

## Wird eine Funktion geschuldet, können keine Sowiesokosten entstehen

„Gewöhnliche“ Geschäfte müssen keine alltäglich vorkommenden sein. Ein ungewöhnliches Geschäft liegt vor allem dann vor, wenn mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Unternehmens ungewöhnlich große Verpflichtungen eingegangen oder besondere Bedingungen gewährt werden, die nicht branchenüblich sind, der Abschluss des Geschäfts also auch bei Auslegung eines nicht allzu strengen Maßstabs vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt her nicht vertretbar ist.

Tatsächliche Verbesserungsaufwendungen können (außer im Fall der Unverhältnismäßigkeit, worauf sich die Beklagte nicht berief) auch den Wert des Werks übersteigen.

Das Problem des etwaigen Ersatzes der „Sowieso“-Kosten stellt sich dort, wo ein Werk einen bestimmten Erfolg aufweisen soll, dieser Erfolg aber nicht erreicht wird, weil mit den laut Vertrag qualitativ und/oder quantitativ einzusetzenden Mitteln dieser Erfolg nicht erreichbar ist.

OGH 27.08.2015, 1 Ob 132/15s

**Deskriptoren:** Anscheinsvollmacht, Werkvertrag, funktionale versus konstruktive Leistungsbeschreibung, Sowiesokosten, Gewährleistung, Schadenersatz; § 54 UGB.

---

### Sachverhalt

Die Beklagte erbrachte im Mai 2010 Leistungen für den klagenden Landwirt im Zuge eines Stallbaus. Dabei wurden ein Futtertisch mit einer monolithischen Bodenplatte in sechs bis zehn Arbeitsgängen geglättet und eine Verschleißschicht eingeglättet. Die Lieferung und der Einbau des Bodens erfolgte durch ein anderes vom Kläger bestelltes Unternehmen. Ein Mitarbeiter der Beklagten sicherte dem Kläger vor Vertragsabschluss hinsichtlich der durchgeführten Arbeiten Eigenschaften zu, die der durch das Glätten behandelte Beton aber nicht hat. Anlässlich des Vertragsabschlusses sprach der Kläger mit dem Mitarbeiter der Beklagten an Ort und Stelle über die Glättung des Futtertisches und die durchzuführenden Arbeitsgänge, was laut dem Mitarbeiter ca 1.500 EUR kosten sollte. Dieser teilte dem Kläger, der erst durch die Information eines anderen Landwirts auf die Beklagte aufmerksam geworden war und ursprünglich beabsichtigt hatte, von einem anderen Unternehmen öl- und säurebeständige Futterschalen einbauen zu lassen, auch mit, dass der Betonboden etwa dreißig Tage nach der Bearbeitung öl- und salzbeständig sei. Diese Eigenschaften wurden dem Kläger auch noch vom Mitarbeiter mit Schreiben vom 20.5.2010 auf dem Briefpapier der Beklagten bestätigt. Ansprechpartner für ihn war ausschließlich dieser Mitarbeiter der Beklagten. Die Beklagte fakturierte für die Estricharbeiten einen Betrag von 1.458 EUR brutto.

Der Mitarbeiter der Beklagten ist grundsätzlich befugt, „kleine“ Verträge bis etwa 3.000 EUR abzuschließen, wobei diese zuvor mit einem Geschäftsführer besprochen werden müssen und dann eine Freigabe durch den Geschäftsführer zu erfolgen hat. Diesem war bekannt, dass sein Mitarbeiter Arbeiten beim Kläger durchführte, nämlich einen Futtertisch glättete. Er kannte das Schreiben vom 20.5.2010 nicht und wurde erst nach einem Schreiben des Rechtsvertreters des Klägers und einem (anschließenden) Gespräch mit seinem Mitarbeiter über dieses Schreiben und die zugesagten Eigenschaften informiert.

