jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2006/5/23 4Ob72/06a

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 23.05.2006

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Gartengestaltung S*****, vertreten durch Mag. Jürgen Fleischer, Rechtsanwalt in Traun, gegen die beklagte Partei Dr. Josef K*****, wegen 50.926,08 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Zwischenurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 27. September 2005, GZ 3 R 77/05x-39, womit das Urteil des Landesgerichts Wels vom 9. März 2005, GZ 6 Cg 261/03v-33, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Text

Begründung:

Der Beklagte hat die Klägerin mit der Errichtung einer Gartenanlage und dem Ausbau eines bestehenden Teiches zu einem großen Schwimmteich beauftragt.

Die Klägerin begehrt restlichen Werklohn von 50.926,08 EUR. Das Projekt sei am 15. 7. 2003 abgeschlossen und mängelfrei übergeben worden. Sie habe am 23. 7. 2003 Rechnung gelegt. Unter Berücksichtigung der geleisteten Anzahlung hafte der Klagebetrag aus. Der Beklagte wendete mangelnde Fälligkeit ein; das Werk sei mangelhaft und noch nicht fertig gestellt. Dem Auftrag liege das System Bio-Nova zugrunde, es sei im Teichanlagenbau als hervorragend bekannt. Ursachen der aufgetretenen Algenproblematik (und der mangelnden Wasserqualität) seien Planungs- und Ausführungsfehler der Klägerin: Sie habe Strömungsrichtung und Thermik nicht berücksichtigt und deshalb die Filteranlage an einem falschen Platz positioniert; die Ausführung des Schwimmteichs im Tiefen- und Seichtbereich entspreche nicht dem System Bio-Nova; die Klägerin habe davon abgehend den Seichtbereich mit dem Bagger modelliert und darauf nur eine geringe Schotterschicht aufgetragen; die Wassertiefe betrage nur 2,3 m gegenüber 3,5 m des alten Teichs; der Ausgleichsbereich (das Ausgleichsbecken) sei unzweckmäßig, der Lärm beim Wechsel des Wasserstandes und die Geruchsbelästigung bei Niedrigwasserstand seien unzumutbar; durch die mangelhafte Befestigung im Randbereich zum Tiefenbereich komme es zu Abrutschungen; Lücken in der Untergrundabdichtung führten zu einer Undichtheit des Systems; der Übergang vom Steg zum Ruheplatz weise ein gefährliches Hindernis, nämlich eine Stufe auf; die Holzqualität des Stegs sei für die Nutzung ungeeignet, weil das Holz splittere; minderwertiger scharfkantiger Bruchschotter im Seichtbereich verhindere ein Begehen zum Zweck der

Reinigung.

Im Verfahren erster Instanz gingen beide Streitteile übereinstimmend davon aus, dass der Schwimmteich nach dem System Bio-Nova errichtet werden sollte. Der Beklagte hatte dazu vorgebracht, er habe die Klägerin mit der Ausführung des Teichs nach diesem System beauftragt. Der Klagevertreter hatte unter Vorlage von Angebot und Rechnung - deren Position 4 jeweils die Ausführung im System Bio-Nova enthalten - ausgeführt, dieses System liege dem Teich zugrunde. Es war daher im Verfahren erster Instanz nie strittig, dass die Errichtung des Teichs nach diesem System im Werkvertrag bedungen war.

Der vom Erstgericht beauftragte Sachverständige für Gartenbau erstattete ein „vorläufiges" Gutachten, wonach das Werk Funktionsmängel aufweise: Der Teich fülle sich nicht bis zur Höhe der Oberkante der Überlaufrinne, was zur Oberflächenreinigung erforderlich wäre; der Teich sei in seiner Längsrichtung nicht in der Hauptwindrichtung angelegt, wodurch sich Verunreinigungen und Algen im Nordteil stauten und von der Selbstreinigung nicht erfasst würden; mit Einschalten der Pumpe entleere sich das Ausgleichsbecken und müsse durch überdurchschnittlich große Mengen an Quellwasser nachgefüllt werden; sein Nitritgehalt könne durch das Teichsystem nur teilweise reduziert werden, was für eine Beherrschung des Algenwachstums nicht ausreichend sein dürfte. Es müsse daher das Reinigungssystem im Teich oder die Qualität des Zuflusswassers (durch Verwendung von Ortswasser) verbessert werden. Der Ursache des Wasserverlusts sei nachzugehen. Der Sachverständige regte an, vor einer Bewertung der Mängel zunächst ihre Verbesserung zu versuchen. Die Klägerin teilte darauf hin mit, sie wolle der Anregung des Sachverständigen folgen und der Ursache des Wasserverlusts nachgehen sowie das Reinigungssystem optimieren.

Nach einer weiteren Befundaufnahme erstattete der Sachverständige am 7. 10. 2004 sein Gutachten und ergänzte es in der letzten mündlichen Streitverhandlung. Er führte aus, die Mängel lägen vorwiegen in der zusätzlich eingebauten Teichtechnik und in der mangelnden Pflanzenbestockung. Pflanzenauswahl und Bestandsdichte in der Regenerationszone seien nicht ausreichend, Nachpflanzungen seien erforderlich. Das Ausgleichsbecken sei eine Fehlkonstruktion und zu entfernen. Gehe man vom Stand der Technik bei Naturteichen aus, sei die hier vorgesehene Wasserumwälzung durch das Umlaufpumpensystem eher ein Nachteil als ein Vorteil. Der Wasserverlust habe sich zwar reduziert, sei aber noch vorhanden. Die Klägerin sei seinem Ersuchen, den Wasserverlust aus dem System näher zu erläutern, nicht nachgekommen. Er schlage eine Umstellung auf eine naturnahe Wasserumwälzung vor, was eine Systemänderung bedeute und wofür ein Fachmann, der derartige einfachere Systeme anbiete, herangezogen werden sollte. Der erforderliche Umbau richte sich nach dem jeweils angebotenen System. Die Überlaufrinne sei für die Oberflächenabsaugung wirkungslos. Wegen der entgegengesetzten Windrichtung würden die Schmutzteile an der Oberfläche auch nicht dorthin zugeführt. Die regelmäßige Absenkung des Wasserstandes im Becken nach einem Pumpenumlauf verhindere eine Verbindung zwischen der Oberkante der Überlaufrinne und dem Wasserspiegel im Teich. Eine Behebung dieses Mangels sei durch Verzicht auf die Oberflächenabsaugung oder durch den Einbau eines neuen Skimmersystems möglich. Zusammenfassend führte der Sachverständige aus, die mangelhafte Gestaltung und Bepflanzung des Beckenrandes sei behebbar; die an der Teichtechnik festgestellten Mängel seien unbehebbar, weil die bisher unternommenen Verbesserungsversuche nicht zum gewünschten Erfolg geführt hätten. Er schlage daher vor, Anbote anderer Anbieter einzuholen. Das System Hydrobalance sei ein mögliches System, er könne dazu aber keine eigenen Erkenntnisse einbringen. Positionen von insgesamt 4.382 EUR in der Rechnung beträfen die (zu entfernende) Technik. Alle übrigen Positionen könnten bei einer Umgestaltung zu einem Naturteich Verwendung finden.

In der letzten Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung brachte die Klägerin noch vor, die Kosten für Ausbau und Rücknahme der Bio-Nova Technik und Einbau einer natürlichen Wasserumwälzung würden

3.940 EUR betragen. Der Aufwand für die Verbesserung bzw Entfernung des Ausgleichsbeckens belaufe sich auf 700 EUR, der Verbesserungsaufwand auf insgesamt 1.900 EUR. Die Klägerin habe dem Beklagten wiederholt mitgeteilt, den Anregungen des Sachverständigen entsprechend eine Verbesserung vornehmen zu wollen. Die Arbeiten seien jederzeit abrufbar. Der Beklagte habe die Verbesserungsarbeiten nicht abgerufen und weigere sich unberechtigt, die Verbesserung vornehmen zu lassen. Er befinde sich in Annahmeverzug, sein Leistungsverweigerungsrecht sei erloschen. Er könne sich nicht mehr auf die mangelnde Fälligkeit des Werklohns berufen. Der Beklagte wendete ein, er habe bis dato die Sanierung nicht verhindert. Der Sachverständige schlage ein neues - bisher nicht beauftragtes und vom Werkvertrag abweichendes - System vor und rege die Einholung von drei Anboten verschiedener Anbieter an. Auf wiederholtes Befragen durch den Erstrichter, ob er die Sanierung durch die Klägerin zulasse, führte der Beklagte aus, er könne sich eine Sanierung durch die Klägerin grundsätzlich vorstellen, wenn die Undichtheit des Teiches geklärt, alle

Ursachen bekannt und das Angebot der Klägerin verbindlich sei. Er wolle aber verständlicherweise über das neue System weitere Informationen einholen und es mit anderen vergleichen. Das vom Sachverständigen vorgeschlagene System entspreche nicht dem ursprünglichen Werkvertrag, es müsste ein neuer Vertrag über dieses andere System abgeschlossen werden. Er könne daher die Frage noch nicht beantworten, welchen Betrag er zahlen würde, wenn das neue System den derzeit bestehenden Mangel beseitigte, zumal auch bezüglich der Höhe der Klageforderung noch Differenzen bestünden.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte noch fest, wesentlicher Inhalt des vom Beklagten erteilten Auftrags sei der Ausbau eines bestehenden Teichs zu einem großen Schwimmteich gewesen. Die Klägerin habe dafür ein System gewählt, in dem das Ausgleichsbecken eine wesentliche Funktion im Zusammenhang mit der Wasserreinhaltung übernehme. In Anbetracht der Größe und Lage des Teichs und der dort herrschenden Windverhältnisse sei die von der Klägerin verwirklichte Variante eine Fehlkonstruktion. Sie führe zu einer starken Algenbildung. Der Mangel könne nur durch Einbau eines anderen Systems behoben werden. Der Aufwand dafür sei nicht unverhältnismäßig groß, weil ein Großteil der Vorarbeiten - mit Ausnahme der Positionen „Teichtechnik" - übernommen werden könne. Das Ausgleichsbecken sei zu beseitigen, die Wasserumwälzung anders zu gestalten und für die Oberflächenabsaugung eine andere Lösung zu finden. Der Beckenrand sei ebenso wie die Bepflanzung des Teichs zu verbessern.

Das Erstgericht stellte noch im Einzelnen den Inhalt der vom Klagevertreter verfassten Schreiben fest, in denen dieser die Bereitschaft seiner Mandantin erklärt hatte, eine Verbesserung entsprechend den Anregungen des Sachverständigen durchzuführen, und um eine Terminabstimmung ersucht hatte. Es stellte weiters fest, der Beklagte habe nicht erklärt, dass die Sanierung ausgeführt werden könne. Er habe sich in der letzten Tagsatzung nicht grundsätzlich gegen eine von der Klägerin durchzuführende Sanierung ausgesprochen, sich aber vorbehalten, das von ihr geplante (neue) System durch eigene Berater prüfen zu lassen. Der Sachverständige habe dieses System für anwendbar gehalten, habe dazu aber keine eigenen Erkenntnisse beisteuern können.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, der restliche Werklohn sei nicht fällig. Die Behebung der nicht geringfügigen Mängel sei möglich und mit keinem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, die Klägerin habe nicht bewiesen, dass das Verbesserungsinteresse weggefallen wäre oder der Beklagte tatsächlich eine Verbesserung nicht zulassen würde. Dem Beklagten sei zuzubilligen, dass er über die geplante Sanierung und deren Erfolgsaussichten im Einzelnen in Kenntnis gesetzt werden wolle. Seinem Verhalten in der Tagsatzung könne nicht zweifelsfrei entnommen werden, dass er die Sanierung nicht zulasse. Das Berufungsgericht änderte diese Entscheidung ab und sprach - mit Zwischenurteil - aus, dass das auf Zahlung von 50.926,08 EUR gerichtete Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Verbesserungsverweigerung des Werkbestellers und deren Folgen nach der seit Inkrafttreten des Gewährleistungsrechtsänderungsgesetzes geltenden Rechtslage fehle. Von den Feststellungen des Erstgerichts ausgehend bejahte das Berufungsgericht die Fälligkeit der Werklohnforderung. Das Erstgericht habe festgestellt, dass die Klägerin für den Ausbau des Teichs ein System (gemeint Bio-Nova) gewählt habe. Damit stehe aber nicht fest, dass dieses System als Vertragsinhalt bedungen worden wäre. Der Beklagte habe kein Recht, auf Art, Umfang und Durchführung der Verbesserung im Hinblick auf ein bestimmtes System mehr Einfluss zu nehmen als er es nach dem zugrunde liegenden Vertrag hätte tun können. Es bleibe vielmehr der Klägerin überlassen, die konkret erforderlichen und geeigneten Verbesserungsmaßnahmen zu ergreifen. Dass die vorgeschlagenen Arbeiten ungeeignet oder unzureichend wären, stehe nicht fest. Die Erklärungen des Beklagten, er müsse das vorgeschlagene System noch prüfen lassen, er sei, wenn sämtliche Mängel erforscht seien, gerne bereit, die Klägerin auch zu einer Anbotlegung einzuladen, könnten nur so ausgelegt werden, dass er unter gewissen Bedingungen möglicherweise die Verbesserung zulassen werde. Damit sei aber klargestellt, dass er eine Verbesserung zum Schluss der Verhandlung nicht zugelassen und damit abgelehnt habe. Die Frage, ob der Besteller bei Verweigerung der Mängelbehebung auf die sekundären Rechtsbehelfe greifen könne, stelle sich hier nicht, weil der Beklagte diese Rechtsbehelfe nicht geltend mache. Er führe noch in seiner Berufung aus, nach wie vor Verbesserung zu begehren, eine Verbesserung durch Wahl und Einbau eines anderen Systems aber abzulehnen. Er könne daher der Forderung der Klägerin die Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht entgegensetzen. Der Werklohn sei fällig, der Höhe nach aber bestritten. Mangels Feststellungen zur Höhe des vereinbarten bzw angemessenen Werklohns sei mit Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs zu entscheiden.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision des Beklagten ist zulässig und im Sinne ihres Aufhebungsantrags auch berechtigt.

1. Der Werkvertrag wurde nach dem 31. 12. 2001 geschlossen, sodass die Bestimmungen über die Gewährleistung in der Fassung des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes anzuwenden sind. Von diesen Änderung blieb das aus § 1170 ABGB iVm § 1052 ABGB abgeleitete Recht des Bestellers unberührt, das (restliche) Entgelt bis zur ordnungsgemäßen Errichtung des Werks zurückzubehalten. Mit der Zurückbehaltung soll auf den Unternehmer Druck ausgeübt werden, die Verbesserung vorzunehmen (Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 10).1. Der Werkvertrag wurde nach dem 31. 12. 2001 geschlossen, sodass die Bestimmungen über die Gewährleistung in der Fassung des Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetzes anzuwenden sind. Von diesen Änderung blieb das aus Paragraph 1170, ABGB in Verbindung mit Paragraph 1052, ABGB abgeleitete Recht des Bestellers unberührt, das (restliche) Entgelt bis zur ordnungsgemäßen Errichtung des Werks zurückzubehalten. Mit der Zurückbehaltung soll auf den Unternehmer Druck ausgeübt werden, die Verbesserung vorzunehmen (Welser/Jud, Die neue Gewährleistung Paragraph 932, Rz 10).

Wesentliche Voraussetzungen sind die Behebbarkeit des Mangels und ein ernstliches Verbesserungsbegehren des Bestellers. Kommt (wegen der Unbehebbarkeit der Mängel) eine Verbesserung nicht in Betracht oder lässt der Besteller die Verbesserung durch den Unternehmer nicht zu, wird der Werklohn fällig (M. Bydlinski in KBB § 1170 Rz 7 je mwN; 5 Ob 630/89 = JBl 1990, 248; 10 Ob 136/98t = RdW 1999, 134).Wesentliche Voraussetzungen sind die Behebbarkeit des Mangels und ein ernstliches Verbesserungsbegehren des Bestellers. Kommt (wegen der Unbehebbarkeit der Mängel) eine Verbesserung nicht in Betracht oder lässt der Besteller die Verbesserung durch den Unternehmer nicht zu, wird der Werklohn fällig (M. Bydlinski in KBB Paragraph 1170, Rz 7 je mwN; 5 Ob 630/89 = JBl 1990, 248; 10 Ob 136/98t = RdW 1999, 134).

2. Der Beklagte bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichts, er habe eine Verbesserung der Mängel abgelehnt. Das Berufungsgericht gehe aktenwidrig davon aus, dass er kein bestimmtes Teichsystem bestellt habe und es der Klägerin frei gestanden wäre, ein Teichsystem zu wählen. Er habe der Klägerin den Auftrag erteilt, den Teich nach dem System Bio-Nova zu errichten. Mangelhaft sei nicht das vereinbarte System, sondern dessen Gestaltung und Ausführung durch die Klägerin. Eine Verbesserung sei möglich. Der Sanierungsvorschlag des Sachverständigen gehe von einer Systemänderung aus; ein hinreichend bestimmtes ausgereiftes Sanierungskonzept liege jedoch noch nicht vor, sodass sich die Frage der Verweigerung der Sanierung noch nicht stelle. Er dürfe die Zahlung bis zur Vorlage eines ausgereiften Sanierungsprogramms verweigern.

3. Die Parteien sind - wie bei der Schilderung des Verfahrensganges dargelegt - im Verfahren erster Instanz davon ausgegangen, dass der Schwimmteich nach dem System Bio-Nova errichtet werden sollte und die Errichtung des Teichs nach diesem System im Werkvertrag bedungen war. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts widerspricht dem Akteninhalt.

4. Nach dem festgestellten Sachverhalt können die vom Beklagten gerügten Mängel - mit Ausnahme der unzureichenden Bepflanzung - nur dadurch behoben werden, dass ein anderes System gewählt und eingebaut wird. Damit steht aber auch fest, dass der nach dem Vertrag geschuldete Erfolg - die Errichtung eines nach dem System Bio-Nova funktionierenden Schwimmteichs - durch die vom Sachverständigen vorgeschlagenen Arbeiten nicht erreicht werden kann. Die Mängel sind daher - gemessen am Vertragsinhalt - unbehebbar, wenn es auch möglich sein mag, den starken Algenbefall und den Wasserverlust durch den Einbau eines anderen Systems einzudämmen.

5. Sind die Mängel unbehebbar, so steht - wie zu 1. dargelegt - dem Besteller kein Verbesserungsanspruch zu, weil dieser Anspruch (nur) dazu dient, den vertragsgemäßen Zustand nachträglich herzustellen (s Schwimann/Ofner, ABGB^3 § 932 Rz 12). Kein Verbesserungsanspruch besteht daher, wenn - wie hier - Änderungen notwendig wären, die „die Sache zu einer anderen machen" (1 Ob 579/94 = SZ 68/42 mwN). Hat der Besteller keinen Verbesserungsanspruch, so entfällt auch sein Leistungsverweigerungsrecht, weil es nur dazu dient, die Vertragserfüllung zu erreichen und daher voraussetzt, dass diese - im Wege der Verbesserung - möglich ist.5. Sind die Mängel unbehebbar, so steht - wie zu 1. dargelegt - dem Besteller kein Verbesserungsanspruch zu, weil dieser Anspruch (nur) dazu dient, den vertragsgemäßen Zustand nachträglich herzustellen (s Schwimann/Ofner, ABGB^3 Paragraph 932, Rz 12). Kein Verbesserungsanspruch besteht daher, wenn - wie hier - Änderungen notwendig wären, die „die Sache zu einer

anderen machen" (1 Ob 579/94 = SZ 68/42 mwN). Hat der Besteller keinen Verbesserungsanspruch, so entfällt auch sein Leistungsverweigerungsrecht, weil es nur dazu dient, die Vertragserfüllung zu erreichen und daher voraussetzt, dass diese - im Wege der Verbesserung - möglich ist.

6. Sowohl die Parteien als auch die Vorinstanzen sind davon ausgegangen, dass die vom Sachverständigen vorgeschlagenen Arbeiten Verbesserungsarbeiten seien, die, wenn sie der Besteller verlangt, ein Leistungsverweigerungsrecht begründeten. Sie haben dabei verkannt, dass mit dem Einbau eines anderen Systems nicht der Werkvertrag erfüllt, sondern eine davon abweichende Leistung erbracht würde. Dass dies auch der Beklagte so empfindet, zeigt sein Vorbringen, er wolle über das neue System weitere Informationen einholen und es mit anderen vergleichen; es müsste ein neuer Vertrag über dieses andere System abgeschlossen werden.

7. Die Parteien dürfen nicht mit einer Rechtsansicht überrascht werden, sondern es muss ihnen Gelegenheit gegeben werden, dazu Stellung zu nehmen. Die angefochtene Entscheidung kann daher nicht bestätigt werden, auch wenn ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten zu verneinen ist, weil die technischen Mängel unbehebbar sind und dem Beklagten daher insoweit kein Anspruch auf Verbesserung zusteht. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind vielmehr aufzuheben und die Rechtssache ist zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.7. Die Parteien dürfen nicht mit einer Rechtsansicht überrascht werden, sondern es muss ihnen Gelegenheit gegeben werden, dazu Stellung zu nehmen. Die angefochtene Entscheidung kann daher nicht bestätigt werden, auch wenn ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten zu verneinen ist, weil die technischen Mängel unbehebbar sind und dem Beklagten daher insoweit kein Anspruch auf Verbesserung zusteht. Die Entscheidungen der Vorinstanzen sind vielmehr aufzuheben und die Rechtssache ist zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

Anmerkung

E80749 4Ob72.06a

Schlagworte

Kennung XPUBL Diese Entscheidung wurde veröffentlicht in bbl 2006,203/164 - bbl 2006/164 XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2006:0040OB00072.06A.0523.000

Dokumentnummer

JJT_20060523_OGH0002_0040OB00072_06A0000_000

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