

# TE OGH 2011/3/29 2Ob182/10v

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.03.2011

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr. Baumann als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Veith, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Nowotny und Mag. Dr. Wurdinger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. A\*\*\*\*\*GmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer ua, Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagten Parteien 1. Institut Z\*\*\*\*\* GesmbH & Co KG, 2. Z\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* beide vertreten durch Dr. Klaus-Dieter Strobach ua, Rechtsanwälte in Grieskirchen, wegen 199.610,40 EUR sA, über die Revisionen der Streitteile gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 18. Juni 2010, GZ 6 R 101/10f-91, womit das Teilurteil des Landesgerichts Wels vom 19. März 2010, GZ 5 Cg 52/07g-85, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Beiden Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit 1.694,27 EUR (darin 282,38 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei die mit 2.561,23 EUR (darin 426,87 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Erstbeklagte betreibt vorwiegend eine Kuranstalt, wobei sich auf deren Gelände auch ein für Wohnzwecke genutztes Schloss, eine Gärtnerei und eine Meierei befinden. All diese Objekte werden seit November 2006 mit einer von der klagenden Partei im Auftrag der erstbeklagten Partei auf deren Grundstück errichteten Biomasse-Heizanlage der klagenden Partei zentral versorgt. Als monatliche Akontozahlung wurde ein Nettopreis von 7.009 EUR, darin enthalten unter anderem ein Grundpreis von 4.752 EUR netto, vereinbart.

Die Zweitbeklagte ist die unbeschränkt haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten.

Die Klägerin begehrte zuletzt offene Akontozahlungen von 199.610,40 EUR im Wesentlichen mit dem Vorbringen, die Beklagten leisteten trotz ordnungsgemäßer Wärmelieferung keine Zahlungen. Die Streitteile hätten einen Vertrag über ein Anlagen-Contracting geschlossen, wonach der Erstbeklagten für 15 Jahre Wärme zu einem Grundpreis von 4.752 EUR pro Monat, einem Arbeitspreis von 27,02 EUR/MWh und einem jährlichen Messpreis von 70 EUR geliefert werde. Ein Übergang der Anlage in das Eigentum der Erstbeklagten nach 15 Jahren sei nicht vereinbart worden. Die Anlage entspreche dem Stand der Technik und sei mangelfrei. Die Heizanlage sei auch aufgrund des von den Beklagten zur Verfügung gestellten Datenmaterials richtig dimensioniert worden. Im Übrigen hätte eine

Überdimensionierung keine Auswirkung auf die bezogene Wärmemenge und betreffe nur die eigene Anlage der Klägerin. Auch wenn die eigene Anlage geringer dimensioniert worden wäre, hätte die Klägerin kein geringeres Entgelt akzeptiert.

Die Beklagten wandten ein, der Vertrag sei nicht gehörig erfüllt worden, weshalb ihnen ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß den §§ 1049 ff, 1167, 1170 ABGB zustehe. Die Anlage weise zahlreiche Mängel auf, die zu einem exorbitanten Mehrverbrauch führten und daher den variablen Anteil, der in den Akontozahlungen enthalten sei, erheblich beeinflussten. Die Kesselanlage sei im Übrigen zu groß dimensioniert worden, wodurch die Anschlusskosten (gemeint: monatlicher Grundpreis), die den Beklagten verrechnet würden, zu hoch seien. Die Beklagten seien darüber bei Vertragsabschluss in Irrtum geführt worden. Die Klägerin habe zugesagt, die Anlage werde nach 15 Jahren ohne weiteres Entgelt in das Eigentum der Erstbeklagten übergehen. Der monatliche Grundpreis von 4.752 EUR sei das Ergebnis von Berechnungen, denen einerseits der Anschaffungspreis der Anlage, andererseits die Finanzierungskosten bzw die Laufzeit zugrunde lägen. Bei richtiger Dimensionierung der Anlage wären Investitionskosten von etwa 130.000 EUR eingespart worden, sodass der Grundpreis 25 bis 33 % unter dem vereinbarten läge. Der Klägerin hätten die gravierenden Dimensionierungsfehler bei der Projektierung jedenfalls auffallen müssen. Auch der Mangel der Überdimensionierung berechtige die Beklagten zur Zurückhaltung des gesamten Entgelts, in eventu jedenfalls zur Zurückbehaltung des anteiligen Entgelts, insbesondere auf Basis von Gewährleistungs- und Preisminderungsansprüchen. Die Beklagten wandten Gegenforderungen von 56.654,99 EUR ein.