Als im Herbst 2010 im Bereich der Fressstellen, bei den Leckstellen der Tiere, Abplatzungen ersichtlich waren, mit denen der Kläger nicht einverstanden war, vereinbarte er mit einem Geschäftsführer der Beklagten, die Qualität des Bodens zu beobachten. Im Frühjahr 2011 kontaktierte er neuerlich den Geschäftsführer, weil der Bereich bei den Fressstellen grobporig geworden war. Dieser meinte, man solle noch weiter zuwarten und beobachten. Im Frühjahr/Sommer 2012 fand dann eine Besichtigung durch beide Geschäftsführer der Beklagten beim Kläger statt, wobei raue Stellen im Bereich der Fressstellen der Tiere ersichtlich waren. Dabei konnte keine Einigung zwischen den Parteien erzielt werden.

Um die vom Kläger gewünschten und ihm seitens der Beklagten zugesicherten Eigenschaften zu erhalten, insbesondere ein Aufrauen der Oberfläche im Bereich der Leckstellen der Tiere zu verhindern, muss eine Kunstharzschicht auf den Betonboden aufgebracht werden. Die Beklagte führte eine derartige Beschichtung nicht durch, wäre aber dazu in der Lage. Die Kosten für eine derartige Kunstharzbeschichtung belaufen sich auf 7.056 EUR brutto. Der Kläger hat die Sanierung des Futtertisches bislang noch nicht durchführen lassen, beabsichtigt dies aber nach positivem Abschluss des Verfahrens.

Der Kläger begehrt von der Beklagten die Zahlung der Verbesserungskosten von 7.000 EUR sA.

Die beklagte Partei brachte zusammengefasst vor, die durchgeführte Ausführung sei nicht geeignet, um Einflüssen von Salz und Öl standzuhalten. Die Bestätigung sei von ihrem Mitarbeiter in Überschreitung seiner Befugnisse und ohne Wissen ihrer Geschäftsführer irrtümlich ausgestellt und zugesichert worden. Ihr Mitarbeiter habe insofern als Vertreter ohne Vertretungsvollmacht gehandelt. Ein Futtertisch mit den behaupteten Eigenschaften wäre wesentlich teurer gewesen. Jedenfalls seien die „Sowieso“-Kosten zu berücksichtigen. Hätte sich der Kläger von Anfang an für eine entsprechende Beschichtung entschieden, hätte er einen Betrag aufwenden müssen, der dem Klagsbetrag entspreche. Aufgrund der Nutzung des geglätteten Futtertisches sei der Kläger bereichert, weshalb eine Gegenforderung von 300 EUR eingewendet werde.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht erkannte die Klagsforderung von 7.000 EUR als zu Recht bestehend, die eingewendete Gegenforderung von 300 EUR als nicht berechtigt und gab dem Klagebegehren statt. Der Mitarbeiter sei für die Beklagte aufgetreten; zumindest sei eine Anscheinsvollmacht vorgelegen, die sich die Beklagte zurechnen lassen müsse. Die vom Mitarbeiter sowohl mündlich als auch schriftlich zugesicherten Eigenschaften lägen nicht vor. Dabei handle es sich um einen wesentlichen Mangel. Da die Durchführung der Verbesserung von der Beklagten abgelehnt werde, sei der Kläger berechtigt, das Ersatzkapital zu fordern. Er habe Anspruch auf Ersatz der objektiv notwendigen Behebungskosten. Der Kläger habe einen Irrtum der Beklagten nicht verursacht. Ein solcher sei für ihn auch nicht offenkundig gewesen. Vielmehr sei er bei Auftragserteilung davon ausgegangen, dass er einen Futtertisch mit den vom Mitarbeiter der Beklagten zugesagten Eigenschaften um ca. 1.500 EUR erhalten würde. Eine Bereicherung des Klägers infolge der Nutzung liege nicht vor, sodass die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und wies das Klagebegehren ab. Rechtlich führte es aus, zwischen den Parteien sei ein Werkvertrag zur Erstellung eines Werks im ausgeführten Umfang über einen Rechnungsbetrag von 1.458 EUR brutto zustande gekommen. In diesem Umfang sei der Mitarbeiter der Beklagten, der vor Ort beim Kläger als Vertreter der Beklagten aufgetreten sei, auch bevollmächtigt gewesen. Eine Vollmachtsüberschreitung durch den Mitarbeiter liege „jedoch vor, soweit das Geschäft einen Umfang zum Inhalt hätte, wie er einen Herstellungsaufwand von 7.056 EUR (mit einer Kunstharzbeschichtung) erfordern würde“. Insofern liege auch keine nachträgliche Genehmigung der Beklagten vor, sei doch der Inhalt des

