jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 1993/1/12 4Ob501/93

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.01.1993

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kodek, Dr.Niederreiter, Dr.Redl und Dr.Griß als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ekehardt R*****, vertreten durch Dr.Bernhard Prochaska, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Heinrich S*****, vertreten durch Dr.Peter Kaltschmid, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen S 341.376,35 sA (Revisionsinteresse S 239.197,95), infolge außerordentlicher Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 30.Juli 1992, GZ 2 R 173/92-55, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 25.Mai 1992, GZ 13 Cg 334/91-51, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil, welches in seinem bestätigenden Teil als nicht in Beschwerde gezogen unberührt bleibt, wird dahin abgeändert, daß das Ersturteil zur Gänze wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit S

40.341 bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens (darin S 4.723,50 Umsatzsteuer und S 12.000 Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu zahlen.

Text

Entscheidungsgründe:

Der Kläger beschäftigt sich mit der Errichtung von Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsanlagen. Der Beklagte betreibt seit Anfang 1987 ein Fitneß-Studio in I*****. Als er im Jahr 1986 die Errichtung eines solchen Betriebes beabsichtigte, mietete er von Josef K*****ein Gebäude in I*****. Im Herbst 1986 trat er mit dem Kläger zwecks Errichtung einer Sanitär- und Heizungsanlage sowie einer Sicker- und Klärgrube in Verbindung. Der Kläger erstattete daraufhin Kostenvoranschläge. Am 28.10.1986 erteilte der Beklagte dem Kläger schließlich den Auftrag über Werkleistungen in der Gesamthöhe von S 367.401,42. Vereinbarungsgemäß zahlte er dem Kläger bei Arbeitsbeginn S 100.000; der Restbetrag sollte 60 Tage nach Rechnungslegung zu zahlen sein. Im Hinblick auf weitere, vom ursprünglichen Auftrag des Beklagten nicht erfaßte Leistungen legte der Kläger am 31.12.1986 Rechnung über S 445.838,95; für die Befüllung eines Gastanks mit Gasflaschen verrechnete er am selben Tage noch S 2.544.

Um den 20.12.1986 herum übergab der Kläger dem Beklagten die gelieferten und installierten Anlagen. Am 2.2.1987 wurde das Fitneß-Studio des Beklagten eröffnet.

Die Sanitär- und Heizungsanlage war von Anfang an nicht fachgerecht installiert und ist es zum Teil bis heute nicht. So kam es im Jahr 1987 und auch zu Beginn des Jahres 1988 zu umfangreichen Mängelbehebungen, aber auch zu - bis

heute erfolglos gebliebenen - Mängelbehebungsversuchen. Vergleichsgespräche der Streitteile scheiterten. Im Zuge der Mängelbehebung wurde der ursprüngliche Auftrag um den sanitären Anschluß der Küche ergänzt; für die zusätzlichen Leistungen verrechnete der Kläger am 28.12.1987 S 4.385,40.

