

# TE OGH 1986/12/3 30b583/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.12.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Kinzel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Hule, Dr.Warta, Dr.Klinger und Mag.Engelmaier als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S\*\*\* F\*\*\*, vertreten durch Dr. Burkhard Hirn, Rechtsanwalt in Feldkirch, wider die beklagten Parteien 1) Firma Walter R\*\*\*, Bauunternehmung, 6900 Bregenz, Belruptstraße 59,

2) Firma R\*\*\*, Geschäftsführungs-Gesellschaft m.b.H., ebendort, beide vertreten durch Dr.Wilhelm Winkler, Dr.Bertram Graß, Rechtsanwälte in Bregenz, und dem auf ihrer Seite beigetretenen Nebenintervenienten Dipl.Ing.Arnold Z\*\*\*, Zivilingenieur für Bauwesen, 6850 Dornbirn, Moosmahdstraße 14, vertreten durch Dr.Leonhard Lindner, Rechtsanwalt in Dornbirn, wegen 916.748,32 S s. A., in Folge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 31.Mai 1985, GZ 6 R 91/85-46, womit infolge Berufungen der klagenden und der beklagten Parteien das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 20. Jänner 1985, GZ 3 Cg 1160/83-38, teilweise bestätigt und teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben. Das Urteil des Berufungsgerichtes wird dahin abgeändert, daß in diesbezüglicher teilweiser Wiederherstellung des Urteiles des Erstgerichtes die beklagten Parteien zur ungeteilten Hand schuldig sind, der klagenden Partei binnen 14 Tagen 64.012,64 S samt 4 % Zinsen seit 20.April 1978 zu zahlen.

Im übrigen wird der Revision nicht Folge gegeben, sondern das Urteil des Berufungsgerichtes hinsichtlich des abgewiesenen Mehrbegehrens von 852.735,68 S s.A. bestätigt.

Die klagende Partei ist schuldig, binnen 14 Tagen

- a) den beklagten Parteien 6/7 der mit 220.483,15 S bestimmten Prozeßkosten des Verfahrens erster Instanz (darin 18.822,65 S Umsatzsteuer und 13.434 S Barauslagen) der mit 48.216,94 S bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 4.056,09 S Umsatzsteuer und 3.600 S Barauslagen) und der mit 21.005,56 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 1.691,41 S Umsatzsteuer und 2.400 S Barauslagen), das sind zusammen 248.318,13 S und
- b) dem Nebenintervenienten 6/7 der mit 159.557,35 S bestimmten Prozeßkosten des Verfahrens erster Instanz (darin 14.468,85 S Umsatzsteuer und 400 S Barauslagen) der mit 18.805,60 S bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens (darin 1.709,60 S Umsatzsteuer) und der mit 18.714,15 S bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin 1.537,65 S Umsatzsteuer und 1.800 S Barauslagen), das sind zusammen 168.923,23 S zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die erstbeklagte Partei, eine Kommanditgesellschaft, in der die zweitbeklagte Partei persönlich haftender Gesellschafter ist, führte über Auftrag der klagenden Partei in den Jahren 1974 und 1975 Baumeisterarbeiten für die Errichtung der Fußgängerunterführung "Bärenkreuzung" in Feldkirch durch.

Zwischen den Parteien entstanden in der Folge die verschiedensten Abrechnungsdifferenzen, die zu einer umfangreichen Korrespondenz, zu wiederholten Überprüfungen und unter anderem auch einer Prüfung durch den Rechnungshof führten.

Nachdem die erstbeklagte Partei ursprünglich Schlußrechnungen über einen höheren Betrag gestellt hatte, legte sie der klagenden Partei schließlich unter ausdrücklicher Berufung auf die gutachtliche Überprüfung durch Dipl.Ing. K\*\*\* vom Jänner 1978 und mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß damit die früheren Schlußrechnungen ersetzt würden, folgende drei Schlußrechnungen vom 3. Juni 1975, die in diesem Verfahren die Basis aller Berechnungen bilden:

1.) Rechnung Nr. 493 über die "Hauptarbeiten" im Betrag von 2,191.440 S, zuzüglich 16 % Umsatzsteuer, 350.630,40 S, das sind zusammen, 2,542,070,40 S.

2.) Rechnung Nr. 494 über zusätzlich in Auftrag gegebene "Nebenarbeiten" im Betrag von 1,720.670 S, zuzüglich 16 % Umsatzsteuer, 275.307,20 S, das sind zusammen 1,995.977,20 S.