Das Erstgericht gab mit Teilurteil dem Klagebegehren mit 172.250,40 EUR samt Staffelzinsen statt und wies das Mehrbegehren von 27.360 EUR samt Staffelzinsen ab. Es traf folgende Feststellungen:

Früher wurden die Objekte mit Ölkkesselanlagen, die nach wie vor vorhanden sind, beheizt. Bereits in den Jahren 2003 bis 2005 dachte man bei den Beklagten insbesondere aus Umweltgründen darüber nach, die bestehenden Ölkkesselanlagen auszutauschen. Die Beklagten beauftragten Dr. O\*\*\*\*\* S\*\*\*\*\*, für eine Biomasse-Heizanlage eine Wirtschaftlichkeitsprüfung vorzunehmen. Dieser verschaffte sich einen Überblick, wo die einzelnen bestehenden Leitungen verlaufen, er ließ sich den Ist-Zustand zeigen und prüfte, wo die neue Anlage hingebaut werden könnte und welche Nebengebäude integriert werden sollten. Er beauftragte das technische Büro Ing. H\*\*\*\*\* Sc\*\*\*\*\*, das das Konzept vom 11. 4. 2006 für das Ingenieurbüro S\*\*\*\*\* OEG erstellte.

Unter Zugrundelegung von 115.000 l bzw kg Heizöl wurde ein tatsächlicher jährlicher Energiebedarf von 975 bzw 1.000 MWh berechnet. Der Ist-Zustand wurde wie folgt erhoben und im Konzept vermerkt (entsprach den tatsächlichen Gegebenheiten):

Kessel Kurhaus	750 kW
Kessel Schloss	200 kW
Kessel Labor/Gärtnerei	120 kW
gesamt	1.070 kW.

Das Ingenieurbüro S\*\*\*\*\* OEG bzw das technische Büro Ing. H\*\*\*\*\* Sc\*\*\*\*\*, empfahl den Beklagten, die erforderliche Heizlast auf zwei Hackgut-Heizkessel mit einer Leistung von jeweils ca 500 kW aufzuteilen. Dazu sollte ein Pufferspeicher mit ca 12.000 l Inhalt geschaltet werden. Die bestehenden Ölkkessel waren laut dieser Studie nicht als Spitzenlastabdeckung, sondern lediglich als Ausfallsicherheit einzubinden.

Insbesondere war es der ausdrückliche Wunsch der Beklagten, dass mit den bestehenden Ölkkesseln nicht mehr dazu geheizt werden sollte. Diese sollten nur mehr in einer Art Standby-Betrieb gehalten werden und nur bei extremer Situation für die Spitzenlast herangezogen werden. Laut Konzept war die Einbindung der Ölkkessel derart vorgesehen, dass beim Kurhaus eine automatische Umschaltung auf Ölkkessel, beim Schloss und beim Labor bzw der Gärtnerei eine händische Umschaltung auf Notversorgung durch die bestehenden Ölkkessel angebracht werden sollte.

Die Beklagten einigten sich mit dem Ingenieurbüro S\*\*\*\*\*, dass ein Contracting-Modell angeboten werden sollte und die Investitionskosten daher nicht von den Beklagten selbst getragen werden. Das Ingenieurbüro S\*\*\*\*\* nannte die Klägerin als Contractor, weshalb diese bei der Ausarbeitung der Kosten des Contracting-Modells für diese Biomasse-Heizungsanlage miteinbezogen wurde. Die Klägerin erstellte über Anfrage und unter Zugrundelegung der oben dargelegten Ausgangsdaten eine mit 7. 4. 2006 datierte Kostenschätzung. Danach kam die Klägerin auf einen Grundpreis von 4.934 EUR pro Monat, einen Arbeitspreis von 27,02 EUR/MWh und einen Messpreis von 70 EUR pro

Jahr bei 15-jähriger Laufzeit der Wärmelieferung und den zu tätigen Investitionen sowie Aufwendungen.

Da den Beklagten dies zu teuer war, änderte die Klägerin daraufhin die Daten so ab, dass mit je einem Heizkessel mit 500 kW und mit 320 kW und mit einem Pufferspeicher mit 10.000 l das Auslangen gefunden werden konnte. Die Biomasse-Heizungsanlage wurde so errichtet. Am 28. 6. 2006 wurde folgender Vorvertrag zwischen den Parteien unterfertigt:

„Vorvertrag-Anlagencontracting Institut Z\*\*\*\*\*:

Bei 15jähriger Laufzeit der Wärmelieferung und den zu tätigen Investitionen und Aufwendungen ergibt sich folgende Preisgestaltung:

GRUNDPREIS: € 4.752,--/Monat

ARBEITSPREIS: € 27,02/MWh

MESSPREIS € 70,--/Jahr

Der Grundpreis beinhaltet:

- Die Bereitstellung und Errichtung des Heizwerks samt technischer Ausrüstung inkl. Umbau Gebäude, Anlagentechnik (500 kW und 320 kW Kesselanlage, 2 Schubböden, schnecke Querförderung), Kaminanlage, Wärmeverteileitungen, Anbindung an bestehende Anlage.

