

# TE OGH 1986/9/16 5Ob580/85

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 16.09.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Klinger und Dr. Schlosser als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F. W\*\*\* Gesellschaft m.b.H., Wehlistraße 29, 1200 Wien, vertreten durch Dr. Georg Kahlig, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei R\*\*\* Baugesellschaft m.b.H., Albertgasse 33, 1080 Wien, vertreten durch Dr. Kurt Waneck, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 1.710.458,30 samt Anhang, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 18. April 1985, GZ. 1 R 9/85-19, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 10. Oktober 1984, GZ. 17 Cg 1/84-15, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S 21.270,53 (darin S 1.750,50 Umsatzsteuer und S 2.400,- Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen vierzehn Tagen bei Exekution zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die beklagte Baugesellschaft m.b.H. beauftragte als geschäftsführende Gesellschafterin der Arbeitsgemeinschaft "Wohnpark Alt-Erlaa Block C" am 15.10.1982 die klagende Baugesellschaft m.b.H. mit Innenausbauarbeiten. Die Klägerin sollte Leichtwände als Zwischenwände zur Trennung der Räume innerhalb der einzelnen Wohnungen und Schallschutzwände zur Abtrennung von Wohnungsräumen gegenüber anderen Wohnungen oder dem Hausflur herstellen. Nach Inhalt des auf der Grundlage der ausführlichen Leistungsbeschreibung erteilten Auftrages hieß es in Position 06.0309-L "Leichtwände in Metallständerbauweise System....hohl für voll gemessen samt Aussparen von Tür- und sonstigen Öffnungen.....", in Position 06.0310 "Schallschutzwand, Leichtwände in Metallständerbauweise...hohl für voll gemessen samt Aussparen von Tür- und sonstigen Öffnungen" und in Position 06.0912 "Verkleidung von Wänden jeder Art mit Gipskartonplatten....verrechnet nach tatsächlich verkleideter Wandfläche".

Die Klägerin begeht von der Beklagten die Zahlung von S 1.710.458,30 samt Zinsen, weil sie nach dem zustande gekommenen Werkvertrag berechtigt gewesen sei, die hergestellten Wände ungeachtet verbliebener Öffnungen "hohl für voll gemessen" durchzurechnen, als ob die Öffnungen nicht vorhanden seien, die Arbeitsgemeinschaft jedoch vom Werklohn zu Unrecht die Ausmaße der Öffnungen in Abzug gebracht habe. Die Textierung der Leistungsbeschreibung stamme von der Beklagten, der bekannt war, daß die Klägerin nicht mit dem Versetzen von Türstöcken betraut wurde, aber ihre Auffassung, daß die Aussparung von Tür- und sonstigen Öffnungen nicht mit verrechnet werden solle, im Text der Leistungsbeschreibung nicht deutlich ausgedrückt habe. Die Klägerin habe deshalb ihre Kalkulation auf der Annahme aufgebaut, daß sie "hohl für voll gemessen" verrechnen könne und einen Abschlag von 13 % vorgenommen.

Die Beklagte habe ihr Schadenersatz zu leisten. Sie fechte den Werkvertrag an und verlange die Vertragsanpassung, daß die Einheitspreise für die Leistungen nach den Positionen 06.0309-L und 06.0310 der Leistungsbeschreibung um 13 % erhöht werden.

Die Beklagte trat dem Begehrten mit dem Einwand entgegen, die Verrechnung "hohl für voll gemessen" erfolge nach Handelsbrauch nur, wenn der Unternehmer die Türstöcke versetze und die Stürze herstelle. Bei den Leichtbauwänden, die von der Klägerin herzustellen gewesen seien, seien nicht "Tür- oder sonstige Öffnungen" herzustellen gewesen sondern Wandunterbrechungen vorgesehen, in welche von einem anderen beauftragten Unternehmer vom Boden bis zur Decke reichende Holz-Glas-Wandelemente einzubauen waren. Sie habe sich bei Verwendung der Leistungsbeschreibung des Bauherrn G\*\*\* Gemeinnützige Siedlungs- und Baugesellschaft m.b.H. keiner undeutlichen Ausdrucksweise bedient. Die Abzüge an Werklohn für die für Wandunterbrechungen in Rechnung gestellten Leistungen seien berechtigt vorgenommen worden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehrten ab.

