

# TE OGH 1990/5/29 50b577/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.05.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurz als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Jensik, Dr. Zehetner, Dr. Klinger und Dr. Schwarz als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing.Hans E\*\*\*, Baumeister, Zell am Seen, Seespitz, vertreten durch Dr. Gerald Jahn und Dr. Johann Essl, Rechtsanwälte in Salzburg, wider die beklagten Parteien

1.) V\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG und 2.) V\*\*\*

Gesellschaft mbH, beide Neukirchen am Großvenediger 111, beide vertreten durch Dr. Rupert Wöll, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen S 527.439,14 s.A, infolge Rekurses beider Parteien gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 28. Februar 1989, GZ 2 R 201/88-78, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 8. April 1988, GZ 14 a Cg 142/83-70, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Den Rekursen wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die erstbeklagte Partei, deren persönlich haftende Gesellschafterin die zweitbeklagte Partei ist, wollte auf dem ihr gehörenden Grundstück in Zell am See eine Autobusgarage mit Werkstatt und Büro errichten. Aufgrund der Ausschreibung der G\*\*\* Baukonstruktionen Gesellschaft mbH, deren sich die erstbeklagte Partei zur Planung, Ausschreibung und Bauleitung bediente, wurde der Kläger aufgrund seines Angebotes vom 25.Mai 1981 am 9.Juni 1981 mit der Durchführung der Baumeisterarbeiten beauftragt, wozu auch die Errichtung einer circa 1.100 m2 großen Bodenplatte für die Autobushalle gehörte. Die Bodenplatte wurde am 6.Oktober 1981 betoniert. Da in der Folge an der Oberfläche der Bodenplatte Schäden auftraten, verlangte die erstbeklagte Partei Mängelbehebung, widrigenfalls sie das Auftragsverhältnis beenden und ein anderes Unternehmen mit der Mängelbehebung und Fortführung der Arbeiten betrauen würde. Im Zuge des beim Bezirksgericht Zell am See durchgeführten Beweissicherungsverfahrens vereinbarten die Streitteile am 22.Februar 1982 die einvernehmliche Auflösung des Vertragsverhältnisses. Einige Mängel sollten durch einen Preisnachlaß von S 7.670 abgegolten, andere bis 1.Juni 1982 behoben werden. Auf die vom

Kläger legte Rechnung von S 3.514.046,95 zahlte die erstbeklagte Partei insgesamt S 2.978.937,87 (ON 4). Der Kläger begehrt von den beklagten Parteien die Zahlung des Differenzbetrages von S 535.109,08 abzüglich des zur Abgeltung diverser Mängel vereinbarten Betrages von S 7.670, also die Zahlung von S 527.439,14 s.A (ON 4).

Die beklagten Parteien wendeten ein:

1.) Mangelnde Fälligkeit, weil die Schlußrechnung erst nach der bisher wegen der Mängel nicht erfolgten Abnahme des Werkes gelegt werden dürfte. Auch seien die Leistungen des Klägers mit erheblichen Mängeln behaftet; so weise die Bodenplatte Mängel auf, deren Behebung S 300.000 kosten würde. Die Bodenplatte hätte vom Kläger durch dessen Subunternehmer H\*\*\* bis 1. Juni 1982 saniert werden sollen. An der Entstehung der Mängel der Bodenplatte treffe den Kläger auch ein Verschulden, unter anderem deswegen, weil er ein sogenanntes Fließmittel dem Beton beigefügt habe. Dies habe zu einer starken Wasserabsonderung - sogenanntes "Bluten" - geführt, wodurch ein verzögertes Abbinden des Betons eingetreten sei. Im Zusammenhang mit dem später einsetzenden Regen sei es daher zu einer massiven Zerstörung der Betonoberfläche gekommen. Obwohl der Kläger zunächst die Verbesserung dieses Mangels zugesagt habe, habe er dies am 18. Mai 1982 abgelehnt. Auch das "Leistungsverzeichnis sei zu reduzieren" (ON 2 und 6).

2.) Unabhängig von der Verbesserungspflicht des Klägers bestehe in der Höhe der Schäden (S 300.000) auch ein Preisminderungsanspruch.

