

# TE OGH 2000/10/18 7Ob37/00t

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.10.2000

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Tittel, Hon. Prof. Dr. Danzl, Dr. Schaumüller und Dr. Kuras als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden und widerbeklagten Partei N\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Christian Hopp, Rechtsanwalt in Feldkirch, wider die beklagte und widerklagende Partei Josef Erich M\*\*\*\*\* , \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Herwig Mayrhofer, Dr. Karl-Heinz Plankel, Dr. Robert Schneider, Rechtsanwälte in Dornbirn, wegen S 200.000,-- und S 118.230,05 sA, über die Revision der beklagten und widerklagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 13. Oktober 1999, GZ 3 R 116/99d-44, mit dem infolge der Berufung der beklagten und widerklagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 5. März 1999, GZ 6 Cg 247/96b-36, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## **Spruch**

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte und widerklagende Partei ist schuldig, der klagenden und widerbeklagten Partei die mit S 14.490 (darin enthalten S 2.415 an Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Begründung:

Mit seinem Schreiben vom 19. 10. 1995 nahm der Beklagte und Widerkläger (im Folgenden Beklagter) ein detailliertes Anbot mit Leistungsverzeichnis der klagenden und widerbeklagten Baufirma (im Folgenden Klägerin) für den Anbau eines Abstellraumes zu seinem bereits bestehenden Haus an. Er hielt dabei zur Ausführung auch fest, dass der Anbau isoliert und für sich zu stehen habe und nur mit einer flexiblen "Isolationsfuge" von 3 bis 5 cm an das bestehende Objekt "angelehnt" werde. Als Baubeginn wurde die 46. Kalenderwoche als Bauende die 49. Kalenderwoche und für den Fall der Überschreitung pro Tag der darüber hinaus andauernden Arbeiten ein Pönale von 1 % der Auftragssumme vereinbart. Konkrete Gespräche über die Abdichtung der Trennfuge wurden nicht geführt. Die Klägerin ging davon aus, dass es sich dabei um keine Baumeisterarbeiten handle und diese anderweitig vergeben würden, dementsprechend waren sie auch nicht im Leistungsverzeichnis enthalten. Darüber, dass zur Erreichung der Wasserdichtheit eine Abdichtung der Trennfuge erforderlich war, klärte sie den Beklagten, der annahm, die Abdichtungsarbeiten würden von der Klägerin ausgeführt werden, nicht auf.

Später wurde zwischen den Streitteilen noch vereinbart, dass als Bauende auch eine Fertigstellung bis Weihnachten 1995 als rechtzeitig anzusehen ist. Der dann errichtete Anbau wurde am 21. 12. 1995 dem Beklagten übergeben und

von diesem abgenommen. Dabei war diesem auch ersichtlich, dass die Trennfuge zwischen den Gebäudeteilen nicht abgedichtet war, sondern sich dort nur Styropor befand, was er auch nicht beanstandete. Bei dieser Übergabe wurde vereinbart, dass andere Arbeiten, und zwar die Vorplatzbefestigung und die Hinterfüllung des errichteten Neubaues erst im Frühjahr erfolgen sollten.

Im Februar 1996 kam es erstmals zu einem Wassereintritt in den Anbau. Der Beklagte urgierte daraufhin die Abdichtung der Trennfuge durch die Klägerin. Diese beauftragte eine andere Firma mit dieser Abdichtung, deren Forderung über S 5.592,-- vom Beklagten mit dem Hinweis, dass er die Abdichtung nicht in Auftrag gegeben habe, nicht bezahlt und dann von der Klägerin beglichen und dem Beklagten weiterverrechnet wurde. Am 5. 4. 1996 legte dann die Klägerin ihre Schlussrechnung über S 394.424,62 die sie mit 19. 8. 1996 auf S 373.199,68 korrigierte. Unter Berücksichtigung der bereits vom Beklagten geleisteten Teilzahlungen über S 165.000,--einigten sich die Streitteile schließlich auf eine Zahlung von S 200.000,--, bei der sie aber die Frage eines Pönale ausnahmen.

In der Zeit von Jänner bis Februar 1996 wäre eine Abdichtung der Anschlussfuge auch aus Witterungsgründen nicht möglich gewesen.

Die klagende Partei begehrte S 200.000,- an restlichem Werklohn für die Verrichtung der Baumeisterarbeiten. Die Einwendungen des Beklagten hinsichtlich des Pönale seien nicht berechtigt, da die Frist zur Erstellung des Abstellraumes bis Weihnachten verlängert und dann dieser noch davor vom Beklagten übernommen wurde bzw hinsichtlich der weiteren Teilarbeiten - wie etwa der Hinterfüllung - eine Terminverlängerung vereinbart worden sei. Die Abdichtung der Trennungsfuge als solche sei von dem Auftrag über die Baumeisterarbeiten nie erfasst gewesen und bei der Übernahme des Bauwerkes durch den Beklagten auch nicht gerügt worden. Die von der Klägerin selbst errichteten Bauteile seien wasserdicht. Allfällige Wassereintritte hätten auch keine konkreten Schäden hervorgerufen. Jedenfalls sei nach der hier maßgeblichen Ö-Norm die Höhe der Konventionalstrafe mit 5 % der ausständigen Teilleistung beschränkt.

Der Beklagte wandte gegen den Werklohnanspruch der Klägerin eine Pönaleforderung aus der Verspätung des Bauabschlusses ein, da das Bauende der 49. Kalenderwoche 1995 nicht eingehalten worden sei.

Selbst am 21. 12. 1995 sei die zugesagte Wasserdichtheit noch nicht hergestellt gewesen und sei von keiner Übernahme des Werkes durch den Beklagten auszugehen, sondern nur von einer Teilerfüllung. Im Hinblick auf einen Verzug der Klägerin von 90 Tagen habe er Anspruch auf eine Pönaleforderung von S 318.230,05, wovon er den die Forderung der Klägerin übersteigenden Teil in einer eigenen Widerklage geltend mache.

Das Erstgericht erkannte (im vierten Rechtsgang) die Klagsforderung der klagenden Baufirma als zu Recht bestehend, nicht jedoch die eingewandte Gegenforderung und wies auch das Widerklagebegehr des Beklagten ab. Es folgte dabei rechtlich, dass ein Verzug der Klägerin und damit eine Grundlage für die Pönalegegenforderung nicht nachgewiesen sei, da die Klägerin das von ihr übernommene Werk mängelfrei und fristgerecht ausgeführt habe. Allfällige Schäden aus der Verletzung von Aufklärungspflichten durch sie habe der Beklagte nicht geltend gemacht.

Das Berufungsgericht gab der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung des Beklagten nicht Folge. Es beurteilte den einleitend dargestellten Sachverhalt dahin, dass nur dann, wenn unmittelbar zwischen Alt- und Neubau eine Verbindung bestanden hätte, die Klägerin auch für deren Wasserdichtheit einzustehen gehabt hätte, es jedoch unstrittig sei, dass die von der Klägerin errichteten Bauteile den Altbau nicht berühren. Die Abdichtung des verbliebenen Zwischenraums sei nicht Gegenstand des Auftrages gewesen, weshalb der Klägerin auch nicht das Eindringen des Wassers entlang der Außenmauer des Altbau des Anbaus in den Anbau angelastet werden könne. Hinzu komme, dass der Beklagte durch die vorbehaltlose Übernahme des Werkes trotz Kenntnis vom Fehlen der Abdichtung der Trennfuge selbst bei Vorliegen eines "offenkundigen" Mangels sich auf einen Mangel oder eine Unvollständigkeit des Werkes nicht mehr berufen könne.

Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht erst über Antrag des Klägers nach § 508 ZPO als zulässig, da die Lehre gegen die Rechtsprechung, wonach bei Übernahme einer mit augenfälligen Mangel behafteten Leistung ein schlüssiger Verzicht auf Gewährleistungs- und Erfüllungsansprüche anzunehmen seien, Bedenken geäußert habe. Die ordentliche Revision erachtete das Berufungsgericht erst über Antrag des Klägers nach Paragraph 508, ZPO als zulässig, da die Lehre gegen die Rechtsprechung, wonach bei Übernahme einer mit augenfälligen Mangel behafteten Leistung ein schlüssiger Verzicht auf Gewährleistungs- und Erfüllungsansprüche anzunehmen seien, Bedenken geäußert habe.

Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes erhobene Revision ist unzulässig.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die vom Beklagten darin vorerst relevierte Frage der Abgrenzung des Auftragsumfanges hinsichtlich der "Wasserdichtheit" stellt eine Frage der Auslegung des Vertrages im Einzelfall dar, der regelmäßig keine Erheblichkeit im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zukommt (vgl auch RIS-JustizRS0042871, Kodek in Rechberger ZPO2 § 502 Rz 5). Auch ein Widerspruch zwischen den vorangegangenen Aufhebungsbeschlüssen des Berufungsgerichtes und der nunmehr getroffenen Entscheidung ist nicht ersichtlich, da das Berufungsgericht durchaus vertretbar argumentierte, dass es zur Abgrenzung des Umfanges des Auftrags an die Klägerin darauf ankomme, ob die Bauteile getrennt oder verbunden wären. Anderes lässt sich auch dem vom Revisionswerber herangezogenen Aufhebungsbeschluss vom 21. 10. 1998, 3 R 159/98a-26, nicht entnehmen, da das Berufungsgericht insoweit auf den Aufhebungsbeschluss vom 17. 2. 1998, 3 R 229/97v-19, verwies und darin eben auf die Wasserdichtheit des "von der Klägerin errichteten Bauwerkes" abgestellt wird. Dieses Bauwerk wurde aber mängelfrei und trocken errichtet (vgl AS 309 ff = S 5 ff des Gutachtens ON 30). Eine Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO vermag die Revision jedenfalls auch in diesem Zusammenhang nicht darzustellen. Die vom Beklagten darin vorerst relevierte Frage der Abgrenzung des Auftragsumfanges hinsichtlich der "Wasserdichtheit" stellt eine Frage der Auslegung des Vertrages im Einzelfall dar, der regelmäßig keine Erheblichkeit im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zukommt vergleiche auch RIS-Justiz RS0042871, Kodek in Rechberger ZPO2 Paragraph 502, Rz 5). Auch ein Widerspruch zwischen den vorangegangenen Aufhebungsbeschlüssen des Berufungsgerichtes und der nunmehr getroffenen Entscheidung ist nicht ersichtlich, da das Berufungsgericht durchaus vertretbar argumentierte, dass es zur Abgrenzung des Umfanges des Auftrags an die Klägerin darauf ankomme, ob die Bauteile getrennt oder verbunden wären. Anderes lässt sich auch dem vom Revisionswerber herangezogenen Aufhebungsbeschluss vom 21. 10. 1998, 3 R 159/98a-26, nicht entnehmen, da das Berufungsgericht insoweit auf den Aufhebungsbeschluss vom 17. 2. 1998, 3 R 229/97v-19, verwies und darin eben auf die Wasserdichtheit des "von der Klägerin errichteten Bauwerkes" abgestellt wird. Dieses Bauwerk wurde aber mängelfrei und trocken errichtet vergleiche AS 309 ff = S 5 ff des Gutachtens ON 30). Eine Rechtsfrage im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO vermag die Revision jedenfalls auch in diesem Zusammenhang nicht darzustellen.

Soweit die Revision vermeint, dass die ablehnende Stellungnahme von Reischauer in Rummel ABGB2 Rz 2 zu § 928 ABGB zur Übernahme dieser Bestimmung für Werkverträge maßgeblich wäre, ist ihr schon entgegenzuhalten, dass es hier gar nicht um die Einschränkung der Möglichkeit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch die Bestimmung des § 928 ABGB geht, sondern der Beklagte hier ja nur Pönaleforderungen wegen einer verspäteten Vertragserfüllung geltend macht. Konkret sind also keine Ansprüche aus Schlechterfüllung, sondern aus einer Pönaleforderung wegen Nichterfüllung zu beurteilen (vgl zur Abgrenzung auch Reischauer in Rummel ABGB2 vor §§ 918 bis 933 Rz 1 f; Binder in Schwimann ABGB2 § 918 Rz 38 ff ua), sodass die vom Beklagten aufgeworfene Rechtsfrage ohne Relevanz ist. Das Pönale wegen der Verspätung der Fertigstellung hat mit der Frage der Mängelhaftigkeit des übernommenen Werkes nichts zu tun (vgl RIS-Justiz RS0014259 = 6 Ob 820/81, 5 Ob 534/85). Das Pönale wegen Verspätung bei der Vertragserfüllung ist regelmäßig eine den Verspätungsschaden abgeltende Konventionalstrafe (vgl Reischauer in Rummel ABGB2 § 909 Rz 10 und § 1336 Rz 8 mwN), sohin ein pauschalierter Schadenersatz (vgl auch MGA ABGB35 § 1336 E 4 = SZ 54/46, ecolex 1994, 93 uva) dafür. Von einer Verspätung der Vertragserfüllung kann aber hier im Hinblick auf die festgestellte Annahme des Werkes durch den Beklagten nicht ausgegangen werden (vgl auch die als glaubwürdig qualifizierte eigene Aussage des Beklagten AS 219 "Bei der sogenannten Übergabe am 21. 12. 1995 habe ich bereits gewusst, dass die Trennfuge zwischen Altbestand und der Garage nicht abgedichtet ist ...). Herr M\*\*\*\*\* sagte, dies würde in den nächsten Tagen erledigt, doch ist dies nicht erfolgt." Der Beklagte hat also in Kenntnis des (von ihm behaupteten) Mangels das Werk übernommen und damit von einer allfälligen Pönaleberechtigung Abstand genommen und sich auf die nicht mehr damit besicherte Zusage, es werde in den nächsten Tagen dies erledigt, eingelassen. Ab diesem Zeitpunkt kann er aber nicht mehr Schadenersatz wegen Schlechterfüllung unter dem Titel des Pönales begehrn. Soweit die Revision vermeint, dass die ablehnende Stellungnahme von Reischauer in Rummel ABGB2 Rz 2 zu Paragraph 928, ABGB zur Übernahme dieser Bestimmung für Werkverträge maßgeblich wäre, ist ihr schon entgegenzuhalten, dass es hier gar nicht um die Einschränkung der Möglichkeit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen durch die Bestimmung des Paragraph 928, ABGB geht, sondern der Beklagte hier ja nur Pönaleforderungen wegen einer verspäteten Vertragserfüllung geltend macht. Konkret sind also keine Ansprüche aus Schlechterfüllung, sondern aus einer Pönaleforderung wegen Nichterfüllung zu beurteilen vergleiche zur Abgrenzung

auch Reischauer in Rummel ABGB2 vor Paragraphen 918 bis 933 Rz 1 f; Binder in Schwimann ABGB2 Paragraph 918, Rz 38 ff ua), sodass die vom Beklagten aufgeworfene Rechtsfrage ohne Relevanz ist. Das Pönale wegen der Verspätung der Fertigstellung hat mit der Frage der Mangelhaftigkeit des übernommenen Werkes nichts zu tun vergleiche RIS-Justiz RS0014259 = 6 Ob 820/81, 5 Ob 534/85). Das Pönale wegen Verspätung bei der Vertragserfüllung ist regelmäßig eine den Verspätungsschaden abgeltende Konventionalstrafe vergleiche Reischauer in Rummel ABGB2 Paragraph 909, Rz 10 und Paragraph 1336, Rz 8 mwN), sohin ein pauschalierter Schadenersatz vergleiche auch MGA ABGB35 Paragraph 1336, E 4 = SZ 54/46, ecolex 1994, 93 uva) dafür. Von einer Verspätung der Vertragserfüllung kann aber hier im Hinblick auf die festgestellte Annahme des Werkes durch den Beklagten nicht ausgegangen werden vergleiche auch die als glaubwürdig qualifizierte eigene Aussage des Beklagten AS 219 "Bei der sogenannten Übergabe am 21. 12. 1995 habe ich bereits gewusst, dass die Trennfuge zwischen Altbestand und der Garage nicht abgedichtet ist ...). Herr M\*\*\*\*\* sagte, dies würde in den nächsten Tagen erledigt, doch ist dies nicht erfolgt." Der Beklagte hat also in Kenntnis des (von ihm behaupteten) Mangels das Werk übernommen und damit von einer allfälligen Pönaleberechtigung Abstand genommen und sich auf die nicht mehr damit besicherte Zusage, es werde in den nächsten Tagen dies erledigt, eingelassen. Ab diesem Zeitpunkt kann er aber nicht mehr Schadenersatz wegen Schlechterfüllung unter dem Titel des Pönale begehrn.

Ungeachtet des den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruches des Berufungsgerichtes ist daher die vom Beklagten erhobene Revision unzulässig.

Der Kostenzuspruch gründet sich auf die §§ 50 und 41 ZPO, da die Klägerin diese Unzulässigkeit aufgezeigt hatDer Kostenzuspruch gründet sich auf die Paragraphen 50 und 41 ZPO, da die Klägerin diese Unzulässigkeit aufgezeigt hat.

#### **Anmerkung**

E59746 07A00370

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0070OB00037.00T.1018.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20001018\_OGH0002\_0070OB00037\_00T0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)