Es stellte im wesentlichen noch fest:

Bei Verrechnung "hohl für voll gemessen" wird der Mehraufwand für das Aussparen von Tür- und sonstigen Öffnungen dadurch vergütet, daß die Wandflächen ungeachtet der Aussparungen voll durchgerechnet werden und gelegentliches Versetzen von Türstöcken vom Auftrag erfaßt ist, auch wenn dies in den Auftragsunterlagen nicht zum Ausdruck kommt. Im Baugewerbe bestand zur Zeit des Vertragsabschlusses der Handelsbrauch laut ÖNORM B 2206, daß Ständerwände unabhängig von der Größe der Öffnungen oder Aussparungen "hohl für voll" abzurechnen sind, daß aber das Versetzen von Türstöcken nur dann gesondert zu verrechnen ist, wenn die Öffnungen vom Ausmaß abgezogen werden. In den einschlägigen Fachkreisen wurde einheitlich der Oberbegriff "Auslassung" für alle Stellen, an denen Wände nicht oder nicht durchgehend errichtet werden, einerseits für "Durchbrechungen, Ausnehmungen, Öffnungen und Aussparungen" andererseits für "Unterbrechungen" gebraucht, wobei erstere sich innerhalb der Wand befinden, also an mindestens drei Seiten von Wandfläche umschlossen werden, letztere Unterbrechungen darstellen, die vom Boden bis zur Decke reichen, also eine Wand überhaupt nicht hergestellt wird, gleich, wie weit die Wandenden voneinander entfernt sind und ob in die Unterbrechung später andere Wandkonstruktionselemente eingesetzt werden. Es war beiden Teilen bei den Besprechungen vor Auftragsteilung klar, daß in alle Wandunterbrechungen ein von einem anderen Unternehmer einzusetzendes Holz-Glas-Element komme. Die einzelne Leistungspositionen wurden nicht erörtert. Eine besondere Umschreibung der "Tür- und sonstigen Öffnungen" erfolgte nicht. Die Klägerin errichtete planmäßig die Zwischenwände mit den Wandunterbrechungen. In diese Wandunterbrechungen setzte ein anderer Unternehmer die Wandelemente ein, die Türrahmen, Türe und ein in das Element eingearbeitetes oberes Glasfeld umfassen. Soweit die Klägerin Trennwände zum Gang errichtete, hat sie die nötigen Türöffnungen mit den Türstöcken versehen. Die Klägerin verrechnete in ihren Teilrechnungen Material und Arbeit auch für die Flächen, die zwischen zwei benachbarten Gipskartonständewänden für das Holz-Glas-Element frei blieben. Die Arbeitsgemeinschaft, der dieser Umstand zunächst nicht aufgefallen war, bezahlte die Forderungen nach den Teilrechnungen 1 bis 3, nahm aber dann rückwirkend einen Abzug für diese verrechneten Wandunterbrechungen vor. Die Klägerin protestierte gegen den Abzug mit dem Hinweis, sie habe aufgrund der Leistungsbeschreibung ihre Kalkulation so erstellt, daß sie alle Leicht- und Schallschutzwände "hohl für voll gemessen" verrechne.

Das Erstgericht kam zu dem Ergebnis seiner rechtlichen Beurteilung, daß nach Treu und Glauben die nicht gesondert erörterte Leistungsbeschreibung im Sinne der in den einschlägigen Fachkreisen entwickelten und vereinheitlichten Technologie so zu verstehen sei, daß sich die Verrechnungsart "hohl für voll gemessen" nicht auf die Wandunterbrechungen der Leichtbauwände bezogen hat und daher die für die im Baugewerbe tätige Klägerin unmißverständliche Formulierung der Leistungsbeschreibung nicht für ihren Kalkulationsirrtum verantwortlich gemacht werden könne.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil, das die Klägerin nur aus den Berufungsgründen der Mängelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtigen Beweiswürdigung angefochten hatte. Da ein Antrag auf Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung nicht vorlag, entschied die zweite Instanz in nichtöffentlicher Sitzung. Sie hielt die von der Berufungswerberin beantragte Beweiswiederholung und Beweisergänzung für entbehrlich, verneinte das Vorliegen der behaupteten Mängel des Verfahrens erster Instanz und hielt auch die Beziehung eines weiteren

Sachverständigen nicht für geboten. Das Berufungsgericht erachtete die Beweiswürdigung des Erstrichters für unbedenklich und verwarf daher nach eingehender Auseinandersetzung mit allen vorgetragenen Einwänden auch die Beweisrüge der Klägerin.