Schon bald nach der Inbetriebnahme hatte sich herausgestellt, daß man geraume Zeit warten mußte, bis die Duschanlage Warmwasser in ausreichendem Maß spendete. Da zwischen den einzelnen Duschvorgängen des öfteren längere Zeit verstrich, mußte man wiederholt am Tag längere Zeit warten, bis das Wasser in einer erträglichen Wärme kam. Der Kläger versuchte dieses Problem damit zu lösen, daß er am Ende der Hauptwasserleitung eine Zirkulationsleitung anbrachte. Dadurch hatten zwar die Duschen sofort warmes Wasser, aber auch an der Bar kam warmes anstelle von kaltem Wasser. Da für den Barbetrieb kaltes Wasser erforderlich war, verschloß der Kläger in der Folge die Warmwasserleitung an der Bar und verlegte für die Bar eine neue Leitung in der Decke. Diese einvernehmliche Behebung des Mangels an Kaltwasser bei der Bar war insofern erfolgreich, als nun dort tatsächlich warmes und kaltes Wasser in ausreichendem Maß zur Verfügung standen. Gleichzeitig kam es jedoch zu einem "Rattern" bei der Barspüle, welches sich in Form maschinengewehrartiger Schlaggeräusche äußerte; zudem mußte man wiederum bei den Duschanlagen längere Zeit auf Warmwasser warten. Auch heute ist es noch so, daß man bei der ersten Benützung - oder nach längeren Duschpausen - eine Minute auf lauwarmes und eineinhalb Minuten auf warmes Wasser warten muß; bei nachfolgenden Duschvorgängen verringert sich die Wartezeit auf etwa eine halbe Minute. Diese Wartezeiten sind auf eine fehlende Zirkulationsleitung bzw eine unwirksame elektrische Begleitheizung zurückzuführen. Wartezeiten von etwa einer halben Minute sind auch bei häufigerem Gebrauch einer Dusche nicht ungewöhnlich. Gleiches gilt für geringfügig längere Wartezeiten bei erstmaligem Gebrauch einer Dusche oder nach längeren Duschpausen. In den zuletzt genannten Fällen werden die als normal angesehenen Zeiträume bei den Duschen des Beklagten nur geringfügig überschritten, wobei dieser Umstand auch Vorteile mit sich bringt. Der Beklagte hatte die Wahl, entweder eine längere Wartezeit in Kauf zu nehmen und das abgekühlte Wasser ungenützt verrinnen zu lassen, oder eine isolierte Zirkulationsleitung mit einem Kostenaufwand von S 8.000 verlegen zu lassen, welche eine sofortige Spendung von Warmwasser ermöglicht, dafür aber einen gewissen Energieverbrauch mit sich bringt. Tatsächlich hat der Beklagte weder bei Auftragserteilung noch in der Folge die Komforteinbuße infolge der nicht sofortigen Verfügbarkeit von Warmwasser in Kauf genommen.

Die ursprünglich vorhandenen Gebrechen der ungenügenden Versorgung der Barspüle mit Kaltwasser und des Auftretens von Wärmeverlusten infolge des Führens einer Zirkulationsleitung durch den Dachraum wurden durch eine gesonderte Wasserzuleitung aus isoliertem Kupferrohr beseitigt.

Das schon erwähnte "Rattern" bei der Barspüle ist auf die hydraulische Konstruktion der Küchenspültischbatterie sowie auf den geräuschverstärkenden Effekt der zwar mit Dämmrohrschellen befestigten, sonst aber frei hinter einer Holzverkleidung verlegten Kupferrohrleitungen zurückzuführen. Die maschinengewehrartigen Geräusche treten nur bei sehr raschem Schließen der Armaturenhandgriffe auf. Daß der Kläger einen derartigen Batterieaustausch bereits vornehmen wollte, dies aber auf Grund einer Weigerung des Beklagten nicht möglich war, steht nicht fest.

Ursprünglich war zwischen den Parteien die Installation nur einer Schwallbrause vereinbart; in der Folge wurden aber zwei weitere Schwallbrausen installiert. Unter Berücksichtigung der ursprünglichen Hauptauslaufstellen, nämlich der vier Duschen, der zwei Waschbecken und einer Schwallbrause, wäre bei gleichzeitiger Benützung dieser Ausläufe eine maximale Durchflußleistung von 172 l/min anzunehmen gewesen. Die Ein-Zoll-Zulieferrohrleitung, mit deren Installierung der Kläger nicht befaßt war, liefert jedoch nur 88,2 l/min. Die Dimensionierung von einem Zoll reicht daher zwar für den reinen Waschbetrieb; bei gleichzeitiger Benützung auch nur einer Schwallbrause ist sie jedoch zu gering bemessen. Unter Zugrundelegung der üblichen Badegepflogenheiten, wonach die Laufzeit einer Sauna-Schwallbrause je Person nicht länger als 15 Sekunden beträgt, ist das Verhältnis zwischen der Dimensionierung der Zuleitung und der Anzahl der Ausläfe gerade noch akzeptabel; bei gleichzeitigem Einschalten aller drei Schwallbrausen ist aber der Brausebetrieb keinesfalls aufrecht zu erhalten. Dem Kläger war die Dimensionierung der Zuleitungen bekannt; er hat es jedoch unterlassen, den Beklagten darauf hinzuweisen, daß bei der Installierung von drei Schwallbrausen eine ausreichende Versorgung mit Wasser nicht möglich ist. Auf Wunsch des Beklagten hat der Kläger die zwei zusätzlichen Schwallbrausen angebracht.

