

# TE OGH 1993/2/23 40b23/93(40b24/93)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.02.1993

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Griß als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Mag.Arch.Norbert F\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Hermann Rieder, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Ing.Werner L\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Bernd Schmidinger, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen S 120.887,80 sA infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 8. September 1992, GZ 1 R 166/92-49, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 20. Februar 1992, GZ 41 Cg 450/88-43, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

1. Der in der Revision enthaltene Rekurs gegen den in das angefochtene Urteil aufgenommenen Beschluß über die Verwerfung der Berufung wegen Nichtigkeit wird zurückgewiesen.
2. Im übrigen wird der Revision Folge gegeben.

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

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger, der im Auftrag des Beklagten Architektenleistungen erbrachte, begehrt vom Beklagten ein restliches Honorar in der Höhe von S 120.887,80. Diesen Anspruch stütze er nicht nur auf den Vertrag, sondern auch auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes, weil der Beklagte durch die Ausführung des Objektes nach den Plänen des Klägers dessen Urheberrechte verletzt habe.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Da er nur Hälfteeigentümer der Liegenschaft sei, auf die sich die Architektenleistung des Klägers bezogen hatte, und er den Auftrag zusammen mit seiner Ehegattin erteilt habe, hafte er nur für die Hälfte der allfälligen Ansprüche des Klägers. Der mit der Klage geltend gemachte Anspruch sei aber nicht begründet, weil das Werk des Klägers unbrauchbar gewesen sei. Der Hausanteil des Beklagten hätte eine Nutzfläche von 130 m<sup>2</sup> nicht überschreiten dürfen, um in den Genuß von Grunderwerbssteuerbefreiung und

Gewährung eines Wohnbauförderungsdarlehens zu gelangen; die vom Kläger geplante Fläche übersteige jedoch 133 m<sup>2</sup>. Die eingeklagte Forderung sei auch nicht fällig geworden, weil der Kläger die Pläne bisher nicht fertiggestellt habe. Planungsdetails fehlten noch; insbesondere habe der Kläger die Polierpläne ohne jeden Grund nicht mehr fertiggestellt. Die von ihm verrechneten Gebühren seien überdies überhöht. Ferner seien die Einreichpläne des Klägers mangelhaft und seine Ausführungspläne unbrauchbar. Aufrechnungsweise werde eine Gegenforderung geltend gemacht. Auf Grund der Bauverzögerungen durch Säumigkeit des Klägers seien nämlich dem Beklagten Mietkosten von S 132.000 entstanden; außerdem hätten sich die Baukosten entsprechend der Indexsteigerung von 10,87 % erhöht. Wegen der verspäteten Planung habe auch der Nachbar Dr.P\*\*\*\*\* sein Bauwerk fertiggestellt, wodurch die Zufahrt auf 3 m Breite verschmälert worden sei. Da eine Zufahrt mit großen Baufahrzeugen zum Baugrund des Beklagten nicht mehr möglich gewesen sei, seien für die Anschaffung eines Kleintransporters Kosten von S 70.000 erwachsen. Die Gesamtmehrkosten auf Grund der Bauerschernisse hätten S 277.131,60 betragen. Wegen der Überschreitung der Nutzfläche von 130 m<sup>2</sup> sei dem Beklagten von Finanzamt eine Grunderwerbssteuer von S 80.000 vorgeschrieben worden; das Berufungsverfahren sei noch anhängig. Die gesamte Gegenforderung des Beklagten betrage somit S 459.131,60.

Der Erstrichter wies das Klagebegehren ab. Er stellte folgenden Sachverhalt fest:

Auf Vermittlung des Schwiegervaters des Beklagten, \*\*\*\*\* kam es im Frühjahr 1986 zum ersten Kontakt zwischen den Streitparteien. Der Beklagte wollte ein Doppelhaus in Arzl errichten. Bei einer gemeinsamen Begehung des Grundstücks \*\*\*\*\* äußerte der Beklagte seine Wünsche betreffend das Haus. Mit Schreiben vom 9.6.1986 teilte er dem Kläger mit, daß er im Frühjahr 1987 mit dem Bau beginnen und im Herbst 1987 einziehen wolle.

