

TE OGH 1969/5/14 5Ob66/69

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.1969

Norm

ABGB §861

ABGB §914

Kopf

SZ 42/77

Spruch

Leistung nach beliebigem Ermessen eines Vertragspartners kann nur hinsichtlich nebensächlicher Vertragspunkte wirksam vereinbart werden; die Vereinbarung der Leistung nach billigem Ermessen ist zulässig, doch unterliegt die Ermessensentscheidung der richterlichen Überprüfung.

Entscheidung vom 14. Mai 1969, 5 Ob 66/69.

I. Instanz: Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien; II. Instanz:

Oberlandesgericht Wien.

Text

Mit dem Vertrag vom 7. bzw. 10. Dezember 1964 vergab die Beklagte die Lieferung von Sand- und Kiesmaterial für die Herstellung der Betonfahrbahndecke auf der Südautobahn in den Deckenbaulosen I "Mödling", II "Baden" und III "Wiener Neustadt" an die Klägerin. Vertragsgrundlagen waren einerseits das Anbot der Klägerin vom 16. Oktober 1964 samt Ergänzung vom 24. November 1964 sowie die Erklärungen der Klägerin hiezu und andererseits die von der Beklagten herausgegebenen besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen für die Herstellung von Betonfahrbahndecken der Autobahnen, die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis, die besonderen technischen Bedingungen für die Lieferung von Sand- und Kiesmaterial zur Herstellung der Betonfahrbahndecken in diesen Deckenbaulosen, all dies Ausgabe 1964, sowie schließlich die vom österreichischen Normenausschuß, Fachnormenausschuß - Verdingungswesen, herausgegebenen Ö-Normen B 2110 und 2111 in der derzeit geltenden Fassung.

Die Klägerin begeht von der Beklagten den Ersatz der ihr bei Erfüllung dieses Vertrages durch Elementarereignisse, nämlich die katastrophalen Witterungsverhältnisse im Frühjahr und Sommer 1965, erwachsenen Mehrkosten von 394.519.87 S samt 10% Zinsen seit 1. Mai 1966. Sie brachte hiezu vor, daß nach den Parteienvereinbarungen der Feinstsandbedarf für die Deckenbaulose II und III zum überwiegenden Teil aus dem Quarzsandwerk N. zu decken war. Der Rohsand hiefür sollte aus einer Grube in S. mittels Hochlöffelbaggern aus der Wand gelöst, direkt auf LKW verladen, sodann über die Zillingtaler Landstraße nach N. gebracht und in die Aufbereitungsanlage eingespeist werden. Auf dieser Basis seien die zwischen den Streitteilen vereinbarten Einheitspreise kalkuliert worden. Infolge der

katastrophalen Wetterverhältnisse sei die Zillingtaler Landstraße ab 20. Mai 1965 für Schwerfuhrwerk ab 5t gesperrt und dadurch das Werk in N. von seiner hochwassersicheren Rohstoffbasis abgeschnitten worden. Die Klägerin habe den hiedurch entstandenen Engpaß durch folgende Maßnahmen überwunden:

- a) durch Heranziehung einer schon früher im Werk angelegten Rohsanddeponie,
- b) durch Aktivierung einer anderen Entnahmestelle,
- c) durch kostenlose Materiallieferungen an das Bezirksbauamt E., ohne die nach den Erklärungen der Funktionäre dieses Amtes eine prompte Wiederinstandsetzung der Straße und eine Aufhebung der Sperre nicht möglich gewesen wäre.

Hiedurch seien der Klägerin Mehrkosten in der Gesamthöhe von 394.517.87 S entstanden.

Hilfsweise stützte die Klägerin ihre Ansprüche auch auf Punkt 19 der Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis und auf die §§ 3 Punkt 5 lit. b, 7 Punkt 1 und 9 (1) der Ö-Norm B 2110, den Anspruch auf Ersatz der Lieferung an das Bezirksbauamt Eisenstadt außerdem auf die §§ 1041 bis 1043 ABGB.