3.) Überdies würden folgende Gegenforderungen eingewendet:

a) Preisminderung für weitere Mängel S 28.386,--

b) Skonto lt Vereinbarung S 49.578,76

c) Hafrücklaß S 57.852,80

d) Kosten der aus dem Verschulden des

Klägers notwendig gewordenen Bodenaus-

austauscharbeiten durch die Firma

R\*\*\* S 38.223,50

e) Kosten des Beweissicherungsverfahrens S 65.692,69

Überdies sei der Kläger seiner Warnpflicht als sachverständiger Bauunternehmer nicht nachgekommen. Er hätte darauf hinweisen müssen, daß die Bodenplatte bei Wintereinbruch abgedeckt sein müsse. Da ihm die Verwendung der Halle als Autobusgarage bekannt gewesen sei, hätte er auch mit Salzablagerungen rechnen müssen. Er hätte daher davor warnen müssen, daß der von ihm errichtete Hallenboden nicht tausalzbeständig sei.

Der Kläger erwiderte hierauf:

a) der Skontoabzug sei nicht berechtigt, weil der Zahlungsplan nicht eingehalten worden sei;

b) ein Hafrücklaß sei nicht zu berücksichtigen, weil er eine Bankgarantie beigebracht habe;

c) die Mängel des Hallenbodens seien ausschließlich auf die nicht zeitgerechte Überdachung vor dem Wintereinbruch zurückzuführen;

d) er habe niemals eine Verpflichtung zur Nachbesserung des Bodens der Bushalle übernommen. Die Firma H\*\*\* habe lediglich aus Kulanzgründen angeboten, den Hallenboden zu überschleifen, wozu es aber wegen des Wintereinbruches nicht mehr gekommen sei;

e) Fälligkeit sei wegen Abnahme der Arbeiten im Zuge des Beweissicherungsverfahrens und einvernehmlicher Beendigung des Vertragsverhältnisses eingetreten.

Das Erstgericht erkannte

1.) die eingeklagte Forderung als mit S 443.591,37 zu Recht bestehend;

2.) die Gegenforderungen der beklagten Parteien als mit

S 338.223,50 als zu Recht bestehend;

3.) die Aufrechnung mit einer weiteren Gegenforderung von

S 65.692,69 als unzulässig und

4.) die beklagten Parteien demgemäß zur ungeteilten Hand schuldig, dem Kläger S 105.367,87 s.A zu bezahlen und wies

5.) das Mehrbegehren von S 422.071,27 s.A ab.

Es stellte zusätzlich zu den eingangs wiedergegebenen Tatsachen folgenden, vom Berufungsgericht zutreffend zusammengefaßten Sachverhalt fest:

Der Ausschreibung der Baumeisterarbeiten wurde von der Firma G\*\*\* ein detailliertes Leistungsverzeichnis zugrundegelegt. An Hand dieses Leistungsverzeichnisses, das u.a. auch die aus Stahlbeton zu fertigende Bodenplatte des Werkstättenbereiches (Punkt B 14), nicht aber die Bodenplatte der Autobushalle enthielt, erstattete der Kläger am 25.Mai 1981 ein Anbot. Am 9.Juni 1981 wurde vom Kläger betreffend die Bodenplatte der Autobushalle ein Nachtragsangebot erstattet, das 3 Varianten enthielt, deren dritte eine "Garantie für Wetter" vorsah. Anlässlich einer Besprechung am 9. Juni 1981 an der u.a. der Geschäftsführer der zweitbeklagten Partei, Josef V\*\*\*, und der Kläger teilnahmen, wurde klargestellt, daß, falls seitens des Klägers keine solche Wettergarantie abgegeben werde, sie nicht zu haften habe, wenn es während der Arbeiten zu Witterungseinflüssen komme. Dem Kläger war bekannt, daß in der Halle Autobusse eingestellt werden sollten. Über eine Frostbeständigkeit des Betonbodens wurde nicht gesprochen. Schließlich erteilte der Geschäftsführer V\*\*\* dem Kläger am 9. Juni 1981 mündlich den Auftrag zur Durchführung der Baumeisterarbeiten, einschließlich der Errichtung der Bodenplatte für die Autobushalle; letzteres entsprechend der Variante 1 des Nachtragsangebotes: Stahlbetonplatte von 15 cm Stärke, Betonqualität B 225, Glätten ("Abziehen und Flügeln") des Betons, ohne Wettergarantie. Die Streitteile vereinbarten weiter einen Hafrücklaß von 2 % der Nettoabrechnungssumme für die Dauer von 2 Jahren ab Abnahme, der jedoch gegen Übergabe eines Bankgarantiebriefes eingelöst werden könne. Die mündlichen Vereinbarungen wurden von der Firma G\*\*\* auch noch schriftlich festgehalten. Im betreffenden Auftragsschreiben vom 17.Juli 1981 wurden die vom Erstgericht näher dargestellten Auftragsgrundlagen angeführt. Am 6.Oktober 1981 wurde mit dem Betonieren der Bodenplatte begonnen. Zur besseren Verarbeitbarkeit ließ der Kläger dem Beton das Fließmittel Addiment BV 94 beigeben, ohne dazu die Zustimmung der Auftraggeberin einzuholen, die nach den bestehenden Normvorschriften erforderlich gewesen wäre. Durch die Beigabe des Fließmittels kam es zu einer erhöhten Wasserabsonderung des Betons, dem sog. "Bluten", und zu einer Verzögerung des Erstarrens des Betons, so daß der Glättebeginn (das "Flügeln") um etwa 10 Stunden hinausgeschoben wurde. Das Bluten des Betons war so stark, daß das austretende Wasser-Zement-Gemisch (die sog. "Schlempe") von der in der Mitte gewölbten Fläche der Betonplatte seitlich abfloß und am Rand bis zur Höhe der Fundamente der Widerlager stehenblieb und von dort händisch abgeschöpft werden mußte. Wäre der Beton ohne das Fließmittel verwendet worden, so wäre die Erstarrungsphase des Betons spätestens gegen Mitternacht des 6.Oktober 1981 beendet gewesen. Bis dahin wäre auch die Feinglättung durch die Firma H\*\*\* durchgeführt gewesen und der Beton wäre durch einen am 7. Oktober 1981 gegen 9,15 Uhr einsetzenden Regen nicht mehr uneben geworden. Der Regen dauerte bis etwa 13,30 Uhr und brachte 0,6 mm Niederschlag. In der folgenden Nacht auf den 8.Oktober 1981 fielen weitere 0,1 mm Regen. Die Arbeiter der Firma H\*\*\*, die auch in der Nacht vom 6. auf den 7.Oktober 1981 gearbeitet hatten, stellten am Morgen des 7.Oktober 1981 das "Flügeln" ein. Durch die mangelnde Nachverdichtung des Betons und durch das "Bluten" entstand eine dünne, nicht erhärtende oberflächige Feinteil-Wasserschicht. Dadurch und durch die Folgen der Fließmittelbeigabe entstanden schon damals Oberflächenschäden am Hallenboden in Form von Unebenheiten und Ablösen einer dünnen Schicht in den Seitenbereichen, wo die Zementschlempe stehengeblieben und abgeschöpft worden war. Weiters trat an verschiedenen Stellen die nicht ausreichend überdeckte Bewehrung hervor. Diese Umstände wurden von der Bauleitung bzw dem Geschäftsführer V\*\*\* gegenüber dem Kläger anlässlich einer Besprechung, die am 15.Oktober 1981 auf der Baustelle stattfand, bemängelt. Bei einer neuerlichen Besprechung am 5.November 1981 erklärte sich Ing.G\*\*\* namens der Firma H\*\*\* bereit, die Oberfläche des Fußbodens der Halle mittels geeigneter Betonschleifmaschinen zu überarbeiten, sodaß eine feingriffige, gleichmäßige, staubarme Oberfläche entstehe. Weder die Firma H\*\*\* noch der Kläger wiesen darauf hin, daß der Betonboden vor Frost oder Tausalz geschützt werden müsse. In der Phase der Härtung des Betons war kein Frost aufgetreten. Etwa Mitte Dezember 1981 begannen die Arbeiten zur Überdachung der Halle. Bis dahin war der Boden nicht abgedeckt. Der Hallenaufbau erfolgte mit Fertigteilen der Firma N\*\*\*, die gegenüber dem Zeitplan einige

