

# TE OGH 1999/6/23 7Ob131/99m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.06.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kropfitsch als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schalich, Dr. Tittel, Hon. Prof. Dr. Danzl und Dr. Schaumüller als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Camilla V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Guido Lindner, Rechtsanwalt in Graz, gegen die beklagte Partei Johann E\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Peißl und Mag. Klaus Rieger, Rechtsanwälte in Köflach, sowie der Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei K\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Herbert Grass und Dr. Leonhard Ogris, Rechtsanwälte in Deutschlandsberg, wegen S 70.352,-- sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz als Berufungsgericht vom 27. Jänner 1999, GZ 5 R 414/98h-66, womit das Urteil des Bezirksgerichtes Voitsberg vom 24. Juli 1997, GZ 2 C 53/96p-61, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 5.358,14 (darin enthalten S 893,02 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte lieferte der Klägerin im Juli 1992 ein Badezimmer. Die Verfliesung ließ er durch die Nebenintervenientin als Subunternehmer durchführen.

Etwa drei bis vier Monate nach Fertigstellung und Rechnungslegung traten an vier Bodenfliesen und einer Wandfliese Sprünge auf. Ursache der Sprünge in den Bodenfliesen waren Setzungsrisse in einer Ausgleichsmasse, die der Fliesenleger zum Ausgleich des Gefälles bei einem zugemauerten Gully aufgebracht hatte. Der Riß in der Wandfliese war auf die Montage der Duscharmatur zurückzuführen.

Die Klägerin forderte den Beklagten auf, ihr zur Behebung der Schäden Ersatzfliesen zur Verfügung zu stellen. Dies war aber nicht möglich, weil die betreffenden Fliesen nicht mehr erzeugt werden - ihr italienischer Hersteller ist im Konkurs - und auch keine Restbestände mehr vorhanden sind.

Der Beklagte hat der Nebenintervenientin im Hinblick auf die Mangelhaftigkeit der Fliesen S 12.484,-- vom Werklohn abgezogen.

Die Klägerin fordert vom Beklagten aus dem Titel des Schadenersatzes die Kosten einer Neuverfliesung, die inklusive Demontage und neuerliche Montage der Armaturen S 73.032,-- betragen würden. Eine Sanierung sei nur durch eine Gesamtauswechslung der Fliesen möglich.

Der Beklagte beantragte die Klage abzuweisen.

Er wendete - soweit hier noch wesentlich - ein, die Neuherstellung der Verfliesung zur Behebung der nur unwesentlichen Mängel wäre ein unverhältnismäßiger Aufwand. Im übrigen habe die Klägerin bereits ihr Preisminderungsrecht geltend gemacht, weshalb eine Neuherstellung nicht mehr in Frage komme.

Das Erstgericht, das der Klägerin im ersten Rechtsgang S 2.680,- (sA) rechtskräftig zugesprochen hatte, erkannte den Beklagten im zweiten Rechtsgang schuldig, auch die restlichen Kosten einer Neuherstellung der Verfliesung von S 70.352,- zu bezahlen. Über den im wesentlichen bereits eingangs zusammengefaßt wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es - betreffend den Problembereich Geltendmachung einer Preisminderung - noch folgende weitere Feststellungen:

Der Beklagte stellte der Klägerin (und ihrem Ehemann Konrad V\*\*\*\*\*) für seine Leistungen am 11. 8. 1992 S 183.036,- in Rechnung. Weil die Elektro- und Sanitärinstallation mangelhaft war, bezahlte die Klägerin am 14. 8. 1992 nur S 161.115,-. Am 23. 6. 1993 brachte der Beklagte daraufhin hinsichtlich des Restbetrages von S 21.920,40 beim Bezirksgericht für Zivilrechtssachen Graz zu 3 C 1611/93 die Klage gegen Konrad V\*\*\*\*\* ein. Mit bedingt geschlossenem Vergleich verpflichtete sich der hier Beklagte, sämtliche Elektro- und Sanitärmängel zu beheben, während ihm Konrad V\*\*\*\*\* einen Betrag von S 7.500,- nach Sanierung bezahlen sollte. Der Vergleich wurde von Konrad V\*\*\*\*\* widerrufen, da keine vollständige Mängelbehebung erfolgt war. Nach Fortsetzung des Verfahrens zog der hier Beklagte am 16. 11. 1994 die Klage mit Zustimmung des Konrad V\*\*\*\*\* ohne Verzicht auf den Anspruch zurück. Am 2. 3. 1995 forderte Konrad V\*\*\*\*\*, der den Vergleichsbetrag von S 7.500,- bereits an den Beklagten geleistet gehabt hatte, diesen - rechtsgrundlos bezahlten - Betrag vom Beklagten zurück und obsiegte. Vom Beklagten wurden bis auf die gegenständlichen gesprungenen Fliesen mittlerweile sämtliche Mängel behoben.

