

# TE OGH 2007/11/22 80b92/07y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.11.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Langer als Vorsitzende und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, Dr. Kuras, Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter, in der Ausgleichssache der L\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Kapp Rechtsanwalts-GesmbH in Seiersberg, wegen vorläufiger Feststellung (§ 66 AO) über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Ausgleichsgläubiger 1. G\*\*\*\*\* Siedlungsgenossenschaft \*\*\*\*\* reg GenmbH, \*\*\*\*\* , 2. Ö\*\*\*\*\* Wohnbauvereinigung \*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* , beide vertreten durch Dr. Andreas Arnold, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 14. Juni 2007, GZ 3 R 37/07x-112, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Leoben vom 17. Jänner 2007, GZ 17 Sa 3/04s-104, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den BeschlussDer Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Langer als Vorsitzende und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Spenling, Dr. Kuras, Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter, in der Ausgleichssache der L\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\* , vertreten durch Kapp Rechtsanwalts-GesmbH in Seiersberg, wegen vorläufiger Feststellung (Paragraph 66, AO) über den außerordentlichen Revisionsrekurs der Ausgleichsgläubiger 1. G\*\*\*\*\* Siedlungsgenossenschaft \*\*\*\*\* reg GenmbH, \*\*\*\*\* , 2. Ö\*\*\*\*\* Wohnbauvereinigung \*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* , beide vertreten durch Dr. Andreas Arnold, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 14. Juni 2007, GZ 3 R 37/07x-112, mit dem der Beschluss des Landesgerichts Leoben vom 17. Jänner 2007, GZ 17 Sa 3/04s-104, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts zur Gänze wiederhergestellt wird.

## Text

Begründung:

Im November 2004 schloss die Schuldnerin mit ihren Gläubigern einen Ausgleich mit einer 40 %igen Quote.

Die Schuldnerin beantragte am 15. 6. 2005 die von der Gläubigerin Ö\*\*\*\*\* Wohnbauvereinigung \*\*\*\*\* Gesellschaft mbH (in der Folge: Wohnbauvereinigung) sowie von der Gläubigerin G\*\*\*\*\* Siedlungsgenossenschaft \*\*\*\*\* reg GenmbH (in der Folge: Siedlungsgenossenschaft) klagsweise geltend gemachte Forderungen nach § 66 AO mit EUR 0 festzustellen.Die Schuldnerin beantragte am 15. 6. 2005 die von der Gläubigerin Ö\*\*\*\*\* Wohnbauvereinigung \*\*\*\*\* Gesellschaft mbH (in der Folge: Wohnbauvereinigung) sowie von der Gläubigerin G\*\*\*\*\* Siedlungsgenossenschaft \*\*\*\*\* reg GenmbH (in der Folge: Siedlungsgenossenschaft) klagsweise geltend gemachte Forderungen nach Paragraph

66, AO mit EUR 0 festzustellen.

Die beiden angeführten Gläubigerinnen beantragten ihrerseits die vorläufige Feststellung ihrer Forderungen mit EUR 400.000 bzw EUR 450.000. Die Ausgleichsschuldnerin habe mit Werkvertrag vom 10. 4. 2001 den Auftrag über die Lieferung und den Einbau sämtlicher Alu-Holzfenster und Türelemente im Bereich eines, ein Gemeinschaftsprojekt der beiden Antragstellerinnen darstellenden Bauvorhabens übernommen. Die von der Ausgleichsschuldnerin gelieferten Fenster- und Türelemente wiesen erhebliche Mängel auf, die Mängelbehebungskosten im Umfang der jeweils beantragten Feststellung erforderlich gemacht hätten.

Die Ausgleichsschuldnerin bestritt das Bestehen von Gewährleistungsansprüchen und wendete ein, dass die aufgetretenen Probleme infolge nicht sachgerechter Wartung der gelieferten Elemente aufgetreten seien.

Das Erstgericht stellte (im zweiten Rechtsgang) folgenden für das Verfahren vor dem Obersten Gerichtshof wesentlichen Sachverhalt fest:

„Mit Werkverträgen vom 10. 4. 2001 beauftragten die Wohnbauvereinigung bzw die Siedlungsgenossenschaft die Ausgleichsschuldnerin mit der Lieferung und dem Einbau sämtlicher Alu-Holzfenster und Türelemente eines gemeinschaftlichen Bauvorhabens. Von der Auftragssumme entfielen ATS 4,039.139,30 auf die Wohnbauvereinigung und ATS 4,400.349,12 auf die Siedlungsgenossenschaft.

Den Werkverträgen liegt ein von der Ausgleichsschuldnerin unterfertigtes Vergabeleistungsverzeichnis, jeweils datiert mit 10. 4. 2001, zugrunde.

Punkt 1 der Verträge lautet:

„Mit der Unterzeichnung dieses Auftrages erklärt der Auftragnehmer ausdrücklich die allgemeinen Vertragsbedingungen, Ausgabe 1/93, der Genossenschaft Salzburg vollinhaltlich zur Kenntnis genommen und als Vertragsbestandteil anerkannt zu haben.“

Punkt 3 der Verträge lautet:

„Weiters erklären Sie ausdrücklich über Art und Umfang der geforderten Leistungen sowie diese im Leistungsverzeichnis, den Kostenermittlungen und den sonstigen Unterlagen (Pläne, Skizzen und dergleichen) beschrieben sind bzw zur sach- und fachgerechten Ausführung des Bauwerks gehören, in Kenntnis zu sein und alle Kosten hierfür in den angebotenen Einheitspreisen berücksichtigt zu haben, sodass sich Regieleistungen ausnahmslos auf unverhersehbare Arbeiten beschränken.“

Die allgemeinen Vertragsbedingungen für Bauleistungen und Lieferungen sehen unter Punkt 7.02 vor:

„Die Abnahme der Leistungen erfolgt nach Fertigstellung des Gesamtbauwerks bei Hausübergabe an die künftigen Benützer gemeinsam für alle Auftragnehmer.“

Als Anforderung an die Fenster und Fenstertüren wurde die Klasse C der ÖNORM B 5300 vereinbart.

