

# TE OGH 1990/1/25 70b730/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.01.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Flick als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Warta, Dr.Egermann, Dr.Niederreiter und Dr.Schalich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Baumeister Herbert P\*\*\*, Hoch- und Tiefbau Gesellschaft m.b.H., Ottensheim, Marktplatz 18, vertreten durch Dr.Rudolf Schuh, Rechtsanwalt in Linz, wider die beklagte Partei M\*\*\* Reihenhauseinrichtungsgesellschaft m.b.H., Ansfelden, Traunuferstraße 6, vertreten durch Dr.Christoph Rogler, Rechtsanwalt in Steyr, wegen S 920.902,12 s.A., infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 31.August 1989, GZ 6 R 82/89-21, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 1.Dezember 1988, GZ 2 Cg 253/87-15, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Rechtssache zur neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, das auf die Kosten des Revisionsverfahrens gleich weiteren Kosten des Berufungsverfahrens Bedacht zu nehmen haben wird.

## Text

Begründung:

Die klagende Partei hat für die beklagte Partei auf Grund eines ihr am 8.11.1984 erteilten Auftrages Leistungen für die Errichtung einer Reihenanlage erbracht.

Mit der am 19.6.1987 eingelangten Klage begehrte die klagende Partei den Zuspruch von S 970.902,12 s.A. Die klagende Partei habe am 9.12.1986 Schlußrechnung über einen Betrag von S 6,275.939,88 gelegt. Diese Rechnung sei über Auftrag der beklagten Partei vom Architekten Dipl.Ing.Wolfgang K\*\*\* bzw. dessen Vertretern Dipl.Ing.Rudolf H\*\*\* und Ing.Christian W\*\*\* geprüft und korrigiert worden. Die der klagenden Partei zustehende Forderung sei einvernehmlich mit S 6,164.477,10 der Höhe nach festgestellt worden. In der Folge seien jedoch vom anerkannten Nettobetrag von S 5,137.064,25 einvernehmlich Abzüge von S 23.469,83 und S 12.842,66 gemacht worden, sodaß es zu einer Reduzierung auf S 5,100.751,76 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer von S 1,020.150,36, zusammen S 6,120.902,12, gekommen sei. Unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Teilzahlungen von S 5,150.000 hafte der Klagebetrag unberichtigt aus.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage. Zwischen den Streitteilen sei ein Auftragspauschalfixpreis inklusive Mehrwertsteuer von S 5,400.000 vereinbart worden. Die Arbeiten seien noch nicht fertiggestellt. Es hätten sich erhebliche Mängel, insbesondere im Bereich der Schalldämmung, ergeben. Der eingeklagte Betrag sei daher nicht fällig. Die Schlußrechnung der klagenden Partei sei nicht einvernehmlich korrigiert und auch nicht anerkannt worden.

Die klagende Partei setzte dem entgegen, es seien außerhalb des Pauschalbetrages Mehrleistungen erbracht worden, die vereinbarungsgemäß von der beklagten Partei zu tragen seien. Es bestünden keine Mängel. Aus dem Titel der Gewährleistung bestehe auch deshalb kein Zurückbehaltungsrecht der beklagten Partei, weil die klagende Partei vereinbarungsgemäß zur Abdeckung allfälliger Mängel eine Bankgarantie beigebracht habe (AS 62 und 65 f). Das Erstgericht gab der Klage statt und traf folgende Feststellungen:

Die Vereinbarungen der Streitteile über den gegenständlichen Werkvertrag sind im Schlußbrief vom 8.11.1984, dem ein Leistungsverzeichnis zugrunde liegt, enthalten.

Die beklagte Partei hatte als Generalbevollmächtigten den Architekten Dipl.Ing.Wolfgang K\*\*\* beauftragt. Er war von der Planung über die Vertragsverhandlungen mit den Professionisten und die Bauleitung bis zur schlüsselfertigen Übergabe bevollmächtigt und beauftragt.