Tage in Verzug war. Als die Firma N\*\*\* mit ihrer Arbeit begann, war die Betonplatte der Bushalle mit einer Eisplatte bedeckt und tief verschneit. Dadurch traten weitere großflächige Oberflächenschäden am Beton ein. Die Schäden wurden dann noch dadurch verstärkt, daß zum Freimachen der Montagestellen Mitte Dezember Tausalz aufgebracht wurde und nach Inbetriebnahme der Halle Tausalz von den Autobussen auf den Boden tropfte. Der Beton der Bushalle hat zwar die Festigkeit der Qualität B 300, doch ist die Oberfläche der Bodenplatte für eine Bushalle nicht ordnungsgemäß. Eine Sanierung würde Kosten von zumindest S 300.000 erfordern. Nicht berücksichtigt ist dabei die Sanierung von Setzungsrisen, die entlang der Wände der Bushalle auftraten. Diese Setzungsrisse sind nicht auf eine fehlerhafte Bewehrung zurückzuführen. Am 15. Februar 1982 beantragte die erstbeklagte Partei beim Bezirksgericht Zell am See eine Beweissicherung über den Zustand des Bauwerkes und brachte hiezu vor, sie sehe sich veranlaßt, das Auftragsverhältnis zu beenden und mit der Mängelbehebung und Fortführung der Arbeiten eine andere Firma zu betrauen. Am 22. Februar 1982 fand eine Befundaufnahme an Ort und Stelle statt, bei der die Streitteile u.a. vereinbarten, daß bestimmte Positionen der Arbeiten nicht mehr vom Kläger ausgeführt werden sollten, sondern dieser aus dem Auftrag entlassen werde, wobei durch die Lösung des Vertragsverhältnisses gegenseitig keinerlei Ansprüche irgendwelcher Art gestellt werden sollten. Weiter wurde vereinbart, daß mit dem Nachlaß eines Betrages von S 6.500 netto (= S 7.670 brutto) diverse Mängel abgegolten sein sollten und zwar Erdaushub und Hinterfüllung, Stahlbetonwiderlagerfundamente, Tragplattengefälle, Hallentore, Bodenplatte der Montagegruben, Mantelbetonwände, Geschoßdeckeüberlager, Innenputz, Zusatzaufträge, Sichtbetonflächen, Sauberkeitsschichte, Unterfundamentplatte der Montagegrube, Heizkesselsockel. Weitere Mängel betreffend die Abdeckung der Schächte Bushalle, Ablaufrinne in Waschhalle, Stahlbetonunterzüge-Sichtbeton, Schiedelkamin und Kaminkompfummauerung sollten bis 1. Juni 1982 behoben werden, was auch geschah. Schließlich kamen die Streitteile noch überein, daß die Sanierung der Betonplatte bis 1. Juni 1982 erfolgen sollte. Am 15. März 1982 forderte die G\*\*\* Baukonstruktionen GmbH in ihrer Eigenschaft als Bauleiter den Kläger zur Vorlage der Schlußrechnung auf, worauf dieser eine mit 31. Jänner 1982 datierte Schluß- und eine Regierechnung legte, die auf S 2.998.501,68 bzw S 100.790,48 (jeweils netto) lauteten. Die erstbeklagte Partei bezahlte in mehreren Teilbeträgen S 2.978.937,87, jeweils laut Zahlungsplan, 2 % Skonto daraus betragen S 59.578,76. Mit Schreiben vom 23. April 1982 forderte die erstbeklagte Partei den Kläger auf, den Termin 1. Juni 1982 zur Behebung der Mängel des Hallenbodens einzuhalten und wies darauf hin, daß eine Fristverlängerung nicht in Frage komme, sondern eine Ersatzvornahme angeordnet werden müsse. Am 18. Mai 1982 lehnte die Firma H\*\*\* die seinerzeit zugesagte Sanierung des Bodens unter Hinweis auf eine inzwischen eingetretene Verschlechterung des Zustandes ab. Zwischen dem Kläger und der Firma R\*\*\*, die mit den Erdarbeiten beauftragt worden war, war vereinbart, daß die vom Kläger durchzuführenden Kanal- und Drainagearbeiten vor den Erdschüttungsarbeiten vorzunehmen seien. Da sich der Kläger an diese Vereinbarung nicht hielt, fielen Mehrarbeiten an, wodurch der Erstbeklagten Kosten von insgesamt S 38.223,50 netto entstanden. Rechtlich führte das Erstgericht aus:

Das Vertragsverhältnis sei am 22. Februar 1982 einvernehmlich beendet worden. Da der Kläger zur Legung der Schlußrechnung und Vorbereitung der Abnahme aufgefordert worden und er dem nachgekommen sei, könne er das gerechtfertigte Entgelt für seine Leistungen verlangen. Hiefür sei der nach § 273 ZPO ermittelte Betrag von S 2.855.938,97 und für die Regiearbeiten der von S 95.000 angemessen. Zusammen ergebe dies zuzüglich 18 % Umsatzsteuer S 3.482.108. Da die erstbeklagte Partei eine Verbesserung nach dem 1. Juni 1982 von vornherein abgelehnt habe, könne sie die Fälligkeit des geminderten Werkentgeltes wegen vorhandener Mängel (der Bodenplatte) nicht mehr hinausschieben.

Wegen Einhaltung des Zahlungsplanes sei der 2 %-ige Skontoabzug gerechtfertigt.

Wegen der vom Kläger verschuldeten zusätzlichen Arbeiten der Firma R\*\*\* sei auch die Gegenforderung von S 38.223,50 berechtigt.

Nicht berechtigt seien hingegen die Gegenforderungen wegen des Haftrücklasses und Preisminderung wegen weiterer Mängel im Ausmaß von S 28.326 (beides nicht mehr Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens).