- Sämtliche technischen, organisatorischen und verwaltungstechnischen Aufwendungen wie Betriebsführung, Wartung - Service, anfallende Reparaturen, Instandhaltung, etc.

Der Grundpreis ist unabhängig vom Wärmeverbrauch, Änderungen des Grundpreises ergeben sich nur durch Indexanpassungen.

Der Arbeitspreis beinhaltet:

- Sämtliche Kosten für Brennstoff, Brennstoffbezug, Betriebs- und Hilfsmittel, etc.

Die Abrechnung der verbrauchten Wärme erfolgt anhand eines geeichten Wärmemengenzählers im Heizhaus.

Änderungen des Arbeitspreises ergeben sich nur durch Indexanpassungen.

Der Messpreis deckt die Kosten für Eichung und Ablesung der Wärmemengenmessung.

...

Bauseitige Leistungen:

- Sicherstellung und Freihaltung der Zu- und Abfahrt zum Brennstofflager inkl Schneeräumung im Winter.

- Übernahme der Brennstoffanlieferungen und Durchführung der Brennstoffbeschickung in den Brennstoffbunker.

- Betriebsführung vor Ort:

Inspektion, Reinigung, Wartung gemäß Angaben Kesselhersteller, Ascheentleerung und Entsorgung.

- Bereitstellung von Strom-, Wasser-, Telefon-, Kanalanschluss (falls von Behörde vorgeschrieben), nach Möglichkeit Internetanbindung (Kabel), im Heizhaus inkl allfälliger Anschlussgebühren und laufender Gebühren und Verbrauchskosten.

- Instandhaltung, Betrieb, Wartung der bestehenden Ölanlagen für den Einsatz zur Spitzenlastabdeckung und als Ausfallssicherheit.

- Instandhaltung Gebäude

- Einbeziehung der Biomasse-Anlage in die bestehende Gebäudeversicherung und Vinkulierung der Leistungen an den Contractor.

- sekundärseitige hydraulische und regelungstechnische Adaptionen.

...

Ergänzende Vereinbarungen

...

- Das gegenständliche Anlagenkonzept wurde gemeinsam vom Institut Z\*\*\*\*\* [Erstbeklagte], Ingenieurbüro S\*\*\*\*\* und Ing. A\*\*\*\*\* GmbH [Klägerin] festgelegt.

..."

Es wurde eine monatliche Akontozahlung von 8.410,80 EUR brutto, somit 7.009 EUR netto, vereinbart, darin enthalten der Grundpreis von netto 4.752 EUR. Dass die Heizkosten bei gleicher Witterung und gleichem Heizbedarf jährlich 84.000 EUR netto nicht übertreffen dürften, wurde nicht vereinbart. Die bestehenden Ölkkesselanlagen waren nur als Spitzenlastabdeckung gedacht, wenn es über 820 kW hinausgeht, andernfalls war die Anlage groß genug, um Kuranstalt, Schloss und Gärtnerei mit Wärme zu versorgen.

Die Klägerin ging von einem tatsächlichen Energiebedarf der Beklagten von 975 bzw 1.000 MWh im Jahr aus, weil sie nur die Angabe von 115.000 l bzw 115.000 kg Heizölverbrauch im Jahr zur Berechnung herangezogen hatte. Die Kesselleistungen wurden sowohl vom technischen Büro Ing. H. Sc\*\*\*\*\* als auch von der Klägerin nur über die bestehenden Ölkkessel Leistungen ausgelegt. Richtigerweise hätte überprüft werden müssen, ob die installierte Kesselleistung der Ölanlage mit dem jährlichen Ölverbrauch zusammenpasst. Dann wäre erkannt worden, dass zu wenig Vollastbetriebsstunden für die Anlage bestehen und daher eine Überdimensionierung vorliegt. Ausgehend von den ca 1.000 MWh hätte eine Kesselleistung von 450 kW ausgereicht.

Tatsächlich liegt nun der jährliche Energieverbrauch zwischen 1.300 und 1.500 MWh. Unter Zugrundelegung des tatsächlich benötigten durchschnittlichen Jahresenergieverbrauchs von 1.400 MWh ergibt sich unter Berücksichtigung des Umstands, dass eine monovalente Holzfeuerungsanlage betrieben wird, eine Kesselleistung von 630 kW.

Bei einer bivalenten Holzfeuerungsanlage mit Speicher würde ein Kessel mit 225 kW (1.000 Mwh) und mit 315 kW (1.400 MWh) reichen. Die Biomasse-Heizung würde ca 94 bis 96 % des Jahresswärmebedarfs abdecken und der Rest (Spitzenbedarf) müsste durch den Betrieb der Ölanlage gedeckt werden. Grob geschätzt ist somit die Ölanlage ein paar Tage im Jahr in Betrieb.