Im Werkvertrag wurde ein Fixpreis vereinbart, der von der beklagten Partei vorfinanziert wurde, sodaß der klagenden Partei sogleich zu Beginn der Arbeiten das gesamte Entgelt zur Verfügung stand. Als Sicherheit brachte die klagende Partei eine Bankgarantie für ihre noch zu erbringenden Leistungen bei. Aus diesem Grund wurde auch im Vertrag festgehalten, daß die klagende Partei mit der vereinbarten Pauschalsumme das Auslangen finde und alle dafür notwendigen Leistungen und Nebenleistungen im vereinbarten Honorar enthalten seien.

Bei Beginn der Bauarbeiten zeigte sich, daß der Untergrund teilweise aus zugeschütteten Bombentrümmern bestand, sodaß erheblich mehr Erdaushub und zusätzliche Fundamente notwendig wurden. In einer Besprechung, an der der Bauleiter Ing.Christian W\*\*\*, der Geschäftsführer der klagenden Partei und einer seiner Mitarbeiter teilnahmen, kam eine Einigung dahin zustande, daß eine Erweiterung der Fundamentierung, im wesentlichen durch eine sogenannte Brunnengründung, als Arbeit außerhalb des Leistungsverzeichnisses gemacht werde. Diese Vereinbarung wurde auch schriftlich festgehalten.

Am 16.1.1985 leistete die beklagte Partei eine Teilzahlung von S 200.000, die ihren Grund darin hatte, daß die klagende Partei wegen der Zusatzleistungen eine weitere Teilzahlung haben wollte. Zu weiteren Aufträgen außerhalb des ursprünglichen Leistungsverzeichnisses kam es dadurch, daß die beklagte Partei in Kaufverträgen über die Reihenhäuser zusätzliche Leistungen versprach. Um dem Rechnung zu tragen, vergab das Architekturbüro Dipl.Ing.Wolfgang K\*\*\* Zusatzaufträge an die klagende Partei in der Weise, daß diese Arbeiten im Bautagebuch als außerhalb des Leistungsverzeichnisses stehend ausdrücklich festgehalten wurden und der Bauleiter Ing.Christian W\*\*\* dies durch seine Unterschrift bestätigte.

Spätestens im Sommer 1986 wurde das letzte der Reihenhäuser seinen Käufern übergeben.

Am 22.8.1986 wurde eine schriftliche Mängelrüge erhoben. Die darauf folgenden Mängelbehebungen erstreckten sich auf mehr als ein halbes Jahr. Es wurden alle gerügten Mängel behoben. Dies führte in weiterer Folge dazu, daß der Architekt Dipl.Ing.Wolfgang K\*\*\* der klagenden Partei am 11.6.1987 die Mängelfreiheit bestätigte. Am 9.12.1986 legte die klagende Partei Schlußrechnung über S 6,275.939,88. Das Architekturbüro K\*\*\* als Generalunternehmer prüfte die Rechnung. Dies war wegen der Zusatzaufträge notwendig geworden. Die klagende Partei und Architekt K\*\*\* bzw. dessen Mitarbeiter (Bauleiter Ing.W\*\*\* und Dipl.Ing.H\*\*\*) einigten sich auf eine korrigierte Schlußrechnungssumme von S 5,137.064,25 ohne Umsatzsteuer. Die Einigung wurde durch eine Unterschrift der Bauleiter bekräftigt. Die Rechnungskorrektur erfolgte nicht, um dem Bauherrn (der beklagten Partei) eine Entscheidungshilfe zu bieten, sondern stellte eine einvernehmliche Einigung auf die korrigierten Preise dar, die zwischen Bauunternehmer und Bauherrschaft verbindlich sein sollte. Die Fälligkeit der Forderung trat entsprechend dem Zeitpunkt der Rechnungslegung, der Rechnungsprüfung, den vereinbarten Zahlungsfristen und der übermittelten Bankgarantie spätestens am 8.4.1987 ein. Die klagende Partei hatte zwar die Arbeiten frei von Fehlern und Mängeln entsprechend den Bauplänen und dem Leistungsverzeichnis erbracht. Es wurden auch die vorgeschriebenen Schallschutzziegel verwendet, doch blieben Probleme bei der Schalldämmung, weil in einem Fall - über Wunsch der Käufer - in der Schallschutzwand Leitungen verlegt worden waren. Gegebenenfalls hätte die Bauleitung dafür Sorge tragen müssen, daß die Käufer vor diesem Problem gewarnt oder, daß entsprechende technische Vorkehrungen getroffen werden. Die Schallschutzprobleme wurden durch durchlaufende Decken bei den Doppelhäusern verstärkt; dies ist allenfalls als Planungsfehler anzusehen. Zur mangelhaften Schalldämmung trägt bei, daß anstelle der auf den Stiegen vorgesehenen Teppiche teilweise Steinplatten verlegt wurden. Mit diesen Arbeiten hatte jedoch die klagende Partei nichts zu tun.

