jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2000/6/29 8Ob97/00y

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.06.2000

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Petrag als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Langer, Dr. Adamovic, Dr. Spenling und Dr. Hradil als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K***** Gesellschaft m. b. H. & Co KG, *****, vertreten durch Dr. Anton Waltl ua, Rechtsanwälte in Zell am See, gegen die beklagte Partei Johann R*****, Hotelier, *****, vertreten durch Dr. Hansjörg Schiestl und Dr. Karl Janowsky, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen S 854.516,40 sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 14. Jänner 2000, GZ 4 R 299/99y-46, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 11. Oktober 1999, GZ 18 Cg 98/98f-41, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben. Die Rechtssache wird an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin begehrt vom Beklagten S 854.516,40 sA. Sie brachte im Wesentlichen vor, im Auftrag des Beklagten für dessen Hotel Einrichtungsgegenstände hergestellt zu haben. Vom Rechnungsbetrag von S 2,294.516,40 habe der Beklagte nur S 1,440.000,- gezahlt. Er berufe sich auf Mängel, die jedoch nicht gegeben bzw. von der Klägerin nicht zu vertreten seien. Nunmehr gerügte Änderungen gegenüber der ursprünglichen Bestellung seien mit dem Beklagten vereinbart bzw. von ihm genehmigt worden. Im übrigen seien die Mängelrügen verfristet; der Beklagte mache ausschließlich offenkundige und daher gemäß § 377 HGB unverzüglich zu rügende Mängel geltend.Die Klägerin begehrt vom Beklagten S 854.516,40 sA. Sie brachte im Wesentlichen vor, im Auftrag des Beklagten für dessen Hotel Einrichtungsgegenstände hergestellt zu haben. Vom Rechnungsbetrag von S 2,294.516,40 habe der Beklagte nur S 1,440.000,- gezahlt. Er berufe sich auf Mängel, die jedoch nicht gegeben bzw. von der Klägerin nicht zu vertreten seien. Nunmehr gerügte Änderungen gegenüber der ursprünglichen Bestellung seien mit dem Beklagten vereinbart bzw. von ihm genehmigt worden. Im übrigen seien die Mängelrügen verfristet; der Beklagte mache ausschließlich offenkundige und daher gemäß Paragraph 377, HGB unverzüglich zu rügende Mängel geltend.

Der Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen. Die von der Klägerin erbrachten Arbeiten seien mangelhaft.

Der verlegte Holzmosaikfußboden sei den Beanspruchungen nicht gewachsen und weise extreme Kratzspuren auf; darüber hinaus sei der dafür verrechnete Preis um 100 % überhöht. Der gelieferte Möbelbezugsstoff sei nicht "qualitätsgerecht". Sessel und Barhocker seien statt in Kirschholz in Buche (auf Kirschholz gebeizt) geliefert worden. Für den Barverbau habe die Klägerin statt Tischlerpaneel- Pressspanplatten verwendet. Die Türschließer entsprächen nicht den Türgrößen. Die Tischgestelle seien nicht in Messing sondern in Eisen geliefert worden. Bei zwei Ahorntischen seien die Tischplatten statt 6 cm nur 4 cm stark. Bei den gelieferten Steinbockplastiken fehlten die Natursteinsockel. Die Bar sei unterschiedlich gebeizt und gleiche einem "Farbkasten". Die Sitzfläche der Barhocker sei nicht angepasst und daher schmutzanfällig. Die Einfassung der Gläserspülmaschine sei nicht in Chromstahl ausgeführt. An der Barrückwand fehle der vereinbarte Antikspiegel. Die Sitztiefe der Sitzbänke sei unrichtig gewählt worden. Die Platte der "Lümmelecke" der Bar sei statt mit 80 cm nur mit 60 cm Durchmesser geliefert worden. Selbst wenn Vereinbarungen über die Verwendung der gerügten Materialien getroffen worden sein sollten, habe die Kläger jedenfalls ihre Warnpflicht verletzt, weil diese Materialien ungeeignet seien.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Die Klägerin hatte im Zuge des Um- bzw. teilweisen Neubaues des Hotels des Beklagten die Generalplanung inne. Insofern hatte sie die Möglichkeit, auf die Größe des Raumes Einfluss zu nehmen. Gegenüber der ursprünglichen Planung und Auftragserteilung kam es teils vor und teils während der Arbeiten zu Vereinbarungen über abweichende Ausführungen.

Für den Bereich einer auch als Kellnerdurchgang verwendeten Tanzfläche hatte die Klägerin wegen der zu erwartenden starken Beanspruchung die Verlegung eines keramischen Bodens vorgeschlagen. Der Beklagte wünschte aber auch in diesen Bereich einen Parkettboden. Über die erhöhte Beanspruchung wurde gesprochen. Die Klägerin schlug vor, im Bereich des Lokaleingangs einen "Sauberlauf" zu verlegen, um zu verhindern, dass die Gäste an ihren Schuhen Schmutz hereintragen. Da sich unmittelbar neben dem Lokal eine Schiübungswiese befindet, musste damit gerechnet werden, dass Gäste das Lokal mit Schischuhen betreten. Die Streitteile einigten sich auf ein bestimmtes Muster eines Parkettbodenbelages. Ob das gewählte Produkt tatsächlich verlegt wurde, ist nicht feststellbar. Jedenfalls wurde der Boden normgerecht verlegt und dem Stand der Technik entsprechend versiegelt. Er wies jedoch bald nach der Lokaleröffnung derartig viele Kratzspuren und Unebenheiten auf, dass er unansehnlich wurde. Dies war vor allem auf das Begehen des Bodens mit Bleistiftabsätzen und mit Schischuhen bzw. dadurch mitgetragene Steinchen zurückzuführen. Außerdem wurden die auf den Stühlen ursprünglich verwendeten geklebten Sesselgleiter über Wunsch des Beklagten - die Gleiter hatten sich teilweise gelöst - durch mit Nägel befestigte Sesselgleiter ersetzt. Von diesen Gleitern fiel teilweise der Filz ab, sodass nur noch die Nägel aus den Stuhlbeinen ragten. Auch dies führte dazu, dass am Parkettboden Kratzer entstanden. Die Klägerin hat den Beklagten vor der Verlegung des Bodens nicht darauf hingewiesen, "dass die Gefahr besteht, dass der Boden durch die genannten mechanischen Einwirkungen innerhalb einiger Wochen unansehnlich wird". Auch bei einer Neuverlegung könnte die Holzqualität und die Versiegelung nicht besser gewählt werden. Die Wahl einer dunkleren Holzart hätte den Vorteil, dass die auch dann auftretenden Kratzspuren weniger deutlich zu sehen wären.

