

TE OGH 2011/12/20 4Ob137/11t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.12.2011

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei I***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer und andere Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagten Parteien 1. S***** GmbH & Co KG, 2. S*****gmbH, beide *****, beide vertreten durch Mag. Harald Schuh und Mag. Christian Atzwanger, Rechtsanwälte in Linz, und den Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Parteien Mag. M***** W*****, Rechtsanwalt in *****, als Verwalter im Insolvenzverfahren der b***** GmbH, *****, wegen 239.435,13 EUR sA, über die Revisionen beider Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 28. April 2011, GZ 3 R 205/10b-112, mit welchem das Urteil des Landesgerichts Wels vom 20. August 2010, GZ 2 Cg 65/06w-106, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

A. Die Revision der beklagten Parteien wird zurückgewiesen. Die klagende Partei hat die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen. Die „Ergänzung“ dieser Revisionsbeantwortung wird zurückgewiesen.

B. Hingegen wird der Revision der klagenden Partei teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird im Ausspruch über die Klageforderung zur Gänze, im Ausspruch über das Zurechtbestehen der Gegenforderung im Ausmaß von 22.374,94 EUR und in der Abweisung des Begehrens im Ausmaß von 41.660,14 EUR samt Zinsen als Teilurteil bestätigt.

Die Entscheidung über die auf diesen Teil des Streitgegenstands entfallenden Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

Im Übrigen werden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben, und die Rechtssache wird insofern zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die auf diesen Teil des Streitgegenstands entfallenden Kosten des Verfahrens über die Revision der klagenden Partei sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Erstbeklagte hatte die Klägerin mit der Lieferung und Montage der Heizungs-, Kühlungs- und Lüftungsanlage in ihrem neuen Betriebsgebäude beauftragt. Die Zweitbeklagte ist eine persönlich haftende Gesellschafterin der Erstbeklagten; der Nebenintervenient ist Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen jenes Ingenieurbüros, das die Pläne für die Anlage erstellt hatte. Die Parteien streiten über das Begehren der Klägerin auf Zahlung eines restlichen Werklohns von 239.435,13 EUR.

Vertragliche Grundlage der Werkleistung war ein von beiden Seiten unterfertigtes „Verhandlungsprotokoll“ (idF: VP) samt seinen Beilagen. Die für den Rechtsstreit maßgebenden Bestimmungen lauten wie folgt: Vertragliche Grundlage der Werkleistung war ein von beiden Seiten unterfertigtes „Verhandlungsprotokoll“ in der Fassung, VP) samt seinen Beilagen. Die für den Rechtsstreit maßgebenden Bestimmungen lauten wie folgt:

„2. Vertragsgrundlage:

Vertragsinhalt sind (bei Widersprüchen in nachstehender Reihenfolge):

2.1. dieses Verhandlungsprotokoll

2.2. Allgemeine Vertragsbedingungen der [Erstbeklagten] für Bauwerkverträge (Stand 11/2003), Anlage

1.2.2. Allgemeine Vertragsbedingungen der [Erstbeklagten] für Bauwerkverträge (Stand 11 aus 2003,), Anlage 1.

2.3. Baubeschreibung des Bauherren/ Leistungsverzeichnis (Seite 34 - 314), mit Vorbemerkungen (Seite 1 - 33), Stand lt. Angebot vom 15. Jänner 2004, Anlage 2.

[...]

2.7. Alle für die Leistungen des AN relevanten technischen Normen, Richtlinien und Vorschriften, die in dem Land gelten, in dem die Leistung endgültig verwendet wird, jedenfalls aber die allgemein anerkannten Regeln der Technik.

[...]

3. Leistungsumfang

3.1. Der AN schuldet

3.1.1. Sämtliche in den Vertragsgrundlagen als Leistung des AN beschriebenen Leistungen in der dort bestimmten Funktion und Beschaffenheit.

[...]

3.1.4. Die Überprüfung der vom Fachplaner bereits erstellten kompletten technischen Planung sowie die Überprüfung sämtlicher Berechnungs- und Planunterlagen, Erstellung der Ausführungs-, Werkstatt- und Freigabepläne, in Abstimmung mit dem AG, inkl. Zeichnungsüberarbeitung nach den Prüfvorgängen.

[...]

3.4. Vereinbarter Verwendungszweck: Gemäß Ausschreibung. Büro- und Betriebsgebäude mit hohem Anspruch an formschöner Detaillausbildung.

[...]

9. Termine und Fristen, Verzugsschaden:

Der AN hat folgende Fristen und Termine als verbindliche Vertragsfristen einzuhalten:

[...]

Fertigstellung des Gesamtleistungsumfanges: 19.08.2004 (pönalisiert)

[...]

10. Vertragsstrafe:

10.1. Kommt der AN mit der Fertigstellung seiner Leistung in Verzug, hat er an den AG für jeden Arbeitstag des Verzuges eine nicht dem richterlichen Mäßigungsrecht unterliegende Vertragsstrafe i.H.v. 0,20 % der Bruttoauftragssumme zu bezahlen.

[...]

10.3. [...] Die Summe der vom AN zu zahlenden Vertragsstrafen beträgt maximal 5 % der Bruttoauftragssumme.

[...]

14. Regiesätze auf Gegenseitigkeit:

Leistungen des AN werden auf Regiebasis vergütet, wenn diese schriftlich als Regieleistungen vom AG in Auftrag gegeben sind. Hiefür gelten folgende Stundenverrechnungssätze: [...]

Die als weitere Vertragsgrundlage genannten „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ der Erstbeklagten (idF: AVB) enthielten unter anderem folgende Bestimmungen: Die als weitere Vertragsgrundlage genannten „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ der Erstbeklagten in der Fassung, AVB) enthielten unter anderem folgende Bestimmungen:

„§ 11 Vertragsstrafe:

[...]

(2) Ist die Vertragsstrafe für den Fall vereinbart, dass der Auftragnehmer nicht in der vorgesehenen Frist erfüllt, so wird sie fällig, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät.

[...]

(4) Hat der Auftraggeber die Leistung abgenommen, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er dies bis spätestens zur Schlusszahlung vorbehalten hat.

(5) Auch danach kann der Auftraggeber den Vorbehalt als Einwand gegenüber allen Zahlungsansprüchen des Auftragnehmers aus dem Vertragsverhältnis geltend machen.

[...]

§ 13 Mängelhaftung: Paragraph 13, Mängelhaftung:

[...]

(10) Der Auftraggeber ist ein weltweit agierendes Unternehmen auf dem Gebiet des Glasfassadenbaus und von Glas-Stahl-Konstruktionen. Das äußere Erscheinungsbild der Gewerke ist sowohl für den Auftraggeber, als auch für den Bauherrn von entscheidender Bedeutung. Treten daher im Gewerk des Auftragnehmers optische Mängel auf, so ist dieser auch bei einem unverhältnismäßig hohen Sanierungsaufwand zur Mängelbehebung verpflichtet und kann der Anspruch des Auftraggebers ohne dessen Zustimmung nicht auf eine Preisminderung beschränkt werden.

[...]

§ 15 Stundenlohnarbeiten Paragraph 15, Stundenlohnarbeiten

[...]

(3) Stundenlohnabrechnungen sind alsbald nach Abschluss der Stundenlohnarbeiten, längstens jedoch in Abständen von 4 Wochen bei sonstigem Verlust des Anspruchs einzureichen. [...]"

Die Bruttoauftragssumme betrug nach Punkt 12 des Verhandlungsprotokolls 391.498,82 EUR. Mündliche Zusatzvereinbarungen gab es nicht, insbesondere nicht in Bezug auf das Erreichen einer bestimmten Temperatur.

Die Pläne der Heizungs-, Kühlungs- und Lüftungsanlage hatte im Auftrag der Erstbeklagten ein - inzwischen insolvent gewordenes - Ingenieurbüro erstellt. „Vorgabe“ der Klägerin war es, sich an diese Pläne zu halten. Die Klägerin führte diese Pläne aus.

