufhebungsbeschluß des Gerichts zweiter Instanz in Stattgebung der jedenfalls im Ergebnis berechtigten Rekurse der Streitteile zu beheben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 und 2 ZPO.Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz eins und 2 ZPO.

Anmerkung

E46083 01A00197

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1997:0010OB00019.97V.0429.000

Dokumentnummer

JJT_19970429_OGH0002_0010OB00019_97V0000_000

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