Bei der gegenständlichen Biomasse-Heizungsanlage handelt es sich um eine monovalente Holzfeuerungsanlage, sie wird ausschließlich verwendet und die bestehende Ölheizung nur als Ausfallsicherheit oder Notversorgung bzw für den Fall, wenn 820 kW bei der Biomasseanlage erreicht werden, dazugeschaltet. Das Gegenstück dazu ist eine bivalente Holzfeuerungsanlage, bei der die bestehende Ölanlage zur Spitzenlastabdeckung verwendet wird.

Ausgehend vom tatsächlichen durchschnittlichen jährlichen Energieverbrauch von 1.400 MWh und ausgehend von der Errichtung einer monovalenten Holzfeuerungsanlage von 630 kW wird die Installation von zwei Kesseln empfohlen, da ein Kessel allein mit 500 kW und Pufferspeicher andernfalls ständig über seine Nennleistung betrieben werden müsste und dabei Probleme betreffend Gewährleistung vom Hersteller auftreten könnten. Bei 630 kW notwendiger Kesselleistung müsste ein Kessel mit 500 kW und einer mit 150 kW errichtet werden. Es ergeben sich dabei gesamte Investitionskosten von 412.395,23 EUR. Im Rahmen eines Contracting-Modells sind für die Berechnung des Grundpreises mit dieser Kesselleistung folgende Angaben festzulegen:

Kesselwirkungsgrad: 85 %

Trassenlänge: 285 m

Trassenlänge mit Hausanschlüssen: 300 m

Temperaturspreizung: 25 Grad C

Messpreis: 70 EUR pro Jahr (auf kW umgerechnet)

Arbeitspreis: 27,02 EUR/MWh

Förderquote: im Durchschnitt 32 %

spezifischer Stromverbrauch: 10 kWh/MWh

Stromkosten: 0,15 EUR/kWh

jährliche sonstigen Kosten: 0,5 % (vorwiegend Versicherungen, hauptsächlich Brandschutzversicherung)

spezifische Personalkosten (exkl Instandhaltung): 4,2 MWh bezogen auf die verkaufte Wärme

Zinsen langfristiger Kredit: 6 %

Laufzeit langfristiger Kredit: 15 Jahre

Unter Zugrundelegung der obigen Angaben sowie der gesamten Investitionskosten von 412.395,23 EUR sowie eines Jahresenergieverbrauchs von 1.400 MWh ergibt sich dann der Grundpreis wie folgt:

Variante 1:

monatlich 3.558,33 EUR;

Variante 2:

exklusive aller Personalkosten (- 4,2 EUR/MWh) monatlich 3.068,33 EUR;

Variante 3:

exklusive aller Personalkosten und sonstiger Kosten (- 0,5 %) monatlich 2.896,83 EUR.

Der hier noch nicht hinzugerechnete kalkulatorische Gewinn beträgt bei derartigen Anlagen je nach Anlagengröße durchschnittlich zwischen 10 und 25 %. Bei der vorhandenen monovalenten Lösung wäre mit großer Wahrscheinlichkeit eine Förderung von durchschnittlich 32 % ausgegeben worden.

Bei Hinzurechnung des kalkulatorischen Gewinns und unter Berücksichtigung des Umstands, dass im ersten Jahr die Feuerversicherung noch ausschließlich von den Beklagten getragen wurde und erst ab dem 1. 1. 2008 hier Differenzen bestanden, ergibt sich laut Variante 1 ein Grundpreis von 4.152 EUR netto (§ 273 ZPO). Die Differenz zum tatsächlich in Rechnung gestellten Nettogrundpreis von 4.752 EUR liegt somit bei 600 EUR monatlich.

Ginge man laut Konzept Ing. H\*\*\*\*\* Sc\*\*\*\*\* bzw S\*\*\*\*\* und laut Berechnung der Klägerin von einem Jahresenergiebedarf von 1.000 MWh aus, so wäre bei einer monovalenten Heizungsanlage lediglich eine Kesselteilung von 450 kW und somit nur ein Kessel notwendig gewesen. Die gesamten Investitionskosten wären bei ca 325.000 EUR gelegen und der monatliche Nettogrundpreis ohne kalkulatorischen Gewinn hätte unter Zugrundelegung obiger Angaben zwischen 2.834 EUR bis 2.979 EUR ergeben.

Das beim Lokalaugenschein vorgefundene Brennmaterial (Hackschnitzel) entsprach nicht dem vom Kesselhersteller geforderten G 50. Laut ÖNORM M7133 betragen die zulässigen Extremwerte für G 50 12 cm Länge und 5 cm<sup>2</sup> im Querschnitt. Gefunden wurden mehrere Stücke mit größerer Länge, was häufiger zu Verstopfungen in den Transporteinrichtungen und dadurch zu Störungen führt. Des Weiteren ergab sich ein hoher Erd- und Sandanteil im Hackgut, was zu einer stärkeren Abnutzung der Heizanlage mit Fördereinrichtung führt. Dieses verwendete Brennmaterial führt aber zu keinem erhöhten tatsächlichen Wärmeverbrauch.

