

# TE OGH 1997/11/12 4Ob329/97d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.11.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Huber als Vorsitzenden, durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kodek und Dr. Niederreiter sowie durch die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Griß und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ludwig S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Eckhard Pitzl und Dr. Gerhard W. Huber, Anwaltspartnerschaft in Linz, wider den Beklagten Helmut B\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Fritz Vierthaler, Rechtsanwalt in Gmunden, wegen S 77.590,86 sA, infolge Rekurses des Klägers gegen den Beschluß des Landesgerichtes Wels als Berufungsgericht vom 26. Mai 1997, GZ 21 R 133/97a-56, mit dem das Urteil des Bezirksgerichtes Gmunden vom 24. Jänner 1997, GZ 2 C 2138/94d-49, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluß wird aufgehoben und die Rechtssache wird zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Kläger beauftragte den Beklagten im August 1992, ein elektrisch gesteuertes Grundstückseinfahrtstor anzufertigen. Die Streitteile besprachen an Ort und Stelle den Standort und die Ausführung. Der Kläger wünschte eine grün-weiß gestrichene Holzverkleidung im Fischgrätmuster. Der Beklagte erklärte, daß das Tor rund 300 kg wiegen werde. Das Tor sollte auf einem Betonfundament montiert werden. Der Beklagte gab an, wie groß die Oberfläche des Fundaments sein sollte, er nannte Länge und Breite sowie den zwischen den Lagerböcken notwendigen Abstand von rund 1,20 Meter. Der Beklagte sagte auch, wo das Fundament zur Straße hin errichtet werden sollte. Darüber hinausgehende Angaben machte er nicht; er sagte insbesondere nicht, wie das Fundament in der Tiefe beschaffen sein sollte. Die Parteien waren sich darüber einig, daß der Kläger das Fundament errichten würde.

Der Kläger grub den Boden in einer Länge von etwa 185 cm, in einer Breite von etwa 60 cm und in einer seitlichen Tiefe von bis zu 60 cm auf, wobei sich die Grube nach unten hin - von einer Tiefe von 60 cm bis 70 cm (?) sehr stark - verjüngte.

Das Fundament entspricht in Größe und Ausführung nicht der Ö-Norm; es ist nur für die Mittelstellung des Tores ausreichend dimensioniert, nicht aber für das offene und geschlossene Tor. Das Fundament ist nicht frostsicher

ausgeführt; es fehlt die an der Unterseite notwendige mindestens 15 cm starke Kiesschicht.

Für ein normgemäßes Fundament wäre doppelt soviel Beton notwendig gewesen. Durch die unzureichende Fundamentierung weist das Tor eine Neigung von 2 % zum Fahrweg hin auf.

Der Beklagte montierte das Tor im Frühjahr 1993, ohne mit dem Kläger über die Beschaffenheit des Fundaments gesprochen zu haben. Er klärte ihn nicht über die Gefahren auf, die mit einem unzureichenden Fundament verbunden sind.

Rund ein bis eineinhalb Monate nach der Montage traten zum ersten Mal Probleme mit dem elektrischen Antrieb auf, die sich in der Folge wiederholten. Der Beklagte hat die Störungen jeweils behoben.

Das Tor besteht aus mit Holz verkleideten Formrohren. Durch die unzureichende Fundamentierung hat sich die Torvorderkante gesenkt. Dadurch wurde der Einlauftrichter durch ständiges Anfahren beim Schließen der Toranlage nach unten verbogen. Die Beschläge müssen ein bis zweimal jährlich eingestellt werden, weil sie nicht ausreichend dimensioniert sind. Insbesondere sind die Rollenböcke und Laufschiene überlastet, was die Lebensdauer dieser Teile verkürzt. Die mittlere Führungsrolle läuft bei geöffnetem Tor aus der Führungsschiene heraus. Da diese keinen Einlauftrichter für die Rolle hat, wäre es möglich, daß die Führungsschiene an die Rolle anläuft, diese verbiegt und das Tor ohne Führung bewegt wird.

Der Beklagte baute den Schiebetorantrieb 746 SD 1 Compact der Firma F\*\*\*\*\* ein. Dieser Antrieb ist für Tore mit einem Gewicht bis höchstens 400 kg geeignet.

Der Kläger begehrt S 77.590,86 sA.