Die Beklagte wendete ein, Vertragsgegenstand sei nur die Lieferung, nicht die Gewinnung des Sand- und Kiesmaterials gewesen. Die Ö-Normen, die Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis und die besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen seien nur formell Vertragsbestandteile, nicht jedoch inhaltlich, weil ihr Geltungsbereich auf Verträge über Bauleistungen eingeschränkt sei. Die Kalkulation sei überhaupt nicht Vertragsinhalt gewesen. Die Gewährung der Vergütung von Mehrkosten nach Punkt 5 der besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen stehe im Ermessen der Beklagten; die Klägerin habe daher keinen Rechtsanspruch auf diese Vergütung. Die Straßensperre sei nicht auf das Hochwasser, sondern auf die starke Beanspruchung durch die Klägerin zurückzuführen gewesen. Die Überwälzung der Umsatzsteuer sei gesetzlich unzulässig. Nach § 3 Punkt 1) der Ö-Norm B 2110 könnten Zinsen nur nach Zivilrecht verlangt werden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren mit folgender Begründung ab:

Der Vertrag, mit dem sich die Klägerin zur Lieferung von Sand- und Kiesmaterial verpflichtete, sei rechtlich als Sukzessiv-Lieferungsvertrag über eine Gattungsschuld zu qualifizieren. Da das Sand- und Kiesmaterial laut Vertrag ganz bestimmten Gruben zu entnehmen war, habe es sich um eine begrenzte Gattungsschuld gehandelt. Selbst wenn - wie in der Klage behauptet werde - zur Lieferzeit eine Wetterkatastrophe herrschte und die Zillingtaler Straße deswegen ab 20. Mai 1965 gesperrt werden mußte, sei nur eine vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung vorgelegen, die die Klägerin nicht zum Rücktritt vom Vertrag, sondern allenfalls zur vorübergehenden Leistungsverweigerung berechtigt hätte. Wenn also die Klägerin - wie sie behauptet - um ihre Liefervorpflichtungen zu erfüllen, Mehrkosten auf sich genommen habe, so stehe ihr kein Rechtsanspruch auf deren Ersatz zu. Denn Punkt 5 der rechtlichen Vertragsbedingungen, auf den sich die Klage in erster Linie stütze, stelle die Vergütung von Mehrkosten in das Ermessen der Beklagten. Dies ergebe sich aus dem Gebrauch des Wortes "kann", noch mehr aber daraus, daß die Gewährung einer Mehrkostenvergütung nur "unter gewissen Voraussetzungen" vorgesehen sei. Damit habe sich die Beklagte vorbehalten, selbst zu bestimmen, wann sie das Vorliegen dieser Voraussetzungen für gegeben erachte. Dieser Ermessensvorbehalt stelle auch im Zusammenhang mit dem im vorangehenden Satz vereinbarten Rücktrittsverbot keine Sittenwidrigkeit dar. Die Klägerin hätte eben für die Zeit, in der die Vertragserfüllung für sie mit Opfern verbunden war, die ihr vernünftigerweise nicht zugemutet werden konnten, Unerschwinglichkeit der Leistung einwenden müssen.

Auch die Klagsbehauptung, Funktionäre des niederösterreichischen Landesbauamtes hätten die Klägerin wiederholt zu äußersten Anstrengungen aufgefordert, um ungeachtet der Hochwasserkatastrophen die gesteckten Lieferziele einzuhalten, und Ersatz aller durch die abnormale Schlechtwetterlage verursachten Mehrkosten versprochen, könne zu keinem anderen Ergebnis führen. Denn einerseits seien diese Funktionäre mangels Ermächtigung zu solchen Vertragsänderungen nicht berechtigt gewesen und andererseits bedürfen nach § 1 (2) der Ö-Norm B 2110 allfällige Änderungen des Vertrages der Schriftlichkeit.

Auf die §§ 1041 und 1043 ABGB. könnten die Klagsansprüche deshalb nicht gestützt werden, weil diese Bestimmungen voraussetzen würden, daß zwischen den Streitteilen kein Vertragsverhältnis vorliege, welche Voraussetzung nicht zutreffe. Es könnte aber auch nicht gesagt werden, daß die Klägerin einen Aufwand bestritten habe, den die Beklagte nach dem Gesetz zu leisten verpflichtet gewesen wäre (§ 1042 ABGB.).

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin folge. Es hob das Urteil des Erstgerichtes auf und verwies die Sache unter Rechtskraftvorbehalt zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Hierzu führte es folgendes aus:

Punkt 5 der "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen für die Herstellung von Betonfahrbahndecken der Autobahnen", auf den sich der Klägerspruch primär stützte, lautet:

"Der Auftragnehmer ist nicht berechtigt, bei gelegentlichen Arbeitsstörungen oder Arbeitserschwerungen infolge Baustoffmangels, Änderungen des Bauentwurfes oder Bauprogrammes, vorübergehender Behinderung durch Arbeiten anderer Auftragnehmer und anderer Verwaltungszweige sowie Elementarereignisse vom Vertrag zurückzutreten. Bei wesentlichen Behinderungen und Erschwernissen kann dem Auftragnehmer unter gewissen Voraussetzungen die Vergütung der Mehrkosten bzw. eine Verlängerung der vertraglich festgelegten Bauzeit nach Vorlage übersichtlicher und prüffähiger Unterlagen gewährt werden."