Am 23. September 2004 erstellten die Klägerin und die Erstbeklagte ein „End-/Teilabnahmeprotokoll“, in dem einzelne Mängel festgehalten wurden, die innerhalb bestimmter Fristen zu beheben seien. Am 7. Oktober 2004 erfolgte die Abnahme. In weiterer Folge entwickelte sich eine umfangreiche Korrespondenz zu (angeblichen) Mängeln der Anlage, die sich insbesondere auf deren Heiz- und Kühlleistungen bezog.

Am 18. August 2005 legte die Klägerin eine Schlussrechnung über 462.167,19 EUR (netto), von der nach Teilzahlungen und unter Berücksichtigung vertraglich vorgesehener prozentueller Abzüge (Versicherung, Strom etc) 239.435,13 EUR (brutto) offen sind. Davon beziehen sich 19.285,22 EUR auf in der Schlussrechnung so bezeichnete „Regieleistungen“, für die weder schriftliche Aufträge iSv Punkt 14 VP noch Abrechnungen iSv § 15 Abs 3 AVB vorliegen. Die Erstbeklagte hat diese Leistungen auch nicht nachträglich als Regieleistungen genehmigt. Abgesehen von den Regieleistungen ist die Höhe der Schlussrechnung im Revisionsverfahren nicht mehr strittig. Am 18. August 2005 legte die Klägerin eine Schlussrechnung über 462.167,19 EUR (netto), von der nach Teilzahlungen und unter Berücksichtigung vertraglich vorgesehener prozentueller Abzüge (Versicherung, Strom etc) 239.435,13 EUR (brutto) offen sind. Davon beziehen sich 19.285,22 EUR auf in der Schlussrechnung so bezeichnete „Regieleistungen“, für die weder schriftliche Aufträge iSv

Punkt 14 VP noch Abrechnungen iSv Paragraph 15, Absatz 3, AVB vorliegen. Die Erstbeklagte hat diese Leistungen auch nicht nachträglich als Regieleistungen genehmigt. Abgesehen von den Regieleistungen ist die Höhe der Schlussrechnung im Revisionsverfahren nicht mehr strittig.

Die von der Klägerin hergestellte Anlage ist wegen zu geringer Dimensionierung der Luftkanäle nicht geeignet, bei hohen Außentemperaturen (32°) die erforderliche Kühlung auf nach „Behaglichkeitskriterien“ angemessene 26° zu gewährleisten. Unklar ist, ob das für das gesamte Gebäude oder nur für einzelne (sonnseitige) Räume gilt. Obwohl die Klägerin die zu geringe Dimensionierung hätte erkennen können, wies sie die Erstbeklagte nicht darauf hin. Zur Behebung des Mangels schlug der im Verfahren bestellte Sachverständige unter anderem ein ergänzendes Kühlsystem mit säulenartigen Luftauslässen vor. Dieses System hätte bei Errichtung in der Bauphase (zumindest) 92.646 EUR gekostet; die Mehrkosten bei nachträglichem Einbau würden 22.230 EUR betragen. Dabei entstünde jedoch eine „optische Thematik“, dies offenkundig unter Bedachtnahme auf den in der Vereinbarung vorgesehenen „hohen Anspruch an formschöner Detaillausbildung“. Soweit das Erstgericht zu dieser „Thematik“ - durch wörtliche Übernahme von Passagen aus dem Gutachten - nähere Feststellungen traf, sind sie nicht nachvollziehbar. Eine Erweiterung der bestehenden Anlage (also ohne „optische Thematik“) hätte bei Errichtung in der Bauphase um 157.000 EUR mehr gekostet. Dafür wäre jedoch aus Platzgründen eine andere Deckenkonstruktion erforderlich, deren - jedenfalls hohe - Kosten nicht feststehen.

Hingegen kann eine ordnungsgemäße Beheizung der Räume durch eine 1.600 EUR (netto) kostende Nachregulierung bewirkt werden. In einem Zimmer ist die Anlage zu laut; eine Nachregulierung ist auch hier möglich und kostet 800 EUR (netto). Unklar sind Feststellungen des Erstgerichts zu einem - mangelbedingt? - um 3.960 EUR erhöhten Aufwand beim Betrieb der Anlage. Weitere Mängel sind nicht erwiesen; eine Softwaredokumentation war für den Einbau eines „Luftwäschers“ durch ein Drittunternehmen nicht erforderlich.

An heißen Tagen (Außentemperatur 35°) verursacht die mangelhafte Kühlung bei den Mitarbeitern eine Leistungseinbuße von etwa 10 %. Eine mit den Beklagten gesellschaftsrechtlich verbundene Gesellschaft, die das Betriebsgebäude gemietet hatte, nahm wegen der unzureichenden Kühl- und Heizleistung eine ganzjährige Mietzinsminderung von 20 % vor. Die Erstbeklagte stimmte dem zu. Von November 2004 bis Februar 2010 ergab sich daraus ein Mietausfall von 230.698,80 EUR.

Die Klägerin begehrt den ihrer Ansicht nach ausstehenden Werklohn von 239.435,13 EUR samt gesetzlichen Zinsen ab Zustellung der Klage.

Die Beklagte wandte in erster Instanz mangelnde Fälligkeit wegen weiterhin bestehender Mängel ein. Von der Nettorechnungssumme seien wegen Korrekturen der Mengen und der Einheitspreise 37.576,07 EUR (netto) abzuziehen. Die Nichtberechtigung dieses Abzugs ist im Revisionsverfahren nicht mehr strittig. Die in der Schlussrechnung enthaltenen Regieleistungen habe die Klägerin nicht rechtzeitig angezeigt; eine „Gegenzeichnung“ sei nicht erfolgt. Zudem seien sie ohnehin im Auftrag enthalten gewesen. Weiters wandten die Beklagten - soweit für das Revisionsverfahren noch relevant - folgende Forderungen aufrechnungsweise ein:

Pönale wegen Verspätung

(5 % der Schlussrechnungssumme) 25.475,46 EUR Pönale wegen Verspätung , (5 % der Schlussrechnungssumme) 25.475,46 EUR

Aufwand für eine Dokumentation

der Software 8.500,-- EUR Aufwand für eine Dokumentation , der Software 8.500,-- EUR

(insofern eingeschränkt in AS 399)

Behebung von Mängeln 82.500,-- EUR

Aufwand für laufende

Mängelbehebung 8.760,-- EUR Aufwand für laufende , Mängelbehebung 8.760,-- EUR

Herstellung einer funktionierenden

Kühlanlage 392.362,57 EUR Herstellung einer funktionierenden, Kühlanlage 392.362,57 EUR

verminderte Arbeitsleistung /

Mietzinsminderung 230.000,-- EUR verminderte Arbeitsleistung / , Mietzinsminderung 230.000,-- EUR

Die Klägerin sei nach dem Vertrag verpflichtet gewesen, die ihr übergebenen Pläne zu prüfen. Dabei habe ihr die zu geringe Dimensionierung auffallen müssen. Das Werk sei daher mangelhaft; zudem habe die Klägerin ihre Warnpflicht verletzt. Dies begründe (neben mangelnder Fälligkeit) einen Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Herstellung einer funktionierenden Anlage und des weiteren Schadens (verminderte Arbeitsleistung; Mietzinsentgang).

Die Klägerin hielt den Einwänden der Beklagten - soweit im Revisionsverfahren noch relevant - entgegen, dass sie die Anlage plankonform errichtet habe. Eine Warnpflichtverletzung liege nicht vor; jedenfalls überwiege das Verschulden des den Beklagten zuzurechnenden Planers. Die von den Beklagten behauptete Mietzinsreduktion sei nicht nachvollziehbar; die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit von Dienstnehmern sei nicht erwiesen. Ein Erfüllungsanspruch (Herstellung einer wesentlich aufwändigeren Anlage) bestehe bei bloßer Verletzung der Warnpflicht nicht. Allenfalls vorhandene Mängel seien geringfügig und rechtfertigten daher nicht die Zurückbehaltung des Werklohns. Die Pönale sei nicht verfallen, weil sie das Werk rechtzeitig fertiggestellt habe; zudem seien die Beklagten nicht mehr zur Geltendmachung berechtigt, weil die Erstbeklagte nach Legung der Schlussrechnung keinen diesbezüglichen Vorbehalt erklärt habe.