3.) Rechnung Nr. 495 über "Preiserhöhungen" zu den Haupt- und Nebenarbeiten im Betrag von 562.134 S zuzüglich 16 % Umsatzsteuer, 89.941,44 S, das sind zusammen 652.075,44 S.

Die Summe dieser Rechnungsbeträge ergibt den Betrag von 5,190.123,04 S.

Die klagende Partei, welche schon während der Bauarbeiten Vorauszahlungen von 340.000 S am 1. Oktober 1974, 1,000.000 S am 30. Jänner 1975 und 1,000.000 S am 10. März 1975, zusammen 2,340.000 S, geleistet hatte, bezahlte weiters am 24. Juli 1975 den Betrag von 1,733.939,95 S und am 24. Februar 1976 den Betrag von 1,237.525,02 S, sohin zusammen 5,311.464,97 S.

Der am 24. Juli 1975 bezahlte Betrag ergab sich offenbar daraus, daß die klagende Partei von einer früheren, jetzt allerdings nicht mehr aktuellen Schlußrechnung Nr. 55 über die "Hauptarbeiten" im Betrag von 4,873.939,95 S, die Teilzahlungen von 2,340.000 S und einen als "Deckungsrücklaß" bezeichneten Betrag von 800.000 S abzog (siehe die nicht strittigen Vermerke auf Beilage A).

Die am 24. Februar 1966 geleistete Zahlung bezog sich laut dem Zahlungsbeleg (Beilage CC) auf eine Rechnung Nr. 116, in der die Hauptarbeiten (zunächst) mit 2,454.232,90 S und die Nebenarbeiten mit 2,300.598,14 S beziffert wurden, das sind zusammen 4,754.831,04 S, wovon schon früher (nämlich mit der Rechnung Nr. 55 erste Fassung Beilage A) in Rechnung gestellte 4,201.672,45 S abgezogen wurden, was den Differenzbetrag ("für Lohn und Materialpreiserhöhung") von 553.158,59 S zuzüglich 16 % Umsatzsteuer, 88.505,87 S als Rechnungssumme den Betrag von 641.663,96 S ergab (siehe Beilage X). Aus den auf dieser Rechnung vorgenommenen Streichungen läßt sich nicht erkennen, weshalb sich daraus der bezahlte Betrag von 1,237.525,02 S ergab. Erst in ihrer Revisionschrift gibt die klagende Partei an, daß zu den offenen 800.000 S versehentlich zweimal der auf 528.143,71 S (statt ursprünglich 641.663,96 S, siehe Beilage X) veranschlagte Nachtrag zugezählt wurde, was in der Tat einen Betrag ergibt, wovon 2/3 dann in etwa dem Zahlungsbetrag entsprechen würde.

Da die Summe der oben angeführten und außer Streit stehenden Gesamtzahlungen von 5,311.464,97 S die Summe der oben angeführten drei Schlußrechnungen von 5,190.123,04 S um den Betrag von 121.341,93 S übersteigt, kam es zu einer Korrespondenz zwischen den Streitteilen, in der die klagende Partei diesen Differenzbetrag zurückforderte, worauf die beklagte Partei 64.012,64 S für Verzugszinsen "einbehält", jedoch 57.329,29 S tatsächlich an die klagende Partei rückerstattete (Beilage F). Hinsichtlich dieser "Verzugszinsen" ist aus der nicht strittigen Korrespondenz einerseits festzuhalten, daß die klagende Partei einen solchen Abzug nie anerkannte (Schreiben Beilage F) und daß umgekehrt die erstbeklagte Partei, als sie ihre korrigierten Schlußrechnungen Nr. 493, 494 und 495 legte, auf diesen Rechnungen ausdrücklich vermerkte, die Verrechnung von Verzugszinsen sei bereits separat erfolgt und in diesen Rechnungsbeträgen nicht enthalten (siehe Beilagen C, D, E).

Mit der vorliegenden, am 27. Jänner 1983 eingelangten Klage macht die klagende Partei geltend, daß auch die Summe von 5,190.123,04 S (das sind die drei oben angeführten Schlußrechnungen) überhöht sei. Sie enthalte Beträge, denen keine Gegenleistung gegenüberstehe, Über- und Doppelverrechnungen und Beträge, die gemäß dem Vertrag nicht geschuldet würden, was der klagenden Partei erst durch die Überprüfung des Rechnungshofes bekannt geworden sei.

