

TE OGH 2005/6/30 3Ob150/04m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.06.2005

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer, Dr. Zechner, Dr. Sailer und Dr. Jensik als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Anton K*****, vertreten durch Dr. Hubert Köllensperger, Rechtsanwalt in Marchtrenk, wider die beklagte Partei Magdalena D*****, vertreten durch DDr. Manfred Nordmeyer, Dr. Widukind Nordmeyer und Dr. Thomas Kitzberger, Rechtsanwälte in Wels, wegen 6.255,12 EUR sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Wels als Berufungsgericht vom 24. November 2003, GZ 22 R 390/03i-39, in der Fassung der Berichtigungsbeschlüsse vom 11. Februar 2004, GZ 22 R 390/03i-42, und vom 21. April 2004, GZ 22 R 390/03i-46, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichts Wels vom 11. August 2003, GZ 5 C 2157/01a-31, teils bestätigt und teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschluss

gefasst:

Spruch

I.) Das angefochtene Berufungsurteil ist infolge der Klageseinschränkung ON 44 durch die klagende Partei in Ansehung des Zuspruchs von 4 % übersteigenden Zinsen p.a. aus 6.255,12 EUR seit 1. August 2002 wirkungslos.römisch eins.) Das angefochtene Berufungsurteil ist infolge der Klageseinschränkung ON 44 durch die klagende Partei in Ansehung des Zuspruchs von 4 % übersteigenden Zinsen p.a. aus 6.255,12 EUR seit 1. August 2002 wirkungslos.

II.) Die Revision der beklagten Partei wird zurückgewiesen. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 499,39 EUR (darin 83,23 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.römisch II.) Die Revision der beklagten Partei wird zurückgewiesen. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 499,39 EUR (darin 83,23 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Ad I.): Die Beklagte macht in ihrer Revision u.a. als erhebliche Rechtsfrage geltend, dem Kläger seien vom Berufungsgericht aus näher genannten Gründen zu Unrecht ab 1. August 2002 9,25 % p.a. Verzugszinsen zugesprochen worden. Der Kläger hat nach Erhebung der mit dem Antrag nach § 508 ZPO verbundenen Revision durch die Beklagte im Schriftsatz ON 44 erklärt, 4 % p.a. übersteigende Verzugszinsen würden nicht geltend gemacht; auf ein derartiges Zinsenbegehren werde verzichtet. Damit schränkte der Kläger (erkennbar) das Klagebegehren im Revisionsverfahren gemäß § 483 Abs 3, § 513 ZPO zulässigerweise - ohne dass diese Prozesshandlung an die Voraussetzungen der Klagezurücknahme gebunden wäre (stRsp, 10 Ob 81/04s mwN; RIS-Justiz RS0039644) - ein, weshalb das Berufungsurteil insoweit für wirkungslos zu erklären ist. Auf den entsprechenden Revisionsvortrag ist

demnach nicht mehr einzugehen. Ad römisch eins.): Die Beklagte macht in ihrer Revision u.a. als erhebliche Rechtsfrage geltend, dem Kläger seien vom Berufungsgericht aus näher genannten Gründen zu Unrecht ab 1. August 2002 9,25 % p.a. Verzugszinsen zugesprochen worden. Der Kläger hat nach Erhebung der mit dem Antrag nach Paragraph 508, ZPO verbundenen Revision durch die Beklagte im Schriftsatz ON 44 erklärt, 4 % p.a. übersteigende Verzugszinsen würden nicht geltend gemacht; auf ein derartiges Zinsenbegehren werde verzichtet. Damit schränkte der Kläger (erkennbar) das Klagebegehren im Revisionsverfahren gemäß Paragraph 483, Absatz 3., Paragraph 513, ZPO zulässigerweise - ohne dass diese Prozesshandlung an die Voraussetzungen der Klagezurücknahme gebunden wäre (stRsp, 10 Ob 81/04s mwN; RIS-Justiz RS0039644) - ein, weshalb das Berufungsurteil insoweit für wirkungslos zu erklären ist. Auf den entsprechenden Revisionsvortrag ist demnach nicht mehr einzugehen.

Ad II.): Der klagende Tischler stellte für die beklagte Hausfrau über deren Auftrag eine Küche als Ersatz für eine abgebrannte Küche her. Auf ihren Wunsch erstellte der Kläger für seine Leistungen und Lieferungen zwei gesonderte Rechnungen über 91.260 S und über 57.972 S. Letztere Rechnung bezahlte die Beklagte am 6. Juli 2001. Nun beehrte der Kläger von der Beklagten die Zahlung von 91.260 S = Ad römisch II.): Der klagende Tischler stellte für die beklagte Hausfrau über deren Auftrag eine Küche als Ersatz für eine abgebrannte Küche her. Auf ihren Wunsch erstellte der Kläger für seine Leistungen und Lieferungen zwei gesonderte Rechnungen über 91.260 S und über 57.972 S. Letztere Rechnung bezahlte die Beklagte am 6. Juli 2001. Nun beehrte der Kläger von der Beklagten die Zahlung von 91.260 S =