Das Erstgericht sprach aus, dass die Klageforderung mit 64.891,49 EUR zu Recht und mit 174.543,64 EUR nicht zu Recht bestehe und dass die Gegenforderung bis zur Höhe der zu Recht bestehenden Klageforderung zu Recht bestehe. Auf dieser Grundlage wies es das Klagebehörden ab. Es traf umfangreiche Feststellungen, die einerseits die vertraglichen Grundlagen und die Korrespondenz zwischen den Parteien wiedergeben; andererseits übernahm es - wörtlich - einen Großteil der Ausführungen der vom Gericht bestellten Sachverständigen. Rechtlich führte es aus, dass von der Klageforderung zunächst die Regieleistungen und das Pönale abzuziehen seien. Vom verbliebenen Betrag stehe der Klägerin lediglich ein Drittel zu, weil das Werk durch ihr Verschulden (Warnpflichtverletzung) mangelhaft geblieben sei. Die Kürzung um zwei Drittel ergebe sich „billigerweise“ daraus, dass die Beklagte wegen des Zurverfügungstellens der mangelhaften Pläne ein Mitverschulden von einem Drittel treffe. Da die berechtigten Gegenforderungen (Mietzinsreduktion, Kostenaufwand von 3.960 EUR) die Klageforderung überstiegen, sei die Klage insgesamt abzuweisen.

Die Beklagten ließen diese Entscheidung unbekämpft, die Klägerin erhob Berufung.

Das Berufungsgericht änderte das angefochtene Urteil in der Hauptsache dahin ab, dass es die Klageforderung mit 220.149,93 EUR als zu Recht und mit 19.285,20 EUR als nicht zu Recht bestehend erkannte; die Feststellung, dass die Gegenforderung die zu Recht bestehende Klageforderung übersteige, und die Abweisung der Klage blieben aufrecht. Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht zu.

Von der im Berufungsverfahren der Höhe nach nicht mehr strittigen Schlussrechnungssumme seien zunächst die Regieleistungen von 19.285,20 EUR abzuziehen. Insofern habe die vertraglich vorgesehene Anordnung durch den Auftraggeber (die Erstbeklagte) gefehlt. Die Pönaleforderung mindere zwar nicht die Klageforderung, sei aber als berechtigte Gegenforderung anzusetzen. Da auch bei der (ersten) Abnahme am 23. September 2004 noch Mängel vorhanden gewesen seien, habe die Klägerin den vereinbarten Fertigstellungstermin 19. August 2004 um (mindestens) 25 Arbeitstage überschritten. Daraus ergebe sich eine Pönale von 5 % der Bruttorechnungssumme. Die Klägerin habe ohnehin weniger begehrt.

Die Beklagten hätten aus der behaupteten Warnpflichtverletzung einerseits ein Leistungsverweigerungsrecht und andererseits den Anspruch auf die Behebungskosten abgeleitet. Auf das Leistungsverweigerungsrecht kämen die Beklagten in der Berufungsbeantwortung zurecht nicht mehr zurück, weil der Behebungsaufwand unverhältnismäßig geringer sei als der ausstehende Werklohn. Behebungskosten könnten nur eine Gegenforderung begründen; Preisminderung hätten die Beklagten nicht geltend gemacht. Die Klageforderung betrage daher nach Abzug der Regieleistungen 220.149,93 EUR, die Pönaleforderung bestehe als Gegenforderung mit 25.475,46 EUR zu Recht.

Die Klägerin habe ihre Prüf- und Warnpflicht verletzt. Da die Prüfung der Pläne ausdrücklich vereinbart gewesen sei, sei das Verschulden des Planverfassers den Beklagten nicht als Mitverschulden anzurechnen. Der Auftraggeber sei so zu stellen, wie er bei rechtzeitiger Warnung gestanden wäre. Verbesserungskosten seien daher nicht zu ersetzen, soweit sie auch bei rechtzeitiger Warnung angefallen wären; der Anspruch beschränke sich auf die Mehrkosten wegen unterbliebener Warnung. Dabei seien die Beklagten aber nicht auf eine nach Ansicht der Klägerin wirtschaftlich vertretbare Nachrüstung beschränkt, da im Vertrag ausdrücklich auf den hohen optischen Anspruch hingewiesen worden sei und die Klägerin die Verpflichtung übernommen habe, das Werk auch bei einem unverhältnismäßig hohen

Aufwand zu verbessern. Zwar fehlten Feststellungen zu den Kosten des nachträglichen Einbaus ausreichender Lüftungskanäle, sodass die Sache insofern nicht spruchreif sei. Dennoch könne eine Teilaufhebung unterbleiben, weil die Beklagten durch die mangelbedingte Mietzinsreduktion, den Bedienungsmehraufwand von 3.960 EUR und einen frustrierten Aufwand von 16.310 EUR einen Vermögensschaden zumindest in Höhe der zu Recht bestehenden Klageforderung erlitten hätten.

Die Revision sei zuzulassen, weil es über den Einzelfall hinaus von Bedeutung sei, ob ein Verschulden des dem Bauherrn zuzurechnenden Planverfassers dessen Schadenersatzansprüche gegen den Werkunternehmer auch dann mindere, wenn dieser nach dem Vertrag zur Prüfung dieser Pläne verpflichtet war.

Gegen dieses Urteil richten sich Revisionen beider Seiten. Die Klägerin strebt eine ihrem Begehren stattgebende Entscheidung an, die Beklagten eine Wiederherstellung des eine geringere Höhe der Klageforderung feststellenden Ersturteils. In der Revisionsbeantwortung beantragen die Beklagten die Zurückweisung der Revision der Klägerin, hilfsweise die Bestätigung der angefochtenen Entscheidung; die Klägerin beantragt, der Revision der Beklagten nicht Folge zu geben. In einem weiteren Schriftsatz ergänzte sie dies mit einem Zurückweisungsantrag.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision der Beklagten ist unzulässig; jene der Klägerin ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund zulässig und, wenngleich aus einem anderen Grund, teilweise im Sinn des Aufhebungsantragsberechtigt.

A. Zur Revision der Beklagten

1. Die Beklagten greifen nicht die vom Berufungsgericht als erheblich bezeichnete Rechtsfrage auf, sondern machen geltend, dass ihnen ein Leistungsverweigerungsrecht zustehe und dass sie sich in erster Instanz sehr wohl auf das Vorliegen eines Mangels und damit (auch) auf eine Preisminderung gestützt hätten. Daher seien sie durch den Ausspruch des Berufungsgerichts, dass die Klageforderung mit 220.149,93 EUR (statt mit nur 64.891,49 EUR) zu recht bestehe, beschwert. Zum Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage äußern sie sich nicht.

2. Ein Beklagter, der primär den Bestand der Klageforderung bekämpft hat, ist durch eine Klageabweisung beschwert, die den Bestand der Klageforderung ganz oder teilweise bejaht und ihr Erlöschen durch Aufrechnung mit der Gegenforderung annimmt (RIS-Justiz RS0041006). Das trifft hier zu, weil das Berufungsgericht die Klageforderung in einem höheren Ausmaß als zu Recht bestehend erkannt hat als das Erstgericht. Die Revision der Beklagten ist daher nicht jedenfalls unzulässig.

3. Allerdings ist die Revision auch dann zurückzuweisen, wenn das Berufungsgericht zwar - zu Recht - ausgesprochen hat, dass sie zulässig sei, der Revisionswerber dann aber nur solche Gründe geltend macht, deren Erledigung nicht von der Lösung erheblicher Rechtsfragen abhängt (RIS-Justiz RS0102059). Ein solcher Fall liegt hier vor.

