

# TE OGH 2007/1/22 13R10/07d

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.01.2007

## Kopf

Das Landesgericht Eisenstadt als Berufungsgericht hat durch die Richter Mag. Manfred Zechmeister (Vorsitzender), Dr. Jürgen Rassi und Mag. Alexander Pertmayr in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\* H\*\*\*\*\* Kft., H-9326 Szil, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Heinz-Dietmar Schimanko, Rechtsanwalt in 1010 Wien, gegen die beklagte Partei P\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\*, Transportunternehmer, 7531 Kemeten, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Kurt Lechner, Rechtsanwalt in 2620 Neunkirchen, wegen zuletzt EUR 2.943,15 s.A., über die Berufungen beider Streitteile gegen das Urteil des Bezirksgerichtes Oberwart vom 30.10.2006, GZ 2 C 1908/05m-23, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Berufung der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben. Hingegen wird der Berufung der klagenden Partei Folge gegeben und das angefochtene Urteil dahin abgeändert, dass es zu lauten hat wie folgt:

„1. Die Klagsforderung besteht mit EUR 2.791,29 zu Recht, im Übrigen nicht zu Recht.

1. 2.Ziffer 2

Die Gegenforderung besteht nicht zu Recht.

2. 3.Ziffer 3

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei EUR 2.791,29 samt 4 % Zinsen daraus seit 6.9.2005 binnen 14 Tagen zu zahlen.

4. Hingegen wird das Mehrbegehren, die beklagte Partei sei weiters schuldig, der klagenden Partei EUR 151,86 samt 4 % Zinsen daraus seit 6.9.2005 zu zahlen, abgewiesen.

5. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 3.642,22 (darin EUR 372,20 an USt und EUR 1.409,-- an Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu Handen des Klagevertreters ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei deren mit EUR 1.204,71 (darin enthalten EUR 161,95 an USt und EUR 233,-- an Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu Handen des Klagevertreters zu ersetzen.

Die Revision ist jedenfalls unzulässig.

## Text

### Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei begehrte zuletzt EUR 2.943,15 s.A. und brachte dazu im Wesentlichen vor, dass es sich dabei um den noch offenen Restbetrag für die Lieferung und Montage von Fenstern handle. Der Beklagte bestritt, beantragte die Klagsabweisung und wendete die Bezahlung des offenen Geldbetrages ein. Die Leistungen der klagenden Partei seien mangelhaft erbracht worden. Die gelieferten Fenster würden weder der Vereinbarung noch der Ö-Norm entsprechen. Die Fenster seien so mangelhaft, dass der Werklohn nicht fällig wäre. Den Beklagten stünden Gegenforderungen aus

dem Titel des Schadenersatzes und aus jedem erdenklichen Rechtsgrund zu. Eine Gegenforderung von EUR 500,-- stünde dem Beklagten zu, weil bei der Montage der Fenster die entsprechende Verkleidung unterlassen worden sei. Weiters werde eine Schadenersatzforderung von EUR 5.115,-- der Klagsforderung entgegengehalten. Dabei handle es sich um eine Verwaltungsstrafe nach dem Ausländerbeschäftigungsgesetz (AusIBG) hinsichtlich der von der klagenden Partei beschäftigten Arbeiter, deren Arbeitsleistung vom Beklagten in Anspruch genommen worden sei. Tatsächlich habe es die klagende Partei unterlassen, die entsprechenden Beschäftigungsbewilligungen zu besorgen.

Mit dem angefochtenen Urteil hat das Erstgericht die Klagsforderung mit EUR 2.791,29, die Gegenforderung mit EUR 2.791,29 als zu Recht bestehend festgestellt und das Klagebegehren abgewiesen. Es traf dabei folgende Feststellungen:

Bei der klagenden Partei handelt es sich um ein Ende der 90-er Jahre gegründetes Bauunternehmen mit dem Schwergewicht Holzbau und Sitz in Ungarn (H-9326 Szil). Ihr Geschäftsführer A\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\* ist österreichischer Staatsbürger und lebt in Neumarkt im Tauchental. Der Beklagte stammt aus Rumänien und ist mittlerweile österreichischer Staatsbürger, er ist als Transportunternehmer tätig. Er erwarb mit Kaufvertrag vom 24.09.1999 die Liegenschaft EZ \*\*\*\*\* KG Kemeten. Auf dieser befindet sich sein Privathaus mit der Adresse \*\*\*\*\*. Der Beklagte entschloss sich mit seiner Gattin, dieses Objekt aus- und umzubauen. Er ist vom Beruf her häufig im Ausland unterwegs. Die Arbeiten sollten daher von einem Unternehmen durchgeführt werden. Der Beklagte lernte schließlich den Geschäftsführer der klagenden Partei bei einem Bekannten kennen, wobei bei diesem von der klagenden Partei Arbeiten erbracht wurden.

In der Folge wurden die Arbeiten beim Objekt des Beklagten (Dachausbau im ersten Stock und Errichtung eines Wintergartens) erörtert, wobei der Beklagte bereits über den Einreichplan verfügte. Der Beklagte vergewisserte sich bei Geschäftsführer Kasco auch, ob die klagende Partei in Österreich arbeiten darf. Dies wurde vom Geschäftsführer bejaht.

