

# TE OGH 2005/12/19 8Ob133/05z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.12.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Rekursgericht durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Langer als Vorsitzende sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Spenling und Dr. Kuras und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Lovrek und Dr. Glawischnig als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. Helmut K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Sailer, Rechtsanwalt in Bruck an der Leitha, gegen die beklagte Partei Maria S\*\*\*\*\*, vertreten durch Putz-Haas & Riehs-Hilbert, Rechtsanwälte OEG in Wien, wegen EUR 7.579,20 sA, über den Rekurs der klagenden Partei (Rekursinteresse EUR 6.179,20 sA) gegen den Beschluss des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Berufungsgericht vom 27. Juli 2005, GZ 17 R 128/05b-34, mit dem das Urteil des Bezirksgerichtes Ebreichsdorf vom 27. Jänner 2005, GZ 8 C 289/03k-30, teilweise aufgehoben und die Rechtssache insoweit an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens vor dem Obersten Gerichtshof sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die klagende Partei erstattete der beklagten Partei ein Anbot zur Herstellung eines Hallenbodes in der Weinkellerei der Beklagten. Bei der Besprechung an Ort und Stelle wünschte die Beklagte, dass der Boden auf die bestehende Rohdecke so aufgetragen werde, dass Wasser durch die von der Beklagten noch vor Durchführung der Arbeiten der klagenden Partei herzustellende Rinne in der Mitte der Halle in die Kanalisation abfließe, zu diesem Zweck ein entsprechendes Gefälle von 0,5 bis 0,75 % hergestellt werde und der Boden säure- und laugenbeständig sei. Der Geschäftsführer der Klägerin teilte der Beklagten mit, dass eine Mindestdicke des Bodens von 12 cm +/- 1 cm nötig sein werde, die Herstellung eines Gefälles von 0,5 bis 0,75 % möglich wäre und das Wasser in die Rinne abrinne. Über die Möglichkeit, dass sich irgendwo Wasserlacken bilden könnten, wurde nicht gesprochen.

Auf Grundlage des Angebots und der Besprechung beauftragte die Beklagte die Klägerin mit den Arbeiten. Bei deren Durchführung hatte sich die Klägerin an den baulichen Gegebenheiten, wie der bereits errichteten Rinne und den Türstöcken bzw der Aufzugsanlage zu orientieren. Die Arbeiten wurden im Sommer 2001 von der Klägerin durchgeführt. Nach Durchführung der Arbeiten stellte sich heraus, dass im Bereich der Stiegenhauswand (Abgang in den Keller sowie geplante Türöffnung in dieser Wand) keine ausreichende Gefällsbildung vorhanden ist, weshalb Wasser in diesem Bereich nicht in Richtung Rinne abrinnt, sondern in das Innere des Stiegenabgangs sowie zur ausgesparten Öffnung dringt. Dieser Bereich kann nicht als unmittelbarer Manipulations- oder Waschbereich der Halle

bezeichnet werden. Der Mangel ist nicht durch die örtlichen Gegebenheiten bedingt. Weiters kommt es im Anschlussbereich zwischen Betonplatte zur Leichtmetallrinne bedingt durch das Zusammentreffen von unterschiedlichen Materialien zu Spannungen, die dazu führen, dass es im Betonboden zu Loslösungen von Feinanteilen kommt. Im restlichen Bereich der Halle - auch im Bereich der Aufzugsanlage - ist ausreichendes Gefälle vorhanden, sodass das Wasser zur Ablaufrinne hin abrinnt. Von der Aufzugsöffnung entfernt, auf Achse ca 150 m bleibt leicht Wasser stehen. In diesem Bereich wurde der Boden ordnungsgemäß konstruiert, weshalb diesbezüglich kein Mangel in der Ausführung des Werks der Klägerin gegeben ist. Mit Ausnahme des oben beschriebenen Bereichs in der Stiegenhauswand kann der von der klagenden Partei errichtete Hallenboden als Manipulationsraum eines Weinkellereibetriebes einwandfrei genutzt werden. Das Befahren des Staplers im Bereich vor dem Kühlraum stellt sich bei nassem Boden als problematisch dar, weil der Stapler in Richtung Osten ausweicht. Das Gefälle in diesem Bereich ist jedenfalls ordnungsgemäß. Nicht festgestellt werden kann, ob durch Ausbildung eines geringeren Gefälles im Bereich des Kühlraumes ein einwandfreies Befahren mit dem Stapler möglich wäre. Wenn ein geringeres Gefälle ausgebildet wäre, wäre die Bildung einer kleinen Welle unmittelbar an der Eckkante, wo sich die Kühlraumcke befindet, unvermeidlich gewesen, um an die restliche Gefällsausbildung des erweiterten Hallenbereichs anzuschließen.

Die beklagte Partei rügte die beschriebenen Mängel und die Tatsache, dass in einem Bereich das Gefälle stärker ausgebildet ist, kurz nach Vollendung der Arbeiten. Der Geschäftsführer der Klägerin bot eine Sanierung des Bereiches zwischen der Betonplatte und der Ablaufrinne mittels Kurzharzinjektionen und einer Sanierung des Bereichs, wo das Gefälle nicht ausreichend stark ausgebildet ist, durch Anbringen einer Ausgleichsmasse an. Die Beklagte verlangte Verbesserung durch die abermalige Herstellung eines oberflächlichenvergüteten Verbundestriches gleicher Güte mit einer Mächtigkeit von durchschnittlich 6 cm, einhergehend mit vorheriger Abtragung und Entsorgung des bestehenden Hallenbodens in einer Tiefe von 6 - 8 cm, je nach Unebenheit und Gefälle.

Der mangelhafte Bereich könnte dadurch saniert werden, dass ca 25 m<sup>2</sup> Hallenboden abgetragen und mit dem entsprechenden Gefälle neu ausgebildet werden. Die Fugen zwischen dem Betonplattenalt- und Neubestand müssten mit einem Zweikomponentenharz verpresst werden. Die Sanierung einer geringeren Fläche wäre nicht zielführend, weil ein so kurzer Bereich nicht harmonisch in die gegebene Hallenfläche einzubinden ist. Das Neuausbilden der beschriebenen 25 m<sup>2</sup> stellt, was die Wasserdurchlässigkeit betrifft, keinen Nachteil im Vergleich zu einer gänzlichen Neuaufbringung des Bodens dar. Eine derartige Sanierung würde ca EUR 2.700 (inkl. 20 % USt) kosten. Eine weitere geeignete Verbesserungsmaßnahme des mangelhaften Bodens im Bereich der Stiegenhauswand ist die Sanierung des mangelhaften Bereichs durch Aufspachteln bzw Aufbringen einer Epoxiharzbeschichtung. Die Fuge zwischen dem bereits bestehenden und dem sanierten Hallenboden ist durch ein Zweikomponentenharz zu füllen, was eine kraftschlüssige Verbindung darstellt und eine Nutzung über die Lebenszeit des Hallenbodens ermöglicht. Die Kosten für die Sanierung dieses ca 1 Meter breiten Streifens an der Wand des betroffenen Bodenbereichs würden ca EUR 500 betragen. Bei dieser Sanierungsmethode kann es zwar abhängig von der Nutzung dieses Bereichs und der Häufigkeit des Befahrens mit Staplern zu einer Abnutzung kommen, da dieser Bereich jedoch unter Zugrundelegung der Nutzung der Maschine kein Hauptbereich für die Nutzung der Halle ist und nur ganz gering mit Staplern befahren wird, kommt es langfristig mit Sicherheit zu keiner Ablösung. Mit weiteren Nachteilen durch diese Sanierung ist, mit Ausnahme eines anfänglich geringfügigen farblichen Unterschiedes zum restlichen Hallenboden nicht zu rechnen. Diese Sanierungsmethode wurde der Beklagten auch von der klagenden Partei angeboten. Der Mangel im Anschlussbereich Betonplatte zur Leichtmetallrinne kann behoben werden, indem zwischen der Leichtmetallrinne und der anschließenden Betonplatte eine Fuge ausgebildet wird und diese mit einem elastischen Füllmaterial verfüllt wird. Die Kosten für diese Mängelbehebung betragen ca EUR 900.

Die Klägerin begehrt von der Beklagten EUR 9.579,20 sA an Werklohn. Sie sei beauftragt worden in einer von der beklagten Partei errichteten Weinkellerei den Hallenboden in Beton herzustellen. Bei der Arbeitsdurchführung sei festgestellt worden, dass sich das gewünschte Gefälle aufgrund der baulich vorgegebenen Umstände nicht überall entsprechend einrichten lasse. Insbesondere sei mit der Beklagten erörtert worden, dass im Bereich einer Aufzugsanlage und einer Türe, die in den Kellerbereich hineinführt, die Herstellung des Gefälles nur dann möglich wäre, wenn an der Aufzugsanlage bzw Türe bauliche Änderungen vorgenommen würden. Die Beklagte habe schließlich die tatsächlich hergestellte Art und Weise des Gefälles ausdrücklich akzeptiert. Die Beklagte habe dennoch einen Mangel gerügt und einen Beweissicherungsantrag eingebracht, der der Beklagten kurz nach Rechnungslegung über den Klagsbetrag zugestellt worden sei. Der Geschäftsführer der Klägerin habe sich mehrfach mit der Beklagten in

Verbindung gesetzt und dargestellt, wie auf wirtschaftlich vertretbare Art und Weise die von der Beklagten behaupteten Mängel beseitigt werden könnten. Die Beklagte habe diese Vorschläge allerdings nicht akzeptiert, sondern auf einer Abtragung des Hallenbodens in einer Tiefe von 6 - 8 cm mittels Betonschneidegeräts und einer völligen Neuaufbringung des Bodens bestanden. Die Klägerin sei entgegen dem Standpunkt der Beklagten durchaus leistungsbereit. Die Klagsforderung sei daher fällig.

Die Beklagte bestritt und wendete mangelnde Fälligkeit des Werklohns ein. Die Leistungen seien so mangelhaft, dass kein oder nur ein verminderter Werklohn zustehe. Die Klägerin sei beauftragt worden, in einer Halle auf einer Rohdecke mit einer in der Mitte befindlichen Rinne einen Boden mit einem Gefälle von 0,5 bis 0,75 % aufzutragen, damit dadurch Wasser in die Kanalisation abfließen könne. Nach Durchführung der Arbeiten habe sich herausgestellt, dass der Boden uneben sei und das Wasser nicht durch die Rinne abfließe. Im Bereich vor dem Kühlraum sei das Gefälle so stark ausgebildet, dass bei nassem Boden der Bereich mit einem beladenen Stapler nicht befahrbar sei. Diese Mängel seien gerügt worden. Die Klägerin habe eine Sanierung ins Auge gefasst, die nach Expertenmeinung aber nicht zielführend sei. Danach seien die Mängel nur durch Abtragung des hergestellten Bodens in einer Tiefe von 6 - 8 cm mit einem Betonschneidegerät und Neuaufbringung eines oberflächenvergüteten Verbundestriches zu beheben. Die außergerichtlich angebotene Preisminderung der Klägerin sei nicht zu akzeptieren, da der Hallenboden für den Weinkellereibetrieb völlig ungeeignet sei. Eine Mängelbehebung sei nur in Ansehung der Sanierung der Schlitzrinne angeboten worden, nicht jedenfalls betreffend alle Mängel. Der Höhe nach werde das Klagebegehren dahingehend bestritten, dass das Ausmaß des Hallenbodens nicht 320 m<sup>2</sup>, sondern 280 m<sup>2</sup> betrage. Zudem seien Stehzeiten zu Unrecht verrechnet worden. Die Position „Baustahlgitter verlegen“ sei verrechnet worden, obwohl dies von der Beklagten selbst durchgeführt worden sei.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit EUR 6.179,20 samt 4 % Zinsen seit 16. 2. 2003 statt und wies das Mehrbegehren von EUR 1.400 sowie das Zinsenmehrbegehren ab. Auf den vorliegenden Sachverhalt sei § 1167 ABGB idF vor der Gewährleistungsnovelle 2002 anzuwenden. Der Beklagten als Werkbesteller stehe ein Verbesserungsanspruch zu, soweit die Verbesserung keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde. Der Mangel im Bereich des Stiegenabgangs sei ein verhältnismäßig geringer Nachteil, weil nur eine verhältnismäßig kleine Fläche betroffen sei. Eine gänzliche Neuherstellung des Bodens - wie von der Beklagten gefordert - wäre mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Die Klägerin sei zur Verbesserung der beschriebenen Mängel bereit gewesen. Da die angebotenen Verbesserungsarbeiten geeignet seien, die bestehenden Mängel zu beseitigen, könne die beklagte Partei die Fälligkeit der Entgeltforderung der Klägerin nicht dadurch hinauszögern, dass sie unwirtschaftliche und unverhältnismäßige Sanierungsmaßnahmen verlange. Die Beklagte habe auch „verminderten Werklohnanspruch“ eingewandt, daher stehe der Werklohn unter Abzug der aufgrund der festgestellten Mängel bestehenden Wertminderung zu. Die Wertminderung betrage EUR 1.400. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren mit EUR 6.179,20 samt 4 % Zinsen seit 16. 2. 2003 statt und wies das Mehrbegehren von EUR 1.400 sowie das Zinsenmehrbegehren ab. Auf den vorliegenden Sachverhalt sei Paragraph 1167, ABGB in der Fassung vor der Gewährleistungsnovelle 2002 anzuwenden. Der Beklagten als Werkbesteller stehe ein Verbesserungsanspruch zu, soweit die Verbesserung keinen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordern würde. Der Mangel im Bereich des Stiegenabgangs sei ein verhältnismäßig geringer Nachteil, weil nur eine verhältnismäßig kleine Fläche betroffen sei. Eine gänzliche Neuherstellung des Bodens - wie von der Beklagten gefordert - wäre mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Die Klägerin sei zur Verbesserung der beschriebenen Mängel bereit gewesen. Da die angebotenen Verbesserungsarbeiten geeignet seien, die bestehenden Mängel zu beseitigen, könne die beklagte Partei die Fälligkeit der Entgeltforderung der Klägerin nicht dadurch hinauszögern, dass sie unwirtschaftliche und unverhältnismäßige Sanierungsmaßnahmen verlange. Die Beklagte habe auch „verminderten Werklohnanspruch“ eingewandt, daher stehe der Werklohn unter Abzug der aufgrund der festgestellten Mängel bestehenden Wertminderung zu. Die Wertminderung betrage EUR 1.400.

Das Berufungsgericht hob über Berufung der Beklagten - die Abweisung des Teilbetrags von EUR 1.400 und des Zinsenmehrbegehrens ist als unangefochten in Rechtskraft erwachsen - das Ersturteil in Ansehung des klagsstattgebenden Teils auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurück. Bei der Frage der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes sei nicht allein die Höhe der Behebungskosten ausschlaggebend, sondern vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstelle, können

schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, seien auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund die Verbesserung abzulehnen. In der vorliegenden Konstellation habe das Erstgericht festgestellt, dass der mangelbehaftete Bereich durch Abtragung von ca 25 m<sup>2</sup> Hallenboden und Neuausbildung mit der entsprechenden Gefällsausbildung saniert werden könnte. Nur diese Verbesserungsvariante entspräche den zwischen den Streitparteien getroffenen Vereinbarungen, da die von der Klägerin angebotene, vom Sachverständigen beurteilte und vom Erstgericht festgestellte „Billigvariante“ (EUR 500) mit Abnutzungserscheinungen verbunden seien, die von der Beklagten nicht hingenommen werden müssten. Die von der Judikatur ins Treffen geführten „optischen ästhetischen Kriterien“ seien nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei der Herstellung eines Estrichs in einem nicht Repräsentationszwecken dienenden Keller nicht von großer Bedeutung. Eine gänzliche kostspielige Neuaufbringung des Bodens könne die Beklagte somit nicht fordern, sondern nur eine Verbesserung durch Abtragung von 25 m<sup>2</sup> Hallenboden und dessen Neuaufbringung. Dennoch sei der Beklagten der Einwand der mangelnden Fälligkeit des Werklohns verwehrt. Der Besteller, der die Verbesserung des mangelhaften Werks fordere, könne zwar durch die Setzung einer angemessenen Frist eine Zeitbestimmung vornehmen, die seinen Interessen entspreche, nicht aber in sonstiger Weise auf Art, Umfang und Durchführung der Verbesserung (richtig: mehr) Einfluss nehmen, als er es allenfalls nach dem zugrundeliegenden Vertrag konnte. Auch durch ein solches unberechtigtes Verlangen verliere der Besteller - zwar nicht das Recht auf die Verbesserung, wohl aber - die Einrede des nicht erfüllten Vertrags als Grundlage der Zurückbehaltung des Entgelts. Verweigere der Besteller die Verbesserung, sei er so zu behandeln, als hätte er sie nicht begehrt. Da festgestellt sei, dass die von der Beklagten geforderte Art der Verbesserung unverhältnismäßig sei, könne sie der Klägerin die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr entgegenhalten. Insofern sei unerheblich, dass die Klägerin bloß eine Sanierung durch Aufbringen einer Ausgleichsmasse angeboten habe und hinsichtlich des zweiten festgestellten Mangels kein Verbesserungsangebot gemacht habe.

Die Berufung führe aus, das Erstgericht habe die Mängelbehebungskosten festgestellt, nicht aber welchen verminderten Wert das Gesamtwerk durch die nachträgliche Sanierung habe. Der Besteller könne grundsätzlich zwischen Verbesserung oder der angemessenen Minderung des Entgelts wählen. Entscheide sich der Auftraggeber im Rahmen geltend gemachter Gewährleistung nicht Verbesserung allenfalls durch Geltendmachung des Deckungskapitals nach Verweigerung der Verbesserung zu begehren, sondern sich mit einer Preisminderung zufrieden zu geben, habe er damit sein Wahlrecht konsumiert. Im vorliegenden Fall gehe aus dem Vorbringen der Beklagten nicht hervor, ob sie ihre - neben dem zu Unrecht erhobenen Einwand der mangelnden Fälligkeit - anspruchsvernichtende Einrede primär auf einen Verbesserungsanspruch, oder auf einen Preisminderungsanspruch stütze. Diesbezüglich müsse sie jedoch eine Entscheidung treffen. Eine Kumulierung der beiden Behelfe sei nur dann möglich, wenn ein Mangel nur teilweise behebbar sei. Die Beklagte, deren Vorbringen unschlüssig geblieben sei, sei im fortgesetzten Verfahren aufzufordern, dieses im Sinn der angeführten Rechtsprechung zu präzisieren: Sollte sie sich dafür entscheiden, Preisminderung geltend zu machen, erscheine eine Verfahrensergänzung unumgänglich, da den bisherigen Verfahren Beweisergebnisse zum Themenbereich Preisminderung (relative Berechnungsmethode) fehlen. Sollte sich die Beklagte dafür entscheiden, ihr Verbesserungsbegehren aufrechtzuerhalten, führe dies zum Zuspruch des Werklohns vermindert um einen weitgehenden Abzug des für die Sanierung notwendigen Deckungskapitals.

Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof ließ das Berufungsgericht zu, da keine Rechtsprechung zur Frage vorliege, ob der Werkbesteller den Einwand der mangelnden Fälligkeit trotz eines unberechtigten Verbesserungsbegehrens dann behalte, wenn sich der Werkunternehmer zu einer nur unzureichenden Verbesserung bereit erkläre.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs der klagenden Partei ist nicht berechtigt. Das Berufungsgericht hat ausführlich dargelegt, dass das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers seine Rechtfertigung darin findet, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werkes zu bestimmen (SZ 62/169; *ecolex* 1991, 315; RIS-Justiz RS0021925 ua). Der Besteller darf daher die gesamte Leistung bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrags verweigern (SZ 53/63; SZ 56/59; RIS-Justiz RS0018507). Allerdings verliert der Besteller die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als Grundlage der Zurückbehaltung des Entgelts, wenn er unberechtigterweise die vom Unternehmer beabsichtigte Verbesserung des vorhandenen Mangels ablehnt (3 Ob 645/82; vgl auch SZ 49/9; RIS-Justiz RS0021873). Dies gilt jedoch nur, wenn die Mängelbehebungsarbeiten des Unternehmers tauglich gewesen wären (5 Ob 17/81; 10 Ob 2454/96x). Der Verbesserungsanspruch wird jedenfalls nicht vernichtet (1 Ob 573/95). Im hier zu beurteilenden Fall bestand eine

geeignete Verbesserungsmaßnahme des mangelhaften Bodens im Bereich der Stiegenhauswand in der Sanierung dieses Bereichs durch Aufspachteln bzw durch Aufbringen einer Epoxiharzbeschichtung. Bei dieser Sanierungsmethode kommt es nach den Feststellungen langfristig mit Sicherheit zu keiner Ablösung. Mit weiteren Nachteilen durch diese Sanierung ist mit Ausnahme eines anfänglich geringfügigen farblichen Unterschied zum restlichen Hallenboden - der aber in Anbetracht der beabsichtigten und festgestellten Nutzung des Bodens keine Relevanz zukommt - nicht zu rechnen. Diese Sanierungsmethode wurde der Beklagten von der klagenden Partei angeboten. Der Rekurs der klagenden Partei ist nicht berechtigt. Das Berufungsgericht hat ausführlich dargelegt, dass das Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers seine Rechtfertigung darin findet, den Unternehmer zu einer geschuldeten Verbesserung seines mangelhaften Werkes zu bestimmen (SZ 62/169; ecolex 1991, 315; RIS-Justiz RS0021925 ua). Der Besteller darf daher die gesamte Leistung bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrags verweigern (SZ 53/63; SZ 56/59; RIS-Justiz RS0018507). Allerdings verliert der Besteller die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als Grundlage der Zurückbehaltung des Entgelts, wenn er unberechtigterweise die vom Unternehmer beabsichtigte Verbesserung des vorhandenen Mangels ablehnt (3 Ob 645/82; vergleiche auch SZ 49/9; RIS-Justiz RS0021873). Dies gilt jedoch nur, wenn die Mängelbehebungsarbeiten des Unternehmers tauglich gewesen wären (5 Ob 17/81; 10 Ob 2454/96x). Der Verbesserungsanspruch wird jedenfalls nicht vernichtet (1 Ob 573/95). Im hier zu beurteilenden Fall bestand eine geeignete Verbesserungsmaßnahme des mangelhaften Bodens im Bereich der Stiegenhauswand in der Sanierung dieses Bereichs durch Aufspachteln bzw durch Aufbringen einer Epoxiharzbeschichtung. Bei dieser Sanierungsmethode kommt es nach den Feststellungen langfristig mit Sicherheit zu keiner Ablösung. Mit weiteren Nachteilen durch diese Sanierung ist mit Ausnahme eines anfänglich geringfügigen farblichen Unterschied zum restlichen Hallenboden - der aber in Anbetracht der beabsichtigten und festgestellten Nutzung des Bodens keine Relevanz zukommt - nicht zu rechnen. Diese Sanierungsmethode wurde der Beklagten von der klagenden Partei angeboten.

Überdies hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 28. 1. 2003 (./E), dessen Inhalt insoweit nicht strittig ist, auch angeboten, dass „die weitere Vorgangsweise bezüglich des restlichen Betonbodens“ später besprochen werden müsste. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes kann daher schon nach dem vorliegenden Sachverhalt nicht die Rede davon sein, dass die klagende Partei völlig ungeeignete oder unzureichende Verbesserungsarbeiten angeboten hätte. Zieht man ins Kalkül, dass die Beklagte noch in der mündlichen Streitverhandlung vom 28. 8. 2003 (ON 17) aus Anlass der Erörterung der in Frage kommenden Sanierungsmöglichkeiten auf dem „Herausreißen“ (und der Neuaufbringung) des gesamten Hallenbodens bestanden hat und diese Haltung auch nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens erkennbar nicht änderte, erweist sich aufgrund der vorangeführten Judikatur die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, dass der Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verwehrt ist, allerdings im Ergebnis als berechtigt. Auf die Frage, ob die Beklagte in unzulässiger Weise auf Art, Umfang und Durchführung der Verbesserung mehr Einfluss genommen hat, als sie es allenfalls nach dem zugrundeliegenden Vertrag konnte und schon durch ein solches unberechtigtes Verlangen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages verlustig gegangen wäre, ist daher nicht mehr einzugehen. Ist die dem Aufhebungsbeschluss zugrunde liegende Rechtsansicht (wie hier im Ergebnis) richtig, kann der Oberste Gerichtshof nicht überprüfen, ob die Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (Kodek in Rechberger ZPO<sup>2</sup> § 519 Rz 5 mwH). Überdies hat die Klägerin in ihrem Schreiben vom 28. 1. 2003 (./E), dessen Inhalt insoweit nicht strittig ist, auch angeboten, dass „die weitere Vorgangsweise bezüglich des restlichen Betonbodens“ später besprochen werden müsste. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes kann daher schon nach dem vorliegenden Sachverhalt nicht die Rede davon sein, dass die klagende Partei völlig ungeeignete oder unzureichende Verbesserungsarbeiten angeboten hätte. Zieht man ins Kalkül, dass die Beklagte noch in der mündlichen Streitverhandlung vom 28. 8. 2003 (ON 17) aus Anlass der Erörterung der in Frage kommenden Sanierungsmöglichkeiten auf dem „Herausreißen“ (und der Neuaufbringung) des gesamten Hallenbodens bestanden hat und diese Haltung auch nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens erkennbar nicht änderte, erweist sich aufgrund der vorangeführten Judikatur die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes, dass der Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verwehrt ist, allerdings im Ergebnis als berechtigt. Auf die Frage, ob die Beklagte in unzulässiger Weise auf Art, Umfang und Durchführung der Verbesserung mehr Einfluss genommen hat, als sie es allenfalls nach dem zugrundeliegenden Vertrag konnte und schon durch ein solches unberechtigtes Verlangen der Einrede des nicht erfüllten Vertrages verlustig gegangen wäre, ist daher nicht mehr einzugehen. Ist die

dem Aufhebungsbeschluss zugrunde liegende Rechtsansicht (wie hier im Ergebnis) richtig, kann der Oberste Gerichtshof nicht überprüfen, ob die Verfahrensergänzung tatsächlich notwendig ist (Kodek in Rechberger ZPO<sup>2</sup> Paragraph 519, Rz 5 mwH).

**Anmerkung**

E79487 8Ob133.05z

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0080OB00133.05Z.1219.000

**Dokumentnummer**

JJT\_20051219\_OGH0002\_0080OB00133\_05Z0000\_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)