Die klagende Partei habe die Ansätze früherer Rechnungen, auch wenn diese von der Bürogemeinschaft Dipl.Ing. Arnold Z\*\*\* und Dipl.Ing.Heinz I\*\*\*, die von der klagenden Partei mit der Bauleitung betraut war, überprüft worden seien, aber auch das Gutachten des Dipl.Ing.K\*\*\* nie anerkannt, sondern immer auf neuen Prüfungen bestanden. Die geleisteten Zahlungen seien irrtümlich erfolgt, wobei es, abgesehen von der Unkenntnis über die Richtigkeit der Rechnungen der erstbeklagten Partei auch noch zu einem zusätzlichen Rechenirrtum der klagenden Partei gekommen sei. Mit der Zahlung vom 27. Februar 1976 habe die klagende Partei nämlich nur 2/3 der offenen Summe anweisen wollen, sei aber durch doppelte Anrechnung der Preiserhöhungen zu einer falschen Gesamtsumme gekommen. Und auch bei der Zahlung vom 29.Juli 1975 sei ein Irrtum unterlaufen.

Im einzelnen macht die klagende Partei folgende Beträge geltend:

1.) Aus Rechnung Nr. 493:

a) An Stelle des zu den Positionen 1 bis 3 (für Baustelleneinrichtung, Bauregie und Lichtsignalanlage) für verlängerte Bauzeit von 3 1/2 Monaten begehrten Erhöhungsbetrages von 178.537 S gebührten nur 31.711,80 S, was einen Fehlbetrag von 146.825,70 S ergebe. Bei der Berechnung des Erhöhungsbetrages dürften vor allem nicht die gesamten Kosten der Baustelleneinrichtung anteilig erhöht werden, sondern nur die wirklich eingetretenen zusätzlichen Auslagen.

b) Der für Wintererschwernisse angesetzte Erhöhungsbetrag von 49.000 S werde zu Unrecht begehrt, weil tatsächlich kaum nennenswerte Zusatzleistungen im Winter entstanden seien.

2.) Aus Rechnung Nr. 494:

a) Dem zu Position 1.1 für verlängerte Bauzeit begehrten Erhöhungsbetrag zu den Kosten der Baustelleneinrichtung (soweit diese im Zusammenhang mit den sogenannten Nebenarbeiten anfielen) von 36.992 S stehe keine Gegenleistung gegenüber.

b) Für den zu Position 3.1, 3.2 und 3.3 für Grabenaushub begehrten Gesamtbetrag von 110.871 S gebührten nicht die begehrten Preise von 135, 210 bzw. 450 S pro m<sup>3</sup>, sondern gemäß dem Hauptanbot durchgängig nur 158 S pro m<sup>3</sup>, was einen Fehlbetrag von 23.612,34 S ergebe.

c) Der zu Position 3.9 verrechnete Betrag für das Anschneiden von Belägen gehe von einer zu großen Meterzahl aus, woraus sich ein Fehlbetrag von 29.785,60 S ergebe.

d) Auch für das zu Position 3.9a fakturierte Aufbrechen von Belägen sei wegen zu hoch angesetzten Mengen ein nicht gebührender Betrag von 23.402,30 S in Rechnung gestellt worden.

e) Der zu Position 3.12 und 3.13 begehrte Betrag von zusammen 37.362 S für das Schützen und Sichern von Leitungen gebühre nicht, weil diese Kosten in den Einheitspreisen enthalten seien, sodaß eine ungerechtfertigte Doppelrechnung vorliege.

f) Für das nachträgliche Aufladen von Aushubmaterial werde zu Position 3.14 und 3.16 ebenso zu Unrecht ein mit dem Einheitspreis abgegoltener Betrag von 17.609,10 S (angemessen sei nur der Teilbetrag von 818,40 S) begehrt.

g) Für den Transport des Aushubmaterials zur Deponie werde zur Position 4.1 wie zu f) ein Betrag von 28.165,77 S zu Unrecht begehrt (nur 4.521,66 S seien nicht mit den Einheitspreisen abgegolten).

h) Zu Position 5.4 und 5.5 liege für im Tagebuch nicht ausgewiesene Kosten an An- und Abtransport von Spundwänden eine Überreichung von 11.382,72 S vor (angemessen seien nur 10.485,66 S von verrechneten 21.868,38 S).

i) Der zu Position 5.14a, b begehrte Betrag von 20.147,40 S für die Absicherung der Baugrube gegen Verkehrsunfälle durch eine über Niveau stehende Rühlwand sei von der klagenden Partei in dieser Form nicht angeordnet worden und könne daher auch nicht begehrt werden.

j) Der zu Position 6.1 begehrte Betrag von 9.591,40 S für die Grabenfüllung mit Deponiematerial sei mit den Hauptleistungen abgegolten, so daß eine ungerechtfertigte Doppelverrechnung vorliege.

k) Für den zu Position 6.42 begehrten Betrag für Grabenfüllung mit Bruchschotter gebühre nicht der verrechnete Betrag von 17.456 S, sondern nur ein Betrag von 13.656 S, der Mehrbetrag von 3.800 S sei schon mit den Hauptleistungen abgegolten (der Zusatzbetrag gebühre nur, weil davon abweichend teure Materialien verwendet worden seien).