Der Beklagte hatte auch den Bezugsstoff für die Sitzgelegenheiten ausgesucht. Dabei war davon die Rede, dass der Stoff für die Beanspruchung im Rahmen eines Gastronomiebetriebs geeignet sein müsse. Ob eine besondere Eignung zur Schmutzabweisung besprochen wurde, ist nicht feststellbar. Der für einen Teil der Sitzgelegenheiten gewählte Stoff ist senffärbig und nicht mit einer schmutzabstoßenden Ausrüstung versehen. Er ist daher für die Verwendung in einem Gastronomiebetrieb nicht geeignet. Darauf wurde der Beklagte von der Klägerin nicht hingewiesen. Tatsächlich wies der Stoff nach wenigen Wochen viele Flecken auf. Die betroffenen Bereiche wirken zwischenzeitlich stark verschmutzt.

Nach dem Angebot der Klägerin war die Lokaleinrichtung in Kirschholz auszuführen. Die Klägerin lieferte aber die Stühle in Buche, gebeizt auf Kirschholz. Einen entsprechenden Auftrag hat der Beklagte nicht erteilt.

Der Barverbau sollte ursprünglich in Dekorsperrplatten ausgeführt werden. Der Beklagte übermittelte der Klägerin später ein Angebot einer Konkurrenzfirma, aus dem sich für die Klägerin ergab, dass der Barverbau nicht mit Pressspanplatten, sondern mit Paneelplatten ausgeführt werden sollte. Dass später wieder vereinbart wurde, den Barverbau doch in Pressspanplatten auszuführen, ist nicht feststellbar.

Die von der Klägerin angebrachten Türschließer sind mängelfrei, bedürfen allerdings einer entsprechenden Wartung.

Die Tische wurden nicht mit den bestellten Messingbodenplatten, sondern mit goldgelb lackierten Eisenbodenplatten geliefert.

Die Platten zweier Ahorntische wurden aufgrund eines Fehlers der Klägerin mit einer Stärke von nur 4 cm (statt 6 cm) ausgeführt.

Zwei vom Beklagten bestellte Steinbockskulpturen sollten ursprünglich auf einer Natursteinauflage positioniert werden. Über Wunsch des Beklagten wurde sie statt dessen an vertikal verlaufenden Säulen - ohne Sockel - angebracht. Trotzdem wurden die Sockel in Rechnung gestellt.

Ein über Bemängelung durch den Beklagten vorgenommener Umbau der Bar hatte zur Folge, dass sich neu hergestellte Teile farblich von den ursprünglich angebrachten Teilen unterscheiden.

Für die Befestigung der Barhocker verwendete die Klägerin Schrauben, die aus optischen Gründen nicht geeignet sind.

Zwischen den Sitzpölstern und der Rückenlehne der sonst mängelfreien Barhocker besteht eine ca. 1 cm breite Fuge, die als Schmutzfänger wirkt; dieser Mangel kann nur durch Austausch der Sitzpolsterung behoben werden.

Die im Lokal befindlichen Bänke haben eine Sitztiefe von nur 43 cm. Dies ist für ein bequemes Sitzen zu gering. Die Sitztiefe sollte zumindest 45 bis 46 cm betragen. Die geringere Sitztiefe wurde gewählt, um die vom Beklagten geforderte Anzahl von Tischen und Sitzplätzen unterbringen zu können. Der Beklagte wurde nicht darauf aufmerksam gemacht, dass eine Sitztiefe von 43 cm für bequemes Sitzen ungeeignet ist.

Die Klägerin plante zunächst eine Bar mit einem Abdeckbrett von ca. 1 m Durchmesser. Da man von der Bar aus den Tisch nicht mehr abwischen konnte, sollte der Durchmesser auf 60 cm verringert werden. Die Klägerin lieferte in der Folge ein Abdeckbrett von nur 60 cm Durchmesser, sodass der Sitzkomfort auf der dort befindlichen "Lümmelbank" eingeschränkt war.

Der Gläserkorb der Geschirrspülmaschine kann nicht auf das Abwaschbecken gestellt werden. Der darin liegende Mangel kann durch das Versetzen der Armatur mit einfachen Mitteln und geringstem Zeitaufwand behoben werden.

Der Beklagte hat sämtliche Mängel unverzüglich nach Erkennen derselben gerügt. Sie können mit einem nicht unverhältnismäßigen Aufwand verbessert werden.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass zwischen den Streitteilen - auch der Beklagte sei als Hotelier Kaufmann - ein Werklieferungsvertrag iS des § 381 Abs 2 HGB auszugehen sei. Der Besteller könne bei wesentlichen Mängeln Verbesserung verlangen, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Der Beklagte habe die festgestellten Mängel rechtzeitig iS des § 377 Abs 1 und 3 HGB gerügt und Verbesserung begehrt. Diesem Begehren habe die Klägerin nicht entsprochen, sodass dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zustehe. Hinsichtlich Parkettboden und Polsterung der Sitzmöbel habe die Klägerin nicht ihrer Warnpflicht nach § 1168a ABGB entsprochen. Dass keine Warnpflicht bestanden habe bzw. dass den Beklagten ein Mitverschulden treffe, sei nicht behauptet worden.Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass zwischen den Streitteilen - auch der Beklagte sei als Hotelier Kaufmann - ein Werklieferungsvertrag iS des Paragraph 381, Absatz 2, HGB auszugehen sei. Der Besteller könne bei wesentlichen Mängeln Verbesserung verlangen, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Der Beklagte habe die festgestellten Mängel rechtzeitig iS des Paragraph 377, Absatz eins und 3 HGB gerügt und Verbesserung begehrt. Diesem Begehren habe die Klägerin nicht entsprochen, sodass dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zustehe. Hinsichtlich Parkettboden und Polsterung der Sitzmöbel habe die Klägerin nicht ihrer Warnpflicht nach Paragraph 1168 a, ABGB entsprochen. Dass keine Warnpflicht bestanden habe bzw. dass den Beklagten ein Mitverschulden treffe, sei nicht behauptet worden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen. und billigte die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, dass die Klägerin im Zusammenhang mit dem Parkettboden und dem Bezugsstoff für die Sitzmöbel ihre Warnpflicht verletzt habe. Gleiches gelte für die mangelnde Sitztiefe der Bänke. Habe der Unternehmer seine Warnpflicht verletzt, verliere er seinen Anspruch auf das Entgelt, sofern der Besteller nicht die (mögliche) Verbesserung des Werkes verlange. Der Beklagte habe die Verbesserung der genannten Mängel bzw. Schäden begehrt, sodass das Entgelt derzeit zumindest nicht fällig sei. Der in der Berufung von der Klägerin erhobenen Einwand eines Mitverschuldens des Beklagten sei als unzulässige Neuerung nicht zu beachten.

