

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling, Dr. Hradil, Dr. Hopf und Univ. Doz. Dr. Bydlinski als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Johann E*****, Unternehmer, *****, vertreten durch Eisenberger & Herzog, Rechtsanwaltssozietät in Graz, gegen die beklagte Partei Gemeinnützige ***** reg.Gen.mbH, *****, vertreten durch Dr. Peter Steinbauer, Rechtsanwalt in Graz, wegen EUR 20.956,62 sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht vom 11. Dezember 2003, GZ 4 R 234/03v-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 26. August 2003, GZ 18 Cg 94/02x-19, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Die beklagte Partei errichtete in V***** eine Mehrfamilienhausanlage in den "H*****gründen". Dabei standen unter anderem Installationsarbeiten, insbesondere die Verlegung isolierter Zu- und Ableitungsrohre für eine Fernwärmeheizung zur Ausschreibung. Mit der Planung und Ausschreibung der Heizungs- und Sanitäreinrichtungen für die 23 Wohneinheiten wurde von der beklagten Partei Ing. Klaus O***** beauftragt. Zu diesem Zweck wurden ihm die Einreichpläne im Maßstab 1:100 als Kopie und mit Schreiben vom 15. 7. 1999 ein Polierplan, welcher die Aufschrift "1:200" trug, übersandt. Dieser Plan war jedoch aus nicht feststellbaren Gründen verkleinert worden und war tatsächlich entgegen den Angaben im Maßstab 1:400. In einem Begleitschreiben wurde zwar darauf hingewiesen, dass es sich um "verkleinerte Pläne" handle, doch fiel dieses Schreiben dem mit der Ausschreibung beauftragten Techniker nicht auf. Insbesondere auf Grund des verkleinerten Planes berechnete Ing. O*****, der vom Maßstab 1:200 ausging, die notwendigen Massen für die erdverlegten Leitungen. Die Ausschreibung erfolgte detailliert, wobei für jedes Gewerk genaue Längen, Durchmesser etc angegeben waren. Dieses detaillierte Leistungsverzeichnis erhielt sodann die beklagte Partei, welche dieses übernahm und ihrer Ausschreibung an einschlägige Professionisten anschloss. Den Ausschreibungsunterlagen waren neben dem Leistungsverzeichnis auch nicht maßstabgerechte Pläne beigegeben. Unter anderem wurde auch der Kläger zur Anbotsstellung bis 4. 9. 2003 eingeladen. Dieser nahm vor seiner Anbotslegung noch mit Ing. O***** Kontakt auf, um in

die Polierpläne Einsicht zu nehmen. Dem Kläger wurde dabei nicht bewusst, dass der Plan im Maßstab "1:200" in Wahrheit ein solcher im Maßstab 1:400 war, zumal dem Kläger auch das Begleitschreiben der beklagten Partei nicht gezeigt wurde. Entsprechend dem Leistungsverzeichnis, aus welchem hervorging, dass die Leitungen von der Anschlussstelle der Steweag bis zu den Wohnungen zu verlegen waren, legte der Kläger am 10. 9. 1999 sein Anbot an die beklagte Partei. In der Folge fragte der Kläger an, ob eine Pauschalpreisvereinbarung möglich sei, zumal er sich das Legen von Teilrechnungen ersparen wollte. Zu diesem Zweck nahm er noch einmal in die bei Ing. O***** aufliegenden Pläne Einsicht, erkannte aber nach wie vor nicht die Unrichtigkeit des Maßstabes. In der Folge akzeptierte die beklagte Partei eine Pauschalpreisvereinbarung, wobei jedoch keinerlei Abweichung von dem Preis vereinbart wurde, welcher sich als Summenpreis der einzelnen Posten der Ausschreibung ergeben hatte. Überdies unterfertigte der Kläger am 22. 2. 2000 eine Erklärung, der zufolge er die in der Mengenermittlung des Auftraggebers angegebenen Mengen unter Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt geprüft und deren Übereinstimmung mit den Plänen festgestellt habe.

Bereits mit dem Anbot hatte der Kläger akzeptiert, dass die Ö-Norm B 2110 (idF 1. 3. 1995) als vereinbart gilt.

