jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2005/7/14 6Ob80/05s

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 14.07.2005

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 E***** Gesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr. Gerald Kopp ua Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei A***** Gesellschaft mbH, ***** vertreten durch Dr. Peter Hauser, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen 134.582,18 EUR, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 9. Februar 2005, GZ 2 R 6/05y-38, womit über die Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts Salzburg vom 15. Oktober 2004, GZ 10 Cg 178/02p-32, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es insgesamt (einschließlich der nicht angefochtenen Abweisung des Zinsenmehrbegehrens) zu lauten hat:

Die Klageforderung besteht mit 128.260,49 EUR zu Recht.

Die Gegenforderung der beklagten Partei besteht nicht zu Recht.

Die beklagte Partei ist daher schuldig, der klagenden Partei 128.260,49 EUR samt 5 % Zinsen vom 30. 11. 2001 bis 31. 7. 2002, 10,75 % Zinsen vom 1. 8. 2002 bis 31. 12. 2002, 10,20 % Zinsen vom 1. 1. 2003 bis 30. 6. 2003, 9,47 % Zinsen vom 1. 7. 2003 bis 15. 10. 2004 sowie Zinsen in der Höhe von 8 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz vom vorangehenden 30. 6. bzw 31. 12. jeden Jahres, höchstens jedoch 12 % Zinsen, seit 16. 10. 2004 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Das Zinsenmehrbegehren von 7 % Zinsen vom 30. 11. 2001 bis 31. 7. 2002, 1,25 % Zinsen vom 1. 8. 2002 bis 31. 12. 2002, 1,8 % Zinsen vom 1. 1. 2003 bis 30. 6. 2003, 2,53 % Zinsen vom 1. 7. 2003 bis 15. 10. 2004 sowie ein allfälliges Mehr an Zinsen über den Zinsen in Höhe von 8 %-Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz vom vorangehenden 30. 6. bzw 31. 12. pro Jahr seit 16. 10. 2004 jeweils aus 128.260,49 EUR, wird abgewiesen.

Das Mehrbegehren von 6.321,69 EUR samt 12 % Zinsen seit 30. 11. 2001 wird abgewiesen.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 12.859,18 EUR (darin 1.800,41 EUR Umsatzsteuer und 2.056,75 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei weiters die mit 2.558,85 EUR (darin 421,02 EUR Umsatzsteuer und 32,74 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 1.818,13 EUR (darin 303,02 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Über Auftrag der Beklagten führte die Klägerin im Jahr 2001 zur Errichtung einer Tankstelle großflächige Grundabtragungen, Neuaufschüttungen, die Herstellung von Tragschichten, Hinterfüllungen sowie Betonierungs- und Asphaltierungsarbeiten aus. Sie legte Schlussrechnung über 3,247.891,19 S (= 236.033,46 EUR).