vom Mitarbeiter eigenmächtig erstellten Schreibens vom 20.5.2010 dem Geschäftsführer der Beklagten erst im Zuge der Korrespondenz mit dem (vormaligen) Klagevertreter zur Kenntnis gelangt. Damit scheidet eine nachträgliche Genehmigung der Vollmachtsüberschreitung durch das Tätigwerden des Geschäftsführers jedenfalls aus. Liege für das Rechtsgeschäft in jenem Umfang, der den letztlich fakturierten Betrag von 1.458 EUR brutto übersteige, kein wirksamer Vertrag vor, habe der Kläger auch keinen Anspruch auf eine Verbesserung oder Nachbesserung, weil insoweit nichts geschuldet werde. Die Beklagte verweigere daher mangels einer entsprechenden Vertragsgrundlage die Nachbesserung zu Recht, womit dem Kläger auch der eingeklagte Geldbetrag als Deckungskapital für die Nichterbringung bzw. Verbesserung nicht gebühren könne.

Das Berufungsgericht ließ nachträglich die ordentliche Revision gemäß § 508 Abs 3 ZPO zu, weil ihm vom Kläger vorgeworfen werde, bei der Beurteilung der Frage einer Vollmachtsüberschreitung von der Judikatur des Obersten Gerichtshofs abgewichen zu sein.

### Aus den Entscheidungsgründen:

Der Revision des Klägers wird Folge gegeben und das Ersturteil wiederhergestellt.

1. [...].

2.1. Unstrittig ist im Revisionsverfahren, dass der Mitarbeiter der Beklagten zwar Vollmacht zum Abschluss eines Werkvertrags über 1.458 EUR brutto hatte, aber nicht ausdrücklich dazu bevollmächtigt war, dem Kläger zuzusagen, dass der bearbeitete Beton öl- und salzbeständig ist. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Vollmachtsüberschreitung durch den Mitarbeiter der Beklagten übergehen einerseits, dass diese über Erörterung des Erstgerichts den Einwand der mangelnden Passivlegitimation zurückzog und in ihrer Berufung auch nicht mit einer Überschreitung der Vertretungsmacht argumentierte, und berücksichtigen andererseits nicht, dass sich die entsprechende Vollmacht im Außenverhältnis aus dem Umfang der dem Mitarbeiter der Beklagten eingeräumten Handlungsvollmacht im Sinn des § 54 UGB ergibt.

2.2. Gemäß § 54 Abs 1 UGB erstreckt sich dann, wenn jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Unternehmens oder zur Vornahme einer bestimmten zu einem Unternehmen gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu einem Unternehmen gehöriger Geschäfte ermächtigt ist, eine Handlungsvollmacht auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Unternehmens oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt.

Der Mitarbeiter der Beklagten war bevollmächtigt, für diese Verträge mit Kunden über „kleinere“ Bauaufträge

abzuschließen. Der mit dem Kläger abgeschlossene Vertrag fällt darunter.