3.1. Die Beurteilung und Auslegung des Vorbringens einer Partei begründet im Regelfall keine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung (RIS-Justiz RS0042828). Eine zur Wahrung der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung liegt nicht vor: Die Beklagten haben zwar eine mangelhafte Leistung behauptet, daraus aber - neben dem Leistungsverweigerungsrecht - nur den Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten abgeleitet. Ein Vorbringen zu den Voraussetzungen des § 932 Abs 4 ABGB haben sie nicht erstattet. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Beklagten damit keine Preisminderung geltend gemacht haben, ist jedenfalls vertretbar. 3.1. Die Beurteilung und Auslegung des Vorbringens einer Partei begründet im Regelfall keine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung (RIS-Justiz RS0042828). Eine zur Wahrung der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung liegt nicht vor: Die Beklagten haben zwar eine mangelhafte Leistung behauptet, daraus aber - neben dem Leistungsverweigerungsrecht - nur den Anspruch auf Ersatz der Verbesserungskosten abgeleitet. Ein Vorbringen zu den Voraussetzungen des Paragraph 932, Absatz 4, ABGB haben sie nicht erstattet. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass die Beklagten damit keine Preisminderung geltend gemacht haben, ist jedenfalls vertretbar.

3.2. Durch den Ausspruch über das (teilweise) Zurechtbestehen der Klageforderung hat das Erstgericht implizit das Vorliegen eines Leistungsverweigerungsrechts verneint. Die Beklagten haben dies - obwohl sie gekonnt hätten (RIS-Justiz RS0041006) - nicht mit Berufung bekämpft. Die unterbliebene Rechtsrüge zu diesem selbständigen Streitpunkt können sie in der Revision nicht nachholen (RIS-Justiz RS0043480 [T22]; RIS-Justiz RS0043573 [T2, T29, T36, T43]; zuletzt etwa 17 Ob 5/10z).

Abgesehen davon trifft die Entscheidung des Berufungsgerichts in diesem Punkt ohnehin zu: Das

Leistungsverweigerungsrecht soll Druck zur Verbesserung des mangelhaften Werks ausüben (RIS-Justiz RS0018507), es setzt daher einen aufrechten Verbesserungsanspruch voraus (RIS-Justiz RS0019929). Im vorliegenden Fall war die Klägerin nach dem auf einer bestimmten Leistungsbeschreibung beruhenden Vertrag nicht verpflichtet, die jedenfalls anfallenden Mehrkosten einer ausreichend dimensionierten Lüftungsanlage zu tragen. Damit bestand für sie aber - außer bei einer hier nicht erfolgten Vertragsanpassung (§ 872 ABGB) mit entsprechender Erhöhung des Werklohns (1 Ob 628/91 = JBl 1992, 784; 8 Ob 97/00y = SZ 73/109; RIS-Justiz RS0016258) - auch keine Pflicht zur Herstellung einer solchen Anlage. Vielmehr musste sie der Erstbeklagten nur jene Kosten ersetzen, die bei einer rechtzeitigen Warnung nicht angefallen wären. Dabei handelt es sich um einen Schadenersatzanspruch, der das Leistungsverweigerungsrecht nicht begründen kann. Die Kosten der tatsächlich geschuldeten Verbesserung (Nachregulierung der Anlage in Bezug auf die Heizleistung und die Lärmbelästigung) von 2.200 EUR können die mit der Revision angestrebte Zurückbehaltung des gesamten Werklohns nicht tragen. Abgesehen davon trifft die Entscheidung des Berufungsgerichts in diesem Punkt ohnehin zu: Das Leistungsverweigerungsrecht soll Druck zur Verbesserung des mangelhaften Werks ausüben (RIS-Justiz RS0018507), es setzt daher einen aufrechten Verbesserungsanspruch voraus (RIS-Justiz RS0019929). Im vorliegenden Fall war die Klägerin nach dem auf einer bestimmten Leistungsbeschreibung beruhenden Vertrag nicht verpflichtet, die jedenfalls anfallenden Mehrkosten einer ausreichend dimensionierten Lüftungsanlage zu tragen. Damit bestand für sie aber - außer bei einer hier nicht erfolgten Vertragsanpassung (Paragraph 872, ABGB) mit entsprechender Erhöhung des Werklohns (1 Ob 628/91 = JBl 1992, 784; 8 Ob 97/00y = SZ 73/109; RIS-Justiz RS0016258) - auch keine Pflicht zur Herstellung einer solchen Anlage. Vielmehr musste sie der Erstbeklagten nur jene Kosten ersetzen, die bei einer rechtzeitigen Warnung nicht angefallen wären. Dabei handelt es sich um einen Schadenersatzanspruch, der das Leistungsverweigerungsrecht nicht begründen kann. Die Kosten der tatsächlich geschuldeten Verbesserung (Nachregulierung der Anlage in Bezug auf die Heizleistung und die Lärmbelästigung) von 2.200 EUR können die mit der Revision angestrebte Zurückbehaltung des gesamten Werklohns nicht tragen.

3.3. Aus diesen Gründen ist die Revision der Beklagten wegen des Fehlens einer darin aufgezeigten erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen. Da die Klägerin in der Revisionsbeantwortung nicht auf die Unzulässigkeit des Rechtsmittels hingewiesen hat, hat sie deren Kosten selbst zu tragen.

4. Jeder Partei steht nur eine einzige Rechtsmittel- oder Rechtsmittelgegenschrift zu. Nachträge oder Ergänzungen sind auch dann unzulässig, wenn sie innerhalb der gesetzlichen Frist angebracht werden (RIS-Justiz RS0041666). Die von der Klägerin vorgelegte „Ergänzung“ der Revisionsbeantwortung ist daher zurückzuweisen.

B. Zur Revision der Klägerin

1. Die Klägerin wendet sich einerseits gegen die Nichtberücksichtigung der Regieleistungen bei der Feststellung der Klageforderung. Andererseits bestreitet sie eine Warnpflichtverletzung; selbst wenn diese vorläge, wäre ein Mitverschulden der Beklagten zu berücksichtigen. Zudem bestünden die konkret geltend gemachten Schadenersatzansprüche nicht zu Recht.

2. In Bezug auf die Regieleistungen ist die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden. Der Anspruch der Klägerin scheitert hier an der fehlenden Anordnung iSv Punkt 14 VP und an der unterbliebenen rechtzeitigen Geltendmachung iSv § 15 Abs 3 AVB. Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanzen halten sich im Rahmen der Einwendungen der Beklagten (Fehlen einer „Gegenzeichnung“ bei den Regieleistungen) und sind daher der Entscheidung zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0040318). Von einem (prozessualen oder außergerichtlichen) Anerkenntnis kann keine Rede sein. Die Entscheidung über das Zurechtbestehen der Klageforderung trifft daher zu. 2. In Bezug auf die Regieleistungen ist die angefochtene Entscheidung nicht zu beanstanden. Der Anspruch der Klägerin scheitert hier an der fehlenden Anordnung iSv Punkt 14 VP und an der unterbliebenen rechtzeitigen Geltendmachung iSv Paragraph 15, Absatz 3, AVB. Die diesbezüglichen Feststellungen der Vorinstanzen halten sich im Rahmen der Einwendungen der Beklagten (Fehlen einer „Gegenzeichnung“ bei den Regieleistungen) und sind daher der Entscheidung zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0040318). Von einem (prozessualen oder außergerichtlichen) Anerkenntnis kann keine Rede sein. Die Entscheidung über das Zurechtbestehen der Klageforderung trifft daher zu.