Die ÖNORM B 5300 bezieht sich auf Fenster, Fenstertüren und deren Kombination im Hochbau, in der Folge kurz Fenster genannt, unabhängig vom Werkstoff und der Art der Konstruktion. Sie enthält Anforderungen an Fenster im Hinblick auf deren Luftdurchlässigkeit, Schlagregendichtheit, Verhalten bei Windbelastung sowie Angaben über die Eignungsprüfung.

Punkt 5 der ÖNORM B 5300 Eignungsprüfung lautet auszugsweise:

„Die Prüfungen der Luftdurchlässigkeit, der Schlagregendichtheit und das Verhalten bei Windbelastung sind für jede Rahmenbauart des Fenstersystems, für einflügelige Fenster und Fenstertüren, sowie für zweiflügelige Fenster oder Fenstertüren ohne Pfosten, ausgestattet mit der schwersten, vorgesehenen Verglasung - mit den größten für die jeweilige Öffnungsart und Teilung vorgesehenen Einbaumaßnahmen durchzuführen.“

Vor Abschluss der gegenständlichen Werkverträge wies die Ausgleichsschuldnerin bei einer Besprechung mit dem ausführenden Architektenbüro am 21. 9. 2000 auf mögliche Funktionseinschränkungen bei einigen Fenstern, die breiter als 1,1 m sind, hin. In der Baubesprechungsnotiz vom 21. 9. 2000 wurde dies in Punkt 4 wie folgt festgehalten:

„4. Zu Fensterpositionen 33, 5, 7, 9, 15, 32

Diese Fenster sind alle breiter als 1,10 m, das heißt, bei einer Drehausführung kommt es zu einem derartig hohen

Drehmoment, dass die Funktionsfähigkeit dieser Fenster eingeschränkt sein wird. Es wird darauf hingewiesen, dass aufgrund dieser Tatsache eine ständige Wartung dieser Fenster erforderlich sein wird. Die Architekten werden daher aufgefordert, diese Elemente nochmals zu überdenken und einen Verbesserungsvorschlag vorzulegen."

Die Ausgleichsschuldnerin sandte am 16. 10. 2000 ein Telefax mit folgendem Inhalt an das von den Gläubigern beauftragte Architektenbüro Schwarzenbacher/Oberholzer:

„Qualität und Garantie:

Wir fertigen unsere Fenster nach den Richtlinien der Gütegemeinschaft Holzfenster e.V..

Die Holzfensterproduktion wird laufend vom Institut für Fenstertechnik E.V. Rosenheim überwacht. Unsere Fenster werden nach DIN 58121 gefertigt. Diese DIN legt für jede Konstruktion maximale Flügelmaße in den jeweiligen Beanspruchungsgruppen fest. Diese Ausmaße können dann beliebig auf mehrflügelige Fenster umgewandelt werden.

Wir weisen darauf hin, dass diese Größenbegrenzungen aufgrund der Beanspruchungsgruppe, aber auch aus Sicherheitsgründen festgelegt wurde. Für Übergrößen kann keine Gewährleistung bzw Haftung übernommen werden.

Größenbegrenzung für 1flügelige DK Fenster und Türen:

angelehnt an DIN 68 121 Teil 1"

Das Architektenbüro informierte mit Schreiben vom 17. 10. 2000 die Gläubiger auszugsweise wie folgt:

„Weiters wurden nochmals die technischen Richtlinien des Beschlagsherstellers M\*\*\*\*\* überprüft (Kopie beiliegend); dabei liegt lediglich ein Fenstertürelement (Mittelhaus) knapp außerhalb der maximalen Flügelfläche von 2,4 m<sup>2</sup> - dieses Element kann durch geringfügige Verringerung der Einbaubreite ohne Auswirkung auf die prinzipielle Fassadenteilung adaptiert werden.

Die Fa. M\*\*\*\*\* Fenster legte ein Diagramm nach DIN vor, die jedoch keine gesetzliche Grundlage darstellt, außerdem wurde auch in der Angebotslegung nicht darauf hingewiesen. Außerhalb dieses Normbereichs würden auch lediglich die Küchenfenster der Randhäuser liegen, hier könnte man folgende Varianten überlegen:

- 1) Einbau einer verdeckt liegenden Drehsicherung damit sichergestellt wird, dass das Fenster nur zu Reinigungszwecken gedreht wird; dies entspricht auch der praktischen Nutzungsmöglichkeit hinter der Spüle.
- 2) Ausführung lediglich als Kippfenster mit Aushängeschere zur Reinigung.
- 3) Ausführung als Schwing- oder Klappflügel (zB System Nordan), was auf Grund der Lage ebenfalls sehr benutzerfreundlich wäre. Auch die Tatsache, dass keinem der Angebote diesbezügliche Einschränkungen beigelegt wurden zeigt uE, dass die entsprechenden Richtlinien eingehalten sind. Wenn nun die Fa. M\*\*\*\*\* nachträglich aufgrund ihrer individuellen Fertigungsmöglichkeiten Bedenken äußert, liegt es in ihrem Bereich entsprechende kostenneutrale Kompensationen (Vorschläge siehe oben) zu setzen. Allfällige Umplanungskosten wären ebenfalls von der Fa. M\*\*\*\*\* zu tragen."

