

# TE OGH 2005/1/12 7Ob298/04f

JUSLINE Entscheidung

Ⓞ Veröffentlicht am 12.01.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller, Dr. Hoch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei O\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Franz Gütlbauer und Dr. Siegfried Sieghartsleitner, Rechtsanwälte in Wels, gegen die beklagte Partei S\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Hofer, Rechtsanwalt in Wels, wegen (eingeschränkt) EUR 21.756,78 sA (Revisionsinteresse EUR 12.787,76), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 21. September 2004, GZ 2 R 113/04g-17, womit das Urteil des Landesgerichtes Wels vom 1. April 2004, GZ 3 Cg 144/03s-12, infolge Berufung der klagenden Partei bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit EUR 749,70 (darin enthalten EUR 124,95 USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte führte im Auftrag der P\*\*\*\*\* GmbH, Wien (im Folgenden Bauherrin genannt) von Sommer 2002 bis Frühjahr 2003 den Umbau zweier Werkstatthallen durch. Mit der Herstellung des Daches und der Wandverkleidung beauftragte sie ihrerseits die Klägerin als Subunternehmerin. Dem mit Fax vom 20. 6. 2002 erteilten Auftrag, die Arbeiten zu einem Pauschalpreis von EUR 123.000,- durchzuführen, lagen drei Angebote der Klägerin in Form von ausgepreisten Leistungsverzeichnissen zugrunde, die ua auch "Sicherheitstechnische Einrichtungen: Auffangnetz, Gerüstung, Absturzsicherungen" zu Pauschalpreisen von EUR 4.770,-, EUR 5.305,- und EUR 100,- umfassten. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Sicherheitsmaßnahmen laut Leistungsverzeichnis wurde nichts besprochen; dies war der Klägerin überlassen.

Die Auftragsausführung war in zwei Etappen geplant, weil die Bauherrin im Inneren der ursprünglich zwei Hallen, die auf eine einzige umgebaut werden sollten, übersiedeln musste. Der Terminplan konnte bei der Auftragsvergabe hinsichtlich des zweiten Bauabschnittes noch nicht endgültig fixiert werden, da er auch von Vorleistungen der Bauherrin abhängig war; er wurde zunächst nur in groben Abläufen erörtert und sollte dann im Zuge des Baufortschrittes näher ausgestaltet (fixiert) werden.

Mit unwidersprochen gebliebenem Telefax beanstandete der Bauleiter der Beklagten gegenüber der Klägerin eine Reihe von Montagemängeln bei der Wandverkleidung, darunter optische Mängel (Kratzer) und einen planwidrigen Montagebeginn der Wandpaneele, wodurch zusätzliche Wandpaneele erforderlich würden.

Zu den wöchentlich stattfindenden Baubesprechungen entsandte die Klägerin ihren Vorarbeiter Hasim G\*\*\*\*\*. Am 21. 10. 2002 fand eine Baustellenbesprechung betreffend den zweiten Bauabschnitt statt. Als Vertreter der Klägerin war auch dabei Hasim G\*\*\*\*\* anwesend. Es wurde der weitere Zeitplan besprochen, wonach die Außenwände bis zur Kalenderwoche 44 und das Dach in der Kalenderwoche 46 fertig, dh zumindest dicht, sein sollten. Hasim G\*\*\*\*\* meinte, dies werde zu den genannten Terminen fertig sein. Dabei wurde auch seitens der Bauherrin mitgeteilt, dass danach (ab der Kalenderwoche 47) die Innenverputz- und Heizungsinstallationsarbeiten folgen würden (die Halle war bis dahin nicht beheizbar).

Während der Arbeiten des zweiten Bauabschnittes beanstandete der zuständige Arbeitsinspektor, dass die drei Dienstnehmer der Klägerin ungesichert am Hallendach arbeiteten. Er forderte die Klägerin mit Schreiben vom 5. 11. 2002 auf, sofort entsprechende Sicherungsmaßnahmen zu veranlassen. Der Vorarbeiter der Klägerin nahm hierauf am folgenden Montag ein Schutzgerüst zur Baustelle mit, mit dem er Teile der Halle einrüstete. Ein Sicherheitsnetz für die in der Mitte des Hallendaches befindliche Lichtkuppelöffnung war (nach wie vor) nicht vorhanden. Als dies der Arbeitsinspektor am 12. 11. 2002 wahrnahm, verhängte er gegen die Klägerin ein Betretungsverbot und ordnete die Einstellung der weiteren Arbeiten am Dach an. Die Klägerin zog daraufhin ihr Personal von der Baustelle ab.

Hierauf teilte ihr die Beklagte noch am selben Tag unter Hinweis auf das verhängte Betretungsverbot mit, sie gehe davon aus, dass die betreffende Abhandlung sicherlich drei Wochen in Anspruch nehmen werde. Sie beziehe sich auf ihren Terminplan, wonach eine Verzögerung von drei Wochen nicht akzeptabel sei. Seitens der Beklagten werde eine Eingerüstung im Bereich der fehlenden Bauteile veranlasst und bis 19. 11. 2002 fertig gestellt sein. Die Beklagte bitte nochmals um schriftliche Stellungnahme, wie die Arbeiten termingerecht abgeschlossen werden (sollten). Montagebeginn (sei) spätestens (am) 20. 11. 2002. Die Beklagte weise nochmals daraufhin, dass sie der Klägerin die aus deren Verschulden entstandenen Kosten und Folgekosten von der Schlussrechnung in Abzug bringen werde.

Mit Telefax vom 13. 11. 2002 teilte die Bauherrin der Beklagten mit, schon mehrfach (erfolglos) auf die Notwendigkeit der Einhaltung der Sicherheitsmaßnahmen hingewiesen zu haben. Sie untersagte jede weitere Arbeit ohne ausreichende Sicherheitsmaßnahmen und kündigte Schadenersatzforderungen für die Verzögerung (ua bei der Heizungsinstallation und den Putzarbeiten) an.

Daraufhin entschloss sich der Geschäftsführer der Beklagten zu einer Ersatzvornahme betreffend die Herstellung der Sicherheitsmaßnahmen (Gerüstung, Netze) und der Weiterführung der Dacharbeiten. Er beauftragte damit diverse Firmen nach Verfügbarkeit.