Ob bei diesem Gespräch schon erwähnt worden war, daß die Gesamtwohnnutzfläche 130 m<sup>2</sup> nicht überschreiten dürfe, kann nicht festgestellt werden. Im Zuge einer Besprechung vom 1.11.1986, welche in Anwesenheit der Eltern und der Gattin des Beklagten sowie des Klägers in dessen Wohnung stattfand, wurde allerdings darauf hingewiesen, daß auf dem Grundstück ein Doppelhaus gebaut werden müsse, das Haus des Beklagten im Ausmaß von höchstens 130 m<sup>2</sup> geplant werden und das Haus der Eltern des Beklagten das Ausmaß von 80 m<sup>2</sup> nicht überschreiten dürfe, da sowohl der Beklagte und seine Gattin als auch seine Eltern auf die Wohnbauförderung angewiesen seien; diese werde aber nur gewährt, wenn das Gesamtausmaß der Wohnfläche des größeren Hauses 130 m<sup>2</sup> nicht überschreite. Im Zuge des Gespräches wurde auch darauf hingewiesen, daß um die Grunderwerbssteuerbefreiung angesucht worden sei, weshalb man die Pläne sehr rasch benötige, damit unter Berücksichtigung der gesamten Förderungen das Budget errechnet werden könne. Bei einer neuerlichen Begehung des Baugrundes in Anwesenheit des Beklagten, seiner Ehegattin und des Klägers wurden die Vorstellungen der Parteien erörtert. Der Kläger brachte daraufhin seine Vorstellungen zu Papier. Als er aufgefordert wurde, die Planung zu machen, wies er darauf hin, daß er zeitliche Schwierigkeiten habe und es ihm daher nur möglich sei, den Entwurf und die Einreichpläne zu erstellen. Mit Schreiben vom 17.11.1986 übermittelte der Kläger dem Beklagten eine unverbindliche Kostenschätzung zur Errechnung der Architektengebühr; in ihr wurden die Nettoherstellungskosten mit S 3.000.000 angegeben. Mit diesen geschätzten Kosten erklärten sich die Bauwerber einverstanden. Die vom Kläger erstellten Einreichpläne mußten allerdings auf Grund der Einwände der Stadt Innsbruck überarbeitet werden, weshalb sie erst im April oder Mai 1987 fertig wurden. Bei der Erstellung der Detailpläne kam es zu Verzögerungen durch den Kläger. Diesem war der Beginn der Bauarbeiten - mit Frühjahr 1987 - bekannt; weiters wurde er darauf hingewiesen, daß zur selben Zeit Nachbarn des Beklagten - die Familie P\*\*\*\*\* - bauen würden, wobei man ein zeitgleiches Bauen ins Auge gefaßt habe. Das Haus der Familie P\*\*\*\*\* wurde zwischen Juli 1986 und August 1987 gebaut. Bei der Errichtung der Häuser der Familie des Beklagten und der Familie P\*\*\*\*\* wollte man gewisse Arbeiten -wie zB den gemeinsamen Graben für die Wasserleitungen - gemeinsam erledigen. Auf Grund interner Streitigkeiten zwischen der Familie des Beklagten und der Familie P\*\*\*\*\* kam es dann aber nicht dazu. Nach Beendigung des Baues errichtete die Familie P\*\*\*\*\* an der Grenze der Grundparzelle 1538 eine Mauer, weil bei der Bauverhandlung der Vertreter des Grundeigentümers F\*\*\*\*\* die Errichtung einer Mauer für den Fall gefordert hatte, daß es notwendig sein sollte, das Grundstück anzustechen, um den Weg zu verbreitern. Weiters wurde vor Baubeginn von der Familie P\*\*\*\*\* die Genehmigung zur Entfernung einer Mauer zum Grundeigentümer S\*\*\*\*\* eingeholt. Diese Mauer befand sich in der nordwestlichen Ecke des im Eigentum des Nachbarn S\*\*\*\*\* stehenden Grundstücks 1541/3, welches nördlich der Grundstücke des Beklagten und der Familie P\*\*\*\*\* liegt. Da der Zufahrtsweg zu diesen beiden Grundparzellen aus Südosten nach Süden verläuft, war die Entfernung der Mauer für das Befahren des Weges mit Baufahrzeugen notwendig. Zusätzlich wurde noch mit dem Eigentümer U\*\*\*\*\* wegen der

Benützung seines Garagenvorplatzes verhandelt und die Erlaubnis hiezu erreicht. Auf Grund der vorgenannten Genehmigungen war es letztendlich möglich, mit großen Baufahrzeugen bis zur Baustelle der Familie P\*\*\*\*\* vorzufahren. Der Eigentümer S\*\*\*\*\* bestand darauf, daß mit Beendigung der Verputzarbeiten am Haus der Familie P\*\*\*\*\* die abgetragene Mauer wieder errichtet werden müsse. Die Familie P\*\*\*\*\* verputzte vor dem Einzug im August 1987. Weiters bestand die Verpflichtung, den Asphalt, den der Eigentümer S\*\*\*\*\* bis zu seiner Garageneinfahrt gemacht hatte, wieder herzurichten. Die Familie P\*\*\*\*\* errichtete im Jahre 1988 zeitgleich mit der Mauer zum Grundstück F\*\*\*\*\* eine Mauer an der Südseite des Servitutsweges auf ihrem Grundstück. Das Grundstück F\*\*\*\*\* ist die östlich der Grundstücke 1540/1 und 1540/2 gelegene Grundparzelle 1538, an deren Nordwestecke der Zufahrtsweg vorbeiführt.

Im Mai oder Juni 1987 stellte sich heraus, daß die geschätzten Nettokosten von S 3,000.000 nicht ausreichten; vielmehr habe man mit Baukosten von schätzungsweise S 6,000.000 zu rechnen. Das zeigte sich nach dem Einlangen der ersten Angebote auf Grund der Ausschreibungen. Erst zu diesem Zeitpunkt erklärte der Kläger, daß der Bau unter S 6,000.000 nicht finanziert werden könne. In der Folge kam es zu mehreren Treffen zwischen dem Kläger, dem Beklagten und dessen Ehegattin, um Einsparungen vorzunehmen. Der Kläger erklärte, es sei ihm von vornherein klar gewesen, daß die Herstellungskosten von S 3,000.000 nicht ausreichen würden; er habe diesen Betrag lediglich zugunsten des Beklagten als Bemessungsgrundlage für sein Honorar angenommen. Der Beklagte bemühte sich in der Folge im Sinne des § 42 der Tiroler Bauordnung, die Zustimmung für das teilweise Befahren der Liegenschaft Dr.P\*\*\*\*\*s zu erlangen. Der diesbezügliche Negativbescheid des Stadtmagistrates Innsbruck erging am 1.8.1988. Das Ansuchen nach § 42 TBO zog der Beklagte im Rechtsmittelverfahren zurück, weil die Rechtsmittelinstanz über 1 1/2 Jahre lang mit ihrer Entscheidung säumig war und der Beklagte mit dem Bau beginnen wollte.

Im Jänner 1989 wurde der Beklagte vom Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern in Innsbruck aufgefordert, die Einreichpläne vorzulegen; er kam dieser Aufforderung nach. Im Zuge dieser Überprüfung stellte sich heraus, daß die zulässige Gesamtnutzfläche von 130 m<sup>2</sup> überschritten worden war, weshalb die Grunderwerbssteuer in der Höhe von S 80.000 zur Zahlung vorgeschrieben wurde. Die Gesamtfläche einschließlich Loggia beträgt laut Einreichplan 135,02 m<sup>2</sup>. Der Beklagte erhob daraufhin Berufung. Ob mittlerweile eine Entscheidung darüber ergangen ist, kann nicht festgestellt werden.

Darüber hinaus hat der Beklagte auch um Wohnbauförderung angesucht. Diese wurde gewährt.

Der Kläger übergab dem Beklagten einen Lageplan, einen Übersichtsplan, den Einreichplan und zwei Tekturpläne. Die Ausführungspläne wurden dem Beklagten bis zum heutigen Tage nicht vollständig ausgeführt überreicht. Auf Grund all dieser Verzögerungen, die zum großen Teil vom Kläger zu verantworten sind, war es nicht möglich, im Frühjahr 1987 mit dem Bau zu beginnen; vielmehr konnte erst zwei Jahre später damit begonnen werden. Ein Grund dafür war auch die Tatsache, daß - wie sich an Hand der Ausschreibungen herausstellte - die Kosten explodiert waren. Für den Beklagten war deshalb finanziell ein früherer Baubeginn als im Jahr 1989 unmöglich.

Wie weit zur Fertigstellung der Pläne die Mithilfe des Beklagten vorgesehen war oder nicht, kann nicht festgestellt werden. Spätestens im April 1987 hatten der Kläger und der Beklagte keine Gesprächsbasis mehr miteinander. Der Beklagte warf dem Kläger vor, daß er auf Grund der vom Kläger zu verantwortenden Verzögerungen Schäden erlitten habe; daraufhin weigerte sich der Kläger, die Pläne fertigzustellen. Im Jahre 1989 wurde der Baumeister Ing.Hermann J\*\*\*\*\* mit den Baumeisterarbeiten für den Rohbau des Hauses des Beklagten beauftragt; er hatte auch teilweise die Bauaufsicht. Als Grundlage erhielt Baumeister J\*\*\*\*\* vom Beklagten Pläne im Maßstab 1:100 sowie Polierpläne im Maßstab 1:20 und Statikerpläne von Ing.B\*\*\*\*\*. Die Einreichpläne konnten als Grundlage für den Bau verwendet werden; bei den Ausführungsplänen war dies nur bedingt möglich.

Der Beklagte beauftragte Baumeister Ing.Walter B\*\*\*\*\*, die Statik für das von ihm zu errichtende Haus zu berechnen. Ing.Walter B\*\*\*\*\* war auch gezwungen, die Pläne des Klägers, mit denen er arbeitete, zu überarbeiten; insbesondere gab es Differenzen bei der Maßangabe. Probleme gab es auch bei der Errichtung des Schutzraums, weil dieser vom Kläger nach Osten direkt an die Grundgrenze zu Dr.P\*\*\*\*\* geplant war. Der ursprüngliche Plan des Klägers hätte unmittelbar an der Grundgrenze zu Dr.P\*\*\*\*\* zu einer senkrecht abfallenden Baugrube geführt, weshalb die Gefahr bestand, daß die von Dr.P\*\*\*\*\* errichtete Stützmauer an der Grundgrenze einstürzen würde. Den Auftrag zur Berechnung der Statik für beide Häuser erhielt Ing.B\*\*\*\*\* im Frühjahr 1988.

Im Jahre 1989 kam es zu erheblichen Schwierigkeiten für das Erreichen der Baustelle mit Lastkraftwagen, weil die

ursprünglich zur Grundgrenze des Nachbarn S\*\*\*\*\* abgetragene Mauer von Dr.P\*\*\*\*\* wieder errichtet worden war und darüber hinaus Dr.P\*\*\*\*\* selbst sein Grundstück zur Grundgrenze des Beklagten hin mit einer Mauer versehen hatte. Da er keine gütliche Einigung mit Dr.P\*\*\*\*\* erzielen konnte, erwarb der Beklagte einen Kleintransporter um S 150.000, womit er selbst das Baumaterial zum Bauplatz führte, da eine Zufahrt mit Lastkraftwagen nicht mehr möglich war. Im Hinblick auf die eingeschränkte Zufahrt mußte auch ein sogenannter Motor-Dumper für den Betonzwischentransport von der Firma J\*\*\*\*\* beigestellt werden; der Mehrpreis hiefür betrug S 49.896 zuzüglich 20 % Umsatzsteuer. Die Firma J\*\*\*\*\* stellte auch einen Mehrpreis für zusätzlichen Aufwand wegen mangelnder Zufahrt in der Höhe von S 181.047 + 20 % Umsatzsteuer in Rechnung. Darüber hinaus war der Beklagte in der Zeit vom Oktober 1987 bis Juni 1990 gezwungen, weiterhin Mietkosten für 33 Monate zu S 4.000, insgesamt S 132.000, zu zahlen.

Was die Höhe des Honorars des Klägers betrifft, so wurde als Grundlage die Gebührenordnung für Architekten vereinbart.

Der vom Kläger erstellte Einreichplan, welcher üblicherweise dem Ansuchen um Gewährung von Wohnbauförderung zugrunde gelegt wird, entsprach den Richtlinien der Wohnbauförderung. Zwischenzeitlich wurde für beide Häuser ein Wohnbauförderungsdarlehen bewilligt. Mit Bescheid des Stadtmagistrates Innsbruck vom 14.4.1987, ZI VI-9876/1/1986/RR, wurde die Baubewilligung erteilt. Die Einreichpläne sind im üblichen Umfang kotiert.

In den Ausführungsplänen des Klägers fehlen die Kotierungen für Gesamtmaße, Außenmaße, Innenmaße, Lage von Tür- und Fensteröffnungen sowie die Wandstärken, die Darstellungen sämtlicher Sanitärgegenstände, wie WC-Schalen, Waschbecken, Badewannen und Duschtassen, und Bauangaben wie Mauerdurchbrüche, Deckendurchbrüche, Leitungsschlitze usw für die Leitungsführung. Wandstärken können aus den Plänen nur durch Messen entnommen werden; die übrigen Maße müssen ausgemessen und größtenteils erst berechnet werden.

Die Wahl des geeigneten Maßstabes liegt grundsätzlich im Ermessen des Architekten. Polierpläne werden üblicherweise im Maßstab 1:50 gezeichnet. Der (vom Kläger) gewählte größere Maßstab 1:20 ermöglicht eine genauere Darstellung von Details; andererseits sind die wesentlich größeren Pläne auf der Baustelle schwieriger zu handhaben und verursachen größere Vervielfältigungskosten, welche üblicherweise vom Bauherrn zu tragen sind. Die Schnittpläne des Klägers sind ebenfalls im Maßstab 1:20 gezeichnet und weisen die für Polierpläne üblichen Informationen im wesentlichen vollständig auf. Der vom Kläger stammende Fundamentplan im Maßstab 1:50 enthält die Anmerkung:

"Alle Maße prüfen! Fallweise auf örtliche Gegebenheiten abstimmen! Fundamente nach statischem Erfordernis und Bodenbeschaffenheit!". Der Plan ist wie üblich kotiert; ihm kann jedoch nicht entnommen werden, ob den angegebenen Fundamentdimensionen Berechnungen eines befugten Statikers zugrunde liegen. In diesem Plan sind die Fundamente mit 30 cm angegeben; hier sind aber nicht die Fundamente abgebildet, sondern nur die Fundamenthülse, auf denen sich dann in weiterer Folge die Mauern erheben. Aus dem Plan ist nicht zweifelsfrei ersichtlich, ob die Mauerstärke gemeint ist oder ob die Fundamente in einer unüblichen Breite gemacht wurden. Üblicherweise müssen die Fundamente breiter als die aufsteigende Wand sein, weil auf das Fundament auch die Schalung aufgesetzt werden muß. Dem Fundamentplan ist ein Raster von 93/93 cm unterlegt. Auf Grund der fehlenden Kotierung bei den Polierplänen im Maßstab 1:20 ist der ausführende Handwerker gezwungen, den Plan weiter zu bearbeiten, um an Hand dieses Plans arbeiten zu können. Der vom Kläger verfaßte Polierplan hat also keinen wesentlich höheren Informationsinhalt als die Einreichpläne, und zwar vor allem deshalb, weil keine Kotierung vorhanden ist und somit Sinn und Zweck eines Polierplans nicht erfüllt sind.

Das Architektenhonorar ist auf Grund der vereinbarten Nettoherstellungskosten von S 3,000.000 wie folgt zu berechnen:

Das Bauobjekt des Beklagten ist unter das Ausbauverhältnis 60/100 einzureihen. Für die Teilleistungen "Vorentwurf, Entwurf und Einreichung" errechnet sich das Honorar wie folgt:

$S 3,000.000 \times 7,72 \% \times (10 \% + 15 \% + 10 \%) = S 81.060$

zuzüglich 10 % Ust S 8.106, somit insgesamt S 89.166.

In der Rechnung vom 27.8.1987 wurden 80 % der Teilleistung "Ausführungs- und Detailzeichnungen" mit einem Betrag von S 71.148 in Rechnung gestellt.

Der Kläger berechnete in der Rechnung vom 27.8.1987 die von ihm erbrachte Büroleistung (ohne Bauleitung) mit 8,47 % aus den geschätzten Nettoherstellungskosten von S 3,000.000; das ergibt somit S 254.100.

Aus den Prozentzahlen 8,47 % für die Büroleistung und 4,23 % für die Bauleitung (laut GOA lautet die korrekte Bezeichnung "örtliche Bauaufsicht") läßt sich schließen, daß das Ausbauverhältnis gemäß § 31 GOA mit 70:100 angenommen worden ist. Dem kann insofern nicht gefolgt werden, als unter dem Ausbauverhältnis 70:100 folgendes zugeordnet wird:

Spezielle Hochbauten mit erhöhten Anforderungen, wie zB einfache Kirchen, Kapellen, Krematorien, Einsegnungshallen, Saalbauten, Kinos, einfache Hotels und Vereinshäuser, Fürsorge- und Kurheime, Sanatorien, Landhäuser, Wintergärten, Warenhäuser, Bürogebäude, Rathäuser, Verwaltungsgebäude mit erhöhten Anforderungen, wie zB Rechenzentren udgl., Justizgebäude mit erhöhten Anforderungen, berufsbildende Schulen, Hochschulen auch mit Einzellabors, Hochschulgebäude mit überwiegendem Sportbetrieb, Ausstellungsbauten, Bauten für den diplomatischen Dienst, Kasernen als Gesamtanlage, militärische Mannschaftsgebäude, militärische Werkstätten mit erhöhten Anforderungen, Versuchsanstalten, Sportanlagen schwieriger Art, wie Hallenbäder, Sporthallen, Stadien, Kunsteisbahnen, Verkehrshochbauten udgl. Eine über das Ausbauverhältnis 60:100 hinausgehende Zuordnung des vorliegenden Bauobjektes - eines Zweifamilienhauses - kann nicht festgestellt werden.

Weiters enthält die Rechnung vom 27.8.1987 die Position "Resteinreichung" in der Höhe von 10 % von S 25.410, also von S

2.541.

Dieser Betrag würde dem Kläger rechnerisch zustehen. Der Beklagte hat aber in der Akontozahlung vom 16.12.1986 bereits einen Betrag von S 95.033,40 gezahlt. Auf Grund der nunmehrigen Berechnung des Architektenhonorars mit insgesamt S 89.186 ergibt sich somit, daß der Beklagte bereits mehr gezahlt hat als er ursprünglich schuldete.

Rechtlich meinte das Erstgericht, zwischen den Streitteilen sei ein Werkvertrag geschlossen worden. Da das vom Kläger gelieferte Werk Mängel aufweise - die Grundriß- und Polierpläne seien für die Errichtung des Doppelhauses nicht brauchbar gewesen -, stehe dem Kläger hierfür kein Werklohn zu. Für die übrigen Leistungen habe jedoch der Kläger schon mehr erhalten, als angemessen sei.

Das Berufungsgericht verwarf (mit Beschluß) die gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsberufung, bestätigte das Ersturteil im übrigen und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Es übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als das Ergebnis eines mängelfreien Verfahrens und einer unbedenklichen Beweismwürdigung. Soweit Feststellungen darüber vermißt würden, daß der Kläger in seinem Urheberrecht verletzt worden sei, lasse die Berufung nicht erkennen, welche konkreten, vom Kläger schon in erster Instanz behaupteten Tatsachen noch festzustellen gewesen wären. Im Verfahren sei weder behauptet worden noch hervorgekommen, daß der Beklagte ohne oder gegen den Willen des Klägers dessen Pläne verwendet habe; für einen Schadenersatzanspruch verbleibt somit wenig Raum. Für die Leistung des Vorentwurfs und des Entwurfs habe der Beklagte dem Kläger das geforderte Honorar gezahlt; er sei damit wohl auch zur Verwendung dieser Leistung des Klägers berechtigt.

Das Objekt des Beklagten sei nach den Plänen des Klägers gebaut worden. Daß die (Vor-)Ausführungspläne vom Beklagten -allerdings erst nach Ergänzung durch den Statiker Ing.B\*\*\*\*\* - verwendet wurden, sei dem Ersturteil zu entnehmen. Die Feststellungen hierüber bewegten im Rahmen des etwas dürftigen Vorbringens und der wenig ergiebigen Beweisergebnisse hiezu; ein Feststellungsmangel liege jedenfalls nicht vor. Ein 25 %iger Zuschlag nach § 37 lit a GOA stehe dem Kläger deshalb nicht zu, weil sein Auftrag ja nicht auf Teilleistungen (Vorentwurf, Entwurf und Einreichung) beschränkt gewesen sei. Aus der vom Kläger zu vertretenden Nichterfüllung des erteilten Auftrages in bezug auf Ausführungs- und Detailzeichnungen könne aber eine Erhöhung seines Honoraranspruches für vorausgehende Teilleistungen nicht abgeleitet werden.

Daß die Inhaltserfordernisse von Detail- und Ausführungsplänen nicht allein aus § 34 GOA abzuleiten seien, möge zwar zutreffen; das Erstgericht habe jedoch die Erfordernisse für die Vollständigkeit der Pläne nicht nur aus dieser Bestimmung, sondern auch aus dem Sachverständigengutachten abgeleitet. Aus beiden Entscheidungsgrundlagen ergebe sich, daß gerade bei den Ausführungsplänen im Maßstab 1:20 zufolge des Fehlens der Kotierung die "baureife Durcharbeitung" mit allen Maßen und konstruktiven Angaben nicht vorhanden war. Damit seien diese Ausführungspläne zwar genauer als die Einreichpläne verfaßt gewesen; sie seien aber für die bauausführenden Handwerker und den Beklagten ohne wesentlich höheren Informationswert geblieben als die Einreichpläne. Da der Kläger die Teilleistung nach § 34 lit e GOA - nämlich die Ausführungs- und Detailzeichnungen - nicht vollständig

erbracht habe, stehe ihm hiefür kein Anspruch auf Werklohn zu. Soweit der Kläger nun erkläre, er sei auf Grund der Weigerung des Beklagten, seine Teilleistung zu bezahlen, zur Fortsetzung seiner Leistungen nicht mehr verpflichtet gewesen, so ergebe sich ein solcher Grund für die Arbeitseinstellung keineswegs aus den Feststellungen des Erstrichters; der Kläger habe vielmehr selbst in seiner Aussage bekundet, daß ihm wegen der Schwierigkeiten des Beklagten bei der Vergabe der Arbeit an den Baumeister Bedenken gekommen seien und er sich deshalb entschlossen habe, die Pläne nicht fertigzustellen, sondern nach nur 80 % Fertigstellung in diesem Umfang abzurechnen. Erst auf Grund dieser Abrechnung sei es mit dem Beklagten zu Schwierigkeiten gekommen, wobei der Beklagte den Kläger wegen der Verzögerungen und der damit verbundenen Kostensteigerungen habe verantwortlich machen wollen. Soweit der Kläger meine, der Beklagte hätte einen Mangel des Werkes binnen sechs Monaten rügen müssen, um die Frist des § 933 ABGB einzuhalten, übersehe er, daß nach § 1170 ABGB das Entgelt in der Regel - eine abweichende Vereinbarung über die Fälligkeit sei nicht behauptet - nach Vollendung des Werkes, bzw bei Verrichtung in gewissen Abteilungen nach Vollendung dieser Teilabschnitte zu entrichten sei. Der Kläger habe nun nach eigenen Angaben und den damit übereinstimmenden Feststellungen sein Werk nicht vollendet, und zwar auch nicht, was die Teilleistung "Ausführungs- und Detailzeichnung" betrifft; ihm gebühre daher weder ein Anspruch auf ein Gesamtentgelt noch auf einen verhältnismäßigen Teil für die vorangeführte Detailleistung. Der Kläger habe somit den Werkvertrag nicht erfüllt. Auch eine Zug-um-Zug-Leistung im Sinn des § 1052 ABGB könne der Kläger nicht begehren, da er ja sein Werk bzw die Teilleistung (Ausführungspläne) nur zu 80 % fertiggestellt habe, eine endgültige Fertigstellung bisher nicht vorgenommen worden sei und er sich dazu auch nicht bereit erklärt habe. Da nach der Aktenlage der Werkvertrag zwischen den Parteien noch aufrecht und ein Rücktritt oder eine sonstige Vertragsauflösung nicht behauptet worden sei, der Vertrag also noch seiner vollständigen Erfüllung durch den Kläger harre, erübrigten sich Überlegungen dahin, ob und wie weit der Beklagte allenfalls durch die Verwendung der Pläne im Verhältnis 1:20 und 1:50 (durch Einsparung von Planungskosten) bereichert wurde.

Gegen dieses Urteil (und den darin enthaltenen Beschluß) wendet sich die außerordentliche Revision des Klägers wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen dahin abzuändern, daß dem Klagebegehren stattgegeben werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Beklagte beantragt, die Revision als unzulässig zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

I. Der in der Revision enthaltene Rekurs ist unzulässig:

Mit seinen Revisionsausführungen zur Nichtigkeit nach § 503 Z 1 ZPO bekämpft der Beklagte die Entscheidung des Berufungsgerichtes, mit welcher die in der Berufung geltend gemachte Nichtigkeit des Verfahrens erster Instanz verneint wurde. Da das Gericht zweiter Instanz über die Nichtigkeitsberufung gemäß § 473 Abs 1 ZPO mit Beschluß zu entscheiden hatte, ist das dagegen erhobene Rechtsmittel - ungeachtet seiner unrichtigen Benennung (§ 84 Abs 2, letzter Satz, ZPO) - als Rekurs zu behandeln. Mit Revision kann die Verwerfung einer Nichtigkeitsberufung daher nicht bekämpft werden (MietSlg 38.799; EFSlg 57.844; 57.815 uva). Gegen einen im Berufungsverfahren ergehenden Beschluß des Berufungsgerichtes ist aber der Rekurs nur in den Fällen des § 519 Abs 1 Z 1 und 2 ZPO zulässig; der Beschluß, mit dem die wegen Nichtigkeit erhobene Berufung verworfen wurde, fällt nicht darunter und ist daher unanfechtbar (MietSlg 36.807; 38.799; 39.788; EFSlg 49.412 uva).

Insoweit war daher das Rechtsmittel des Klägers zurückzuweisen.

II. Die außerordentliche Revision ist zulässig, weil sich die angefochtene Entscheidung bei der Beurteilung der Fälligkeit des geltend gemachten Anspruches nicht auf Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes stützen kann; sie ist auch berechtigt.

Die in der Revision geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt allerdings nicht vor; angebliche Mängel des Verfahrens erster Instanz, die schon das Berufungsgericht verneint hat, können nach ständiger Rechtsprechung im Revisionsverfahren nicht neuerlich geltend gemacht werden (JBl 1972, 569; EvBl 1989/165 uva).

Dem Kläger ist aber darin beizupflichten, daß das Klagebegehren nicht mangels Fälligkeit hätte abgewiesen werden dürfen:

Ist ein Werk mangelhaft, dann hat der Besteller gemäß § 1167 ABGB ua das Recht, Verbesserung - sofern diese nicht

einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde - zu verlangen. Hat er von seinem Wahlrecht in diesem Sinn Gebrauch gemacht, dann kann er grundsätzlich davon nicht mehr abgehen und Preisminderung verlangen, solange er nicht dem Unternehmer ohne Erfolg eine angemessene Frist mit der Erklärung gesetzt hat, daß er nach deren Ablauf die Verbesserung ablehne. In einem solchen Fall steht dem Besteller das aus der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages abzuleitende Leistungsverweigerungsrecht - unter Beachtung des Schikaneverbotes - zu (SZ 39/27; SZ 56/103; RdW 1987, 120 uva; Krejci in Rummel, ABGB2, Rz 7 zu § 1170 mwN). Auf mangelnde Fälligkeit des Werklohns kann sich aber der Besteller dann nicht berufen, wenn er die Behebung der Mängel durch den Unternehmer nicht mehr zuläßt (SZ 49/9) oder sie gradezu vereitelt hat (SZ 39/208; JBl 1976, 537; SZ 61/233 ua). Stellt der Besteller das dem Unternehmer aufgetragene Werk selbst fertig, ohne daß eine Säumnis des Unternehmers hiezu Veranlassung gegeben hätte, dann muß nach redlicher Verkehrsübung als vereinbart angesehen werden, daß bezüglich der Fertigstellung der Werkvertrag einvernehmlich aufgehoben wurde (SZ 41/41).

Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin, daß der Beklagte - geht man von den Feststellungen der Vorinstanzen aus - zwar nicht vor und außerhalb des Prozesses Verbesserung verlangt, wohl aber in der Klagebeantwortung vom 30.1.1989 unter Hinweis auf die Unvollständigkeit der Ausführungspläne die mangelnde Fälligkeit des Werklohns geltend gemacht (ON 3), im Jahre 1989 jedoch den Baumeister Ing.Hermann J\*\*\*\*\* mit den Baumeisterarbeiten für das Haus beauftragt und ihm dazu ebenso wie dem Statiker Ing.Walter B\*\*\*\*\* Ausführungspläne des Klägers übergeben hat, auf Grund deren - nach Vervollständigung - die Bauführung begonnen wurde. Der Beklagte ließ also offenbar das noch unvollendet gebliebene Werk des Klägers von Dritten vervollständigen. Daß Ing.Walter B\*\*\*\*\* die Pläne überarbeitet hat, wurde ausdrücklich festgestellt. Wie weit Ing.J\*\*\*\*\* die Polierpläne des Klägers verwerten konnte, ist den Feststellungen freilich nicht eindeutig zu entnehmen; wohl aber ergibt sich daraus, daß die Bauführung tatsächlich - auch unter Zuhilfenahme der Ausführungspläne, deren Verwendung "bedingt möglich" war - in Angriff genommen wurde.

Sind demnach die für die Bauführung erforderlichen Pläne - wenn auch von Dritten - fertiggestellt worden, dann kann dem Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht nicht mehr zugebilligt werden. Hier liegt zwar nicht der Fall vor, daß der Beklagte die Fertigstellung des Werkes durch den Kläger vereitelt oder unmöglich gemacht hat, wäre es doch dem Kläger an sich möglich, die Pläne zu vervollständigen; dennoch muß der vorliegende Sachverhalt in gleicher Weise beurteilt werden. Das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers findet nämlich seine Rechtfertigung nur darin, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werkes zu bestimmen. Wo aber eine solche Verbesserung nicht (mehr) in Betracht kommt, ist auch kein Recht zur Verweigerung der Gegenleistung anzuerkennen (RdW 1984, 41; EvBl 1987/49; SZ 62/169 ua). Ist das unvollständig gebliebene Werk vom Besteller oder von Dritten fertiggestellt worden, dann kann ein Interesse des Bestellers an einer Fertigstellung durch den Unternehmer selbst in aller Regel nicht bestehen; das Gegenteil müßte der Besteller behaupten und beweisen. Welches Interesse er an einer Fertigstellung des von ihm übernommenen Werkes nach dessen Fertigstellung durch Dritte noch hat, wurde vom Beklagten nicht dargelegt und ist auch nicht zu erkennen. Ein weiteres Festhalten des Beklagten am Einwand der mangelnden Fälligkeit muß demnach am Schikaneverbot, welches nach ständiger Rechtsprechung die Schranke für das Leistungsverweigerungsrecht bildet (SZ 62/169 mwN), scheitern.

Erweist sich aber die Abweisung des Klagebegehrens wegen mangelnder Fälligkeit als unberechtigt, dann ist die Sache noch nicht spruchreif. Entgegen der Meinung des Erstgerichtes kann nämlich auf Grund der getroffenen Feststellungen noch nicht gesagt werden, daß die Leistungen des Klägers, für welche der eingeklagte Betrag verlangt wird, für den Beklagten völlig wertlos gewesen wären, konnten doch offenbar die Ausführungspläne des Klägers durchaus - nach Überarbeitung - verwendet werden. Das bloße Überarbeiten - also die Ergänzung der Pläne um fehlende Kotierungen udgl. - erfordert zweifellos einen geringeren Kostenaufwand als die Erstellung der gesamten Ausführungspläne. Nach den bisher getroffenen Feststellungen kann aber nicht beurteilt werden, ob der vom Kläger für diese Pläne geltend gemachte, um 20 % verringerte Honoraranspruch angemessen oder überhöht ist.

Der Kläger hat sich in erster Instanz auch darauf berufen, daß der Beklagte durch die Ausführung des Objektes nach den Plänen und der Idee des Klägers dessen Urheberrecht verletzt habe, so daß der mit der Klage geltend gemachte Betrag auch aus dem Titel des Schadenersatzes zustehe (S. 155). Demgegenüber ist darauf zu verweisen, daß Anspruch auf Schadenersatz nach § 87 Abs 1 UrhG der durch ein Zuwiderhandeln gegen dieses Gesetz Verletzte hat, dessen Einwilligung einzuholen gewesen wäre. Eine Verletzung des sich aus dem Urheberrecht des Klägers ergebenden Vervielfältigungsrechtes, welches bei Plänen und Entwürfen zu Werken der bildenden Künste - zu denen auch Werke

der Baukunst gehören (§ 3 Abs 1 UrhG) - auch das ausschließliche Recht umfaßt, das Werk danach auszuführen (§ 15 Abs 4 UrhG), ist aber hier nicht zu sehen. Gegenstand des Vertrages der Streitparteien war es ja, daß der Kläger die Pläne für das vom Beklagten zu errichtende Haus verfertigt. Damit hat der Kläger - zumindest schlüssig - seine nach § 42 Abs 4 UrhG erforderliche Einwilligung dazu gegeben, daß der Beklagte auf Grund dieser Pläne das Haus baut und die für den eigenen Gebrauch erforderlichen Kopien herstellt (§ 42 Abs 1 UrhG).

Da auf Grund der Feststellungen der Vorinstanzen die Berechtigung der eingeklagten Forderung noch nicht beurteilt werden kann und es offenbar einer Verhandlung in erster Instanz bedarf, um die Sache spruchreif zu machen (§ 510 Abs 1 ZPO), mußte mit einer Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen und der Zurückweisung der Sache an das Erstgericht vorgegangen werden. Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht eindeutige Feststellungen darüber zu treffen haben, wie weit die mit der der Klage zugrundeliegenden Rechnung vom 27.8.1987 versicherten Leistungen des Klägers mangelhaft waren und in welchem Umfang eine Preisminderung - nach der relativen Berechnungsmethode, also nach dem Verhältnis, in welchem zur Zeit des Vertragsabschlusses der Wert des mangelfreien Werkes zum Wert des mangelhaften Werkes gestanden wäre - gerechtfertigt ist.

Soweit die eingeklagte Forderung zumindest teilweise bejaht wird, wird - bis zu dieser Höhe - auf die geltend gemachten Gegenforderungen einzugehen sein.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E31187

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1993:0040OB00023.93.0223.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19930223\_OGH0002\_0040OB00023\_9300000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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