Die Klägerin begehrt nach Teilzahlungen der Beklagten die Bezahlung des restlichen Werklohns von 1,851.891,19 S (= 134.582,18 EUR). Bei der Herstellung der Planie sei zulässigerweise Asphaltbrechgut verwendet worden. Beim eingebauten Asphaltgranulat handle es sich nicht um schwer kontaminiertes Material, wie dies die Beklagte behaupte. Aufgrund einer Planänderung der Beklagten kurz vor Fertigstellung der Arbeiten sei auch über den Tanks eine asphaltierte Verkehrsfläche errichtet worden. Eine nachträgliche Verdichtung zur Vermeidung von Setzungen habe nicht mehr vorgenommen werden können. Nur 40 % der eingetretenen Setzungen beträfen die schon ursprünglich geplanten Verkehrsflächen. Dieser Mangel sei mit 3.144,96 EUR (2,4 % des Klagebetrags) sanierbar. Dies rechtfertige nicht eine Zurückbehaltung des restlichen Werklohns. Die Klägerin habe bei der Planänderung keine Warnpflicht gegenüber der sachverständig beratenen Beklagten getroffen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens und wandte die mangelnde Fälligkeit des restlichen Werklohns ein. Sie setzte aus dem Titel des Schadenersatzes der Klageforderung Gegenforderungen entgegen. Entgegen den vertraglichen und rechtlichen Bestimmungen habe die Klägerin bei den Bauarbeiten schwer kontaminiertes Material eingebracht. Der verwendete Asphaltbruch sei nach den RVS 8S.01.31 nur im Bereich von Bundesstraßen anzuwenden und zum Einbau bei Tankstellen nicht geeignet. Weiters habe die Klägerin infolge fehlerhafter Asphaltierungs- und Betonierungsarbeiten sowie fehlerhafter Gründung und mangelnder Verdichtung des Materials die eingetretenen Setzungsrisse zu vertreten, die bisher trotz Rüge nicht behoben worden seien. Die Klägerin habe lediglich die gröbsten Setzungen im Bereich der Tanks saniert. Es seien weitere Schäden zu befürchten, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass durch die Setzungsrisse Mineralprodukte in das Erdreich eindringen. Durch Probebohrungen sei nachgewiesen worden, dass kontaminiertes Material im Ausmaß von 3.000 m^3 eingebracht worden sei. Die Entsorgungskosten (Deponiekosten) würden 196.230 EUR ausmachen, die Arbeitskosten 250.000 EUR und die Kosten des Neuaufbaus der Tankstelle 450.000 EUR. Der Geschäftsentgang mache 200.000 EUR aus. Der Gesamtaufwand belaufe sich auf 1,096.230 EUR. Die Änderung der ursprünglich geplanten Verkehrsführung sei der Klägerin vor Durchführung der Arbeiten bekannt geworden. Sie habe auf die Gefahr von Setzungen nicht hingewiesen. Sie habe daher die aufgetretenen Mängel durch Nachasphaltierung zu beheben. Bis dahin sei das Klagebegehren nicht fällig. Die Klägerin habe ihre Warnpflicht verletzt. Bei Erfüllung der Warnpflicht hätte die Beklagte der Einbringung von Recycling-Material nicht zugestimmt. Die Warnpflichtverletzung ziehe eine Wertminderung von 200.000 EUR nach sich. Die genannten Beträge würden aufrechnungsweise als Gegenforderung eingewendet.

Das Erstgericht erkannte die Klageforderung der Höhe nach als zu Recht bestehend, die Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend und gab dem Klagebegehren mit Ausnahme von Teilabweisungen im Zinsenbereich statt. Es ging dabei von folgendem Sachverhalt aus:

Nach der Vergabeaufstellung hätten die Parteien ua die Ö-Normen und die RVS vereinbart. Der Subunternehmer der Klägerin habe die Arbeiten nach den in der Vergabeaufstellung angeführten Bestimmungen ausgeführt, nach denen sowohl das Material als auch der Einbau den zu erwartenden Anforderungen laut RVS und Ö-Norm zu entsprechen gehabt hätten. Es sei Bodenschüttmaterial verwendet worden, um das erforderliche Geländeniveau zu erreichen. Darüber sei als Frostkoffer Schottermaterial eingebracht worden. Weder im Bodenschuttmaterial noch im Frostkoffer sei Asphaltbruch verwendet worden. Als oberste Schicht sei Asphaltbruch aufgebracht worden. Direkt darauf sei die Asphaltierung erfolgt. Die Verwendung von asphalthältigem Material für die Herstellung der oberen Tragschicht bzw zum Geländeausgleich stelle keinen technischen Mangel im Sinne der Vertragsunterlagen oder den Regelwerken der RVS oder der Ö-Normen dar. In P 3.2.2. der RVS 8626 (Deckenarbeiten, bituminöse Decken und Wiederverwendung von Asphalt) sei die Verwendung von zerkleinertem Asphalt für die Herstellung von ungebundenen oder gebundenen Tragschichten auf untergeordneten Verkehrsflächen zulässig. Im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der Ausführungen der Arbeiten anwendbare RVS 3.5.2.2., „Nebenanlagen und sonstige Verkehrsflächen, Serviceeinrichtungen, Tankstellen" betreffend, seien Tankstellenflächen als untergeordnete Verkehrsflächen anzusehen. Die Verwendung von Recycling-Material habe den anerkannten Regeln der Technik entsprochen. Weder jetzt noch in Zukunft sei mit Mehrkosten für die Entfernung des Unterbaumaterials zu rechnen, weil es sich nicht um kontaminiertes Material und deshalb auch nicht um „gefährlichen Abfall" handle. Nach Fertigstellung der Tankstelle seien an der großen Betonplatte im Bereich