Der Geschäftsführer der Klägerin Otto M\*\*\*\*\* hatte in dieser Zeit einen Auslandseinsatz und war deshalb für die Beklagte nicht erreichbar. Er hatte die Sache dem Klagevertreter übertragen, der der Beklagten mit Telefax vom 15. 11. 2002 ua mitteilte, die vom Arbeitsinspektorat getroffenen Verfügungen seien zu Unrecht erfolgt. Es werde ersucht, die Klägerin von der Fertigstellung der nun von der Beklagten veranlassten Eingerüstung zu verständigen. Sodann werde mit dem zuständigen Arbeitsinspektor Kontakt aufgenommen werden, um die Aufhebung der Maßnahme (des Betretungsverbotes) zu erwirken. Anschließend könnten die Arbeiten von der Klägerin wiederum fortgesetzt und in angemessener Frist fertiggestellt werden. Abzüge von der Schlussrechnung könne die Klägerin in diesem Zusammenhang nicht akzeptieren.

Die Beklagte wies in ihrem Antwortschreiben vom 18. 11. 2002 ua darauf hin, dass in der Baubesprechung vom 21. 10. 2002 "Teil- und Endtermine" vereinbart worden seien und die Dacharbeiten bis zum Ende der Woche unbedingt abgeschlossen sein müssten, weil ab 25. 11. 2002 terminlich nicht verschiebbare "Baufirma-Tätigkeiten" (damit gemeint: die Innenverputzarbeiten) beginnen würden; die Klägerin werde um Bekanntgabe bis 9 Uhr des nächsten Tages (19. 11. 2002) gebeten, falls die Dacharbeiten nicht fertig gestellt würden.

Eine solche Bekanntgabe seitens der Klägerin erfolgte nicht. Mit Schreiben vom 21. 11. 2002 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie mit der Ersatzvornahme (betreffend die Montage der restlichen Dachfläche) begonnen habe. Zuvor waren Versuche, den Geschäftsführer der Klägerin zu erreichen oder auch nur eine konkrete Zusage der Weiterarbeit bzw Personalbereithaltung von der Klägerin zu erhalten, vergeblich geblieben.

Für die Ersatzvornahmen hatte die Beklagte diversen Firmen folgende Beträge zu bezahlen: EUR 5.654,10, EUR 632,36, EUR 5.857,72, EUR 312,91, EUR 818,66 und EUR 232,--; insgesamt also EUR 13.507,75.

Ab 25. 11. 2002 entsandte die Klägerin unangekündigt ihr Personal wieder auf die Baustelle. Die Beklagte wusste bis zum Eintreffen der Leute der Klägerin nicht, dass diese kommen würden.

Die Klägerin hatte am 11. 9. 2002 einen Dachdurchbruch für die Entlüftung hergestellt, und zwar nach Ansicht der Bauherrin, die die Herstellung des Durchbruches beauftragt hatte, an falscher Stelle, weshalb das Verschließen und die neuerliche Herstellung des Durchbruches an richtiger Stelle angeordnet wurden. Die Klägerin verrechnete der Beklagten den gesamten Aufwand (beide Durchbrüche) mit EUR 336,80 (Arbeit) und EUR 59,10 (Material). Die Beklagte akzeptierte davon lediglich EUR 168,40 (Arbeit) und EUR 31,75 (Material).

Die Beklagte bezahlte für am 17. 7. 2002 nachbestellte 11 Wandpaneele EUR 1.514,45 netto, weiters für am 13. 11. 2002 nachbestellte zwei Wandpaneele EUR 603,73 netto. Die Nachbestellung vom 17. 7. 2002 war erforderlich, weil die Leute der Klägerin entgegen dem gültigen Verlegeplan bei der Montage der Wandverkleidung mit einem schmäleren Paneel begonnen hatten, wodurch sich die Positionierung der Fenster verschoben hätte. Zur plangerechten Herstellung der Fensterausnehmungen waren zusätzliche Paneele "zum Lückenfüllen" erforderlich. Die Nachbestellung vom 13. 11. 2002 war erforderlich, weil kurz vor der Baustellensperre einige Paneele beim Hochheben auf Dachniveau heruntergefallen und dabei beschädigt worden waren. Die herabgefallenen Paneele waren von einem Mitarbeiter der Beklagten und dem klägerischen Vorarbeiter auf das Hebegerät gelegt worden und beim Abbremsen ins Rutschen gekommen. Es ist nicht feststellbar, dass das Rutschen auf einen Fehler bei der Bedienung des Hebe Gerätes zurückzuführen gewesen wäre.

Dass die Beklagten Schrauben bestellt und von der Klägerin geliefert erhalten hätte, ist nicht feststellbar.

Die Klägerin legte am 25. 3. 2003 Schlussrechnung über EUR 46.953,15 netto (EUR 127.665,15 abzüglich Teilzahlungen von EUR 50.112,-- und EUR 30.600,--). Nachdem die Bauherrin die letzten Mängelbehebungen der Klägerin am 24. 4. 2003 abgenommen hatte, prüfte die Beklagte die Schlussrechnung der Klägerin per 16. 5. 2003. Auf Grund der dabei von ihr vorgenommenen Abzüge ermittelte sie eine Schlusszahlung von (nur) EUR 17.906,99, die sie am 19. 5. 2003 der Klägerin überwies. Ferner überwies sie nach Eingang einer Bankgarantie der Klägerin am 27. 5. 2003 den Haftrücklass von EUR 6.310,63.

Die erwähnten Abstriche bestanden ua in Rechnungskürzungen um EUR 280,-- für Schrauben und EUR 193,75 im Zusammenhang mit der Herstellung des Dachdurchbruches am 11. 9. 2002, einem Abzug von EUR 15.975,93 an Ersatzvornahmekosten (EUR 2.468,18 für die Nachbestellung von Wandpaneelen und EUR 13.507,75 für die von der Klägerin unterlassenen Sicherungsmaßnahmen sowie die Weiterführung der Dacharbeiten nach Verhängung des Betretungsverbotes gegen die Klägerin), ferner im Einbehalt eines Deckungskapitales von EUR 2.000,-- für nicht behobene Mängel sowie in einem Skontoabzug von EUR 3.703,10. Dem Einbehalt von EUR 2.000,-- lag zugrunde, dass die Montagearbeiten der Klägerin zu den von der Bauherrin beanstandeten Kratzern an Verblechungen geführt hatten, die bei der Abnahme am 24. 4. 2003 nicht behoben waren. Die Klägerin hatte nach einem erfolglosen Verbesserungsversuch direkt mit der Bauherrin besprochen, dass diese die Verbesserung allenfalls selbst versuchen werde. Die Beklagte hatte die Klägerin mit Telefax vom 14. 5. 2003 darauf hingewiesen, dass sie die Kratzer von einer anderen Firma ausbessern lassen und die Kosten dafür von der Schlussrechnung in Abzug bringen werde. Die von der Klägerin (bezüglich der Kratzer) direkt mit der Bauherrin getroffene Absprache sehe sie als nicht relevant an. Die Bauherrin nahm wegen der Kratzer keine Rechnungskürzung gegenüber der Beklagten vor. Die vertragliche Gewährleistungsfrist im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Bauherrin endet 2006.

