

TE OGH 1986/2/13 6Ob607/85 (6Ob608/85)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.02.1986

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Resch, Dr. Schobel, Dr. Riedler und Dr. Schlosser als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Firma W*** W*** KG, 1030 Wien, Gottfried-Keller-Gasse 2, vertreten durch Dr. Julius Jeannüe und Dr. Wolfgang Jeannüe, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Hans J***, Kaufmann, 6430 Ötztal-Bahnhof, Industriestraße 5, vertreten durch Dr. Hans Peter Ullmann, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen S 1,012.923,80 s.A., infolge der Revision der beklagten Partei und des Rekurses der klagenden Partei gegen das Teilurteil und den Beschluß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 12. Februar 1985, GZ 1 R 343/84-18, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 11. September 1984, GZ 6 Cg 566/83-12, teils bestätigt, teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

I.) zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten. II.) den

B e s c h l u ß

gefaßt:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin beehrte zuletzt den Zuspruch von S 1.012.923,80 samt 10 % Zinsen seit 6.9.1983 und 18 % Umsatzsteuer aus den Zinsen mit der Behauptung, sie habe im Auftrag des Beklagten im August 1983 mehrere Werbeeinschaltungen im Fernsehen durchgeführt und hierfür am 5.9.1983 eine angemessene Rechnung über S 919.957,50 gestellt. Sie habe ferner mit Rechnung vom 29.8.1983 für die Entwicklung des Salesfolders sowie für Dispenser, Satzkosten, Filmsatz-Reprokosten, Fotoaufnahmen, Color- und Schaufensterstreifen S 92.966,30 s.A. in Rechnung gestellt. Der Beklagte habe jedoch keine Zahlungen geleistet. Seine Mängelrüge sei verspätet erfolgt. Der Beklagte habe überdies einen Betrag von S 814.923,80 anerkannt. Die Klägerin arbeite mit Bankkredit, der mit 10 % zu verzinsen sei. Der Beklagte beantragte, das Klagebegehren abzuweisen, und wendete ein, das von der Klägerin hergestellte Produkt, ein

Werbespot, habe folgende Mängel aufgewiesen: Die Stimme des Sprechers, des Schauspielers Ernst M***, sei nicht zu erkennen und die Musikkassette sei im Grundton in goldener Farbe gehalten gewesen, was im Werbefilm überhaupt nicht hervorgekommen sei. Vor allem sei aber bei den Werbespots die falsche Musik verwendet worden. Durch diese mangelhafte Herstellung des Fernsehfilms seien die Einschaltungen im Fernsehen für den Beklagten völlig wertlos gewesen. Ihm sei außerdem ein Schaden entstanden, der derzeit nicht bemessen werden könne. Zur Rechnung vom 29.8.1983 über S 92.966,30 wandte der Beklagte mangelnde Fälligkeit ein.

Das Erstgericht sprach der Klägerin den Betrag von

S 1,012.923,80 samt 9 % Zinsen und 18 % Umsatzsteuer aus den Zinsen seit 6.9.1983 zu und wies das Mehrbegehren auf Zahlung weiterer 1 % Zinsen samt 18 % Umsatzsteuer aus diesen Zinsen ab. Es stellte folgenden Sachverhalt fest:

Mit Schreiben vom 23.6.1983 übersandte der Beklagte der Klägerin eine Schallplatte mit der gewünschten Musik für seinen Werbespot. Er wies darauf hin, daß der ihm als ideal erscheinende Titel auf Seite