Die wegen Mängel der Bodenplatte der Autobushalle eingewendete Gegenforderung von S 300.000 bestehe zu Recht, weil der Kläger eigenmächtig dem Beton ein Fließmittel zugesetzt und dadurch eine Verlängerung der Abbinde- und Erstarrungszeit bewirkt habe, wodurch das Wetterrisiko der erstbeklagten Partei vergrößert worden sei. Auch habe er insoweit seine Warnpflicht verletzt, als er die erstbeklagte Partei nicht darauf hingewiesen habe, daß der Beton den Beanspruchungen einer Halle, in der ungereinigte Autobusse abgestellt werden, nicht gewachsen wäre. Auch habe er

die erstbeklagte Partei nicht aufgefordert, für eine Überdachung des Hallenbodens zu sorgen, damit dieser nicht Nässe und Frost ausgesetzt sei.

Dieses Urteil wurde vom Kläger "im abweisenden Teil hinsichtlich eines Betrages von S 383.847,77" angefochten, wogegen die Abweisung hinsichtlich eines Teilbetrages von S 38.223,50 unangefochten blieb. Der primäre Berufungsantrag war auf Abänderung des angefochtenen Urteiles dahin gerichtet, "daß dem Klagebegehren auf Bezahlung eines weiteren Betrages von S 383.847,77 stattgegeben werde. Aus den Gründen der Berufung ergibt sich, daß sich der Kläger gegen die Anerkennung der eingewendeten Gegenforderung von S 300.000 wegen Mängel der Bodenplatte, gegen die Kürzung der eingeklagten Forderung um S 24.269,01 gemäß § 273 ZPO und um den Skontobetrag von S 59.578,76 wendet. In der mündlichen Berufungsverhandlung modifizierte der Kläger den Berufungsantrag dahin, daß ein seinem Gesamtmehrbegehren von S 383.847,77 entsprechender dreigliedriger Spruch begehrt wurde.

Die beklagten Parteien widersprachen dieser Modifizierung. Das Berufungsgericht hob das erstgerichtliche Urteil im Umfang der modifizierten Anfechtung unter Rechtskraftvorbehalt auf und begründete dies wie folgt:

Es übernahm zunächst die erstgerichtlichen Feststellungen zu den noch relevanten Problemkreisen, ausgenommen die Feststellung, daß auch die mangelnde Nachverdichtung des Betons Ursache dafür gewesen sei, daß sich letztlich eine dünne Betonschicht in den Seitenbereichen abgelöst habe. Darauf komme es aber nicht an, weil immer noch die Fließmittelbeigabe als vom Kläger zu vertretende Schadensursache übrigbleibe. In den relevanten Punkten sei die Rechtssache noch nicht spruchreif:

#### 1. Zu den Mängeln der Bodenplatte:

Obleich das Erstgericht in diesem Zusammenhang von Preisminderung spreche, habe es den diesbezüglich als berechtigt erkannten Einwand der beklagten Parteien nicht als einen die eingeklagte Forderung als solche mindernden Einwand angesehen, sondern diesen Anspruch der beklagten Parteien der ohne solche Minderung - von den beklagten Parteien unbekämpft - festgestellten Forderung des Klägers (S 443.591,37) als selbständige Schadenersatzforderung aufgrund des § 932 Abs. 1 ABGB gegenübergestellt.

Die dem Kläger als Werkunternehmer nach § 1168 a ABGB treffende Warnpflicht bestehe auch gegenüber einem fachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller. Letzteres sei bei der erstbeklagten Partei der Fall, weil die G\*\*\* Baukonstruktionen Gesellschaft mbH als solcher fachkundiger Berater anzusehen sei. Sie sei als Gehilfe der beklagten Parteien anzusehen, welche sich eine allfällige Fehlleistung ihres Gehilfen zurechnen lassen müßten. Die Unterlassung einer Mitteilung über die Fließmittelbeigabe stelle eine Pflichtverletzung des Klägers dar, weil dadurch das von den beklagten Parteien zu tragende Wetterrisiko erhöht wurde. Da kein Anhaltspunkt bestehe, daß in dieser Hinsicht auch der G\*\*\* Baukonstruktionen GmbH ein Versehen unterlaufen sei, hafte für die dadurch verursachten Schäden nur der Kläger.