Die Klägerin beehrte zuletzt (nach Abschluss von Teilvergleichen und Klageseinschränkung) den Zuspruch von EUR 21.756,78 sA. Soweit im Revisionsverfahren noch wesentlich brachte sie dazu vor, sie habe sich nie in Verzug befunden und weder andere Werkunternehmer behindert, noch eine Verzögerung des Bauablaufes verursacht. Es habe keinerlei konkrete Vereinbarungen über End- oder Zwischentermine gegeben; ihre Arbeitnehmer auf der Baustelle seien nicht vertretungsbefugt gewesen. Die Ersatzvornahmen seien nicht gerechtfertigt, nicht notwendig und unzumutbar gewesen. Die dafür begehrten Kosten seien überdies überhöht. Das mit Ersatzvornahmen beauftragte Unternehmen habe keine nennenswerte Leistung erbracht; die von ihm hergestellte Dachfläche von ca 150 m2 habe sie (ohnehin) nicht verrechnet. Sie habe nach der am 22. 11. 2002 erfolgten Aufhebung der Maßnahmen des Arbeitsinspektorates ihre Arbeiten unverzüglich fortgesetzt. Richtig sei, dass ein Wandpaneel nachbestellt werden habe müssen, weil mit der Verlegung falsch begonnen worden sei; die Nachbestellung weiterer Paneele habe sie, die

Klägerin, hingegen nicht verursacht. Die Beschädigung von vier Paneelen durch vom Dach fallende Teile hätten Arbeiter der Beklagten herbeigeführt. Ein Anspruch der Beklagten auf Einbehalt von EUR 2.000,- für Mängel (Kratzer) bestehe nicht, weil die Beklagte selbst ihren Werklohn von der Bauherrin voll erhalten habe.

Die Beklagte beantragte Klagsabweisung. Sie schulde der Klägerin nichts mehr. Da diese keine Anstalten getroffen habe, die vom Arbeitsinspektor aufgetragenen Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, habe sie, die Beklagte, am 20. 11. 2002 mit der Ersatzvornahme (Herstellung der Sicherheitseinrichtungen, Weiterführung der Dacharbeiten) begonnen, was ihr Kosten in Höhe von EUR 13.507,75 verursacht habe. Das Begehren nach Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme werde auch darauf gestützt, dass sich die Klägerin die Kosten für die von ihr zu Pauschalpreisen angebotenen und verrechneten Sicherheitsmaßnahmen erspart habe. Im Hinblick auf das gegen die Klägerin verhängte Baustellenbetretungsverbot wäre eine allenfalls erforderliche Nachfristsetzung sinnlos gewesen. In der Baubesprechung vom 21. 10. 2002 seien Teil- und Endtermine vereinbart und von der Klägerin zugesagt worden. Da zu den für jeden Montag vereinbarten Baubesprechungen nie der Geschäftsführer der Klägerin, sondern immer deren Vorarbeiter Hasim G\*\*\*\*\* erschienen sei, habe sie annehmen dürfen, dass dieser entscheidungs- und vertretungsbefugt sei. Die einbehaltenen EUR 2.000,- beträfen Kratzer auf Blechteilen, deren Behebung der Klägerin nicht gelungen sei, weshalb die Bauherrin - ohne auf ihre Gewährleistungsansprüche zu verzichten - weitere Arbeiten nicht zugelassen habe.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von EUR 4.775,28 sA und wies das Mehrbegehren von EUR 16.981,50 sA ab. Zwischen den Parteien sei nachträglich ein verbindlicher, weil für den Beginn nachfolgender Gewerke (Innenputz, Heizung) bedeutsamer Zwischentermin für die Fertigstellung des zweiten Bauteiles vereinbart worden. Der Klägerin obliege nach § 1298 ABGB der Beweis, dass sie an einem von ihr verursachten Verzug kein Verschulden treffe. Es sei zu fragen, was vernünftige Parteien für den Fall vereinbart hätten, dass ein erhebliche Ansprüche Dritter auslösender Verzug drohe. Dass, wie die Klägerin meine, die Beklagte zunächst zuwarten hätte müssen, bis ein solcher Verzug (Schaden) tatsächlich eingetreten sei, anstelle ihn tunlichst noch abzuwenden, sei genau das, was vernünftige Parteien nicht vereinbart hätten. Eine Nachfrist habe die Beklagte der Klägerin nicht setzen müssen, da sie auf Grund ihrer Schadensminderungspflicht gehalten gewesen sei, den drohenden Schaden möglichst noch abzuwenden. Bis zum tatsächlichen Wiedereintreffen der Leute der Klägerin sei im Dunkeln geblieben, ob bzw wann diese wiederkommen würden. Innerhalb ihrer eigenen offenen Gewährleistung (gegenüber der Bauherrin) stehe ihr auch der Anspruch auf ein Deckungskapital für die allfällige Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Auftraggeberin für optische Mängel (Kratzer) zu. Auf deren Abdeckung durch den Haftrücklass habe sich die Klägerin nicht berufen. Für die Nachbestellung von Paneelen (wegen Fehlmontage und Beschädigung) gebühre ein Pauschalbetrag (§ 273 ZPO) von EUR 1.000,-, der ein etwa gleichteiliges Verschulden am Herabfallen von Paneelen berücksichtige. Auf die korrigierte Schlussrechnungssumme von EUR 126.212,65 seien insgesamt EUR 104.929,62 bezahlt worden, sodass eine offene Differenz von EUR 21.283,03 verbleibe. Dem stünden folgende Ersatzansprüche der Beklagten gegenüber: Deckungskapital Mängel (Kratzer) EUR 2.000,-, Nachbestellung Paneele EUR 1.000,-, Kosten Ersatzvornahme insgesamt EUR 13.507,75, zusammen EUR 16.507,75. Damit ergebe sich ein restlicher Werklohnanspruch der Klägerin von EUR 4.775,28. Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von EUR 4.775,28 sA und wies das Mehrbegehren von EUR 16.981,50 sA ab. Zwischen den Parteien sei nachträglich ein verbindlicher, weil für den Beginn nachfolgender Gewerke (Innenputz, Heizung) bedeutsamer Zwischentermin für die Fertigstellung des zweiten Bauteiles vereinbart worden. Der Klägerin obliege nach Paragraph 1298, ABGB der Beweis, dass sie an einem von ihr verursachten Verzug kein Verschulden treffe. Es sei zu fragen, was vernünftige Parteien für den Fall vereinbart hätten, dass ein erhebliche Ansprüche Dritter auslösender Verzug drohe. Dass, wie die Klägerin meine, die Beklagte zunächst zuwarten hätte müssen, bis ein solcher Verzug (Schaden) tatsächlich eingetreten sei, anstelle ihn tunlichst noch abzuwenden, sei genau das, was vernünftige Parteien nicht vereinbart hätten. Eine Nachfrist habe die Beklagte der Klägerin nicht setzen müssen, da sie auf Grund ihrer Schadensminderungspflicht gehalten gewesen sei, den drohenden Schaden möglichst noch abzuwenden. Bis zum tatsächlichen Wiedereintreffen der Leute der Klägerin sei im Dunkeln geblieben, ob bzw wann diese wiederkommen würden. Innerhalb ihrer eigenen offenen Gewährleistung (gegenüber der Bauherrin) stehe ihr auch der Anspruch auf ein Deckungskapital für die allfällige Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Auftraggeberin für optische Mängel (Kratzer) zu. Auf deren Abdeckung durch den Haftrücklass habe sich die Klägerin nicht berufen. Für die Nachbestellung von Paneelen (wegen Fehlmontage und Beschädigung) gebühre ein Pauschalbetrag (Paragraph 273, ZPO) von EUR 1.000,-, der ein etwa gleichteiliges Verschulden am Herabfallen von Paneelen berücksichtige. Auf die korrigierte Schlussrechnungssumme