Sowohl die allgemeinen als auch die besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen und damit auch deren Punkt 5 seien, obwohl sie die vertraglichen Beziehungen bei Bauverträgen (Ausführung von Bauleistungen) regeln, auf die Rechtsbeziehungen der Streitteile anzuwenden. Hierdurch werde die Frage der Vergütung von Mehrkosten, die der Klägerin infolge wesentlicher Behinderung oder Erschwernis durch Elementarereignisse entstehen, abweichend von den Ö-Normen geregelt. Eine Vergütung solcher Mehrkosten nach den Ö-Normen komme daher nicht in Betracht. Soweit Punkt 5 der besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen aber die Vergütung von Mehrkosten ins Ermessen der Beklagten stelle, sei dies nur wirksam, wenn diesem Ermessen objektive Schranken gesetzt sind, wenn nämlich die Entscheidung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Die Vereinbarung beliebigen Ermessens wäre, außer bei nebensächlichen Punkten, unwirksam. Gegen eine unbillige Ermessensentscheidung des Vertragsgegners könne aber das Gericht angerufen werden.

Daß die Entscheidung im vorliegenden Fall nach billigem und nicht nach beliebigem Ermessen zu treffen sei, ergebe sich einerseits daraus, daß entgegen der allgemeinen Übung nicht das Fehlen eines Rechtsanspruchs besonders hervorgehoben wurde, andererseits aber auch daraus, daß Mehrkosten unter gewissen (wenn auch nicht näher bestimmten) Voraussetzungen vergütet werden können. Das Erstgericht werde daher die Frage der Billigkeit der Gewährung einer Mehrkostenvergütung mit den Parteien zu erörtern, die hiefür allenfalls nötigen Feststellungen zu treffen und dann neuerlich zu entscheiden haben.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Rekurs der Finanzprokuratur nicht Folge.

Rechtliche Beurteilung

Aus der Begründung:

Es ist zwar richtig, daß die Ö-Norm B 2110 nach ihrem § 1 und die "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen für die Herstellung von Betonfahrbahndecken der Autobahn" nach ihrem Punkt 1, aber auch beide nach ihrem sonstigen Inhalt sich vor allem auf "Bauleistungen", also auf Werkverträge, beziehen, während der zwischen den Streitteilen abgeschlossene Vertrag vom 7. bzw. 10. Dezember 1964, "betreffend die Ausführung der Arbeiten und Lieferungen von Sand- und Kiesmaterial" vom Berufungsgericht zutreffend als Kaufvertrag qualifiziert werden. Nun haben aber die Parteien laut Punkt 4 der dem Vertrag zugrunde liegenden "Erklärung des Anbieters" u. a. die "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen für die Herstellung der Betonfahrbahndecken der Autobahnen - und ebenso die Ö-Normen B 2110, 2111 und 2112 zum Inhalt ihres Vertrages gemacht. Der Beklagte kann nicht dahin gefolgt werden, daß diese Erhebung der "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen" zum Vertragsinhalt dadurch unwirksam oder rückgängig gemacht worden sei, daß Punkt 1 dieser Bedingungen ihre Geltung auf Vertragsverhältnisse bei der Vergabe und der Durchführung von Bauleistungen beschränkt. Da die Parteien sämtliche angeführten Bestimmungen zum Inhalt des zwischen ihnen errichteten Vertrages gemacht haben, so sind jene Bestimmungen dieser Regelungen, die mit dem Lieferungsvertrag vereinbar sind, anzuwenden. Dies gilt demnach sowohl für Punkt 5 der "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen" als auch für die Ö-Norm 2110, trotz des in ihrem § 1 bei der Beistellung aller Haupt- und Nebenstoffe gebrauchten Wortes "zugehörige".

Der Rekurswerberin kann auch darin nicht zugestimmt werden, daß Punkt 5 der "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen" dem Wesen eines Kaufvertrages widerstreite und daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. Gewiß ist es bei Kauf- und Lieferungsverträgen üblicherweise Sache des Verkäufers, wie, wo, auf

welche Weise, mit welchen Mitteln und mit welchen Kosten er sich die Ware, die er verkaufen will, verschafft. Dies ist aber keine zwingende Eigentümlichkeit des Kaufvertrages, vielmehr ist es in besonders gelagerten Fällen, wie gerade hier, wo die zu verkaufende Ware aus bestimmten Gruben zu gewinnen war, durchaus möglich und zulässig, eine Sondervergütung für unvorhergesehene Erschwernisse in der Gewinnung oder im Antransport zu vereinbaren. Tatsächlich hat ja die Beklagte nach ihrem eigenen Vorbringen in der Klagebeantwortung der Klägerin unter diesem Titel, wenn auch ohne Anerkennung eines Rechtsanspruches, schon zwei Erschwernisbeträge in der Höhe von 620.000 S und 450.000 S bezahlt.