Bezüglich der Frostschäden gelte aber folgendes:

Ebenso wie der Kläger sei auch die G\*\*\*

Baukonstruktionen GmbH, die eine detaillierte Ausschreibung mit fachmännischer Betonbezeichnung verfaßt habe, als so fachkundig anzusehen, daß sie auch die Einwirkung von Tausalz und Frost auf den Hallenboden in ihre Überlegungen einbeziehe. Wie dem Kläger vorgeworfen werden müsse, nicht vor Frosteinwirkung auf den Hallenboden gewarnt und auf die Notwendigkeit einer entsprechenden Abdeckung des Bodens hingewiesen zu haben, müsse der G\*\*\* Baukonstruktionen GmbH der Vorwurf gemacht werden, als Baukoordinator nicht für die rechtzeitige Überdeckung der Halle gesorgt zu haben. Da die beklagten Parteien die diesbezügliche Fehlleistung ihres fachkundigen Beraters zu vertreten hätten, sei eine Schadensteilung im Verhältnis 1 : 1 angemessen. Es sei daher notwendig, die von der ersten Instanz bisher unterlassene Klärung vorzunehmen, welche Schäden auf die Beimengung des Fließmittels und welche auf die Einwirkung von Frost- und Tausalz zurückzuführen seien. Auch bedürfe es noch Feststellungen darüber, auf welche Weise die technisch beste und zugleich billigste Sanierungsmöglichkeit bestehe.

#### 2.) Zur Minderung des Werklohnes nach § 273 ZPO:

Es mag im Ergebnis richtig sein, daß nach Fertigstellung des Bauwerkes genaue Massenaufnahmen entweder überhaupt nicht mehr oder doch nur mit einem verhältnismäßig großen Aufwand durchgeführt werden können. Diese Argumente des Erstgerichtes beruhten aber weitgehend auf Vermutungen. Es wäre diese Frage mit den Parteien zu

erörtern gewesen. Die Unterlassung dieser Erörterung stelle einen Verfahrensmangel dar.

### 3.) Zum Skontoabzug:

Die beklagten Parteien hätten den Zahlungsplan jedenfalls insofern nicht genau erfüllt, als bei Leistung der einzelnen Teilzahlungen jeweils 10 % der Rechnungssumme für Oberflächensanierung einbehalten worden seien. Da die Parteien bei Abschluß der Skontovereinbarung zweifellos davon ausgegangen seien, daß die Leistungen zumindest so mängelfrei erbracht würden, daß ein allfälliger Verbesserungsaufwand im Haftrücklaß Deckung finde, müsse im fortzusetzenden Verfahren erörtert werden, was die Parteien für diesen Fall vorgesehen hätten, wenn sie mit einer Situation wie der vorliegenden gerechnet hätten.

### **Rechtliche Beurteilung**

Beide Rekurse sind im Ergebnis nicht berechtigt.

#### a) Zur Modifikation des Berufungsantrages:

Nach Berufungserklärung und ursprünglichem Berufungsantrag begehrt der Kläger den Zuspruch eines um S 383.847,77 höheren Betrages. Aus den Berufungsgründen ergibt sich, daß sich dieses Mehrbegehren aus S 300.000 (unzutreffend als zu Recht erkannte Gegenforderung wegen Schäden an der Bodenplatte), S 59.578,76 (unberechtigter Skontoabzug) und S 31.938,95 (nach § 273 ZPO ermittelte Minderung der Ansätze von Schlußrechnung und Regierechnung) zusammensetzt. Die beiden letztgenannten Beträge ergeben die Summe von S 91.517,71, das ist mehr als der in der Berufungserklärung und im ursprünglichen Berufungsantrag genannte tatsächliche Differenzbetrag zwischen eingeklagter Forderung (S 527.439,14) und bereits rechtskräftig als zu Recht erkannter Teilbetrag davon (S 443.591,37). Die Modifikation des Berufungsantrages besteht also in Wahrheit nur darin, daß das ziffernmäßig gleichbleibende und in den Berufungsgründen überdies klar aufgeschlüsselte Begehren jene Fassung erhielt, die der dreigliedrige Spruch bei Gegenüberstehen von Forderungen und Gegenforderungen verlangt. Unter diesen Umständen sind die Voraussetzungen des § 471 Z 3 ZPO für die Zurückweisung der Berufung nicht erfüllt. Das Erfordernis der Bestimmtheit des Berufungsantrages darf nämlich zur Vermeidung einer Vereitelung des Rechtsschutzzweckes der Berufung nicht überspannt werden. Insbesondere soll unbilliger Formalismus vermieden werden. Es kommt grundsätzlich nur darauf an, daß sich nach dem Inhalt der gesamten Berufungsschrift die erforderliche Bestimmtheit des Berufungsantrages unzweifelhaft und ohne weitere Auslegungsbemühungen und Sinnunterstellungen erkennen läßt (JBl 1981, 655). Zutreffend wurde daher über Anregung des Vorsitzenden des Berufungssenates nach § 84 Abs. 3 ZPO die formell richtige Gestaltung des Berufungsantrages veranlaßt.