Acht Exzenteranschlüsse wurden mit lediglich zwei bis drei Gewindegängen in die Wandanschlußmuffe eingeschraubt; sie weisen einen "schiefen Schnitt" am Gewindestutzen auf. Diese Art der Batteriemontage wird in der Praxis dann angewendet, wenn - bedingt durch die Vormontage - später ein Maßausgleich durch eine Rohrverlängerung

vorgenommen werden muß. Da das kürzeste Modell solcher Verlängerungen nur einen Zentimeter mißt und nur etwa drei Gewindegänge hat, ist ein tieferes Einschrauben nicht möglich. Ein solcher Behelfsanschluß erfordert aber exakt und gerade abgeschnittene Anschlußteile, weil sonst die Gewindegänge nicht genügend "greifen". Durch dieses ungenügende "Greifen" besteht die Gefahr eines allfälligen Schadenseintrittes. Sowohl 1988 als auch 1989 kam es tatsächlich jeweils zum Bruch eines Exzenters bei einer Brausebatterie, wobei die Exzenterstücke selbst nicht abgebrochen waren. Verursacht worden war der Bruch jeweils durch "händisches Reißen an der Batterie".

Ursprünglich hatte auch die spülungsauslösende Annäherungselektronik im Pissoir wegen eines elektrischen Defektes nicht funktioniert; dieser Schaden wurde inzwischen von einem Elektriker behoben.

Über die Art der Beheizung des Objektes, insbesondere darüber, ob eine Gas- oder eine Ölfeuerungsanlage eingebaut werden sollte, gab es zahlreiche Gespräche zwischen den Parteien. Der Beklagte entschloß sich letztlich dazu, eine Gasheizungsanlage durch den Kläger installieren zu lassen. Die Heizkesselanlage ist mit einer Hydrotherm-UKS-Universal-Kesselsteuerung ausgestattet, welche die Wassertemperatur im Heizkessel in Abhängigkeit von der Außentemperatur regelt. Die Heizkreise für Lufterhitzer und Radiatoren sind hydraulisch nicht getrennt; eine unterschiedliche Temperaturregelung kann daher nur mangelhaft erfolgen. Dabei handelt es sich bloß um einen Mangel an Regelkomfort, welcher preislich angemessen ist. Durch die untereinander abgestimmte Auslegung der Heizkörper und Lufterhitzer samt Zentralregelung kann der Wärmebedarf aller Räume bei gleichzeitiger und relativ gleichmäßiger Beheizung gedeckt werden. Eine individuelle Raumtemperaturregulierung läßt sich - bei der jetzigen Installationsausstattung - sowohl an den jeweiligen Heizkörperventilen, als auch an den Stufenschaltern der Lufterhitzer händisch vornehmen. Einen darüber hinausgehenden Regelungskomfort hatte der Beklagte bei Erteilung des Auftrages und auch während der Errichtung der Anlage nicht verlangt. Der Beklagte hatte auch nicht bedacht, daß die Installierung von Lufterhitzern zur Folge haben würde, daß stark schwitzende Personen im Fitneß-Raum durch diese nachteilig beeinträchtigt werden könnten. Vielmehr war der Beklagte mit dem Einbau von Lufterhitzern einverstanden und beanstandete diese erst, als sich nach der Betriebseröffnung des Fitneß-Studios zeigte, daß die Gäste das Gebläse als nachteilig empfanden. Zur Erhitzung des Raumes an und für sich sind die Lufterhitzer durchaus geeignet.