Das Architektenbüro informierte mit Fax vom 31. 10. 2000 die Gläubiger über eine an diesem Tag stattgefundene Besprechung mit dem Geschäftsführer der Ausgleichsschuldnerin:

„... die heutige Besprechung mit Herrn E\*\*\*\*\*r brachte folgende Ergebnisse:

Übereinstimmung, dass Fenstergrößen (Ausnahme Pos. 36) grundsätzlich innerhalb der Richtlinien von M\*\*\*\*\*-Beschlüge und auch DIN-Norm liegen.

Bedenken von Herrn E\*\*\*\*\* würden lediglich Fenster betreffen, die häufig geöffnet (gedreht) werden; dies ist durch Gebäudetechnik (kontrollierte Lüftung) und insbesondere Lage der hauptsächlich angesprochenen Elemente hinter der Küchenspüle nicht der Fall.

Ergebnis bei Durchsicht der einzelnen Positionen:

Pos 05, 07, 15, 32: Breites Fenster ist lediglich Stulpflügel (Stehflügel) von doppelflügeligem Fenster, der nur zu Wartungszwecken (Putzen) durch Lösen der Arretierung geöffnet wird, Dreh-/Kipp-Lüftungsflügel ist schmal.

Pos 09, 33: Küchenfenster hinter Spüle; Aufdrehen ist aufgrund der Lage unwahrscheinlich, es sollte jedoch seitens des Bauherrn entschieden werden, ob zusätzlich verdeckt liegende Drehsperre eingebaut wird

Pos 36: Drehtür: Von Arch bereits verkleinert auf Maß unter 2,4 m<sup>2</sup>

Flügelgröße"

...

Der von den Gläubigern beauftragte Architekt antwortete schließlich der Ausgleichsschuldnerin mit Email vom 14. 11. 2000 wie folgt:

„Die Fenster A 1, A 2, A 3, B 2, B 33 bleiben unverändert.“

Die Übergabe der Wohnungen des Bauvorhabens der Wohnbauvereinigung und der Siedlungsgenossenschaft an die Mieter erfolgte am 24. 5. 2005. Die Begehung des Bauvorhabens mit den Professionisten fand zwischen dem 21. und dem 23. 5. 2002 statt. Nach Übergabe des Bauvorhabens traten Mieter an die Wohnbauvereinigung bzw die Siedlungsgenossenschaft heran und machten verschiedene Mängel der Fenster geltend.

Die Ausgleichsschuldnerin führte daraufhin in einigen Wohnungen Einstellungsarbeiten durch.

Die von der Ausgleichsschuldnerin gelieferten Fenstertüren und zweiflügeligen Fenster sind sehr schlecht schließbar, da die Möglichkeiten der Fensterkonstruktion speziell bei den zweiflügeligen Fensterelementen sowie bei den unterquadratischen zweiflügeligen Elementen in statischer Hinsicht mehr als ausgereizt sind. Dies führt zu einer hohen Belastung der Beschläge, die bereits bei üblicher Belastung sehr rasch wieder eine Nachstellung benötigen. Da die Verstellwege bereits ausgeschöpft sind, können die Elemente auch nicht mehr ordnungsgemäß eingestellt werden, was teilweise zu einem starken Hängen der Flügel führt. Eine Wartung inklusive Schmierung der Fenster bringt diesbezüglich keine Abhilfe, weil es aufgrund der großen Flügel dimensionen zu einer Überbelastung der Beschläge kommt. Die Schmierung der Ecklager, Eckumlenkungen und der Verriegelungsschienen war bereits bei Herstellung durch die Ausgleichsschuldnerin nicht bzw nur rudimentär gegeben. Die Fenstertüren erreichen in Einbaugröße nicht die geforderten Anforderungen der Klasse C laut ÖNORM B 5300 hinsichtlich der Luft- und Schlagregendichtheit, wobei es bereits bei relativ geringen Prüfdrücken bereits zu Wassereintritten kommt und bei Wind im Fensterfalzbereich ein Pfeifton entsteht.

Die Ursachen der Mängel der Fenstertüren und im speziellen der zweiflügeligen Türen liegen teilweise in der Bauweise, teilweise in der Tatsache, dass es sich um Stulpfenstertüren handelt und teilweise an deren extremer Größe.

Der Mängelbehebungsaufwand für die Fenstertürenelemente (Übergrößen) beträgt EUR 461.656,80 (exkl 20 % USt; inkl 10 % Pauschalkosten für Unvorhergesehenes). Nicht festgestellt werden kann, welcher Mängelbehebungsaufwand den einzelnen Mangelursachen (Bauweise, Stulpfenstertüren, Übergröße) zuzurechnen ist und ob die vorgenannten Mängel auch aufgetreten wären, wenn es sich um Fenster in Normalgröße gehandelt hätte. Der Mängelbehebungsaufwand wäre ohne Berücksichtigung des Mangels der nicht der Klasse C entsprechenden Schlagregendichtheit geringer, wobei aber das Ausmaß nicht exakt festgestellt werden kann.