3. Zum Schadenersatzanspruch wegen Verletzung der Prüf- und Warnpflicht

3.1. Zu den Pflichten der Klägerin gehörte nach der Vereinbarung (Punkt 3.1.4. VP) die „Überprüfung der vom Fachplaner bereits erstellten kompletten technischen Planung sowie die Überprüfung sämtlicher Berechnungs- und

Planunterlagen.“ Da eine isolierte Prüfpflicht sinnlos wäre, folgt daraus zwingend, dass die Klägerin nach dem Vertrag verpflichtet war, die Erstbeklagte zu warnen, wenn sich aus der Prüfung die Untauglichkeit der Pläne ergab. Auf das Bestehen einer (allgemeinen) Warnpflicht nach § 1168a ABGB kommt es daher nicht an.3.1. Zu den Pflichten der Klägerin gehörte nach der Vereinbarung (Punkt 3.1.4. VP) die „Überprüfung der vom Fachplaner bereits erstellten kompletten technischen Planung sowie die Überprüfung sämtlicher Berechnungs- und Planunterlagen.“ Da eine isolierte Prüfpflicht sinnlos wäre, folgt daraus zwingend, dass die Klägerin nach dem Vertrag verpflichtet war, die Erstbeklagte zu warnen, wenn sich aus der Prüfung die Untauglichkeit der Pläne ergab. Auf das Bestehen einer (allgemeinen) Warnpflicht nach Paragraph 1168 a, ABGB kommt es daher nicht an.

3.2. Dass die Pläne zumindest teilweise untauglich waren, steht fest. Denn gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft einer Klimaanlage ist es, auch an heißen Tagen eine angenehme Raumtemperatur zu gewährleisten. Der Feststellung des Erstgerichts, dass dafür (aufgrund von „Behaglichkeitskriterien“) eine Kühlung auf 26° notwendig sei, ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Wenn die Anlage diese Leistung aufgrund einer zu geringen Dimensionierung der Lüftungskanäle - allenfalls auch nur in einzelnen Räumen - nicht erbringen kann, ist sie für den bedungenen Zweck zumindest teilweise nicht geeignet. Nach den Feststellungen war das für die Beklagte erkennbar; zudem hätte sie wegen der Übernahme der diesbezüglichen Prüfpflicht auch für mangelnde Sachkunde einzustehen (§ 1299 ABGB). Die Klägerin hat daher ihre vertragliche Prüf- und Warnpflicht verletzt.3.2. Dass die Pläne zumindest teilweise untauglich waren, steht fest. Denn gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft einer Klimaanlage ist es, auch an heißen Tagen eine angenehme Raumtemperatur zu gewährleisten. Der Feststellung des Erstgerichts, dass dafür (aufgrund von „Behaglichkeitskriterien“) eine Kühlung auf 26° notwendig sei, ist die Klägerin nicht entgegengetreten. Wenn die Anlage diese Leistung aufgrund einer zu geringen Dimensionierung der Lüftungskanäle - allenfalls auch nur in einzelnen Räumen - nicht erbringen kann, ist sie für den bedungenen Zweck zumindest teilweise nicht geeignet. Nach den Feststellungen war das für die Beklagte erkennbar; zudem hätte sie wegen der Übernahme der diesbezüglichen Prüfpflicht auch für mangelnde Sachkunde einzustehen (Paragraph 1299, ABGB). Die Klägerin hat daher ihre vertragliche Prüf- und Warnpflicht verletzt.

3.3. Ob die darauf gestützten Schadenersatzforderungen begründet sind, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden.

3.3.1. Erfolgt die (angebliche) Schädigung - wie hier - durch ein Unterlassen, so ist Kausalität dann anzunehmen, wenn die Vornahme einer bestimmten aktiven Handlung das Eintreten des Erfolgs verhindert hätte (RIS-Justiz RS0022913; zuletzt etwa 2 Ob 178/07a = Zak 2008, 376, beide mwN; Harrer in Schwimann³ § 1295 Rz 4; Reischauer in Rummel³ § 1295 Rz 2). Es muss daher versucht werden, den hypothetischen Ablauf bei Vermeiden der Unterlassung durch Setzen des gebotenen Verhaltens herauszufinden. Das gebotene Verhalten ist hinzuzudenken (Koziol, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12 [13]; zuletzt etwa 4 Ob 71/10k = RdM 2010, 154 [Leischner] mwN). Die Beweislast, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre, trifft den Geschädigten (RIS-Justiz RS0022700, RS0022900 [T5, T11]). Lediglich die Anforderungen an den Beweis des bloß hypothetischen Kausalverlaufs sind geringer als die Anforderungen an den Nachweis der Verursachung bei einer Schadenszufügung durch positives Tun. Denn die Frage, wie sich die Geschehnisse entwickelt hätten, wenn der Schädiger pflichtgemäß gehandelt hätte, lässt sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit beantworten, weil dieses Geschehen eben nicht stattgefunden hat (10 Ob 103/07f mwN; RIS-Justiz RS0022900 [T14]; zuletzt etwa 2 Ob 176/10m = immolex 2011/93 [Prader]).3.3.1. Erfolgt die (angebliche) Schädigung - wie hier - durch ein Unterlassen, so ist Kausalität dann anzunehmen, wenn die Vornahme einer bestimmten aktiven Handlung das Eintreten des Erfolgs verhindert hätte (RIS-Justiz RS0022913; zuletzt etwa 2 Ob 178/07a = Zak 2008, 376, beide mwN; Harrer in Schwimann³ Paragraph 1295, Rz 4; Reischauer in Rummel³ Paragraph 1295, Rz 2). Es muss daher versucht werden, den hypothetischen Ablauf bei Vermeiden der Unterlassung durch Setzen des gebotenen Verhaltens herauszufinden. Das gebotene Verhalten ist hinzuzudenken (Koziol, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12 [13]; zuletzt etwa 4 Ob 71/10k = RdM 2010, 154 [Leischner] mwN). Die Beweislast, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht eingetreten wäre, trifft den Geschädigten (RIS-Justiz RS0022700, RS0022900 [T5, T11]). Lediglich die Anforderungen an den Beweis des bloß hypothetischen Kausalverlaufs sind geringer als die Anforderungen an den Nachweis der Verursachung bei einer Schadenszufügung durch positives Tun. Denn die Frage, wie sich die Geschehnisse entwickelt

hätten, wenn der Schädiger pflichtgemäß gehandelt hätte, lässt sich naturgemäß nie mit letzter Sicherheit beantworten, weil dieses Geschehen eben nicht stattgefunden hat (10 Ob 103/07f mwN; RIS-Justiz RS0022900 [T14]; zuletzt etwa 2 Ob 176/10m = immolex 2011/93 [Prader]).

3.3.2. Die Beklagten haben nicht dargelegt, welche konkreten Maßnahmen sie bei einer rechtzeitigen Warnung durch die Klägerin gesetzt hätten. Damit fehlt ein schlüssiges Vorbringen zu den auf die Warnpflichtverletzung gestützten Gegenforderungen auf Ersatz des Mietzinsentgangs und der Verbesserungskosten. Das kann allerdings nicht zur sofortigen Verneinung des Bestands dieser Gegenforderungen führen. Denn auch der Oberste Gerichtshof darf die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht überraschen, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht auch nicht hingewiesen hat (4 Ob 53/07h = ÖBA 2008, 140 mwN; zuletzt etwa 10 ObS 99/08v = JBl 2009, 524, 4 Ob 154/09i = MR 2010, 232, und 8 ObA 73/10h; allgemein RIS-Justiz RS0037300). Vielmehr ist den Parteien Gelegenheit zu geben, ihr bisher unschlüssiges Begehren insofern zu verdeutlichen und zu präzisieren (RIS-Justiz RS0037300 [T36, T40]; vgl auch RIS-Justiz RS0037076). Aus diesem Grund sind die angefochtenen Entscheidungen, soweit sie vom Bestand der hier erörterten Gegenforderungen abhängen, aufzuheben, und die Rechtssache ist in die erste Instanz zurückzuverweisen. Ein Teilurteil über die abschließend erledigte Klageforderung ist wegen des rechtlichen Zusammenhangs mit den Gegenforderungen nicht möglich (§ 391 Abs 1 ZPO).