Als ca die Hälfte der zu verlegenden Rohre verlegt war, erkannte der Kläger, dass das gesamte Material aufgebraucht war. Im Zuge der daraufhin einsetzenden Ursachensuche bemerkte der Kläger den Berechnungsfehler in den Ausschreibungsunterlagen, welcher auf der unrichtigen Planinterpretation beruht hatte. Er nahm Kontakt mit Ing. O***** auf, welcher ihm riet, einfach weiter zu arbeiten. Ing.

O***** hatte jedoch weder die Bauleitung für die beklagte Partei über, noch war er für diese vertretungsberechtigt. Er riet dem Kläger, ein Nachtragsoffert zu erstellen und dieses an seinen Haftpflichtversicherer zu legen. Der Kläger tat dies auch, jedoch lehnte die Versicherung eine Kostenübernahme ab. Die beklagte Partei anerkannte im Rahmen der (korrigierten) Schlussrechnung die Erhöhung gegenüber dem Offert nicht an.

Mit seiner Klage vom 8. 5. 2002 begehrt der Kläger den Zuspruch von EUR 20.956,62 sA. Dieser Betrag ergebe sich aus dem gegenüber dem Offert erbrachten Mehrleistungen. Er stützte sein Begehren nicht nur auf eine nachträgliche Beauftragung durch die beklagte Partei, sondern insbesondere darauf, dass er sich in einem von der beklagten Partei veranlassten Geschäftsirrtum befunden habe. Diese habe nämlich auf Grund eines unrichtigen Planes falsche Maßangaben in die dem Offert zugrundegelegte Ausschreibung aufgenommen, was dem Kläger nicht erkennbar gewesen sei. Insbesondere sei dem Kläger das Begleitschreiben, aus welchem eine "Verkleinerung" hervorgegangen sei, nie vorgelegt worden. Da die Maßangaben dieses Planes mit den Massen der Ausschreibung übereingestimmt hätten, sei er auch seiner Prüfpflicht nachgekommen. Auch im Zuge der nachträglichen Vereinbarung einer Pauschalverrechnung sei er noch in diesem Irrtum verhaftet gewesen, weil die Arbeiten zu diesem Zeitpunkt noch nicht begonnen hätten. Soweit die beklagte Partei einwende, mit öffentlichen Förderungsmitteln zu arbeiten, so sei dies einzig ihrer Sphäre zuzuordnen. Der Kläger habe jedenfalls Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 872 ABGB und somit Anspruch auf Abgeltung seiner Mehrleistungen. Der Kläger stützte seinen Anspruch auch

darauf, dass die von ihm erbrachten Leistungen auf Seiten der beklagten Partei "Sowieso-Kosten" seien. Für den Fall mangelnder vertraglicher Deckung wurde der Anspruch auch auf Bereicherung der beklagten Partei gestützt.

Die beklagte Partei beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der Beklagte habe den Auftrag zu einem Pauschalfixpreis erhalten, sodass jeder Mehraufwand zu seinen Lasten gehe und nicht auf die beklagte Partei überwältzt werden könne. Darüber hinaus wurde bestritten, dass Mehrleistungen erbracht worden seien. Der Kläger selbst habe am 9. 11. 1999 bestätigt, die Mengen und Pläne überprüft zu haben. Bestritten wurde, dass der Kläger je ein Nachtragsoffert gelegt habe. Hiezu wäre er aber sowohl nach § 1168a ABGB als auch auf Grund der Ö-Norm B 2110 verpflichtet gewesen. Da er weder seiner Warn- noch seiner Mitteilungspflicht nachgekommen sei, habe er keinen Anspruch auf die Abgeltung allfälliger Mehrleistungen. Überdies seien dem Kläger am 27. 10. 1999 Pläne im Maßstab 1:100 sowie am 2. 3. 2000 Pläne im Maßstab 1:50 übermittelt worden. Auch müsse es sich der Kläger selbst zuschreiben, wenn er die ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen nicht ausreichend überprüft habe. Der Kläger hätte einer Warn- bzw Mitteilungspflicht aber auch im Hinblick darauf nachkommen müssen, dass die beklagte Partei ein öffentlich gefördertes Wohnbauprojekt errichtet habe und daher nur auf Grund von Ausschreibungen Änderungen hätte durchführen dürfen. Auch sei ihr durch die mangelnde Mitteilung des Klägers die Möglichkeit genommen worden, andere Dispositionen, allenfalls durch Einsparungen in anderen Bereichen, zu treffen. Im Übrigen werde eingewendet, dass ein (weiterer) Werklohn auch deshalb nicht fällig sei, weil keine überprüfbaren Aufmaßlisten auf Grund von

Massenberechnungen unter Mitwirkung der beklagten Partei vorgelegt worden seien.