von EUR 126.212,65 seien insgesamt EUR 104.929,62 bezahlt worden, sodass eine offene Differenz von EUR 21.283,03 verbleibe. Dem stünden folgende Ersatzansprüche der Beklagten gegenüber: Deckungskapital Mängel (Kratzer) EUR 2.000,--, Nachbestellung Paneele EUR 1.000,--, Kosten Ersatzvornahme insgesamt EUR 13.507,75, zusammen EUR 16.507,75. Damit ergebe sich ein restlicher Werklohnanspruch der Klägerin von EUR 4.775,28.

Das Gericht zweiter Instanz gab der wegen Abweisung eines Teilbetrags von EUR 12.981,50 sA erhobenen Berufung der Klägerin keine Folge. Es erachtete die Tatsachen- und Beweisrüge der Klägerin für nicht berechtigt. Seine (demnach von dem vom Erstgericht festgestellten, hier eingangs bereits zusammengefasst wiedergegebenen Sachverhalt ausgehenden) Rechtsausführungen lassen sich - soweit noch wesentlich - wie folgt zusammenfassen:

Der Einwand der Klägerin, es sei weder ein Zwischen- noch ein Fertigstellungstermin vereinbart bzw zugesichert worden, entferne sich vom festgestellten Sachverhalt, wonach schon das Leistungsverzeichnis konkrete Montagetermine, die allerdings bezüglich des zweiten Bauabschnittes noch keine endgültigen waren, sondern erst im Zuge des Baufortschrittes näher ausgestaltet werden sollten, enthalten habe. Bei der Baubesprechung am 21. 10. 2002 sei dann eine Vereinbarung über den Fertigstellungstermin zustandegekommen. Die Klägerin müsse sich die Erklärungen ihres Mitarbeiters, den sie, ohne dessen (angeblich) mangelnde Vertretungsbefugnis gegenüber der Beklagten offenzulegen, an den Baubesprechungen teilnehmen habe lassen, zurechnen lassen (Vollmacht kraft äußeren Tatbestandes).

Da die Herstellung aller für ihre Arbeiten erforderlichen Sicherheitseinrichtungen in den Leistungsumfang und damit auch in die Verantwortungs- und Risikosphäre der Klägerin gefallen sei, habe sie die behördliche Einstellung der Dacharbeiten wegen unzureichender Sicherheitsmaßnahmen und den daraus resultierenden Verzug mit der Fertigstellung des Daches verursacht. Den ihr nach § 1298 ABGB obliegenden Beweis, dass sie an dieser vertragswidrigen Verzögerung kein Verschulden treffe, habe sie nicht erbracht. Es sei damit von einem verschuldeten (subjektiven) Verzug der Klägerin auszugehen. Da die Herstellung aller für ihre Arbeiten erforderlichen Sicherheitseinrichtungen in den Leistungsumfang und damit auch in die Verantwortungs- und Risikosphäre der Klägerin gefallen sei, habe sie die behördliche Einstellung der Dacharbeiten wegen unzureichender Sicherheitsmaßnahmen und den daraus resultierenden Verzug mit der Fertigstellung des Daches verursacht. Den ihr nach Paragraph 1298, ABGB obliegenden Beweis, dass sie an dieser vertragswidrigen Verzögerung kein Verschulden treffe, habe sie nicht erbracht. Es sei damit von einem verschuldeten (subjektiven) Verzug der Klägerin auszugehen.

Gemäß § 918 Abs 1 ABGB habe der Gläubiger die Wahl, entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung zu begehren oder vom Vertrag zurückzutreten und gemäß § 921 ABGB Ersatz des durch die verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens (zB die Mehrkosten eines Deckungsgeschäftes) zu fordern. Im Falle eines Festhaltens am Vertrag bzw eines Bestehens auf dessen (weiterer) Erfüllung könne er die Kosten einer Ersatzbeschaffung, die zur Verhinderung eines wegen des Verzuges drohenden Schadens getätigt wurde, nicht als (dadurch ja gerade vermiedenen) Verzögerungsschaden ersetzt verlangen. Ein (auch nur teilweiser) Rücktritt der Beklagten vom Vertrag sei nicht behauptet worden und ergebe sich auch nicht aus dem festgestellten Sachverhalt. Ohne Rücktritt könne aber die Beklagte nur einen Verzögerungsschaden geltend machen, zu dem ihre erwähnten Kosten aber nicht gehörten. Es stelle sich daher die Frage, ob ein Ersatz dieser Kosten auf anderem Wege zu erlangen sei. Dazu biete sich ihre Qualifikation als Rettungsaufwand an: Nach ständiger Judikatur sei der von einem (potentiell) schädigenden Ereignis verursachte Aufwand zur Abwehr der Gefahr der Schadenentstehung oder -vergrößerung positiver Schaden und nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu vergüten, soweit er - wenn auch nur vom Standpunkt des Geschädigten aus - zweckmäßig gewesen sei. Als Maßstab für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit habe dabei das Vorgehen eines vernünftigen Menschen bei gleicher Sachlage zu dienen. Da den Geschädigten die Pflicht zur Schadensminderung treffe, deren Verletzung ihn zur Schadens(mit)tragung verpflichte, müsse zur Rechtfertigung des Einsatzes grundsätzlich objektiv geeigneter Rettungsmaßnahmen nicht schon eine notstandsähnliche Situation vorliegen, sondern reiche hierfür bereits die mit dem Rettungseinsatz beabsichtigte und objektiv nicht mit größeren Risiken verbundene Verhinderung eines größeren Schadens hin. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt. Die Beklagte habe sich infolge der von der Klägerin zu vertretenden Baueinstellung und der sich dadurch abzeichnenden Bauverzögerung sogleich mit einer Ankündigung der Bauherrin konfrontiert gesehen, mit allen durch die Verzögerung entstehenden Kosten belastet zu werden. Vor allem sei die Ausführung der nachfolgenden, ein dichtes Dach voraussetzenden und noch vor Wintereinbruch herzustellenden Gewerke