6.633 EUR als (Rest)Werklohn. Nach seinem Vorbringen habe die Beklagte diese Rechnung von ihrer Versicherung refundiert erhalten. Das Erstgericht wies, dem Einwand der Beklagten folgend, das Klagebegehren wegen mangelnder Fälligkeit des (Rest)Werklohns ab. Denn das Werk des Klägers weise an behebbaren Mängeln die gestückelte Furnier bei der Bar und den fehlenden Umbau des Dunstabzugs auf. Hiefür seien Verbesserungskosten (bei Vornahme in Eigenregie) von 193 EUR erforderlich. Außerdem habe der Gutachter im Verfahren noch Mängel an der Fuge der Arbeitsplatte (Reparaturkosten 40 EUR) festgestellt und eine notwendige Reparatur der Lackierung (Reparaturkosten 392 EUR), womit sich Reparaturkosten von 750 EUR sowie weitere 96 EUR zur ordnungsgemäßen Behebung der Ausbruchsstelle der Sockelblende im Bereich des Geschirrspülerkästchens ergäben. Angesichts der Mängelbehebungskosten von insgesamt 786 EUR - bei Durchführung der Reparaturen durch einen Dritten sogar das Doppelte - sei die Beklagte zur Zurückbehaltung des Restwerklohns berechtigt. Der Kläger habe nicht nur die notwendige Erneuerung des Stützhaupts im Bereich des Geschirrspülerkästchens zu verantworten, sondern auch den Umstand, dass im Bereich des Dunstabzugs derzeit die restliche Wandfläche nicht verfliesen werden könne. Der Kläger habe (in diesem Zusammenhang) auch erklärt, er habe die Beklagte nicht darauf hingewiesen, dass eine Verfliesung unmöglich sei; damit habe er auch (s)eine Warnpflicht verletzt.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren mit 6.255,12 EUR samt 4 % Zinsen vom 13. Juli 2001 bis 31. Juli 2002 und 9,25 % Zinsen seit 1. August 2002 statt und bestätigte - unangefochten - die erstinstanzliche Abweisung des Mehrbegehrens auf Zahlung weiterer 377 EUR sA.

In rechtlicher Hinsicht führte die zweite Instanz im Wesentlichen aus: Anzuwenden seien die §§ 933, 1167 ABGB idF vor dem GewRÄG. Der erstmals am 2. Dezember 2002 gerügte Mangel (Abblättern der grünen Farbe beim Küchenbord, der Theke und dem Glaskasten) betreffe eine bewegliche Sache, die weit außerhalb der sechsmonatigen Frist erhobene Mängelrüge sei daher verspätet, weshalb der Beklagten insoweit kein Verbesserungsanspruch (aus dem Titel der Gewährleistung) mehr zustehe. Eine frühere Mängelanzeige sei nicht behauptet worden. Das Fehlen von Drehtüren sei nicht als Mangel festgestellt worden. Dass entgegen dem geschuldeten Vertragsinhalt bei den Küchenschränken keine Vollauszüge vorhanden und die Rollkörbe nur einfach ausgestattet seien, habe die Beklagte weder gerügt noch vorgebracht. Auch daraus könne daher kein Verbesserungs- oder Preisminderungsanspruch abgeleitet werden. Der Apothekerschrank sei nach den Feststellungen bestellungsgemäß ausgeführt; auch insoweit liege kein Mangel vor. Dass keine Vollholzküche hergestellt worden sei, sei ebenfalls kein Mangel, weil die Beklagte eine solche nicht beauftragt habe. Einen Mangel bei der Arbeitsplatte, der zu seiner Beseitigung eine Nachlackierung einer dunklen Kante erfordern würde, habe die Beklagte nicht gerügt. Beim Dunstabzug hätte eine Verfliesung der darunter liegenden (beim Ofen befindlichen) Rückwand eine (neuerliche) Abänderung des Hängekästchens erfordert. Das Erstgericht sei von einer Verletzung der den Kläger treffenden Warnpflicht ausgegangen, weil er mit der Beklagten nicht besprochen habe, dass trotz des Umbaus des Kästchens das Anbringen von Fliesen oberhalb des Dunstabzugs nicht möglich wäre. Eine allfällige Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers wäre aber kein Ausfluss der