B Nr.3 vorhanden sei, und zwar nach Abspielen in der Dauer von einer Minute, 15 Sekunden. Der Beklagte wies darauf hin, daß der dort beginnende Chorus genau 15 Sekunden dauere. Der Werbespot im Fernsehen sollte ebenfalls 15 Sekunden dauern. Nach mehreren Besprechungen kam es am 21.7.1983 in den Räumen der Klägerin zur Schlußbesprechung. Bei dieser Gelegenheit wurde der vorbereitete Film vorgeführt. Es handelte sich dabei um eine sogenannte Arbeitskopie, die noch nicht eine solche Farbbrillanz aufwies, wie die Sendekopie. Dies wurde dem Beklagten auch erläutert. Zum Film wurde ein Sprechband abgespielt, auf dem drei Textvarianten des Werbespots, besprochen von Ernst M***, aufschienen. Der Beklagte suchte eine dieser Varianten aus. Außerdem wurde die untermalende Musik von der vom Beklagten zur Verfügung gestellten Schallplatte abgespielt und schließlich erfolgte die endgültige Festlegung des Werbespots. Bei dieser Besprechung waren auch mehrere Herren der Vertriebsfirma W*** anwesend. Abschließend erklärte die Klägerin, dem Beklagten und der Firma W*** noch vor dem Sendetermin, der mit 1.8.1983 festgelegt wurde, Belegkopien zu übermitteln. In der Zeit vom 21. bis 27.7.1983 wurde der Werbefilm fertiggestellt. Am 27.7.1983 übermittelte die Klägerin dem Beklagten mit Expreßpost und der Firma W*** mit Boten Belegkopien, gegen welche keine Einwendungen erhoben wurden. Der Beklagte war wegen Betriebsurlaubes seiner Firma vom 28.7. bis 8.8.1983 verreist, was er jedoch der Klägerin nicht mitgeteilt hatte. Als er am 8.8.1983 erstmals den Werbespot im Fernsehen sah, kam er zur Überzeugung, daß die goldenen Spulen als solche nicht erkennbar seien, sondern wie Holzspulen wirkten. Die Stimme von Ernst Meister sei nicht zu erkennen und der Spot mit der falschen Musik unterlegt. Mit Telefonat vom 9.8.1983 teilte der Beklagte dies der Klägerin mit. Obwohl die Klägerin die Ansicht des Beklagten hinsichtlich der Bemängelungen nicht teilte, veranlaßte sie aus Kulanzgründen, daß der Werbespot neu besprochen und die vom Beklagten gewünschte Musik aufgenommen wurde. Bei der

7. Einschaltung am 11.8.1983 und den darauffolgenden Einschaltungen wurde der Werbespot in der geänderten und vom Beklagten gebilligten Form gesendet. Außer dem Werbefilm übermittelte die Klägerin dem Beklagten Werbematerial wie Dispenser, Salesfolders und Schaufensterstreifen. Diese Leistungen stellte sie ihm am 29.8.1983 mit S 92.966,30 in Rechnung. Der Rechnungsbetrag über den Werbefilm betrug laut Rechnung vom 5.9.1983 S 919.957,50. Darin ist ein 15 %iges Agentenhonorar der Klägerin in der Höhe von S 106.312,50 ohne Umsatzsteuer enthalten. Bei den übrigen Beträgen auf beiden Rechnungen handelt es sich um Barauslagen, welche die Klägerin zu bezahlen hatte. Die Klägerin nimmt laufend Bankkredit in Anspruch, der immer mindestens in der Höhe des Klagsbetrages aushaftete und mit mindestens 9 % Zinsen p.a. zu verzinsen ist. Mit Schreiben vom 11.8.1983 berief sich der Beklagte auf seine telefonische Reklamation vom 9.8.1983 und wies darauf hin, daß auf Grund der vorgebrachten Mängel die Sendung der ersten 9 Spots für ihn zumindest zu 50 % wertlos sei und er daher gezwungen sei, 198.000 S in Abzug zu bringen. Die Leistungen laut Rechnung vom 29.8.1983 wurden als in Ordnung gehend anerkannt. Dennoch leistete der Beklagte bisher keine Zahlungen.

Rechtlich vertrat das Erstgericht die Auffassung, der Beklagte habe die Lieferungen und Leistungen der Klägerin erhalten und mit Schreiben vom 11.8.1983 mit Ausnahme einer seiner Meinung nach gerechtfertigten Abzuges von S 198.000 auch anerkannt. Den Abzug habe der Beklagte für die von ihm geltend gemachten Mängel bei den Werbespots bis zur durchgeführten Korrektur verlangt. Offenbar irrtümlich sei der Beklagte jedoch von 9 Werbespots ausgegangen anstelle von 6 Werbespots, die bis zur Korrektur gesendet worden seien. Auch für diese 6 Werbespots sei ein Abzug deshalb nicht gerechtfertigt, weil dem Beklagten und seiner Vertriebsgesellschaft, die bei den entscheidungswesentlichen Gesprächen vertreten gewesen sei, noch rechtzeitig vor Sendebeginn Belegkopien des