Bei der Heizungsanlage kommt es seit etwa Dezember 1988 zu einem Druckabfall. Bei einem Prüfdruck von 5 bar findet innerhalb einer Stunde ein Druckabfall von ungefähr 0,5 bar statt. Demgegenüber steigt im Heizkesselkreis, welcher vom Rohrnetz durch offensichtlich nicht völlig dichte Kugelventile abgesperrt ist, der Wasserdruck um ca 0,25 bar. Insgesamt verbleibt sohin ein Druckverlust von 0,25 bar, der einem Wasserverlust von 0,52 l/Tag und damit von 3,64 l je Woche entspricht. Daß der Druck- und Wasserverlust auf eine undichte Stelle im Rohrnetz zurückzuführen wäre, steht nicht fest; er kann auch auf das Ein- und Ausschalten der Heizungsanlage, auf undichte Ventile oder Stopfbüchsen bei den Ventilen oder überhaupt auf die Entlüftungstätigkeit zurückzuführen sein. Durch die Beigabe eines chemischen Selbstdichtungsmittels zum Heizungswasser mit einem Kostenaufwand von rund S 2.500 (ohne Mehrwertsteuer) könnte der Druckverlust, sofern er auf eine Korrosion des Rohrleitungsnetzes zurückzuführen ist, behoben werden. Daß diese Behebung S 90.000 kostete, steht nicht fest. Der Austritt von 3,64 Litern Wasser ist im Vergleich zu den anderen vorhandenen Durchfeuchtungsquellen des Objektes - nämlich eintretendem Hangwasser und Auswirkungen der Erdfeuchtigkeit - eine unbedeutende Größe. Im Bereich der Damen- und der Herrenduschen sind keine Bodenabläufe vorhanden. Der unmittelbar an die Duschen grenzende verflieste Garderobenboden weist kein Gefälle zu den Duschen hin auf, so daß sich allfällig austretendes Spritzwasser auch zum Garderobenboden hin ausbreitet. Die "Naßeinheiten" sind baulich nicht exakt von den Garderoberäumen abgegrenzt; der Teppichboden in der Garderobe reicht bis an den kurzen Fliesenrand vor den Duschen. Der Badebetrieb spielt sich so ab, daß die Badenden im nassen Zustand den ganzen Garderoberaum durchqueren und sich erst vor ihrer Kleiderablage abtrocknen. Das hievon herrührende Tropfwasser rinnt nicht bei Bodengefälle und schon gar nicht bei Teppichbodenbelag ab. Eine Verbesserung der Situation wäre nur durch eine Änderung der Baulichkeit möglich. Ein konzentrierter Wasserabfluß in einem Gully ist bei den gegegebenen - schon bei Beginn der Arbeiten des Klägers vorhandenen - Baulichkeiten nicht möglich. Die Ursache für diesen Mißstand beruht auf einer fehlenden Baukoordination durch einen Architekten oder Bauleiter und liegt nicht beim Kläger. Der Beklagte versuchte den Mißstand dadurch zu beheben, daß er Löcher in den Fugen des Fliesenbodens anbrachte, wodurch das Wasser ablaufen sollte. Ob diese Idee vom Beklagten oder vom Kläger stammt, steht nicht fest.

Die Isolierung der vom Kläger verlegten Rohre wurde nur unvollständig ausgeführt; insgesamt fehlen rund 21 lfm Rohrisolierung bei Heizleitungen, 3 lfm bei einer Warmwasserleitung und 8 lfm bei einer Kaltwasserleitung. Eine Einschränkung der Isolierung auf nur gewisse Rohrleitungsabschnitte war aber nicht vorgesehen.

Schließlich wurden etwa 5 lfm Sicherheitsventil-Überlaufleitung samt Trichter und Ablaufanschluß nicht installiert. Das fehlende Sicherheitsventil dient dazu, im Fall eines auftretenden Überdrucks in der Zentralheizungsanlage oder im Heizkessel eine ordnungsgemäße Abführung des heißen Wassers zu gewährleisten; andernfalls - wie hier - könnten Personen durch austretenden Dampf oder Heißwasser gefährdert werden. Aus Sicherheitsgründen ist die Installierung der genannten 5 lfm Sicherheitsventil-Überlaufleitung erforderlich; ihr Vorhandensein gehört zum technischen Standard einer Heizanlage. Im Anbot des Klägers war diese Sicherheitsmaßnahme nicht enthalten und daher auch nicht Gegenstand einer Vereinbarung zwischen den Streitteilen. Die einzelnen aufgezählten Mängel können durch folgende Maßnahmen beseitigt werden:

Die Zeit des Wartens auf warmes Wasser bei den Duschen kann durch die Verlegung einer isolierten Zirkulationsleitung im Dachbodenbereich des Gebäudes verkürzt werden; dafür sind rund S 8.000 zuzüglich Mehrwertsteuer aufzuwenden.

Die maschinengewehrartigen Geräusche bei der Barspüle können nur durch einen kompletten Batterietausch mit einem Kostenaufwand von insgesamt S 4.800 zuzüglich Umsatzsteuer beseitigt werden.