Das Tor habe von Anfang an entweder gar nicht oder nicht richtig funktioniert. Es weise insbesondere folgende Mängel auf: die Schiene sei zu schmal konzipiert; die Räder des Tores seien mangelhaft ausgeführt; die Führung des Tores müsse eingestellt werden; der Schuh des Tores sei zu steil konzipiert; der Motor sei zu schwach. Das Tor weise massive konstruktive Fehler auf, so rage zum Beispiel die Holzverkleidung über den Metallrahmen hinaus.

Der Kläger habe das Fundament nach den Angaben des Beklagten errichtet. Wenn das Fundament nicht ausreiche, so hätte der Beklagte den Kläger darauf hinweisen müssen. Der Beklagte habe seine Warnpflicht verletzt.

Der Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen.

Von ihm stamme zwar die Elektronik des Tores; installiert habe das Tor aber ein Elektrofachunternehmen. Der Kläger habe das Fundament "im Pfusch" herstellen lassen. Seit der Montage des Tores habe sich das Fundament immer weiter abgesenkt; dies sei die einzige Ursache der Betriebsstörungen. Das Tor selbst sei mangelfrei; die Mängel des Fundaments habe der Beklagte nicht erkennen können.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Der Beklagte habe seine Warnpflicht nicht verletzt. Er verfüge nicht über die notwendigen Fachkenntnisse, um die Eignung des Fundaments beurteilen zu können. Das Tor selbst weise zwar Mängel auf; die Mängel könnten aber mit geringem Aufwand behoben werden. Demnach sei das Wandlungsbegehren nicht berechtigt. Preisminderung habe der Kläger nicht verlangt.

Das Berufungsgericht hob das Urteil des Erstgerichtes auf und wies die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. Das Berufungsgericht sprach aus, daß der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei.

Der Kläger habe zwar - erfolglos - die Feststellungen bekämpft, aus denen das Erstgericht geschlossen habe, daß der Beklagte seine Warnpflicht nicht verletzt habe; in der Rechtsrüge mache er aber nicht geltend, daß das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt insoweit unrichtig beurteilt habe. Ob der Beklagte seine Warnpflicht verletzt habe, sei daher im Berufungsverfahren nicht mehr zu prüfen.

Der Kläger rüge zu Recht, daß nach dem festgestellten Sachverhalt nicht beurteilt werden könne, ob die Mängel des Tores mit geringem Aufwand zu beheben seien. Im fortgesetzten Verfahren werde nicht nur zu klären sein, ob die vom Erstgericht festgestellten Mängel leicht behebbar sind, sondern auch, ob die Rahmenkonstruktion unzureichend dimensioniert ist und ob ein solcher Mangel, wenn vorhanden, leicht behebbar ist. Sollte das Verfahren ergeben, daß die Mängel leicht behebbar sind, so könne der Kläger nicht Wandlung verlangen. Das gleiche gelte, wenn die Mängel

des Tores nur deshalb nicht leicht behebbar seien, weil die Vorarbeiten des Klägers mangelhaft waren. Sollte eine Verschlechterung der allein vom Beklagten zu vertretenden Mängel auf das natürliche Weiterfressen dieser Mängel zurückzuführen sein, so sei bei Sanierbarkeit Mangelausmaß und -grad zum Zeitpunkt der Erkennbarkeit für den Erwerber und der möglichen Abhilfe ausschlaggebend; soweit der Prozeß nicht zum Stillstand gebracht werden könne, entscheide der zu erwartende Endzustand. Das Wandlungsbegehren wegen behebbarer Mängel beim Werkvertrag müsse bei vom Erwerber zu vertretender Verschlechterung zu einem entsprechenden Wertausgleich führen.

Der Kläger habe seinen Anspruch auch auf den Titel des Schadenersatzes gestützt. Sollte der Wandlungsanspruch des Klägers zu verneinen sein, so sei demnach zu prüfen, inwieweit wegen Schlechterfüllung des Werkvertrages durch den Beklagten ein (kausaler) Schadenersatzanspruch des Klägers in Höhe des erforderlichen Verbesserungs- bzw. Neuherstellungsaufwandes bestehe. Schon nach den bisherigen Feststellungen habe der Beklagte den Werkvertrag (teilweise) schlecht erfüllt. Er habe damit rechtswidrig gehandelt; das fehlende Verschulden müsse er beweisen.

Um die Höhe des dem Kläger zustehenden Schadenersatzes feststellen zu können, müßten die fiktiven Verbesserungskosten und - soweit möglich - die Anteile des Klägers und des Beklagten an der Schadensentstehung geklärt werden. Das Erstgericht habe nicht festgestellt, ob die vom Beklagten zu vertretenden Mängel Mitursache der Funktionsstörungen sind. Die bisherigen Beweisergebnisse sprächen dafür, daß das Fehlverhalten beider Teile den Schaden mitverursacht habe. Der Schädiger hafte aber nicht für jenen Schaden, der auch ohne sein Zutun eingetreten wäre; der Geschädigte nicht für jenen Teil, für den sein sorgloses Verhalten nicht kausal war. Nur der restliche Schaden sei nach den Grundsätzen bei kumulativer Verursachung zuzuteilen, allenfalls nach § 1304 ABGB zu teilen. Bei weitaus überwiegendem Verschulden hätte der Geschädigte den Schaden allein zu tragen. All dies sei in tatsächlicher Hinsicht noch ungeprüft. Um die Höhe des dem Kläger zustehenden Schadenersatzes feststellen zu können, müßten die fiktiven Verbesserungskosten und - soweit möglich - die Anteile des Klägers und des Beklagten an der Schadensentstehung geklärt werden. Das Erstgericht habe nicht festgestellt, ob die vom Beklagten zu vertretenden Mängel Mitursache der Funktionsstörungen sind. Die bisherigen Beweisergebnisse sprächen dafür, daß das Fehlverhalten beider Teile den Schaden mitverursacht habe. Der Schädiger hafte aber nicht für jenen Schaden, der auch ohne sein Zutun eingetreten wäre; der Geschädigte nicht für jenen Teil, für den sein sorgloses Verhalten nicht kausal war. Nur der restliche Schaden sei nach den Grundsätzen bei kumulativer Verursachung zuzuteilen, allenfalls nach Paragraph 1304, ABGB zu teilen. Bei weitaus überwiegendem Verschulden hätte der Geschädigte den Schaden allein zu tragen. All dies sei in tatsächlicher Hinsicht noch ungeprüft.

Die vom Sachverständigen genannten Mängel fänden im Vorbringen des Klägers keine Deckung. Das Erstgericht habe zu Recht dazu keine Feststellungen getroffen. Das Verfahren sei insoweit nicht zu ergänzen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der gegen diese Entscheidung gerichtete Rekurs des Klägers ist zulässig, weil die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zu § 496 Abs 3 ZPO widerspricht; der Rekurs ist insoweit auch berechtigt. Der gegen diese Entscheidung gerichtete Rekurs des Klägers ist zulässig, weil die angefochtene Entscheidung der Rechtsprechung zu Paragraph 496, Absatz 3, ZPO widerspricht; der Rekurs ist insoweit auch berechtigt.

Der Kläger rügt, daß das Berufungsgericht das Verfahren nicht selbst ergänzt, sondern die Rechtssache an das Erstgericht zurückverwiesen hat. Das Berufungsgericht hätte den festgestellten Sachverhalt nach jeder Richtung hin rechtlich prüfen müssen und auch die Frage, ob der Beklagte seine Warnpflicht verletzt hat, nicht ausklammern dürfen. Es wären sämtliche Mängel festzustellen gewesen. Der Wandlungsanspruch des Klägers sei auch dann berechtigt, wenn die Mängel nur wegen mangelhafter Vorarbeiten nicht leicht behebbar seien. Der Werkbesteller könne auch bei behebbaren Mängeln Wandlung verlangen; bei einer vom Erwerber zu vertretenden Verschlechterung habe er lediglich Anspruch auf einen entsprechenden Wertausgleich.

Gemäß § 496 Abs 3 ZPO hat das Berufungsgericht die in erster Instanz gepflogene Verhandlung, soweit erforderlich, zu ergänzen und durch Urteil in der Sache selbst zu erkennen, wenn nicht anzunehmen ist, daß dadurch im Vergleich zur Zurückweisung die Erledigung verzögert oder ein erheblicher Mehraufwand an Kosten verursacht würde. Das Berufungsgericht darf die Rechtssache demnach zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverweisen, wenn der Umfang der Prozeßstoffsammlung und die Weiterungen des Verfahrens gar nicht abzusehen sind (SZ 59/134 = EvBl 1987/19 = JBl 1987, 189; SZ 68/189; RIS-Justiz RS0044905). Das trifft (zB) dann zu, wenn nicht nur schon in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahmen zu ergänzen, sondern höchstwahrscheinlich noch anzubietende Beweise neu

aufzunehmen sein werden (ua 3 Ob 43/86; 4 Ob 41/93; RIS-Justiz RS0042126). Das Berufungsgericht muß aber das Verfahren vor allem dann selbst ergänzen, wenn das Erstgericht Feststellungen, Erörterungen und Beweisaufnahmen zu einzelnen Fragen des Sachverhalts unterließ, die in keinem untrennbaren Sachzusammenhang mit den übrigen relevanten Urteilsannahmen stehen (2 Ob 17/97g; RIS-Justiz RS 0107620). Es kommt daher immer darauf an, ob das Beweisverfahren nur zu ergänzen oder, wenn auch nur zu einzelnen Punkten, erst durchzuführen ist, so daß der Umfang des Prozeßstoffes und die Weiterungen des Verfahrens nicht abzusehen sind (§ Kodek in Rechberger, ZPO § 496 Rz 6 mwN). Verweist das Berufungsgericht die Sache ohne Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen an das Erstgericht zurück, so löst es eine Frage des Verfahrensrechts unrichtig, die von erheblicher Bedeutung ist (1 Ob 169/97b; RIS-Justiz RS0108072). Gemäß Paragraph 496, Absatz 3, ZPO hat das Berufungsgericht die in erster Instanz gepflogene Verhandlung, soweit erforderlich, zu ergänzen und durch Urteil in der Sache selbst zu erkennen, wenn nicht anzunehmen ist, daß dadurch im Vergleich zur Zurückweisung die Erledigung verzögert oder ein erheblicher Mehraufwand an Kosten verursacht würde. Das Berufungsgericht darf die Rechtssache demnach zur Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverweisen, wenn der Umfang der Prozeßstoffsammlung und die Weiterungen des Verfahrens gar nicht abzusehen sind (SZ 59/134 = EvBl 1987/19 = JBl 1987, 189; SZ 68/189; RIS-Justiz RS0044905). Das trifft (zB) dann zu, wenn nicht nur schon in erster Instanz erfolgte Beweisaufnahmen zu ergänzen, sondern höchstwahrscheinlich noch anzubietende Beweise neu aufzunehmen sein werden (ua 3 Ob 43/86; 4 Ob 41/93; RIS-Justiz RS0042126). Das Berufungsgericht muß aber das Verfahren vor allem dann selbst ergänzen, wenn das Erstgericht Feststellungen, Erörterungen und Beweisaufnahmen zu einzelnen Fragen des Sachverhalts unterließ, die in keinem untrennbaren Sachzusammenhang mit den übrigen relevanten Urteilsannahmen stehen (2 Ob 17/97g; RIS-Justiz RS 0107620). Es kommt daher immer darauf an, ob das Beweisverfahren nur zu ergänzen oder, wenn auch nur zu einzelnen Punkten, erst durchzuführen ist, so daß der Umfang des Prozeßstoffes und die Weiterungen des Verfahrens nicht abzusehen sind (§ Kodek in Rechberger, ZPO Paragraph 496, Rz 6 mwN). Verweist das Berufungsgericht die Sache ohne Vorliegen der dafür erforderlichen Voraussetzungen an das Erstgericht zurück, so löst es eine Frage des Verfahrensrechts unrichtig, die von erheblicher Bedeutung ist (1 Ob 169/97b; RIS-Justiz RS0108072).

Das Berufungsgericht hat dem Erstgericht einerseits aufgetragen zu begründen, warum es zur Frage der ausreichenden Dimensionierung der aus einem Rahmensystem bestehenden Torkonstruktion dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Dr. Ingomar F\*\*\*\*\* und nicht dem Gutachten des Sachverständigen Ing. Hugo W\*\*\*\*\* gefolgt ist, und es andererseits für notwendig erachtet, daß das Erstgericht klärt, mit welchem Aufwand die Mängel zu beheben sind, welchen Wert das mangelfreie Tor im Verhältnis zum mangelhaften hat und welche Schäden jeweils auf die mangelhafte Konstruktion und welche auf die Unterdimensionierung des Fundamentes zurückzuführen sind. Dies hat jeweils durch Ergänzung der (des) bereits vorliegenden Sachverständigengutachten(s) zu erfolgen. Mit der Aufnahme neuer Beweise ist nicht zu rechnen, weil die noch zu klärenden Fragen Sachverständigenfragen sind.

Der Aufwand für die Verfahrensergänzung ist demnach absehbar, so daß kein Grund ersichtlich ist, warum das Berufungsgericht das Verfahren nicht selbst ergänzen soll. Das Berufungsgericht führt auch keine Gründe für seine Entscheidung an, die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Die Aufhebung der Entscheidung des Erstgerichtes gründet sich sowohl auf § 496 Abs 1 Z 2 ZPO als auch auf § 496 Abs 1 Z 3 ZPO. Durch die Aufhebung tritt das Verfahren, auch wenn es vom Berufungsgericht zu ergänzen ist, in den Stand vor Schluß der Verhandlung erster Instanz zurück. Bei einer Aufhebung nach § 496 Abs 1 Z 2 ZPO hat sich das Verfahren auf die von einem Mangel betroffenen Teile des Verfahrens erster Instanz zu beschränken (§ 496 Abs 2 ZPO); bei einer Aufhebung nach § 496 Abs 1 Z 3 ZPO unterliegt das fortgesetzte Verfahren keinerlei Beschränkungen. Neues Vorbringen ist unbeschränkt zulässig, nur abschließend erledigte Streitpunkte können nicht wieder aufgerollt werden (Kodek aaO § 496 Rz 5 mwN). Die Aufhebung der Entscheidung des Erstgerichtes gründet sich sowohl auf Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO als auch auf Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO. Durch die Aufhebung tritt das Verfahren, auch wenn es vom Berufungsgericht zu ergänzen ist, in den Stand vor Schluß der Verhandlung erster Instanz zurück. Bei einer Aufhebung nach Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 2, ZPO hat sich das Verfahren auf die von einem Mangel betroffenen Teile des Verfahrens erster Instanz zu beschränken (Paragraph 496, Absatz 2, ZPO); bei einer Aufhebung nach Paragraph 496, Absatz eins, Ziffer 3, ZPO unterliegt das fortgesetzte Verfahren keinerlei Beschränkungen. Neues Vorbringen ist unbeschränkt zulässig, nur abschließend erledigte Streitpunkte können nicht wieder aufgerollt werden (Kodek aaO Paragraph 496, Rz 5 mwN).

Abschließend erledigt ist die Frage, ob der Beklagte seine Warnpflicht verletzt hat. Das Erstgericht hat diese Frage verneint. Der Kläger hat zwar in der Berufung die zugrundeliegenden Feststellungen - erfolglos - bekämpft, in seiner Rechtsrüge hat er aber die Verletzung der Warnpflicht nicht geltend gemacht. Damit war es dem Berufungsgericht verwehrt, auf die Frage einzugehen, ob der Beklagte nach dem vom Erstgericht festgestellten und vom Berufungsgericht übernommenen Sachverhalt seine Warnpflicht verletzt hat. Das Berufungsgericht hat zwar bei (gesetzmäßiger) Rechtsrüge die rechtliche Beurteilung allseitig zu überprüfen (ua SZ 52/192; SZ 54/133); es ist aber an eine Beschränkung der Klagegründe durch den Berufungswerber gebunden (ua EvBl 1985/154; ÖBl 1992, 21; Kodek aaO § 471 Rz 9 mwN). Abschließend erledigt ist die Frage, ob der Beklagte seine Warnpflicht verletzt hat. Das Erstgericht hat diese Frage verneint. Der Kläger hat zwar in der Berufung die zugrundeliegenden Feststellungen - erfolglos - bekämpft, in seiner Rechtsrüge hat er aber die Verletzung der Warnpflicht nicht geltend gemacht. Damit war es dem Berufungsgericht verwehrt, auf die Frage einzugehen, ob der Beklagte nach dem vom Erstgericht festgestellten und vom Berufungsgericht übernommenen Sachverhalt seine Warnpflicht verletzt hat. Das Berufungsgericht hat zwar bei (gesetzmäßiger) Rechtsrüge die rechtliche Beurteilung allseitig zu überprüfen (ua SZ 52/192; SZ 54/133); es ist aber an eine Beschränkung der Klagegründe durch den Berufungswerber gebunden (ua EvBl 1985/154; ÖBl 1992, 21; Kodek aaO Paragraph 471, Rz 9 mwN).

Die vom Kläger behauptete Verletzung der Warnpflicht ist ein selbständiger Klagegrund, der zu den ebenfalls geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen und den aus den Mängeln der Toranlage abgeleiteten Schadenersatzansprüchen hinzutritt. Da dieser Klagegrund abschließend erledigt ist, kann auch im fortgesetzten Verfahren nicht mehr darauf eingegangen werden.

Der Kläger ist aber nicht gehindert, Behauptungen über weitere Mängel aufzustellen. Da das fortgesetzte Verfahren, wie oben ausgeführt, nicht beschränkt ist, sind auch Neuerungen zulässig. Es schadet dem Kläger daher nicht, daß seine Behauptungen unzureichend waren. Hätte das Erstgericht sämtliche Mängel festgestellt, die nach den Sachverständigengutachten vorliegen, so wären seine überschießenden Feststellungen zwar noch zulässig gewesen, so weit sie in den Rahmen des geltend gemachten Klagegrundes gefallen wären (Fucik in Rechberger, ZPO § 178 Rz 2 mwN); es macht das Verfahren aber nicht mangelhaft, wenn keine überschießenden Feststellungen getroffen werden. Der Kläger ist aber nicht gehindert, Behauptungen über weitere Mängel aufzustellen. Da das fortgesetzte Verfahren, wie oben ausgeführt, nicht beschränkt ist, sind auch Neuerungen zulässig. Es schadet dem Kläger daher nicht, daß seine Behauptungen unzureichend waren. Hätte das Erstgericht sämtliche Mängel festgestellt, die nach den Sachverständigengutachten vorliegen, so wären seine überschießenden Feststellungen zwar noch zulässig gewesen, so weit sie in den Rahmen des geltend gemachten Klagegrundes gefallen wären (Fucik in Rechberger, ZPO Paragraph 178, Rz 2 mwN); es macht das Verfahren aber nicht mangelhaft, wenn keine überschießenden Feststellungen getroffen werden.

Der Kläger bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichtes, wonach er kein Recht auf Wandlung habe, wenn die Mängel der Toranlage nur wegen seiner eigenen mangelhaften Vorarbeiten nicht leicht behebbar sind. Der Kläger verweist hiebei auf Reischauer (in Rummel, ABGB\*\*2 § 932 Rz 5), der die Auffassung vertritt, daß das Wandlungsrecht wegen behebbarer Mängel beim Werkvertrag bei vom Erwerber zu vertretender Verschlechterung zu einem entsprechenden Wertausgleich führen müsse. Damit bezieht sich Reischauer aber offensichtlich nicht auf den Fall, daß die Mängel leicht behebbar wären, wäre es nicht zu einer vom Erwerber zu vertretenden Verschlechterung gekommen. Reischauer verweist nämlich bei den vom Kläger zitierten Ausführungen auf Rz 2 zu § 1167. An dieser Stelle führt Krejci (in Rummel, ABGB\*\*2 § 1167 Rz 2) aus, daß bei wesentlichen, aber leicht behebbaren Mängeln Wandlung nicht zusteht. Das Berufungsgericht hat den Wandlungsanspruch des Klägers daher zu Recht für den Fall verneint, daß die Mängel der Toranlage nur deshalb nicht leicht behebbar sind, weil der Kläger das Fundament nicht fachgerecht errichtet hat. Der Kläger bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichtes, wonach er kein Recht auf Wandlung habe, wenn die Mängel der Toranlage nur wegen seiner eigenen mangelhaften Vorarbeiten nicht leicht behebbar sind. Der Kläger verweist hiebei auf Reischauer (in Rummel, ABGB\*\*2 Paragraph 932, Rz 5), der die Auffassung vertritt, daß das Wandlungsrecht wegen behebbarer Mängel beim Werkvertrag bei vom Erwerber zu vertretender Verschlechterung zu einem entsprechenden Wertausgleich führen müsse. Damit bezieht sich Reischauer aber offensichtlich nicht auf den Fall, daß die Mängel leicht behebbar wären, wäre es nicht zu einer vom Erwerber zu vertretenden Verschlechterung gekommen. Reischauer verweist nämlich bei den vom Kläger zitierten Ausführungen auf Rz 2 zu Paragraph 1167, An dieser Stelle führt Krejci (in Rummel, ABGB\*\*2 Paragraph 1167, Rz 2) aus, daß bei wesentlichen, aber leicht

behebbarer Mängel Wandlung nicht zusteht. Das Berufungsgericht hat den Wandlungsanspruch des Klägers daher zu Recht für den Fall verneint, daß die Mängel der Toranlage nur deshalb nicht leicht behebbar sind, weil der Kläger das Fundament nicht fachgerecht errichtet hat.

Die übrigen - zutreffenden - Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes zieht der Kläger nicht in Zweifel. Das Berufungsgericht hat insbesondere die Frage richtig gelöst, wie der Schaden aufzuteilen ist, wenn sich herausstellt, daß der Schaden nur zum Teil sowohl auf die mangelhafte Werkleistung des Beklagten als auch auf das sorglose Verhalten des Klägers zurückzuführen ist. In einem solchen Fall kann der Kläger schon dem Grunde nach nur jenen Teil des Schadens ersetzt verlangen, der nicht allein durch das unzureichende Fundament verursacht wurde; nach § 1304 ABGB ist nur vorzugehen, soweit beide Teile für den Schaden einzustehen haben. Eine Aufteilung nach Quoten setzt voraus, daß die Anteile bestimmbar sind; trifft dies nicht zu, dann hat jeder Teil für den halben Schaden aufzukommen. Ist das Verschulden eines Teiles als sehr geringfügig zu werten, dann hat der andere Teil für den ganzen Schaden aufzukommen (s. Schwimann/Harrer, ABGB\*\*2 VII § 1304 Rz 2ff; Reischauer in Rummel, ABGB\*\*2 § 1304 Rz 2ff, jeweils mwN). Die vom Berufungsgericht in der Begründung des Zulässigkeitsausspruches angeführten Entscheidungen (JBl 1989, 451; JBl 1993, 389 [Dullinger]) widersprechen sich in den hier erheblichen Punkten im übrigen nicht. Nach der vom Berufungsgericht ebenfalls in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidung ecolex 1991, 609 [Wilhelm] hat der Geschädigte den Schaden bei weitaus überwiegendem Mitverschulden allein zu tragen. Diese Auffassung steht im Einklang mit der oben wiedergegebenen Lehre. Die übrigen - zutreffenden - Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes zieht der Kläger nicht in Zweifel. Das Berufungsgericht hat insbesondere die Frage richtig gelöst, wie der Schaden aufzuteilen ist, wenn sich herausstellt, daß der Schaden nur zum Teil sowohl auf die mangelhafte Werkleistung des Beklagten als auch auf das sorglose Verhalten des Klägers zurückzuführen ist. In einem solchen Fall kann der Kläger schon dem Grunde nach nur jenen Teil des Schadens ersetzt verlangen, der nicht allein durch das unzureichende Fundament verursacht wurde; nach Paragraph 1304, ABGB ist nur vorzugehen, soweit beide Teile für den Schaden einzustehen haben. Eine Aufteilung nach Quoten setzt voraus, daß die Anteile bestimmbar sind; trifft dies nicht zu, dann hat jeder Teil für den halben Schaden aufzukommen. Ist das Verschulden eines Teiles als sehr geringfügig zu werten, dann hat der andere Teil für den ganzen Schaden aufzukommen (s. Schwimann/Harrer, ABGB\*\*2 römisch VII Paragraph 1304, Rz 2ff; Reischauer in Rummel, ABGB\*\*2 Paragraph 1304, Rz 2ff, jeweils mwN). Die vom Berufungsgericht in der Begründung des Zulässigkeitsausspruches angeführten Entscheidungen (JBl 1989, 451; JBl 1993, 389 [Dullinger]) widersprechen sich in den hier erheblichen Punkten im übrigen nicht. Nach der vom Berufungsgericht ebenfalls in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidung ecolex 1991, 609 [Wilhelm] hat der Geschädigte den Schaden bei weitaus überwiegendem Mitverschulden allein zu tragen. Diese Auffassung steht im Einklang mit der oben wiedergegebenen Lehre.

Dem Rekurs war Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

#### **Anmerkung**

E48172 04A03297

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

ECLI:AT:OGH0002:1997:0040OB00329.97D.1112.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19971112\_OGH0002\_0040OB00329\_97D0000\_000

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