Für das Kriterium der „Gewöhnlichkeit“ sind nicht die konkreten Verhältnisse im betreffenden Unternehmen maßgeblich, vielmehr kommt es darauf an, ob derartige Geschäfte in einem Unternehmen, wie es der Unternehmer betreibt, gewöhnlich vorkommen (RIS-Justiz RS0019707 [T14]). „Gewöhnliche“ Geschäfte müssen keine alltäglich vorkommenden sein (RIS-Justiz RS0019707 [T16, T19, T24]). Branchenüblichkeit genügt, wobei die Beurteilung nach den örtlichen, zeitlichen und branchenmäßigen Anschauungen zu erfolgen hat (RIS-Justiz RS0019636; RS0061457 [T1]). Ein ungewöhnliches Geschäft liegt vor allem dann vor, wenn mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Unternehmens ungewöhnlich große Verpflichtungen eingegangen oder besondere Bedingungen gewährt werden, die nicht branchenüblich sind, der Abschluss des Geschäfts also auch bei Auslegung eines nicht allzu strengen Maßstabs vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt her nicht vertretbar ist (RIS-Justiz RS0019707 [T10, T11]). Die Grenze der Ungewöhnlichkeit kann aber nicht bloß unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit der vertragsmäßigen Erfüllung geprüft werden; vielmehr müssen auch die mit dem Geschäft verbundenen Risiken und die Folgen allenfalls auftretender Hindernisse bei der Erfüllung in Betracht gezogen werden. Selbst dann, wenn ein Geschäft oder eine Rechtshandlung der Art nach zwar in den Vollmachtsrahmen fällt, kann das einzelne Geschäft dennoch wegen seiner Eigenart, wie etwa seiner besonderen Tragweite, des spekulativen Einschlags udgl durch die Vollmacht nicht gedeckt sein (RIS-Justiz RS0061457 [T4]; zuletzt 9 ObA 6/11i mwN).

Vor diesem Hintergrund kann die verfahrensgegenständliche Vereinbarung nicht als ungewöhnlich angesehen werden. Die Zusage des Mitarbeiters der Beklagten, dass der Betonboden nach der Bearbeitung öl- und salzbeständig sei, ist sowohl im Betrieb des beklagten Bauunternehmens branchenüblich als auch im Rahmen eines Werkvertrags über eine solche Bauleistung üblich. Zwar belaufen sich die Kosten für die Herstellung der zugesicherten Eigenschaften des Betonbodens auf rund 7.000 EUR, jedoch kann die Verpflichtung zu einer Bauleistung wie der vorliegenden nicht als außergewöhnliches Geschäft bezeichnet werden. Weder liegt in der Einhaltung der Zusage eine ungewöhnlich große Verpflichtung, noch ergibt sich aus dem Inhalt der Zusage ein Anhaltspunkt für die Ungewöhnlichkeit des Geschäfts.

2.3. Die interne Beschränkung, wonach der Mitarbeiter der Beklagten grundsätzlich nur befugt ist, „kleine“ Aufträge bis etwa 3.000 EUR abzuschließen, diese vorher mit einem Geschäftsführer der beklagten GmbH besprechen muss und dieser dann die Freigabe erteilen

muss, tangiert den Kläger nicht. Dass er diese Beschränkung kannte, steht nicht fest; auch liegen keine Umstände vor, wonach er davon Kenntnis haben musste.

Der Werkvertrag (beinhaltend die vereinbarten Eigenschaften des bearbeiteten Betonbodens) kam daher rechtswirksam zustande.

3.1. Gegenstand des Werkvertrags war die Glättung der Betonplatte im Stall des Klägers, wobei eine Verschleißschicht eingelätet wurde. Zugleich sicherte der Mitarbeiter der Beklagten dem Kläger zu, dass der Betonboden etwa dreißig Tage nach der Bearbeitung öl- und salzbeständig sei. Diese Eigenschaften hat der durch das Glätten behandelte Beton aber nicht. Einerseits erfolgte damit die Festlegung einer bestimmten Ausführungsart („konstruktive Leistungsbeschreibung“) und andererseits zugleich die Festlegung der bedungenen Funktion durch die zugesagten Eigenschaften („funktionale Leistungsbeschreibung“).