Die Wassersituation bei den Brausen kann durch den Austausch eines Wasserzählers und die Änderung des Rückschlagventils verbessert werden, wobei diese Arbeiten von der Gemeinde I***** kostenlos durchgeführt würden. Die begleitenden Materialkosten belaufen sich auf rund S 500 ohne Umsatzsteuer. Als Alternative verbleibt auch die Demontage und Rücknahme der zwei überzähligen Schwallbrausen durch den Kläger.

Die Schadensgeneigtheit der Anlage infolge unsachgemäßer Anbringung von acht Exzentern kann nur durch den Austausch der acht handwerklich mangelhaft verarbeiteten Exzenter beseitigt werden; die Kosten dafür betragen insgesamt rund S 1.092 ohne Umsatzsteuer.

Die Kosten für die restliche Isolierung belaufen sich auf etwa S

1.500 für Isoliermaterial und ebensoviel für Montage und Transport; insgesamt beträgt der erforderliche Aufwand somit rund S 3.000 zuzüglich Umsatzsteuer.

Der Aufwand für die Installierung der 5 lfm Sicherheitsventil-Überlaufleitung beträgt insgesamt - ohne Mehrwertsteuer - rund S 2.000.

Die Behebung der heute noch vorhandenen Mängel würde demnach netto zusammen S 19.392 ausmachen.

Der Kläger hat all diese Mängel bis zum Schluß der Verhandlung erster Instanz nicht behoben. Der Beklagte verlangte wiederholt die Verbesserung und hat auch heute noch ein Interesse an der sachgemäßen Fertigstellung der Anlage. Er hat allfällige Behebungsversuche weder be- noch verhindert; was das maschinengewehrartige Geräusch angeht, kann eine Weigerung des Beklagten, den Austausch der Batterie vorzunehmen, nicht festgestellt werden. Insgesamt war der Beklagte bestrebt, die Anlage möglichst kostengünstig herstellen zu lassen; die aufgezählten Mängel bedeuten freilich kein erhebliches Hindernis für einen regulären Betrieb des Trainingsstudios.

Im Frühjahr 1988 versuchte der Kläger, das erwähnte maschinengewehrartige Geräusch zu beheben. Da er dabei einen Kompensator falsch einbaute, kam es in der Folge zu dessen Bruch, der dazu führte, daß Wasser in erheblichem Ausmaß austrat und die Einrichtung, der Teppichboden und die Holzverkleidung beschädigt wurden. Den Schaden an Sachgegenständen in der Höhe von S 358.735 zahlte der Leitungswasserschadensversicherer des Beklagten, welcher dann beim Haftpflichtversicherer des Klägers Rückgriff nahm. Aus dem Titel des Verdienstentganges zahlte die Haftpflichtversicherung des Klägers dem Beklagten S 123.400.

Der Kläger begehrte zuletzt - nach einer Einschränkung im Hinblick auf die festgestellten Mängel - S 341.376,35 sA als offenen Werklohn. Die Mängel seien so unerheblich, daß sie kein oder doch ohne nur eine unbedeutende Minderung des Werkes bewirkten. Die Zurückbehaltung des gesamten Werklohns sei schikanös, weil das allfällige Deckungskapital in einem krassen Mißverhältnis zum offenen Werklohn stehe.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Das Werk des Klägers weise Mängel auf. Er verlange Verbesserung dieser Mängel durch den Kläger. Um sich dem Vorwurf eines Mißverhältnisses zwischen dem

zurückbehaltenen Werklohn und dem zur Mängelbehebung erforderlichen Aufwand zu entziehen, habe er am 16.3.1992 (am Tag vor dem Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Erstgericht) weitere S 100.000 gezahlt. Überdies mache er eine Gegenforderung von S 500 geltend.