#### b) Zur Minderung der eingeklagten Forderung wegen Ausmaßdifferenzen:

Gegen die vom Berufungsgericht für notwendig erachtete Verfahrensergänzung zur Gewinnung jener Tatsachen, die erst die allenfalls abermals zulässige Feststellung der Kürzung der eingeklagten Forderung nach § 273 ZPO für zulässig erscheinen ließe, wird von keiner der Parteien in den Rechtsmittelschriften etwas vorgebracht. Zu diesem Problem kann daher - da es bei der Aufhebung des erstgerichtlichen Urteiles in den anderen Punkten ohnedies zu verbleiben hat - eine weitere Erörterung unterbleiben.

#### c) Zum Schadenersatzanspruch wegen Schäden der Bodenplatte:

Auf die Ausführungen zur mangelnden Fälligkeit der Forderung der klagenden Partei wegen Nichtausbesserung der Bodenplatte ist nicht weiter einzugehen, weil die eingeklagte Forderung - enthaltend auch den Werklohn für die Herstellung der Bodenplatte - rechtskräftig als zu Recht bestehend festgestellt ist. Der weitere Streit geht daher nur noch darüber, ob Abzüge wegen Ausmaßdifferenzen (die Bodenplatte insgesamt nur mit S 2.613,75 - siehe Beilage ./R - betreffend) und ein Skontoabzug wegen Einhaltung des Zahlungsplanes zulässig sind.

Die beklagten Parteien haben auch Verschulden des Klägers an den Mängeln der Bodenplatte eingewendet (AS 9); sie machten den daraus

abgeleiteten, von ihnen rechtlich als Preisminderung qualifizierten Anspruch selbständig jedenfalls auch als Gegenforderung (AS 11) geltend, sodaß im derzeitigen Verfahrensstadium unter Berücksichtigung der bereits erfolgten rechtskräftigen Feststellung der eingeklagten Forderung die Berechtigung des von den beklagten Parteien gestellten Begehrens von S 300.000 nur noch unter dem Gesichtspunkt der Berechtigung einer selbständigen Schadenersatzforderung zu prüfen ist.

Auf die am 22. Februar 1982 übernommene Verpflichtung, die Bodenplatte bis 1. Juni 1982 zu sanieren, kommt es unter dem Gesichtspunkt der Fälligkeit nicht mehr an, weil die beklagten Parteien selbst eine Verlängerung dieser Frist festgestelltermaßen unter Androhung der Ersatzvornahme ablehnten. Auch die dem Berufungsgericht vorgeworfene angebliche Aktenwidrigkeit anlässlich der Begründung für die Nichtübernahme der erstgerichtlichen Feststellung, daß auch die mangelnde Verdichtung dieses Betons Schadensursache gewesen sei, ist nicht entscheidungswesentlich, weil - wie das Berufungsgericht zutreffend ausführte - eine andere, vom Kläger zu vertretende Schadensursache (Beigabe des Fließmittels) gegeben ist.

Nach den für das Revisionsgericht maßgeblichen Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen wäre für die Beigabe des Fließmittels die Zustimmung des Auftraggebers erforderlich gewesen. Da diese nicht eingeholt wurde und durch diese Beigabe das vom Auftraggeber getragene Wetterrisiko um 10 Stunden verlängert wurde, sodaß durch den innerhalb dieser Zeit einsetzenden Regen der noch nicht gehärtete Beton tatsächlich Schäden erlitt, hat der Kläger den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Ausführungen im Rekurs des Klägers zu diesem Problemkreis nehmen auf die oben wiedergegebenen Feststellungen nicht Bedacht; sie berufen sich vielmehr auf Meinungen von Sachverständigen zur nicht entscheidungswesentlichen Tatsache, daß es sich bei der Fließmittelbeigabe um keinen ungewöhnlichen Vorgang handelte. Anders verhält es sich hingegen mit den erst später aufgetretenen Frostschäden:

Zwar gilt die Warnpflicht des Unternehmers auch gegenüber einem selbst sachverständigen oder sachkundig beratenen Besteller (JBl 1984, 556 uva), noch besteht sie nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten (RZ 1984/14). Die Haftung des Klägers für Frostschäden besteht daher zunächst jedenfalls für den Zeitraum, innerhalb dessen ab Beginn der Betonierungsarbeiten der Beton durch Frosteinwirkungen Schäden erleiden könnte. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen war in der Phase der Härtung des Betons kein Frost aufgetreten. Soweit also die Herstellung des Werkes (hier: Betonplatte) selbst betroffen ist, entstand kein durch die Unterlassung der Warnpflicht des Klägers (mit)verschuldeter Schaden. Spätere allfällige Frostschäden sind auf mangelnde Koordination der Arbeiten, hier im besonderen auf die nicht rechtzeitig vor Wintereinbruch erfolgte Überdachung zurückzuführen. Hiefür war aber nicht der Kläger verantwortlich, sondern die G\*\*\* Baukonstruktionen Gesellschaft mbH, deren sich die beklagten Parteien zur Planung, Ausschreibung und Bauleitung bedienten. Den Kläger traf daher grundsätzlich keine Pflicht, die beklagten Parteien (bzw hier die für sie einschreitende G\*\*\* Baukonstruktionen Gesellschaft mbH) vor der Unterlassung bestimmter, erst in der Zukunft (nach Vollendung des vom Kläger herzustellenden Teilwerkes) erforderlichen Maßnahmen zur Vollendung des Gesamtwerkes zu warnen.

In dem hier zu beurteilenden Fall ist aber zu beachten, daß das vom Kläger herzustellende Werk, die Betonplatte, infolge des innerhalb der Härtungsfrist eingetretenen Regens und der deswegen entstandenen Schäden mit Ablauf der üblichen Härtefrist nicht fertiggestellt war. Die Fertigstellung (= Behebung der vorgenannten Schäden) oblag dem Kläger. Solange er diese nicht vorgenommen hatte, hätte er daher die wenngleich sachverständig beratenen beklagten Parteien auf die Folgen unterlassener Überdachung der Betonplatte bei Frosteintritt hinweisen müssen, weil dadurch weitere eintretende Schäden die Fertigstellung des von ihm geschuldeten Werkes betroffen war.

Eine Verletzung der Warnpflicht des Klägers unter anderen Gesichtspunkten (generelle Eignung der herzustellenden Bodenplatte für Fahrzeugbetrieb im Winter) wird von den beklagten Parteien nach diesbezüglicher Verneinung durch das Berufungsgericht nicht mehr geltend gemacht.

Andererseits müssen sich die beklagten Parteien die Sorglosigkeit der G\*\*\* Baukonstruktionen Gesellschaft mbH,

eines Fachmannes, dessen sie sich zur Erfüllung ihrer Mitwirkungspflichten bedienen, dem Besteller gegenüber wie eigenes Verschulden zurechnen lassen (Krejci in Rummel2, Rz 32 zu § 1168 a ABGB mit Hinweis auf JBl 1987, 44). Zutreffend wertete das Berufungsgericht dieses Mitverschulden gleichschwer wie dasjenige des Klägers. Insoweit wird daher vom Obersten Gerichtshof die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsmeinung betreffend die Schadenersatzpflicht des Klägers für die an der Betonplatte aufgetretenen Schäden gebilligt. Es bedarf daher ergänzender Feststellungen darüber, welcher Aufwand insgesamt zur Versetzung der Betonplatte in den vom Kläger geschuldeten vertragsgemäßen Zustand - worauf die beklagten Parteien richtig

hinweisen - notwendig und in welchem Ausmaß dieser Aufwand jeweils auf die oben genannten Schadensursachen zurückzuführen ist. Mit einer anderen als der vertragsgemäßen, wenn auch billigeren Sanierung müssen sich die beklagten Parteien nicht zufrieden geben.

d) Zum Skontoabzug:

Zu den vom Obersten Gerichtshof als zutreffend erachteten Ausführungen des Berufungsgerichtes über die Notwendigkeit, eine Ergänzung der vertraglichen Bestimmungen betreffend den Skontoabzug mit den Parteien zu erörtern und sodann nach Feststellung der entsprechenden Tatsachengrundlagen diesbezüglich neu zu entscheiden, nehmen die Parteien in ihren Rechtsmittelschriften an sich nicht Stellung. Der Kläger macht vielmehr bloß geltend, weil er ohnedies alle seine Pflichten erfüllt habe, bestehe für eine Vertragsergänzung gar kein Anlaß. Diesbezüglich ist er auf die Ausführungen unter Punkt c) zu verweisen. Die beklagten Parteien wiederum verweisen in der Rekursbeantwortung bloß pauschal auf die ihrer Meinung nach diesbezüglich richtige rechtliche Beurteilung des Erstgerichtes.

Insgesamt war daher der berufungsgerichtliche Aufhebungsbeschluß zu bestätigen.

Die Kostententscheidung gründet sich auf § 52 Abs. 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E20664

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0050OB00577.89.0529.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900529\_OGH0002\_0050OB00577\_8900000\_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](http://www.jusline.at)