Werbefilms übermittelt worden seien und weder der Beklagte noch die Vertriebsgesellschaft W*** Einwendungen gegen diese Belegkopien erhoben hätten. Da die Übersendung von Belegkopien schon bei der Schlußbesprechung am 21.7.1983 angekündigt worden sei, hätte der Beklagte als Kaufmann im Falle seiner Ortsabwesenheit Vorsorge dafür treffen müssen, daß die Belegkopien noch vor dem ersten Sendetermin hätten geprüft werden können. Die vom Beklagten am 9.8.1983 telefonisch und am 11.8.1983 schriftlich erhobene Mängelrüge sei daher verspätet.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten teilweise Folge, bestätigte das Ersturteil in Ansehung des Zuspruches von S 820.923,80 samt 9 % Zinsen seit 6.9.1983 und 18 % Umsatzsteuer aus den Zinsen als Teilurteil, hob es in Ansehung des weiteren Betrages von S 192.000 s.A. unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache in diesem Umfang zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht mit dem Beifügen zurück, daß die nicht bekämpfte Teilabweisung des Zinsenbegehrens unberührt bleibe. Das Berufungsgericht hielt die Beweisrüge für nicht gerechtfertigt und führte aus, zum Zuspruch von S 92.966,30 auf Grund der Rechnung vom 29.8.1983 habe der Beklagte in seinem Rechtsmittel nichts vorgebracht. Die Forderung der Klägerin aus der Rechnung vom 5.9.1983 über S 919.957,50 bestehe mit dem Betrag von S 727.957,50 zu Recht, weil der Beklagte bei richtiger Berechnung auch diesen Forderungsteilbetrag unangefochten gelassen habe, als er im Schreiben vom 11.8.1983 die am 9.8.1983 telefonisch erhobene Mängelrüge wiederholt habe. In diesem Schreiben habe er nur geltend gemacht, daß er bei den Filmkosten einen Abzug von 50 % (d.s. S 60.000) und bei neuen Werbespots ebenfalls Abzüge im Ausmaß von 50 %, d.s. S 22.000, insgesamt also S 198.000 vornehme, weil die Sendung der ersten 9 Werbespots für ihn zumindest in diesem Ausmaß wertlos sei. Wie jedoch das Erstgericht zutreffend festgestellt habe, habe der Beklagte offensichtlich irrtümlich 9 statt 6 Werbespots bemängelt, weil bis zur Verbesserung durch die Klägerin erst 6 gesendet worden seien. Deshalb sei auch nur von 6 Werbespots auszugehen, für die, wenn überhaupt, wegen ihrer Mangelhaftigkeit ein Abzug gemacht werden könne. In Wahrheit seien die restlichen 9 Werbespots unbeanstandet geblieben. Ausgehend von den vom Beklagten selbst vorgenommenen betragsmäßigen Abzügen ergäbe sich rechnerisch folgende Zusammenstellung:

6 x S 22.000 (bei den Werbespots)	S 132.000
50 % Abzug für die Filmkosten	S 60.000
	S 192.000.