Nach Schluß der Verhandlung erster Instanz gemäß § 193 Abs 3 ZPO teilte der Kläger mit, daß er am 20.3.1992 S 100.000 vom Beklagten erhalten habe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es legte seiner Entscheidung noch die Annahme zugrunde, daß der Beklagte am 16.3.1992 eine (weitere) Zahlung von S 100.000 geleistet hatte. Zwischen den Streitteilen bestehe ein Werkvertrag. Die Wartezeit auf Warmwasser bei den Duschen bedeute keinen wesentlichen Mangel, verhindere doch eine kurzfristige Verzögerung bei der Spendung von Warmwasser nicht den ordentlichen Gebrauch. Es liege demnach ein unerheblicher, also ganz unwesentlicher Mangel vor, den kein vernünftiger Mensch als Nachteil empfindet; der Mangel rechtfertige weder eine Entgeltminderung noch einen Anspruch auf Verbesserung. Infolge des mangelnden Wasserdrucks stehe dem Beklagten eine Schadenersatzforderung von S 500 zu, welche jedoch mangels Fälligkeit der eingeklagten Forderung nicht zum Tragen komme. Das Werk des Klägers weise aber die festgestellten Mängel - maschinengewehrartiges Geräusch; Schadensgeneigtheit der Anlage infolge unsachgemäßer Anbringung von acht Exzentern; fehlende Rohrisolierung und fehlende Überlaufleitung - auf, deren Behebung S 10.892 zuzüglich Mehrwertsteuer erfordere. Daß der Beklagte eine Verbesserung dieser Mängel abgelehnt hätte, sei von dem hiefür beweispflichtigen Kläger nicht nachgewiesen worden. Auszugehen sei daher davon, daß die geltend gemachten Verbesserungsansprüche des Beklagten zu Recht bestünden und der Kläger den Werkvertrag nicht gehörig erfüllt habe. Der Beklagte sei demnach berechtigt, die ganze Gegenleistung bis zur Verbesserung des mangelhaften Werkes durch den Kläger zu verweigern, obwohl er das mangelhafte Werk als Erfüllung angenommen hat. Ein krasses Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Parteiinteressen liege nach der weiteren Zahlung des Beklagten von S 100.000 nicht vor. Das Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten solle dazu dienen, den Unternehmer - hier also den Kläger - zu einer vollständigen Errichtung des Werkes zu bewegen. Auch wenn die Gesamtbehebungskosten im Hinblick auf das zurückbehaltene Entgelt nur 5,2 % ausmachten, lägen doch einige Mängel vor, deren Behebung schon im Interesse der Sicherheit (fehlende Überlaufleitung) und der Schadensverhütung (Schadensgeneigtheit der Anlage wegen unsachgemäßer Anbringung von acht Exzentern), aber auch im Interesse des Energiesparens (Rohrisolierung) wichtig sei und zudem besondere Fachkenntnisse sowie ein besonderes Vertrauensverhältnis erfordere. Dazu komme, daß der Beklagte von Anfang an die Mängel ständig gerügt und somit sein intensives Interesse an der Verbesserung des Werkes bekundet habe, der Kläger aber trotz wiederholter Aufforderung zur Verbesserung geradezu provokant untätig gewesen sei. Soweit der Kläger darauf hinweist, er müsse seit mittlerweile fünf Jahren auf die Zahlung des Werklohns warten, sei ihm entgegenzuhalten, daß der Beklagte seit der gleichen Zeit auf eine fachgerechte Vollendung des Werkes zu warten hatte. Aus diesem Grunde sei das Klagebegehren infolge mangelnder Fälligkeit des eingeklagten Werklohns abzuweisen; damit erübrige sich ein Eingehen auf die eingewendete Gegenforderung .

Das Berufungsgericht änderte das Ersturteil, welches insoweit unbekämpft geblieben war, als der Teilbetrag von S 100.000 abgewiesen wurde, teilweise, und zwar dahin ab, daß es die eingeklagte Forderung mit S 239.197,95 als zu Recht und den weiteren Klageteilbetrag von S 102.178,40 ebenso wie die Gegenforderung von S 500 als nicht zu Recht bestehend erkannte und den Beklagten demnach unter Abweisung des Mehrbegehrens zur Zahlung von S 239.197,95 sA verurteilte. Da das Erstgericht zur Frage der Zahlung von weiteren S 100.000 keine Ausführungen gemacht hatte, nahm das Berufungsgericht dazu eine Beweisergänzung vor und traf danach folgende Feststellungen:

Der Betrag von S 100.000 wurde vom Beklagten über die Österreichische Postsparkasse entweder durch Bareinzahlung oder Überweisung gezahlt, allerdings nicht unmittelbar auf ein Postscheckkonto des Klägers. Die Überweisung wurde nämlich über die Raiffeisen-Zentralkasse Tirol, ***** durchgeführt, und zwar auf das Konto 6608863 mit dem Kontoinhaber "Fa. R*****". Inhaber dieses Kontos ist die E.R*****InstallationsgesmbH in K*****. Auf diesem Konto langte der Betrag am 18.3.1992 ein. Von dort wurde er auf das Konto 500-03419-2 des Klägers bei der Spar- und Vorschußkasse Landeck überwiesen, wo er am 24.3.1992 gutgebracht wurde.