Abzulehnen ist auch die Meinung der Rekurswerberin, die Gewährung derartiger Erschwerniszuschläge sei durch Punkt 5 der "besonderen rechtlichen Vertragsbedingungen" in ihr beliebiges Ermessen gestellt. Wie Gschnitzer in der schon vom Berufungsgericht, herangehobenen Stelle (Klang[2] IV/1 S. 54) ausführt, kann beliebiges Ermessen überhaupt nur hinsichtlich nebensächlicher Punkte wirksam vereinbart werden, wie z. B. bei der sogenannten Cirkaklausel, welche besagt, daß verhältnismäßig unbedeutende Abweichungen von der vereinbarten Warenmenge gestattet sein sollen (ähnlich Ehrenzweig[2] II/1 S. 12 und 13). Dieser Fall liegt nicht vor. Schon die Beträge, um die es hier geht, schließen die Qualifikation der strittigen Punkte als nebensächlich aus. Aber auch der Wortlaut der Vereinbarung spricht nicht für eine derartige Auslegung. Sollten derart weittragende Entscheidungen ins beliebige Ermessen der Beklagten gestellt werden, dann müßte dies zumindest ausdrücklich mit diesen Worten oder mit ähnlichen, die keinen Zweifel offen lassen, geschehen. Bei dem vorliegenden Wortlaut kann nur eine Entscheidung nach billigem Ermessen als vereinbart angenommen werden. Diese Vertragsauslegung entspricht auch der Bestimmung des § 914 ABGB., wonach jeder Vertrag so zu verstehen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

Ob die von einem Vertragspartner getroffene Ermessensentscheidung tatsächlich der Billigkeit entspricht, kann aber vom anderen Partner immer zur Überprüfung vor Gericht gebracht werden (Gschnitzer a. a. O.). Diese Ermessensüberprüfung ist also nicht, wie der Rekurs meint, auf den Leistungsumfang, also auf die Höhe, beschränkt; sie erstreckt sich ebenso auf die Frage, ob überhaupt eine Erschwernisentschädigung zu leisten ist, zumal ja eine solche schon gewährt wurde, die sich die Klägerin zweifellos auf die Gesamterschwernis anrechnen lassen muß, und es daher um die Frage geht, ob ihr nach billigem Ermessen noch eine weitere Erschwernisentschädigung gebührt.

Entgegen den Rekursausführungen sind die für eine solche Ermessensüberprüfung erforderlichen objektiven Schranken (Gschnitzer a. a. O.) vorhanden. Die Klägerin wäre - eine normale Witterung vorausgesetzt - selbstverständlich an ihr Angebot gebunden. Eine Erhöhung der von der Beklagten zu leistenden Zahlung kann sich nur ergeben, wenn und insoweit die von der Klägerin unter normalen Verhältnissen zu erbringende Leistung durch das behauptete Katastrophenwetter, eine unverschuldete Straßensperre u. dgl. mehr, wesentlich behindert oder erschwert wurde. Angesichts dieser objektiven Begrenzung kann daher weder gesagt werden, daß durch die gerichtliche Ermessensüberprüfung lediglich eine freie Willensentscheidung an die Stelle einer anderen gesetzt würde, noch trifft es zu, daß hiervon die öffentliche Ausschreibung, die Angebotstellung und das Zuschlagverfahren sinnlos würden. Dieses Verfahren bildet vielmehr ebenso wie bei Bauleistungsverträgen die Vertragsgrundlage für normale Verhältnisse; für außergewöhnliche Verhältnisse aber wurde sowohl bei Bauleistungsverträgen als auch beim vorliegenden Kaufvertrag die Gewährung zusätzlicher Leistungen vereinbart, welche Vereinbarung die notwendige Ergänzung dazu darstellt, daß die Klägerin auch bei für sie unter Umständen sehr belastenden Veränderungen der Lieferungsverhältnisse nicht berechtigt ist, vom Vertrag zurückzutreten.

Anmerkung

Z42077

Schlagworte

Ermessen, beliebiges bzw. billiges, richterliche Überprüfung, Leistung nach beliebigem Ermessen, Leistung nach billigem Ermessen, richterliche Überprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1969:0050OB00066.69.0514.000

Dokumentnummer

JJT_19690514_OGH0002_0050OB00066_6900000_000

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