Dieser Betrag stelle den Rahmen dar, innerhalb dessen die Frage der Berechtigung der Mängelrüge zu prüfen sein werde. Die Feststellungen über die Inanspruchnahme eines mit 9 % zu verzinsenden Bankkredites durch die Klägerin beruhe auf der Aussage des "Zeugen Ing. L***, ON 11, S.8". Aus der Verbesserung der Werbespots durch die Klägerin müßten andere rechtliche Schlüsse gezogen werden, als dies das Erstgericht getan habe, und zwar gleichgültig, ob diese Verbesserung nur aus Kulanzgründen erfolgt oder in dem Bewußtsein geschehen sei, rechtlich hiezu verpflichtet zu sein. Da das Geschäft zumindest auf Seite der Klägerin, einer Kommanditgesellschaft, ein Handelsgeschäft gewesen sei, sei zu prüfen, ob die für den Kauf von Waren getroffenen Vorschriften des Handelsgesetzbuches anzuwenden seien, was auch dann der Fall sei, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare Sache, d.h. eine den individuellen Bedürfnissen des Bestellers angepaßte Sache herzustellen worden sei. In diesem Fall käme die Regelung des § 377 HGB über die Rügepflicht zur Anwendung. Nun stelle aber § 381 Abs.2 HGB nicht alle handelsgeschäftlichen Werkverträge schlechthin den Handelskäufen gleich, sondern nur jene, bei denen das Werk aus dem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff herzustellen sei, also nur die sogenannten Werklieferungsverträge. Auf den reinen Werkvertrag sei § 377 HGB hingegen nicht anwendbar. Mit den vorliegenden Feststellungen lasse sich jedoch noch keineswegs verlässlich beurteilen, ob das Werk überwiegend unter Beistellung des dafür erforderlichen Stoffes seitens des Unternehmers hergestellt worden sei und eine möglicherweise vom Beklagten gelieferte Materialbeistellung an Bedeutung zurücktrete. Es wäre jedoch auch im Falle des § 381 Abs.2 HGB zu beachten, daß die Klägerin auf diese Beanstandung hin eine Neubesprechung des Werbespots und die Aufnahme der vom Beklagten gewünschten Musik veranlaßt habe und ihn auf diese Weise bis zur nächsten am 11.8.1983 stattgefundenen Werbesendung klaglos gestellt habe. Darin wäre ein Verzicht der Klägerin auf die Zurückweisung der Mängelrüge des Beklagten wegen Verspätung zu erblicken. Für die Klägerin wäre nämlich die Verspätung der Mängelrüge im Hinblick auf die inzwischen abgelaufene Zeit durchaus erkennbar gewesen. Wenn sie aber die Mängelrüge als verspätet habe zurückweisen wollen, wäre sie nach Treu und Glauben im geschäftlichen Verkehr verpflichtet gewesen, dies ausdrücklich zu tun. Da sie sich nicht nur zur Verbesserung bereit erklärt, sondern eine solche auch vorgenommen habe, könne sie die Mängelrüge nicht mehr als verspätet zurückweisen. Es bedürfe daher noch der Untersuchung der

materiellen Berechtigung der Mängelrüge des Beklagten in Ansehung der ersten 6 Werbespots. Zu diesem Ergebnis gelange man auch dann, wenn ein Werklieferungsvertrag im Sinne des § 381 Abs.2 HGB nicht anzunehmen sein sollte, sondern ein gemäß § 1166 ABGB als Werkvertrag zu beurteilender Vertrag. Denn in diesem Fall kämen die allgemeinen Gewährleistungsvorschriften für Mängel im Sinne des § 1167 ABGB zur Anwendung, nach denen zu prüfen wäre, ob die vom Beklagten (rechtzeitig) erhobenen Einwände gegen die Qualität des von der Klägerin hergestellten Werkes berechtigt seien oder nicht. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes wird vom Beklagten mit Revision, von der Klägerin mit Rekurs bekämpft.

Der Beklagte bekämpft das Teilurteil des Berufungsgerichtes aus den Revisionsgründen der Aktenwidrigkeit und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung, mit den Anträgen, das Teilurteil im Sinne einer gänzlichen Klagsabweisung abzuändern, allenfalls es aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an eine der Vorinstanzen zurückzuverweisen, jedenfalls aber den Zinsenzuspruch mit nur 4 % festzusetzen.

Die Klägerin bekämpft die Entscheidung des Berufungsgerichtes, soweit das Ersturteil aufgehoben wurde, mit dem Antrag, dem Klagebegehren auch in Ansehung des Betrages von S 192.000 samt Nebengebühren stattzugeben.

Beide Teile beantragen jeweils, dem Rechtsmittel des Gegners nicht Folge zu geben.

Zur Revision der beklagten Partei:

Rechtliche Beurteilung

Als aktenwidrig rügt die Revision die Ausführungen des Berufungsgerichtes, wonach die Feststellung über die Inanspruchnahme eines mit 9 % zu verzinsenden Bankkredites durch die Klägerin auf der Aussage des "Zeugen Ing. L***" beruhe. Es ist richtig, daß es sich bei Dkfm. Ing. Ernst L*** nicht um einen Zeugen, sondern um den geschäftsführenden Gesellschafter der Klägerin handelt, der als Partei vernommen wurde. Hiebei handelt es sich jedoch um einen offensichtlichen Schreibfehler des Berufungsgerichtes, der schon deshalb nicht geeignet war, die Beweiswürdigung zu beeinflussen, weil es sich um das einzige Beweismittel zu dieser Frage handelt und das Berufungsgericht daher nur zu prüfen hatte, ob die Parteiaussage glaubwürdig war.