Rechtlich führte das Erstgericht im wesentlichen aus, wenn der Mangel den ordentlichen Gebrauch wie im vorliegenden Fall nicht verhindere oder wenn er behoben werden könne, könne der Übernehmer entweder eine angemessene Minderung des Entgelts oder die Verbesserung oder den Nachtrag des Fehlenden fordern. Zur Verbesserung sei der Unternehmer gemäß Satz 2 des § 1167 ABGB auch bei unwesentlichen, aber behebbaren Mängeln verpflichtet, sofern dies nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sei. "Unverhältnismäßig" sei der Verbesserungsaufwand jedenfalls dann, wenn er in keinem Verhältnis zu dem dadurch für den Besteller zu erzielenden Vorteil stehe. Die Höhe der Behebungskosten allein sei nicht ausschlaggebend, sondern es sei vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn jemand für sein Badezimmer relativ teure Fliesen auswähle, sei davon auszugehen, daß für ihn nicht nur der Gebrauch, sondern auch das optische Erscheinungsbild von Bedeutung sei. Daß auch dieses mängelfrei zu sein habe, liege in der Natur des Geschäftes. Träten Risse in den Fliesen auf, liege jedenfalls ein Mangel vor, dessen Beseitigung der Besteller begehren könne, und zwar in der Weise, daß sämtliche auszuwechselnden Fliesen nicht bloß durch gleichartige zu ersetzen seien, sondern durch solche, die exakt den vom Besteller ursprünglich ausgewählten und mit den übrigen Fliesen übereinstimmenden Farbton hätten. Dieser Anspruch bestehe auch ohne ausdrückliche Vereinbarung. Da farblich gleichartige Fliesen nicht mehr erhältlich seien und daher der vertragsgemäße Zustand nur durch völlige Neuherstellung erreicht werden könne, liege der ersatzfähige Verbesserungsaufwand in den Kosten einer völligen Neuherstellung des mangelhaften Werkes. Rechtlich führte das Erstgericht im wesentlichen aus, wenn der Mangel den ordentlichen Gebrauch wie im vorliegenden Fall nicht verhindere oder wenn er behoben werden könne, könne der Übernehmer entweder eine angemessene Minderung des Entgelts oder die Verbesserung oder den Nachtrag des Fehlenden fordern. Zur Verbesserung sei der Unternehmer gemäß Satz 2 des Paragraph 1167, ABGB auch bei unwesentlichen, aber behebbaren Mängeln verpflichtet, sofern dies nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sei. "Unverhältnismäßig" sei der Verbesserungsaufwand jedenfalls dann, wenn er in keinem Verhältnis zu dem dadurch für den Besteller zu erzielenden Vorteil stehe. Die Höhe der Behebungskosten allein sei nicht ausschlaggebend, sondern es sei vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn jemand für sein Badezimmer relativ teure Fliesen auswähle, sei davon auszugehen, daß für ihn nicht nur der Gebrauch, sondern auch das optische Erscheinungsbild von Bedeutung sei. Daß auch dieses mängelfrei zu sein habe, liege in der Natur des Geschäftes. Träten Risse in den Fliesen auf, liege jedenfalls ein Mangel vor, dessen Beseitigung der Besteller begehren könne, und zwar in der Weise, daß sämtliche auszuwechselnden Fliesen nicht bloß durch gleichartige zu ersetzen seien, sondern durch solche, die exakt den vom Besteller ursprünglich ausgewählten und mit den übrigen Fliesen übereinstimmenden Farbton hätten. Dieser Anspruch bestehe auch ohne ausdrückliche

Vereinbarung. Da farblich gleichartige Fliesen nicht mehr erhältlich seien und daher der vertragsgemäße Zustand nur durch völlige Neuherstellung erreicht werden könne, liege der ersatzfähige Verbesserungsaufwand in den Kosten einer völligen Neuherstellung des mangelhaften Werkes.

Das Berufungsgericht bestätigte diese vom Beklagten mit Rechtsrüge bekämpfte Entscheidung der ersten Instanz und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Es führte im wesentlichen aus, für den Besteller eines Badezimmers sei nicht nur dessen Gebrauch, sondern auch das optische Erscheinungsbild von Bedeutung. Grundsätzlich sei zu prüfen, ob die Behebung des nicht wesentlichen Mangels dem Besteller einen entsprechenden Vorteil verschaffe. Der Beklagte habe ein den besonderen Bedürfnissen und Wünschen der Klägerin entsprechendes Werk herzustellen gehabt. Dazu habe aber nicht nur die Funktionstüchtigkeit des Badezimmers gehört, sondern wohl auch das von der Klägerin begehrte Erscheinungsbild. Es sei daher nicht einzusehen, daß sich diese mit - wenn auch den Gebrauch nicht beeinträchtigenden - gesprungenen Fliesen zufrieden geben müßte. Daß es sich bei den streitgegenständlichen Fliesen um teure handle, gehe schon aus der Rechnung Beilage N hervor. Ein Austauschen der Fliesen sei nach den getroffenen Feststellungen nicht möglich. Der Anspruch der Klägerin sei aufgrund der bloß optischen Mängel gerechtfertigt. Betreffend die im Ersturteil festgestellte Preisminderung übersehe der Beklagte offensichtlich, daß Preisminderung nicht von der Klägerin, sondern von ihm gegenüber der Nebenintervenientin geltend gemacht wurde. Zutreffend sei, daß der Beklagte eine Klage gegen den Ehemann der Klägerin über einen Restbetrag von S 21.922,40 aus dem Werkvertrag eingebracht habe, daß in diesem Verfahren ein bedingter Vergleich zustande gekommen sei, wonach sich der Beklagte verpflichtet habe, sämtliche Elektro- und Sanitärmängel zu beheben und wofür er im Gegenzug einen Betrag von S 7.500,- nach Sanierung erhalten habe sollen. Der Ehemann der Klägerin habe den bereits bezahlten Betrag von S 7.500,- zurückgefordert, weil die gänzliche Mängelbehebung unterblieben sei. Wenn der Berufungswerber nun diese Rückforderung so interpretiere, daß der Werkbesteller wegen der streitgegenständlichen Fliesen vom Werklohn einen Betrag von S 7.500,- in Abzug gebracht und damit von seinem Preisminderungsrecht Gebrauch gemacht habe, sei dies unzutreffend. Wie aus dem Akt 2 C 81/95d des Bezirksgerichtes Voitsberger hervorgehe, sei der Betrag von S 7.500,- infolge unterbliebener Mängelbehebung und damit wegen rechtsgrundlos geleisteter Zahlung zurückgefordert worden. Eine Preisminderung sei weder von der Klägerin noch von ihrem Ehemann jemals geltend gemacht worden. Schließlich sei auch der Einwand des Beklagten, weder ihm noch seinem Subunternehmer könne am Entstehen der Sprünge ein Verschulden zur Last gelegt werden, unzutreffend. Es komme die Beweislastregel des § 1298 ABGB zur Anwendung, wonach der Schuldner von der Haftung nur befreit werde, wenn er beweise, daß er die ihm obliegenden Pflichten mit aller Sorgfalt erfüllt habe und auch seinen Erfüllungsgehilfen kein Verschulden zur Last falle. Nach den getroffenen Feststellungen sei die Klägerin aber nicht darauf hingewiesen worden, daß durch das Auftragen einer Ausgleichsmasse beim Entfernen des Gullys Fliesen springen könnten. Dazu wäre der Beklagte bzw sein Subunternehmer aufgrund der ihn treffenden Warnpflicht verpflichtet gewesen. Die Montage der Armaturen, auf die die Sprünge in der Wandfliese zurückzuführen sei, sei durch den Beklagten erfolgt und damit in seinen Verantwortungsbereich gefallen. Daß er dabei die gebotene Sorgfalt walten habe lassen, habe er nicht unter Beweis stellen können. Seinem in diesem Zusammenhang erhobenen Einwand, die Klägerin habe es unterlassen, entsprechende Reservefliesen mitzukaufen, sei grundsätzlich zuzugestehen, daß es üblich sei und auch der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, eine gewisse Anzahl von Reservefliesen mitzukaufen. Dies solle aber nur dazu dienen, im Lauf der Zeit durch - in der Sphäre des Bestellers gelegene - verschiedene Umstände beschädigte Fliesen, die am Markt nicht mehr erhältlich sind, austauschen zu können, nicht aber dazu, um vom Werkhersteller zu vertretende Mängel zu beheben. Es wäre also Sache des Beklagten bzw dessen Nebenintervenienten gewesen, für eine erforderliche Anzahl von Reservefliesen zu sorgen, dies insbesondere unter Berücksichtigung des erhöhten Risikos des Auftretens von Rissen im Bereich des ehemaligen Gullys. Dem Beklagten sei daher der Entlastungsbeweis nach § 1298 ABGB nicht gelungen. Das Berufungsgericht bestätigte diese vom Beklagten mit Rechtsrüge bekämpfte Entscheidung der ersten Instanz und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Es führte im wesentlichen aus, für den Besteller eines Badezimmers sei nicht nur dessen Gebrauch, sondern auch das optische Erscheinungsbild von Bedeutung. Grundsätzlich sei zu prüfen, ob die Behebung des nicht wesentlichen Mangels dem Besteller einen entsprechenden Vorteil verschaffe. Der Beklagte habe ein den besonderen Bedürfnissen und Wünschen der Klägerin entsprechendes Werk herzustellen gehabt. Dazu habe aber nicht nur die Funktionstüchtigkeit des Badezimmers gehört, sondern wohl auch das von der Klägerin begehrte Erscheinungsbild. Es sei daher nicht einzusehen, daß sich diese mit - wenn auch den Gebrauch nicht beeinträchtigenden - gesprungenen Fliesen zufrieden geben müßte. Daß es sich bei den streitgegenständlichen Fliesen um teure handle, gehe schon aus der Rechnung

Beilage N hervor. Ein Austauschen der Fliesen sei nach den getroffenen Feststellungen nicht möglich. Der Anspruch der Klägerin sei aufgrund der bloß optischen Mängel gerechtfertigt. Betreffend die im Ersturteil festgestellte Preisminderung übersehe der Beklagte offensichtlich, daß Preisminderung nicht von der Klägerin, sondern von ihm gegenüber der Nebenintervenientin geltend gemacht wurde. Zutreffend sei, daß der Beklagte eine Klage gegen den Ehemann der Klägerin über einen Restbetrag von S 21.922,40 aus dem Werkvertrag eingebracht habe, daß in diesem Verfahren ein bedingter Vergleich zustande gekommen sei, wonach sich der Beklagte verpflichtet habe, sämtliche Elektro- und Sanitärängel zu beheben und wofür er im Gegenzug einen Betrag von S 7.500,-- nach Sanierung erhalten habe sollen. Der Ehemann der Klägerin habe den bereits bezahlten Betrag von S 7.500,-- zurückgefordert, weil die gänzliche Mängelbehebung unterblieben sei. Wenn der Berufungswerber nun diese Rückforderung so interpretiere, daß der Werkbesteller wegen der streitgegenständlichen Fliesen vom Werklohn einen Betrag von S 7.500,-- in Abzug gebracht und damit von seinem Preisminderungsrecht Gebrauch gemacht habe, sei dies unzutreffend. Wie aus dem Akt 2 C 81/95d des Bezirksgerichtes Voitsberger hervorgehe, sei der Betrag von S 7.500,-- infolge unterbliebener Mängelbehebung und damit wegen rechtsgrundlos geleisteter Zahlung zurückgefordert worden. Eine Preisminderung sei weder von der Klägerin noch von ihrem Ehemann jemals geltend gemacht worden. Schließlich sei auch der Einwand des Beklagten, weder ihm noch seinem Subunternehmer könne am Entstehen der Sprünge ein Verschulden zur Last gelegt werden, unzutreffend. Es komme die Beweislastregel des Paragraph 1298, ABGB zur Anwendung, wonach der Schuldner von der Haftung nur befreit werde, wenn er beweise, daß er die ihm obliegenden Pflichten mit aller Sorgfalt erfüllt habe und auch seinen Erfüllungsgehilfen kein Verschulden zur Last falle. Nach den getroffenen Feststellungen sei die Klägerin aber nicht darauf hingewiesen worden, daß durch das Auftragen einer Ausgleichsmasse beim Entfernen des Gullys Fliesen springen könnten. Dazu wäre der Beklagte bzw sein Subunternehmer aufgrund der ihn treffenden Warnpflicht verpflichtet gewesen. Die Montage der Armaturen, auf die die Sprünge in der Wandfliese zurückzuführen sei, sei durch den Beklagten erfolgt und damit in seinen Verantwortungsbereich gefallen. Daß er dabei die gebotene Sorgfalt walten habe lassen, habe er nicht unter Beweis stellen können. Seinem in diesem Zusammenhang erhobenen Einwand, die Klägerin habe es unterlassen, entsprechende Reservefliesen mitzukaufen, sei grundsätzlich zuzugestehen, daß es üblich sei und auch der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, eine gewisse Anzahl von Reservefliesen mitzukaufen. Dies solle aber nur dazu dienen, im Lauf der Zeit durch - in der Sphäre des Bestellers gelegene - verschiedene Umstände beschädigte Fliesen, die am Markt nicht mehr erhältlich sind, austauschen zu können, nicht aber dazu, um vom Werkhersteller zu vertretende Mängel zu beheben. Es wäre also Sache des Beklagten bzw dessen Nebenintervenienten gewesen, für eine erforderliche Anzahl von Reservefliesen zu sorgen, dies insbesondere unter Berücksichtigung des erhöhten Risikos des Auftretens von Rissen im Bereich des ehemaligen Gullys. Dem Beklagten sei daher der Entlastungsbeweis nach Paragraph 1298, ABGB nicht gelungen.

Seinen Ausspruch der Zulässigkeit der ordentlichen Revision begründete das Berufungsgericht damit, daß Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 1167 Abs 2 ABGB bei bloß optischen Mängeln nicht vorlägen. Seinen Ausspruch der Zulässigkeit der ordentlichen Revision begründete das Berufungsgericht damit, daß Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes zur Frage der Unverhältnismäßigkeit im Sinne des Paragraph 1167, Absatz 2, ABGB bei bloß optischen Mängeln nicht vorlägen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Der Revisionswerber vertritt die Auffassung, die Rechtsansicht der Vorinstanzen, wonach zur Beseitigung der gegenständlichen Mängel eine Neuherstellung der gesamten Verfließung erforderlich sei, weil auch das optische Erscheinungsbild des Bades von wesentlicher Bedeutung sei, stehe im krassen Widerspruch zur Judikatur des Obersten Gerichtshofes. Dem kann aber nicht beigepflichtet werden:

Das Berufungsgericht hat die vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätze, unter welchen Umständen Mängelbehebungskosten im Sinne des § 1167 Abs 2 ABGB als unverhältnismäßig anzusehen sind, zutreffend wiedergegeben. Danach ist der für eine Verbesserung erforderliche Aufwand dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hiezu erforderlichen Kosten so gering ist, daß Vorteil und Aufwand im auffallenden Mißverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (Adler-Höllner in Klang 2 V, 396 Anm 31; JBl 1960, 445; EvBl 1975/18; SZ 53/7; JBl 1990, 461 ua). Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des

Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten "unverhältnismäßig" sein, wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen (SZ 57/58; SZ 53/7; JBl 1990, 461 uva). Derselbe Maßstab wird auch von denjenigen Autoren angelegt, die dafür eintreten, daß die Verbesserung nicht nur am konkreten Werk gefordert werden könne, sondern bei Unverbesserbarkeit desselben die Forderung nach Herstellung eines neuen Werkes für berechtigt halten (Reischauer in Rummel ABGB2 Rz 3 zu § 1167; Czermak, Verbesserung durch Neuherstellung des Werkes - Deutsche Rechtsprechung anwendbar? in WBl 1987, 47 [51]). Das Berufungsgericht hat die vom Obersten Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsätze, unter welchen Umständen Mängelbehebungskosten im Sinne des Paragraph 1167, Absatz 2, ABGB als unverhältnismäßig anzusehen sind, zutreffend wiedergegeben. Danach ist der für eine Verbesserung erforderliche Aufwand dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hierzu erforderlichen Kosten so gering ist, daß Vorteil und Aufwand im auffallenden Mißverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (Adler-Höllner in Klang2 römisch fünf, 396 Anmerkung 31; JBl 1960, 445; EvBl 1975/18; SZ 53/7; JBl 1990, 461 ua). Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten "unverhältnismäßig" sein, wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen (SZ 57/58; SZ 53/7; JBl 1990, 461 uva). Derselbe Maßstab wird auch von denjenigen Autoren angelegt, die dafür eintreten, daß die Verbesserung nicht nur am konkreten Werk gefordert werden könne, sondern bei Unverbesserbarkeit desselben die Forderung nach Herstellung eines neuen Werkes für berechtigt halten (Reischauer in Rummel ABGB2 Rz 3 zu Paragraph 1167 ; Czermak, Verbesserung durch Neuherstellung des Werkes - Deutsche Rechtsprechung anwendbar? in WBl 1987, 47 [51]).

Diese Grundsätze werden auch von der deutschen Rechtsprechung und Lehre zu der mit § 1167 zweiter Satz ABGB weitgehend übereinstimmenden Regelung des § 633 Abs 2 BGB vertreten. Wie Peters in Staudinger, § 633 Rz 186 ausführt, sei es, um von einem unverhältnismäßigen Aufwand sprechen zu können, der den Unternehmer berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, notwendig, daß der zu erzielende Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür mit Sicherheit zu erwartenden Geldaufwandes stehe. Es sei der Gedanke der Unzumutbarkeit, der hier durchschlage. Bei der erforderlichen Abwägung sei neben der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit des Werkes (insbesondere der Gefährlichkeit des Mangels) doch auch die Unzumutbarkeit des Mangels für den Besteller aus sonstigen Gründen zu berücksichtigen. Insoweit könnten durchaus auch seine immateriellen Interessen von Bedeutung sein. Der Besteller, der sich ein Werk gewünscht habe, das seinen Intentionen entspricht, habe Anspruch auf Respektierung seiner Wünsche. Insofern könne zB eine abweichende Farbgebung relevant werden, auch wenn sie objektiv den Wert des Werkes nicht beeinträchtige. In diesem Rahmen seien auch bloße sogenannte Schönheitsfehler beachtlich. Diese Grundsätze werden auch von der deutschen Rechtsprechung und Lehre zu der mit Paragraph 1167, zweiter Satz ABGB weitgehend übereinstimmenden Regelung des Paragraph 633, Absatz 2, BGB vertreten. Wie Peters in Staudinger, Paragraph 633, Rz 186 ausführt, sei es, um von einem unverhältnismäßigen Aufwand sprechen zu können, der den Unternehmer berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, notwendig, daß der zu erzielende Erfolg oder Teilerfolg bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe des dafür mit Sicherheit zu erwartenden Geldaufwandes stehe. Es sei der Gedanke der Unzumutbarkeit, der hier durchschlage. Bei der erforderlichen Abwägung sei neben der Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit des Werkes (insbesondere der Gefährlichkeit des Mangels) doch auch die Unzumutbarkeit des Mangels für den Besteller aus sonstigen Gründen zu berücksichtigen. Insoweit könnten durchaus auch seine immateriellen Interessen von Bedeutung sein. Der Besteller, der sich ein Werk gewünscht habe, das seinen Intentionen entspricht, habe Anspruch auf Respektierung seiner Wünsche. Insofern könne zB eine abweichende Farbgebung relevant werden, auch wenn sie objektiv den Wert des Werkes nicht beeinträchtige. In diesem Rahmen seien auch bloße sogenannte Schönheitsfehler beachtlich.

Diesen Erwägungen zur, wie bereits gesagt, vergleichbaren deutschen Rechtslage ist auch für den österreichischen Rechtsbereich beizutreten. Läßt sich jemand, wie dies hier zweifellos zutrifft, ein insbesondere auch mit Rücksicht auf optische Qualität besonders kostspieliges Werk errichten, kommt selbstverständlich auch der Ästhetik eine gewisse Werksfunktion zu. Es erschiene daher unbillig, den Besteller eines solches Werkes, das einen störenden optischen

Mangel aufweist, der nur mit hohem Aufwand beseitigbar ist, darauf zu verweisen, daß die Funktionalität ohnehin gewahrt sei. Es kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, daß teure Fliesen nicht (nur) wegen ihrer besseren Gebrauchstauglichkeit, sondern auch und wohl sogar vorwiegend aus optischen, ästhetischen Gründen gekauft werden. Daß im vorliegenden Fall ästhetische Kriterien trotz eines dies indizierenden vereinbarten Werklohnes für das Bad von über S 180.000,- keine wesentliche Rolle gespielt hätten, hat der Beklagte nicht einmal behauptet. Zieht man all dies ins Kalkül, erschiene eine Sanierung mit farblich nicht exakt entsprechenden Fliesen der Klägerin aber nicht zumutbar.