3.3.2. Die Beklagten haben nicht dargelegt, welche konkreten Maßnahmen sie bei einer rechtzeitigen Warnung durch die Klägerin gesetzt hätten. Damit fehlt ein schlüssiges Vorbringen zu den auf die Warnpflichtverletzung gestützten Gegenforderungen auf Ersatz des Mietzinsentgangs und der Verbesserungskosten. Das kann allerdings nicht zur sofortigen Verneinung des Bestands dieser Gegenforderungen führen. Denn auch der Oberste Gerichtshof darf die Parteien nicht mit einer Rechtsansicht überraschen, die sie nicht beachtet haben und auf die sie das Gericht auch nicht hingewiesen hat (4 Ob 53/07h = ÖBA 2008, 140 mwN; zuletzt etwa 10 ObS 99/08v = JBl 2009, 524, 4 Ob 154/09i = MR 2010, 232, und 8 ObA 73/10h; allgemein RIS-Justiz RS0037300). Vielmehr ist den Parteien Gelegenheit zu geben, ihr bisher unschlüssiges Begehren insofern zu verdeutlichen und zu präzisieren (RIS-Justiz RS0037300 [T36, T40]; vergleiche auch RIS-Justiz RS0037076). Aus diesem Grund sind die angefochtenen Entscheidungen, soweit sie vom Bestand der hier erörterten Gegenforderungen abhängen, aufzuheben, und die Rechtssache ist in die erste Instanz zurückzuverweisen. Ein Teilurteil über die abschließend erledigte Klageforderung ist wegen des rechtlichen Zusammenhangs mit den Gegenforderungen nicht möglich (Paragraph 391, Absatz eins, ZPO).

3.4. Das fortgesetzte Verfahren ist auf die Gegenforderungen beschränkt. Das Erstgericht hat die Beklagten zu einem schlüssigen Vorbringen aufzufordern und auf dieser Grundlage gegebenenfalls weitere Feststellungen zu treffen. Dabei wird es Folgendes zu beachten haben:

3.4.1. Zum entgangenen Mietzins werden die Beklagten ein konkretes Vorbringen erstatten müssen, dass und in welchem Ausmaß die Zinsminderung durch die Mieterin berechtigt war. Denn auch wenn die Kausalität (nach der Lehre von der *conditio sine qua non*) zu bejahen wäre, stünden bloß behauptete, tatsächlich aber nicht bestehende Ansprüche eines Dritten nicht im Rechtswidrigkeitszusammenhang mit der Vertragsverletzung.

Die vom Schutzzweck eines Vertrags erfassten Interessen, deren Verletzung schadenersatzpflichtig macht, sind aus dem Sinn und Zweck des Vertrags im Wege der Auslegung zu ermitteln (1 Ob 587/84 = SZ 57/173; RIS-Justiz RS0017850 [insb T8]; zuletzt etwa 1 Ob 224/10p = ecolix 2011, 814). Dies führt im Anlassfall zu einem eindeutigen Ergebnis: Redlichen und vernünftigen Parteien (RIS-Justiz RS0017758) kann nicht unterstellt werden, dass die bloße Behauptung eines Dritten, gegen einen der Vertragspartner wegen der Vertragsverletzung des anderen einen Anspruch zu haben, unabhängig von der Berechtigung dieses Anspruchs zur Begründung der Schadenersatzpflicht ausreichen sollte; vielmehr ist anzunehmen, dass solche Parteien das tatsächliche Bestehen des Anspruchs als maßgebend angesehen hätten. Ein (deklaratives oder konstitutives) Anerkenntnis des in Anspruch genommenen Vertragspartners kann daran nichts ändern; Verträge zu Lasten Dritter sind diesen gegenüber unwirksam (RIS-Justiz RS0084880). Damit übereinstimmend hat der Oberste Gerichtshof ausgesprochen, dass die Bindungswirkung einer Streitverkündung (1 Ob 2123/96d = SZ 70/60; RIS-Justiz RS0107338) nicht eintritt, wenn die Hauptpartei die Höhe eines Anspruchs außer Streit stellt und der Nebenintervenient sie daher nicht wirksam bestreiten kann (4 Ob 111/07p = ÖJZ-LS 2007/80 mwN; RIS-Justiz RS0122420, RS0107338 [T18]). Es besteht kein Grund, ein außergerichtliches Anerkenntnis anders zu behandeln. Die Mietzinsminderung wird daher nur insofern Schadenersatzansprüche begründen können, als sie bei objektiver Betrachtung berechtigt ist. Das ist jedenfalls für solche Perioden nicht der Fall, in denen die Kühleistung der Anlage ausreichte oder (in der kalten Jahreszeit) von vornherein nicht erforderlich war.

3.4.2. Bei den Kosten der Herstellung einer funktionierenden Klimaanlage ist Folgendes zu beachten:

(a) Die Erstbeklagte ist auch hier so zu stellen, wie sie stünde, wenn die Klägerin ihre Warnpflicht erfüllt hätte (RIS-Justiz RS0022104). Die Klägerin haftet daher - ebenso wie bei einer Verletzung der gesetzlichen Warnpflicht nach § 1168a ABGB - nur für den Vertrauensschaden, das heißt dafür, dass die Erstbeklagte nicht gleich eine ausreichende Klimaanlage herstellen ließ (RIS-Justiz RS0102085). Durch die Verletzung dieser Pflicht sind die Mehrkosten der nachträglichen Herstellung verursacht, nicht aber jene Kosten, die bei einer rechtzeitigen Warnung ebenso angefallen wären (RIS-Justiz RS0022104, RS0102085 [T1, T2, T3]). Weiters ist es nicht ausgeschlossen, dass die Erstbeklagte bei einer rechtzeitigen Warnung bestimmte Aufwendungen für die tatsächlich errichtete Anlage nicht gemacht hätte; insofern kann es aus schadenersatzrechtlichen Gründen im Ergebnis zu einer Minderung des Werklohns kommen. Zu all dem ist jedoch ein konkretes Vorbringen der Beklagten erforderlich.

(b) Aus § 1304 ABGB ergibt sich die Verpflichtung des Geschädigten, den Schaden möglichst gering zu halten, wenn und soweit ihm ein entsprechendes Verhalten möglich und zumutbar ist (2 Ob 4/08i mwN; RIS-Justiz RS0027043; zuletzt etwa 2 Ob 144/11g - iFamZ 2011, 329). Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht führt im Regelfall nicht in einer quotenmäßigen Schadensteilung; der Geschädigte hat vielmehr die von ihm zu vertretende Schadenserhöhung allein zu tragen (2 Ob 4/08i mwN; RIS-Justiz RS0124232).

(b) Aus Paragraph 1304, ABGB ergibt sich die Verpflichtung des Geschädigten, den Schaden möglichst gering zu halten, wenn und soweit ihm ein entsprechendes Verhalten möglich und zumutbar ist (2 Ob 4/08i mwN; RIS-Justiz RS0027043; zuletzt etwa 2 Ob 144/11g - iFamZ 2011, 329). Eine Verletzung der Schadensminderungspflicht führt im Regelfall nicht in einer quotenmäßigen Schadensteilung; der Geschädigte hat vielmehr die von ihm zu vertretende Schadenserhöhung allein zu tragen (2 Ob 4/08i mwN; RIS-Justiz RS0124232).

Im vorliegenden Fall gibt es nach den Feststellungen der Vorinstanzen mehrere Möglichkeiten für die Herstellung einer funktionsfähigen Klimaanlage. Die Erstbeklagte ist dabei grundsätzlich verpflichtet, den Schaden für die Klägerin möglichst gering zu halten. Allerdings ist, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, bei der Beurteilung der Zumutbarkeit eines schadensmindernden Verhaltens auf den konkreten Vertrag abzustellen. Danach besteht ein „hoher Anspruch an formschöner Detailausbildung“; bei „optischen Mängeln“ ist der Auftragnehmer auch bei einem unverhältnismäßig hohen Sanierungsaufwand zur Behebung verpflichtet. Daraus ist abzuleiten, dass der Erstbeklagten nur solche Lösungen zumutbar sind, die derart hohen Ansprüchen genügen. Ob das bei der vom Sachverständigen vorgeschlagenen Alternative zutrifft oder ob die Erstbeklagte tatsächlich auf einer mit deutlich höheren (Mehr-)Kosten verbundenen Variante bestehen kann, kann mangels konkreter Feststellungen zur Gestaltung des Betriebsgebäudes und zu den optischen Auswirkungen der in Frage kommenden Varianten derzeit nicht beurteilt werden.