Rechtlich meinte das Berufungsgericht, daß der für die Beurteilung maßgebliche Zeitpunkt jener des Schlusses der Verhandlung erster Instanz, also der 17.3.1992, sei. Die Überweisung vom 16.3.1992 habe erst am 24.3.1992, also nach dem Schluß der Verhandlung erster Instanz, Zahlungswirkung erlangt. Diese Zahlung könne daher bei der rechtlichen Beurteilung nicht berücksichtigt werden. Im Vergleich zum Gesamtentgelt und zu dem am 17.3.1992 noch offenen Entgelt seien die Mängelbehebungskosten sehr gering. Bedenke man zudem, daß die Mängelbehebungen 1987 und zu

Beginn des Jahres 1988 stattfanden, bis zum Schluß der Verhandlung erster Instanz im ersten Rechtsgang also mehr als drei Jahre vergangen waren, und daß überdies die angeführten Mängel von ihrer Art her nicht besonders ins Gewicht fallen, so komme man zu dem Ergebnis, daß der Beklagte schikanös handle, weil die Mängel in einem krassen Mißverhältnis zum aushaftenden Werklohn stünden. Damit bestehe kein Zurückbehaltungsrecht des Beklagten an dem - allerdings wegen der vorliegenden Mängel geminderten - Werklohn. Zur Berechnung des Minderungsbetrages wäre an sich auf die relative Berechnungsmethode zu verweisen; im Hinblick auf die erheblichen Kosten einer ergänzenden Begutachtung werde aber der Minderungsbetrag nach § 273 Abs 1 ZPO in der Höhe der Behebungskosten festgelegt. Damit ergebe sich als berechtigtes Restentgelt des Klägers S 339.197,95 (Rechnungsbeträge von S 452.768,35 abzüglich Minderungsbetrag von brutto S 13.070,40, vom Kläger selbst berücksichtigter Schadenersatz von S 500 und die Zahlung vom 1.12.1986 von S 100.000). Da der Kläger die Abweisung von S 100.000 nicht bekämpft habe, sei das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß dem Kläger ein Teilbetrag von S 239.197,95 sA zugesprochen wird. Die Gegenforderung von S 500 bestehe nicht zu Recht, weil sie der Kläger bei seiner Einschränkung ohnehin berücksichtigt habe.

Gegen dieses Urteil wendet sich die außerordentliche Revision des Beklagten wegen Nichtigkeit, Aktenwidrigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß das Ersturteil wiederhergestellt wird; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt

Der Kläger beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision ist zulässig, weil das Berufungsgericht bei Lösung einer prozessualen Frage von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abgewichen ist; sie ist auch berechtigt.

Der Beklagte wendet sich - jedenfalls im Ergebnis zu Recht - gegen die mangelnde Berücksichtigung seiner Zahlung vom März 1992 in der Höhe von S 100.000:

Das Berufungsgericht hat zur Klärung der seines Erachtens noch ungeklärten Frage, mit welchem Tag die vom Beklagten knapp vor Schluß der mündlichen Verhandlung erster Instanz behauptete Zahlung wirksam geworden ist, das Beweisverfahren - durch Einsichtnahme in Urkunden - ergänzt (§ 496 Abs 3 ZPO). Hebt das Berufungsgericht ein Ersturteil unter Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht auf, dann tritt das Verfahren wieder in den prozessualen Stand vor Schluß der mündlichen Verhandlung zurück; ergänzt aber das Berufungsgericht "die in erster Instanz gepflogene Verhandlung" selbst, dann muß dafür - auch wenn im Sinne der herrschenden Übung ein ausdrücklicher Aufhebungsbeschluß unterblieben ist (vgl Fasching IV 215) - das gleiche gelten. Die Parteien können nun, ohne dem Neuerungsverbot des § 482 ZPO unterworfen zu sein, zu dem von der Ergänzung betroffenen Verhandlungsgegenstand neue Behauptungen und Beweismittel vorbringen. Auch in diesem Fall ist das Verfahren in das Stadium vor Schluß der Verhandlung erster Instanz zurückgetreten; die Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist damit eine Verhandlung erster Instanz und keine mündliche Berufungsverhandlung im Sinne und mit der Aufgabe der §§ 486 ff ZPO (Fasching IV aaO 214 und LB2 Rz 1820; SZ 59/134 mwN; RZ 1989/106). Der für die rechtliche Beurteilung maßgebende Zeitpunkt (§ 406 ZPO) ist daher in diesem Fall der Schluß der zum Zweck der Mängelbehebung in zweiter Instanz durchgeführten ergänzenden Verhandlung, im hier vorliegenden Falle also der 30.7.1992. Die (weitere) Zahlung des Beklagten ist daher sehr wohl zu berücksichtigen.