Die Parteien schlossen am 02.09.2004 einen schriftlichen Vertrag über diverse Arbeiten am Objekt Lärchengasse 5, als Anzahlung leistete der Beklagte am 04.09.2004 EUR 10.000,--. Die einzelnen Arbeiten wurden in der Urkunde angeführt, das Gesamtentgelt war mit EUR 29.500,-- beziffert. Mit den Arbeiten wurde im Oktober 2004 begonnen, die klagende Partei setzte auf der Baustelle ungarische Arbeiter ein. Im November 2004 erhielt die klagende Partei eine weitere Zahlung von EUR 15.000,--. Ende November 2004 wurde vereinbart, dass die klagende Partei diverse, während der Bauarbeiten als notwendig erkannte Zusatzarbeiten durchführen sollte. Die klagende Partei legte dazu einen Kostenvoranschlag vor, nach Preisverhandlungen und der Zusage der klagenden Partei, auch die Dachrinne selbst zu liefern (und nicht nur zu montieren), wurde das Gesamtentgelt von EUR 29.500,-- auf EUR 32.500,-- erhöht. Von Beginn der Gespräche an war klar, dass die klagende Partei gesondert die Verglasung des Wintergartens anbieten sollte (Änderung des Bauwerks während der Bauphase; vorerst Pultdach, dann Satteldach; kein Naturmaß möglich). Mit Auftrag vom 02.09.2004 war die klagende Partei verpflichtet, auf einem vom Beklagten hergestellten Betonfundament die Holzkonstruktion des Wintergartens aufzubauen.

Anfang Dezember 2004 kam es zu einem Polizeieinsatz auf der Baustelle, wobei vier ungarische Arbeiter der klagenden Partei aufgegriffen wurden. Nach der Amtshandlung erhielten sowohl der Beklagte als auch seine Gattin eine Anzeige wegen der illegalen Beschäftigung ausländischer Arbeitskräfte. In erster Instanz wurden beide zu einer Geldstrafe von jeweils EUR 9.300,-- verurteilt. Von der Berufungsbehörde wurde die Strafe pro Person auf EUR 4.650,-- herabgesetzt. Die Verfahrenskosten übernahm die Rechtsschutzversicherung des Beklagten. Nach dem Einschreiten der Behörde beauftragte die klagende Partei ein Wiener Subunternehmen mit Teilarbeiten. Auf diesen Gesamtauftrag bezahlte der Beklagte noch weitere EUR 2.500,--.

Die klagende Partei bot dem Beklagten mit Urkunde vom 17.12.2004 Glaselemente für den Wintergarten an. Damals war die Naturmaßabnahme noch nicht möglich (AS 53), dieses Angebot war mit 30.01.2005 befristet. Die Gespräche zur Verglasung wurden dann erst wieder im Juni 2005 fortgesetzt. Die Streitteile legten die Art der Glaselemente fest. Gegenüber dem erwähnten Anbot wurde die Anzahl der Fenster erhöht, jedenfalls um zwei Fenster im oberen Bereich des Wintergartens. Der Beklagte bestellte daneben zwei weitere Fenster für sein Haus. Damals wurde bereits das Naturmaß abgenommen. Bei der Bestellung wurde kein exakter Preis vereinbart, die Parteien gingen von Kosten von rund EUR 3.000,-- aus. Der Beklagte leistete für die Lieferung der Fenster am 28.06.2005 eine Anzahlung von EUR 500,--. Die Fenster wurden Anfang September 2005 von der klagenden Partei nach Kemeten geliefert und eingebaut. Dafür

wurden dem Beklagten inklusive USt Forint 796.491,- = EUR 3.291,29 verrechnet. Die Begleichung der um die Anzahlung verringerten Forderung wird vom Beklagten verweigert. Im Verfahren vereinbarten die Parteien die Anwendung des österreichischen Rechtes unter Ausschluss des UN-Kaufrechtes.

Ende August 2005 hatte die klagende Partei die im Vertrag vom 02.09.2004 aufscheinenden Arbeiten einschließlich des Zusatzauftrages im Wesentlichen erbracht, es fehlte damals jedenfalls noch die Innenstiege.

Bei der Bestellung der Fenster lag es dem Beklagten daran, den Vertrag mit der klagenden Partei abzuschließen. Er machte diese für den durch die Strafe erlittenen finanziellen Nachteil verantwortlich und wollte dafür auch einen Ausgleich.