der Zapfsäulen und auf der daran anschließenden asphaltierten Verkehrsfläche Risse aufgetreten. Dabei handle es sich um bautechnische Mängel mit einer Rissweite um deutlich mehr als 0,2 mm. Auch in dem an die Betonplatte anschließenden Asphaltbereich sei es zu Setzungsrissen gekommen. Nach der ursprünglichen Planung sollten die Tanks unter Grünflächen liegen. Im Zuge der Bauarbeiten sei eine Projektänderung in Form einer Verkleinerung des Grünbereichs und einer Erweiterung der Verkehrsflächen gekommen. Die Setzungen seien sowohl in dem von der Projektänderung erfassten Bereich als auch in jenem Bereich aufgetreten, der schon nach der ursprünglichen Planung asphaltiert hätte werden sollen. Die Setzungen seien auf die mangelnde Verdichtung des Bodenaustausches im Allgemeinen und im Bereich der Tanks auf die Projektänderung im Besonderen zurückzuführen. Eine Verdichtung werde sich durch die Verkehrsbelastung nach und nach durch Setzung von selbst einstellen. Eine nachträgliche Verdichtung bei den Tanks sei aufgrund der Projektänderung nur mehr schwer möglich. Seit der Fertigstellung der Tankstelle seien zwei Sanierungsversuche durchgeführt worden. Behebbar sei nicht der Mangel selbst, sondern die Auswirkungen der Setzung durch Neuprofilierung der Asphaltfläche, um eine einheitliche Gefälleausbildung zu erreichen. Es könne der Anschluss an die Betonplatte im südlichen Bereich neu erstellt und das Rigol neu versetzt werden. Die zur Sanierung der Setzungen in den Asphaltflächen erforderlichen Kosten würden 5.875 EUR zuzüglich 10 % Baustellengemeinkosten und zuzüglich Umsatzsteuer betragen. Hievon würden aber nur rund 40 % der Setzungen in jenen Flächen, die schon immer als Verkehrsflächen vorgesehen gewesen seien, betroffen sein. Die übrigen 60 % der Sanierungskosten umfassten den von der Projektänderung betroffenen Bereich. Die Kosten der Sanierung durch Neuversetzen von ca 4 m Rigol würden 677 EUR zuzüglich 10 % Baustellengemeinkosten und zuzüglich Umsatzsteuer betragen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, dass das Werk der Klägerin zwar Mängel aufweise, die nur zum Teil behoben worden seien. Von den Kosten der Behebung der Setzungen im Asphaltbereich von 7.755 EUR entfielen aber nur 40 %, also 3.102 EUR auf den schon von vornherein als Verkehrsfläche ausgewiesenen Bereich. Diese Kosten und die Kosten der Neuverlegung des Rigols, zusammen also 3.995,64 EUR habe die Klägerin zu vertreten. Dies entspreche 1,69 % des Gesamtwerklohns von 236.033,46 EUR. Für die weiteren Mängel (60 % der Kosten) habe die Klägerin nicht einzustehen, weil die Mängel auf die Projektänderung zurückzuführen seien und die Klägerin gegenüber der sachverständig beratenen Beklagten nicht warnpflichtig nach § 1168a ABGB sei. Der Beklagten stehe wegen der Geringfügigkeit der Mängel, deren Behebungskosten unter 5 % des einbehaltenen Werklohns lägen, ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zu. Der Einwand der mangelnden Fälligkeit des Werklohns bedeute eine missbräuchliche Rechtsausübung. Der Beklagten seien aus den Leistungen der Klägerin keine Schäden entstanden. Die Gegenforderung sei nicht berechtigt. Die Sanierungskosten betreffend die Setzungen seien von der Beklagten nicht als Gegenforderung geltend gemacht worden.In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht im Wesentlichen aus, dass das Werk der Klägerin zwar Mängel aufweise, die nur zum Teil behoben worden seien. Von den Kosten der Behebung der Setzungen im Asphaltbereich von 7.755 EUR entfielen aber nur 40 %, also 3.102 EUR auf den schon von vornherein als Verkehrsfläche ausgewiesenen Bereich. Diese Kosten und die Kosten der Neuverlegung des Rigols, zusammen also 3.995,64 EUR habe die Klägerin zu vertreten. Dies entspreche 1,69 % des Gesamtwerklohns von 236.033,46 EUR. Für die weiteren Mängel (60 % der Kosten) habe die Klägerin nicht einzustehen, weil die Mängel auf die Projektänderung zurückzuführen seien und die Klägerin gegenüber der sachverständig beratenen Beklagten nicht warnpflichtig nach Paragraph 1168 a, ABGB sei. Der Beklagten stehe wegen der Geringfügigkeit der Mängel, deren Behebungskosten unter 5 % des einbehaltenen Werklohns lägen, ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zu. Der Einwand der mangelnden Fälligkeit des Werklohns bedeute eine missbräuchliche Rechtsausübung. Der Beklagten seien aus den Leistungen der Klägerin keine Schäden entstanden. Die Gegenforderung sei nicht berechtigt. Die Sanierungskosten betreffend die Setzungen seien von der Beklagten nicht als Gegenforderung geltend gemacht worden.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Es verneinte die gerügte Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens, erachtete die Beweiswürdigung für unbedenklich und beurteilte den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt rechtlich im Wesentlichen dahin, dass die Klägerin im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichtes eine Warnpflicht nach § 1168a ABGB hinsichtlich der Projektänderung getroffen habe. Die Warnpflicht des Unternehmers bestehe auch gegenüber einem sachkundig beratenen Besteller. Von einem Erdbauunternehmer sei die Kenntnis zu erwarten, dass eine Abänderung der ursprünglichen Planung zur Folge haben könnte, dass eine Verdichtung des Materials nicht mehr in einer der erhöhten Belastung standhaltenden Weise bewerkstelligt werden könne. Der Klägerin sei eine Warnpflichtverletzung vorzuwerfen. Ihre Verantwortlichkeit erstrecke sich daher gegenüber dem vom Erstgericht angeführten Betrag um einen weiteren Betrag von 2.326,05 EUR (zusammen also