Das Rohrmaterial entspricht dem technischen Stand. Es besteht im Bereich der Rohrbrücke eine mangelnde Isolierung und teilweise erfolgte die Verlegung im Grundwasser. Bei korrekter Wärmeleitung und korrekter Isolierung liegt ein normaler Wärmeverlust vor. Aufgrund der oben dargelegten schlechten Verlegung bzw schlechten Isolierung ist zusätzlich mit 4 % mehr Verlust auszugehen, das sind rechnerisch ca 430 W im Jahr, umgerechnet 3,44 MWh.

Das Fließschema gemäß dem vorgelegten Plan entsprach auch den tatsächlich vorhandenen Gegebenheiten. Die Primärleitungen bei der gegenständlichen Heizanlage (jene Leitung, die vom Heizhaus zu den Verbraucherobjekten verläuft) sind Zirkulationsleitungen. Nur die Sekundärleitungen, also jene, die im Verbraucherobjekt selbst vorhanden sind, sind absperbar, sodass hier keine Zirkulation mehr erfolgt. Dies führt insbesondere in den Sommermonaten zu Wärmeverlusten und zwar allein aufgrund der Zurverfügungstellung der Wärme ohne Abnahme. Dies betrifft vor allem die beiden Abnahmestationen Schloss und Gärtnerei, jedoch nicht das Institut, da auch hier im Sommer Energie abgenommen wird. Zahlenmäßig ergibt sich dadurch in den vier Sommermonaten ein Mehrverbrauch von 15 MWh pro Jahr. Der erhöhte Stromverbrauch liegt unter 1 % des Gesamtstromverbrauchs.

Die Sekundärseite und somit jene Heizungsanlagen, die bereits bestanden haben, wirken sich nicht auf den Energieverbrauch aus.

Stets sind beide Kessel in Betrieb, weil Biomasse-Kessel im Dauerbetrieb laufen sollten. Ein häufiges Abschalten und Auskühlen der Kesselanlage soll vermieden werden. Die Anlage ist im gegenständlichen Fall so dimensioniert, dass in der Heizperiode beide Kessel laufen müssen und für die Spitzenabdeckung der Pufferspeicher dazugeschaltet wird.

Die aufgezeigten Mängel der gegenständlichen Biomasse-Heizungsanlage sind zu vernachlässigen, sie führen insbesondere zu keinem wesentlichen Mehrenergieverbrauch.

In rechtlicher Hinsicht verneinte das Erstgericht ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten iSd §§ 1049 ff ABGB oder entsprechend den Regelungen des Werkvertrags. Es handle es sich um ein Contracting-Modell, bei dem für die Zurverfügungstellung der Wärme ein Entgelt bezahlt werden müsse, das sich aus Grundpreis, Arbeitspreis und Messpreis zusammensetze. In der Überdimensionierung der geplanten und errichteten Biomasse-Heizungsanlage liege ein vorwerfbarer Fehler bzw ein Mangel vor, der die Beklagten zu einem Minderungsanspruch berechtige. Nach den Feststellungen ergebe sich ein Grundpreis bei einer monovalenten Heizungsanlage von monatlich 4.152 EUR netto (Variante 1 zuzüglich kalkulatorischem Gewinn). Gegenüber dem von der Klägerin begehrten monatlichen Grundpreis ergebe sich eine Differenz von 600 EUR netto bzw 720 EUR brutto. Für die geltend gemachten 38 Monate, nämlich Dezember 2006 bis Jänner 2010 ergebe sich ein Differenzbetrag von 27.360 EUR, in welchem Umfang das Klagebegehren nicht zu Recht bestehe.

Das Berufungsgericht gab den von beiden Seiten erhobenen Berufungen nicht Folge und bestätigte das Urteil des Erstgerichts mit der Maßgabe, dass es als weiteren Spruchpunkt hinzufügte, dass über die Gegenforderung mit Endurteil entschieden werde.

Es führte in rechtlicher Hinsicht aus, aus dem Umstand, dass die Vereinbarung monatlicher Akontozahlungen in Höhe von 7.009 EUR netto unstrittig geblieben sei, könne weder ein prozessuales noch ein materiell-rechtliches Anerkenntnis der Klagsforderung durch die Beklagten abgeleitet werden.