(Heizungsinstallation und Innenputz) gefährdet gewesen. Unter diesen Umständen müsse der Beklagten zugestanden werden, um eine Bauverzögerung und die daraus drohenden Schäden möglichst gering zu halten, sogleich - wegen des Baustellenbetretungsverbot ohne Setzung einer Nachfrist - Maßnahmen zur raschen Nachholung der fehlenden Sicherheitseinrichtungen sowie zur Weiterführung der Dacharbeiten zu ergreifen. Diese Handlungen seien durch den schuldhaften Verzug der Klägerin veranlasst worden; die der Beklagten daraus erwachsenen Kosten von EUR 13.507,75 stünden in keinem Missverhältnis zur Höhe des bei einer längeren Bauverzögerung möglichen Schadens. Der Einwand der Klägerin, die von der Beklagten für die Sicherungsmaßnahmen und die Herstellung eines Teiles des Daches aufgewendeten Kosten seien überhöht, sei als Vorwurf einer Verletzung der Schadensminderungspflicht der Beklagten zu qualifizieren. Dafür sei die Klägerin als Schädigerin beweispflichtig gewesen, die diesen Beweis auch angetreten, aber nicht erbracht habe. Gemäß Paragraph 918, Absatz eins, ABGB habe der Gläubiger die Wahl, entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung zu begehren oder vom Vertrag zurückzutreten und gemäß Paragraph 921, ABGB Ersatz des durch die verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens (zB die Mehrkosten eines Deckungsgeschäftes) zu fordern. Im Falle eines Festhaltens am Vertrag bzw eines Bestehens auf dessen (weiterer) Erfüllung könne er die Kosten einer Ersatzbeschaffung, die zur Verhinderung eines wegen des Verzuges drohenden Schadens getätigt wurde, nicht als (dadurch ja gerade vermiedenen) Verzögerungsschaden ersetzt verlangen. Ein (auch nur teilweiser) Rücktritt der Beklagten vom Vertrag sei nicht behauptet worden und ergebe sich auch nicht aus dem festgestellten Sachverhalt. Ohne Rücktritt könne aber die Beklagte nur einen Verzögerungsschaden geltend machen, zu dem ihre erwähnten Kosten aber nicht gehörten. Es stelle sich daher die Frage, ob ein Ersatz dieser Kosten auf anderem Wege zu erlangen sei. Dazu biete sich ihre Qualifikation als Rettungsaufwand an: Nach ständiger Judikatur sei der von einem (potentiell) schädigenden Ereignis verursachte Aufwand zur Abwehr der Gefahr der Schadenentstehung oder -vergrößerung positiver Schaden und nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu vergüten, soweit er - wenn auch nur vom Standpunkt des Geschädigten aus - zweckmäßig gewesen sei. Als Maßstab für die Beurteilung der Zweckmäßigkeit habe dabei das Vorgehen eines vernünftigen Menschen bei gleicher Sachlage zu dienen. Da den Geschädigten die Pflicht zur Schadensminderung treffe, deren Verletzung ihn zur Schadens(mit)tragung verpflichte, müsse zur Rechtfertigung des Einsatzes grundsätzlich objektiv geeigneter Rettungsmaßnahmen nicht schon eine notstandsähnliche Situation vorliegen, sondern reiche hierfür bereits die mit dem Rettungseinsatz beabsichtigte und objektiv nicht mit größeren Risiken verbundene Verhinderung eines größeren Schadens hin. Diese Voraussetzungen seien im vorliegenden Fall erfüllt. Die Beklagte habe sich infolge der von der Klägerin zu vertretenden Baueinstellung und der sich dadurch abzeichnenden Bauverzögerung sogleich mit einer Ankündigung der Bauherrin konfrontiert gesehen, mit allen durch die Verzögerung entstehenden Kosten belastet zu werden. Vor allem sei die Ausführung der nachfolgenden, ein dichtes Dach voraussetzenden und noch vor Wintereinbruch herzustellenden Gewerke (Heizungsinstallation und Innenputz) gefährdet gewesen. Unter diesen Umständen müsse der Beklagten zugestanden werden, um eine Bauverzögerung und die daraus drohenden Schäden möglichst gering zu halten, sogleich - wegen des Baustellenbetretungsverbot ohne Setzung einer Nachfrist - Maßnahmen zur raschen Nachholung der fehlenden Sicherheitseinrichtungen sowie zur Weiterführung der Dacharbeiten zu ergreifen. Diese Handlungen seien durch den schuldhaften Verzug der Klägerin veranlasst worden; die der Beklagten daraus erwachsenen Kosten von EUR 13.507,75 stünden in keinem Missverhältnis zur Höhe des bei einer längeren Bauverzögerung möglichen Schadens. Der Einwand der Klägerin, die von der Beklagten für die Sicherungsmaßnahmen und die Herstellung eines Teiles des Daches aufgewendeten Kosten seien überhöht, sei als Vorwurf einer Verletzung der Schadensminderungspflicht der Beklagten zu qualifizieren. Dafür sei die Klägerin als Schädigerin beweispflichtig gewesen, die diesen Beweis auch angetreten, aber nicht erbracht habe.

Entgegen der Ansicht der Revisionswerberin sei der Einbehalt von EUR 2.000,- wegen der Kratzer nicht unbillig, auch wenn die Beklagte von der Bauherrin den vollen Werklohn erhalten habe. Die Rechtsbeziehungen des Generalunternehmers zum Bauherrn einerseits und zum Subunternehmer andererseits seien grundsätzlich getrennt zu sehen. Die gegenseitigen vertraglichen Rechte und Pflichten bestünden unabhängig voneinander. Ein ausnahmsweises Abgehen von diesem Grundsatz im Sinne einer partiellen Verknüpfung der Verträge im dreipersonalen Verhältnis nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung erachte der Oberste Gerichtshof lediglich in Fällen geboten, in denen die Leistungen des General- und des Subunternehmers so eng miteinander verbunden und voneinander abhängig seien, dass eine strikte Trennung zu grob unbilligen Ergebnissen führen müsste. Diese Voraussetzung einer engen Verzahnung der beiden Vertragsverhältnisse liege im gegenständlichen Fall nicht vor. Der bloße Umstand, dass der Bauherr den Werklohn des Hauptunternehmers trotz eines bestehenden Werkmangels nicht