1) Ein Großteil des zu Position 9.4a für eine Rohrummantelung begehrten Betrages gebühre nicht, weil nur eine Differenz zwischen dem schon mit dem Hauptangebot abgegoltenen Preis und dem höheren Preis der tatsächlich vorgenommenen Ummantelung gebühre, was einen Fehlbetrag von 22.925,10 S ergebe.

m) Zur Position 10.2c gebühre für den Einbau einer Bitumentragschicht nur der Betrag von 44.382,63 S, während ein Mehrbetrag von 28.363,61 S wegen einer unrichtigen theoretischen Berechnung eine Überverrechnung darstelle.

n) Der zu Position 10.4 begehrte Erhöhungsbetrag für Wintererschwerisse von 15.336,60 S stehe wie zu oben 1b nicht zu.

3.) Aus Rechnung Nr. 495:

Für die für die Hauptarbeiten und Nebenarbeiten in Rechnung gestellten Erhöhungen von 390.462 S bzw. 171.672 S stehe bei richtiger Berechnung der Lohnerhöhungen und Materialpreiserhöhungen nur ein Betrag von 175.488,54 S bzw. 100.546,82 S zu, was einen Fehlbetrag von 214.973,46 S bzw. von 71.125,18 S, das sind zusammen von 286.098,64 S, ergebe.

Die Summe aller dieser einzelnen Fehlbeträge ergibt einen Nettofehlbetrag von 790.300,28 S, was zuzüglich 16 % Umsatzsteuer 126.448,04 S den Betrag von 916.748,32 S ergibt.

Die klagende Partei begehrt diesen Betrag samt 10 % Zinsen seit 1. März 1976.

Die beklagten Parteien beantragten die Abweisung der Klage. Sie bestritten die behaupteten Über- und Doppelverrechnungen, weiters wendeten sie ein, daß alle ihre Schlußrechnungen von den zuständigen Dienstnehmern der klagenden Partei überprüft und damit anerkannt worden seien, insbesondere gelte dies für die von der klagenden Partei bevollmächtigte Bürogemeinschaft Arnold Z\*\*\* und Dipl.Ing.Heinz I\*\*\*. Aber auch eine Überprüfung aller Rechnungen durch Dipl.Ing.Friedrich K\*\*\* sei im beiderseitigen Einvernehmen vorgenommen worden und dessen Ergebnisse von beiden Seiten im Sinne eines Vergleiches anerkannt worden. Für den Fall als man jedoch entgegen dieses Prozeßstandpunktes davon ausgehen wollte, daß die klagende Partei an diesen Vergleich nicht gebunden sei, dann stehe es auch den beklagten Parteien frei, ihrerseits wirklich angemessene Beträge zu begehren, denn mit diesem Vergleich hätten die beklagten Parteien erhebliche Abstriche vorgenommen, zu denen sie keineswegs verpflichtet gewesen wären. Dieser den beklagten Parteien so zustehende Betrag übersteige den Klagsbetrag ("mindestens 1.000.000 S", siehe AS 21) und werde aufrechnungsweise angewendet. Daß den beklagten Parteien wegen verspäteter Zahlungen der klagenden Partei ein Zinsbetrag gebühre, wurde von den beklagten Parteien im Rahmen dieses Rechtsstreites nicht geltend gemacht. Der schon erwähnte Dipl.Ing.Arnold Z\*\*\*, nicht jedoch sein Bürogenosse Dipl.Ing.Heinz I\*\*\*, trat dem Rechtsstreit auf der Seite der beklagten Parteien als Nebenintervenient bei (Schriftsatz ON 6).

Das Erstgericht erkannte zu Recht, daß die Klagsforderung mit 430.769,18 S zu Recht bestehe und die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe und verurteilte die beklagten Parteien zur Zahlung von 430.769,18 S samt 4 % Zinsen vom 1.März 1976 bis 24.Juli 1981, 10 % Zinsen vom 25.Juli 1981 bis 31.März 1983, 9,25 % Zinsen vom 1.April 1983 bis 30.Juni 1983, 8,75 % Zinsen vom 1.Juli 1983 bis 31.März 1984 und 8,25 % Zinsen seit 1. April 1984.