Im gegenständlichen Fall liege ein sogenannter Contracting-Vertrag, und zwar in Form des Anlagen-Contracting, vor. Contracting als Begriff des Wirtschaftslebens bezeichne eine breite Palette von Realisierungsoptionen, die in unterschiedlichsten Anwendungsgebieten eine Vielzahl von völlig verschiedenen Verträgen, darunter auch Maßnahmen der Drittfinanzierung, beinhalteten. Contractingmaßnahmen seien im Wesentlichen darauf ausgerichtet, dass ein Unternehmer (Contractor) Energiesparmaßnahmen oder die Energieversorgung auf einer Liegenschaft des Kunden verwirkliche, wobei diese Maßnahmen durch die Bank des Contractors vorfinanziert würden und sich der Contractor aus den erwarteten Energieeinsparungen oder den zu lukrierenden Energiepreisen refinanziere. Wesentliches Element aller Contracting-Verträge sei eine mehrjährige Laufzeit. Dies ergebe sich einerseits aus der Höhe der Investitionen sowie aus der technischen Nutzungsdauer und der dabei möglichen längeren Abschreibungsdauer. Längere Abschreibungszeiten senken die Amortisationskosten pro Energieeinheit. Contracting-Verträge könnten Elemente des Miet-, Dienst-, Werk-, Leasing-, Kauf- und Kreditvertrags beinhalten (Unterweger, Contracting - Einführung und Musterverträge [1999], 14 f). Beim Anlagen-Contracting betreibe der Contractor auf eigene Rechnung eine Energieerzeugungsanlage und stelle dem Kunden die Energie zur Verfügung. Abgerechnet werde die gelieferte Nutzenergie, wobei der Preis sich aus den Energiekosten, den Rückzahlungsraten für die geleisteten Investitionen sowie aus den Kosten für allfällige weitere Serviceleistungen des Contractors insbesondere im Zusammenhang mit Wartung, Instandhaltung und Betriebsmitteleinkauf zusammensetze. Der Contractor übernehme die Planung, den Bau, die Inbetriebnahme, den technischen Betrieb, den wirtschaftlichen Betrieb und die Finanzierung der Anlage. Der Contractor stelle ein Leistungspaket für die Bedürfnisse des Kunden zusammen, der Kunde bezahle für den Energiebezug den vertraglich festgelegten Bezugspreis. Damit würden alle Kosten des Contractors für Kapital, Wartung, Energiebeschaffung und Verwaltung abgedeckt. Die Höhe der Contractingrate werde abhängig von den Kapitalkosten und der Nutzungsdauer objektbezogen berechnet. Interessant sei diese Variante für Kunden, die kein oder zu wenig Kapital besäßen, jedoch eine größere oder neuere Energieversorgungsanlage benötigten. Durch Anlagen-Contracting könnten diese Schwierigkeiten ausgeräumt werden. So verfüge der Contractor über ausreichend technisches Wissen, sei über die Entwicklung neuer Produkte informiert, habe die notwendigen Finanzmittel oder könne sie beschaffen, Kenne die Bedürfnisse des Kunden und könne eine rationale Energieversorgung des Kunden bewirken (Unterweger aaO 18 f).

Im vorliegenden Fall liege ein solches Anlagen-Contracting vor, wobei die Klägerin die Heizanlage auch projektiert habe. Der gegenständliche Vertrag weise Elemente verschiedener Vertragstypen auf. Der Energielieferungsvertrag werde als Kaufvertrag in Form eines Sukzessivlieferungsvertrags qualifiziert (RIS-Justiz RS0025878), während eine auf die Bedürfnisse des Kunden abstellende Herstellung von Plänen und Entwürfen als Werkvertrag zu werten sei. Andererseits enthalte der Vertrag auch Elemente eines Finanzierungsleasing. Diese Elemente verschiedener Vertragstypen spiegelten sich auch im vereinbarten Bezugspreis wieder. Es sei somit von einem gemischten Vertrag

auszugehen, sodass für die Beurteilung jeder einzelnen Leistungspflicht die sachlich am meisten befriedigende Vorschrift im Sinne der herrschenden Kombinationstheorie heranzuziehen sei (RIS-Justiz RS0013941). Bezogen auf die individuellen Bedürfnisse der Beklagten berücksichtigende Planung der Heizanlage durch die Klägerin seien die Gewährleistungsnormen aus dem Werkvertragsrecht auf diesem Vertragsteilaspekt als sachlich am meisten befriedigende Vorschriften heranzuziehen. Die zu groß geplante Anlage wirke sich als Planungsfehler über die Höhe der Investitionskosten auf den Grundpreis aus, die sonst festgestellten Ausführungsmängel dagegen über den Mehrverbrauch auf den Arbeitspreis. Die Beklagten seien mangels Eigenschaft als Käufer oder Werkauftraggeber der Heizanlage nicht zur Zurückbehaltung der Akontozahlungen berechtigt, da diese weder Kaufpreis noch Werklohn für die Heizanlage darstellten. Auch eine Mängelverbesserung scheide aus, da die fehlerhafte Planungsleistung bereits abgeschlossen sei und ihren Niederschlag in der im Eigentum der Klägerin stehenden zu großen Heizanlage gefunden habe. Insofern komme nur mehr Preisminderung bezogen auf die fehlerhafte Planung in Betracht, die im Sinne der relativen Berechnungsmethode zu einer Reduzierung des die höheren, aber unnötigen Investitionskosten abdeckenden Grundpreises führe, wie dies auch vom Erstgericht vorgenommen worden sei. Die Ausführungsfehler dagegen würden sich nicht in einer rechnerischen Preisminderung niederschlagen, da der dadurch bedingte Mehrverbrauch bezogen auf den Gesamtverbrauch vernachlässigbar gering sei.