Ursprünglich beabsichtigte der Kläger den Einbau öl- und säurebeständiger Futterschalen durch ein anderes Unternehmen, was ihn – so das Erstgericht – ca 2.000 EUR gekostet hätte. Mit dem Mitarbeiter der Beklagten sprach er anlässlich der Auftragserteilung über die durchzuführenden Arbeitsgänge und den Werklohn von ca 1.500 EUR. Dieser sagte ihm die Öl- und Salzbeständigkeit des Betonbodens zu. Aus den festgestellten Umständen ergibt sich die Vertragsauslegung, dass für den Kläger als Besteller die Ausführungsart keine Bedeutung hatte, sondern vielmehr bei lebensnahem und redlichem Verständnis der Abrede der geschuldete Erfolg in der vereinbarten Funktionalität besteht. Die bloße Glättung des Futtertisches in einem Stall mit Nutztierhaltung wäre ohne die vereinbarte Gebrauchstauglichkeit von keinem erkennbaren Nutzen. Dies war (dem Mitarbeiter) der Beklagten jedenfalls erkennbar. Die Beschreibung der durchzuführenden und auch durchgeführten Leistungen diente nach richtigem Verständnis lediglich der Information des Klägers und als Kalkulationsgrundlage für die Beklagte. Da das geleistete Werk die zugesagten Eigenschaften nicht aufweist, steht dem Besteller ungeachtet der nicht besonders konkreten „konstruktiven Leistungsbeschreibung“ das Instrumentarium des Gewährleistungsrechts zur Verfügung (vgl *M. Bydlinski* in KBB<sup>4</sup> § 1167 ABGB Rz 3; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> §§ 1165, 1166 Rz 53 f).

3.2. Die Werkleistung der Beklagten weist nicht die ausdrücklich vereinbarten Eigenschaften auf (§ 922 Abs 1 Satz 2 ABGB). Hat der Werkunternehmer die Verbesserung nicht oder nicht in angemessener Frist vorgenommen, kann der Besteller Geldersatz verlangen (§ 933a Abs 2 ABGB). Er hat nach Schadenersatzrecht Anspruch auf Ersatz des Nichterfüllungsschadens, somit auf das Erfüllungsinteresse, das die Kosten der Verbesserung umfasst (RIS-Justiz RS0018239 [T3, T5]; RS0086353).

Der Besteller kann schon vor Beauftragung eines Fremdunternehmens mit den Verbesserungsarbeiten das dafür erforderliche Deckungskapital einfordern (RIS-Justiz RS0018753 [T6]; RS0086353 [T4]).

Der Kläger begehrt den Vorschuss des Verbesserungsaufwands aus dem Titel des Schadenersatzes, also den konkreten Schadenersatz und nicht etwa abstrakte (fiktive) Mangelbehebungskosten, beabsichtigt er doch nach positivem Abschluss des Verfahrens die Sanierung des Futtertisches. Tatsächliche Verbesserungsaufwendungen können (außer im Fall der Unverhältnismäßigkeit, worauf sich die Beklagte nicht berief) auch den Wert des Werks übersteigen (RIS-Justiz RS0022063). Das Deckungskapital für die Herstellung eines Betonbodens mit den zugesicherten Eigenschaften beläuft sich zumindest auf den Klagsbetrag von 7.000 EUR.

3.3. Das Problem des etwaigen Ersatzes der „Sowieso“-Kosten stellt sich dort, wo ein Werk einen bestimmten Erfolg aufweisen soll, dieser Erfolg aber nicht erreicht wird, weil mit den laut Vertrag qualitativ und/oder quantitativ einzusetzenden Mitteln dieser Erfolg nicht erreichbar ist (2 Ob 152/03x mwN; *Grubhofer*, Der Vertragspreis beim Bauvertrag [ABGB, ÖNORM B 2110, FIDIC-Vertrag], bbl 2013, 87 [92]). Hier übernahm die Beklagte die Bearbeitung eines Betonbodens im Stall des Klägers, die zu dessen Öl- und Salzbestän-