Die Fenster im Verhältnis „Breite größer als die Höhe“ weisen wesentliche Mängel auf, die in Form von fehlerhaften Funktionen, Undichtheiten und statischen Schäden auftreten. Der Mängelbehebungsaufwand für alle an den Fensterelementen durchzuführenden Arbeiten beträgt EUR 47.988,60 (exkl 20 % USt; inkl 10 % Pauschalkosten für Unvorhergesehenes), davon entfallen EUR 38.295,50 auf die Fenster der Positionen 5, 7, 9, 15, 32 und 33, die breiter als 1,10 m sind.

Die restlichen einflügeligen Fensterelemente weisen keine Mängel auf. In der Folge schlüsselte das Erstgericht in einer detaillierten Aufstellung die Mängelbehebungskosten nach den einzelnen Fenster-/Fenstertürenelementen auf und stellte fest, dass alle unter den Positionen Türenelemente (zweiflügelig, zweiflügelig mit Fixverglasung, einflügelig) angeführten Fenstertüren Übergrößen sind. Auf die Positionen 5, 7, 9, 15, 32 und 33 entfällt ein Mängelbehebungsaufwand von EUR 38.295,50.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, dass unter Berücksichtigung der Übergabe der Wohnungen an die Mieter am 24. 5. 2002 und Klagseinbringung am 24. 5. 2005 die von den Antragstellern geltend gemachten Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nicht verjährt seien.

Die gegenständlichen Werkverträge seien vor Inkrafttreten des Gewährleistungsänderungsgesetzes am 1. 1. 2002 geschlossen worden. Nach den Feststellungen lägen an einigen Fenster-/Türelementen wesentliche behebbare Mängel vor, da diese teilweise nicht den vertraglichen Anforderungen Klasse C der ÖNORM B 5300 entsprechen und der ordentliche Gebrauch durch das schlechte Schließen der Fensterbzw Türelemente nicht gegeben sei. Für diese Mängel habe die Ausgleichsschuldnerin grundsätzlich einzustehen, da die von ihr geleisteten Verbesserungen („Einstellungsarbeiten“) ohne Erfolg geblieben seien.

§ 1168a Satz 3 ABGB drücke die allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten des Schuldners in der speziell auf den Werkvertrag zugeschnittenen Warnpflicht aus. Die vorgesehene Warnung diene der Verhinderung der Beeinträchtigung der Güter des Gläubigers, und der Vermeidung von nachteiligen Folgen im sonstigen Vermögen. Sie solle aber vor allem die ordnungsgemäße Erbringung der geschuldeten Leistung selbst ermöglichen, soll doch der Werkbesteller durch die Aufklärung des Werkunternehmers über den Mangel des Stoffs oder der Anweisung fähig gemacht und veranlasst werden, in tauglicher Weise an der tadellosen Erfüllung des Werks mitzuwirken. Verletze der Werkunternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliere er einerseits den Anspruch auf das Entgelt und habe den Besteller andererseits noch allfälligen weitergehenden Schaden zu ersetzen. Jede Warnung müsse dabei erkennen lassen, dass die Gefahr des Misslingens des Werks oder des Eintritts eines Schadens drohe. Ungenügend seien dagegen bloß allgemein gehaltene Hinweise, das Werk sei unzweckmäßig oder es könne „vielleicht“, „unter Umständen“ misslingen. Insbesondere dem sachunkundigen Besteller müssten im Einzelnen die Folgen verdeutlicht werden, die mit dem Ausschlagen der Warnung verbunden seien. Nur so liefere der Werkunternehmer dem Besteller die notwendigen Entscheidungsgrundlagen darüber, ob allenfalls die Ausführung des Werks überhaupt unterbleiben solle oder ob zusätzliche Aufträge erteilt werden müssten. Aufgrund des im zweiten Rechtsgang „anders gelagerten Sachverhalts“ sei das Erstgericht nicht an die vom Oberlandesgericht Graz in seinem Aufhebungsbeschluss vertretene Rechtsansicht gebunden, wonach die Ausgleichsschuldnerin vor einer eingeschränkten Funktionalität aller Fenster mit Übergröße gewarnt habe. Anlässlich der Baubesprechung am 21. 9. 2000 habe die Ausgleichsschuldnerin mit hinreichender Klarheit dem den Gläubigern zuzurechnenden Architekten erläutert, dass bei Beibehaltung der geplanten Übergröße die Funktionsfähigkeit der Fenster der Positionen 5, 7, 9, 15, 32 und 33 eingeschränkt sein werde. Eine weiterreichende Warnung könne auch dem Telefax vom 16. 10. 2000, insbesondere aufgrund des Faxes vom 31. 10. 2006 nicht entnommen werden. Es habe nämlich am 31. 10. 2006 Übereinstimmung zwischen dem Architekten und dem Geschäftsführer der Ausgleichsschuldnerin bestanden, dass die Fenstergrößen, ausgenommen die Position 36, innerhalb der Richtlinien von M\*\*\*\*\*-Beslägen und auch DIN-Norm liegen. Lediglich hinsichtlich der vorgenannten Positionen sei die Warnung nicht ausdrücklich zurückgenommen, sondern nur näher besprochen worden. Selbst wenn man daher davon ausginge, dass die Ausgleichsschuldnerin mit Fax vom 16. 10. 2000 eine Warnung hinsichtlich aller Fenster mit Übergrößen ausgesprochen habe, müsse diese jedenfalls durch die Übereinstimmung zwischen dem Architekten und der Ausgleichsschuldnerin, das alle Fenster innerhalb der Richtlinien von M\*\*\*\*\*-Beslägen und der DIN-Norm liegen, und nachfolgenden Abschluss der Werkverträge am 10. 4. 2001 unter Zugrundelegung der Anforderungen der Klasse C der ÖNORM B 5300 als zurückgenommen gelten. Da die Gläubiger als Besteller trotz dieser Warnung hinsichtlich der Positionen 5, 7, 9, 15, 32 und 33 auf einer unveränderten Herstellung des dadurch misslungenen Werks bestanden hätten, hätten sie trotz Misslingens des Werks das Entgelt zu zahlen und bestünden diesbezüglich weder Gewährleistungs- noch Schadenersatzansprüche. Die durch die von den Gläubigern missachtete Warnung verursachten Mängel - in dem sich aus der Zuordnung der Mängelbehebungskosten zu den einzelnen Elementen ergebenden Betrag von EUR 38.295,50 - habe die Ausgleichsschuldnerin daher nicht zu vertreten. Paragraph 1168 a, Satz 3 ABGB drücke die allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten des Schuldners in der speziell auf den Werkvertrag zugeschnittenen Warnpflicht aus. Die vorgesehene Warnung diene der Verhinderung der Beeinträchtigung der Güter des Gläubigers, und der Vermeidung von nachteiligen Folgen im sonstigen Vermögen. Sie solle aber vor allem die ordnungsgemäße Erbringung der geschuldeten Leistung selbst ermöglichen, soll doch der Werkbesteller durch die Aufklärung des Werkunternehmers über den Mangel des Stoffs oder der Anweisung fähig gemacht und veranlasst werden, in tauglicher Weise an der tadellosen Erfüllung des Werks mitzuwirken. Verletze der Werkunternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliere er einerseits den Anspruch auf das Entgelt und habe den Besteller andererseits noch allfälligen weitergehenden Schaden zu ersetzen. Jede Warnung müsse dabei erkennen lassen, dass die Gefahr des Misslingens des Werks oder des Eintritts eines Schadens drohe. Ungenügend seien dagegen bloß allgemein gehaltene Hinweise, das Werk sei unzweckmäßig oder es könne „vielleicht“, „unter Umständen“ misslingen. Insbesondere dem sachunkundigen Besteller müssten im Einzelnen die Folgen verdeutlicht