Im Übrigen sei davon auszugehen, dass im Vertragsverhältnis der Streitteile das Gewicht nicht auf der Lieferung einer gattungsgemäß bestimmten Sache gelegen sei, sondern dass die Klägerin die den individuellen Wünschen des Beklagten angepasste Einrichtung für die Räumlichkeiten des Hotels entworfen, geplant und hergestellt habe. Es liege daher ein Werkvertrag vor. Verträge über bewegliche Sachen, die als Werkverträge anzusehen seien, unterstünden iS des § 381 Abs 2 HGB den Sonderregeln über den Handelskauf, sodass die Erhebung von Gewährleistungsansprüchen von der rechtzeitigen Erhebung der Mängelrüge iS §§ 377, 378 HGB abhängig sei. Hier handle es sich aber um Sachen, die - wie etwa Fußboden, Barverbau und Sitzbänke - durch den Einbau zum unselbständigen und damit sonderrechtsunfähigen Bestandteil der Hauptsache geworden seien, oder aber um Sachen, die zwar selbständige Bestandteile seien, aber als Zubehör einer unbeweglichen Sache und damit als unbeweglich anzusehen seien. Da sich somit der Werkvertrag auf die Ausführung einer unbeweglichen Sache bezogen habe, liege kein Werklieferungsvertrag vor, sodass die dreijährige Gewährleistungsfrist anzuwenden sei. Die Mängelrügen des Beklagten seien daher nicht verfristet. Demgemäß dürfe der Beklagte den Werklohn bis zur gehörigen Erfüllung (Verbesserung) zurückbehalten. Schikanöse Rechtsausübung könne dem Beklagten - abgesehen davon, dass sich die Klägerin darauf gar nicht berufen habe - nicht vorgeworfen werden.Im Übrigen sei davon auszugehen, dass im Vertragsverhältnis der Streitteile das Gewicht nicht auf der Lieferung einer gattungsgemäß bestimmten Sache gelegen sei, sondern dass die Klägerin die den individuellen Wünschen des Beklagten angepasste Einrichtung für die Räumlichkeiten des Hotels entworfen, geplant und hergestellt habe. Es liege daher ein Werkvertrag vor. Verträge über bewegliche Sachen, die als Werkverträge anzusehen seien, unterstünden iS des Paragraph 381, Absatz 2, HGB den Sonderregeln über den Handelskauf, sodass die Erhebung von Gewährleistungsansprüchen von der rechtzeitigen Erhebung der Mängelrüge iS Paragraphen 377,, 378 HGB abhängig sei. Hier handle es sich aber um Sachen, die - wie etwa Fußboden, Barverbau und Sitzbänke - durch den Einbau zum unselbständigen und damit sonderrechtsunfähigen Bestandteil der Hauptsache geworden seien, oder aber um Sachen, die zwar selbständige Bestandteile seien, aber als Zubehör einer unbeweglichen Sache und damit als unbeweglich anzusehen seien. Da sich somit der Werkvertrag auf die Ausführung einer unbeweglichen Sache bezogen habe, liege kein Werklieferungsvertrag vor, sodass die dreijährige Gewährleistungsfrist anzuwenden sei. Die Mängelrügen des Beklagten seien daher nicht verfristet. Demgemäß dürfe der Beklagte den Werklohn bis zur gehörigen Erfüllung (Verbesserung) zurückbehalten. Schikanöse Rechtsausübung könne dem Beklagten - abgesehen davon, dass sich die Klägerin darauf gar nicht berufen habe - nicht vorgeworfen werden.

Die ordentliche Revision sei nicht zuzulassen, weil sich das Berufungsgericht an der herrschenden Judikatur orientiert habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, es im Sinne der Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage verkannt hat. Sie ist im Sinne der Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen auch berechtigt.

Die Revisionswerberin macht geltend, dass zwischen den Parteien ein Werklieferungsvertrag iS des § 381 Abs 2 HGB abgeschlossen worden sei, auf den die Bestimmungen über die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht iS des § 377 Abs 1 und 2 HGB anzuwenden seien. Dies führe dazu, dass der Großteil der festgestellten Mängel nicht mehr geltend gemacht werden könne. Die verbleibenden Mängel seien derart geringfügig, dass die Zurückbehaltung des gesamten noch offenen Werklohnes schikanös sei. Dies gelte umso mehr, als die Mängel teilweise nur mit unvertretbarem Aufwand verbesserbar seien, sodass insofern kein Verbesserungsanspruch bestehe.Die Revisionswerberin macht geltend, dass zwischen den Parteien ein Werklieferungsvertrag iS des Paragraph 381, Absatz 2, HGB abgeschlossen worden sei, auf den die Bestimmungen über die kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht iS des Paragraph 377, Absatz eins und 2 HGB anzuwenden seien. Dies führe dazu, dass der Großteil der festgestellten Mängel nicht mehr geltend gemacht werden könne. Die verbleibenden Mängel seien derart geringfügig, dass die Zurückbehaltung des gesamten noch offenen Werklohnes schikanös sei. Dies gelte umso mehr, als die Mängel teilweise nur mit unvertretbarem Aufwand verbesserbar seien, sodass insofern kein Verbesserungsanspruch bestehe.

Dazu ist wie folgt Stellung zu nehmen:

Nach § 381 Abs 2 HGB kommt die durch die §§ 377, 378 HGB für den Handelskauf normierte kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht zwischen Kaufleuten auch dann zur Anwendung, "wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist" (sog. Werklieferungsvertrag über unvertretbare bewegliche Sachen). Auf die Herstellung einer unbeweglichen Sache sind die §§ 377, 378 HGB (auch analog) nicht anzuwenden (Kramer in Straube, HGB**2, Rz 4 zu § 381).Nach Paragraph 381, Absatz 2, HGB kommt die durch die Paragraphen 377,, 378 HGB für den Handelskauf normierte kaufmännische Untersuchungs- und Rügepflicht zwischen Kaufleuten auch dann zur Anwendung, "wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist" (sog. Werklieferungsvertrag über unvertretbare bewegliche Sachen). Auf die Herstellung einer unbeweglichen Sache sind die Paragraphen 377,, 378 HGB (auch analog) nicht anzuwenden (Kramer in Straube, HGB**2, Rz 4 zu Paragraph 381,).