Das Erstgericht wies, ausgehend von den vorangestellten Feststellungen, das Klagebegehren ab. Es vertrat die Auffassung, dass der Kläger zwar einem gemäß § 871 ABGB maßgeblichen, weil von der beklagten Partei veranlassten Kalkulationsirrtum, welcher als Geschäftsirrtum zu werten sei, unterlegen sei. Doch habe er es unterlassen, entsprechend den einschlägigen Bestimmungen der Ö-Norm B 2110 der beklagten Partei Mitteilung zu machen bzw ein Nachtragsoffert zu legen. Dies führe zum Verlust seines Entgeltanspruches. Auf den Titel der Bereicherung könne er sich nicht stützen, weil zwischen den Streitteilen ein Vertragsverhältnis bestanden habe.

Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichtes auf. Es vertrat die Auffassung, dass trotz nachträglicher Vereinbarung eines Pauschalpreises in Wirklichkeit die von der beklagten Partei zur Verfügung gestellten Aufmaßlisten Vertragsinhalt geworden seien. Die beklagte Partei habe demnach, weil die Kalkulation zum Vertragsinhalt geworden sei, einen Geschäftsirrtum veranlasst, welcher den Kläger - unter den Voraussetzungen des § 872 ABGB - zur Vertragsanpassung berechtige. Zu diesen Voraussetzungen habe das Erstgericht aber - ausgehend von seiner Rechtsauffassung - keine Feststellungen getroffen, sodass das Verfahren in diesem Umfang ergänzungsbedürftig sei. Das Berufungsgericht vertrat auch die Rechtsauffassung, dass die Mitteilungspflichten der Ö-Norm B 2110 Punkt 2.23.2 ff auf den Fall des Irrtums nicht anwendbar seien. Die Veranlassung des Irrtums durch die beklagte Partei werde auch dadurch nicht ausgeschlossen, dass der Kläger den

Fehler der Ausschreibungsunterlagen durch Vergleich mit den Plänen nicht erkannt habe.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei, weil die Frage, ob das dem Werkvertrag zugrundeliegende Leistungsverzeichnis den vertraglichen Leistungsinhalt mit der darin angeführten Menge determiniere und daher darüber hinausgehende Mehrleistungen vom Pauschalpreis als zusätzliche Leistungen nicht mehr umfasst seien, als rechtserheblich zu beurteilen sei.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der Rekurs der beklagten Partei aus dem Grunde der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens sowie der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die klagende Partei beantragte, den Rekurs als unzulässig zurückzuweisen; hilfsweise dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist zulässig. Wohl besteht Rechtsprechung zur Möglichkeit, einen Kalkulationsirrtum unter bestimmten Voraussetzungen als erheblichen Geschäftsirrtum geltend machen zu können, doch gibt es, soweit überblickbar, noch keine Judikatur zur Frage, inwieweit ein Kalkulationsirrtum auch bei (nachträglichen) Pauschalpreisvereinbarungen erheblich sein kann. Der Rekurs ist aber nicht berechtigt.

Der behauptete Mangel des Berufungsverfahrens wurde geprüft, er liegt nicht vor (§ 528a iVm § 510 Abs 3 ZPO).

Zur Rechtsrüge:

In Lehre (stellvertretend für viele: F. Bydlinski "Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens" in FS Stoll, 113, 137 f; Kerschner "Vergütungsanspruch wegen Mehraufwandes beim Werkvertrag, Überlegungen insbesondere zum Kostenvoranschlag und Kalkulationsirrtum" in FS Welser, 449 f, jeweils mwN) und Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0014894, insb 5 Ob 592/81; RS0014927) ist anerkannt, dass auch ein Kalkulationsirrtum dann als Geschäftsirrtum beachtlich ist, wenn die Kalkulation als solche zum Inhalt des Geschäftes gemacht wurde. Im Falle eines solchen "externen" Kalkulationsirrtums (F. Bydlinski aaO 138) hat der eine Vertragsteil seine Kalkulation mit ihren Ausgangsgrößen und ihrem Ablauf dem anderen zugänglich gemacht und war dieser erkennbar mit dieser Leistungsbestimmung einverstanden, nämlich bereit, die so, für ihn zureichend überprüfbar, ermittelte Leistung zu akzeptieren bzw zu erbringen, sodass Grundlagen und Ablauf der Kalkulation zu einem "Geschäftspunkt" geworden sind. Ein solcher "externer Kalkulationsirrtum" ist dem § 871 ABGB direkt subsumierbar (FS Bydlinski aaO 139). Diese Erwägungen sind unter bestimmten Voraussetzungen auch auf den Kalkulationsirrtum bei einer Pauschalpreisvereinbarung anwendbar (Karasek, Ö-Norn B 2110, Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen-Werkvertragsnorm Rz 452). Bei Werkverträgen mit Pauschalpreisvereinbarung, darf der Unternehmer zwar grundsätzlich keine Preiserhöhung verlangen, auch wenn das Werk mehr Arbeit oder größere Auslagen erforderte, als er vorgesehen hatte, zumal der Pauschalpreisvertrag ja darauf angelegt ist, die Mengenermittlung durch Abrechnung zu ersparen, sodass Mengenschwankungen die Pauschalsumme