digkeit führen hätte sollen, zu einem Pauschalpreis von 1.458 EUR. Bedungen war die genannte Funktionalität und Gebrauchstauglichkeit, während die „konstruktive Leistungsbeschreibung“ lediglich als informative Beschreibung und Kalkulationsgrundlage diente. Hat aber die beklagte Unternehmerin die Herstellung des Werks um einen Pauschalpreis versprochen, so ist es unerheblich, wie hoch ihr Aufwand ist und mit wie vielen Versuchen sie den vereinbarten Erfolg erreicht; sie darf den genannten Betrag nicht überschreiten (2 Ob 152/03x; 3 Ob 191/13d = ZVB 2014/65, 216 [Oppel] = ZRB 2014, 182 [Wenusch]). Hätte die Beklagte von vornherein die Arbeiten am Betonboden fachgerecht ausgeführt, hätte sie vertragsgemäß erfüllt, ohne Anspruch auf einen höheren Werklohn zu haben. Von im Zuge der Sanierung anfallenden Kosten, die der Kläger bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags ebenso („sowieso“) zu tragen gehabt hätte, kann keine Rede sein.

4. Zur eingewendeten Gegenforderung und zu einem allfälligen Irrtum ihres Mitarbeiters enthielt schon die Berufung der Beklagten keine inhaltlichen Ausführungen. Diese im erstinstanzlichen Verfahren erhobenen selbständigen Einwendungen sind daher nicht mehr zu prüfen (RIS-Justiz RS0043338 [insb T4, T10, T13, T27]; vgl RS0043352 [T23, T31, T33]).

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die vom Besteller nachgefragte Leistung kann dieser entweder konstruktiv oder funktional beschreiben. Im ersten Fall wird genau beschrieben, wie die Leistung des Unternehmers aussehen soll, im zweiten, was sie können soll. Nimmt der Unternehmer die entsprechende Bestellung an, so kommt ein Vertrag zu Stande, bei dem er entweder eine bestimmte Konstruktion oder eben eine bestimmte Funktion schuldet. Wenn vom geschuldeten „Erfolg“ gesprochen wird (vgl OGH 14.03.1984 1 Ob 40/83; veröffentl: SZ 57/51: „Durch den Werkvertrag verpflichtet sich jemand zur Herstellung eines bestimmten Werkes; der Werkunternehmer haftet für einen bestimmten Erfolg“), so kann dies sowohl eine Konstruktion, als auch eine Funktion sein.

Konstruktive Leistungsbeschreibungen ohne funktionale Elemente sind selten, funktionale Leistungsbeschreibungen ohne konstruk-

tive Elemente jedoch nie zu finden: Gewöhnlich enthält eine Leistungsbeschreibung beides.

Problematisch wird es, wenn sich – wie im gegenständlichen Fall – konstruktive und funktionale Beschreibung widersprechen.

Im hier besprochenen Fall hat der OGH geurteilt: „Aus den festgestellten Umständen ergibt sich [...], dass für den Kläger als Besteller die Ausführungsart keine Bedeutung hatte, sondern vielmehr bei lebensnahem und redlichem Verständnis der Abrede der geschuldete Erfolg in der vereinbarten Funktionalität besteht“ (die Entscheidung erinnert wohl an OGH 13.12.2011 5 Ob 127/11d, in welcher ein Bauherr zwar ganz bestimmte Fenster bestellt hat, aber gewährleistungsrechtlich trotzdem deren Austausch verlangen konnte). Gegenständlich scheint es wohl sachgerecht, doch ansonsten muss es etwas problematisch erscheinen, von den (nicht artikulierten) Be-

dürfnissen des Bestellers auf den Vertragsinhalt zu schließen.

Wie dem auch sei: Wird eine Funktion geschuldet, können keine Sowiesokosten entstehen!

Heikel wird die Angelegenheit aber, wenn – anders als im vorliegenden Fall – eine mit einer ebenfalls vereinbarten Funktion in Wi-

derspruch stehende konstruktive Leistungsbeschreibung nicht „*lediglich als informative Beschreibung und Kalkulationsgrundlage diente*“. Dann ist wohl die Unklarheitsregel des § 915 ABGB und/oder Irrtumsrecht anzuwenden. Bei letzterem sind dann die Sowiesokosten sehr wohl zu thematisieren – aus Platzgründen geschieht dies hier aber nicht.