Dass beide Seiten Kaufleute sind, ist im Revisionsverfahren nicht strittig; ebenso ist unbestritten, dass der zwischen ihnen geschlossene Vertrag nach bürgerlich-rechtlicher Qualifizierung als Werkvertrag anzusehen wäre und daher - falls von einem Vertrag über bewegliche Sachen auszugehen wäre - gemäß § 381 Abs 2 HGB den Sonderregeln über den Handelskauf zu unterstellen wäre (Kramer, aaO, Rz 4a zu § 381 mwN). Strittig ist aber, ob der Vertrag - wie die Klägerin unterstellt - als solcher über bewegliche Sachen anzusehen ist. Diese Frage ist für die Entscheidung relevant, weil - wie in der Revision zutreffend geltend gemacht wird - den Feststellungen nur zu entnehmen ist, dass die geltend gemachten Mängel unverzüglich nach dem Erkennen gerügt wurden; dies sagt aber nichts darüber aus, ob der Beklagte einer ihn allenfalls gemäß § 377 HGB treffenden Verpflichtung zur unverzüglichen Untersuchung und Rüge nachgekommen ist.Dass beide Seiten Kaufleute sind, ist im Revisionsverfahren nicht strittig; ebenso ist unbestritten, dass der zwischen ihnen geschlossene Vertrag nach bürgerlich-rechtlicher Qualifizierung als Werkvertrag anzusehen wäre und daher - falls von einem Vertrag über bewegliche Sachen auszugehen wäre - gemäß Paragraph 381, Absatz 2, HGB den Sonderregeln über den Handelskauf zu unterstellen wäre (Kramer, aaO, Rz 4a zu Paragraph 381, mwN). Strittig ist aber, ob der Vertrag - wie die Klägerin unterstellt - als solcher über bewegliche Sachen anzusehen ist. Diese Frage ist für die Entscheidung relevant, weil - wie in der Revision zutreffend geltend gemacht wird - den Feststellungen nur zu entnehmen ist, dass die geltend gemachten Mängel unverzüglich nach dem Erkennen gerügt wurden; dies sagt aber nichts darüber aus, ob der Beklagte einer ihn allenfalls gemäß Paragraph 377, HGB treffenden Verpflichtung zur unverzüglichen Untersuchung und Rüge nachgekommen ist.

Soweit die Revisionswerberin durch den Hinweis auf die von ihr zitierten Entscheidungen den Eindruck zu erwecken sucht, die Rechtsprechung zur Frage, wann von einem Vertrag über unbewegliche bzw. über bewegliche Sachen auszugehen sei, sei uneinheitlich, ist ihr nicht zu folgen. Vermeintliche Widersprüche erklären sich daraus, dass der Begriff des "Werklieferungsvertrages" im aufgezeigten Zusammenhang kein gesetzlicher Terminus ist und in einzelnen der zitierten Entscheidungen in einem hier nicht interessierenden Zusammenhang verwendet wird. So betrifft etwa die Entscheidung SZ 60/247, in der die Errichtung des Rohbaus einer Wohnhausanlage als "Werklieferung" qualifiziert wird, die Bestimmung des § 3 Abs 3 UStG, der ein anderer als der hier relevante Begriff der Werklieferung zugrunde liegt ("auch dann, wenn die Gegenstände mit dem Grund und Boden fest verbunden werden").Soweit die Revisionswerberin durch den Hinweis auf die von ihr zitierten Entscheidungen den Eindruck zu erwecken sucht, die Rechtsprechung zur Frage, wann von einem Vertrag über unbewegliche bzw. über bewegliche Sachen auszugehen sei, sei uneinheitlich, ist ihr nicht zu folgen. Vermeintliche Widersprüche erklären sich daraus, dass der Begriff des "Werklieferungsvertrages" im aufgezeigten Zusammenhang kein gesetzlicher Terminus ist und in einzelnen der zitierten Entscheidungen in einem hier nicht interessierenden Zusammenhang verwendet wird. So betrifft etwa die Entscheidung SZ 60/247, in der die Errichtung des Rohbaus einer Wohnhausanlage als "Werklieferung" qualifiziert wird, die Bestimmung des Paragraph 3, Absatz 3, UStG, der ein anderer als der hier relevante Begriff der Werklieferung zugrunde liegt ("auch dann, wenn die Gegenstände mit dem Grund und Boden fest verbunden werden").

Beizupflichten ist der Revisionswerberin allerdings, soweit sie sich gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes wendet, wonach für die Frage, ob ein Vertrag § 381 Abs 2 HGB zu unterstellen ist, bewegliche Sachen, die mit unbeweglichen fest verbunden oder die als Zubehör zu unbeweglichen Sachen gewidmet werden, als unbeweglich anzusehen sind. Vielmehr entspricht es der herrschenden Auffassung, dass auf Verträge über bewegliche Sachen, die zum festen Einbau in unbewegliche Sachen bestimmt sind, § 381 Abs 2 HGB anzuwenden ist, und zwar auch dann, wenn - wovon im Zweifel auszugehen ist - die Verträge über Lieferung und Montage nicht getrennt sind sondern von

einem einheitlichen Vertrag auszugehen ist (Kramer, aaO, Rz 4 zu § 381 und Rz 7 zu §§ 377, 378; je mwN; vgl auch Krejci in Rummel, ABGB**2, Rz 7 zu §§ 1165, 1166). Umso mehr müssen bewegliche Sachen, die bloß als Zubehör einer unbeweglichen Sache gewidmet sind, bei der Prüfung nach § 381 Abs 2 ZPO als beweglich gelten.Beizupflichten ist der Revisionswerberin allerdings, soweit sie sich gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes wendet, wonach für die Frage, ob ein Vertrag Paragraph 381, Absatz 2, HGB zu unterstellen ist, bewegliche Sachen, die mit unbeweglichen fest verbunden oder die als Zubehör zu unbeweglichen Sachen gewidmet werden, als unbeweglich anzusehen sind. Vielmehr entspricht es der herrschenden Auffassung, dass auf Verträge über bewegliche Sachen, die zum festen Einbau in unbewegliche Sachen bestimmt sind, Paragraph 381, Absatz 2, HGB anzuwenden ist, und zwar auch dann, wenn - wovon im Zweifel auszugehen ist - die Verträge über Lieferung und Montage nicht getrennt sind sondern von einem einheitlichen Vertrag auszugehen ist (Kramer, aaO, Rz 4 zu Paragraph 381 und Rz 7 zu Paragraphen 377,, 378; je mwN; vergleiche auch Krejci in Rummel, ABGB**2, Rz 7 zu Paragraphen 1165,, 1166). Umso mehr müssen bewegliche Sachen, die bloß als Zubehör einer unbeweglichen Sache gewidmet sind, bei der Prüfung nach Paragraph 381, Absatz 2, ZPO als beweglich gelten.

Umfasst ein Vertrag sowohl die Lieferung beweglicher als auch die Lieferung unbeweglicher Sachen, ist - wie die Revisionswerberin zutreffend geltend macht - darauf abzustellen, ob in der Gesamtheit die unbeweglichen oder die beweglichen Sachen überwiegen und dadurch den Charakter des Vertrages bestimmen.

Geht man daher im hier zu beurteilenden Fall vom Vorbringen in der Klage (Herstellung und Lieferung der Einrichtung eines Hotels) und von den aus den Feststellungen ersichtlichen Lieferungen der Klägerin aus, spräche dies dafür, den Vertrag insgesamt - obwohl er auch die Verlegung des Parkettbodens umfasst - dem § 381 Abs 2 HGB zu unterstellen, zumal der weit überwiegende Teil jedenfalls der festgestellten Lieferungen bewegliche Sachen - wenn auch teilweise fest eingebaut - zum Gegenstand hat.Geht man daher im hier zu beurteilenden Fall vom Vorbringen in der Klage (Herstellung und Lieferung der Einrichtung eines Hotels) und von den aus den Feststellungen ersichtlichen Lieferungen der Klägerin aus, spräche dies dafür, den Vertrag insgesamt - obwohl er auch die Verlegung des Parkettbodens umfasst - dem Paragraph 381, Absatz 2, HGB zu unterstellen, zumal der weit überwiegende Teil jedenfalls der festgestellten Lieferungen bewegliche Sachen - wenn auch teilweise fest eingebaut - zum Gegenstand hat.

In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass die aufgezeigten Fragen in erster Instanz überhaupt nicht erkannt wurden, in dem sich das dazu erstattete Vorbringen der Klägerin in der Behauptung erschöpfte, es komme die Rügepflicht des § 377 HGB zum Tragen. Sonstige Behauptungen der Klägerin fehlen ebenso, wie jegliches Vorbringen des Beklagten. Dies fällt umso schwerer ins Gewicht, als deutliche Hinweise vorliegen, dass sich der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht auf die im Verfahren erster Instanz behandelten Leistungen der Klägerin beschränkt. In der Einleitung des Ersturteiles ist vielmehr davon die Rede, dass die Klägerin über Auftrag des Beklagten an dessen Hotel "diverse Um- und Zubauten durchgeführt" hat, in deren Verlauf "auch ein Gastlokal geplant, errichtet und ausgestattet" wurde; der Beklagte habe "dazu einen entsprechenden Planungs- und Ausführungsvertrag" erteilt. Damit würde aber eine Gesamtbeurteilung des Vertrages, dessen Charakter dann vor allem von der Planung und Errichtung eines Bauwerks bestimmt wäre, die Anwendung des § 381 Abs 2 HGB wohl ausschließen. Diese dem Urteil vorangestellte Aussage, zu der in den eigentlichen Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes und in der Beweiswürdigung jeglicher Hinweis fehlt, ist aber durch keinerlei Vorbringen gedeckt. Auch Beweise wurden dazu nicht aufgenommen. Es geht daher nicht an, nunmehr in dritter Instanz die Parteien, die die aufgezeigte Problematik nicht erkannten, zu überraschen und die für die Beurteilung der Sache mit entscheidende Frage der Anwendbarkeit der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht unter Hinweis auf einen ohne nachvollziehbare Grundlage dem Urteil vorangestellten Satz endgültig zu entscheiden.In diesem Zusammenhang ist aber zu beachten, dass die aufgezeigten Fragen in erster Instanz überhaupt nicht erkannt wurden, in dem sich das dazu erstattete Vorbringen der Klägerin in der Behauptung erschöpfte, es komme die Rügepflicht des Paragraph 377, HGB zum Tragen. Sonstige Behauptungen der Klägerin fehlen ebenso, wie jegliches Vorbringen des Beklagten. Dies fällt umso schwerer ins Gewicht, als deutliche Hinweise vorliegen, dass sich der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht auf die im Verfahren erster Instanz behandelten Leistungen der Klägerin beschränkt. In der Einleitung des Ersturteiles ist vielmehr davon die Rede, dass die Klägerin über Auftrag des Beklagten an dessen Hotel "diverse Um- und Zubauten durchgeführt" hat, in deren Verlauf "auch ein Gastlokal geplant, errichtet und ausgestattet" wurde; der Beklagte habe "dazu einen entsprechenden Planungs- und Ausführungsvertrag" erteilt. Damit würde aber eine Gesamtbeurteilung des Vertrages, dessen Charakter dann vor allem von der Planung und Errichtung eines Bauwerks bestimmt wäre, die

Anwendung des Paragraph 381, Absatz 2, HGB wohl ausschließen. Diese dem Urteil vorangestellte Aussage, zu der in den eigentlichen Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes und in der Beweiswürdigung jeglicher Hinweis fehlt, ist aber durch keinerlei Vorbringen gedeckt. Auch Beweise wurden dazu nicht aufgenommen. Es geht daher nicht an, nunmehr in dritter Instanz die Parteien, die die aufgezeigte Problematik nicht erkannten, zu überraschen und die für die Beurteilung der Sache mit entscheidende Frage der Anwendbarkeit der kaufmännischen Untersuchungs- und Rügepflicht unter Hinweis auf einen ohne nachvollziehbare Grundlage dem Urteil vorangestellten Satz endgültig zu entscheiden.

Insofern erweist sich das Verfahren daher als ergänzungsbedürftig. Es wird erforderlich sein, die dargestellte Rechtslage mit den Parteien zu erörtern, sie zu zweckdienlichem Vorbringen aufzufordern und sodann Feststellungen zu treffen, die eine abschließende Beurteilung erlauben, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag dem § 381 Abs 2 HGB zu unterstellen ist.Insofern erweist sich das Verfahren daher als ergänzungsbedürftig. Es wird erforderlich sein, die dargestellte Rechtslage mit den Parteien zu erörtern, sie zu zweckdienlichem Vorbringen aufzufordern und sodann Feststellungen zu treffen, die eine abschließende Beurteilung erlauben, ob der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag dem Paragraph 381, Absatz 2, HGB zu unterstellen ist.

Schon jetzt kann aber gesagt werden, dass diese Frage für die Einwände des Beklagten betreffend den unansehnlich gewordenen Parkettboden, die zu geringen Sitztiefe der Bänke und den nicht schmutzabweisenden Bezugsstoffes nicht entscheidend ist. Dies sind jene Einwände, hinsichtlich derer die Vorinstanzen im Ergebnis davon ausgegangen sind, dass die Leistungen bzw. Lieferungen der Klägerin der Vereinbarung zwischen den Parteien entsprochen habe, dass allerdings diese Vereinbarungen nur deshalb zustande gekommen seien, weil die Klägerin insofern ihrer Warnpflicht nicht nachgekommen sei. Dabei braucht gar nicht erörtert zu werden, ob im Fall der Bejahung einer den Kläger treffenden Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 HGB deren Einhaltung zur Wahrung der aus einer Warnpflichtverletzung resultierenden Ansprüche erforderlich ist (zu den Ansprüchen, zu deren Wahrung die Einhaltung der Untersuchungs- und Rügepflicht erforderlich ist vgl Kramer, aaO, Rz 47 ff zu §§ 377, 378). Hinsichtlich dieser Einwände kann dem Beklagten nämlich selbst im Falle der Bejahung einer Untersuchungs- und Rügepflicht deren Verletzung nicht vorgeworfen werden.Schon jetzt kann aber gesagt werden, dass diese Frage für die Einwände des Beklagten betreffend den unansehnlich gewordenen Parkettboden, die zu geringen Sitztiefe der Bänke und den nicht schmutzabweisenden Bezugsstoffes nicht entscheidend ist. Dies sind jene Einwände, hinsichtlich derer die Vorinstanzen im Ergebnis davon ausgegangen sind, dass die Leistungen bzw. Lieferungen der Klägerin der Vereinbarung zwischen den Parteien entsprochen habe, dass allerdings diese Vereinbarungen nur deshalb zustande gekommen seien, weil die Klägerin insofern ihrer Warnpflicht nicht nachgekommen sei. Dabei braucht gar nicht erörtert zu werden, ob im Fall der Bejahung einer den Kläger treffenden Untersuchungs- und Rügepflicht nach Paragraph 377, HGB deren Einhaltung zur Wahrung der aus einer Warnpflichtverletzung resultierenden Ansprüche erforderlich ist (zu den Ansprüchen, zu deren Wahrung die Einhaltung der Untersuchungs- und Rügepflicht erforderlich ist vergleiche Kramer, aaO, Rz 47 ff zu Paragraphen 377,, 378). Hinsichtlich dieser Einwände kann dem Beklagten nämlich selbst im Falle der Bejahung einer Untersuchungs- und Rügepflicht deren Verletzung nicht vorgeworfen werden.

Für die den Parkettboden und den Bezugsstoff erhobenen Einwände gesteht dies der Revisionswerber selbst zu, indem er ausführt, dass die gerügten Umstände erst nach und nach erkennbar geworden seien und daher auch bei einer sofortigen Untersuchung nicht zu Tage getreten wären. Dies gilt aber auch für den Umstand, dass die zwischen den Parteien vereinbarte Sitztiefe der Bänke nicht fachgerecht gewählt wurde. Auch dies war nämlich für den Beklagten bei einer sofortigen Untersuchung der Bänke nicht erkennbar, zumal er ja gerade über die Tatsache, dass die von ihm aus den genannten Gründen bestellte Sitztiefe nicht fachgerecht war, nicht aufgeklärt wurde. Die sofortige Untersuchung hätte daher jedenfalls ergeben, dass die Bänke der Bestellung entsprechend ausgeführt wurden. Wenn überhaupt, konnte dem Beklagten bei einer sofortigen Untersuchung durch eine Sitzprobe nur klar werden, dass er selbst das Sitzen auf den Bänken als unbequem erachtete; nicht einmal das kann aber mit Sicherheit unterstellt werden, zumal nicht klar ist, ob sich die mangelnde Bequemlichkeit erst bei längerem Sitzen herausstellt. Selbst wenn er aber die Bänke als unbequem empfunden hätte, wäre für ihn nicht erkennbar gewesen, dass diese Eigenschaft der ja bestellungsgemäß gelieferten Bänke als Mangel anzusehen ist. Dies folgt nämlich erst daraus, dass - wie festgestellt - die Ausführung einer solchen Sitztiefe nicht fachgerecht war. Gerade über diesen Umstand war der Beklagte aber nicht aufgeklärt worden, sodass aus seiner (von der Klägerin zu vertretenden) Sicht jener Mangel, der den Vorwurf der

Verletzung der Warnpflicht begründete, auch bei einer sofortigen Untersuchung nicht erkennbar war. Selbst wenn daher der Beklagte den insofern geltend gemachten Mangel nicht sofort nach Ablieferung gerügt haben sollte, hätte er die aus der in diesem Zusammenhang behaupteten Warnpflichtverletzung abzuleitenden Ansprüche nicht verloren.

Dass die Revisionswerberin die ihr angelasteten Warnpflichtverletzungen zu vertreten hat, wird von ihr in dritter Instanz nicht mehr in Abrede gestellt, sodass dazu nicht Stellung zu nehmen und diese Annahme der Vorinstanzen den weiteren Rechtsausführungen zugrunde zu legen ist. Dennoch bedarf es auch insofern der Ergänzung des Verfahrens.

Die in § 1168a ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers ist kein Ausfluss der Gewährleistung (JBl 1987, 662; EvBl 1992/74). Sie ist eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht des Unternehmers, die auch schon vor Vertragsabschluss besteht (EvBl 1992/74 mwN). Sie besteht immer dann, wenn die Gefahr besteht, dass das Werk infolge dem Unternehmer bekannter Umstände misslingt und dem Besteller dadurch ein Schaden entsteht. Verletzt der Unternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliert er nicht nur den Anspruch auf das Entgelt; er hat auch den weitergehenden Schaden des Bestellers zu ersetzen (JBl 1987, 662).Die in Paragraph 1168 a, ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers ist kein Ausfluss der Gewährleistung (JBl 1987, 662; EvBl 1992/74). Sie ist eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht des Unternehmers, die auch schon vor Vertragsabschluss besteht (EvBl 1992/74 mwN). Sie besteht immer dann, wenn die Gefahr besteht, dass das Werk infolge dem Unternehmer bekannter Umstände misslingt und dem Besteller dadurch ein Schaden entsteht. Verletzt der Unternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliert er nicht nur den Anspruch auf das Entgelt; er hat auch den weitergehenden Schaden des Bestellers zu ersetzen (JBl 1987, 662).

Dem von den Vorinstanzen angenommene Verbesserungsanspruch des Beklagten, der mit entscheidend für die Annahme der mangelnden Fälligkeit des restlichen Werklohns war, fehlt es allerdings unter den gegebenen Umständen hinsichtlich der geltend gemachten Mängel des Parkettbodens, der Sitzbänke und des Bezugsstoffes bislang an einer rechtfertigenden Grundlage. Das Begehren des Beklagten auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien - wenn auch im Gefolge einer Warnpflichtverletzung durch die Klägerin - gerade das vereinbarten, was von der Klägerin hergestellt bzw. geliefert wurde (JBl 1994,174; RIS-Justiz RS0016270)

Am deutlichsten zeigt dies das Beispiel des Parkettbodens, der nach den Feststellungen in bester Qualität und Ausführung verlegt wurde, sodass klar ist, dass eine Verbesserung des Werkes nur in der Herstellung eines bislang nicht vereinbarten Bodens bestehen kann. Für die vereinbarungsgemäß gemäß gewählte Sitztiefe und den ebenfalls vereinbarungsgemäß gelieferten Bezugsstoff gilt nichts anderes.

Daran muss - wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrmals ausgesprochen hat - der Verbesserungsanspruch nicht scheitern; doch bedarf die begehrte Änderung des Vertragsgegenstandes einer auf Rechtsgestaltung abzielenden irrtumsrechtlichen Erklärung des Beklagten, weil die in Verletzung der vorvertraglichen Warnpflicht unterlassene Aufklärung des Bestellers zu dessen Geschäftsirrtum führte, das der Bestellung entsprechende Werk werde auch mängelfrei sein (JBl 1994, 174; RdW 1998,189). Der Besteller müsste geltend machen, er hätte, wäre ihm vom Werkunternehmer bei den Vertragsverhandlungen vor Augen gehalten worden, welche Folgen die Herstellung des Werkes unter den vereinbarten Gegebenheiten haben werde, den Vertrag mit jenem Inhalt geschlossen, der ihn des streitauslösenden Risikos - gegebenenfalls bei entsprechendem Mehraufwand (den "Sowieso"-Kosten) enthoben hätte. Hätte der Beklagte - wäre die Klägerin ihrer Warnpflicht nachgekommen - einen vom bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werk abweichenden bzw. Zusatzauftrag erteilt, der zu einem einwandfreien Ergebnis geführt hätte, könnte er daher die Ergänzung des bestellten und auftragsgemäß hergestellten Weges im Wege irrtumsrechtlicher Vertragsanpassung (§ 872 ABGB), nicht aber im Wege der Gewährleistung (§ 1167 ABGB) erzwingen (JBl 1992, 784; JBl 1994, 174). Eine solche Vertragsanpassung führt aber nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung, sondern gegebenenfalls auch zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten "Sowieso-Kosten" entspricht (RdW 1988, 189). Eine entsprechende Prozesserklärung hat aber der Beklagte, der sich in diesem Zusammenhang bislang auch nicht in nachvollziehbarer Weise auf den Wegfall des die in Rede stehenden Leistungen betreffenden Entgeltanspruchs berufen hat, nicht abgegeben. Überhaupt blieb die hier aufgezeigte Problematik im bisherigen Verfahren völlig unerörtert, sodass auch jegliches Vorbringen der Parteien dazu fehlt, welcher Teil des aushaftenden Werklohnes auf die in Rede stehenden Leistungen entfällt. Auch insoweit ist es daher zunächst erforderlich, die Sach- und Rechtslage mit den Parteien zu erörtern und ihnen Gelegenheit zu entsprechendem Vorbringen zu geben.Daran muss - wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrmals ausgesprochen hat - der Verbesserungsanspruch nicht scheitern; doch bedarf

die begehrte Änderung des Vertragsgegenstandes einer auf Rechtsgestaltung abzielenden irrtumsrechtlichen Erklärung des Beklagten, weil die in Verletzung der vorvertraglichen Warnpflicht unterlassene Aufklärung des Bestellers zu dessen Geschäftsirrtum führte, das der Bestellung entsprechende Werk werde auch mängelfrei sein (JBl 1994, 174; RdW 1998,189). Der Besteller müsste geltend machen, er hätte, wäre ihm vom Werkunternehmer bei den Vertragsverhandlungen vor Augen gehalten worden, welche Folgen die Herstellung des Werkes unter den vereinbarten Gegebenheiten haben werde, den Vertrag mit jenem Inhalt geschlossen, der ihn des streitauslösenden Risikos - gegebenenfalls bei entsprechendem Mehraufwand (den "Sowieso"-Kosten) enthoben hätte. Hätte der Beklagte - wäre die Klägerin ihrer Warnpflicht nachgekommen - einen vom bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werk abweichenden bzw. Zusatzauftrag erteilt, der zu einem einwandfreien Ergebnis geführt hätte, könnte er daher die Ergänzung des bestellten und auftragsgemäß hergestellten Weges im Wege irrtumsrechtlicher Vertragsanpassung (Paragraph 872, ABGB), nicht aber im Wege der Gewährleistung (Paragraph 1167, ABGB) erzwingen (JBl 1992, 784; JBl 1994, 174). Eine solche Vertragsanpassung führt aber nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung, sondern gegebenenfalls auch zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten "Sowieso-Kosten" entspricht (RdW 1988, 189). Eine entsprechende Prozesserklärung hat aber der Beklagte, der sich in diesem Zusammenhang bislang auch nicht in nachvollziehbarer Weise auf den Wegfall des die in Rede stehenden Leistungen betreffenden Entgeltanspruchs berufen hat, nicht abgegeben. Überhaupt blieb die hier aufgezeigte Problematik im bisherigen Verfahren völlig unerörtert, sodass auch jegliches Vorbringen der Parteien dazu fehlt, welcher Teil des aushaftenden Werklohnes auf die in Rede stehenden Leistungen entfällt. Auch insoweit ist es daher zunächst erforderlich, die Sach- und Rechtslage mit den Parteien zu erörtern und ihnen Gelegenheit zu entsprechendem Vorbringen zu geben.

Hinsichtlich der übrigen Mängel stellt sich jedoch die im Revisionsrekurs aufgeworfene Frage, ob den Beklagten die Untersuchungs- und Rügepflicht des § 377 HGB getroffen hat und - bejahendenfalls - ob er dieser Verpflichtung entsprochen und dadurch seine Gewährleistungsansprüche gewahrt hat. In diesem Zusammenhang ist aber das Verfahren im schon oben dargelegten Sinn ergänzungsbedürftig.Hinsichtlich der übrigen Mängel stellt sich jedoch die im Revisionsrekurs aufgeworfene Frage, ob den Beklagten die Untersuchungs- und Rügepflicht des Paragraph 377, HGB getroffen hat und - bejahendenfalls - ob er dieser Verpflichtung entsprochen und dadurch seine Gewährleistungsansprüche gewahrt hat. In diesem Zusammenhang ist aber das Verfahren im schon oben dargelegten Sinn ergänzungsbedürftig.

Dass der Werkbesteller Verbesserung nur dann begehren kann, wenn sie möglich ist und nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, ist richtig (SZ 53/7 uva). Ebenso trifft zu, dass die erstgerichtliche "Feststellung", sämtliche Mängel könnten mit nicht unverhältnismäßigen Aufwand verbessert werden, inhaltlich eine Wertung des Erstgerichtes zum Ausdruck bringt, der es an einer überprüfbaren Tatsachengrundlage fehlt. Dass die vom Beklagten geforderte Verbesserung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, hat aber die insofern behauptungs- und beweispflichtige Klägerin (Reischauer in Rummel, ABGB**2 Rz 1 zu § 932) in erster Instanz gar nicht geltend gemacht. Sollte im fortgesetzten Verfahren ein derartiger Einwand erhoben werden und nach den Ergebnissen der noch durchzuführenden Verfahrensergänzung relevant sein, wird zu beachten sein, dass Mängelbehebungskosten iSd § 1167 Abs 2 ABGB nur dann unverhältnismäßig sind, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hiezu erforderlichen Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand im auffallenden Missverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (SZ 53/7; JBl 1990, 461 ua; zuletzt RdW 2000, 143). Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten "unverhältnismäßig" sein; demgegenüber sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt (SZ 53/7; RdW 2000, 143 uva). Gegebenenfalls wird überdies zu beachten sein, dass die Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes zwar den Verbesserungsanspruch, nicht aber andere gewährleistungsrechtlicher Ansprüche (die der Beklagte bislang allerdings nicht einmal hilfsweise geltend gemacht hat) ausschließt.Dass der Werkbesteller Verbesserung nur dann begehren kann, wenn sie möglich ist und nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, ist richtig (SZ 53/7 uva). Ebenso trifft zu, dass die erstgerichtliche "Feststellung", sämtliche Mängel könnten mit nicht unverhältnismäßigen Aufwand verbessert werden, inhaltlich eine Wertung des Erstgerichtes zum Ausdruck bringt, der es an einer überprüfbaren Tatsachengrundlage fehlt. Dass die vom Beklagten geforderte Verbesserung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert, hat aber die insofern behauptungs- und beweispflichtige Klägerin (Reischauer in Rummel, ABGB**2 Rz 1 zu

Paragraph 932,) in erster Instanz gar nicht geltend gemacht. Sollte im fortgesetzten Verfahren ein derartiger Einwand erhoben werden und nach den Ergebnissen der noch durchzuführenden Verfahrensergänzung relevant sein, wird zu beachten sein, dass Mängelbehebungskosten iSd Paragraph 1167, Absatz 2, ABGB nur dann unverhältnismäßig sind, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hiezu erforderlichen Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand im auffallenden Missverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (SZ 53/7; JBl 1990, 461 ua; zuletzt RdW 2000, 143). Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten "unverhältnismäßig" sein; demgegenüber sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt (SZ 53/7; RdW 2000, 143 uva). Gegebenenfalls wird überdies zu beachten sein, dass die Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes zwar den Verbesserungsanspruch, nicht aber andere gewährleistungsrechtlicher Ansprüche (die der Beklagte bislang allerdings nicht einmal hilfsweise geltend gemacht hat) ausschließt.

Dass die Zurückbehaltung des gesamten Werklohnes angesichts der Geringfügigkeit der zu verbessernden Mängel schikanös sei, hat die Klägerin in erster Instanz ebenfalls nicht geltend gemacht. Die für die Beurteilung eines solchen Einwandes erforderlichen Tatsachengrundlagen fehlen bislang völlig.

Erforderlichenfalls werden die Parteien im übrigen aufzufordern sein, schlüssige Behauptungen über ihre Standpunkte zu dem behaupteten Einwand des Fehlens der Sockeln der Steinbockskulpturen aufzustellen. In diesem Zusammenhang geht es nämlich offenkundig nicht um die Mangelhaftigkeit des Werks sondern - soweit das aufgrund des nur bruckstückhaften Vorbringes der Beteiligten beurteilt werden kann - darum, dass die Klägerin die Zahlung dieser von ihr her- oder beigestellten Sockeln verlangt, die infolge einer Änderung des Vertrages nicht angebracht wurden. Ob insoweit ein Zahlungsanspruch besteht, kann derzeit in keiner Weise beurteilt werden.

Da sich somit das Verfahren aus den aufgezeigten Gründen ergänzungsbedürftig erweist und es zur Schaffung der erforderlichen Tatsachengrundlage einer Verhandlung in erster Instanz bedarf, waren die Urteile der Vorinstanzen aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf§ 52 Abs 1 ZPO.Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Anmerkung

E58619 08A00970

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2000:0080OB00097.00Y.0629.000

Dokumentnummer

JJT_20000629_OGH0002_0080OB00097_00Y0000_000

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