Die klagende Partei fürchtete, dass der Beklagte die Fenster nicht bezahlen würde. Geschäftsführer K\*\*\*\*\* übermittelte ihm bereits am Tag vor der Anlieferung die Rechnung und teilte mit, dass vor dem Abladen bezahlt werden müsse. Er wies auch seine Arbeiter an, nur bei Erhalt der Rechnungssumme abzuladen. Der Beklagte stellte wiederum eine Zahlung erst nach der Montage in Aussicht, sodass der Geschäftsführer der klagenden Partei letztlich der Montage auch zustimmte. Der Beklagte bezahlte auch danach nicht. Die von der klagenden Partei für den Wintergarten gelieferten Produkte sind Standardfenster der Marke Rehau und weisen den erforderlichen Qualitätsstandard auf. Durch die Endfertigung in Ungarn liegen die Preise zwischen 50 % und 70 % gegenüber den Kosten für in Österreich hergestellte vergleichbare Produkte. Bei der Montage der Fenster wurde teilweise die Holzkonstruktion gerichtet. Vom technischen Standpunkt her ist der Wintergarten noch nicht fertig gestellt. Es sind jedenfalls die Fensterbereiche zu verkleiden (mit Leisten, eine entsprechende Vereinbarung der Parteien als Teil der Montagevereinbarung ist nicht feststellbar; nach Darstellung der klagenden Partei gesondert mit zusätzlichem Kostenaufwand zu vereinbaren). Dadurch würde der Montageschaum abgedeckt und das Entstehen von Kältebrücken verhindert und auch von der Montage herstammende Einschnitte im anschließenden Holzbereich überdeckt. Eine Verkleidung nur im Fensterbereich würde an Material und Arbeit rund EUR 250,- kosten (EUR 500,- für die Verkleidung des gesamten Wintergartenbereiches, etwa inkl. Steher).

Die beiden Trapezfenster im oberen Bereich des Wintergartens sollten ursprünglich gleich groß sein. Vorarbeiten des Beklagten waren unter anderem dafür verantwortlich, dass es im Giebelbereich zu asymmetrischen Ausbildungen kam. Der Geschäftsführer der klagenden Partei nahm für die beiden Trapezfenster das Naturmaß und lieferte das linke Fenster größer als das rechte. Es wäre sowohl bei der Abnahme des Maßes als auch jetzt noch möglich, den asymmetrischen Eindruck abzuschwächen bzw. zu retuschieren (Verbreiterung des Mittelteiles und Neuanfertigung des linken Fensters). Die Kosten hiefür an Arbeit und Material betrügen EUR 600,- bis EUR 700,- (bei Anwendung des ungarischen Preisniveaus: EUR 250,- bis EUR 300,-).

Die Dachgeschoissisolierung wurde von der klagenden Partei fachgerecht vorgenommen. Der Beklagte erwarb für acht Türen einfache Türblätter. Er beauftragte die klagende Partei damit, für diese in kostengünstiger Art passende Türstücke herzustellen. Die Ausführung blieb mangelhaft (nicht exakter Gehungsschnitt bei Zier- und Falzverkleidung, sichtbare Befestigungsstellen). Eine Behebung ist möglich und zwar durch Überkitten und Abschleifen der Gehungsschnitte und neuerliches Streichen. Der Kostenaufwand beträgt EUR 500,- bis EUR 600,- (nach österr. Verhältnissen). Nach der Verweigerung der Zahlung der Fensterrechnung stellte die klagende Partei ihre Arbeiten ein, so wurde trotz Naturmaßabnahme die Innenstiege nicht gefertigt. Die klagende Partei war auch nicht bereit, die Fenster zu verkleiden oder die beiden mitgelieferten, nicht zum Wintergarten gehörenden Fenster zu montieren. Ebenso unterblieb ein entsprechendes Nachrichten der Türblätter. Bei einer Parapethöhe bis 80 bis 85 cm ist nach der Bauordnung bei Fenstern eine Schutzvorrichtung vorzusehen. Das Erstgericht konnte nicht feststellen, ob beim Schlafzimmerfenster Richtung Westen von der Bauplanung her die notwendige Parapethöhe zu erreichen war. In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht, dass ein Betrag von EUR 2.791,29 aus der Rechnung betreffend die Fensterlieferung offen sei. Ein gesondertes Entgelt für Transport und Montage stehe nicht zu. Mangelnde Fälligkeit liege nicht vor, weil die Produkte den erforderlichen Qualitätsstandard aufweisen. Der Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass die Verleistung vereinbart worden sei. Die Asymmetrie der Fenster im Obergeschoss des Wintergartens sei auf Vorarbeiten des Beklagten im Fundamentbereich zurückzuführen, der eine Verbesserung durch die klagende Partei nicht in Anspruch nehmen will. Eine ziffernmäßige Forderung aus dem Umstand der Asymmetrie der Trapezfenster im Obergeschoss sei nicht geltend gemacht worden. Dem Beklagte stünde eine Gegenforderung in der Höhe der Klagsforderung im Hinblick auf die ihm nach dem AusIBG auferlegten Geldstrafe zu. Die Strafe sei aufgrund einer Fehlinformation des Klägers verursacht worden. Ein allfälliges Mitverschulden des Beklagten sei

lediglich mit 25% anzusetzen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung beider Streitteile. Die klagende Partei bekämpft die Entscheidung wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung insoweit, als damit die Gegenforderung mit EUR 2.791,29 als zu Recht bestehend angenommen wurde. Sie beantragt die Abänderung der Entscheidung im klagsstattgebenden Sinn. Der Beklagte richtet sich gegen dagegen, dass die Klagsforderung mit EUR 2.791,29 als zu Recht bestehend festgestellt wurde und beantragt, dass die Klage schon deshalb abgewiesen werde, weil die Klagsforderung nicht zu Recht besteht.