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen sehen bei der Bezahlung der Schlußrechnung einen Haftrücklaß vor, der gemäß Punkt 11.5.10. nach Ermessen des Auftraggebers durch einen Bankgarantiebrief abgelöst werden kann. Funktion des Haftrücklasses ist es, die Durchführung von eventuellen Gewährleistungsansprüchen zu sichern, falls sie der Unternehmer nicht selbst ausführt. Die Bankgarantie dient zur Sicherstellung des Haftrücklasses, damit dieser ausbezahlt werden kann. Zweck der Bankgarantie ist es, daß der Kunde die gesamte Forderung zahlen soll und er dafür als Sicherstellung für Gewährleistungsansprüche eine Bankgarantie zur Verfügung hat. Dafür muß er das gesamte Entgelt zahlen. Eine ausdrückliche Bestimmung im Vertrag, wonach die Bankgarantie eine Zurückhaltung des Kaufpreises selbst dann ausschließt, wenn bereits gerügte Mängel noch nicht behoben sind, findet sich nicht.

Die klagende Partei hat am 27.3.1987 bei der beklagten Partei einen Haftbrief, eine Bankgarantie der Allgemeinen Sparkasse, beigebracht, worin diese zur Sicherstellung der Rechte, die die beklagte Partei aus dem Geschäftsfall gegen die klagende Partei erworben hat, die Haftung bis zum Betrag von S 311.500 bis 31.3.1989 übernimmt und sich verpflichtet, diesen Betrag auf Aufforderung binnen drei Tagen ohne Prüfung des Rechtsgrundes an die beklagte Partei zu bezahlen.

In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, der Bauleiter (der beklagten Partei) sei berechtigt gewesen, Zusatzaufträge zu vergeben. Er habe damit die beklagte Partei wirksam verpflichten können. Das Klagebegehren, das sich auf die korrigierte Schlußrechnung stütze, sei somit grundsätzlich berechtigt. Der Haftrücklaß und die ihn ersetzende Bankgarantie sei eine Sicherstellung für verborgene Mängel. Bereits offenbare Mängel würden die Zurückhaltung des gesamten Kaufpreises rechtfertigen, sodaß es dann nicht eines speziellen Haftrücklasses bedürfte. Der Haftbrief sei am 27.3.1987 der beklagten Partei ausgefolgt worden. Mängel, die nach diesem Zeitpunkt hervorgekommen seien, rechtfertigten nicht mehr die Zurückbehaltung des Kaufpreises. Nur wegen Mängel, die schon vorher gerügt worden seien, könnte der Kaufpreis zurückgehalten werden. Die bis zum Frühjahr 1987 gerügten Mängel seien jedoch alle behoben worden.