6.321,69 EUR), was 4.7 % des restlichen Werklohns ausmache. Damit stelle sich die Frage des Leistungsverweigerungsrechts und dessen Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB. Schikane liege nur vor, wenn das unlautere Motiv der Handlung die lauteren Motive eindeutig übersteige oder wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis bestehe. Es sei nicht auf fixe Prozentsatzgrenzen abzustellen. Es bestimmten jeweils die Umstände des Einzelfalls die Interessenabwägung. Unter Berücksichtigung der Motive und Interessen der Beklagten sei die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts als unverhältnismäßig anzusehen. Die Setzungserscheinungen beeinträchtigten die Gebrauchstauglichkeit des Werkes nicht. Der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels gewähre, sei gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig, dass Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Missverhältnis stünden. Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten sei zu verneinen.Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten nicht Folge. Es verneinte die gerügte Mangelhaftigkeit des erstinstanzlichen Verfahrens, erachtete die Beweiswürdigung für unbedenklich und beurteilte den vom Erstgericht festgestellten Sachverhalt rechtlich im Wesentlichen dahin, dass die Klägerin im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichtes eine Warnpflicht nach Paragraph 1168 a, ABGB hinsichtlich der Projektänderung getroffen habe. Die Warnpflicht des Unternehmers bestehe auch gegenüber einem sachkundig beratenen Besteller. Von einem Erdbauunternehmer sei die Kenntnis zu erwarten, dass eine Abänderung der ursprünglichen Planung zur Folge haben könnte, dass eine Verdichtung des Materials nicht mehr in einer der erhöhten Belastung standhaltenden Weise bewerkstelligt werden könne. Der Klägerin sei eine Warnpflichtverletzung vorzuwerfen. Ihre Verantwortlichkeit erstrecke sich daher gegenüber dem vom Erstgericht angeführten Betrag um einen weiteren Betrag von 2.326,05 EUR (zusammen also 6.321,69 EUR), was 4.7 % des restlichen Werklohns ausmache. Damit stelle sich die Frage des Leistungsverweigerungsrechts und dessen Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne des Paragraph 1295, Absatz 2, ABGB. Schikane liege nur vor, wenn das unlautere Motiv der Handlung die lauteren Motive eindeutig übersteige oder wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis bestehe. Es sei nicht auf fixe Prozentsatzgrenzen abzustellen. Es bestimmten jeweils die Umstände des Einzelfalls die Interessenabwägung. Unter Berücksichtigung der Motive und Interessen der Beklagten sei die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts als unverhältnismäßig anzusehen. Die Setzungserscheinungen beeinträchtigten die Gebrauchstauglichkeit des Werkes nicht. Der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels gewähre, sei gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig, dass Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Missverhältnis stünden. Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten sei zu verneinen.

Mit ihrer außerordentlichen Revision beantragt die Beklagte die Abänderung dahin, dass das Klagebegehren zur Gänze abgewiesen werde.

Die Klägerin beantragt mit der ihr freigestellten Revisionsbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichtes zulässig. Die Klagestattgebung auch im Ausmaß des von den Vorinstanzen festgestellten Sanierungsaufwandes zur Beseitigung der Risse ist unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Fälligkeit dieses Teils des Werklohns rechtsirrig.

Die Revision ist teilweise auch berechtigt.

I. Vorweg ist zu folgenden für nicht stichhältig erachteten Revisionsausführungen der Beklagten Stellung zu nehmen:römisch eins. Vorweg ist zu folgenden für nicht stichhältig erachteten Revisionsausführungen der Beklagten Stellung zu nehmen:

1. Mit dem Revisionsvorbringen, es sei ausdrücklich die Verwendung von Kies als oberstes Schüttmaterial vereinbart worden, geht die Beklagte nicht von den getroffenen Feststellungen aus. Selbst die ins Treffen geführte Ausschreibung (vgl die Vergabeaufstellung Beil. /A) erwähnt die technischen Vertragsbedingungen RVS als Vertragsgrundlage. Wenn nach diesen aber gemäß den Feststellungen die Verwendung von Asphaltbruch zulässig war, ist der Schluss des Berufungsgerichts, das Bauwerk entspreche den Regeln der Bautechnik, eine im Revisionsverfahren nicht weiter anfechtbare Tatfrage. Daran kann der Einwand der Beklagten nichts ändern, die RVS hätten nur für Bundesstraßen, nicht aber für Tankstellen auf Privatgrund Geltung. Diese Ansicht kann auf die Genehmigung der RVS für den Bereich von Bundesstraßen durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 4. 10. 1999 (Beil. /7) nicht entscheidend gestützt werden, weil Privatpersonen die Geltung der technischen Vertragsbedingungen (RVS) zum

Vertragsinhalt machen können, sodass deren Genehmigung durch die öffentliche Hand für den Bereich der Bundesstraßen dann den weiteren berechtigten Schluss zulässt, dass die RVS den üblichen bautechnischen Stand der Technik wiedergeben. Wenn die Vorinstanzen daher von der vereinbarten Geltung der RVS ausgingen und danach das Bauwerk einschließlich des verwendeten Materials - mit Ausnahme der noch zu erörternden Risse infolge mangelhafter Verdichtung - als mängelfrei beurteilten, liegt keine rechtliche Fehlbeurteilung vor.1. Mit dem Revisionsvorbringen, es sei ausdrücklich die Verwendung von Kies als oberstes Schüttmaterial vereinbart worden, geht die Beklagte nicht von den getroffenen Feststellungen aus. Selbst die ins Treffen geführte Ausschreibung vergleiche die Vergabeaufstellung Beil. /A) erwähnt die technischen Vertragsbedingungen RVS als Vertragsgrundlage. Wenn nach diesen aber gemäß den Feststellungen die Verwendung von Asphaltbruch zulässig war, ist der Schluss des Berufungsgerichts, das Bauwerk entspreche den Regeln der Bautechnik, eine im Revisionsverfahren nicht weiter anfechtbare Tatfrage. Daran kann der Einwand der Beklagten nichts ändern, die RVS hätten nur für Bundesstraßen, nicht aber für Tankstellen auf Privatgrund Geltung. Diese Ansicht kann auf die Genehmigung der RVS für den Bereich von Bundesstraßen durch das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten vom 4. 10. 1999 (Beil. /7) nicht entscheidend gestützt werden, weil Privatpersonen die Geltung der technischen Vertragsbedingungen (RVS) zum Vertragsinhalt machen können, sodass deren Genehmigung durch die öffentliche Hand für den Bereich der Bundesstraßen dann den weiteren berechtigten Schluss zulässt, dass die RVS den üblichen bautechnischen Stand der Technik wiedergeben. Wenn die Vorinstanzen daher von der vereinbarten Geltung der RVS ausgingen und danach das Bauwerk einschließlich des verwendeten Materials - mit Ausnahme der noch zu erörternden Risse infolge mangelhafter Verdichtung - als mängelfrei beurteilten, liegt keine rechtliche Fehlbeurteilung vor.