Es bestehe daher kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten, da nur mehr Preisminderung in Betracht komme (RIS-Justiz RS0019929).

Darüber hinaus sei das Urteil des Erstgerichts auch aus folgenden Überlegungen zu bestätigen: Die Beklagten hätten sich in einem Irrtum über die erforderliche Dimensionierung der Heizanlage und der notwendigen Kesselleistungen befunden. Da dieser Faktor über die Höhe der Investitionskosten für die Grundpreisbestimmung maßgebend gewesen sei, liege ein Geschäftssirrtum der Beklagten vor, der aufgrund der von der Klägerin für die Bedürfnisse der Beklagten abgestimmten Planung auch von der Klägerin veranlasst worden sei. Voraussetzung für die Vertragsanpassung sei die Unwesentlichkeit des Irrtums, die vorliege, wenn nach übereinstimmendem hypothetischen Parteiwillen ein Vertrag mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre. Schließlich sei zu fragen, wie normale Parteien redlicherweise gehandelt hätten. Solche Parteien hätten den Vertrag zu geänderten Bedingungen abgeschlossen, und zwar auch die Klägerin, wenn man berücksichtige, dass ein verminderter Grundpreis nur Teil umfassender Vertragsleistungen darstelle. Die Beklagten würden nach ihrem Vorbringen ohnedies die Vertragsanpassung begehrten. Auch hier sei die „relative Berechnungsmethode“ anzuwenden, die ebenfalls zum Ergebnis des Erstgerichts führe.

Das Berufungsgericht ließ die Revision zu, weil eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Rechtsnatur von Contracting-Verträgen nicht vorliege und dieser Frage im Hinblick auf die wirtschaftlich zunehmende Bedeutung solcher Verträge eine über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung zukomme.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richten sich die Revision der klagenden und diejenige der beklagten Parteien.

Die Klägerin begeht die Abänderung der bekämpften Entscheidung im Sinne einer vollen Klagsstattgebung, die Beklagten im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung. Hilfsweise wird jeweils ein Aufhebungsantrag gestellt.

In ihren Revisionsbeantwortungen beantragen die Parteien jeweils, die Revision der gegnerischen Partei als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revisionen sind aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig; sie sind aber nicht berechtigt.

Die Klägerin macht in ihrer Revision im Wesentlichen geltend, selbst eine - nicht begründete - Verminderung des Grundpreises führe nicht zu einer Verminderung der vereinbarten monatlichen Akontozahlungen, die unabhängig vom tatsächlichen Wärmebezug zu leisten seien. Die Klägerin habe ihre Leistungen vertragsgemäß und daher mangelfrei erbracht. Eine relevante und taugliche Irrtumsanfechtung durch die Erstbeklagte sei nicht erfolgt. Ein Planungsfehler der Klägerin sei nicht vorgelegen, vielmehr sei von den Vorgaben des für die Erstbeklagte tätigen Ingenieurbüros auszugehen.

Die Beklagten relevieren in ihrer Revision als (weitere) erhebliche Rechtsfrage fehlende Rechtsprechung dazu, inwiefern Contracting-Vertragspartner bei Mängeln der Contractinganlage zur Zurückbehaltung des Werklohns berechtigt sind. Das Berufungsgericht hätte in analoger Anwendung von § 1170 ABGB ein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten bejahen müssen, da beim vorliegenden Vertrag die Elemente eines Werkvertrags überwiegen würden. Geschuldet sei nicht nur die Lieferung von Wärme, sondern auch die Errichtung der Heizungsanlage. Der

Contractingkunde müsse daher die monatlichen Akontozahlungen zurückbehalten können, bis die gewünschte und bedungene Anlage errichtet sei. Selbst wenn man eine Vertragsanpassung vornähme, ergäbe sich ein monatlicher Grundpreis von 1.306,80 EUR.

### **Rechtliche Beurteilung**

Da die Beurteilung beider Revisionen von der Rechtsnatur und vom Vertragsinhalt des gegenständlichen Vertragsverhältnisses abhängt, werden beide Revisionen gemeinsam behandelt.

Die in der Revision der Klägerin gerügte Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 Satz 3 ZPO).

In rechtlicher Hinsicht billigt der Oberste Gerichtshof die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Rechtsnatur eines Contracting-Vertrags im Allgemeinen, zur rechtlichen Einordnung des hier vorliegenden Vertragsverhältnisses sowie zu den Rechtsfolgen aus der Überdimensionierung der Heizungsanlage, nämlich Anspruch auf Preisminderung, aber kein Zurückbehaltungsrecht (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO).