kürze, führe nach oberstgerichtlicher Rechtsprechung noch nicht dazu, dass der Hauptunternehmer seiner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Subunternehmer verlustig ginge. Der Generalunternehmer müsse das, was er durch sein Verhandlungsgeschick erreiche, nicht seinem Subunternehmer zukommen lassen. Dazu komme noch, dass im vorliegenden Fall gar nicht feststehe, dass die Bauherrin gegenüber der Beklagten endgültig auf jeglichen Gewährleistungs-/oder Schadenersatzanspruch aus dem Vorhandensein der Kratzer verzichtet hätte. Der Einbehalt der EUR 2.000,- sei vom Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten als Werkbestellerin gedeckt, zumal weder ersichtlich noch von der Klägerin behauptet worden sei, dass der genannte Betrag in einem krassen, Anlass zur Annahme einer schikanösen Rechtsausübung gebenden Missverhältnis zur Höhe des Verbesserungsaufwandes stünde.

Schließlich bestünden gegen die Bejahung einer die Paneele betreffenden Gegenforderung der Beklagten in pauschaler Höhe von EUR 1.000,- keine Bedenken, zumal mit diesem Betrag nicht einmal zwei Drittel der Kosten jener Paneele abgedeckt sei, die wegen des Montagefehlers der Klägerin nachbestellt hätten werden müssen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil offenbar noch keine höchstgerichtliche Judikatur betreffend eine Qualifikation von (wegen eines Verzuges des Werkunternehmers aufgewendeten) Ersatzvornahmekosten als Rettungsaufwand vorliege.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision der Klägerin, die unrichtige rechtliche Beurteilung und Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens geltend macht und beantragt, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren hinsichtlich eines weiteren Betrages von EUR 12.787,75 (sA) stattgegeben werde (die die Kosten der Herstellung des Dachdurchbruches betreffende Abweisung von restlich EUR 193,75 wird nicht mehr bekämpft). Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, dem Rechtsmittel der Klägerin nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, da eine Stellungnahme des Obersten Gerichtshofes zur vom Berufungsgericht aufgeworfenen Frage der Rechtsnatur der von der Beklagten eingewendeten Ersatzvornahmekosten angezeigt erscheint; die Revision ist aber - jedenfalls im Ergebnis - nicht berechtigt.

Die Revisionswerberin wendet sich vor allem gegen die Qualifizierung der Ersatzvornahmekosten der Beklagten als Rettungsaufwand; damit werde entgegen ständiger oberstgerichtlicher Judikatur "ein neuer Haftungstatbestand geschaffen".

Auf die betreffenden Ausführungen muss allerdings im Einzelnen nicht weiter eingegangen werden, da die den Überlegungen des Berufungsgerichtes zugrundeliegende Ansicht, die Beklagte sei nicht - auch nicht teilweise - vom Vertrag zurückgetreten, angesichts der vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht gebilligten - sich im Rahmen der von der Beklagten erhobenen Einwendungen haltenden (vgl JBl 1986, 121 = MietSlg 37.760; AnwBl 1988, 167; SZ 61/135 = SZ 61/135 = ÖBl 1989, 188; WoBl 1992, 208/141 ua) - Sachverhaltsfeststellungen nicht geteilt werden kann: Auf die betreffenden Ausführungen muss allerdings im Einzelnen nicht weiter eingegangen werden, da die den Überlegungen des Berufungsgerichtes zugrundeliegende Ansicht, die Beklagte sei nicht - auch nicht teilweise - vom Vertrag zurückgetreten, angesichts der vom Erstgericht getroffenen und vom Berufungsgericht gebilligten - sich im Rahmen der von der Beklagten erhobenen Einwendungen haltenden vergleiche JBl 1986, 121 = MietSlg 37.760; AnwBl 1988, 167; SZ 61/135 = SZ 61/135 = ÖBl 1989, 188; WoBl 1992, 208/141 ua) - Sachverhaltsfeststellungen nicht geteilt werden kann:

Vorweg ist zu betonen, dass es eine bauvertragliche Interessenwahrungspflicht des Unternehmers darstellt, sich zu bemühen, eine Bauverzögerung so gering wie möglich zu halten (vgl Krejci, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65). Führt man sich die Dringlichkeit der Dachherstellung im Hinblick auf die davon abhängigen weiteren Arbeiten (Heizungsinstallation und Putzarbeiten) sowie den Umstand, dass das vom Arbeitsinspektorat verhängte Betretungsverbot ein weiteres, vertragsgemäßes Arbeiten der Klägerin unmöglich machte, vor Augen, entsprach das Vorgehen der Beklagten, die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen selbst zu treffen und danach mit den Dacharbeiten vorübergehend selbst zu beginnen, dem Gebot der Stunde. Das mit ausdrücklichen, wiederholten Hinweisen, dass die betreffenden Kosten und Folgekosten von der Schlussrechnung in Abzug gebracht werden würden, verbundene Handeln der Beklagten kann unter den gegebenen Umständen nicht anders verstanden