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichtes hinsichtlich eines Betrages von S 920.902,12 s.A.; das Mehrbegehren von S 50.000 wies es - rechtskräftig - ab. Ausgehend von den Feststellungen des Erstgerichtes vertrat die zweite Instanz die Ansicht, der Rechtsgrund für die Forderung der klagenden Partei bestehe schon im Anerkenntnis. Zweck der Prüfung der Schlußrechnung sei die abschließende Feststellung der Rechnungssumme zwischen den Vertragspartnern, sodaß von einem konstitutiven Anerkenntnis auszugehen sei. Dies auch deshalb, weil die Streitteile zum Zeitpunkt der Rechnungsprüfung davon ausgegangen seien, daß das Werk mängelfrei sei. Für die beklagte Partei könne daher aus der Bestimmung des § 1170 ABGB über die Fälligkeit nichts gewonnen werden.

Die beklagte Partei bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes in seinem stattgebenden Teil mit Revision aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, es im Umfang der Anfechtung aufzuheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuen Entscheidung an das Erstgericht zurückzuverweisen; hilfsweise wird ein Abänderungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Das Revisionsgericht schließt sich den Ausführungen der beklagten Partei an, daß die abschließende Feststellung der Rechnungssumme der Schlußrechnung zwischen dem Geschäftsführer der klagenden Partei und den Angestellten des Generalbevollmächtigten der beklagten Partei nicht als konstitutives Anerkenntnis gewertet werden kann. Das echte (konstitutive) Anerkenntnis ist mit dem Vergleich eng verwandt. Es ist ein Feststellungsvertrag, in dem eine Partei durch einseitiges Nachgeben das von ihr bezweifelte Recht in vollem Umfang zugesteht, und unterscheidet sich somit vom Vergleich durch das Fehlen des beiderseitigen Nachgebens. Ein (echtes) Anerkenntnis ist nur zur Bereinigung eines ernsthaft entstandenen konkreten Streites oder Zweifels über den Bestand einer Forderung möglich (Ertl in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 1380). Es setzt die Absicht des Erklärenden voraus, unabhängig von dem bestehenden Schuldgrund eine neue selbständige Verpflichtung zu schaffen, und ruft damit das anerkannte Rechtsverhältnis auch für den Fall ins Leben, daß es nicht bestanden haben sollte (SZ 51/176 uva.).

Von alledem kann nach den Feststellungen des Erstgerichtes keine Rede sein. Es ist nämlich nichts anderes geschehen, als daß "das Architekturbüro K\*\*\*" die Schlußrechnung der klagenden Partei geprüft, und daß "man" sich

"einvernehmlich" auf die korrigierte Schlußrechnungssumme von S 5,137.064,25 ohne Mehrwertsteuer geeinigt hat. Durch die "einvernehmliche Einigung" auf die korrigierten Preise sollte die Schlußrechnungssumme "verbindlich" sein. Die dargestellte Einigung bringt aber nicht mehr zum Ausdruck, als daß der bevollmächtigte Architekt der beklagten Partei (bzw. dessen Angestellte) die von ihm korrigierten Beträge für die von der klagenden Partei durchgeführten und verzeichneten Leistungen als angemessen ansieht und daß die klagende Partei keine Einwendungen gegen die vorgenommenen Korrekturen erhebt. Eine Absicht, die vertretene beklagte Partei dadurch zu verpflichten, den festgestellten Betrag unabhängig von allfälligen Gewährleistungsansprüchen und anderen Einwendungen zu bezahlen, kann dem bevollmächtigten Architekten dagegen keinesfalls unterstellt werden. In den Feststellungen fehlt auch jeder Anhaltspunkt für die Annahme einer derartigen Absicht. Bemerket sei, daß nach den oben festgehaltenen Ausführungen über den Begriff des konstitutiven Anerkenntnisses nur ein Vergleich vorliegen könnte, und daß es keinesfalls ein "ernsthaft entstandener konkreter Streit oder Zweifel über den Bestand der Forderung" der klagenden Partei war, der zur Überprüfung der Schlußrechnung durch den bevollmächtigten Architekten geführt hat.