werden, die mit dem Ausschlagen der Warnung verbunden seien. Nur so liefere der Werkunternehmer dem Besteller die notwendigen Entscheidungsgrundlagen darüber, ob allenfalls die Ausführung des Werks überhaupt unterbleiben solle oder ob zusätzliche Aufträge erteilt werden müssten. Aufgrund des im zweiten Rechtsgang „anders gelagerten Sachverhalts“ sei das Erstgericht nicht an die vom Oberlandesgericht Graz in seinem Aufhebungsbeschluss vertretene Rechtsansicht gebunden, wonach die Ausgleichsschuldnerin vor einer eingeschränkten Funktionalität aller Fenster mit Übergröße gewarnt habe. Anlässlich der Baubesprechung am 21. 9. 2000 habe die Ausgleichsschuldnerin mit hinreichender Klarheit dem den Gläubigern zuzurechnenden Architekten erläutert, dass bei Beibehaltung der geplanten Übergröße die Funktionsfähigkeit der Fenster der Positionen 5, 7, 9, 15, 32 und 33 eingeschränkt sein werde. Eine weiterreichende Warnung könne auch dem Telefax vom 16. 10. 2000, insbesondere aufgrund des Faxes vom 31. 10. 2006 nicht entnommen werden. Es habe nämlich am 31. 10. 2006 Übereinstimmung zwischen dem Architekten und dem Geschäftsführer der Ausgleichsschuldnerin bestanden, dass die Fenstergrößen, ausgenommen die Position 36, innerhalb der Richtlinien von M\*\*\*\*\*-Beslägen und auch DIN-Norm liegen. Lediglich hinsichtlich der vorgenannten Positionen sei die Warnung nicht ausdrücklich zurückgenommen, sondern nur näher besprochen worden. Selbst wenn man daher davon ausginge, dass die Ausgleichsschuldnerin mit Fax vom 16. 10. 2000 eine Warnung hinsichtlich aller Fenster mit Übergrößen ausgesprochen habe, müsse diese jedenfalls durch die Übereinstimmung zwischen dem Architekten und der Ausgleichsschuldnerin, dass alle Fenster innerhalb der Richtlinien von M\*\*\*\*\*-Beslägen und der DIN-Norm liegen, und nachfolgenden Abschluss der Werkverträge am 10. 4. 2001 unter Zugrundelegung der Anforderungen der Klasse C der ÖNORM B 5300 als zurückgenommen gelten. Da die Gläubiger als Besteller trotz dieser Warnung hinsichtlich der Positionen 5, 7, 9, 15, 32 und 33 auf einer unveränderten Herstellung des dadurch misslungenen Werks bestanden hätten, hätten sie trotz Misslingens des Werks das Entgelt zu zahlen und bestünden diesbezüglich weder Gewährleistungs- noch Schadenersatzansprüche. Die durch die von den Gläubigern missachtete Warnung verursachten Mängel - in dem sich aus der Zuordnung der Mängelbehebungskosten zu den einzelnen Elementen ergebenden Betrag von EUR 38.295,50 - habe die Ausgleichsschuldnerin daher nicht zu vertreten.