Dieses Urteil des Berufungsgerichtes bekämpft die Klägerin mit ihrer Revision. Sie macht geltend, das Berufungsverfahren leide an einem Mangel, welcher, ohne Nichtigkeit zu bewirken, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu hindern geeignet war (§ 503 Abs.1 Z 2 ZPO), und dem Urteil des Berufungsgerichtes sei in einem wesentlichen Punkte eine tatsächliche Voraussetzung zugrunde gelegt, welche mit den Prozeßakten erster oder zweiter Instanz im Widerspruch stehe (§ 503 Abs.1 Z 3 ZPO). Die Klägerin beantragt, die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache zu neuer Verhandlung und Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Prozeßgericht erster Instanz zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht begründet.

Nach § 510 Abs.3 Satz 2 ZPO bedarf die Beurteilung, daß eine geltend gemachte Mängelhaftigkeit oder Aktenwidrigkeit nicht vorliegt, zwar keiner Begründung, doch sei, weil hier nur diese Revisionsgründe und zwar sehr breit geltend gemacht wurden, zu diesen Ausführungen bemerkt:

Einen Verfahrensmangel erblickt die Revisionswerberin in der Unterlassung der Anordnung einer mündlichen Berufungsverhandlung, obwohl die Klägerin beantragt hatte, die in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahme zu wiederholen und zu ergänzen und mit ihrer Berufung eine Urkunde (eine Ausführungszeichnung zum Geschoß 09 im Block C für den Wohnpark Alt Erlaa vom 27.3.1981) vorgelegt hatte, deren Verlesung allein schon die mündliche Berufungsverhandlung erfordert hätte. Von der Durchführung dieser Verhandlung habe das Berufungsgericht nur absehen dürfen, wenn es zuvor nach § 474 Abs.2 ZPO fruchtlos zur Verbesserung beauftragt habe. Dies trifft nicht zu. Hat weder der Berufungswerber in der Berufungsschrift noch der Berufungsgegner in der zur Erstattung der Berufungsbeantwortung offenstehenden Frist die Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung ausdrücklich beantragt, so wird angenommen, daß die Parteien von ihrem Recht Gebrauch machen, auf die Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Berufungsverhandlung zu verzichten und es wird, wenn nicht dem Berufungsgericht im einzelnen Fall die Anordnung einer mündlichen Verhandlung erforderlich erscheint, über die Berufung in nichtöffentlicher Sitzung entschieden. Der Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung muß nicht wörtlich gestellt werden. So wurde etwa der Antrag, das Berufungsgericht "wolle in der mündlichen Berufungsverhandlung eventuell nach Beweiswiederholung, jedenfalls nach Verfahrensergänzung das angefochtene Urteil abändern", als genügend angesehen, aber doch betont, daß hinsichtlich des Begehrens auf Anordnung einer mündlichen Berufungsverhandlung ein strenger Maßstab anzulegen ist (EvBl.1967/118), und daher der bloße Antrag auf Beweiswiederholung als unzureichend betrachtet (Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 1799; SZ 1/110). Der Ansicht, die Unterlassung der Erteilung des Verbesserungsauftrages nach § 84 Abs.3 ZPO, wenn "das Berufungsgericht - zu Unrecht - solche Erklärungen der Partei für nicht ausreichend ansehe", bedeute eine Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 1799), kann in dieser Allgemeinheit nicht beigetreten werden. Von der durch einen Rechtsanwalt vertretenen Partei kann erwartet werden, daß sie sich an die Vorschrift des § 492 Abs.1 ZPO hält, die einen ausdrücklichen Antrag auf Anberaumung der mündlichen Berufungsverhandlung verlangt und an das Unterbleiben eines solchen die Annahme des Verzichtes knüpft. Die Revisionswerberin geht selbst davon aus, daß sie einen Antrag auf Anberaumung der mündlichen Berufungsverhandlung nicht gestellt hat, sonst wäre der von ihr vermißte Verbesserungsauftrag entbehrlich. Ihr unter den Berufungsgründen der Mängelrüge und der Bekämpfung der Beweiswürdigung gestelltes Verlangen nach Beweiswiederholung und Beweisergänzung bringt nicht deutlich genug zum Ausdruck, daß sie jedenfalls eine mündliche Berufungsverhandlung fordert, denn auch bei Annahme des Verzichtes hätte das Berufungsgericht, wenn es nicht bei Vorliegen der Voraussetzungen nach dem § 496 Abs.3 ZPO dem hilfsweise beigefügten Aufhebungsantrag stattgeben wollte, dann eine Berufungsverhandlung anordnen müssen, wenn es die in erster Instanz gepflogene Verhandlung ergänzen wollte. Das Unterbleiben des Antrags auf Anberaumung der mündlichen Berufungsverhandlung kann deshalb nicht als der Verbesserung nach § 84 Abs.3 ZPO zugängliche oder bedürftige Auslassung einer Erklärung angesehen werden, die für den Berufungsschriftsatz vorgeschrieben ist. Den Parteien steht es ja frei, auf die

Anordnung einer Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung über die Berufung zu verzichten, oder eben einen ausdrücklichen zumindest klar ersichtlichen Antrag auf Anberaumung der Tagsatzung zu stellen. In der Annahme des Berufungsgerichtes, daß die Klägerin einen solchen Antrag nicht stellte und daher ihr Verzicht anzunehmen ist, ohne zuvor die Klägerin durch einen Verbesserungsauftrag zur Stellung des nicht vorgeschriebenen Antrags zu veranlassen, liegt daher kein Verfahrensmangel nach § 503 Abs.1 Z 2 ZPO.

Die behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor. Die Revisionswerberin meint nämlich, es bestehe ein Widerspruch zwischen dem Akteninhalt und einer darauf beruhenden wesentlichen Tatsachenfeststellung im Urteil, der nicht das Ergebnis eines richterlichen Werturteils ist, wenn das Berufungsgericht ein Beweisanbot für eine Behauptung vermißte, es sei nach Auftragserteilung eine Umplanung vorgenommen worden, daß statt normaler Türen - und damit der hohl für voll gemessen verrechenbaren Ausnehmungen für die Türen - vom Boden bis zur Decke durchgehende Holz-Glas-Elemente eingesetzt werden. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes sind aber durch den Inhalt des Verhandlungsprotokolls vom 18.9.1984 (ON 14 AS 87) voll gedeckt, zumal aus den auf Türen hinweisenden Einzeichnungen in den Planausschnitten (Anlagen X und XI zum Gutachten ON 10) nicht darauf geschlossen werden kann, daß die Türen in Türstöcke im Verlauf der Zwischenwände und nicht, wie tatsächlich ausgeführt, in die Holz-Glas-Elemente eingehängt werden, sondern nur darstellen, wo Türen und wo unverschließbare Öffnungen vorgesehen sind. Daß aber die Ausführung der Zwischenwände mit Unterbrechungen für die von einem anderen Unternehmer einzusetzenden Holz-Glas-Wand-Elemente schon Gegenstand der Besprechungen vor Auftragserteilung war, ist im Tatsachenbereich festgestellt und einer Überprüfung im Revisionsverfahren entzogen.

Die übrigen Ausführungen der Revisionswerberin stellen lediglich den Versuch dar, in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Vorinstanzen anzugreifen oder Mängel des Verfahrens in erster Instanz aufzuzeigen, deren Vorliegen das Berufungsgericht bereits nach eingehender Erörterung verneint hat. Gegen die Ansicht, bereits in der Berufung ausdrücklich gerügte und vom Berufungsgericht zu Unrecht verneinte Verfahrensmängel des Verfahrens erster Instanz bewirkten ebenfalls die im § 503 Abs.1 Z 2 ZPO umschriebene Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens (Fasching, Zivilprozeßrecht, Rz 1909, und Fasching IV 306 ff) hält der Oberste Gerichtshof seine in ständiger Rechtsprechung vertretene dort angegriffene Rechtsmeinung aufrecht, daß der Verfahrensmangel, den das Berufungsgericht als nicht gegeben ansah, im Revisionsverfahren nicht neuerlich geltend gemacht werden kann (so etwa zuletzt MietSlg. 35.800; MietSlg. 34.772; EFSlg. 46.697; EFSlg. 44.102; SZ 48/142 uva.).

Damit liegt keiner der geltend gemachten Revisionsgründe vor. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E09030

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0050OB00580.85.0916.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860916\_OGH0002\_0050OB00580\_8500000\_000

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