2. Die Revisionsausführungen zur Unterlassung der Einholung des von der Beklagten beantragten „Obergutachtens" scheitern daran, dass das Berufungsgericht den gerügten Verfahrensmangel erster Instanz geprüft, einen solchen aber verneint hat, woran der Oberste Gerichtshof nach seiner ständigen Rechtsprechung gebunden ist.

3. Dem Revisionsvorbringen, das Berufungsgericht habe zum Thema der Verwendung von Kies als Schüttmaterial zu Unrecht ein Vorbringen der Beklagten vermisst, ist entgegenzuhalten, dass sich die Beklagte im Verfahren erster Instanz zur Frage der Schlechterfüllung nur auf die Verwendung von schwer kontaminiertem Material und auf die Ausschreibung berufen hat, wo von unbedenklichem Material wie Gesteinsbruch und Kies die Rede ist. Unter dieser beispielhaften Aufzählung kann aber durchaus auch der technisch unbedenkliche Asphaltbruch verstanden werden. Dieser ist nach dem festgestellten Sachverhalt trotz des erhöhten Kohlenwasserstoffgehalts nicht als gefährlicher Abfall im Sinne der Bestimmungen der Festsetzungsverordnung 1997, BGBl II 227/1997 zu qualifizieren. Die Revision geht zu diesem Punkt nicht von den auf das Sachverständigengutachten gegründeten Feststellungen der Vorinstanzen aus.3. Dem Revisionsvorbringen, das Berufungsgericht habe zum Thema der Verwendung von Kies als Schüttmaterial zu Unrecht ein Vorbringen der Beklagten vermisst, ist entgegenzuhalten, dass sich die Beklagte im Verfahren erster Instanz zur Frage der Schlechterfüllung nur auf die Verwendung von schwer kontaminiertem Material und auf die Ausschreibung berufen hat, wo von unbedenklichem Material wie Gesteinsbruch und Kies die Rede ist. Unter dieser beispielhaften Aufzählung kann aber durchaus auch der technisch unbedenkliche Asphaltbruch verstanden werden. Dieser ist nach dem festgestellten Sachverhalt trotz des erhöhten Kohlenwasserstoffgehalts nicht als gefährlicher Abfall im Sinne der Bestimmungen der Festsetzungsverordnung 1997, Bundesgesetzblatt Teil 2, 227 aus 1997, zu qualifizieren. Die Revision geht zu diesem Punkt nicht von den auf das Sachverständigengutachten gegründeten Feststellungen der Vorinstanzen aus.

Entgegen den Revisionsausführungen stehen daher wegen des verwendeten Asphaltbruchmaterials der Beklagten keine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche zu.

II. Hingegen ist die Revision zur Frage der mangelnden Fälligkeit eines Teilbetrags von 6.321,69 EUR sowie zur Frage des Leistungsverweigerungsrechts in diesem Umfang berechtigt:römisch II. Hingegen ist die Revision zur Frage der mangelnden Fälligkeit eines Teilbetrags von 6.321,69 EUR sowie zur Frage des Leistungsverweigerungsrechts in diesem Umfang berechtigt:

1. Grundsätzlich gilt, dass der Werklohn erst nach mängelfreier Herstellung des Werks fällig ist. Das Berufungsgericht hat die Klagestattgebung auch im Umfang des mit Mängeln behaftenden Teils des Werkes damit begründet, dass die Beklagte diesen Verbessungsaufwand nicht als Gegenforderung geltend gemacht habe. Dies trifft zwar zu, geht aber am entscheidungswesentlichen Thema der Fälligkeit vorbei. Mit der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags will der Besteller Verbesserung erreichen und durch die Zurückhaltung des gesamten Werklohns Druck auf den Unternehmer

ausüben. Wenn nicht ohnehin aufgrund der Verneinung eines schikanösen Vorgehens hier der gesamte Werklohn zurückgehalten werden darf, so ist jedenfalls die Zurückbehaltung des Teils des Werklohns berechtigt, der den Behebungskosten des mangelhaft gebliebenen Teils des Werks entspricht. Hier ist der Rechtsansicht des Berufungsgerichts zu folgen, dass die Klägerin den gesamten durch die Setzungen im Asphaltbereich verursachten Sanierungsaufwand von 6.321,69 EUR zu vertreten hat, weil ihr bei der Planänderung - im Gegensatz zur Auffassung des Erstgerichts - eine Warnpflichtverletzung anzulasten ist. Dazu kann auf die zutreffenden Erwägungen des Berufungsgerichts verwiesen werden.

2. Damit stellt sich die Frage, ob die Beklagte darüber hinaus berechtigt ist, den gesamten restlichen Werklohn zurückzuhalten, weil 4,7 % des restlichen Werklohns den angeführten Verbesserungsaufwand darstellen:

Der Besteller kann der Werklohnklage des Unternehmers die Einrede des nicht erfüllten Vertrags auch bei Vorliegen geringfügiger Mängel entgegenhalten, es sei denn, die Ausübung dieses Rechts artet zur Schikane aus (RIS-Justiz RS0020161). Schikane liegt nicht nur dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Missverhältnis besteht (RS0026265). Für die Frage des Missverhältnisses kommt es nicht auf den gesamten Werklohn im Verhältnis zum Verbesserungsaufwand, sondern auf den geltend gemachten restlichen Werklohn an (5 Ob 200/02a). Es wurde schon ausgesprochen, dass die Zurückbehaltung des gesamten (restlichen) Werklohns nicht rechtsmissbräuchlich sei, wenn der Verbesserungsaufwand davon 5 % ausmacht (4 Ob 501/93 = EvBl 1993/101). In der Entscheidung 10 Ob 384/98p wurde die Rechtsmissbräuchlichkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrags sogar bei bloß 2,6 % des offenen Werklohns verneint. Auf einen fixen Prozentsatz kommt es allerdings nicht an. Allein entscheidend ist nicht die Höhe der Behebungskosten, sondern die Wichtigkeit der Behebung des Mangels, die nach den Umständen des Einzelfalls im Rahmen einer Interessenabwägung zu beurteilen ist (RS0022044; 6 Ob 72/00g uva).

Nach diesen Grundsätzen ist hier das volle Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten zu verneinen. Das Berufungsgericht hat im Einklang mit der zitierten Judikatur eine besondere Wichtigkeit für die Beklagte an einer raschen Behebung des Mangels durch die Klägerin mit der zutreffenden Begründung verneint, dass die Tankstelle schon längere Zeit in Betrieb genommen wurde, der Mangel also den Gebrauch nicht entscheidend beeinträchtigt, sodass von einem Missverhältnis zwischen dem von der Gewährleistungsberechtigten verfolgten Interessen an der Leistungsverweigerung und dem Interesse der Klägerin an der Bezahlung des Werklohns für den mängelfreien Teil des Werks auszugehen ist. Eine missbräuchliche Rechtsausübung wurde insbesondere schon dann angenommen, wenn das hergestellte Werk in Gebrauch genommen wurde und die Mängelbehebung keine besonderen Fachkenntnisse und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien zur Voraussetzung hat (5 Ob 630/89 = SZ 62/169). Dies ist auch hier der Fall. Die technisch nicht komplizierte und besonders aufwändige Behebung der Mängel könnte ohne Schwierigkeiten von einem beliebigen dritten Unternehmer vorgenommen werden. Besondere Gründe, die dafür sprechen könnten, dass die Klägerin selbst die Verbesserung vornimmt und deshalb durch die Leistungsverweigerung des gesamten Werklohns unter Druck gesetzt werden soll, zeigt die Revisionswerberin nicht auf. Die Klagestattgebung im angeführten Umfang ist daher zu bestätigen.

Die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller Instanzen beruht auf§ 43 Abs 1 ZPO, hinsichtlich der Rechtsmittelverfahren auch auf § 50 Abs 1 ZPO. Die Klägerin ist zwar nur mit rund 5 % ihres Anspruchs unterlegen, dieser Teil verursachte aber besondere Kosten, sodass kein Fall des § 43 Abs 2 ZPO vorliegt.Die Entscheidung über die Verfahrenskosten aller Instanzen beruht auf Paragraph 43, Absatz eins, ZPO, hinsichtlich der Rechtsmittelverfahren auch auf Paragraph 50, Absatz eins, ZPO. Die Klägerin ist zwar nur mit rund 5 % ihres Anspruchs unterlegen, dieser Teil verursachte aber besondere Kosten, sodass kein Fall des Paragraph 43, Absatz 2, ZPO vorliegt.

Textnummer

E78071

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0060OB00080.05S.0714.000

Im RIS seit

13.08.2005

Zuletzt aktualisiert am

12.12.2011

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