Ergänzend ist Folgendes auszuführen:

Nach den vorinstanzlichen Feststellungen hat es die Klägerin nicht nur übernommen, die Heizungsanlage zu errichten und Wärme zu liefern, sie hat bereits vor Unterfertigung des „Vorvertrags“ Planungsleistungen erbracht, was insbesondere dadurch dokumentiert wird, dass sie auf Einwand der Beklagten, die zunächst vorgeschlagene Kostenberechnung sei zu teuer, eine Neuplanung und Neuberechnung durchführte. Dabei schuldete die Klägerin (die als Sachverständige gemäß § 1299 ABGB anzusehen ist) die Planung einer auf die Bedürfnisse der Erstbeklagten zugeschnittenen, quasi maßgeschneiderten Anlage (so auch Barthel, Haftungsfalle für Contractoren - Die fehlerhafte Dimensionierung der Energieerzeugungsanlage, Contracting und Recht [CuR] 2005, 120 [121]). Die Planung einer überdimensionierten Anlage ist daher zutreffend als Mangel der Planungsleistung der Klägerin anzusehen, da die Klägerin nicht von den bestehenden Ölkeselleistungen ausgehen hätte dürfen, sondern auch überprüfen hätte müssen, ob die installierte Kesselleistung der Ölanlage mit dem jährlichen Ölverbrauch zusammenpasst.

Dabei sind die Planungsleistungen einerseits und der schriftliche Vorvertrag andererseits nicht isoliert zu betrachten. Vielmehr sind alle Leistungen Gegenstand des (gemischten) Contracting-Vertrags, der typischerweise eben auch Planungsleistungen umfasst. Daher kann die Klägerin eine Mangelfreiheit nicht damit argumentieren, sie habe die im Vorvertrag spezifizierte (aber infolge mangelhafter Planungsleistung überdimensionierte) Heizungsanlage der Spezifikation gemäß errichtet.

Der vorliegende Mangel löst Gewährleistungsfolgen aus, die sich hier hinsichtlich der als werkvertraglich einzustufenden (vgl RIS-Justiz RS0021555; RS0021309; RS0021657 [T3]; Barthel aaO 122) mangelhaften Planungsleistungen aus §§ 922 ff iVm 1167 ABGB ergeben.

Abgesehen von den Erwägungen des Berufungsgerichts zu einer allfälligen Verbesserung haben die Beklagten eine solche in erster Instanz niemals verlangt. Soweit sich aus dem Revisionsvorbringen der Beklagten ein Verbesserungsbegehrn ableiten lassen sollte, verstieße dieses gegen das Neuerungsverbot.

Ebensowenig hat die Erstbeklagte die Wandlung verlangt, sodass im Sinne der Vorinstanzen ein Preisminderungsanspruch verbleibt, der entgegen der Rechtsansicht der Klägerin über einen geringer anzusetzenden Grundpreis auch zu einem ebenso geringeren monatlichen Akontobetrag führt, ist doch der Grundpreis Bestandteil des Akontobetrags.

Die Erstbeklagte hätte nur dann ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne der werkvertraglichen Normen, wenn ein Verbesserungsanspruch (betreffend einen behebbaren Mangel iSd § 932 ABGB) bestünde und geltend gemacht würde (vgl RIS-Justiz RS0019929 [T6, T9]; RS0021925 [T3, T7]), was - wie ausgeführt - nicht der Fall ist.

Die konkrete Berechnung der Preisminderung durch die Vorinstanzen unter Heranziehung des § 273 ZPO ist nicht zu beanstanden.

Ob das Ergebnis der Vorinstanzen auch auf die irrtumsrechtlichen Erwägungen des Berufungsgerichts gestützt werden könnte, kann dahingestellt bleiben, weil die Beklagten ungeachtet der Zwischenüberschrift „Vertragsanpassung wegen Irrtum“ in ihrer Revision auf ihr erstinstanzliches Vorbringen zum Irrtum nicht mehr zurückkommen. Schadenersatz wurde in diesem Zusammenhang schon in erster Instanz nicht geltend gemacht.

(Ausgleichs-)Ansprüche der Klägerin gegen das involvierte technische Büro und das Ingenieurbüro aus deren allfälliger

Mitverantwortung für die fehlerhafte Planung der Heizungsanlage sind im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Solche Mitverantwortlichkeiten Dritter würden unter den hier gegebenen Umständen nicht zum Entfall der Preisminderungsansprüche der Beklagten führen (vgl allerdings Barthel aaO 123).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 50, 41 ZPO.

**Textnummer**

E96906

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2011:0020OB00182.10V.0329.000

**Im RIS seit**

22.04.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

06.03.2012

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

© 2026 JUSLINE

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

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