Da Fliesen, mit denen eine entsprechende Mängelbehebung vorgenommen werden könnte, nicht mehr zur Verfügung stehen, ist die Meinung der Vorinstanzen, eine taugliche Sanierung könne nur durch eine Neuverfliesung geschehen, zu billigen. Der Einwand der "Unverhältnismäßigkeit" des für eine Neuverfliesung notwendigen Aufwandes, dessen Höhe im Revisionsverfahren keinen Streitpunkt mehr darstellt, erweist sich demnach als unberechtigt.

Keine Berechtigung kommt auch den Revisionsausführungen zu, wonach die Klägerin betreffend die gegenständlichen Mängel bereits Preisminderung geltend gemacht habe und daher den Verbesserungsaufwand nicht mehr verlangen könne. Zur Vermeidung von Wiederholungen genügt es diesbezüglich auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes zu verweisen.

Zu Unrecht will der Revisionswerber schließlich noch daraus, daß seinem Subunternehmer (= Erfüllungsgehilfen) kein Verlegefehler unterlaufen ist, ableiten, daß ihn an der Mangelhaftigkeit des Werks kein Verschulden treffe. Errichtet ein Werkunternehmer das Werk mangelhaft, leistet er also den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht, so trifft ihn nach hM (vgl etwa Apathy, Zum Umfang der Verbesserungspflicht des Werkunternehmers in WBI 1991, 279 mwN) zufolge § 1298 ABGB die Beweislast dafür, daß ihn (und seine Gehilfen, für die er nach § 1313a ABGB einzustehen hat) kein Verschulden trifft, daß er also die gebotene Sorgfalt - nach dem Maßstab des § 1299 ABGB - eingehalten hat. Davon, daß dem Beklagten hier dieser Beweis gelungen wäre, kann aber, wie das Berufungsgericht, auf dessen betreffende Ausführungen insbesondere auch zur Frage der Verpflichtung des Bereithaltens von Ersatzfliesen neuerlich verwiesen werden kann, zutreffend erkannt hat, keine Rede sein. Zu Unrecht will der Revisionswerber schließlich noch daraus, daß seinem Subunternehmer (= Erfüllungsgehilfen) kein Verlegefehler unterlaufen ist, ableiten, daß ihn an der Mangelhaftigkeit des Werks kein Verschulden treffe. Errichtet ein Werkunternehmer das Werk mangelhaft, leistet er also den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht, so trifft ihn nach hM vergleiche etwa Apathy, Zum Umfang der Verbesserungspflicht des Werkunternehmers in WBI 1991, 279 mwN) zufolge Paragraph 1298, ABGB die Beweislast dafür, daß ihn (und seine Gehilfen, für die er nach Paragraph 1313 a, ABGB einzustehen hat) kein Verschulden trifft, daß er also die gebotene Sorgfalt - nach dem Maßstab des Paragraph 1299, ABGB - eingehalten hat. Davon, daß dem Beklagten hier dieser Beweis gelungen wäre, kann aber, wie das Berufungsgericht, auf dessen betreffende Ausführungen insbesondere auch zur Frage der Verpflichtung des Bereithaltens von Ersatzfliesen neuerlich verwiesen werden kann, zutreffend erkannt hat, keine Rede sein.

Bejaht man demnach eine schuldhafte Vertragsverletzung durch den Beklagten, ist die schadenersatzrechtliche Grundlage für die Forderung der Klägerin auf Leistung des Deckungskapitals für die Neuverfliesung gegeben. Ein vom Beklagten mit der Behauptung, die Klägerin vertrete mit dem Begehren auf Neuverfliesung einen "Justamentstandpunkt" angedeuteter Einwand der Schikane ist aus den zum Problembereich "Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes" angestellten Überlegungen haltlos.

Da sich das Klagebegehren demnach als berechtigt erweist, muß die Revision erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO.

#### **Anmerkung**

E54653 07A01319

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

ECLI:AT:OGH0002:1999:0070OB00131.99M.0623.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990623\_OGH0002\_0070OB00131\_99M0000\_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](http://www.jusline.at)