Der Umstand, daß zwischen den Streitparteien ein Haftrücklaß (von 5 % der Gesamtsumme inklusive Mehrwertsteuer) vereinbart, und daß dieser Haftrücklaß entsprechend den vereinbarten Allgemeinen Bedingungen über Verlangen der beklagten Partei durch einen Bankgarantiebrief abgelöst wurde, besagt - worauf bereits vom Erstgericht zutreffend hingewiesen wurde - noch nicht ohne weiteres, daß nunmehr jedenfalls der gesamte Werklohn der klagenden Partei fällig ist. Zwar ist das Recht auf Zurückbehaltung des Entgelts für die bereits erbrachte Werkleistung dispositiver Natur. Es kann in der Regel durch Parteienvereinbarung abbedungen und auch modifiziert werden (vgl. Krejci in Rummel, ABGB, Rz 6 zu § 1170). Die Vereinbarung eines Haftrücklasses in bestimmter Höhe könnte daher in Abänderung der allgemeinen Regel das Recht der Leistungsverweigerung auf den vereinbarten Betrag beschränken. Ob eine solche Beschränkung von den Parteien gewollt war, wäre nach den Auslegungsregeln des § 914 ABGB zu ermitteln (8 Ob 511/87). Feststellungen hierüber wurden aber nicht getroffen. Es wurden auch Behauptungen hiezu nicht aufgestellt. Der Umstand jedoch, daß der in den "Allgemeinen Vertragsbedingungen" vorgesehene Haftrücklaß durch einen Bankgarantiebrief ersetzt wurde, besagt noch nichts über eine Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes der beklagten Partei. Die Haftrücklaßgarantie hat grundsätzlich den Zweck, die Auszahlung des vollen Entgelts zu erreichen und dem Erwerber dennoch Sicherheit für erst später, innerhalb der Gewährleistungsfrist entdeckte Mängel zu gewähren. Sie dient also nur der Ablösung des Haftrücklasses, der sonst unabhängig von der Entdeckung von Mängeln vom Erwerber einbehalten werden dürfte (Koziol, Grenzen des Zurückbehaltungsrechtes bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 746).

Die Frage, ob die Streitparteien durch die Vereinbarung eines Haftrücklasses im Sinne der "Allgemeinen Vertragsbedingungen" der beklagten Partei als der Bestellerin nicht nur Sicherheit für erst später, innerhalb der Gewährleistungsfrist entdeckte Mängel gewähren, sondern das Recht der Leistungsverweigerung überhaupt auf einen dem Haftrücklaß entsprechenden Betrag beschränken wollten, kann allerdings derzeit auf sich beruhen. Es fehlt zum einen jeder Anhaltspunkt dafür, daß der hier vereinbarte Haftrücklaß mehr als den grundsätzlichen Inhalt - Sicherheit für erst später entdeckte Mängel - haben sollte, zumal derartiges, wie erwähnt, auch gar nicht behauptet wurde. Vor allem aber hat das Erstgericht festgestellt, daß die zunächst gerügten Mängel behoben wurden, offene Mängel daher zur Zeit der Fälligkeit der Schlußrechnung nicht bestanden haben. Zu diesen Feststellungen in einem gewissen Widerspruch stehen allerdings die weiteren Feststellungen des Erstgerichtes über Probleme mit der Schalldämmung, die es "schon von Anfang an" gegeben habe.

Ausgehend von einer vom Revisionsgericht nicht geteilten Rechtsansicht hat das Erstgericht sich mit diesen, in der Berufung der beklagten Partei bekämpften Feststellungen nicht befaßt. Es war deshalb der Revision Folge zu geben und dem Berufungsgericht eine neue Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei aufzutragen

Der Kostenvorbehalt erfolgte nach § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E20090

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0070OB00730.89.0125.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900125\_OGH0002\_0070OB00730\_8900000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)