werden, als ein den Teilbereich der Sicherungsmaßnahmen und der Herstellung eines Teiles des Daches betreffender schlüssiger Vertragsrücktritt (vgl. Reischauer in Rummel3 § 918 ABGB Rz 3 mwN). Dem - also der Annahme eines Teilrücktrittes - steht die ausdrückliche Erklärung bzw. Einladung der Beklagten an die Klägerin, die Dachherstellung wieder zu übernehmen, keineswegs entgegen. Nach hM steht ein Gesamtrücktritt in der Regel nur bei unteilbarer Leistung zu, bei Teilbarkeit bloß Teilrücktritt (RZ 1973/40 = HS 8306; EvBl 1985/79; JBl 1988, 241), wobei sich die Frage, ob Teilbarkeit gegeben ist, nach dem Parteiwillen richtet (Reischauer in Rummel3 Rz 20 zu § 918 ABGB mwN). Im vorliegenden Fall kann nach den erstgerichtlichen Feststellungen keinerlei Zweifel daran bestehen, dass die Parteien davon ausgegangen sind, dass die von der Klägerin zu erbringende Werkleistung teilbar sei und rücktrittsbedingt auch tatsächlich geteilt wurde (die Klägerin behauptet, wenn auch zu Unrecht, etwa selbst, den von ihr nicht erbrachten Teil der Arbeiten gar nicht verrechnet zu haben). Vorweg ist zu betonen, dass es eine bauvertragliche Interessenwahrungspflicht des Unternehmers darstellt, sich zu bemühen, eine Bauverzögerung so gering wie möglich zu halten (vergleiche Krejci, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65). Führt man sich die Dringlichkeit der Dachherstellung im Hinblick auf die davon abhängigen weiteren Arbeiten (Heizungsinstallation und Putzarbeiten) sowie den Umstand, dass das vom Arbeitsinspektorat verhängte Betretungsverbot ein weiteres, vertragsgemäßes Arbeiten der Klägerin unmöglich machte, vor Augen, entsprach das Vorgehen der Beklagten, die notwendigen Sicherheitsmaßnahmen selbst zu treffen und danach mit den Dacharbeiten vorübergehend selbst zu beginnen, dem Gebot der Stunde. Das mit ausdrücklichen, wiederholten Hinweisen, dass die betreffenden Kosten und Folgekosten von der Schlussrechnung in Abzug gebracht werden würden, verbundene Handeln der Beklagten kann unter den gegebenen Umständen nicht anders verstanden werden, als ein den Teilbereich der Sicherungsmaßnahmen und der Herstellung eines Teiles des Daches betreffender schlüssiger Vertragsrücktritt (vergleiche Reischauer in Rummel3 Paragraph 918, ABGB Rz 3 mwN). Dem - also der Annahme eines Teilrücktrittes - steht die ausdrückliche Erklärung bzw. Einladung der Beklagten an die Klägerin, die Dachherstellung wieder zu übernehmen, keineswegs entgegen. Nach hM steht ein Gesamtrücktritt in der Regel nur bei unteilbarer Leistung zu, bei Teilbarkeit bloß Teilrücktritt (RZ 1973/40 = HS 8306; EvBl 1985/79; JBl 1988, 241), wobei sich die Frage, ob Teilbarkeit gegeben ist, nach dem Parteiwillen richtet (Reischauer in Rummel3 Rz 20 zu Paragraph 918, ABGB mwN). Im vorliegenden Fall kann nach den erstgerichtlichen Feststellungen keinerlei Zweifel daran bestehen, dass die Parteien davon ausgegangen sind, dass die von der Klägerin zu erbringende Werkleistung teilbar sei und rücktrittsbedingt auch tatsächlich geteilt wurde (die Klägerin behauptet, wenn auch zu Unrecht, etwa selbst, den von ihr nicht erbrachten Teil der Arbeiten gar nicht verrechnet zu haben).

Dass der schlüssig erklärte Teilrücktritt hinsichtlich der Sicherungsmaßnahmen im Hinblick auf die Dringlichkeit dieser Maßnahmen ohne Setzung einer Nachfrist geschehen konnte, liegt angesichts des vom Arbeitsinspektorat über die Klägerin verhängten Baustellenbetretungsverbot auf der Hand. Dies gilt grundsätzlich auch für den Beginn der Montage der restlichen Dachfläche; diese betreffend wurde der Klägerin allerdings ohnehin im Schreiben der Beklagten vom 18. 11. 2002 insofern eine Nachfrist gesetzt, als um Bekanntgabe bis 19. 11. 2002 ersucht wurde, "falls die Dacharbeiten (von der Klägerin) diese Woche nicht fertiggestellt würden".

Soweit die Klägerin in der Revision weiterhin daran festhält, dass Zwischentermine nicht vereinbart worden seien, geht sie nicht vom festgestellten Sachverhalt aus und ist ihre Rechtsrüge insofern nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt. Betreffend die - zumindest - Anscheinsvollmacht des für die Klägerin dabei eingeschrittenen Vorarbeiters Hasim G\*\*\*\*\* kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO). Soweit die Klägerin in der Revision weiterhin daran festhält, dass Zwischentermine nicht vereinbart worden seien, geht sie nicht vom festgestellten Sachverhalt aus und ist ihre Rechtsrüge insofern nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt. Betreffend die - zumindest - Anscheinsvollmacht des für die Klägerin dabei eingeschrittenen Vorarbeiters Hasim G\*\*\*\*\* kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden (Paragraph 510, Absatz 3, zweiter Satz ZPO).

Angesichts des also wirksamen teilweisen Vertragsrücktritts und der entsprechenden Ersatzvornahmen durch die Beklagte hinsichtlich der Sicherungsmaßnahmen und des bis zur Wiederaufnahme der Arbeiten durch die Klägerin hergestellten Teiles der Dachfläche hat die Klägerin die Beklagte gemäß § 921 ABGB so zu stellen, wie diese stünde, wenn sie selbst ordnungsgemäß erfüllt hätte; der Beklagten steht also das Erfüllungsinteresse zu (Binder in Schwimann2 V § 921 Rz 6 ff; Reischauer aaO § 921 Rz 2 ff, jeweils mwN); die Klägerin hat demnach der Beklagten jenen Nachteil zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist, dass der Vertrag nicht erfüllt wurde (Krejci aaO). Indem die

Beklagte die von ihr tatsächlich aufgewendeten Kosten der Ersatzvornahmen von der vereinbarten Lohnforderung in Abzug gebracht hat, wurde von ihr im Sinne des § 921 ABGB zu Recht der ihr durch das vertragswidrige Verhalten der Klägerin entstandene Schaden geltend gemacht, der aus der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und den Kosten der infolge Nichterfüllung eingegangenen Deckungsgeschäfte besteht (vgl. Reischauer aaO § 921 Rz 6 mwN). Angesichts des also wirksamen teilweisen Vertragsrücktritts und der entsprechenden Ersatzvornahmen durch die Beklagte hinsichtlich der Sicherungsmaßnahmen und des bis zur Wiederaufnahme der Arbeiten durch die Klägerin hergestellten Teiles der Dachfläche hat die Klägerin die Beklagte gemäß Paragraph 921, ABGB so zu stellen, wie diese stünde, wenn sie selbst ordnungsgemäß erfüllt hätte; der Beklagten steht also das Erfüllungsinteresse zu (Binder in Schwimann<sup>2</sup> römisch fünf Paragraph 921, Rz 6 ff; Reischauer aaO Paragraph 921, Rz 2 ff, jeweils mwN); die Klägerin hat demnach der Beklagten jenen Nachteil zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist, dass der Vertrag nicht erfüllt wurde (Krejci aaO). Indem die Beklagte die von ihr tatsächlich aufgewendeten Kosten der Ersatzvornahmen von der vereinbarten Lohnforderung in Abzug gebracht hat, wurde von ihr im Sinne des Paragraph 921, ABGB zu Recht der ihr durch das vertragswidrige Verhalten der Klägerin entstandene Schaden geltend gemacht, der aus der Differenz zwischen dem vereinbarten Preis und den Kosten der infolge Nichterfüllung eingegangenen Deckungsgeschäfte besteht (vergleiche Reischauer aaO Paragraph 921, Rz 6 mwN).

