

## Wieder einmal: „Der Widersprüchliche Werkvertrag“

1. Ein „widersprüchlicher“ Werkvertrag ist nur dann anzunehmen, wenn eine bestimmte Ausführung des Werks vereinbart wird, die aber aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht geeignet ist, den (zumindest implizit) bedungenen Zweck zu erfüllen.
2. Bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwands ist nicht allein die Höhe der Behebungskosten ausschlaggebend, sondern es ist vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Werkbesteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber hingegen entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserungskosten als unverhältnismäßig anzusehen.

<https://doi.org/10.33196/zrb201903010101>

OGH 24.01.2019, 9 Ob 83/18y

**Deskriptoren:** Widersprüchlicher Vertrag, Gewährleistung, Warnpflichtverletzung, Schuldinhalt; § 1168a ABGB.

### Sachverhalt<sup>1</sup>

Die Kläger projektierten einen Anbau bei ihrem Haus, welcher Wohnungen zur Dauervermietung enthalten sollte.

Für die notwendigen Estricharbeiten wurde dabei ua das Angebot des Beklagten eingeholt, das eine Styroloeschüttung unter dem Estrich vorsah. Ob und welche Deckenunterkonstruktion im Anschluss an die Estricharbeiten geplant war, haben die Kläger dem Beklagten nicht mitgeteilt. Sie haben die Deckenunterkonstruktion in der Folge – nach Verlegung des Estrichs – in Form einer starr montierten, nicht hohlraumbedämpften Unterdecke selbst errichtet.

Nicht festgestellt werden konnte, ob zwischen den Streitparteien über Vor- oder Nachteile einer Kiesschüttung gegenüber einer Styroloeschüttung gesprochen wurde. Die Kläger haben den Beklagten nicht dezidiert auf einen von ihnen gewünschten erhöhten Schallschutz hingewiesen.

Die Kläger entschieden sich schließlich für das Anbot des Beklagten und bestellten bei diesem die Durchführung der Estricharbeiten. In der „Auftragsbestätigung“ des Beklagten sicherte dieser zu, dass die angebotenen Leistungen den Bestimmungen der ÖNORM entsprechen würden.

Nach Durchführung dieser Arbeiten, kurz nach Einzug der ersten Mieter im Objekt, montierten diese einen

mangelnden Schallschutz und beendeten die mit den Klägern geschlossenen Mietverträge.

Da der Beklagte die Auffassung vertrat, normgerecht geliefert zu haben, und eine seitens der Kläger geforderte Verbesserung verweigerte, ließen diese den vom Beklagten verlegten Estrich samt darunter befindlicher, 6,5 cm hoher Styroloeschüttung entfernen und ersetzten diese durch eine 6,5 cm hohe Kiesschüttung. Darüber ließen sie neuerlich einen Estrich verlegen.

Bei Außerachtlassung der konkreten Deckenunterkonstruktion konnte der Beklagte mit dem von ihm vorgeschlagenen und tatsächlich ausgeführten Fußbodenaufbau den Trittschallschutz entsprechend der ÖNORM B 8115 nicht erfüllen. Die Konstruktionshöhe des Fußbodens mit der tatsächlich vorgenommenen Styroloeschüttung in Höhe von 6,5 cm ist zu gering. Dabei macht es keinen Unterschied, ob das Schüttmaterial nun Kies oder Styrolose ist. Mit dem Kies ist ein um ca 3 dB höherer Trittschallschutz erreichbar als bei Verwendung einer Styroloeschüttung. Wenn der Trittschallschutz der ÖNORM B 8115 erfüllt werden soll, dann darf der Trittschallpegel 48 dB nicht übersteigen. Mit der vom Beklagten vorgenommenen Styroloeschüttung wird ein Trittschallschutz – ohne Berücksichtigung der Deckenunterkonstruktion – von maximal 55 bis 57 dB erreicht. Nur wenn die Schüttung statt mit einer Höhe von 6,5 cm mit einer Höhe von 10 cm und unter Verwendung von Kies anstelle von Styrolose aufgebracht worden wäre, hätte dies zusammen ausgereicht, um – ohne Berücksichtigung der Deckenunterkonstruktion – den Trittschallpegel von 48 dB nicht zu überschreiten.

Eine Schütthöhe von 10 cm wäre im konkreten Fall möglich gewesen, wäre jedoch mit erheblichen Kosten verbunden gewesen.

<sup>1</sup> Dankenswerter Weise zur Verfügung gestellt von Dr. Bernhard Wörgötter, RA in St. Johann in Tirol.

Mit der tatsächlich angebrachten Deckenunterkonstruktion wurde der Trittschall nicht verbessert, sondern sogar verschlechtert.

Mit einer abgehängten, trittschallschluckenden Deckenunterkonstruktion wären die Anforderungen der ÖNORM B 8115 – auch bei einer 6,5 cm hohen Styroloosefüllung – erfüllt worden. Darauf hat der Beklagte nicht hingewiesen.

Aus dem Titel der Gewährleistung und des Schadenersatzes begehren die Kläger letztlich die Zahlung von 34.174,21 s.A. und brachten zusammengefasst vor, der Beklagte habe in ihrem Haus Estrichböden verlegt. Dabei habe er zugesichert, die ÖNORMen einzuhalten. In der Folge habe sich aber herausgestellt, dass der vom Beklagten verlegte Estrich aus seinem Verschulden weder dem Stand der Technik noch den ÖNORMen entsprochen habe. Die von den Klägern vorgenommene Ersatzvornahme (Verlegung eines Estrichbodens mit einer Kiesschüttung sowie die Herstellung einer neuen abgehängten Decke) sei der einzige Weg gewesen, um die Situation zu verbessern.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wendete ein, dass er den bestellten Estrich ÖNORM-gerecht und sach- und fachgerecht verlegt habe. Er habe einen Estrich samt Styroloosefüllung angeboten und eingebracht. Selbst bei Einbau einer Kiesschüttung wäre eine richtig funktionierende, von unten abgehängte Decke erforderlich gewesen. Dies sei ja auch der Umstand, dass die Kläger nunmehr trotz eingebrachter Kiesschüttung eine elastisch abgehängte Decke angebracht hätten.

#### Die Entscheidungen der Vorinstanzen:

Das Erstgericht hat die Klagsforderung mit 29.975,78 als zu Recht bestehend festgestellt.

Rechtlich gelangte das Erstgericht zunächst zum Ergebnis, dass die mangelhafte Werkleistung dem Beklagten vorwerfbar sei, da er als Fachmann im Sinne des § 1299 ABGB einen Fußbodenaufbau gewählt habe, der nicht den vereinbarten, ÖNORM-gerechten Trittschallpegel von 48 dB habe gewährleisten können. Er hafte daher nach Schadenersatzrechtlichen Grundsätzen für das Erfüllungsinteresse. Dieses umfasse bei Behebbarkeit des Mangels und Verbesserungsverzug bzw -verweigerung des Schuldners die Kosten der Verbesserung.

Demnach hätten die Kläger grundsätzlich Anspruch auf Ersatz jener Kosten gehabt, die zur Herbeiführung eines vertragskonformen Zustandes aufzuwenden gewesen wären. Diese Kosten würden jedoch gar nicht geltend gemacht. Die Kläger würden im vorliegenden Verfahren vielmehr jene Kosten fordern, die durch konkret vorgenommene Sanierungsmaßnahmen entstanden seien. Diese bestünden zum einen in den Kos-

ten des Austauschs des Estrichs einschließlich des Austauschs der 6,5 cm dicken Styroloosefüllung durch eine ebenso dicke Kiesschüttung. Weiters würden sie unter anderem den Ersatz der Kosten verlangen, die mit dem Abbruch der starren Deckenunterkonstruktion verbunden seien.

Die Kläger hätten demnach Anspruch auf Ersatz der notwendigen Kosten der tatsächlich vorgenommenen Sanierung des vom Beklagten ausgeführten Estrichbodens durch Einbringung einer den Trittschallpegel im Haus zumindest um 3 dB senkenden und damit den Schallkomfort steigernden Kiesschüttung statt einer Styroloosefüllung in derselben Höhe von 6,5 cm.

Ein ausreichender Trittschallschutz sei zwar bei dieser Sanierung nur in Kombination mit einer richtig ausgebildeten Unterdecke gegeben. Allerdings wären die Kosten des Einbaus einer schalldämpfenden Deckenunterkonstruktion für die Kläger auch dann angefallen, wenn der Beklagte von Anfang an eine Kiesschüttung in Höhe von rund 6,5 cm unter dem Estrich eingebracht hätte. Davon abgesehen sei eine derartige Deckenunterkonstruktion nicht Gegenstand des seinerzeitigen Werkvertrages mit dem Beklagten gewesen. Ein Kostenersatz hierfür komme daher nicht in Betracht.

Der Beklagte habe die Kläger nicht davor gewarnt, dass sie zur Erreichung der Trittschalldämmung laut ÖNORM B 8115 eine elastisch abgehängte, hohlraumbedämpfte Unterdecke anbringen müssen. Die nur durch die unterlassene Warnung notwendig gewordenen Kosten der Entfernung der starren Unterdeckenkonstruktion im Betrag von 500,- habe der Beklagte den Klägern zu ersetzen.

Hätte der Beklagte den mit den Klägern abgeschlossenen Werkvertrag ordnungsgemäß erfüllt, wäre eine Sanierung nicht notwendig gewesen und hätten die Kläger keinen Mietausfall erlitten.

Das Berufungsgericht gab der gegen den klagsstattgebenden Teil gerichteten Berufung des Beklagten lediglich teilweise Folge.

Zunächst könne es keinem Zweifel unterliegen, dass der Beklagte verpflichtet gewesen sei, die von ihm übernommenen Estricharbeiten ÖNORM-gerecht auszuführen. Wenn auch das Erstgericht keine explizite Feststellung hiezu getroffen habe, so ergebe sich aus der „Auftragsbestätigung“ des Beklagten, dass die von ihm angebotenen Leistungen den Bestimmungen der ÖNORM entsprechen würden.

Das bedeute, dass der Beklagte allein mit seinem Estrichaufbau, ohne Berücksichtigung der Deckenunterkonstruktion, einen Trittschallpegel von 48 dB habe erreichen müssen. Dieser Trittschallpegel sei aber weder mit einer Styroloosefüllung in einer Stärke von 6,5 cm, noch mit einer Kiesschüttung in derselben Stärke erreichbar gewesen.

Nur bei Aufbringung einer Schüttung unter Verwendung von Kies mit einer Höhe von 10 cm hätte der ÖNORM-gerechte Trittschallpegel von 48 dB gerade erreicht werden können, was aber erhebliche Umbauarbeiten erfordert hätte.

Es liege somit ein Fall eines „widersprüchlichen Werkvertrages“ vor, weil im Vertrag mit der Zusage einer ÖNORM-gerechten Ausführung und der vom Beklagten vorgeschlagenen Herstellungsart (6,5 cm Styroloeschüttung) Details festgelegt worden seien, die einander in Wahrheit ausschlossen. In einem solchen Fall des unheilbar widersprüchlichen Werkvertrags sei daher von anfänglicher Unmöglichkeit auszugehen, die jedenfalls immer dann vom Unternehmer zu vertreten sei, wenn er das ungeeignete Material oder die mit dem Vertragszweck (Funktion) in Widerspruch stehende Herstellungsart vorgeschlagen habe.

Die schadenersatzrechtlichen Konsequenzen einer derartigen Konstellation entsprächen jenen einer Warnpflichtverletzung im Sinne des § 1168a ABGB. Somit sei der Beklagte verpflichtet gewesen, die Kläger bereits bei den Vertragsverhandlungen darauf hinzuweisen, dass der von ihm zugesagte ÖNORM-gerechte Trittschallpegel von 48 dB weder mit einer 6,5 cm dicken Styroloeschüttung, noch mit einer ebensolchen aus Kies erreicht werden könne, sondern dass dieser Trittschallpegel ausschließlich mit einer 10 cm dicken Kiesschüttung erreichbar sei, womit jedoch erhebliche Mehrkosten für die Kläger verbunden gewesen wären.

Im Rahmen des Schadenersatzes sei der Besteller so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte.

Wie die Kläger bei entsprechender Warnung des Beklagten reagiert hätten, stehe nicht fest. Angesichts der erheblichen Umbaukosten sei den Klägern aber zu unterstellen, dass sie sich für die Variante entschieden hätten, die sie letztendlich auch tatsächlich gewählt haben. Es sei zwar richtig, dass auch mit der Aufbringung einer 6,5 cm dicken Kiesschüttung nicht ein ÖNORM-gerechter Trittschallschutz hätte erreicht werden können. Dennoch hätten die Kläger mit dem Austausch des Schüttmaterials eine Verbesserung des Trittschallschutzes um ca 3 dB erzielen können und hätten somit – unter Außerachtlassung einer Deckenunterkonstruktion – den unter den gegebenen Voraussetzungen bestmöglichen Trittschallschutz erreicht. Für diese Kosten habe der Beklagte aufgrund seiner Warnpflichtverletzung einzustehen.

Zutreffend habe das Erstgericht auch eine Haftung des Beklagten für die entgangenen Mietzinse bejaht. Die Wohnungen hätten erst nach dem Estrich austausch wieder vermietet werden können.

Nicht beigeipflichtet werden könne dem Erstgericht jedoch darin, dass der Beklagte verpflichtet gewesen wäre,

die Kläger auf die Notwendigkeit einer elastisch abgehängten, hohlraumbedämpften Unterdecke hinzuweisen. Der Beklagte sei Estrichleger und kein Bauphysiker und habe daher nicht für das Fehlen bauphysikalischer Kenntnisse einzustehen. Somit könne dem Beklagten diesbezüglich keine Warnpflichtverletzung vorgeworfen werden. In teilweiser Stattgebung der Berufung sei daher ein Teilbetrag von 500,- s.A. abzuweisen gewesen. Im Übrigen sei das Ersturteil zu bestätigen gewesen. Nach einem entsprechenden Abänderungsantrag wurde die Revision vom Berufungsgericht nachträglich zugelassen.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision des Beklagten wird mangels Aufzeigens einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.

Der Oberste Gerichtshof sprach schon mehrfach aus, dass sich die nach dem Gesetz erforderliche Prüfung der Stichhaltigkeit eines Abänderungsantrags gemäß § 508 Abs 1 ZPO nicht in einer Scheinbegründung erschöpfen darf und sich das Berufungsgericht bei seiner Prüfung mit den Antragsargumenten sachlich – wenngleich kurz – auseinanderzusetzen hat, darf es doch einem solchen Antrag nur stattgeben, wenn es ihn für stichhältig hält (RIS-Justiz RS0112166; RS0111729). Hier lässt das Berufungsgericht diese Auseinandersetzung vermissen. Seinen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, worin die erhebliche Rechtsfrage bestehen soll.

Auch in der Revision des Beklagten wird keine für die Lösung des Falls erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO aufgezeigt.

1. Richtig ist zwar, dass im vorliegenden Fall kein „widersprüchlicher“ Werkvertrag vorliegt. Darauf haben sich die Kläger im Verfahren auch nicht berufen. Ein „widersprüchlicher“ Werkvertrag wäre nur dann anzunehmen, wenn eine bestimmte Ausführung des Werks vereinbart wird, die aber aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht geeignet ist, den (zumindest implizit) bedungenen Zweck zu erfüllen (4 Ob 96/16w Pkt 1.2.; vgl 2 Ob 230/17p Pkt 1.1.a). Dies ist hier nicht der Fall.

Die Kläger haben für ihr Haus mit sechs Wohnungen beim Beklagten die notwendigen Estricharbeiten [bestellt]. Grundlage diese[r Bestellung] war ein Anbot des Beklagten, in dem eine Styroloeschüttung vorgesehen war. Nicht festgestellt werden konnte, dass zwischen den Parteien über die Vor- oder Nachteile einer Kiesschüttung gegenüber einer Styroloeschüttung gesprochen wurde. Der Beklagte sicherte in seiner Auftragsbestätigung zu, dass die angebotenen Leistungen den Bestimmungen der ÖNORM entsprechen.

Unter Außerachtlassung der von den Klägern erst nach Beendigung der Tätigkeit des Beklagten errichteten De-

ckenunterkonstruktion konnte der Beklagte mit dem von ihm vorgeschlagenen und tatsächlich ausgeführten Fußbodenaufbau den Trittschallschutz entsprechend der ÖNORM B 8115 (Trittschallpegel maximal 48 dB) nicht erfüllen. Die Konstruktionshöhe des Fußbodens mit der tatsächlich vorgenommenen Styroloeschüttung in Höhe von 6,5 cm war zu gering. Mit einer Kiesschüttung wäre zwar ein um ca 3 dB höherer Trittschallschutz erreichbar gewesen als mit der Styroloeschüttung. Nur wenn aber die Schüttung statt mit einer Höhe von 6,5 cm mit einer Höhe von 10 cm und unter Verwendung von Kies anstelle von Styrolose aufgebracht worden wäre – dies wäre im konkreten Fall auch möglich gewesen –, hätte dies zusammen ausgereicht, um – ohne Berücksichtigung der Deckenunterkonstruktion – den Trittschallpegel von 48 dB nicht zu überschreiten und damit die ÖNORM B 8115 einzuhalten.

Die Auslegung des zwischen den Parteien abgeschlossenen Werkvertrags ergibt hier, dass die konstruktive Leistungsbeschreibung für die Kläger als Werkbesteller keine besondere Bedeutung hatte. Es ist offenkundig, dass das Interesse der Kläger ausschließlich auf die Herstellung eines ÖNORM-gerechten Estrichs samt Unterbau gerichtet war und für sie das verwendete Material unerheblich war. Es oblag ausschließlich dem beklagten Werkunternehmer, mit der konkreten Ausgestaltung des Werks seine vertragliche Leistungspflicht zu erfüllen (vgl 4 Ob 96/16w Pkt 1.3.).

Auf dieser Grundlage stellen sich die vom Revisionswerber angesprochenen Fragen der Vertragsanpassung und das Problem der Sowieso-Kosten nicht, weil in Wahrheit Schlechterfüllung vorliegt, die hier zu Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen führt (vgl 2 Ob 230/17p Pkt 1.1.b).

2. Der vom Berufungsgericht erfolgte Zuspruch der von den Klägern aufgewendeten Kosten für die Einbringung einer Kiesschüttung anstelle der Styroloeschüttung in derselben Höhe von 6,5 cm steht nicht in Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung. Unterlässt der Werkunternehmer seine Verbesserung, so muss er den Werkbesteller so stellen wie er stünde, wenn er ordnungsgemäß erfüllt hätte. Es steht demnach das Erfüllungsinteresse zu. Als Schaden kommen auch die Kosten einer vom Werkbesteller selbst oder auf seine Veranlassung

hin durchgeführten Verbesserung durch einen Dritten, also die Kosten der Ersatzvornahme bzw das Deckungskapital in Betracht (RIS-Justiz RS0086353 [T3]). Dadurch, dass die Kläger nur die geringeren Kosten für eine teilweise Verbesserung des vom Beklagten schuldhaft verursachten Mangels und nicht die höheren Kosten für eine gänzliche Mängelbehebung beehrten und zugesprochen erhielten, kann sich der Beklagte nicht beschwert erachten. Fest steht jedenfalls, dass durch die teilweise Ersatzvornahme der Kläger eine Verbesserung des Mangels in einem bestimmten, aufgrund der konkreten Umstände nicht unerheblichen Ausmaß erreicht werden konnte (vgl 4 Ob 44/14w).

3. Bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwands ist nicht allein die Höhe der Behebungskosten ausschlaggebend, sondern es ist vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Werkbesteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber hingegen entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserungskosten als unverhältnismäßig anzusehen (RIS-Justiz RS0022044). Ob diese Voraussetzung im Einzelfall vorliegt, hängt jeweils von den konkreten Umständen des zu beurteilenden Falls ab, denen keine über diese hinausgehende Bedeutung zukommt (7 Ob 29/15p; RIS-Justiz RS0022044 [T18]).

Die angefochtene Entscheidung bewegt sich im Rahmen des den Gerichten eingeräumten Beurteilungsspielraums. Dabei ist hier wesentlich, dass einige der von den Klägern errichteten (hochwertigen) Wohnungen aufgrund der mangelnden Schalldämmung vor der Verbesserung durch die Kläger nicht bewohn- bzw vermietbar waren, weshalb die vorgenommenen Verbesserungsarbeiten unumgänglich und von wesentlicher Bedeutung für die Kläger waren.

4. Die Überlegungen der Revision zum Mitverschulden des Werkbestellers im Rahmen der „geteilten Gewährleistung“ im Falle einer Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers (§ 1168a ABGB) sind für den konkreten Fall nicht relevant. Dem Beklagten wird keine Warnpflichtverletzung vorgeworfen.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

*„Ein „widersprüchlicher“ Werkvertrag wäre nur dann anzunehmen, wenn eine bestimmte Ausführung des Werks vereinbart wird, die aber aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht geeignet ist, den [...] bedungenen Zweck zu erfüllen [...]. Dies ist hier nicht der Fall“.*

Also wenn der der Entscheidung zu Grunde liegende Werkvertrag(stext) kein widersprüchlicher ist, was denn bitte dann? Der Unternehmer bietet gleichzeitig eine Konstruktion (in den Worten der Entscheidung: „Ausführung des Werks“) und eine Funktion (in den Worten der Entscheidung: „Zweck“) an, die sich aber gegenseitig ausschließen, und der Besteller nimmt dieses Angebot an. Widersprüchlicher geht's wohl nicht mehr ... Ganz streng genommen kann es wohl überhaupt keine widersprüchlichen Verträge geben, weil ein Abschluss wegen Dissens (wenn die Erklärungen der beiden Parteien widersprüchlich sind) oder Absurdität (wenn die Erklärungen einer Partei widersprüchlich sind) gar nicht erfolgen kann. So gesehen wäre das Urteil richtig: Wenn ein Vertrag abgeschlossen wurde, kann der Inhalt nicht widersprüchlich sein. Gemeint ist in der hier besprochenen Entscheidung aber nicht „der Vertrag“, sondern „der Vertragstext“ – dies sollte immer unterschieden werden ...

In der Tat lassen sich viele Widersprüche im Wortlaut – die sich vor allem in der Baupraxis häufig finden – leicht mittels Vertragsauslegung aus der Welt schaffen: Die Widersprüche bestehen nämlich sehr oft nur dann, wenn man „am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks“ haftet – und somit § 914 ABGB negiert.

Es stellt sich aber die Frage, ob es nicht allzu weit geht, sämtliche konstruktiven Einzelheiten so einfach in den Bereich der völligen Unwesentlichkeit zu verdammen, wie dies der OGH tut: Die „konstruktive Leistungsbeschreibung [hatte] für die Kläger als Werkbesteller keine besondere Bedeutung. Es ist offenkundig, dass das Interesse der Kläger ausschließlich auf die Herstellung eines ÖNORM-gerechten Estrichs samt Unterbau gerichtet war“ (in der besprochenen Entscheidung) oder „[D]ie „konstruktive Leistungsbeschreibung“ [diente] lediglich als

*informative Beschreibung und Kalkulationsgrundlage“ (OGH 27.08.2015, 1 Ob 132/15s). Es stellt sich weiters die Frage, ob es eine Katastrophe wäre, wenn man unterstellt, dass eben gar kein Vertrag abgeschlossen wurde: Schadenersatz kann dann wohl in contrahendo gefordert werden ...*

Problematisch an der hier besprochenen Entscheidung – die freilich als bloßer Zurückweisungsbeschluss nicht in aller Tiefe begründet ist – ist zweierlei:

Die Betonung liegt wohl etwas zu stark auf dem, was die Kläger wollten. Eher kommt es darauf an, was der Empfänger deren Erklärungen redlicher Weise verstehen durfte. Angedeutet wird dies natürlich durch die Wendung „Es ist offenkundig, dass das Interesse der Kläger [...]“.

Interessanter scheint der festgestellte Ablauf der Dinge: „Die Kläger entschieden sich schließlich für das Anbot des Beklagten und bestellten bei diesem die Durchführung der Estricharbeiten in ihrem Objekt. In der „Auftragsbestätigung“ des Beklagten sicherte dieser zu, dass die angebotenen Leistungen den Bestimmungen der ÖNORM entsprechen“. Der Vertrag kam mit der Annahme des Angebots zu Stande – die ÖNORMen sind offensichtlich erst danach ins Spiel gekommen – der beklagte Werkunternehmer hat deren Einhaltung erst nachträglich in der Auftragsbestätigung zugesagt! Dies erinnert an OGH 23.01.2001, 7 Ob 265/00x: Dort hat der Unternehmer nach mündlichem Vertragsabschluss einen für ihn viel ungünstigeren Vertragstext unterschrieben, ohne davon irgendwie zu profitieren – „Ein Novationswille der Parteien ist, wenn der Werkunternehmer den Vertrag bloß unbeanstandet unterfertigt, nicht zu erkennen“.

Nun könnte man vielleicht trotzdem sagen, dass gegenständlich – aus welchem Grund auch immer – eine einseitige „Verschärfung“ möglich sei (vgl dazu etwa sinngemäß OGH 23.10.1975, 7 Ob 188/75: „Die Vertragsstrafe kann sowohl bei Vertragsabschluß als auch nachträglich vereinbart werden, wobei die Wechselseitigkeit einer solchen Vereinbarung grundsätzlich nicht erforderlich ist“). Nur

wurde im hier besprochenen Verfahren niemals bedacht, das ÖNORMen sehr oft auch für den Besteller ungünstige Regelungen enthalten: Das beginnt bei Abrechnungsregelungen („hohl für voll“ – dh Ausnehmungen werden nicht abgezogen), geht über Beschränkungen des Schadenersatzes und reicht bis zu vielleicht unerwünschten (weil unnötig teuren) „Sicherheitszuschlägen“. Es

ist wohl nicht fraglich, dass einseitig keine die Gegenseite belastende Vertragsänderung vorgenommen werden kann. Jetzt könnte man natürlich argumentieren, dass die gegenseitlich nachträgliche Zusage der Einhaltung der ÖNORMen bloß so zu verstehen ist, dass nur die belastenden Regelungen gelten würden – aber irgendein Wort sollte man dazu schon verlieren ...