nicht ändern (EvBl 1987/176; RIS-Justiz RS0022059, RS0107868). Liegt dem Pauschalpreisvertrag daher nur eine Baubeschreibung zugrunde, wird ein bei der Anbotstellung erfolgter Kalkulationsirrtum in der Regel nur ein unbeachtlicher Motivirrtum sein, da die Kalkulation nicht offengelegt wurde (Karasek aaO). Die Kalkulation bleibt in einem solchen Fall Risiko des Auftragnehmers. Liegt dem Pauschalpreisvertrag hingegen ein in Einzelpositionen zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, wird also "offen" kalkuliert und die Kalkulation in den Vertrag eingeführt, wird auch hier ein beachtlicher Geschäftsirrtum vorliegen, sofern eine der drei Voraussetzungen des § 871 ABGB gegeben ist, nämlich, dass der Irrtum vom Auftraggeber veranlasst worden ist oder der Irrtum dem Auftraggeber offenbar auffallen musste oder der Irrtum rechtzeitig aufgeklärt wurde (Karasek aaO; Krejci "Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko?", 97, 98). Insbesondere bei ausgeschriebenen Bauwerkverträgen ist es üblich, dass der Bieter seine Einzelpreise in das oft ungemein umfangreiche, detailliert gegliederte Leistungsverzeichnis einzutragen hat. Sollte in solchen Fällen dennoch die letztlich aus dem Einzelpreisangaben errechnete Summe als "Pauschalpreis" zugesagt werden, so handelt es sich nicht um einen "klassischen Pauschalpreis" (Krejci aaO 98). Wie vom Berufungsgericht bereits zutreffend aufgezeigt, liegt hier ein solcher untypischer Pauschalpreisvertrag vor. Der Kläger setzte lediglich in ein von der beklagten Partei detailliert vorgelegtes Leistungsverzeichnis mit Maßangaben die von ihm geforderten Arbeits- und Materialpreise ein. Im Zuge der erst nachträglich geschlossenen Pauschalpreisvereinbarung kam es weder zu einer Abänderung des Leistungsumfanges noch des bereits vereinbarten Werklohnes. Richtig ist auch,

dass insoweit ein "Mischvertrag" vorlag, als einerseits detaillierte Maßangaben zugrundelegt wurden, andererseits aber auch der Gesamtumfang, nämlich die Herstellung der Leitungen zwischen Fernwärmeanschlussstelle und den einzelnen Wohnungen, festgelegt war. Folglich ist auch der Schluss des Berufungsgerichtes zutreffend, dass vom Vertrag nicht nur die Erbringung einer "Meterleistung", sondern das komplette beschriebene Werk umfasst sein sollte. Insoweit ist daher weder die Regel des § 1168a ABGB noch diejenige des § 1170a ABGB heranziehbar (5 Ob 592/81). Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger sich auch im Zeitpunkt der (am sonstigen Vertragsinhalt nichts ändernden) Pauschalpreisvereinbarung in einem als Geschäftsirrtum beachtlichen Kalkulationsirrtum befand, welcher von der beklagten Partei veranlasst war, welche ihren Ausschreibungsunterlagen für das Werk unzureichende, auf einer Fehlinterpretation eines Planes beruhende Maßangaben zugrundegelegt hatte (vgl 5 Ob 592/81). Nach der Rechtsprechung können Umstände, die ein Verschulden des Irrenden begründen, die Annahme ausschließen, dass der Irrtum durch den anderen Teil veranlasst worden sei. Dies betrifft aber nur ganz offensichtlich unrichtige Angaben eines Vertragspartners, deren Überprüfung dem anderen Teil offenstand und leicht möglich war, von diesem aber dennoch als wahr hingenommen wurden (RIS-Justiz RS0016205). Dies ist aber hier zu verneinen. Soweit die beklagte Partei auf später übermittelte, angeblich richtig dimensionierte Pläne hinweist, übersieht sie, dass zu diesem Zeitpunkt der Kläger bereits an sein (kalkuliertes) Anbot gebunden bzw sogar schon der Vertrag geschlossen war. Auch der von der Beklagten vorbereiteten, vom Kläger unterfertigten Erklärung, dass er die Mengenangaben und Pläne überprüft habe, kommt