Das Mehrbegehren von 485.979,14 S s.A. wurde abgewiesen. Das Erstgericht traf kurz zusammengefaßt folgende Tatsachenfeststellungen:

Bei der Auftragsvergabe ergaben sich insofern ungewöhnliche Umstände, als sich die Planungen lange hinzogen, bei den Planungen nicht immer von den in den Anboten enthaltenen Voraussetzungen (so zB hinsichtlich der Verkehrsfreistellung) ausgegangen wurde, einige Zusatzarbeiten zwar durchgeführt wurden, ohne daß aber immer ein ausdrücklicher formeller Zusatzauftrag erteilt worden wäre (obwohl zB die erstbeklagte Partei im Frühjahr 1974 sogar mit einer Baueinstellung drohte, wenn die Nachträge nicht anerkannt würden). Mit der Bauplanung und der örtlichen Bauleitung wurde von der klagenden Partei die Bürogemeinschaft Arnold Z\*\*\*-Dipl.Ing.Heinz I\*\*\* betraut, der auch die Prüfung der Schlußrechnungen und die Feststellung der Rechnungsbeträge oblag.

Die Bauarbeiten wurden am 24.April 1975 beendet und am 11.Juni 1975 der klagenden Partei übergeben.

Die Zahlungen der klagenden Partei erfolgten jeweils nach einer Kontrolle der von der erstbeklagten Partei vorgelegten Rechnung durch die Bürogemeinschaft Z\*\*\*-I\*\*\*.

Als die erstbeklagte Partei im Herbst 1975 auf der Zahlung der nach damaligen Rechnungen der erstbeklagten Partei noch offenen etwa eine Million Schilling drängte, teilte die klagende Partei mit, daß es Probleme mit verschiedenen Preisansätzen, besonders für die Nachtragsarbeiten, überhaupt mit der Anerkennung von Nachtragsaufträgen gebe.

Mit Beschluß des Stadtrates der klagenden Partei vom 5.Jänner 1976 wurde die Erstellung eines Gutachtens durch Dipl.Ing.Friedrich K\*\*\* in Auftrag gegeben. Trotz gewisser Formulierungen in diesem Gutachten übte dieser Sachverständige aber keine schiedsrichterliche Funktion aus. Auf der Grundlage des Gutachtens des Dipl.Ing.K\*\*\* erfolgten Überprüfungen durch die Bürogemeinschaft Z\*\*\*-I\*\*\* und durch die erstbeklagte Partei. Die Abwägung der Argumente des Sachverständigen ergab die Auffassung, daß insgesamt eine Abrechnungssumme von 4,591.021 S zuzüglich Umsatzsteuer (wie in den schon oben angeführten Rechnungen Nr. 493, 494 und 495) angemessen sei. Die erstbeklagte Partei erklärte sich mit diesem Betrag einverstanden, wenn auch die klagende Partei dem zustimme. Seitens der klagenden Partei erklärte der Bürgermeister, daß man vorbehaltlich der Zustimmung des Stadtbaumeisters mit diesem Betrag einverstanden sei.

Nachdem die erstbeklagte Partei den schon eingangs erwähnten Betrag von 57.329,29 S rücküberwiesen hatte, richtete die klagende Partei an die erstbeklagte Partei das Schreiben vom 19.April 1978 (Beilage F), in dem der zugunsten der klagenden Partei bestehende Saldo mit 121.341,93 S (das sind alle Zahlungen der klagenden Partei abzüglich des reduzierten Rechnungsbetrages laut Rechnung 493, 494,

495) bezeichnet wurde. Der Eingang von 57.329,29 S wurde bestätigt, jedoch der Abzug von 64.012,64 S für Verzugszinsen ausdrücklich nicht anerkannt.

Als die klagende Partei ihre letzte Zahlung vom 27.Februar 1976 leistete, wollte sie nicht den gesamten offenen Betrag, sondern nur "etwa 2/3 desselben" bezahlen. Zu dieser erstgerichtlichen Feststellung sei schon an dieser Stelle (auf Grund der vorliegenden nicht strittigen Urkunden) festgehalten, daß zu diesem Zeitpunkt noch 800.000 S auf die ursprüngliche Schlußrechnung Nr. 556 (Beilage A) und weitere 641.663,96 S laut der Nachtragsrechnung Nr. 116 (Beilage X) zusammen 1,441.663,96 S offen gewesen wären. Wie sich aus verschiedenen Streichungen auf der Rechnung Nr. 116 (Beilage X) ergibt, wollte die klagende Partei diese Rechnung schon rein rechnerisch nicht voll anerkennen, außerdem stand zu diesem Zeitpunkt noch nicht fest, daß die Nachtragsforderung überhaupt anerkannt werde. Der tatsächlich bezahlte Betrag von 1,237.525,02 S entsprach daher sicher nicht nur 2/3 des damals offenen Gesamtbetrages (selbst wenn dieser voll anerkannt gewesen wäre). Auf Grund eines Irrtums bei der klagenden Partei wurden jedoch die Preiserhöhungen doppelt berücksichtigt, so daß es zur Zahlung des erwähnten höheren Betrages kam.

In der Folge wurde von der klagenden Partei der Rechnungshof eingeschaltet, der in verschiedenen Positionen verschiedene Überzahlungen bzw. Fehlverrechnungen feststellte.

Tatsächlich erfolgte in folgenden Positionen eine an sich unangemessene Verrechnung:

Zu 1 a wurde für die Bauzeitverlängerung ein Betrag von 43.537 S zu viel berechnet.

Zu 2 a enthält die Rechnung der erstbeklagten Partei für die Baustelleneinrichtung einen unberechtigten Erhöhungsbetrag von

18.792 S.

Zu 2 I wurde für die Rohrummantelung der in der Klagserzählung genannte Betrag von 22.925,10 S aus den dort angeführten Gründen zu Unrecht begehrt, weil dieser Betrag mit dem Hauptanbot abgegolten war.

Zu 3 gebühren die dort verrechneten Materialpreiserhöhungen im Ausmaß von zusammen 286.098,64 S aus den in der Klage angeführten Gründen nicht.

Alle übrigen Klagspositionen sind hingegen nicht berechtigt. Die Summe der Klagsposten zu 1 a, 2 a, 2 I und 3 ergibt den Betrag von 371.352,74 S, was zuzüglich 16 % Umsatzsteuer den Betrag von 430.769,18 S ergibt.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Ansicht, daß die klagende Partei gemäß 1431 ABGB zur Rückforderung der vier Fehlbeträge berechtigt sei. Als die klagende Partei ihre letzte Zahlung geleistet habe, habe zwischen den Streitteilen schon festgestanden, daß Rechnungsdifferenzen bestünden, so daß hier keine Anerkennung erfolgt sei.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der klagenden Partei nicht Folge, änderte jedoch das Urteil des Erstgerichtes infolge Berufung der beklagten Partei dahin ab, daß die Klage zur Gänze abgewiesen wurde.

Das Berufungsgericht übernahm die Berechnungen des Erstgerichtes zu den einzelnen Differenzbeträgen, ausgenommen der Klagspost 2 b (= Position 3.1, 3.2, 3.3 der Rechnung Nr. 494) und die Klagspost 3 (= Rechnung Nr. 495).

Im übrigen ging das Berufungsgericht von den Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes aus und gelangte auf Grund derselben zu folgender Rechtsansicht:

Auf die Auftragserteilung sei gemäß § 867 ABGB die Bestimmung des § 60 Abs. 1 des Vorarlberger Gemeindegesetzes anzuwenden, so daß alle Nachtragsaufträge der Beschlußfassung des Gemeindevorstandes oder der Gemeindevertretung bedurft hätten. Da aber die von der klagenden Partei bevollmächtigte Bürogemeinschaft Z\*\*\*-I\*\*\* und der von der klagenden Partei bestellte Stadtbaumeister sich so verhalten hätten, daß die erstbeklagte Partei von der Auftragserteilung ausgehen habe müssen, seien auch die Nachtragsarbeiten als genehmigt anzusehen. Den Vorteil aus einer allfälligen Vollmachtsüberschreitung habe sich die klagende Partei zugewendet.

Der Klagsanspruch sei aber unberechtigt, weil der klagenden Partei überhaupt kein Rückforderungsanspruch nach § 1431 ABGB zustehe. Als nämlich die klagende Partei ihre letzte Zahlung geleistet habe, habe sie sich die Rückforderung nicht vorbehalten. Ein solcher Vorbehalt wäre aber wegen der umfangreichen Verhandlungen nötig gewesen. Daß die klagende Partei bei der letzten Zahlung nur 2/3 des damals vermeintlich offenen Betrages zahlen habe wollen, hätte der erstbeklagten Partei ebenfalls mitgeteilt werden müssen.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichtes erhebt die klagende Partei Revision wegen Aktenwidrigkeit, Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne einer gänzlichen Klagsstattgebung abzuändern oder es aufzuheben.

Die beklagten Parteien beantragten, der Revision nicht Folge zu geben, welchem Antrag sich auch der Nebenintervenient ausdrücklich anschloß.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revision kommt teilweise Berechtigung zu.

Zu den Revisionsgründen der Aktenwidrigkeit und der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens muß nicht Stellung genommen werden, da den dort angeschnittenen Fragen aus folgenden rechtlichen Überlegungen keine Bedeutung zukommt.

Es kann offen bleiben, welche Aufträge und Nachtragsaufträge die klagende Partei im einzelnen wirklich formgültig bindend erteilt hat, welche allenfalls zusätzlichen Arbeiten von der erstbeklagten Partei zum Vorteil der klagenden Partei geleistet wurden, welche Beträge insgesamt angemessen wären, aber auch inwieweit die klagende Partei bei ihren einzelnen Zahlungen einem Irrtum unterlag und welche Vorbehalte sie anlässlich ihrer Zahlungen gegenüber der erstbeklagten Partei machen hätte müssen, um sich einen allfälligen Rückforderungsanspruch zu sichern.

Nach Ansicht des Revisionsgerichtes kam es nämlich zwischen der klagenden Partei und der erstbeklagten Partei im Zusammenhang mit der Einholung des Gutachtens durch Dipl.Ing. K\*\*\*, der Erstellung neuer Schlußrechnungen und der anschließend daran geführten Korrespondenz zu einem für die Streitteile bindenden Vergleichsabschluß.

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen haben die Streitteile zwar nicht durch ausdrückliche Vereinbarung einen Vergleich abgeschlossen. Der Vergleich bedarf aber zu seiner Gültigkeit keiner bestimmten Form und kann daher auch schlüssig zustandekommen (Ehrenzweig 2 I/1, 357, Ertl in Rummel Rz 6 zu § 1380 ABGB, vgl. Entscheidungen wie JBl. 1958, 44 und SZ 42/154).

Dies ist aber im vorliegenden Fall jedenfalls geschehen. Daß vor der Beiziehung des Gutachters Dipl.Ing.K\*\*\* zwischen den Streitteilen streitige und zweifelhafte Rechtsverhältnisse über die Höhe der geschuldeten Baukostenbeträge im Sinne des § 1380 ABGB bestanden, liegt auf der Hand und wird insbesondere auch von der klagenden Partei selbst behauptet ("Richtigkeit" der Schlußrechnung "bezweifelt" S 2 d.A. "Abrechnungsdifferenzen", S 3 d.A.). Gerade deshalb hat sie ja offenbar (mit Beschluß vom 5.Jänner 1976) Dipl.Ing.K\*\*\* mit der Erstellung eines Gutachtens beauftragt.

Nach den getroffenen Feststellungen hat sich sodann die erstbeklagte Partei dem (vom Gemeinderat in Auftrag gegebenen) Gutachten des Dipl.Ing.K\*\*\* unter der Bedingung unterworfen, daß auch die klagende Partei demselben zustimme. Diese Zustimmung hat die klagende Partei aber - abgesehen von der festgestellten Zusicherung des Bürgermeisters - unter anderem jedenfalls mit ihrem Schreiben vom 19.April 1978, Beilage F, konkludent erteilt, so daß damit der Vergleichsabschluß perfekt geworden ist. Wer immer im einzelnen für die klagende Partei verhandlungs- und abschlußberechtigt sein sollte, die klagende Partei durfte nicht durch dieses Schreiben bei der erstbeklagten Partei den Eindruck erwecken, auch sie anerkenne jetzt das Gutachten des Dipl.Ing.K\*\*\*, so daß die einzige Differenz zwischen den Streitteilen nur mehr darin bestehe, daß der klagenden Partei ihrer Auffassung nach noch ein Betrag von 64.012,64 S zustehe, weil die diesbezügliche Zinsforderung der erstbeklagten Partei nicht anerkannt werde. Wenn in diesem Schreiben von einem "später durchzuführenden Kontoausgleich" die Rede ist, so bezieht sich dieser Vermerk dem ganzen Zusammenhange nach ausschließlich auf diesen noch offenen Betrag von 64.012,64 S, aber nicht darauf, daß auch sonst noch Rückforderungsansprüche geltend gemacht würden. Über diesen Betrag von 64.012,64 S hinaus, der ja mit der Abrechnungssumme nichts zu tun hat, kann daher die klagende Partei keine Forderungen mehr an die beklagten Parteien stellen. Durch den Vergleich trat nämlich die sogenannte Bereinigungswirkung ein. Der Umfang der Bereinigungswirkung ist auf Grund des Parteiwillens zu ermitteln (EFSlg. 33.838). Gemäß § 1385 ABGB kann ein Vergleich später wegen dieser Bereinigungswirkung nicht schon deshalb angefochten werden, weil eine der Parteien erkennt, sie habe sich über den Umfang ihrer Rechte geirrt oder es ließe sich jetzt der verglichene Streitpunkt mit einem für sie günstigeren Ergebnis beweisen (Koziol-Welser 7 I 259 f). Eine Anfechtung kommt vielmehr nur wegen eines gemeinsamen Irrtums über wesentliche Vergleichsgrundlagen oder wegen arglistiger Irreführung in Betracht (Ertl in Rummel Rz 1 zu § 1385 ABGB, Entscheidungen wie SZ 47/8, SZ 47/102). Keine der mit der vorliegenden Klage im einzelnen geltend gemachten Positionen erfüllt aber diese Voraussetzungen. Es war nie so, daß die erstbeklagte Partei für nicht erbrachte Leistungen in Täuschungsabsicht Beträge in Rechnung stellte oder für erbrachte Leistungen mehrfach Beträge in Rechnung stellte, sondern es war durchwegs so, daß es um Auslegungsfragen ging, zB ob eine Sache im Hauptauftrag enthalten sei oder als Nachtragsauftrag zu gelten habe, ob Preisansätze nach einem Anbot oder auf Grund anderer Ansätze gebühren usw (vgl. dazu ausdrücklich auch die Aussage des Sachverständigen M\*\*\* S 237 d.A.).

Offen bleibt damit nur, ob der klagenden Partei der schon mehrfach erwähnte Betrag von 64.012,64 S zuzusprechen ist oder nicht. Die klagende Partei hat diesbezüglich immerhin vorgetragen, aus den korrigierten, wenn auch von der klagenden Partei nicht anerkannten (dieser Prozeßstandpunkt ist im Sinne der obigen Ausführungen dadurch widerlegt, daß ein Vergleich zustandekam) Schlußrechnungen habe sich ein Guthaben von 121.341,93 S zu ihren Gunsten ergeben, auf das die erstbeklagte Partei nur 57.329,29 S bezahlt habe (Klagserzählung S 4 d.A.). Es ist daher davon auszugehen, daß die klagende Partei hilfsweise auch den sozusagen jedenfalls gebührenden Betrag von 64.012,64 S geltend machte. Umgekehrt haben die beklagten Parteien bei Darstellung ihrer Gegenforderung auf einen offenen Verzugszinsbetrag nicht Bezug genommen. Sie erklärten, daß sie sich an den Vergleich halten wollten und erhoben nur für den Fall, als der Vergleich nicht zustandegekommen sein sollte, die Einrede, daß dann auch sie sich nicht mehr mit den im einzelnen verglichenen Beträgen begnügen müssen. Ausdrücklich machten sie dabei nur die Differenz zwischen dem ersten Rechnungsbetrag und dem reduzierten Rechnungsbetrag als Gegenforderung geltend (S 21 und 31 d.A.). Die Verzugszinsforderung der erstbeklagten Partei war also zwar sicher nicht vom Vergleich erfaßt (vgl. das Gutachten von Dipl.Ing.K\*\*\*, Beilage 8, S 3, und die Vermerke auf den Rechnungen Beilagen C, D und E), sie wurde aber in diesem Verfahren von den beklagten Parteien nicht mehr geltend gemacht, so daß es auch nicht erforderlich ist, ihre Berechtigung zu prüfen.

Dies führt dazu, daß der Klage in teilweiser Abänderung des Urteiles des Berufungsgerichtes mit dem aus dem Vergleich noch offenen Betrag von 64.012,69 S stattzugeben ist. Aus diesem Betrag gebühren 4 % Zinsen erst seit 20.April 1978 (anzunehmender Tag des Erhaltes des Schreibens Beilage F), weil eine frühere Fälligkeit nicht erwiesen ist, und für einen höheren Zinssatz mangels Verschuldens der beklagten Parteien am Zahlungsverzug keine Grundlage besteht. Hinsichtlich des Mehrbegehrens erweist sich hingegen die Revision der klagenden Partei als unbegründet. Bei diesem Prozeßausgang ist die klagende Partei nur mit etwa 1/14 durchgedrungen, so daß die klagende Partei den beklagten Parteien und dem Nebenintervenienten gemäß §§ 50, 43 Abs. 1 ZPO 12/14 oder 6/7 ihrer Kosten aller drei Instanzen zu ersetzen hat.

#### **Anmerkung**

E09789

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1986:0030OB00583.86.1203.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19861203\_OGH0002\_0030OB00583\_8600000\_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)