Zur Klarstellung ist allerdings festzuhalten, dass sich diese Frage erst auf einer zweiten Ebene stellt. Denn schon aus Kausalitätsgründen sind die (Mehr-)Kosten einer teureren Variante nur dann zu ersetzen, wenn sich die Erstbeklagte bei einer rechtzeitigen Warnung tatsächlich dafür entschieden hätte. Eine Negativfeststellung ginge zu Lasten der Beklagten.

3.4.3. Die (teilweise) Untauglichkeit des Werks beruht auf den von der Erstbeklagten beigestellten Plänen. Dies mindert aber nicht den Ersatzanspruch der Erstbeklagten gegen die Klägerin.

(a) Der Oberste Gerichtshof hat zwar in älteren Entscheidungen ganz allgemein ausgesprochen, dass der Werkbesteller auch im Fall einer Warnpflichtverletzung für die Untauglichkeit der von ihm beigestellten Pläne einzustehen hat; das Verschulden des dafür herangezogenen Planers sei ihm zuzurechnen (1 Ob 769/83 = SZ 57/18; RIS-Justiz RS0021646). Später hat er das jedoch dahin präzisiert, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von

ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss; vielmehr kommt ein Mitverschulden nur dann in Betracht, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (4 Ob 283/98s = RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; RIS-JustizRS0021766; zuletzt etwa 6 Ob 229/10k = ZVB 2011, 435 [Parusel]). Diese Auffassung wird von der überwiegenden Lehre geteilt (Rebhahn in Schwimann³ § 1168 Rz 17; Klete?ka in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 1168a Rz 61 f; Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung - Zurechnung von Dritten, RdW 2010, 67; alle mwN). Die Beiziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Auftraggebers; entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen hätten.(a) Der Oberste Gerichtshof hat zwar in älteren Entscheidungen ganz allgemein ausgesprochen, dass der Werkbesteller auch im Fall einer Warnpflichtverletzung für die Untauglichkeit der von ihm beigeestellten Pläne einzustehen hat; das Verschulden des dafür herangezogenen Planers sei ihm zuzurechnen (1 Ob 769/83 = SZ 57/18; RIS-JustizRS0021646). Später hat er das jedoch dahin präzisiert, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss; vielmehr kommt ein Mitverschulden nur dann in Betracht, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (4 Ob 283/98s = RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; RIS-JustizRS0021766; zuletzt etwa 6 Ob 229/10k = ZVB 2011, 435 [Parusel]). Diese Auffassung wird von der überwiegenden Lehre geteilt (Rebhahn in Schwimann³ Paragraph 1168, Rz 17; Klete?ka in Klete?ka/Schauer, ABGB-ON 1.00 Paragraph 1168 a, Rz 61 f; Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung - Zurechnung von Dritten, RdW 2010, 67; alle mwN). Die Beiziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Auftraggebers; entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen hätten.

(b) Zu prüfen ist daher, ob die Erstbeklagte als Werkbestellerin verpflichtet war, der Klägerin einen fachgerecht ausgearbeiteten Plan vorzulegen. Dabei kann hier offen bleiben, ob eine solche Pflicht oder Obliegenheit besteht, wenn der Werkunternehmer das Werk nach ihm übergebenen Plänen auszuführen hat und der Vertrag dazu keine näheren Regelungen enthält (vgl dazu Klete?ka und Vollmaier aaO mwN). Denn im vorliegenden Fall ergibt sich die Lösung aus der konkreten Vereinbarung zwischen den Parteien. Darin ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Klägerin die ihr übergebenen Pläne zu prüfen hat. Die Erstbeklagte lehnte es damit - für die Klägerin erkennbar - ab, für die Richtigkeit dieser Pläne einzustehen. Damit lässt sich aus dem Vertrag auch keine Obliegenheit ableiten, fachgerechte Pläne zu übergeben. Gründe für eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung sind nicht zu erkennen. Die Rechtslage ist hier nicht anders, als wenn die Erstbeklagte einen Dritten zur Prüfung der Pläne herangezogen hätte.(b) Zu prüfen ist daher, ob die Erstbeklagte als Werkbestellerin verpflichtet war, der Klägerin einen fachgerecht ausgearbeiteten Plan vorzulegen. Dabei kann hier offen bleiben, ob eine solche Pflicht oder Obliegenheit besteht, wenn der Werkunternehmer das Werk nach ihm übergebenen Plänen auszuführen hat und der Vertrag dazu keine näheren Regelungen enthält vergleiche dazu Klete?ka und Vollmaier aaO mwN). Denn im vorliegenden Fall ergibt sich die Lösung aus der konkreten Vereinbarung zwischen den Parteien. Darin ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Klägerin die ihr übergebenen Pläne zu prüfen hat. Die Erstbeklagte lehnte es damit - für die Klägerin erkennbar - ab, für die Richtigkeit dieser Pläne einzustehen. Damit lässt sich aus dem Vertrag auch keine Obliegenheit ableiten, fachgerechte Pläne zu übergeben. Gründe für eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung sind nicht zu erkennen. Die Rechtslage ist hier nicht anders, als wenn die Erstbeklagte einen Dritten zur Prüfung der Pläne herangezogen hätte.

Das fahrlässige Verhalten des Planverfassers begründet daher kein Mitverschulden der Erstbeklagten. Vielmehr haften der Planverfasser und die Klägerin der Erstbeklagten solidarisch. Dass allfällige Regressansprüche der Klägerin (§ 896 ABGB) an der Insolvenz des Planverfassers scheitern könnten, kann an dieser Rechtslage nichts ändernDas fahrlässige Verhalten des Planverfassers begründet daher kein Mitverschulden der Erstbeklagten. Vielmehr haften der Planverfasser und die Klägerin der Erstbeklagten solidarisch. Dass allfällige Regressansprüche der Klägerin (Paragraph 896, ABGB) an der Insolvenz des Planverfassers scheitern könnten, kann an dieser Rechtslage nichts ändern.

(c) Der Verneinung eines Mitverschuldens steht nicht entgegen, dass das Erstgericht ein solches Mitverschulden angenommen hatte, ohne dass die Beklagten dies bekämpft hätten. Im dreigliedrigen Urteil, das aufgrund einer

Aufrechnungseinrede ergeht, ist weder die Entscheidung über die Klageforderung noch jene über die Gegenforderung für sich allein der Rechtskraft fähig, sondern nur die sich daraus ergebende Entscheidung über das Klagebegehren als solche (4 Ob 2342/96g; RIS-Justiz RS0040742 [T5]); umso weniger kann die in den Entscheidungsgründen enthaltene Beurteilung des Mitverschuldens in Teilrechtskraft erwachsen. Gegen das Verbot der reformatio in peius verstieße nur das Überschreiten des Rechtsmittelantrags (Kodek in Rechberger, ZPO3 § 462 Rz 1; Fasching in Fasching/Konecny2 Einl IV/1 Rz 129; vgl für einen Fall der Aufrechnungseinrede 6 Ob 51/05a = RZ 2006, 69), nicht schon eine (teilweise) nachteilige Änderung der Entscheidungsgründe (Fasching aaO Rz 130 mwN)(c) Der Verneinung eines Mitverschuldens steht nicht entgegen, dass das Erstgericht ein solches Mitverschulden angenommen hatte, ohne dass die Beklagten dies bekämpft hätten. Im dreigliedrigen Urteil, das aufgrund einer Aufrechnungseinrede ergeht, ist weder die Entscheidung über die Klageforderung noch jene über die Gegenforderung für sich allein der Rechtskraft fähig, sondern nur die sich daraus ergebende Entscheidung über das Klagebegehren als solche (4 Ob 2342/96g; RIS-Justiz RS0040742 [T5]); umso weniger kann die in den Entscheidungsgründen enthaltene Beurteilung des Mitverschuldens in Teilrechtskraft erwachsen. Gegen das Verbot der reformatio in peius verstieße nur das Überschreiten des Rechtsmittelantrags (Kodek in Rechberger, ZPO3 Paragraph 462, Rz 1; Fasching in Fasching/Konecny2 Einl IV/1 Rz 129; vergleiche für einen Fall der Aufrechnungseinrede 6 Ob 51/05a = RZ 2006, 69), nicht schon eine (teilweise) nachteilige Änderung der Entscheidungsgründe (Fasching aaO Rz 130 mwN).