Die von der Beklagten vorgenommene Abrechnung entspricht daher hinsichtlich der insgesamt mit EUR 13.507,75 festgestellten Kosten der Ersatzvornahmen der Sach- und Rechtslage.

Den - von der Klägerin auch in der Revision wiederholten - Einwand, die betreffenden Kosten seien überhöht, hat schon das Berufungsgericht zutreffend als Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die Beklagte qualifiziert und die betreffende Beweislast richtig der Klägerin als Schädigerin zugewiesen (RIS-Justiz RS0027129 mit zahlreichen Entscheidungsnachweisen, zuletzt etwa 9 Ob 66/04b, RIS-Justiz RS0027043 [T 6]). Ob die Ansicht des Berufungsgerichtes, der Klägerin sei dieser Beweis nicht gelungen, zutrifft, ist eine Frage der Beweiswürdigung und daher nicht revisibel.

Auf ihren Einwand, die für die Beseitigung der "Kratzer" veranschlagten und einbehaltenen Kosten von EUR 2.000,- stünden der Beklagten nicht zu, weil die Beklagte von der Bauherrin den vollen Werklohn erhalten habe, kommt die Revisionswerberin ohnehin nicht mehr zurück. Es genügt daher, auch dazu auf die betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (§ 510 Abs 3 zweiter Satz ZPO), wonach die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zwischen General- und Subunternehmer unabhängig davon bestehen, welche Ansprüche zwischen dem Bauherrn und dem Generalunternehmer bestehen und in welchem Umfang davon Gebrauch gemacht wird (9 ObA 236/99t, RIS-Justiz RS0021876 [T 6], ua). Die Revisionswerberin bemängelt in diesem Zusammenhang nur mehr, dass die Vorinstanzen die betreffenden Kosten ohne weiteres mit EUR 2.000,- angenommen haben; die Beklagte hätte zu beweisen gehabt, dass die Mängelbeseitigung tatsächlich EUR 2.000,- kosten werde. Sie setzt sich dabei darüber hinweg, dass sie in erster Instanz gegen die Höhe dieses "Deckungskapitales Mängel (Kratzer)" keinen substantiierten Einwand erhoben hat, weshalb der Beseitigungsaufwand in dieser Höhe als zugestanden angesehen werden konnte (vgl. RIS-Justiz RS0040162). Auf ihren Einwand, die für die Beseitigung der "Kratzer" veranschlagten und einbehaltenen Kosten von EUR 2.000,- stünden der Beklagten nicht zu, weil die Beklagte von der Bauherrin den vollen Werklohn erhalten habe, kommt die Revisionswerberin ohnehin nicht mehr zurück. Es genügt daher, auch dazu auf die betreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen (Paragraph 510, Absatz 3, zweiter Satz ZPO), wonach die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zwischen General- und Subunternehmer unabhängig davon bestehen, welche Ansprüche zwischen dem Bauherrn und dem Generalunternehmer bestehen und in welchem Umfang davon Gebrauch gemacht wird (9 ObA 236/99t, RIS-Justiz RS0021876 [T 6], ua). Die Revisionswerberin bemängelt in diesem Zusammenhang nur mehr, dass die Vorinstanzen die betreffenden Kosten ohne weiteres mit EUR 2.000,- angenommen haben; die Beklagte hätte zu beweisen gehabt, dass die Mängelbeseitigung tatsächlich EUR 2.000,- kosten werde. Sie setzt sich dabei darüber hinweg, dass sie in erster Instanz gegen die Höhe dieses "Deckungskapitales Mängel (Kratzer)" keinen substantiierten Einwand erhoben hat, weshalb der Beseitigungsaufwand in dieser Höhe als zugestanden angesehen werden konnte (vergleiche RIS-Justiz RS0040162).

Die von der Revisionswerberin im Rahmen ihrer Rechtsrüge schließlich noch geäußerte Kritik daran, dass das Berufungsgericht zu Unrecht die Gegenforderung betreffend die Position "Nachbestellung Paneele Schaden + Fehlmontage" in Höhe von EUR 1.000,- als zu Recht bestehend angesehen habe, unterstellt, dass die Beklagte den Nachweis eines Verschuldens der Beklagten am Herabfallen und der Fehlmontage von Paneelen nicht erbracht hätte.

Damit negiert die Klägerin die in diesem Zusammenhang getroffenen Feststellungen, wonach schon die Kosten der Nachbestellung vom 17. 7. 2002 EUR 1.000,- überstiegen haben und diese Nachbestellung deshalb erforderlich war, weil "die Leute der Klägerin entgegen dem gültigen Verlegeplan mit einem voll breiten anstatt einem schmäleren Paneel begonnen hatten" und daher zusätzliche Paneele "zum Lückenfüllen" erforderlich wurden.

Damit erweisen sich alle Einwendungen der Rechtsrüge der Revisionswerberin als nicht stichhältig.

Unter dem Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens macht die Klägerin schließlich noch im Zusammenhang mit der Feststellung der Höhe der Kosten der Ersatzvornahmen Erörterungsmängel geltend, die bereits vom Berufungsgericht verneint wurden und nach stRsp daher nicht mehr in der Revision gerügt werden können (Kodek in Rechberger2 § 503 ZPO Rz 3 mwN). Dieser Grundsatz wäre nur dann unanwendbar, wenn das Berufungsgericht infolge unrichtiger Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften eine Erledigung der Mängelrüge unterlassen (SZ 53/12 = JBI 1981, 268 mwN) oder sie mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hätte (SZ 38/120; SZ 53/12 = JBI 1981, 268 mwN uva), was aber entgegen der Ansicht der Revisionswerberin hier nicht zutrifft (§ 510 Abs 3 dritter Satz ZPO). Unter dem Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Verfahrens macht die Klägerin schließlich noch im Zusammenhang mit der Feststellung der Höhe der Kosten der Ersatzvornahmen Erörterungsmängel geltend, die bereits vom Berufungsgericht verneint wurden und nach stRsp daher nicht mehr in der Revision gerügt werden können (Kodek in Rechberger2 Paragraph 503, ZPO Rz 3 mwN). Dieser Grundsatz wäre nur dann unanwendbar, wenn das Berufungsgericht infolge unrichtiger Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften eine Erledigung der Mängelrüge unterlassen (SZ 53/12 = JBI 1981, 268 mwN) oder sie mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hätte (SZ 38/120; SZ 53/12 = JBI 1981, 268 mwN uva), was aber entgegen der Ansicht der Revisionswerberin hier nicht zutrifft (Paragraph 510, Absatz 3, dritter Satz ZPO).

Die Revision muss daher erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO.

**Textnummer**

E75945

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:00700B00298.04F.0112.000

**Im RIS seit**

11.02.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

03.05.2012

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

© 2025 JUSLINE

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

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