Auch die Rechtsrüge ist nicht berechtigt.

Zum Zuspruch der S 92.966,30 auf Grund der Rechnung vom 29.8.1983 enthält die Revision (ebenso wie die Berufung) keine Ausführungen. Diesbezüglich kann daher auf die Entscheidungsgründe des Berufungsurteiles verwiesen werden.

Was die Forderung aus der Rechnung vom 5.9.1983 anlangt, wendet sich der Beklagte gegen die Ansicht der Vorinstanzen, sein Schreiben vom 11.8.1983 stelle ein Teilanerkennnis dar. Ob diese Beurteilung zutrifft, kann jedoch dahingestellt bleiben. Der vom Berufungsgericht zugesprochene Teilbetrag aus dieser Rechnung umfaßt nämlich ausschließlich jene Werbespots, welche auf Grund der Mängelrüge des Beklagten von der Klägerin neu gestaltet und in der vom Beklagten gebilligten Form gesendet wurden. Hinsichtlich dieser Einschaltungen hat der Beklagte keinerlei Mängel vorgebracht. Vielmehr hat er selbst in seiner Parteiaussage deponiert (ON 11 AS.65), daß er gegen die Sendungen nach dem 9.8.1983 keine Einwendungen erhoben und dieses Spots genehmigt habe. Daß wegen der behaupteten Mängel der ersten 6 Werbespots auch die weiteren Einschaltungen in der genehmigten Fassung für den Beklagten wertlos gewesen seien, wird in der Revision nicht behauptet und auch die Angemessenheit der dafür verrechneten Beträge wird nicht bestritten. Der Revision war daher ein Erfolg zu versagen.

Der Ausspruch über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet

sich auf § 52 Abs.2 ZPO.

Zum Rekurs der klagenden Partei:

Die im Rekurs ausführlich aufgeworfene Frage, ob ein Werklieferungsvertrag im Sinne des § 381 Abs.2 HGB vorlag und der Beklagte verpflichtet war, Mängel unverzüglich zu rügen, bedarf keiner näheren Prüfung. Bestand keine solche Rügepflicht, dann war die telefonische Rüge vom 9.8.1983 jedenfalls rechtzeitig. Unterlag das Geschäft aber den Bestimmungen des § 381 Abs.2 HGB in Verbindung mit § 377 HGB, bestand also die Pflicht zur unverzüglichen Rüge allfälliger Mängel, dann ist es gleichfalls bedeutungslos, ob die erfolgte Rüge seitens des Beklagten rechtzeitig erhoben wurde oder verspätet war. Im Falle der Verspätung - die nach Ansicht der Klägerin gegeben war - ist nämlich nach ständiger Rechtsprechung ein schlüssiger Verzicht des Verkäufers auf die Geltendmachung der Verspätung der Mängelrüge etwa in der Verbesserungszusage oder im Verbesserungsversuch zu erblicken (EvBl.1981/125 S.389; SZ

50/85; SZ 48/56; SZ 28/14 u.a.; vgl. auch Rummel in Rummel ABGB I Rz 17 Z 3 zu § 863; Koziol-Welser Grundriß 7 I 240; Wilhelm, Der Verzug mit der Verbesserung als Problem der Gesetzeskonkurrenz zwischen Gewährleistung und Nichterfüllung, JBl.1975, 177 ff, insbesondere 185). Im vorliegenden Fall hat die Klägerin auf Grund der Rüge des Beklagten, obwohl sie die Ansicht des Beklagten über die Mängel nicht teilte, aus Kulanzgründen den Werbespot neu gestaltet. Daß sie in diesem Zusammenhang auf die Verspätung der Mängelrüge hingewiesen hätte, wurde nicht behauptet und auch nicht festgestellt. Damit hat die Klägerin aber schlüssig auf die Geltendmachung dieses Einwandes verzichtet.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Der Ausspruch über die Rekurskosten gründet sich auf § 52 Abs.2 ZPO.

Anmerkung

E07648

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1986:0060OB00607.85.0213.000

Dokumentnummer

JJT_19860213_OGH0002_0060OB00607_8500000_000

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at