Die Streitteile beantragen jeweils, der Berufung der Gegenseite nicht

Folge zu geben.

Die Berufung des Beklagten ist nicht berechtigt.

Hingegen ist die Berufung der klagenden Partei berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Berufung des Beklagten:

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Rechtsansicht in der Berufungsbeantwortung die Beschwer des Beklagten zu bejahen ist. Nach der Rsp ist nämlich auch der Beklagte, der primär den Bestand der Klagsforderung bekämpft hat, durch eine Klagsabweisung als beschwert anzusehen, die den Bestand der Klagsforderung ganz oder teilweise bejaht und ihr Erlöschen durch Aufrechnung mit der Gegenforderung annimmt (JBI 1959,157, EvBl 1957/152, EvBl 1969/396; RIS-Justiz RS0041006). Weist die erste Instanz das Zahlungsbegehrn mit dreigliedrigem Urteil ab, ist eine Berufung des Beklagten nicht mangels Beschwer unzulässig, weil dieser durch die Konsumation der Gegenforderung beschwert ist (vgl ua 8 ObA 200/02y). Mit der Berufung bekämpft der Beklagte ua die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass die Klagsforderung fällig sei. Dadurch bekämpft er die ihn beschwerende Entscheidung betreffend das Bestehen der Klagsforderung, sodass die Berufung zulässig ist. Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass entgegen der Rechtsansicht in der Berufungsbeantwortung die Beschwer des Beklagten zu bejahen ist. Nach der Rsp ist nämlich auch der Beklagte, der primär den Bestand der Klagsforderung bekämpft hat, durch eine Klagsabweisung als beschwert anzusehen, die den Bestand der Klagsforderung ganz oder teilweise bejaht und ihr Erlöschen durch Aufrechnung mit der Gegenforderung annimmt (JBI 1959,157, EvBl 1957/152, EvBl 1969/396; RIS-Justiz RS0041006). Weist die erste Instanz das Zahlungsbegehrn mit dreigliedrigem Urteil ab, ist eine Berufung des Beklagten nicht mangels Beschwer unzulässig, weil dieser durch die Konsumation der Gegenforderung beschwert ist vergleiche ua 8 ObA 200/02y). Mit der Berufung bekämpft der Beklagte ua die Rechtsansicht des Erstgerichtes, dass die Klagsforderung fällig sei. Dadurch bekämpft er die ihn beschwerende Entscheidung betreffend das Bestehen der Klagsforderung, sodass die Berufung zulässig ist.

Inhaltlich ist die Berufung allerdings nicht berechtigt. Vom Beklagten wird in der Berufung nur mehr der Umstand releviert, dass das Erstgericht trotz festgestellter unterschiedlicher Größe der Fenster das Klagebegehrn als zu Recht bestehend festgestellt hat. Der Beklagte ist daran zu erinnern, dass das Vorbringen der Parteien den Maßstab für die Feststellungen schafft und sich die rechtliche Würdigung der Rechtssache daran zu orientieren hat (vgl 7 Ob 19/73). Das trifft sowohl auf die anspruchsbegründenden Tatsachen als auch auf die Einwendungen zu (1 Ob 738/76). Maßgebend für den Entscheidungsspielraum des Gerichts sind somit der von den Parteien vorgetragene Sachverhalt und die hiefür angegebenen Tatsachen (4 Ob 12/02x). Der Beklagte hat im Verfahren erster Instanz nicht ansatzweise vorgebracht, dass die gegenständliche Leistung im Hinblick auf die asymmetrischen Fenster im Obergeschoss mangelhaft und deshalb noch nicht fällig ist. Ihm ist es mit Blick auf das geltende Neuerungsverbot (§ 482 ZPO) auch nicht möglich, ein derartiges Vorbringen in seinem Rechtmittel nachzuholen. Der Beklagte hat die von ihm behauptete Mängelhaftigkeit lediglich damit begründet, dass die Fenster weder der Vereinbarung noch der Ö-Norm entsprechen würden. Beides wurde nicht weiter konkretisiert, sodass darauf jetzt auch nicht die Asymmetrie der Fenster gestützt werden kann. Im Übrigen ist der Beklagte daran zu erinnern, dass nach den unbekämpften Feststellungen die von der klagenden Partei für den Wintergarten gelieferten Produkte Standardfenster der Marke Rehau sind und den erforderlichen Qualitätsstandard aufweisen. Damit hat das Gericht einen Verstoß gegen Ö-Normen implizit verneint. Schließlich sei auch auf die dislozierte Feststellung des Erstgerichtes in der rechtlichen Begründung verwiesen, wonach der Beklagte eine noch mögliche Verbesserung durch den Kläger gar nicht in Anspruch nehmen will. Diese Feststellung wird zwar in der Berufung auf Seite 3 ausdrücklich bekämpft. Ungeachtet dessen, ist sie im Berufungsverfahren der

weiteren rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen, weil keine gesetzmäßig ausgeführte Beweisrüge vorliegt. Der Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung wird nämlich dann nicht gesetzmäßig ausgeführt, wenn die erstrichterliche Beweiswürdigung nur pauschal als unrichtig bezeichnet wird oder wenn einzelnen Feststellungen lediglich Gegenbehauptungen entgegengesetzt werden (RIS-Justiz RS0041830). Irgendwelche Beweisergebnisse für die Behauptung des Beklagten, dass er „niemals die bestellungsgemäße Lieferung der Fenster verweigert hat“ oder auch nur vermeintlich übergangene Beweisangebote wurden nicht genannt, sodass im Berufungsverfahren davon auszugehen ist, dass der Beklagte eine Verbesserung verweigert. Auch bei Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung wird nun aber der Werklohn fällig, wenn der Besteller die Verbesserung durch den Unternehmer nicht zulässt (M. Bydlinski in KBB § 1170 Rz 7 je mwN; 5 Ob 630/89 = JBI 1990, 248; 10 Ob 136/98t = RdW 1999, 134; 4 Ob 72/06a). Der Beklagte kann sich hier somit nicht auf mangelnde Fälligkeit berufen. Sieht man von der Problematik der Verkleidung der Fenster ab (vgl sogleich), hat der Beklagte hinsichtlich der gegenständlichen Fenster im ausreichend konkreten Ausmaß weder Ansprüche aus dem Gewährleistungsrecht (Preisminderung, Wandlung) noch aus dem Schadenersatzrecht geltend gemacht. Auch der Einwand der Nichterfüllung geht im Hinblick auf die unbekämpft gebliebenen Feststellungen ins Leere. Betreffend die Verkleidung der Fenster ist aus den erstgerichtlichen Feststellungen abzuleiten, dass die Verkleidung nicht Inhalt der vereinbarten Leistung des Klägers war. Inhaltlich ist die Berufung allerdings nicht berechtigt. Vom Beklagten wird in der Berufung nur mehr der Umstand releviert, dass das Erstgericht trotz festgestellter unterschiedlicher Größe der Fenster das Klagebegehren als zu Recht bestehend festgestellt hat. Der Beklagte ist daran zu erinnern, dass das Vorbringen der Parteien den Maßstab für die Feststellungen schafft und sich die rechtliche Würdigung der Rechtssache daran zu orientieren hat (vergleiche 7 Ob 19/73). Das trifft sowohl auf die anspruchsbegründenden Tatsachen als auch auf die Einwendungen zu (Ob 738/76). Maßgebend für den Entscheidungsspielraum des Gerichts sind somit der von den Parteien vorgetragene Sachverhalt und die hiefür angegebenen Tatsachen (4 Ob 12/02x). Der Beklagte hat im Verfahren erster Instanz nicht ansatzweise vorgebracht, dass die gegenständliche Leistung im Hinblick auf die asymmetrischen Fenster im Obergeschoss mangelhaft und deshalb noch nicht fällig ist. Ihm ist es mit Blick auf das geltende Neuerungsverbot (Paragraph 482, ZPO) auch nicht möglich, ein derartiges Vorbringen in seinem Rechtmittel nachzuholen. Der Beklagte hat die von ihm behauptete Mangelhaftigkeit lediglich damit begründet, dass die Fenster weder der Vereinbarung noch der Ö-Norm entsprechen würden. Beides wurde nicht weiter konkretisiert, sodass darauf jetzt auch nicht die Asymmetrie der Fenster gestützt werden kann. Im Übrigen ist der Beklagte daran zu erinnern, dass nach den unbekämpften Feststellungen die von der klagenden Partei für den Wintergarten gelieferten Produkte Standardfenster der Marke Rehau sind und den erforderlichen Qualitätsstandard aufweisen. Damit hat das Gericht einen Verstoß gegen Ö-Normen implizit verneint. Schließlich sei auch auf die dislozierte Feststellung des Erstgerichtes in der rechtlichen Begründung verwiesen, wonach der Beklagte eine noch mögliche Verbesserung durch den Kläger gar nicht in Anspruch nehmen will. Diese Feststellung wird zwar in der Berufung auf Seite 3 ausdrücklich bekämpft. Ungeachtet dessen, ist sie im Berufungsverfahren der weiteren rechtlichen Beurteilung zugrunde zu legen, weil keine gesetzmäßig ausgeführte Beweisrüge vorliegt. Der Berufungsgrund der unrichtigen Beweiswürdigung wird nämlich dann nicht gesetzmäßig ausgeführt, wenn die erstrichterliche Beweiswürdigung nur pauschal als unrichtig bezeichnet wird oder wenn einzelnen Feststellungen lediglich Gegenbehauptungen entgegengesetzt werden (RIS-Justiz RS0041830). Irgendwelche Beweisergebnisse für die Behauptung des Beklagten, dass er „niemals die bestellungsgemäße Lieferung der Fenster verweigert hat“ oder auch nur vermeintlich übergangene Beweisangebote wurden nicht genannt, sodass im Berufungsverfahren davon auszugehen ist, dass der Beklagte eine Verbesserung verweigert. Auch bei Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung wird nun aber der Werklohn fällig, wenn der Besteller die Verbesserung durch den Unternehmer nicht zulässt (M. Bydlinski in KBB Paragraph 1170, Rz 7 je mwN; 5 Ob 630/89 = JBI 1990, 248; 10 Ob 136/98t = RdW 1999, 134; 4 Ob 72/06a). Der Beklagte kann sich hier somit nicht auf mangelnde Fälligkeit berufen. Sieht man von der Problematik der Verkleidung der Fenster ab (vergleiche sogleich), hat der Beklagte hinsichtlich der gegenständlichen Fenster im ausreichend konkreten Ausmaß weder Ansprüche aus dem Gewährleistungsrecht (Preisminderung, Wandlung) noch aus dem Schadenersatzrecht geltend gemacht. Auch der Einwand der Nichterfüllung geht im Hinblick auf die unbekämpft gebliebenen Feststellungen ins Leere. Betreffend die Verkleidung der Fenster ist aus den erstgerichtlichen Feststellungen abzuleiten, dass die Verkleidung nicht Inhalt der vereinbarten Leistung des Klägers war.

Das Erstgericht hat somit zutreffend die Klagsforderung im festgestellten Ausmaß als zu Recht bestehend festgestellt, sodass der Berufung des Beklagten keine Folge zu geben war.

## Zur Berufung der klagenden Partei:

Eingangs ist klarzustellen, dass trotz des missverständlichen Berufungsantrags („dass dem Klagebegehren vollinhaltlich ... stattgegeben wird“) die Abweisung des Begehrens im Ausmaß von EUR 151,86 unbekämpft blieb. Wie aus der Anfechtungserklärung, den Rechtsmittelgründen und dem Kostenverzeichnis („Bemessungsgrundlage EUR 2.791,29“) ersichtlich ist, wendet sich die klagende Partei in ihrem Rechtsmittel ausschließlich gegen die vom Erstbericht als zu Recht bestehend erkannte Gegenforderung von EUR 2.791,29. Dass das Erstgericht die Klagsforderung im Ausmaß von EUR 151,86 (Transport- und Montagekosten) als nicht zu Recht bestehend angenommen hat, wird in der Berufung nicht mehr releviert. Die entsprechende Abweisung des Klagebegehrens ist daher in Rechtskraft erwachsen.

Zu Unrecht wurde im angefochtenen Urteil davon ausgegangen, dass der Beklagte die über ihn verhängte Verwaltungsstrafe im Wege des Schadenersatzes an die klagende Partei abwälzen kann. Der Bestrafung des Beklagten vor der zuständigen Verwaltungsbehörde nach § 28 AuslBG („Verwaltungsübertretung“) liegt ein rechtswidriges und schulhaftes Verhalten des Beklagten zugrunde. Ähnlich wie im gerichtlichen Strafrecht ist auch das Verwaltungsstrafrecht (vgl § 5 Abs 1 VStG) vom Grundsatz „Keine Strafe ohne Verschulden“ geprägt. Gerichte sind nun an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden. Dies auch dann, wenn diese Verfügungen unvollständig oder fehlerhaft sein sollten; eine inhaltliche Überprüfung eines Verwaltungsbescheides durch das Gericht hat nicht stattzufinden (SZ 51/64; ÖBA 1987,604; RIS-Justiz RS0036981; Schragel in Fasching/Konecny ZPO2 II/2 § 190 Rz 14). Die Gegenforderung der beklagten Partei kann somit nicht darauf gestützt werden, dass hier kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis und daher keine Meldeverpflichtung des Beklagten vorliegt. Vielmehr ist zwingend davon auszugehen, dass der Beklagte gegen Bestimmungen des AuslBG schulhaft verstoßen hat und dafür zu Recht bestraft wurde. Von der klagenden Partei wird ausführlich die zutreffende Rsp referiert, wonach es (aus welchem Titel auch immer) zu keiner Überwälzung von Verwaltungsstrafen kommen darf. Im Sinn dieser Judikatur ist darauf hinzuweisen, der Beklagte sich nicht auf den Titel des Schadenersatzes stützen kann. Selbst im Fall einer Mitschuld (von Organen) der klagenden Partei könnte die von der Verwaltungsbehörde rechtskräftig verhängten Strafen nicht überwältzt werden (2 Ob 662/57 = JBI 1958, 400; SZ 28/56; SZ 31/73), weil es sich um eine Strafe handelt, die nur den Täter treffen kann, dessen gesetzwidriges Verhalten bestraft werden soll. Die Strafwürdigkeit des Beklagten war insoweit von der Verhaltensweise der klagenden Partei unabhängig. Darauf, ob auch diese allfällige Melde- oder Kontrollpflichten verletzt hat, kommt es nicht an. Der Strafanspruch des Staates begründet keinen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch, dessen Befriedigung der Bestrafte im Regressweg (§ 1302 ABGB) überwälzen könnte (2 Ob 662/57; 6 Ob 281/02w uva). Die von der Verwaltungsbehörde rechtskräftig verhängte Strafe als solche ist somit unüberwälzbar und kann daher auch nicht als Gegenforderung gegen die Forderung eines Mitschuldigen aufgerechnet werden (RIS-Justiz RS0026794). Entgegen der Ansicht der beklagten Partei in ihrer Berufungsbeantwortung gelten die dargelegten Umstände unabhängig davon, ob ein Konsument oder ein Unternehmer die Strafe abwälzen will. Nach Ansicht des Beklagten sei es einem fachlichen Laien nicht zumutbar, in Kenntnis der überaus komplizierten Bestimmungen des AuslBG zu sein. Der Einwand der unverschuldeten Unkenntnis der Rechtswidrigkeit (vgl § 5 Abs 2 VStG) ist im Verwaltungsstrafverfahren zu prüfen. Kommt es dort zu einer rechtskräftigen Bestrafung, ist in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren davon auszugehen, dass zumindest fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit vorliegt. Diese schließt ein Verschulden nicht aus. Zu Unrecht wurde im angefochtenen Urteil davon ausgegangen, dass der Beklagte die über ihn verhängte Verwaltungsstrafe im Wege des Schadenersatzes an die klagende Partei abwälzen kann. Der Bestrafung des Beklagten vor der zuständigen Verwaltungsbehörde nach Paragraph 28, AuslBG („Verwaltungsübertretung“) liegt ein rechtswidriges und schulhaftes Verhalten des Beklagten zugrunde. Ähnlich wie im gerichtlichen Strafrecht ist auch das Verwaltungsstrafrecht vergleiche Paragraph 5, Absatz eins, VStG vom Grundsatz „Keine Strafe ohne Verschulden“ geprägt. Gerichte sind nun an rechtskräftige Bescheide der Verwaltungsbehörden gebunden. Dies auch dann, wenn diese Verfügungen unvollständig oder fehlerhaft sein sollten; eine inhaltliche Überprüfung eines Verwaltungsbescheides durch das Gericht hat nicht stattzufinden (SZ 51/64; ÖBA 1987,604; RIS-Justiz RS0036981; Schragel in Fasching/Konecny ZPO2 II/2 Paragraph 190, Rz 14). Die Gegenforderung der beklagten Partei kann somit nicht darauf gestützt werden, dass hier kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis und daher keine Meldeverpflichtung des Beklagten vorliegt. Vielmehr ist zwingend davon auszugehen, dass der Beklagte gegen Bestimmungen des AuslBG schulhaft verstoßen hat und dafür zu Recht bestraft wurde. Von der klagenden Partei wird ausführlich die zutreffende Rsp referiert, wonach es (aus welchem Titel auch immer) zu keiner Überwälzung von Verwaltungsstrafen kommen darf. Im Sinn dieser Judikatur ist darauf hinzuweisen, der Beklagte sich nicht auf den Titel des Schadenersatzes stützen kann. Selbst im Fall einer Mitschuld (von Organen) der klagenden Partei könnte die

von der Verwaltungsbehörde rechtskräftig verhängten Strafen nicht überwälzt werden (2 Ob 662/57 = JBI 1958, 400; SZ 28/56; SZ 31/73), weil es sich um eine Strafe handelt, die nur den Täter treffen kann, dessen gesetzwidriges Verhalten bestraft werden soll. Die Strafwürdigkeit des Beklagten war insoweit von der Verhaltensweise der klagenden Partei unabhängig. Darauf, ob auch diese allfällige Melde- oder Kontrollpflichten verletzt hat, kommt es nicht an. Der Strafanspruch des Staates begründet keinen zivilrechtlichen Schadenersatzanspruch, dessen Befriedigung der Bestrafte im Regressweg (Paragraph 1302, ABGB) überwälzen könnte (2 Ob 662/57; 6 Ob 281/02w uva). Die von der Verwaltungsbehörde rechtskräftig verhängte Strafe als solche ist somit unüberwälzbar und kann daher auch nicht als Gegenforderung gegen die Forderung eines Mitschuldigen aufgerechnet werden (RIS-Justiz RS0026794). Entgegen der Ansicht der beklagten Partei in ihrer Berufungsbeantwortung gelten die dargelegten Umstände unabhängig davon, ob ein Konsument oder ein Unternehmer die Strafe abwälzen will. Nach Ansicht des Beklagten sei es einem fachlichen Laien nicht zumutbar, in Kenntnis der überaus komplizierten Bestimmungen des AuslBG zu sein. Der Einwand der unverschuldeten Unkenntnis der Rechtswidrigkeit vergleiche Paragraph 5, Absatz 2, VStG) ist im Verwaltungsstrafverfahren zu prüfen. Kommt es dort zu einer rechtskräftigen Bestrafung, ist in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren davon auszugehen, dass zumindest fahrlässige Unkenntnis der Rechtswidrigkeit vorliegt. Diese schließt ein Verschulden nicht aus.

Der Beklagte kann sich auch nicht darauf berufen, dass hier keine Vereinbarung vor Eintritt des Verhängung der Strafe vorliegt. Wohl ist es nach der Rsp möglich, nach Verhängung der Geldstrafe eine entsprechende Vereinbarung zu treffen (RIS-Justiz RS0016830). Eine solche Vereinbarung liegt hier freilich nicht vor.

Der Berufung der klagenden Partei war daher Folge zu geben und das angefochtene Urteil entsprechend abzuändern.

Im Hinblick auf die Abänderung der angefochtenen Entscheidung mussten die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu berechnet werden. Die Kostenentscheidung gründet sich dabei auf § 43 Abs 2 1. Fall ZPO. Gegenständlich ist von einem nur geringfügigen Unterliegen der klagenden Partei auszugehen, zumal sie mit gerundet 95% ihres Klagebegehrens obsiegt hat. Ihr waren daher die gesamten Kosten auf Basis des obsiegten Betrages zuzusprechen. Letzteres wirkt sich jedoch grundsätzlich mangels eines unterschiedlichen Tarifs für die Bemessungsgrundlagen EUR 2.943,15 bzw EUR 2.791,29 nicht aus. Nur bei der nach TP 7 RATG verzeichneten Teilnahme an der Befundaufnahme wirkt sich die unterschiedliche Bemessungsgrundlage geringfügig aus, sodass es hier zu einer Kürzung des verzeichneten Honorars kommen musste. An Barauslagen stehen der klagenden Partei nur EUR 1.409,-- zu. Ein Vorschuss für Dolmetsch- und Zeugengebühren wurde nur in Höhe von EUR 582,-- (anstatt wie verzeichnet EUR 600,--) erlegt. Fahrtkosten für die Teilnahme an der Tagsatzung am 17.10.2006 von EUR 4,-- stehen nicht zu, weil hier die klagende Partei ohnedies den doppelten Einheitssatz geltend gemacht hat. Der Antrag auf Erörterung des Gutachtens war als sonstiger Schriftsatz nur nach TP 2 RATG zu honorieren. Vorprozessuale Kosten für ein anwaltliches Mahnschreiben stehen nicht zu, weil diese einerseits durch den Einheitssatz nach § 23 RATG gedeckt sind (RIS-Justiz RES00000429). Andererseits wurden diese Kosten auch nicht urkundlich bescheinigt. Im Hinblick auf die Abänderung der angefochtenen Entscheidung mussten die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens neu berechnet werden. Die Kostenentscheidung gründet sich dabei auf Paragraph 43, Absatz 2, 1. Fall ZPO. Gegenständlich ist von einem nur geringfügigen Unterliegen der klagenden Partei auszugehen, zumal sie mit gerundet 95% ihres Klagebegehrens obsiegt hat. Ihr waren daher die gesamten Kosten auf Basis des obsiegten Betrages zuzusprechen. Letzteres wirkt sich jedoch grundsätzlich mangels eines unterschiedlichen Tarifs für die Bemessungsgrundlagen EUR 2.943,15 bzw EUR 2.791,29 nicht aus. Nur bei der nach TP 7 RATG verzeichneten Teilnahme an der Befundaufnahme wirkt sich die unterschiedliche Bemessungsgrundlage geringfügig aus, sodass es hier zu einer Kürzung des verzeichneten Honorars kommen musste. An Barauslagen stehen der klagenden Partei nur EUR 1.409,-- zu. Ein Vorschuss für Dolmetsch- und Zeugengebühren wurde nur in Höhe von EUR 582,-- (anstatt wie verzeichnet EUR 600,--) erlegt. Fahrtkosten für die Teilnahme an der Tagsatzung am 17.10.2006 von EUR 4,-- stehen nicht zu, weil hier die klagende Partei ohnedies den doppelten Einheitssatz geltend gemacht hat. Der Antrag auf Erörterung des Gutachtens war als sonstiger Schriftsatz nur nach TP 2 RATG zu honorieren. Vorprozessuale Kosten für ein anwaltliches Mahnschreiben stehen nicht zu, weil diese einerseits durch den Einheitssatz nach Paragraph 23, RATG gedeckt sind (RIS-Justiz RES00000429). Andererseits wurden diese Kosten auch nicht urkundlich bescheinigt.

Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf §§ 40, 41 und 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Berufungsverfahrens gründet sich auf Paragraphen 40., 41 und 50 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit der Revision gründet sich auf §§ 500 Abs. 2 Z 2, 502 Abs. 2 ZPO. Der Ausspruch

über die Unzulässigkeit der Revision gründet sich auf Paragraphen 500, Absatz 2, Ziffer 2,, 502 Absatz 2, ZPO.

Landesgericht Eisenstadt

**Anmerkung**

EES00134 13R10.07d

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:LG00309:2007:01300R00010.07D.0122.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20070122\_LG00309\_01300R00010\_07D0000\_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)