Die restlichen festgestellten Mängel seien jedoch keine Folge der von den Gläubigern missachteten Warnung und hafte die Ausgleichsschuldnerin in diesem Umfang für die Mängelbehebung. In Summe betragen die von der Ausgleichsschuldnerin zu ersetzenden Mängelbehebungskosten EUR 471.134,99 wovon EUR 245.649,78 auf die Siedlungsgenossenschaft und EUR 225.485,21 auf die Wohnbauvereinigung entfalle.

Die Ausgleichsschuldnerin habe die 40 %ige Quote aus den vorläufig festgestellten Forderungen zu berücksichtigen.

Das Rekursgericht änderte über Rekurs der Ausgleichsschuldnerin den erstgerichtlichen Beschluss dahin ab, dass die Forderungen vorläufig mit jeweils „0“ festgestellt wurden. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands insgesamt EUR 20.000 übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig sei.

In seiner Begründung führte es aus, dass das Erstgericht gegen ein Beweisthemenvorbot verstoßen habe. Im ersten Rechtsgang habe das Rekursgericht angenommen, „die Besprechungsnotiz vom 21. 12. 2000, die Telefaxnachricht vom 16. 10. 2000 und schließlich die den Gläubigerinnen zurechenbare Antwort vom 14. 11. 2000“ genüge wenigstens im Rahmen des summarischen Verfahrens nach § 66 AO als Tatsachensubstrat für den rechtlichen Schluss, die Schuldnerin habe ihrer Warnpflicht genügt. Damit sei das Thema der Warnpflicht grundsätzlich abschließend erledigt gewesen. Nach herrschender Ansicht könnten abschließend erledigte Streitpunkte auch bei einem Aufhebungsbeschluss nach § 496 Abs 1 Z 3 ZPO nicht neu aufgerollt werden. Im fortgesetzten Verfahren sei es nur mehr um eine Ergänzung des Sachverhalts „in welchem Umfang die in Rede stehenden Mängelbehebungskosten keine Folge einer von den Gläubigerinnen missachteten Warnung“ gegangen. Die dennoch von den Gläubigerinnen im zweiten Rechtsgang abermals aufgerollte Frage der Erfüllung bzw der Nichterfüllung der Warnpflicht durch die Schuldnerin und die vom Erstgericht - anhand neu vorgelegter Beweismittel - im jetzt angefochtenen Beschluss zu diesem Thema getroffenen, von den Tatsachenannahmen im ersten Rechtsgang abweichenden Sachverhaltsannahmen, seien dagegen für die Entscheidungsfindung nicht zu beachten. In seiner Begründung führte es aus, dass das Erstgericht gegen ein Beweisthemenvorbot verstoßen habe. Im ersten Rechtsgang habe das Rekursgericht angenommen, „die Besprechungsnotiz vom 21. 12. 2000, die Telefaxnachricht vom 16. 10. 2000 und schließlich die den Gläubigerinnen zurechenbare Antwort vom 14. 11. 2000“ genüge wenigstens im Rahmen des summarischen Verfahrens nach Paragraph 66, AO als Tatsachensubstrat für den rechtlichen Schluss, die Schuldnerin habe ihrer Warnpflicht genügt. Damit sei das Thema der Warnpflicht grundsätzlich abschließend erledigt gewesen.

Nach herrschender Ansicht könnten abschließend erledigte Streitpunkte auch bei einem Aufhebungsbeschluss nach Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO nicht neu aufgerollt werden. Im fortgesetzten Verfahren sei es nur mehr um eine Ergänzung des Sachverhalts „in welchem Umfang die in Rede stehenden Mängelbehebungskosten keine Folge einer von den Gläubigerinnen missachteten Warnung" gegangen. Die dennoch von den Gläubigerinnen im zweiten Rechtsgang abermals aufgerollte Frage der Erfüllung bzw der Nichterfüllung der Warnpflicht durch die Schuldnerin und die vom Erstgericht - anhand neu vorgelegter Beweismittel - im jetzt angefochtenen Beschluss zu diesem Thema getroffenen, von den Tatsachenannahmen im ersten Rechtsgang abweichenden Sachverhaltsannahmen, seien dagegen für die Entscheidungsfindung nicht zu beachten.

Ausgehend von den seiner Ansicht nach relevanten Sachverhaltsannahmen folgerte das Rekursgericht, dass die von der Schuldnerin gelieferten Fenstertüren und zweiflügeligen Fenster sehr schlecht schließbar seien und auch eine Wartung diesbezüglich keine Abhilfe bringe. Die Fenstertüren würden in Einbaugröße nicht den geforderten Anforderungen der Klasse C laut ÖNORM B 3500 hinsichtlich der Luft- und Schlagregendichtheit erfüllen, wobei es bereits bei relativ geringen Prüfdrücken zu Wassereintritten komme und bei Wind im Fensterbereich ein Pfeifton entstehe. Nicht festgestellt werden könne, welcher Mängelbehebungsaufwand den einzelnen Mängelursachen (Bauweise, Stulpfenstertüren, Übergröße) zuzurechnen sei und ob die vorgenannten Mängel auch aufgetreten wären, wenn es sich um Fenster in Normalgröße gehandelt hätte. Der Mängelbehebungsaufwand wäre ohne Berücksichtigung des Mangels der nicht Klasse C entsprechenden Schlagregendichtheit geringer, wobei aber das Maß (der geringeren Kosten) nicht exakt festgestellt werden könne. Die Fenster im Verhältnis „Breite größer als die Höhe" würden wesentliche Mängel aufweisen, die in Form von fehlerhaften Funktionen, Undichtheiten und statischen Schäden auftreten. Die jeweiligen Negativfeststellungen würden die Gläubigerinnen belasten. „Da sie für die Folgen der von ihr missachteten Warnung einzustehen haben, diesbezüglich keine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche mehr bestehen können, im Übrigen aber nicht gesagt werden könne, welcher Teil der Kosten zur Sanierung der Mängel nicht Konsequenz der missachteten Warnung seien, bleibe kein feststellbarer Anspruch der Gläubigerinnen mehr übrig".

### **Rechtliche Beurteilung**

Der außerordentliche Revisionsrekurs der Gläubigerinnen ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts rechtzeitig, zulässig und auch berechtigt. Die Rechtsmittelwerberinnen relevieren zu Recht als Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung, dass von einer endgültigen Erledigung des Themas „Warnpflicht" im ersten Rechtsgang nicht die Rede sein kann. Das Rekursgericht hat im ersten Rechtsgang unter Bezugnahme der im Wortlaut wiedergegebenen Besprechungsnotiz vom 21. 9. 2000, Telefax vom 16. 10. 2000 und Mitteilung vom 14. 11. 2000 die Rechtsansicht vertreten, dass „wenigstens für das summarische Verfahren nach § 66 AO" die Ausgleichsschuldnerin den Gläubigern mit hinreichender Klarheit erläutert habe, dass bei Beibehalten der geplanten Übergröße die Funktionsfähigkeit der Fenster-/Türelemente eingeschränkt sein werde. Das Rekursgericht räumte jedoch ein, dass das Erstgericht (im ersten Rechtsgang) „nicht nur von einer schlechten Schließbarkeit" sondern auch von einem Pfeifton, nicht entsprechender Luftdichtheit und Schlagregendichte ausgegangen sei. Es sei damit unklar, in welchem Umfang in den Gesamtkosten Beträge enthalten seien, die der Besteller selbst zu tragen habe, weil er trotz Warnung auf einer Ausführung des geplanten Werks bestanden habe. Das Erstgericht werde daher im fortgesetzten Verfahren im Tatsachenbereich festzulegen haben, in welchem Umfang die fraglichen Mängelbehebungskosten keine Folgen einer von den Gläubigern missachteten Warnung sind". Angesichts dieses für das Erstgericht kaum nachvollziehbaren Auftrags zur Ergänzung der Sachverhaltsgrundlage mutet es kühn an, dass das Rekursgericht im zweiten Rechtsgang von einem „abschließend erledigten Streitpunkt" spricht. Mag das Rekursgericht (im ersten Rechtsgang) auch die - in dieser Allgemeinheit jedenfalls nicht zu billigende - Rechtsansicht vertreten haben, dass eine hinreichende Warnung der Ausgleichsschuldnerin bezüglich der Schließbarkeit der Fenster- und Türelemente mit Übergröße erfolgt sei, hat es doch im Zusammenhang mit behaupteten und festgestellten weiteren Mängeln der gelieferten Elemente, den erstgerichtlichen Beschluss behoben und eine Ergänzung des Sachverhalts aufgetragen. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Beantwortung jener Fragen, die vom Rechtsmittelgericht, das die Aufhebung verfügt hat, auf der Grundlage des gegebenen Sachverhalts bereits abschließend entschieden wurden, aufgrund neuer Tatsachen nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Abschließend erledigte Streitpunkte können im fortgesetzten Verfahren somit nicht mehr aufgerollt werden (SZ 70/97; SZ 71/94; 1 Ob 35/04k, 7 Ob 99/06v; RIS-Justiz RS0042031 ua). Die (unzutreffende) eine rechtliche Beurteilung darstellende Auslegung des Inhalts der vom Rekursgericht (im ersten Rechtsgang) wiedergegebenen Urkunden stellt nun keinesfalls einen

solchen „abschließend erledigten Streitpunkt“ dar. Der außerordentliche Revisionsrekurs der Gläubigerinnen ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Rekursgerichts rechtzeitig, zulässig und auch berechtigt. Die Rechtsmittelwerberinnen relevieren zu Recht als Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung, dass von einer endgültigen Erledigung des Themas „Warnpflicht“ im ersten Rechtsgang nicht die Rede sein kann. Das Rekursgericht hat im ersten Rechtsgang unter Bezugnahme der im Wortlaut wiedergegebenen Besprechungsnotiz vom 21. 9. 2000, Telefax vom 16. 10. 2000 und Mitteilung vom 14. 11. 2000 die Rechtsansicht vertreten, dass „wenigstens für das summarische Verfahren nach Paragraph 66, AO“ die Ausgleichsschuldnerin den Gläubigern mit hinreichender Klarheit erläutert habe, dass bei Beibehalten der geplanten Übergröße die Funktionsfähigkeit der Fenster-/Türelemente eingeschränkt sein werde. Das Rekursgericht räumte jedoch ein, dass das Erstgericht (im ersten Rechtsgang) „nicht nur von einer schlechten Schließbarkeit“ sondern auch von einem Pfeifton, nicht entsprechender Luftdichtheit und Schlagregendichte ausgegangen sei. Es sei damit unklar, in welchem Umfang in den Gesamtkosten Beträge enthalten seien, die der Besteller selbst zu tragen habe, weil er trotz Warnung auf einer Ausführung des geplanten Werks bestanden habe. Das Erstgericht werde daher im fortgesetzten Verfahren im Tatsachenbereich festzulegen haben, in welchem Umfang die fraglichen Mängelbehebungskosten keine Folgen einer von den Gläubigern missachteten Warnung sind“. Angesichts dieses für das Erstgericht kaum nachvollziehbaren Auftrags zur Ergänzung der Sachverhaltsgrundlage mutet es kühn an, dass das Rekursgericht im zweiten Rechtsgang von einem „abschließend erledigten Streitpunkt“ spricht. Mag das Rekursgericht (im ersten Rechtsgang) auch die - in dieser Allgemeinheit jedenfalls nicht zu billigende - Rechtsansicht vertreten haben, dass eine hinreichende Warnung der Ausgleichsschuldnerin bezüglich der Schließbarkeit der Fenster- und Türelemente mit Übergröße erfolgt sei, hat es doch im Zusammenhang mit behaupteten und festgestellten weiteren Mängeln der gelieferten Elemente, den erstgerichtlichen Beschluss behoben und eine Ergänzung des Sachverhalts aufgetragen. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Beantwortung jener Fragen, die vom Rechtsmittelgericht, das die Aufhebung verfügt hat, auf der Grundlage des gegebenen Sachverhalts bereits abschließend entschieden wurden, aufgrund neuer Tatsachen nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Abschließend erledigte Streitpunkte können im fortgesetzten Verfahren somit nicht mehr aufgerollt werden (SZ 70/97; SZ 71/94; 1 Ob 35/04k, 7 Ob 99/06v; RIS-JustizRS0042031 ua). Die (unzutreffende) eine rechtliche Beurteilung darstellende Auslegung des Inhalts der vom Rekursgericht (im ersten Rechtsgang) wiedergegebenen Urkunden stellt nun keinesfalls einen solchen „abschließend erledigten Streitpunkt“ dar.

Das Rekursgericht hat daher im zweiten Rechtsgang völlig zu Unrecht die vom Erstgericht getroffenen detaillierten Feststellungen, an die es infolge des Unmittelbarkeitsgrundsatzes auch gebunden ist, nicht seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt. Da das Erstgericht unmittelbar Beweise aufgenommen hat, ist die Tatsachenrüge im Rekurs unzulässig und somit unbeachtlich (Kodek in Rechberger<sup>3</sup> § 526 ZPO Rz 5 ff mwN) dies gilt gemäß § 171 KO auch im Insolvenzverfahren (8 Ob 282/01f = SZ 2002/3). Das Rekursgericht hat daher im zweiten Rechtsgang völlig zu Unrecht die vom Erstgericht getroffenen detaillierten Feststellungen, an die es infolge des Unmittelbarkeitsgrundsatzes auch gebunden ist, nicht seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt. Da das Erstgericht unmittelbar Beweise aufgenommen hat, ist die Tatsachenrüge im Rekurs unzulässig und somit unbeachtlich (Kodek in Rechberger<sup>3</sup> Paragraph 526, ZPO Rz 5 ff mwN) dies gilt gemäß Paragraph 171, KO auch im Insolvenzverfahren (8 Ob 282/01f = SZ 2002/3).

Unter Zugrundelegung des vom Erstgericht im zweiten Rechtsgang festgestellten Sachverhalts erweist sich auch dessen rechtliche Beurteilung als völlig zutreffend. Hinsichtlich der von der Warnung der Ausgleichsschuldnerin tatsächlich umfassten Einzelpositionen hat das Erstgericht ohnehin eine Ersatzpflicht der Ausgleichsschuldnerin verneint. Im Übrigen liegen aber die festgestellten Mängel und der diesen zuzuordnende Behebungsaufwand vor, sodass die Feststellung der Forderungen der Gläubigerinnen im provisorischen Verfahren nach § 66 AO zu Recht erfolgte. Unter Zugrundelegung des vom Erstgericht im zweiten Rechtsgang festgestellten Sachverhalts erweist sich auch dessen rechtliche Beurteilung als völlig zutreffend. Hinsichtlich der von der Warnung der Ausgleichsschuldnerin tatsächlich umfassten Einzelpositionen hat das Erstgericht ohnehin eine Ersatzpflicht der Ausgleichsschuldnerin verneint. Im Übrigen liegen aber die festgestellten Mängel und der diesen zuzuordnende Behebungsaufwand vor, sodass die Feststellung der Forderungen der Gläubigerinnen im provisorischen Verfahren nach Paragraph 66, AO zu Recht erfolgte.

Auf die übrigen Argumente der Revision ist daher nicht mehr einzugehen.

Die Ausgleichsschuldnerin vermochte in ihrer - ihr freigestellten - Revisionsrekursbeantwortung dem Rechtsmittel der Gläubigerinnen nichts von Relevanz entgegenzusetzen.

Ein Kostenersatz findet im summarischen Verfahren nach § 66 AO nicht statt. Ein Kostenersatz findet im summarischen Verfahren nach Paragraph 66, AO nicht statt.

**Anmerkung**

E86075 8Ob92.07y

**Schlagworte**

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in ZIK 2008/112 S 69 - ZIK 2008,69 XPUBLEND

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2007:0080OB00092.07Y.1122.000

**Zuletzt aktualisiert am**

10.07.2008

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

© 2025 JUSLINE

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

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