Gewährleistung. Das Begehren der Beklagten auf Behebung dieses Mangels überschreite die Grenzen des Vertrags, weil die Parteien, wenn auch im Gefolge einer allfälligen Warnpflichtverletzung, gerade das vereinbarten, was auch hergestellt und geliefert worden sei. Ein Verbesserungsanspruch bedürfte insoweit einer auf Änderung des Vertragsgegenstands abzielenden irrtumsrechtlichen rechtsgestaltenden Erklärung, mit der die Bestellerin geltend machen müsste, sie hätte, wäre ihr vom Werkunternehmer bei den Vertragsverhandlungen vor Augen gehalten worden, welche Folgen die Herstellung des Werkes unter den vereinbarten Gegebenheiten haben werde, den Vertrag mit jenem Inhalt geschlossen, der sie des streitauslösenden Risikos enthoben hätte. Hätte daher die beklagte Bestellerin - wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht nachgekommen wäre - einen vom bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werk abweichenden bzw. zusätzlichen Auftrag erteilt, der zu einem einwandfreiem Ergebnis geführt hätte, könnte sie die Ergänzung des bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werkes nur im Wege einer irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung (§ 872 ABGB), nicht aber im Wege der Gewährleistung (§ 1167 ABGB aF) erzwingen. Aus dem Titel der Gewährleistung stehe daher der Beklagten kein Anspruch auf Verbesserung des Dunstabzugskästchens zu, weil die mangelhafte Verfließbarkeit nach den Tatsachenfeststellungen auch nicht auf einer auftragswidrigen, mangelhaften Herstellung des Kästchens beruhe, sondern darauf, dass das von der Beklagten selbst beigestellte Elektrogerät für den Dunstabzug nicht gepasst habe, umso mehr, als der Kläger ohnehin darauf verwiesen habe, dass ein anderes Gerät nicht beigestellt werden solle. Ein vom Kläger zu vertretender Planungs- und Ausführungsfehler liege daher nicht vor. In rechtlicher Hinsicht führte die zweite Instanz im Wesentlichen aus: Anzuwenden seien die Paragraphen 933,, 1167 ABGB in der Fassung vor dem GewRÄG. Der erstmals am 2. Dezember 2002 gerügte Mangel (Abblättern der grünen Farbe beim Küchenbord, der Theke und dem Glaskasten) betreffe eine bewegliche Sache, die weit außerhalb der sechsmonatigen Frist erhobene Mängelrüge sei daher verspätet, weshalb der Beklagten insoweit kein Verbesserungsanspruch (aus dem Titel der Gewährleistung) mehr zustehe. Eine frühere Mängelanzeige sei nicht behauptet worden. Das Fehlen von Drehtüren sei nicht als Mangel festgestellt worden. Dass entgegen dem geschuldeten Vertragsinhalt bei den Küchenschränken keine Vollauszüge vorhanden und die Rollkörbe nur einfach ausgestattet seien, habe die Beklagte weder gerügt noch vorgebracht. Auch daraus könne daher kein Verbesserungs- oder Preisminderungsanspruch abgeleitet werden. Der Apothekerschrank sei nach den Feststellungen bestellungsgemäß ausgeführt; auch insoweit liege kein Mangel vor. Dass keine Vollholzküche hergestellt worden sei, sei ebenfalls kein Mangel, weil die Beklagte eine solche nicht beauftragt habe. Einen Mangel bei der Arbeitsplatte, der zu seiner Beseitigung eine Nachlackierung einer dunklen Kante erfordern würde, habe die Beklagte nicht gerügt. Beim Dunstabzug hätte eine Verfließung der darunter liegenden (beim Ofen befindlichen) Rückwand eine (neuerliche) Abänderung des Hängekästchens erfordert. Das Erstgericht sei von einer Verletzung der den Kläger treffenden Warnpflicht ausgegangen, weil er mit der Beklagten nicht besprochen habe, dass trotz des Umbaus des Kästchens das Anbringen von Fliesen oberhalb des Dunstabzugs nicht möglich wäre. Eine allfällige Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers wäre aber kein Ausfluss der Gewährleistung. Das Begehren der Beklagten auf Behebung dieses Mangels überschreite die Grenzen des Vertrags, weil die Parteien, wenn auch im Gefolge einer allfälligen Warnpflichtverletzung, gerade das vereinbarten, was auch hergestellt und geliefert worden sei. Ein Verbesserungsanspruch bedürfte insoweit einer auf Änderung des Vertragsgegenstands abzielenden irrtumsrechtlichen rechtsgestaltenden Erklärung, mit der die Bestellerin geltend machen müsste, sie hätte, wäre ihr vom Werkunternehmer bei den Vertragsverhandlungen vor Augen gehalten worden, welche Folgen die Herstellung des Werkes unter den vereinbarten Gegebenheiten haben werde, den Vertrag mit jenem Inhalt geschlossen, der sie des streitauslösenden Risikos enthoben hätte. Hätte daher die beklagte Bestellerin - wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht nachgekommen wäre - einen vom bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werk abweichenden bzw. zusätzlichen Auftrag erteilt, der zu einem einwandfreiem Ergebnis geführt hätte, könnte sie die Ergänzung des bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werkes nur im Wege einer irrtumsrechtlichen Vertragsanpassung (Paragraph 872, ABGB), nicht aber im Wege der Gewährleistung (Paragraph 1167, ABGB aF) erzwingen. Aus dem Titel der Gewährleistung stehe daher der Beklagten kein Anspruch auf Verbesserung des Dunstabzugskästchens zu, weil die mangelhafte Verfließbarkeit nach den Tatsachenfeststellungen auch nicht auf einer auftragswidrigen, mangelhaften Herstellung des Kästchens beruhe, sondern darauf, dass das von der Beklagten selbst beigestellte Elektrogerät für den Dunstabzug nicht gepasst habe, umso mehr, als der Kläger ohnehin darauf verwiesen habe, dass ein anderes Gerät nicht beigestellt werden solle. Ein vom Kläger zu vertretender Planungs- und Ausführungsfehler liege daher nicht vor.

An behebbaren Mängeln, für die der Kläger einzustehen habe und wofür eine Zurückbehaltung des Werklohns in Frage komme, verblieben nur die Stückelung bei der Barfurnier und die notwendige Erneuerung des Stützhaupts zur

Behebung der Ausbruchsstelle bei der Sockelleiste. Diese Mängel, deren Behebungsaufwand (bei Behebung durch den Kläger) 96 EUR und 21 EUR betrage, rechtfertigten aber - auch bei einer allfälligen Behebung durch einen Dritten - keine Zurückbehaltung des Werklohns. Ein Leistungsverweigerungsrecht stehe nämlich nicht zu, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein krasses Missverhältnis bestehe. So liege etwa bei einem Verbesserungsaufwand von 5 % des noch offenen Werklohns noch keine Schikane vor. Die Interessensabwägung sei aber nach den Umständen des Einzelfalls vorzunehmen, weshalb keine fixe Prozentsatzgrenze zwischen dem restlichen Werklohn und dem Verbesserungsaufwand angenommen werde. Auch der Umfang des gesamten Werks sei in die Interessenabwägung miteinzubeziehen. Im vorliegenden Fall betrage der Verbesserungsaufwand unter Zugrundelegung der Verbesserungskosten von 21 EUR und 96 EUR nur 1,7 % des ausstehenden Werklohns, bei Verbesserung durch einen Dritten rund 3,4 %. Eine Interessensabwägung zwischen den Parteien müsse hier zum Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts führen. Schließlich sei der Mangel bei der Barfurnier auch nur optischer Natur. Es erscheine hier gerechtfertigt, eine Ausbesserung mit geringem Aufwand durchzuführen und die Beklagte im Übrigen auf ihr Recht zur Preisminderung zu verweisen. Dies gelte in gleicher Weise für die Erneuerung des Stützhaupts, weshalb vom fälligen Werklohnanspruch 21 EUR an Behebungsaufwand, 100 EUR an Wertminderung und 96 EUR für die Erneuerung des Stützhaupts aus dem Titel der Preisminderung, insgesamt somit 217 EUR abzuziehen seien. Sonstige behebbare Mängel oder solche, die einen Preisminderungsanspruch gerechtfertigt hätten, seien mangels rechtzeitiger Rüge nicht zu berücksichtigen. Was den Einwand der mangelnden Angemessenheit des Werklohns betreffe, sei nachträglich eine Verkürzung der Küche vorgenommen worden, die einer gegenüber den Planvorgaben einfacheren Ausführung entspreche. Aus diesem Titel könnte daher die Beklagte noch 160 EUR vom Werklohn, insgesamt somit 377 EUR abziehen. Im Übrigen sei die Angemessenheit des Werklohns nicht strittig. Die Beklagte habe daher den restlichen Werklohn von 6.255,12 EUR SA zu zahlen.

Die von zweiten Instanz - mit der Begründung, zum Beginn der Gewährleistungsfrist mit Ablieferung der Sache könne die Rechtsmeinung vertreten werden könne, dass bei zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbaren Mängeln der Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht von Amts wegen wahrzunehmen sei - im Verfahren nach § 508 ZPO zugelassene Revision der beklagten Partei ist entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts, an den der Oberste Gerichtshof nicht gebunden ist, nicht zulässig, weil die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs nicht von der Lösung einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung (§ 502 Abs 1 ZPO) abhängt. Die von zweiten Instanz - mit der Begründung, zum Beginn der Gewährleistungsfrist mit Ablieferung der Sache könne die Rechtsmeinung vertreten werden könne, dass bei zu diesem Zeitpunkt noch nicht erkennbaren Mängeln der Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht von Amts wegen wahrzunehmen sei - im Verfahren nach Paragraph 508, ZPO zugelassene Revision der beklagten Partei ist entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts, an den der Oberste Gerichtshof nicht gebunden ist, nicht zulässig, weil die Entscheidung des Obersten Gerichtshofs nicht von der Lösung einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung (Paragraph 502, Absatz eins, ZPO) abhängt.

Rechtliche Beurteilung

a) Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt, wie der Oberste Gerichtshof prüfte, nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens, die in der Berufung zwar geltend gemacht, vom Berufungsgericht aber verneint werden, können nach stRsp in der Revision nicht mehr gerügt werden (stRsp, SZ 62/157 = JBl 1990, 535 uva; RIS-Justiz RS0043092; E. Kodek in Rechberger², § 503 ZPO Rz 3). Dieser Grundsatz gilt aber nach der Rsp (u.a. dann) nicht, wenn das Berufungsgericht die Mängelrüge mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hat (RIS-Justiz RS0043166; E. Kodek aaO). Davon kann hier keine Rede sein. Der Revisionsgrund der Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt, wie der Oberste Gerichtshof prüfte, nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Mängel des erstgerichtlichen Verfahrens, die in der Berufung zwar geltend gemacht, vom Berufungsgericht aber verneint werden, können nach stRsp in der Revision nicht mehr gerügt werden (stRsp, SZ 62/157 = JBl 1990, 535 uva; RIS-Justiz RS0043092; E. Kodek in Rechberger², Paragraph 503, ZPO Rz 3). Dieser Grundsatz gilt aber nach der Rsp (u.a. dann) nicht, wenn das Berufungsgericht die Mängelrüge mit einer durch die Aktenlage nicht gedeckten Begründung verworfen hat (RIS-Justiz RS0043166; E. Kodek aaO). Davon kann hier keine Rede sein.

b) Unbestritten und zutreffend wurde hier der über die Herstellung einer Küche geschlossene Vertrag der Streitparteien als Werkvertrag beurteilt. Auf diesen Vertrag finden noch die Bestimmungen des ABGB vor der Novelle durch das GewRÄG BGBl I 2001/48 Anwendung, weil der Vertrag vor dem 1. Jänner 2002 geschlossen wurde, nach Art 4 leg.cit. das neue

Gesetz mit 1. Jänner 2002 in Kraft trat und die neuen Vorschriften (nur) auf Verträge anzuwenden sind, die nach dem 31. Dezember 2001 geschlossen wurden. Relevant sind hier die Bestimmungen der §§ 933 und 1167 ABGB alte Fassung (aF).b) Unbestritten und zutreffend wurde hier der über die Herstellung einer Küche geschlossene Vertrag der Streitteile als Werkvertrag beurteilt. Auf diesen Vertrag finden noch die Bestimmungen des ABGB vor der Novelle durch das GewRÄG BGBl römisch eins 2001/48 Anwendung, weil der Vertrag vor dem 1. Jänner 2002 geschlossen wurde, nach Artikel 4, leg.cit. das neue Gesetz mit 1. Jänner 2002 in Kraft trat und die neuen Vorschriften (nur) auf Verträge anzuwenden sind, die nach dem 31. Dezember 2001 geschlossen wurden. Relevant sind hier die Bestimmungen der Paragraphen 933 und 1167 ABGB alte Fassung (aF).

Im Rechtsmittel wird nicht mehr bezweifelt, dass das vorliegende Werk eine bewegliche Sache betrifft und daher die Gewährleistungsfristen der § 933 Abs 1, § 1167 ABGB aF anzuwenden sind. Bei beweglichen Sachen - wie hier - erlischt das Recht auf Gewährleistung gemäß § 933 ABGB iVm § 1167 erster Satz ABGB sechs Monate ab dem Tag der vollständigen Ablieferung. Der Gewährleistungsanspruch muss demnach innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht bzw. die Gewährleistungseinrede durch Mängelrüge perpetuiert worden sein. Ein Besteller begehrt hinreichend deutlich Verbesserung, wenn er der Fälligkeit des eingeklagten Werklohns die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags wegen Vorliegens von Mängeln entgegenhält und diese Mängel spezifiziert. Dazu muss er innerhalb der im § 933 ABGB aF genannten Frist konkrete Mängel zumindest durch Beschreibung der auf ihr Vorhandensein hinweisenden Folgen behaupten, wobei die Geltendmachung durch Einrede vorbehalten bleibt, wenn dem Übergeber fristgerecht die konkreten Mängel zur Anzeige gelangten (§ 933 Abs 2 ABGB aF).Im Rechtsmittel wird nicht mehr bezweifelt, dass das vorliegende Werk eine bewegliche Sache betrifft und daher die Gewährleistungsfristen der Paragraph 933, Absatz eins., Paragraph 1167, ABGB aF anzuwenden sind. Bei beweglichen Sachen - wie hier - erlischt das Recht auf Gewährleistung gemäß Paragraph 933, ABGB in Verbindung mit Paragraph 1167, erster Satz ABGB sechs Monate ab dem Tag der vollständigen Ablieferung. Der Gewährleistungsanspruch muss demnach innerhalb dieser Frist gerichtlich geltend gemacht bzw. die Gewährleistungseinrede durch Mängelrüge perpetuiert worden sein. Ein Besteller begehrt hinreichend deutlich Verbesserung, wenn er der Fälligkeit des eingeklagten Werklohns die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags wegen Vorliegens von Mängeln entgegenhält und diese Mängel spezifiziert. Dazu muss er innerhalb der im Paragraph 933, ABGB aF genannten Frist konkrete Mängel zumindest durch Beschreibung der auf ihr Vorhandensein hinweisenden Folgen behaupten, wobei die Geltendmachung durch Einrede vorbehalten bleibt, wenn dem Übergeber fristgerecht die konkreten Mängel zur Anzeige gelangten (Paragraph 933, Absatz 2, ABGB aF).

Insofern besondere Sacheigenschaften nicht zugesichert wurden, kommt es dabei nach der stRsp des Obersten Gerichtshofs nicht auf die Erkennbarkeit des Mangels an (vstSenat 1 Ob 536/90 = SZ 63/37 = JBI

1990, 648 [Reischauer] = ecolex 1990, 279 [Kurschel 276; Zankl 278];

2 Ob 535/90 = SZ 63/171 = JBI 1991, 383 = ecolex 1991, 84 [Wilhelm]

unter ausdrücklicher Ablehnung gegenteiliger Lehre; 5 Ob 505, 505/96 = SZ 70/202 = ecolex 1998, 127 [Wilhelm]; 1 Ob 122/99v = ecolex 2000, 104 = RdW 2000, 24 = ZIK 1999, 210; Binder in Schwimann2§ 933 ABGB Rz 24 mwN aus dem Schrifttum). Dagegen beginnt die Gewährleistungsfrist bei Zusicherung nicht sofort feststellbarer Sacheigenschaften erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem deren Fehlen mit Sicherheit erkennbar ist (2 Ob 535/90; Binder aaO). Eine solche Zusicherung steht hier nicht fest.unter ausdrücklicher Ablehnung gegenteiliger Lehre; 5 Ob 505, 505/96 = SZ 70/202 = ecolex 1998, 127 [Wilhelm]; 1 Ob 122/99v = ecolex 2000, 104 = RdW 2000, 24 = ZIK 1999, 210; Binder in Schwimann2 Paragraph 933, ABGB Rz 24 mwN aus dem Schrifttum). Dagegen beginnt die Gewährleistungsfrist bei Zusicherung nicht sofort feststellbarer Sacheigenschaften erst ab dem Zeitpunkt zu laufen, in dem deren Fehlen mit Sicherheit erkennbar ist (2 Ob 535/90; Binder aaO). Eine solche Zusicherung steht hier nicht fest.

Nach stRsp zu § 933 ABGB aF sind die Fristen des Gewährleistungsrechts Ausschluss- oder Präklusivfristen, die anders als Verjährungsfristen der Hemmung oder Unterbrechung ihres Laufes nicht unterliegen (EvBl 1967/305 u.v.a., zuletzt 1 Ob 122/99v; RIS-Justiz RS0018838). Nach dem hier anzuwendenden Recht sind Ausschlussfristen, auch wenn sich die gewährleistungspflichtige Partei darauf nicht berufen hatte, von Amts wegen wahrzunehmen, sofern nur der Fristablauf aus den Prozessakten klar hervorgeht (1 Ob 555/81 = SZ 54/81 = JBI 1982, 318; 1 Ob 829/81 = SZ 55/29; 1 Ob 231/98x, 1 Ob 122/99v, je mwN u.a.; RIS-Justiz RS0018838, RS0018834). Davon ist hier nach dem Aktenstand auszugehen. Nach dem Inhalt der hier streitgegenständlichen Rechnung vom 11. Juni 2001 über 91.260 S = 6.633 EUR erfolgte die Lieferung am 6. Juni 2001. Zu berücksichtigen sind daher hier nur die bis 7. Dezember 2001 erfolgten

Bemängelungen des Werks durch die Beklagte. Dazu liegt nach den Feststellungen der Vorinstanzen nur das Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten vom 24. Juli 2001 vor; sonstige etwa mündliche Mängelrügen hat die Beklagte im Verfahren erster Instanz nie behauptet. Davon ausgehend hat die zweite Instanz richtig erkannt, dass nur die im genannten Schreiben gerügten Mängel maßgeblich sein können, soweit ihnen jedenfalls die Eigenschaft als Mangel zukommt. Nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanzen weist das Werk folgende, innerhalb von sechs Monaten ab Ablieferung gerügte Mängel auf: Bei der Bar in der Küche ist die Furnier gestückelt, der Mangel ist nicht behoben; die Reparaturkosten in Eigenregie durch den Kläger betragen 21 EUR, die Wertminderung beträgt 100 EUR. Die Küche ist verkürzt, es erfolgte eine einfachere Ausführung als im Plan vorgesehen; dies ergibt einen Minderwert von 160 EUR. Zur ordnungsgemäßen Behebung der Ausbruchstelle bei der Sockelblende im Bereich des Geschirrspülerkästchens ist zur Erneuerung des Stützhaupts ein Aufwand von 96 EUR (inklusive USt und Material) erforderlich. Nach stRsp zu Paragraph 933, ABGB aF sind die Fristen des Gewährleistungsrechts Ausschluss- oder Präklusivfristen, die anders als Verjährungsfristen der Hemmung oder Unterbrechung ihres Laufes nicht unterliegen (EvBl 1967/305 u.v.a., zuletzt 1 Ob 122/99v; RIS-JustizRS0018838). Nach dem hier anzuwendenden Recht sind Ausschlussfristen, auch wenn sich die gewährleistungspflichtige Partei darauf nicht berufen hatte, von Amts wegen wahrzunehmen, sofern nur der Fristablauf aus den Prozessakten klar hervorgeht (1 Ob 555/81 = SZ 54/81 = JBl 1982, 318; 1 Ob 829/81 = SZ 55/29; 1 Ob 231/98x, 1 Ob 122/99v, je mwN u.a.; RIS-JustizRS0018838, RS0018834). Davon ist hier nach dem Aktenstand auszugehen. Nach dem Inhalt der hier streitgegenständlichen Rechnung vom 11. Juni 2001 über 91.260 S = 6.633 EUR erfolgte die Lieferung am 6. Juni 2001. Zu berücksichtigen sind daher hier nur die bis 7. Dezember 2001 erfolgten Bemängelungen des Werks durch die Beklagte. Dazu liegt nach den Feststellungen der Vorinstanzen nur das Schreiben des Rechtsvertreters der Beklagten vom 24. Juli 2001 vor; sonstige etwa mündliche Mängelrügen hat die Beklagte im Verfahren erster Instanz nie behauptet. Davon ausgehend hat die zweite Instanz richtig erkannt, dass nur die im genannten Schreiben gerügten Mängel maßgeblich sein können, soweit ihnen jedenfalls die Eigenschaft als Mangel zukommt. Nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanzen weist das Werk folgende, innerhalb von sechs Monaten ab Ablieferung gerügte Mängel auf: Bei der Bar in der Küche ist die Furnier gestückelt, der Mangel ist nicht behoben; die Reparaturkosten in Eigenregie durch den Kläger betragen 21 EUR, die Wertminderung beträgt 100 EUR. Die Küche ist verkürzt, es erfolgte eine einfachere Ausführung als im Plan vorgesehen; dies ergibt einen Minderwert von 160 EUR. Zur ordnungsgemäßen Behebung der Ausbruchstelle bei der Sockelblende im Bereich des Geschirrspülerkästchens ist zur Erneuerung des Stützhaupts ein Aufwand von 96 EUR (inklusive USt und Material) erforderlich.

Dass die genannten Kosten der Mängelbehebung, selbst wenn sie von einem Dritten vorgenommen werden muss, im vorliegenden Fall keine Zurückbehaltung des (Rest)Werklohns rechtfertigen können, ist vom Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rsp zutreffend erkannt worden. Zwar steht dem Werkbesteller grundsätzlich bis zur völligen Erfüllung der Verbindlichkeit des Unternehmers, also bis zur vollständigen Verbesserung bestehender Mängel das aus der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (§ 1052, § 1170 ABGB) abzuleitende Leistungsverweigerungsrecht zu. Dieses Recht wird insbesondere deshalb als sinnvoll erachtet, weil Verbesserungsansprüche mangels Gleichartigkeit mit der Werklohnforderung nicht kompensiert werden können, der Werkbesteller aber trotzdem die Möglichkeit haben soll, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern und den Unternehmer zu baldiger Verbesserung anzuspornen. Nach ständiger und trotz der Bedenken Koziols (Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737 ff) aufrecht erhaltener Rsp des Obersten Gerichtshofs ist der Besteller berechtigt, die gesamte, noch offene Gegenleistung und nicht bloß einen dem Mangel entsprechenden Teil davon bis zur Verbesserung des mangelhaften Werks durch den Unternehmer zu verweigern (7 Ob 555/94; 1 Ob 2005/96a = RdW 1997, 449 [Iro]; 10 Ob 136/98t = RdW 1999, 134 mwN u.a.), weil der Werkvertrag vor der gehörigen Erbringung der zugesagten Leistung noch nicht erfüllt und der Werklohnanspruch daher gemäß § 1170 ABGB noch nicht fällig ist. Ein derartiges Zurückbehaltungsrecht besteht nach stRsp aber dann nicht, wenn der Besteller die Behebung der Mängel durch den Unternehmer nicht mehr zulässt oder sie geradezu vereitelt hat (10 Ob 136/98t), weiters bei ganz unbedeutenden Mängeln (7 Ob 555/94, 10 Ob 136/98t u.a.), vor allem, wenn die Ausübung dieses Rechts zur Schikane ausartet (7 Ob 555/94, 10 Ob 136/98t u.v.a.; Krejci in Rummel§ 1170 ABGB Rz 7 mwN). Verstanden wird darunter ein krasses Missverhältnis zwischen dem (Rest)Werklohn und dem Aufwand zur Mängelbehebung. Wenn nun das Berufungsgericht bei einem Verbesserungsaufwand, der nur rund 1,7 % des Restwerklohns ausmacht (bei Behebung des Mangels durch einen Dritten das Doppelte) und einer Interessenabwägung zum Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts kommt, kann darin keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung erblickt

werden. Dass die genannten Kosten der Mängelbehebung, selbst wenn sie von einem Dritten vorgenommen werden muss, im vorliegenden Fall keine Zurückbehaltung des (Rest)Werklohns rechtfertigen können, ist vom Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rsp zutreffend erkannt worden. Zwar steht dem Werkbesteller grundsätzlich bis zur völligen Erfüllung der Verbindlichkeit des Unternehmers, also bis zur vollständigen Verbesserung bestehender Mängel das aus der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags (Paragraph 1052,, Paragraph 1170, ABGB) abzuleitende Leistungsverweigerungsrecht zu. Dieses Recht wird insbesondere deshalb als sinnvoll erachtet, weil Verbesserungsansprüche mangels Gleichartigkeit mit der Werklohnforderung nicht kompensiert werden können, der Werkbesteller aber trotzdem die Möglichkeit haben soll, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern und den Unternehmer zu baldiger Verbesserung anzuspornen. Nach ständiger und trotz der Bedenken Koziols (Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung, ÖJZ 1985, 737 ff) aufrecht erhaltener Rsp des Obersten Gerichtshofs ist der Besteller berechtigt, die gesamte, noch offene Gegenleistung und nicht bloß einen dem Mangel entsprechenden Teil davon bis zur Verbesserung des mangelhaften Werks durch den Unternehmer zu verweigern (7 Ob 555/94; 1 Ob 2005/96a = RdW 1997, 449 [Iro]; 10 Ob 136/98t = RdW 1999, 134 mwN u.a.), weil der Werkvertrag vor der gehörigen Erbringung der zugesagten Leistung noch nicht erfüllt und der Werklohnanspruch daher gemäß Paragraph 1170, ABGB noch nicht fällig ist. Ein derartiges Zurückbehaltungsrecht besteht nach stRsp aber dann nicht, wenn der Besteller die Behebung der Mängel durch den Unternehmer nicht mehr zulässt oder sie geradezu vereitelt hat (10 Ob 136/98t), weiters bei ganz unbedeutenden Mängeln (7 Ob 555/94, 10 Ob 136/98t u.a.), vor allem, wenn die Ausübung dieses Rechts zur Schikane ausartet (7 Ob 555/94, 10 Ob 136/98t u.v.a.; Krejci in Rummel³ Paragraph 1170, ABGB Rz 7 mwN). Verstanden wird darunter ein krasses Missverhältnis zwischen dem (Rest)Werklohn und dem Aufwand zur Mängelbehebung. Wenn nun das Berufungsgericht bei einem Verbesserungsaufwand, der nur rund 1,7 % des Restwerklohns ausmacht (bei Behebung des Mangels durch einen Dritten das Doppelte) und einer Interessenabwägung zum Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts kommt, kann darin keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung erblickt werden.

c) Nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanzen hatte die Beklagte den Dunstabzug selbst beizustellen. Auf die Frage des Klägers bejahte die Beklagte, dass sie einen Flachlüfter nehme; der Kläger erklärte der Beklagten, dass sie bei dieser Planung keinen anderen Dunstabzug verwenden könne. Als die Beklagte schließlich u.a. den Dunstabzug brachte, erklärte der Kläger, dass dieser nicht passe. Die Beklagte erklärte, sie habe die Geräte so billig bekommen. Daraufhin wurde das oberhalb des Dunstabzugs vorgesehene Kästchen geändert; es wurde tiefer gemacht, wobei das Anpassen sehr schwierig war. Zwischen der Spannplattenwand ist nun etwa 1 cm Luft. Den Umbau des Kästchens verrechnete der Kläger der Beklagten nicht, er machte aber die Beklagte nicht darauf aufmerksam, dass oberhalb des Dunstabzugs ein Verfliesen unmöglich sei.

Was nun diesen Umstand (derzeitige Unmöglichkeit der Verfliesung im Bereich des Dunstabzugs) anlangt, stellt die Ansicht der zweiten Instanz, hier liege kein vom Kläger zu vertretender Planungs- oder Ausführungsfehler vor, gleichfalls keine auffallende Fehlbeurteilung dar, die einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte. In Frage käme hier vielmehr nur eine Warnpflichtverletzung iSd § 1168a ABGB durch den klagenden Unternehmer. Die Warnpflicht ist eine werkvertragliche Nebenpflicht, die die Interessen des Werkbestellers wahren soll, wenn die vom Unternehmer erkannte oder für ihn erkennbare Gefahr besteht, dass das Werk wegen außerhalb der unmittelbaren Sphäre des Unternehmens liegender Umstände auf Bestellerseite misslingen und dem Besteller dadurch ein Schaden entstehen könnte. Ansprüche wegen der Verletzung der Warnpflicht des Klägers (vgl. dazu für viele 3 Ob 274/01t = bbl 2003, 36 mwN aus Lehre und Rsp) hat indes die Beklagte im Verfahren nie geltend gemacht. Darauf kann daher nicht eingegangen werden. Der Sachverständige hatte in seinem ersten Gutachten ON 9 unter Pos. 5 den Umstand, dass an der Rückseite des Dunstabzugs kein ausreichender Platz für eine Verfliesung (der Wand) vorhanden ist, als Mangel bezeichnet, dessen Behebung 10 EUR (ohne USt) erfordere. Der Kläger brachte hierauf in der Tagsatzung am 2. Dezember 2002 vor, der Dunstabzug sei um 6 mm nach vorne versetzt worden. Dass dieses Verhalten des Klägers ein Anerkenntnis eines von ihm zu vertretenden Mangels darstelle, wie nun im Rechtsmittel behauptet, hat die Beklagte in erster Instanz nicht vorgebracht. Selbst wenn nun der Kläger einen Verbesserungsversuch vorgenommen hat, kann daraus - jedenfalls ohne entsprechendes Tatsachenvorbringen der Beklagten im Verfahren erster Instanz - nicht das Zugeständnis eines Mangels abgeleitet werden. Was nun diesen Umstand (derzeitige Unmöglichkeit der Verfliesung im Bereich des Dunstabzugs) anlangt, stellt die Ansicht der zweiten Instanz, hier liege kein vom Kläger zu vertretender Planungs- oder Ausführungsfehler vor, gleichfalls keine auffallende Fehlbeurteilung dar, die einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedürfte. In Frage käme hier vielmehr nur eine Warnpflichtverletzung iSd Paragraph 1168 a,

ABGB durch den klagenden Unternehmer. Die Warnpflicht ist eine werkvertragliche Nebenpflicht, die die Interessen des Werkbestellers wahren soll, wenn die vom Unternehmer erkannte oder für ihn erkennbare Gefahr besteht, dass das Werk wegen außerhalb der unmittelbaren Sphäre des Unternehmens liegender Umstände auf Bestellerseite misslingen und dem Besteller dadurch ein Schaden entstehen könnte. Ansprüche wegen der Verletzung der Warnpflicht des Klägers vergleiche dazu für viele 3 Ob 274/01t = bbl 2003, 36 mwN aus Lehre und Rsp) hat indes die Beklagte im Verfahren nie geltend gemacht. Darauf kann daher nicht eingegangen werden. Der Sachverständige hatte in seinem ersten Gutachten ON 9 unter Pos. 5 den Umstand, dass an der Rückseite des Dunstabzugs kein ausreichender Platz für eine Verfließung (der Wand) vorhanden ist, als Mangel bezeichnet, dessen Behebung 10 EUR (ohne USt) erfordere. Der Kläger brachte hierauf in der Tagsatzung am 2. Dezember 2002 vor, der Dunstabzug sei um 6 mm nach vorne versetzt worden. Dass dieses Verhalten des Klägers ein Anerkenntnis eines von ihm zu vertretenden Mangels darstelle, wie nun im Rechtsmittel behauptet, hat die Beklagte in erster Instanz nicht vorgebracht. Selbst wenn nun der Kläger einen Verbesserungsversuch vorgenommen hat, kann daraus - jedenfalls ohne entsprechendes Tatsachenvorbringen der Beklagten im Verfahren erster Instanz - nicht das Zugeständnis eines Mangels abgeleitet werden.

Erhebliche Rechtsfragen iSd § 502 Abs 1 ZPO stellen sich damit nicht. Die Revision ist zurückzuweisen. Erhebliche Rechtsfragen iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO stellen sich damit nicht. Die Revision ist zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Der Kläger hat in seiner Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der gegnerischen Revision hingewiesen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraphen 41,, 50 ZPO. Der Kläger hat in seiner Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der gegnerischen Revision hingewiesen.

Anmerkung

E77822 3Ob150.04m

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2005:0030OB00150.04M.0630.000

Dokumentnummer

JJT_20050630_OGH0002_0030OB00150_04M0000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at