4. Zu den weiteren Gegenforderungen

4.1. Jedenfalls berechtigt ist der Anspruch der Erstklagten auf Ersatz der Kosten für die erforderliche Nachregulierung der Anlage von insgesamt 2.400 EUR (netto). Für die weiteren Gegenforderungen von 3.960 EUR (erhöhter Bedienungsaufwand) und 16.310 EUR (frustrierte Kosten) fehlen demgegenüber ausreichende Feststellungen. Beim erhöhten Bedienungsaufwand wird - nach Erstattung eines entsprechenden Vorbringens - festzustellen sein, ob und gegebenenfalls auf welchen Mängeln des Werks er beruhte. Die „frustrierten Kosten“ werden im Rahmen des Schadenersatzes für die Warnpflichtverletzung zu prüfen sein.

4.2. Die Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung (0,5 % der Bruttoauftragssumme pro Arbeitstag, höchstens 5% der Bruttoauftragssumme) sollte nach der Vereinbarung verfallen, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät (§ 11 Abs 2 AVB). 4.2. Die Vertragsstrafe wegen verspäteter Fertigstellung (0,5 % der Bruttoauftragssumme pro Arbeitstag, höchstens 5% der Bruttoauftragssumme) sollte nach der Vereinbarung verfallen, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät (Paragraph 11, Absatz 2, AVB).

(a) Verzug liegt nach § 918 ABGB auch dann vor, wenn der Schuldner nicht auf die bedungene Weise leistet, die von ihm erbrachte Leistung also mit Mängeln behaftet ist. Nach der Rechtsprechung ist das nicht auf wesentliche Mängel beschränkt (1 Ob 128/69 = EvBl 1970/77; RIS-Justiz RS0018248). Die Lehre lehnt diese Auffassung ab, soweit daraus die Möglichkeit eines Gesamtrücktritts bei bloß unwesentlichen Mängeln abgeleitet wird (Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 § 918 Rz 13 f; P. Bydlinski in KBB3 § 918 Rz 7; Reischauer in Rummel3 vor §§ 918 - 933 Rz 10; alle mwN). (a) Verzug liegt nach Paragraph 918, ABGB auch dann vor, wenn der Schuldner nicht auf die bedungene Weise leistet, die von ihm erbrachte Leistung also mit Mängeln behaftet ist. Nach der Rechtsprechung ist das nicht auf wesentliche Mängel beschränkt (1 Ob 128/69 = EvBl 1970/77; RIS-Justiz RS0018248). Die Lehre lehnt diese Auffassung ab, soweit daraus die Möglichkeit eines Gesamtrücktritts bei bloß unwesentlichen Mängeln abgeleitet wird (Gruber in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 Paragraph 918, Rz 13 f; P. Bydlinski in KBB3 Paragraph 918, Rz 7; Reischauer in Rummel3 vor Paragraphen 918, - 933 Rz 10; alle mwN).

(b) Auf diese Frage kommt es hier aber nicht an. Denn die Erstklagte hat nach den Feststellungen am 23. September 2004 das Werk nicht abgenommen, weil noch Mängel vorhanden waren. Die Klägerin ist dem nicht entgegengetreten, sondern hat die Behebung der Mängel zugesagt. Damit steht fest, dass das Werk an diesem Tag noch nicht vollendet war. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass damit (ausgehend vom vereinbarten Fertigstellungstermin 19. August 2004) die Vertragsstrafe von 0,2 % der Bruttoauftragssumme pro Arbeitstag, höchstens 5 %, verfallen war, ist nicht zu beanstanden. Eine frühere Abnahme, die einer Vertragsstrafe wegen verspäteter Erfüllung entgegengestanden wäre (7 Ob 37/00t), lag gerade nicht vor. Dass die Erstklagte eine frühere Abnahme verweigert hätte und daher für die verzögerte Mängelfeststellung mitverantwortlich gewesen wäre, behauptet die Klägerin nicht.

(c) Richtig ist, dass der Auftraggeber die Vertragsstrafe nach § 11 Abs 4 AVB nur verlangen kann, wenn er sie bis zur

„Schlusszahlung“ vorbehalten hat. Diese Zahlung ist aber, wie das vorliegende Verfahren beweist, noch nicht erfolgt. Der auf diese Bestimmung gestützte Einwand der Klägerin muss daher scheitern.(c) Richtig ist, dass der Auftraggeber die Vertragsstrafe nach Paragraph 11, Absatz 4, AVB nur verlangen kann, wenn er sie bis zur „Schlusszahlung“ vorbehalten hat. Diese Zahlung ist aber, wie das vorliegende Verfahren beweist, noch nicht erfolgt. Der auf diese Bestimmung gestützte Einwand der Klägerin muss daher scheitern.

(d) Nach Punkt 10 VP ist die Pönale von der Bruttoauftragssumme zu berechnen. Diese Vereinbarung diene offenkundig auch dazu, für die Klägerin Rechtssicherheit in Bezug auf die Höhe der allenfalls drohenden Vertragsstrafe zu schaffen. Ohne entsprechende Regelung im Vertrag ist daher nicht anzunehmen, dass redliche und vernünftige Parteien (§ 914 ABGB) auch Zusatzaufträge und Mengenänderungen - also die endgültige Bruttorechnungssumme - für die Berechnung der Vertragsstrafe heranziehen wollten. Insofern ist daher am Wortlaut der Vereinbarung festzuhalten; die Vertragsstrafe beträgt daher nur 5 % der (ursprünglichen) Bruttoauftragssumme von 391.488,82 EUR, das sind 19.574,94 EUR.(d) Nach Punkt 10 VP ist die Pönale von der Bruttoauftragssumme zu berechnen. Diese Vereinbarung diene offenkundig auch dazu, für die Klägerin Rechtssicherheit in Bezug auf die Höhe der allenfalls drohenden Vertragsstrafe zu schaffen. Ohne entsprechende Regelung im Vertrag ist daher nicht anzunehmen, dass redliche und vernünftige Parteien (Paragraph 914, ABGB) auch Zusatzaufträge und Mengenänderungen - also die endgültige Bruttorechnungssumme - für die Berechnung der Vertragsstrafe heranziehen wollten. Insofern ist daher am Wortlaut der Vereinbarung festzuhalten; die Vertragsstrafe beträgt daher nur 5 % der (ursprünglichen) Bruttoauftragssumme von 391.488,82 EUR, das sind 19.574,94 EUR.

5. Aus den genannten Gründen ist die angefochtene Entscheidung nur insofern zu bestätigen, als aufgrund der des teilweisen Nichtbestehens der Klageforderung (Regieleistungen 19.285,20 EUR) und der jedenfalls zu Recht bestehenden Gegenforderungen (Vertragsstrafe 19.574,94 EUR; Verbesserungsaufwand 2.800 EUR brutto) eine Teilabweisung möglich ist. Im Übrigen sind die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben, und die Rechtssache ist zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Das fortgesetzte Verfahren hat sich auf die noch nicht abschließend erledigten Gegenforderungen zu beschränken.

6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 Abs 1 und 2 ZPO.6. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins und 2 ZPO.

Textnummer

E99542

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2011:0040OB00137.11T.1220.000

Im RIS seit

18.01.2012

Zuletzt aktualisiert am

02.04.2014

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