hier im Hinblick auf den noch fortdauernden Irrtum des Klägers keine besondere Bedeutung zu, zumal nicht hervorgekommen ist, dass der Abgabe dieser Erklärung besondere Gespräche vorangegangen oder bereits Umstände hervorgekommen wären, die auf die Unrichtigkeit der Ausschreibung hätten schließen lassen.

Entgegen der Ansicht der Rekurswerberin stehen auch die einschlägigen Bestimmungen der Ö-Norm B 2110 einer Irrtumsanfechtung mit Vertragsanpassung durch den Kläger nicht entgegen.

Gemäß Punkt 2.4 ("Erklärung des Auftragnehmers") bestätigt der Auftragnehmer mit dem Abschluss des Vertrages zwar, dass er die Vertragsunterlagen eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden ist; ferner, dass er durch Besichtigung der Baustelle/Montagestelle die örtlichen Gegebenheiten und Arbeitsbedingungen festgestellt hat und dass darauf die Preisberechnung und die Angebotserstellung beruhen. Doch kann dieser Satz nicht dahin ausgelegt werden, dass damit eine Übertragung der Haftung für eine falsche, fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer zustande gekommen ist (Oberndorfer/Straube, Kommentar zu den österreichischen Normen betreffend das Vergabe- und Bedingungswesen, Ö-Norm B 2110 1995; ähnlich Karasek aaO Rz 117 zum nunmehrigen, inhaltsgleichen Punkt 5.4 in der derzeitigen Fassung der Ö-Norm B 2110). Auch aus den Bestimmungen der Punkte 2.23.2 ("Mitteilungspflicht") und 2.23.3 ("Änderungen von Preisen, Preise für zusätzliche Leistungen"; insb Legung eines Nachtragsofferts) ist für den Standpunkt der Rekurswerberin nichts zu gewinnen. Diese Punkte kommen nämlich nur dann zur Anwendung, wenn

Änderungen gegenüber vereinbarten Leistungen bzw der Umstände der Leistungserbringung relevant werden (vgl 1 Ob 251/99i). Aus den oben genannten Erwägungen ergibt sich aber, dass im vorliegenden Fall auch die Mehrleistungen als vereinbart zu gelten haben, zumal das Werk ja nicht nur durch die Meterangaben, sondern auch durch Erbringung des umschriebenen Gesamtwerkes feststand. Die zitierten Ö-Norm-Bestimmungen können daher auf den Fall eines rechtlich erheblichen Irrtums nicht angewendet werden.

Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, dass Feststellungen dazu erforderlich sind, inwieweit die Voraussetzungen des § 872 ABGB für eine Vertragsanpassung vorliegen, steht daher in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (5 Ob 592/81 ua).

Der Einwand der beklagten Partei, der Anspruch des Klägers sei deshalb nicht fällig, weil dieser keine gemeinsamen Maßaufnahmen mit der beklagten Partei durchgeführt und solche Maßauflistungen nicht vorgelegt habe, ist nicht schlüssig. Es ist nämlich nicht hervorgekommen, auf Grund welcher Vereinbarung der Kläger hierzu verpflichtet gewesen wäre. Freilich wird er im fortgesetzten Verfahren im Falle einer Vertragsanpassung zu beweisen haben, dass und in welchem Umfang durch Mehrarbeiten und Materialmehrbedarf Mehrkosten entstanden sind. Auch insoweit ist daher das Verfahren erster Instanz ergänzungsbedürftig.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 17. November 2004
Dr. M a i e r
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
der Leiter der Geschäftsabteilung: