

# TE OGH 2005/11/3 6Ob85/05a

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.11.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber, Dr. Prückner, Dr. Schenk und Dr. Schramm als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Matthäus H\*\*\*\*\*, vertreten durch Poduschka Anwaltsgeellschaft mbH in Perg, gegen die beklagte Partei Ing. Michael A\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Thomas Gratzl, Rechtsanwalt in Wels, wegen 13.208,80 EUR, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 20. Jänner 2005, GZ 6 R 203/04x-29, womit das Urteil des Landesgerichts Wels vom 5. Juli 2004, GZ 30 Cg 150/03x-21, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 749,70 EUR (darin enthalten 124,95 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger erhielt vom Beklagten im Oktober 2002 den Auftrag zur Herstellung einer Küche und zur Verkleidung des Dachgebälks im Küchen- und Essbereich. Der Kläger legte hierüber Rechnungen in Höhe von 34,20 EUR, 9.006,60 EUR und 4.168 EUR. Das schriftliche Angebot des Klägers enthielt für die Herstellung der Küche einen Bruttopreis von 7.510 EUR zuzüglich eines Aufpreises von 1.670 EUR für die vorgesehene „Cristalite“-Platte. Zwischen den Parteien wurde aber vereinbart, dass allein für die Herstellung der Küche 7.510 EUR minus 20 % bezahlt werden sollten und zusätzlich die Montagekosten von ca 660 EUR, die nicht in die Rechnung aufgenommen werden sollten. Die Verkleidung der Holzbalken sollte nach dem tatsächlichen Aufwand abgerechnet werden. Die farbliche Gestaltung der Küche sollte in Anlehnung an die bereits vorhandenen Möbel erfolgen. Die Kästchentüren sollten „in Kiefer gebeizt und lackiert (laut Muster)“ ausgeführt werden. Die Ehefrau des Beklagten äußerte sich dahin, dass die Fronten abwischbar sein müssten. Diese Eigenschaft wurde vom Kläger zugesagt. Nach Auftragerteilung informierte der Kläger den Beklagten dass nicht so viel wurmstichige Kiefer erhältlich sei, er werde die gewünschte Altholzoptik aber „hinkriegen“. Der Kläger holte sich vom Möbelhaus, bei dem der Beklagte die anderen Einrichtungsgegenstände gekauft hatte, ein Möbelstück aus der vom Beklagten angeschafften Serie und fertigte anhand dieses Möbelstücks und der beim Beklagten bereits vorhandenen Tischplatte eine Musterfront an. Diese gelang zunächst nicht zufriedenstellend. Daraufhin stellte der Kläger eine weitere Musterfront her, die vom Beklagten und seiner Frau genehmigt wurde. Da die vom Beklagten gekauften Möbel mit einer geölten Oberfläche versehen waren und sich der Kläger an diesen Möbeln

orientieren sollte, behandelte er die Oberflächen der Küche mit Öl anstatt, wie vorgesehen, mit Lack. Aufgrund von Änderungswünschen des Beklagten hinsichtlich der Oberflächen im Bereich der Arbeitsfläche und der Bar und hinsichtlich der zunächst vorgesehenen Standardgriffe verteuerte sich die Herstellung der Küche.

Die Kücheneinrichtung wurde am 6. 3. 2003 geliefert und montiert. Die Küchenfronten wurden aus Fichte, der Rahmen wurde aus Kiefer hergestellt. Die Fronten sind im Fichtenbereich etwas dunkler als der Rahmen. Dieser Farbunterschied war auch bei der Musterfront vorhanden. Er war allerdings nicht so markant. Selbst bei durchgehender Verwendung von Kiefer wäre eine völlig Farbidentität zwischen den aus Kernholz und jenen aus Splittholz bestehenden Bereichen nicht erzielbar. Die Frontoberfläche ist wasserlöslich. Die Füllungen weisen Sprünge auf und sind teilweise fleckig. In der Arbeitsplatte sind dort, wo der Herd und die Abwasch eingebaut sind, zwei kleine Risse vorhanden. Es handelt sich dabei entweder um Spannungsrisse oder um Transportschäden. Im Bereich der Starkanten liegt kein Mangel vor. Bei der Balkenverkleidung hat der Kläger eine von mehreren fachlich möglichen Anbringungsarten gewählt und die Balken an die Fichtenmassivramen bestmöglich angepasst. Ein fugenloses Anpassen an den bestehenden Balken war nicht möglich, weil dieser zum Teil verzogen ist und Risse hat.

Mit Schreiben vom 14. 4. 2003 bemängelte der Beklagte, dass die Türen zu dunkel seien, die Beize oder der Lack wasserlöslich sei und sich bereits beim Bespritzen mit Wasser oder mit einem feuchten Tuch entfernen lasse, dass das Kiefernholz der Türen Sprünge aufweise und dass die Arbeitsplatte im Bereich der Spüle einen Sprung habe. Auf dieses Schreiben reagierte der Kläger mit dem Angebot, eine der Fronten beim Beklagten abzuholen „um zu schauen, was man machen könne“. Der Sohn des Klägers holte eine Front ab und ließ Beize zur Nachbehandlung beim Beklagten zurück. Der Kläger stellte fest, dass Sprünge vorhanden sind. Er versuchte, diese auszuleimen und bot schließlich an, alle Fronten neu herzustellen. In einem Telefonat am 15. 5. 2003 wurde vereinbart, dass der Kläger am 16. 5. 2003 alle Fronten abholen und in seinem Betrieb neue Fronten herstellen werde. Der Kläger wollte bei dieser Gelegenheit auch den vom Beklagten beanstandeten Riss in der Arbeitsplatte, den er noch nicht gesehen hatte, besichtigen. Bevor der Kläger die Fronten am 16. 5. 2003 abholen wollte, rief er nochmals beim Beklagten an. Anlässlich des Telefonats wurde ihm vom Vater des Beklagten mitgeteilt, dass er gar nicht mehr zu kommen brauche. Danach erhielt der Kläger ein mit 16. 5. 2003 datiertes Schreiben der Konsumentenberatungsstelle der Arbeiterkammer, mit dem im Wesentlichen der Inhalt der schriftlichen Mängeldarstellung des Beklagten vom 14. 4. 2003 wiedergegeben und der Kläger ersucht wurde, „umgehend Verbesserungsvorschläge zu unterbreiten und auch zu realisieren bzw für den Fall der Unbehebbarkeit der Mängel einer konsumentenrechtlich zustehenden Vertragsabwicklung zustimmen“. In einem an den Vertreter des Beklagten gerichteten E-Mail vom 5. 6. 2003 erklärte der Vertreter des Klägers ausdrücklich nochmals die Bereitschaft des Klägers zur Verbesserung und ersuchte „um Bekanntgabe von zumindest zwei Terminvorschlägen für die Besichtigung der behaupteten Mängel, um einen konkreten Sanierungsvorschlag unterbreiten zu können“. Mit Schreiben des Vertreters des Beklagten vom 23. 6. 2003 wurde (wie das Berufungsgericht in Ergänzung des vom Erstgericht festgestellten Sachverhalts feststellte) folgende Mängelrüge erhoben: „Die Farbe der Möbel stimmt mit dem Mustertisch nicht überein: Es müssten daher sämtliche Möbel abgebeizt und neu behandelt werden. Die Vorstellung, dass bloß die Fronten neu lackiert werden, um einen entsprechenden Zustand herbeizuführen, ist völlig abwegig. Die Arbeiten könnten keinesfalls in den Wohnräumen meiner Mandantschaft durchgeführt werden (diesbezüglich haben meine Mandanten schlechte Erfahrungen). Darüber hinaus ist die Art der Arbeiten zu beachten, die umfangreiche Nebentätigkeiten mit sich bringt! Angesichts des Umstandes, dass die Lieferung längst hätte erfolgen müssen, sind meine Mandanten auch nicht bereit hinzunehmen, dass die Küche wiederum längere Zeit nicht zur Verfügung steht.“

Die Farbe ist offensichtlich wasserlöslich. Jedenfalls sind Ablösungerscheinungen festzustellen und ist damit ein Zustand gegeben, der nur als mangelhaft bezeichnet werden kann. (...). Die Arbeitsplatte weist einen Sprung auf: Diese Arbeitsplatte war besonders teuer und der Einbau offensichtlich nicht fachgerecht erfolgt. Wie hier eine Sanierung vorgenommen werden soll ist fraglich. (...).“

Im Schreiben des Vertreters des Klägers vom 8. 7. 2003 wurde als Sanierungskonzept vorgeschlagen, die Küchenfronten neu zu fertigen und anschließend vor Ort gegen die derzeit montierten Fronten auszuwechseln, die Küchenarbeitsplatte gegen eine neue Arbeitsplatte auszutauschen, die nach Zustimmung zum Sanierungsvorschlag bestellt werden müsse und weiters die Kanten und Seitenteile der Küche nach den Anweisungen der Herstellerfirma mit einer Oberflächenversiegelung nachzubehandeln, die eine wasserabweisende Oberfläche gewährleiste. Der Vertreter des Beklagten lehnte dieses Sanierungskonzept mit Schreiben vom 29. 8. 2003 mit der Begründung ab, dass der Austausch der Arbeitsplatte von der Zustimmung zum übrigen Sanierungsvorschlag abhängig gemacht werde und

die anderen Mängelbeseitigungsvorschläge ungeeignet seien, um einen fehlerfreien Zustand herzustellen. Es könne nicht mehr vom Bestreben des Klägers ausgegangen werden, eine umfassende Mängelbehebung vorzunehmen. Somit sei die im letzten Schreiben gesetzte Frist ungenutzt verstrichen. Mit E-Mail vom 10. 9. 2003 antwortete der Vertreter des Klägers, dass die Sanierung der Arbeitsplatte keinesfalls an die Zustimmung zum übrigen Sanierungskonzept geknüpft worden sei, sondern dass dieser Punkt nur den Hinweis enthalte, dass nach Zustimmung zum Sanierungskonzept die Arbeitsplatte beim Hersteller bestellt werden müsse und dies entsprechend Zeit in Anspruch nehme. Mit Schreiben vom 9. 10. 2003 nahm der Kläger die Verweigerung der Behebung der behaupteten Mängel zur Kenntnis und forderte den Beklagten zur Zahlung der in Rechnung gestellten Beträge bis 19. 10. 2003 auf.

Der Aufwand für die Neuanfertigung der Fronten und gebeizten Holzölteile, also des Küchensockels und der Barmaske beläuft sich auf 3.730 EUR netto inklusive Montage. 160 EUR (ohne USt) sind für ein allfälliges Abschleifen der Starkkanten anzusetzen. Der Austausch der gesamten Arbeitsplatte ist die einzige Möglichkeit, die vorhandenen Sprünge zu sanieren. Für die Arbeitsplatte sind 2.538,75 EUR angemessen. Ein Austausch der Korpusteile ist nicht erforderlich. Bei optimalem Reparaturablauf wären der Sockel, die Kästchentüren und die Barmaske abzumontieren und nach Neuanfertigung im Betrieb des Klägers wieder zu montieren. Die schadhaften Bestandteile der Küche müssten erst am Tag der neuen Montage aus der bestehenden Küche ausgebaut werden. In einem Zug könnte auch die Arbeitsplatte ausgetauscht werden. Der Beklagte wäre zwei oder drei Tage ohne funktionsfähige Küche. Das Ersetzen der Küche durch eine gänzlich neue würde - ohne Zeitaufwand für die Demontage der alten Küche - etwa vier Tage erfordern. Bei sorgfältiger Arbeitsweise ist eine Beschädigung der Korpusteile anlässlich der Sanierung auszuschließen. Nicht vermeidbar wäre, dass ein gewisses Maß an Schmutz anfallen würde. Das vom Kläger an den Beklagten aufforderungsgemäß übermittelte Sanierungskonzept stellt einen fachgerechten Sanierungsvorschlag dar.

Der Kläger begehrte mit seiner Klage vom 7. 11. 2003 den dem Beklagten in Rechnung gestellten Werklohn von insgesamt 13.208,80 EUR. Er habe angeboten, den Wünschen des Beklagten auf Mängelbehebung nachzukommen und fristgerecht das abverlangte Sanierungskonzept übermittelt. Der Beklagte habe jedoch eine Sanierung verweigert und Wandlung, nämlich den Verzicht des Klägers auf den Werklohn begehrte.

Der Beklagte bestritt das Klagebegehren dem Grund und der Höhe nach und beantragte dessen Abweisung. Hilfsweise wendete er eine Gegenforderung in Höhe des Klagebetrags ein. Die Werkleistung des Klägers habe nicht den Vorgaben des Auftrags entsprochen und sei mangelhaft. Die Türen der Kücheneinrichtung wiesen Sprünge auf. Die Beize sei wasserlöslich und gehe leicht ab. Die Arbeitsplatte habe einen Riss. Beim Dachgebälk seien die Holzbalken unsachgemäß bearbeitet worden. Es sei dem Kläger nicht gelungen, eine farblich passende Verkleidung herzustellen. Der Kläger habe keine Mängelbehebung durchgeführt und keine geeigneten Vorschläge zur Mängelbehebung erstattet. Es sei ihm die Mängelbehebung nicht verwehrt worden. Die Mängel seien bezüglich der Farbunterschiede wesentlich und unbehebbar. Eine Sanierung sei wirtschaftlich untunlich. Eine Verbesserung der Mängel sei wegen des verlorenen Vertrauens in den Kläger nicht akzeptiert worden. Sie wäre für den Beklagten auch mit erheblichen Nachteilen verbunden, weil die Küche längere Zeit nicht zur Verfügung stände und Einschränkungen im Wohnbereich damit verbunden wären. Der Werklohn sei infolge der nicht behobenen Mängel nicht fällig

Das Erstgericht erkannte die Klageforderung mit 11.999,29 EUR als zu Recht und mit 1.209,51 EUR als nicht zu Recht bestehen, die aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und den Beklagten schuldig, dem Kläger 11.999,29 EUR samt Zinsen zu zahlen. Das Mehrbegehren von 1.209,51 EUR wies es ab. Beim Dachgebälk seien keine Mängel vorhanden. Die Kücheneinrichtung sei wegen des Farbunterschieds zwischen den Füllungen und dem Rahmen der Küchenfront, wegen der der Zusatz des Klägers widersprechenden wasserlöslichen Oberflächenbehandlung der Fronten, der Risse in den Fronten und der Sprünge in der Arbeitsplatte mangelhaft. Es liege eine Speziesschuld vor, sodass als Gewährleistungsbehelf primär nur die Verbesserung und nicht der Austausch in Frage komme. Für einen sofortigen Zugriff auf den Gewährleistungsbehelf der Wandlung fehlten die Voraussetzungen. Eine Verbesserung des Werks sei durch die Neuanfertigung sämtlicher Fronten, der Sockel und der Barmaske sowie durch Austausch der Arbeitsplatte möglich. Der Kläger habe die Verbesserung nicht verwehrt. Er habe ein fachgerechtes Verbesserungskonzept vorgelegt und sei damit nicht in Verzug geraten. Mit erheblichen Unannehmlichkeiten im Sinn des § 932 Abs 4 ABGB sei die Verbesserung nicht verbunden. Ihre Vornahme durch den Kläger sei auch nicht unzumutbar. Auf eine mangelnde Fälligkeit des Werklohns könne sich der Beklagte nicht berufen, weil er eine Verbesserung abgelehnt habe. Der Höhe nach sei ein Werklohn von 11.999,20 EUR berechtigt. Die Gegenforderung des Beklagten sei trotz Erörterung nicht hinreichend präzisiert worden. Das Erstgericht erkannte die

Klageforderung mit 11.999,29 EUR als zu Recht und mit 1.209,51 EUR als nicht zu Recht bestehen, die aufrechnungsweise eingewendete Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und den Beklagten schuldig, dem Kläger 11.999,29 EUR samt Zinsen zu zahlen. Das Mehrbegehr von 1.209,51 EUR wies es ab. Beim Dachgebälk seien keine Mängel vorhanden. Die Kücheneinrichtung sei wegen des Farbunterschieds zwischen den Füllungen und dem Rahmen der Küchenfront, wegen der Zusage des Klägers widersprechenden wasserlöslichen Oberflächenbehandlung der Fronten, der Risse in den Fronten und der Sprünge in der Arbeitsplatte mangelhaft. Es liege eine Speziesschuld vor, sodass als Gewährleistungsbehelf primär nur die Verbesserung und nicht der Austausch in Frage komme. Für einen sofortigen Zugriff auf den Gewährleistungsbehelf der Wandlung fehlten die Voraussetzungen. Eine Verbesserung des Werks sei durch die Neuanfertigung sämtlicher Fronten, der Sockel und der Barmaske sowie durch Austausch der Arbeitsplatte möglich. Der Kläger habe die Verbesserung nicht verwehrt. Er habe ein fachgerechtes Verbesserungskonzept vorgelegt und sei damit nicht in Verzug geraten. Mit erheblichen Unannehmlichkeiten im Sinn des Paragraph 932, Absatz 4, ABGB sei die Verbesserung nicht verbunden. Ihre Vornahme durch den Kläger sei auch nicht unzumutbar. Auf eine mangelnde Fälligkeit des Werklohns könne sich der Beklagte nicht berufen, weil er eine Verbesserung abgelehnt habe. Der Höhe nach sei ein Werklohn von 11.999,20 EUR berechtigt. Die Gegenforderung des Beklagten sei trotz Erörterung nicht hinreichend präzisiert worden.

Das Berufungsgericht gab „beiden Berufungen“ (nach seinem neugefassten Urteilsspruch aber nur der Berufung des Klägers) teilweise Folge und änderte das Urteil des Erstgerichts im Sinne eines Mehrzuspruchs von 14,94 EUR (zu Recht Bestehen der Klageforderung mit 12.014,23 EUR, nicht zu Recht Bestehen mit 1.194,57 EUR) ab. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Das Berufungsgericht pflichtete dem Kläger insoweit bei, dass das Klagebegehr - entgegen der Auffassung des Erstgerichts - auch hinsichtlich der in der Rechnung vom 12. 3. 2003 enthaltenen Position „Aura Grundierung“ (68 EUR) und „Neupol hell“ (15,60 EUR) und eines um 63,43 EUR höheren Werklohns für die Verkleidung des Küchengebälks berechtigt sei. Die Berufung des Beklagten sah es entgegen insoweit als berechtigt an, als für die Montage der Küche lediglich 660 EUR ohne USt (anstatt zuzüglich 132 EUR USt) zustünden. Daraus ergibt sich im Ergebnis der (geringfügige) Mehrzuspruch. Im Übrigen teilte das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichts, dass die Voraussetzungen der Wandlung nicht vorlägen. Es führte hiezu aus:

Das GewRÄG (BGBI I 48/2001) habe das bisherige System der Gewährleistungsbehelfe unter anderem insoweit geändert, als in § 932 ABGB der Vorrang von Verbesserung und Austausch vor den Rechten auf Preisminderung und Wandlung bestimmt worden sei. Der Übergeber solle also grundsätzlich eine „zweite Chance“ haben, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Preisminderung oder Wandlung könne der Übernehmer nur fordern, wenn die Verbesserung und der Austausch nicht möglich seien, für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären oder wenn er dem Verlangen des Übernehmers nicht oder nicht in angemessener Frist nachkomme. Das könne der Fall sein, wenn der Übergeber überhaupt untätig bleibe, aber auch, wenn seine Bemühungen um Verbesserung fehlschließen. Ferner könne der Übernehmer die sekundären Rechtsbehelfe geltend machen, wenn die primäre Abhilfe für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre oder wenn dem Übernehmer die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen nicht zumutbar sei (RV 422 BlgNR 21. GP 16; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 Rz 2 f, Rz 13; Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBI 2002, 137 [143, 146 f]; Welser, Das neue Gewährleistungs-Recht, ecolex 2001, 420 [422]). Das GewRÄG Bundesgesetzblatt Teil eins, 48 aus 2001,) habe das bisherige System der Gewährleistungsbehelfe unter anderem insoweit geändert, als in Paragraph 932, ABGB der Vorrang von Verbesserung und Austausch vor den Rechten auf Preisminderung und Wandlung bestimmt worden sei. Der Übergeber solle also grundsätzlich eine „zweite Chance“ haben, den vertragsgemäßen Zustand herzustellen. Preisminderung oder Wandlung könne der Übernehmer nur fordern, wenn die Verbesserung und der Austausch nicht möglich seien, für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären oder wenn er dem Verlangen des Übernehmers nicht oder nicht in angemessener Frist nachkomme. Das könne der Fall sein, wenn der Übergeber überhaupt untätig bleibe, aber auch, wenn seine Bemühungen um Verbesserung fehlschließen. Ferner könne der Übernehmer die sekundären Rechtsbehelfe geltend machen, wenn die primäre Abhilfe für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre oder wenn dem Übernehmer die Verbesserung oder der Austausch aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen nicht zumutbar sei Regierungsvorlage 422 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 16; Welser/Jud, Die neue Gewährleistung Paragraph 932, Rz 2 f, Rz 13; Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBI 2002, 137 [143, 146 f]; Welser, Das neue Gewährleistungs-Recht, ecolex 2001, 420 [422]).

Im Sinne der zutreffenden Rechtsausführungen des Erstgerichtes stehe die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebungskosten nur dem Übergeber zu. Dieser könne daher den Übernehmer auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe verweisen, wenn die primären Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung, Austausch) mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären (Welser/Jud aaO § 932 Rz 16, 17, 22; Dullinger, Schuldrecht, Allgemeiner Teil<sup>2</sup> Rz 3/101). Da sich der Kläger nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes berufen habe, bedürfe es diesbezüglich keiner Prüfung. Im Sinne der zutreffenden Rechtsausführungen des Erstgerichtes stehe die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebungskosten nur dem Übergeber zu. Dieser könne daher den Übernehmer auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe verweisen, wenn die primären Gewährleistungsbehelfe (Verbesserung, Austausch) mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wären (Welser/Jud aaO Paragraph 932, Rz 16, 17, 22; Dullinger, Schuldrecht, Allgemeiner Teil<sup>2</sup> Rz 3/101). Da sich der Kläger nicht auf die Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes berufen habe, bedürfe es diesbezüglich keiner Prüfung.

Das Gesetz enthalte zur Länge der dem Übergeber für die Durchführung der Verbesserung zur Verfügung stehenden Frist keine Aussage. Welche Frist angemessen sei, richte sich nach den Umständen des Einzelfalls, vor allem nach der Art der Sache und nach dem mit ihr verfolgten Zweck. Der Übernehmer (richtig: Übergeber) sei nach dem Verbesserungsverlangen von sich aus verpflichtet, innerhalb angemessener Frist Abhilfe zu schaffen, ohne dass es einer Fristsetzung durch den Übernehmer bedürfte. Das Versäumen der angemessenen Frist gebe dem Übergeber (richtig: Übernehmer) das Recht, entweder weiterhin auf der Verbesserung zu bestehen oder einen „sekundären“ Gewährleistungsbehelf geltend zu machen (Welser/Jud § 932 Rz 24; Welser aaO 424). Das Gesetz enthalte zur Länge der dem Übergeber für die Durchführung der Verbesserung zur Verfügung stehenden Frist keine Aussage. Welche Frist angemessen sei, richte sich nach den Umständen des Einzelfalls, vor allem nach der Art der Sache und nach dem mit ihr verfolgten Zweck. Der Übernehmer (richtig: Übergeber) sei nach dem Verbesserungsverlangen von sich aus verpflichtet, innerhalb angemessener Frist Abhilfe zu schaffen, ohne dass es einer Fristsetzung durch den Übernehmer bedürfte. Das Versäumen der angemessenen Frist gebe dem Übergeber (richtig: Übernehmer) das Recht, entweder weiterhin auf der Verbesserung zu bestehen oder einen „sekundären“ Gewährleistungsbehelf geltend zu machen (Welser/Jud Paragraph 932, Rz 24; Welser aaO 424).

Selbst wenn man im Sinne der Ausführungen des Beklagten davon ausgehe, dass er den Riss in der Arbeitsplatte bereits drei Wochen nach der Montage telefonisch gerügt und dem Kläger mit Schreiben vom 14. 4. 2003 eine 14-tägige Frist zur Verbesserung eingeräumt habe, sei sein Wandlungsbegehr dennoch nicht mit einer Versäumnis der angemessenen Mängelbehebungsfrist zu rechtfertigen. Der Kläger sei mit über Veranlassung des Beklagten übermitteltem Schreiben der Konsumentenberatungsstelle vom 16. 5. 2003 zur umgehenden Verbesserung und mit bei seinem Vertreter am 24. 6. 2003 eingelangtem Schreiben des Vertreters des Beklagten vom 23. 6. 2003 unter Setzung einer 14-tägigen Frist zur Vorlage eines vollständigen Verbesserungskonzeptes binnen 14 Tagen aufgefordert worden. Sein Vertreter habe mit Schreiben vom 8. 7. 2003 fristgerecht ein Sanierungskonzept übermittelt, das der Beklagte in der Folge abgelehnt habe. Dieser habe sich somit jedenfalls bis zum Schreiben seines Vertreters vom 23. 6. 2003 nicht dazu veranlasst gesehen, zu einem sekundären Rechtsbehelf zu greifen. Er habe vielmehr selbst weiterhin auf Verbesserung bestanden, sodass er aus dem Unterbleiben der Verbesserung vor Übermittlung des Sanierungskonzepts mit Schreiben vom 8. 7. 2003 keine Versäumnis der angemessenen Frist zur Verbesserung ableiten könne. Soweit der Beklagte das Sanierungskonzept insoweit als unvollständig erachte, als dieses den Sockel und die Barmaske nicht ausdrücklich erwähne, sei ihm zu entgegnen, dass diese Teile auch im Schreiben vom 23. 6. 2003 nicht ausdrücklich angeführt worden seien. Der Kläger habe auf die auf die Farbe der Möbel bezogene Rüge mit dem fachgerechten Vorschlag reagiert, sämtliche Küchenfronten neu zu fertigen und die Kanten und Seitenteile mit einer Oberflächenversiegelung nachzubehandeln, die eine wasserabweisende Oberfläche gewährleistet hätte. Berücksichtige man, dass es sich beim Sanierungsvorschlag vom 8. 7. 2003 um eine Reaktion auf das Schreiben vom 23. 6. 2003 handle, so ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Kläger irgendwelche Teile im Frontbereich der Küche aus seinem Sanierungskonzept ausgenommen hätte. Soweit der Beklagte im Sanierungskonzept eine ausdrückliche Erwähnung vermisste, dass die Fronten zur Gänze in Kiefer ausgeführt würden, sei ihm zu entgegnen, dass sich das Schreiben vom 23. 6. 2003 auch hierauf nicht bezogen habe.

Der Gewährleistungsberechtigte müsse dem Schuldner auch dann keine Mängelbeseitigungschance einräumen, wenn ihm die Mängelbehebung durch den Schuldner aus triftigen, in der Person des Schuldners liegenden Gründen

unzumutbar sei. Es gehe dabei um Fälle, in denen es dem Übernehmer „nicht zu verdenken“ sei, dass er sich nicht mehr auf die Verbesserung der Sache durch den Veräußerer oder Werkunternehmer einlassen wolle. Die Mängelhaftigkeit der Leistung als solche könne jedoch wegen des Vorrangs der Mängelbeseitigungschance nicht zur sofortigen Wandlung berechtigen. Es kämen vor allem Fälle in Betracht, in denen eine schwere Erschütterung des Vertrauens in die Person des Schuldners vorliege. Die Gesetzesmaterialien erwähnten beispielsweise sicherheitsrelevante Umstände, wie eine unzulängliche Reparatur an der Bremsanlage eines Kfz, die zu einem Bremsversagen geführt haben und Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahelegten (Welser/Jud aaO § 932 Rz 34; Reischauer aaO 149). Der Gewährleistungsberechtigte müsse dem Schuldner auch dann keine Mängelbeseitigungschance einräumen, wenn ihm die Mängelbehebung durch den Schuldner aus triftigen, in der Person des Schuldners liegenden Gründen unzumutbar sei. Es gehe dabei um Fälle, in denen es dem Übernehmer „nicht zu verdenken“ sei, dass er sich nicht mehr auf die Verbesserung der Sache durch den Veräußerer oder Werkunternehmer einlassen wolle. Die Mängelhaftigkeit der Leistung als solche könne jedoch wegen des Vorrangs der Mängelbeseitigungschance nicht zur sofortigen Wandlung berechtigen. Es kämen vor allem Fälle in Betracht, in denen eine schwere Erschütterung des Vertrauens in die Person des Schuldners vorliege. Die Gesetzesmaterialien erwähnten beispielsweise sicherheitsrelevante Umstände, wie eine unzulängliche Reparatur an der Bremsanlage eines Kfz, die zu einem Bremsversagen geführt haben und Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Übergebers nahelegten (Welser/Jud aaO Paragraph 932, Rz 34; Reischauer aaO 149).

Der Beklagte erblicke einen triftigen, in der Person des Klägers liegenden, ihm den Rückgriff auf einen sekundären Gewährleistungsbehelf erlaubenden Grund darin, dass im Zuge der mangelhaften Werkerstellung die fehlende Kompetenz des Klägers zum Ausdruck gekommen sei und dieser einen ungeeigneten Verbesserungsvorschlag erstattet habe. Hinsichtlich der Qualität des Verbesserungsvorschlags stehe aber fest, dass dieser fachgerecht gewesen sei. Im Übrigen indizierten die festgestellten Mängel keine Eigenschaften des Klägers, die es rechtfertigen könnten, ihm die Mängelbehebung nicht mehr anzuvertrauen. Da insbesondere keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, dass der Kläger zur Erstellung des bedungenen Werks unfähig sei, wäre ihm wegen des Vorrangs des Gewährleistungsbehelfs der Verbesserung die Umsetzung seines Sanierungskonzepts zu ermöglichen gewesen.

Der Gewährleistungspflichtige habe die Verbesserung gemäß § 932 Abs 3 ABGB mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übergeber (richtig: Übernehmer) zu bewirken. Nach den Gesetzesmaterialien berechtigen nur besondere Härtefälle den Übernehmer, sofort Minderung oder Wandlung zu begehrn. Die Regierungsvorlage erwähne unter anderem den Fall, dass mit der Mängelbeseitigung umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten erforderlich wären und führe in diesem Zusammenhang die damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen an. Die Ausnahmen dürften den Grundsatz des Vorrangs der Verbesserung nicht aushöhlen, Unannehmlichkeiten, die mit einer Mängelbehebung normalerweise verbunden seien, berechtigten daher noch nicht zum Rückgriff auf einen sekundären Gewährleistungsbehelf (Welser/Jud aaO Rz 32). Im vorliegenden Fall erreichten die mit der Mängelbehebung verbundenen festgestellten Unannehmlichkeiten kein solches Ausmaß, das den Beklagten zur sofortigen Wandlung berechtigte. Soweit der Beklagte argumentiere, es gehe nicht an, ihm vom Werkunternehmer zu vertretende Nachteile aufzubürden, sei ihm zu entgegnen, dass das Gesetz - ausgenommen den hier nicht vorliegenden Fall erheblicher Unannehmlichkeiten - dies billige. Der Gewährleistungspflichtige habe die Verbesserung gemäß Paragraph 932, Absatz 3, ABGB mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übergeber (richtig: Übernehmer) zu bewirken. Nach den Gesetzesmaterialien berechtigen nur besondere Härtefälle den Übernehmer, sofort Minderung oder Wandlung zu begehrn. Die Regierungsvorlage erwähne unter anderem den Fall, dass mit der Mängelbeseitigung umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten erforderlich wären und führe in diesem Zusammenhang die damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelästigungen an. Die Ausnahmen dürften den Grundsatz des Vorrangs der Verbesserung nicht aushöhlen, Unannehmlichkeiten, die mit einer Mängelbehebung normalerweise verbunden seien, berechtigten daher noch nicht zum Rückgriff auf einen sekundären Gewährleistungsbehelf (Welser/Jud aaO Rz 32). Im vorliegenden Fall erreichten die mit der Mängelbehebung verbundenen festgestellten Unannehmlichkeiten kein solches Ausmaß, das den Beklagten zur sofortigen Wandlung berechtigte. Soweit der Beklagte argumentiere, es gehe nicht an, ihm vom Werkunternehmer zu vertretende Nachteile aufzubürden, sei ihm zu entgegnen, dass das Gesetz - ausgenommen den hier nicht vorliegenden Fall erheblicher Unannehmlichkeiten - dies billige.

Zusammenfassend seien daher die Voraussetzungen für den vom Beklagten angestrebten Rückgriff auf den

Gewährleistungsbehelf der Wandlung nicht gegeben. Das Gesetz regle nicht ausdrücklich, welche Folgen eintreten, wenn der Werkbesteller die Mängelbehebung dadurch unmöglich mache, dass er sie verweigere. Welser/Jud aaO Rz 31 würden für den Fall der „Verweigerung“ der Verbesserung dadurch, dass die Sache selbst oder durch einen Dritten verbessert wurde, die Auffassung vertreten, dass der Werkbesteller diesfalls nicht sofort Preisminderung oder Wandlung verlangen könne. Wenn das Gesetz dem Übergeber unter bestimmten Voraussetzungen eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung einräume, dürfe es nicht im Belieben des Übernehmers liegen, diese Möglichkeit zu vereiteln, die Rangordnung der Gewährleistungsansprüche zu zerstören und den Vorrang der Verbesserung ad absurdum zu führen. Mache also der Übernehmer die Verbesserung durch den Übergeber unmöglich, könne er nicht aus dem Grund der Unmöglichkeit die sekundären Rechtsbehelfe geltend machen. Bedachtnehmend auf die vom Gesetzgeber geschaffene Rangordnung der Gewährleistungsbehelfe könne somit auch eine ungerechtfertigte Verweigerung der Verbesserung nicht zum Rückgriff auf einen sekundären Gewährleistungsbehelf führen.

Da die Rechtsrüge keine Ausführungen zur mangelnden Fälligkeit und zur Berechtigung der Gegenforderung enthalte, sei darauf nicht einzugehen. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu § 932 ABGB idF des GewRÄG (BGBl I 48/2001) vorliege. Da die Rechtsrüge keine Ausführungen zur mangelnden Fälligkeit und zur Berechtigung der Gegenforderung enthalte, sei darauf nicht einzugehen. Die ordentliche Revision sei zulässig, weil keine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu Paragraph 932, ABGB in der Fassung des GewRÄG Bundesgesetzblatt Teil eins, 48 aus 2001,) vorliege.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision des Beklagten ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig. Sie ist aber nicht berechtigt. Ob im Sinn der Vorinstanzen und der in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht zitierten Belegstellen die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebungskosten nur dem Übergeber und nicht auch dem Übernehmer zusteht, braucht hier nicht geklärt zu werden, weil nach den Feststellungen der Vorinstanzen die Kosten der Verbesserung gegenüber den Herstellungskosten ohnehin niedriger wären (vgl zum Kriterium des „unverhältnismäßig hohen“ Aufwands: Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, 115) und der Beklagte seinen diesbezüglichen Einwand in der Revision auch nicht mehr aufrechterhielt. Im Revisionsverfahren ist nur mehr strittig, ob die Voraussetzungen der Wandlung nach dem letzten Satz des § 932 Abs 4 ABGB vorliegen. Nach dieser Bestimmung hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. Ob im Sinn der Vorinstanzen und der in diesem Zusammenhang vom Berufungsgericht zitierten Belegstellen die Berufung auf die Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebungskosten nur dem Übergeber und nicht auch dem Übernehmer zusteht, braucht hier nicht geklärt zu werden, weil nach den Feststellungen der Vorinstanzen die Kosten der Verbesserung gegenüber den Herstellungskosten ohnehin niedriger wären vergleiche zum Kriterium des „unverhältnismäßig hohen“ Aufwands: Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, 115) und der Beklagte seinen diesbezüglichen Einwand in der Revision auch nicht mehr aufrechterhielt. Im Revisionsverfahren ist nur mehr strittig, ob die Voraussetzungen der Wandlung nach dem letzten Satz des Paragraph 932, Absatz 4, ABGB vorliegen. Nach dieser Bestimmung hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

Hinsichtlich all dieser Kriterien ist zunächst auf die allgemeinen Rechtsausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen, die die Ansicht des Schrifttums und die Gesetzesmaterialien zutreffend wiedergeben. Im Schrifttum bestehen insoweit keinerlei divergierende Ansichten (vgl Welser/Jud, Die Gewährleistung (2001) 71 ff; Dullinger, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> Rz 3/87 ff, Rz 3/99 ff; Krejci, Zum neuen Gewährleistungsrecht, VR 2001, 201 [206, 208 ff]; Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtliche Folgen, JBI 2002, 137 [144, 148 ff]; Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, 117 ff; Kletecka, Gewährleistung neu, Kommentar zum GewRÄG für Praxis und Ausbildung [2001], 42, 46 ff; Zum Vorrang von Verbesserung und Austausch auch: Bollenberger, Das

neue Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung, RdW 2002/636, 713; Kletecka, Der geringfügige Mangel, RdW 2003/537, 612; Apathy, Reisevertrag und Gewährleistungsreform, JBI 2001, 477 [478]). Dass die Vorinstanzen die hier maßgebende Rechtslage im Grundsätzlichen unrichtig dargestellt hätten, wird auch in der Revision nicht behauptet. Auf die allgemeinen Rechtsausführungen der Vorinstanzen kann daher verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). Hinsichtlich all dieser Kriterien ist zunächst auf die allgemeinen Rechtsausführungen des Berufungsgerichts zu verweisen, die die Ansicht des Schrifttums und die Gesetzesmaterialien zutreffend wiedergeben. Im Schrifttum bestehen insoweit keinerlei divergierende Ansichten vergleiche Welser/Jud, Die Gewährleistung (2001) 71 ff; Dullinger, Schuldrecht Allgemeiner Teil<sup>2</sup> Rz 3/87 ff, Rz 3/99 ff; Krejci, Zum neuen Gewährleistungsrecht, VR 2001, 201 [206, 208 ff]; Reischauer, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtliche Folgen, JBI 2002, 137 [144, 148 ff]; Faber, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht, 117 ff; Kletecka, Gewährleistung neu, Kommentar zum GewRÄG für Praxis und Ausbildung [2001], 42, 46 ff; Zum Vorrang von Verbesserung und Austausch auch: Bollenberger, Das neue Wahlrecht zwischen Wandlung und Minderung, RdW 2002/636, 713; Kletecka, Der geringfügige Mangel, RdW 2003/537, 612; Apathy, Reisevertrag und Gewährleistungsreform, JBI 2001, 477 [478]). Dass die Vorinstanzen die hier maßgebende Rechtslage im Grundsätzlichen unrichtig dargestellt hätten, wird auch in der Revision nicht behauptet. Auf die allgemeinen Rechtsausführungen der Vorinstanzen kann daher verwiesen werden (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Der Beklagte meint allerdings, dass ausgehend von diesen Grundsätzen der hier konkret vorliegende Sachverhalt falsch beurteilt worden sei. Zur Fristversäumnis führt die Revision aus, dass der Kläger nach Lieferung der Küche vorerst nichts unternommen und auf die Mängelrüge des Beklagten vom 14. 4. 2003 stets nur Verbesserungsangebote gestellt, tatsächlich aber weder in angemessener Frist noch überhaupt eine Verbesserung durchgeführt habe. Auf die Mängelrüge vom 14. 4. 2003 sei er nicht in der erforderlichen Weise eingegangen.

Diesen Ausführungen ist zu erwideren: Bei den Tatbeständen der Fristversäumnis und ebenso der mit der Verbesserung einhergehenden erheblichen Unannehmlichkeiten, die den Übernehmer zur sofortigen Geltendmachung von Wandlung (oder Preisminderung) berechtigen, folgte der Gesetzgeber im Wesentlichen der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter), die mit dem GewRÄG umgesetzt wurde. Obgleich nach der Richtlinie eine Anpassung nur im eingeschränkten Umfang, nämlich auf Verträge über Lieferungen herzustellender oder zu erzeugender Verbrauchsgüter, geboten war, wurden deren Bestimmungen betreffend die Gewährleistungsbehelfe generell für Werkverträge - auch für solche betreffend unbewegliche Sachen - übernommen. Das autonome Verständnis der gemeinschaftsrechtlichen Vorgabe ist daher bei der Auslegung der nationalen Umsetzungsbestimmungen, und zwar selbst außerhalb des von der Richtlinie abgedeckten Bereichs zu beachten (Faber aaO 101 f). Das neue Konzept einer Staffelung der Rechtsbehelfe verschafft einerseits dem Übergeber die Möglichkeit, den Mangel zu heilen und dadurch die drohende Vertragsaufhebung abzuwenden, wobei unterstellt wird, dass dies für den Übergeber in der Regel günstiger ist. Andererseits soll ein solches Recht den Übergeber nicht über Gebühr belasten. Insgesamt weist die Neuordnung allerdings eine vertragserhaltende Tendenz auf (Faber aaO 102 f mwN zum Teil betreffend das deutsche Umsetzungsrecht).

Welche Frist „angemessen“ gemäß § 932 Abs 4 ABGB ist, wird weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie näher determiniert. Welche Umstände bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind, ergibt sich allerdings zum Teil aus dem Gesetz selbst, nämlich aus § 932 Abs 3 ABGB, wonach - gleich wie beim Kriterium der Unannehmlichkeit für den Übernehmer - die Art der Sache und der damit verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind (Welser/Jud aaO § 932 ABGB Rz 26; Faber aaO 123). Der Tatbestand stellt nicht bloß auf Umstände auf Seiten des Übernehmers, sondern auch auf die des Übergebers ab. Es ist etwa zu berücksichtigen, dass komplizierte Reparaturen mehr Zeit als einfache benötigen, aber auch, ob die Sache ihrer Natur nach besonders dringend gebraucht wird (Faber aaO 124 mwN). Welche Frist „angemessen“ gemäß Paragraph 932, Absatz 4, ABGB ist, wird weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie näher determiniert. Welche Umstände bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind, ergibt sich allerdings zum Teil aus dem Gesetz selbst, nämlich aus Paragraph 932, Absatz 3, ABGB, wonach - gleich wie beim Kriterium der Unannehmlichkeit für den Übernehmer - die Art der Sache und der damit verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind (Welser/Jud aaO Paragraph 932, ABGB Rz 26; Faber aaO 123). Der Tatbestand stellt nicht bloß auf Umstände auf Seiten des

Übernehmers, sondern auch auf die des Übergebers ab. Es ist etwa zu berücksichtigen, dass komplizierte Reparaturen mehr Zeit als einfache benötigen, aber auch, ob die Sache ihrer Natur nach besonders dringend gebraucht wird (Faber aaO 124 mwN).

Nach diesen Kriterien war die dem Kläger mit Schreiben vom 14. 4. 2003 gesetzte Frist zur Behebung der zugleich gerügten Mängel von bloß vierzehn Tagen zu kurz. Der Kläger hätte, um die Verbesserung ordnungsgemäß auszuführen, die Materialien, die zur Herstellung einer Farbgleichheit zwischen den einzelnen Küchenteilen, zur Beseitigung der infolge von Sprüngen schadhaften Küchenschrantüren und insbesondere auch zur Ersetzung der gesprungenen Arbeitsplatte erforderlich gewesen wären, seinerseits erst bestellen und dann die Anfertigung neuer Küchenteile in seiner Werkstatt durchführen müssen. Es liegt auf der Hand, dass derartige Vorgänge längere Zeit in Anspruch nehmen. Außerdem war einzukalkulieren, dass der Kläger zunächst die behaupteten Mängel an Ort und Stelle besichtigen und sich selbst im Klaren werden musste, auf welche Art und Weise eine zielführende Mängelbeseitigung durchzuführen sein werde. Andererseits beeinträchtigten die Mängel die Funktion der Küche nicht. Sie waren bloß optisch störend. Eine besondere Dringlichkeit der Verbesserungsarbeiten war daher nicht gegeben. Die Frist, die zwischen der Mängelrüge und der angekündigten Abholung der restlichen Fronten und Besichtigung der Sprünge in der Arbeitsplatte lag, ist im Hinblick auf die fehlende Dringlichkeit und insbesondere darauf, dass die Frist ohnehin nicht ungenutzt verstrich, sondern ein Teil der Küchenfront versuchshalber zwecks Verbesserung bearbeitet wurde, in diesem Einzelfall noch nicht unangemessen lang. Dass in der Folge tatsächlich nicht verbessert wurde, lag nicht am Kläger, wurde ihm doch das Abholen der restlichen Küchenfronten und die Besichtigung der behaupteten Beschädigung an der Arbeitsplatte, die er bis dahin noch nicht gesehen hatte, seitens des Beklagten verwehrt. Als der Kläger dennoch sein Verbesserungsangebot aufrechthielt und schließlich einen umfassenden, den Beanstandungen entsprechenden und vom Beklagten geforderten Sanierungsvorschlag erstattete, wurde er abermals hingehalten, bevor ihm durch das Schreiben vom 29. 8. 2003 klargemacht wurde, dass der Beklagte eine Verbesserung endgültig ablehne. Da der Kläger auf die Mithilfe des Beklagten bei der Verbesserung angewiesen war, hätte er doch ohne dessen Zustimmung nicht in das Haus eindringen und die mangelhaften Küchenteile abmontieren können, ist das festgestellte Verhalten des Beklagten insgesamt als Verweigerung der Verbesserung durch den innerhalb angemessener Frist verbesserungsbereiten Kläger zu werten.

Welche Folgen eintreten, wenn die Verbesserung - so wie hier - durch ein Verhalten des Übernehmers unmöglich wird, sagt § 932 ABGB nicht ausdrücklich. Gemäß § 932 Abs 2 erster Satz ABGB kann zwar der Übernehmer - sogleich - Wandlung oder Preisminderung begehrn, wenn die Verbesserung (der Austausch) „unmöglich“ ist. Diese Bestimmung ist aber dahin auszulegen, dass sich der Übernehmer auf die von ihm selbst herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung nicht berufen kann. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, darf es, wenn primär Verbesserung zu gewähren und dem Übergeber damit eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung einzuräumen ist, nicht im Belieben des Übernehmers liegen, diese Möglichkeit zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ab absurdum“ zu führen (Welser/Jud aaO § 932 ABGB Rz 31). Welche Folgen eintreten, wenn die Verbesserung - so wie hier - durch ein Verhalten des Übernehmers unmöglich wird, sagt Paragraph 932, ABGB nicht ausdrücklich. Gemäß Paragraph 932, Absatz 2, erster Satz ABGB kann zwar der Übernehmer - sogleich - Wandlung oder Preisminderung begehrn, wenn die Verbesserung (der Austausch) „unmöglich“ ist. Diese Bestimmung ist aber dahin auszulegen, dass sich der Übernehmer auf die von ihm selbst herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung nicht berufen kann. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, darf es, wenn primär Verbesserung zu gewähren und dem Übergeber damit eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung einzuräumen ist, nicht im Belieben des Übernehmers liegen, diese Möglichkeit zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ab absurdum“ zu führen (Welser/Jud aaO Paragraph 932, ABGB Rz 31).

Dass der Beklagte bei Vornahme der aufgezeigten Verbesserungsmöglichkeit „erhebliche Unannehmlichkeiten“ zu erdulden gehabt hätte, versucht er mit dem Hinweis darzulegen, dass die Küche „zerlegt“ hätte werden müssen, einige Tage nicht zu verwenden gewesen wäre, Schmutz- und Lärmbelästigungen entstanden wären und Handwerker das Haus frequentiert hätten. Damit vermag er aber keinen besonderen Härtefall aufzuzeigen, vor dem der Übernehmer nach den Intentionen der Richtlinie und des österreichischen Gesetzgebers geschützt werden soll (vgl Welser/Jud aaO Rz 32). Dass Handwerker ein- und ausgehen und Schmutz- und Lärmbelästigungen auftreten ist nahezu zwangsläufig mit jeder Mängelbehebung an einem Wohngebäude und an darin eingebauten Sachen verbunden. Ein zweitägiger Verzicht auf die Benützung der Einbauküche eines Privathaushalts mag zwar die alltäglichen Abläufe kurzfristig stören,

im Allgemeinen kann aber von einer erheblichen Beeinträchtigung keine Rede sein. An die in den vom Berufungsgericht zitierten Gesetzesmaterialien angeführten Beispiele, wo die Grenze der zu tolerierenden Unannehmlichkeiten zu ziehen sei, reichen die hier im Fall einer zielführenden Verbesserung zu gewärtigenden Belästigungen, nicht heran. Dass der Beklagte bei Vornahme der aufgezeigten Verbesserungsmöglichkeit „erhebliche Unannehmlichkeiten“ zu erdulden gehabt hätte, versucht er mit dem Hinweis darzulegen, dass die Küche „zerlegt“ hätte werden müssen, einige Tage nicht zu verwenden gewesen wäre, Schmutz- und Lärmbelästigungen entstanden wären und Handwerker das Haus frequentiert hätten. Damit vermag er aber keinen besonderen Härtefall aufzuzeigen, vor dem der Übernehmer nach den Intentionen der Richtlinie und des österreichischen Gesetzgebers geschützt werden soll vergleiche Welser/Jud aaO Rz 32). Dass Handwerker ein- und ausgehen und Schmutz- und Lärmbelästigungen auftreten ist nahezu zwangsläufig mit jeder Mängelbehebung an einem Wohngebäude und an darin eingebauten Sachen verbunden. Ein zweitägiger Verzicht auf die Benützung der Einbauküche eines Privathaushalts mag zwar die alltäglichen Abläufe kurzfristig stören, im Allgemeinen kann aber von einer erheblichen Beeinträchtigung keine Rede sein. An die in den vom Berufungsgericht zitierten Gesetzesmaterialien angeführten Beispiele, wo die Grenze der zu tolerierenden Unannehmlichkeiten zu ziehen sei, reichen die hier im Fall einer zielführenden Verbesserung zu gewärtigenden Belästigungen, nicht heran.

Der dritte Tatbestand, auf den sich der Beklagte beruft - Unzumutbarkeit der Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen - geht nicht auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zurück. Wie sich allerdings allein schon aus dem Vorrang der Mängelbeseitigungschance ergibt, kann die Mangelhaftigkeit der Leistung als solche nicht zur sofortigen Wandlung berechtigen (Reischauer aaO 149). Die Gesetzesmaterialien (RV 422 BlgNR 21. GP 18) machen klar, dass es sich um einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers handeln muss und die Mangelhaftigkeit der Leistung allein noch nicht ausreicht (Faber aaO, 129). Die vom Kläger erbrachte Werkleistung ist zwar in verschiedener Richtung nicht zufriedenstellend gelungen. In diesem Misslingen hat sich aber entgegen den Revisionsausführungen weder eine nicht mehr zu tolerierende Unzuverlässigkeit noch ein generelles Unvermögen, das bestellte Werk ordnungsgemäß auszuführen, dokumentiert. Der dritte Tatbestand, auf den sich der Beklagte beruft - Unzumutbarkeit der Verbesserung aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen - geht nicht auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zurück. Wie sich allerdings allein schon aus dem Vorrang der Mängelbeseitigungschance ergibt, kann die Mangelhaftigkeit der Leistung als solche nicht zur sofortigen Wandlung berechtigen (Reischauer aaO 149). Die Gesetzesmaterialien Regierungsvorlage 422 BlgNR 21. Gesetzgebungsperiode 18 machen klar, dass es sich um einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Übergebers handeln muss und die Mangelhaftigkeit der Leistung allein noch nicht ausreicht (Faber aaO, 129). Die vom Kläger erbrachte Werkleistung ist zwar in verschiedener Richtung nicht zufriedenstellend gelungen. In diesem Misslingen hat sich aber entgegen den Revisionsausführungen weder eine nicht mehr zu tolerierende Unzuverlässigkeit noch ein generelles Unvermögen, das bestellte Werk ordnungsgemäß auszuführen, dokumentiert.

Zusammenfassend ist den Revisionsausführungen zu erwidern, dass sie auch im Detail zu keinem der genannten Kriterien, die den Übernehmer gemäß § 932 Abs 4 zweiter Satz ABGB zur Wandlung (Preisminderung) berechtigen, die Argumentation des Berufungsgerichts zu entkräften vermag, die insgesamt zu billigen ist. Darin, dass sich die Vorinstanzen im Rahmen des durch die zitierten Bestimmungen eingeräumten richterlichen Beurteilungsspielraums dahin entschieden, dass die den Rückgriff auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe eröffneten Tatbestände in diesem Einzelfall (noch) nicht erfüllt sind, kann eine Fehlbeurteilung nicht erblickt werden. Zusammenfassend ist den Revisionsausführungen zu erwidern, dass sie auch im Detail zu keinem der genannten Kriterien, die den Übernehmer gemäß Paragraph 932, Absatz 4, zweiter Satz ABGB zur Wandlung (Preisminderung) berechtigen, die Argumentation des Berufungsgerichts zu entkräften vermag, die insgesamt zu billigen ist. Darin, dass sich die Vorinstanzen im Rahmen des durch die zitierten Bestimmungen eingeräumten richterlichen Beurteilungsspielraums dahin entschieden, dass die den Rückgriff auf die sekundären Gewährleistungsbehelfe eröffneten Tatbestände in diesem Einzelfall (noch) nicht erfüllt sind, kann eine Fehlbeurteilung nicht erblickt werden.

Ob die Aufzählung der Gründe, die den Übernehmer zur Wandlung (Preisminderung) ohne Einräumung einer Verbesserungschance berechtigen, eine demonstrative (wie der Beklagte meint) ist oder eine taxative (ersterer Ansicht: Reischauer aaO 150; letzterer Ansicht: Faber aaO, 101), ist hier nicht weiter zu erörtern, weil für das Vorliegen eines im Gesetz nicht genannten Grundes der Unzumutbarkeit einer Verbesserungschance keine Sachverhaltsgrundlage

vorhanden ist. Da keines der hier in Frage kommenden Kriterien für einen Entfall des primären Gewährleistungsbehelfs der Verbesserung erfüllt ist, kann selbst eine „Gesamtschau“ dieser jeweils eine andere „Qualität“ der Unzumutbarkeit betreffenden Kriterien zu keinem gegenteiligen Ergebnis führen.

Das Urteil des Berufungsgerichts ist daher zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41 und 50 Abs 1 ZPO Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den Paragraphen 41 und 50 Absatz eins, ZPO.

**Textnummer**

E78950

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2005:0060OB00085.05A.1103.000

**Im RIS seit**

03.12.2005

**Zuletzt aktualisiert am**

12.12.2011

**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)