Nach ständiger, von der überwiegenden Lehre gebilligter Rechtsprechung ist der Besteller, selbst wenn er das mangelhafte Werk als Erfüllung angenommen hat, berechtigt, die gesamte Gegenleistung bis zur Verbesserung des mangelhaften Werkes durch den Unternehmer zu verweigern (SZ 56/59; SZ 56/106; EvBl 1987/49, wo die gegenteilige Auffassung Koziols, "Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechtes bei nicht gehöriger Erfüllung", ÖJZ 1985, 737 ff, ausdrücklich abgelehnt wurde; JBl 1990, 248 uva; Krejci in Rummel, ABGB2, Rz 7 zu § 1170; Aicher in Rummel, ABGB2, Rz 1 zu § 1052; Wilhelm in WBl 1987, 34 ua). Seine Grenze findet dieses Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers freilich dort, wo ihm schikanöse Rechtsausübung zugrunde liegt (SZ 56/59; SZ 56/106; EvBl 1987/49; JBl 1990, 248; Aicher aaO; Krejci aaO, Wilhelm aaO). Kein Leistungsverweigerungsrecht hat der Besteller demnach bei ganz unerheblichen Mängeln (SZ 52/23; EvBl 1979/198; Krejci aaO). Wie schon das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, ist eben der Werklohn mangels vollständiger Erfüllung des Werkvertrages noch nicht fällig (§ 1170 ABGB); nur damit kann

erreicht werden, daß der Unternehmer die Verbesserung tatsächlich durchführt oder durchführen läßt und der Besteller davor bewahrt wird, selbst durch Abschlüsse von Verträgen mit anderen Unternehmen die Verbesserung durchzuführen (EvBl 1987/49 uva).

Nach neuerer Rechtsprechung - welche sich auf Lehrmeinungen Koziols (aaO 741; derselbe, Österreichisches Haftpflichtrecht2 II 99) und Bydlinskis (Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 497 FN 244) stützt - liegt Schikane nicht nur - wie der Oberste Gerichtshof vorher in ständiger Rechtsprechung ausgesprochen hatte (SZ 51/115; SZ 56/46 uva) - dann vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen Grund der Rechtsausübung bildet - also demjenigen, der sein Recht ausübt, jedes andere Interesse abgesprochen werden muß als eben das Interesse, dem anderen Schaden zuzufügen -, sondern auch dann, wenn zwischen den vom Handelnden verfolgten eigenen Interessen und den beeinträchtigten Interessen des anderen ein ganz krasses Mißverhältnis besteht (siehe EvBl 1987/49; JBl 1990, 248 mit zustimmender Anmerkung von Rebhahn). Ein solches krasses Mißverhältnis hat der Oberste Gerichtshof in JBl 1990, 248 für einen Fall bejaht, wo der Werkunternehmer nur Mängel zu vertreten hatte, die vom Werkbesteller lange Zeit (14 Monate) gar nicht gerügt worden waren, deren Behebung keine besonderen Fachkenntnisse und kein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den beiden zur Voraussetzung hatte und die nur einen unbedeutenden Verbesserungsaufwand (dort S 500 bei einem zurückbehaltenen Betrag von S 100.000) erfordert hatten. Dieser Sachverhalt kann jedoch, wie schon das Erstgericht zutreffend ausgeführt hat, mit dem hier zu beurteilenden nicht verglichen werden:

Der Beklagte hat von Anfang an die noch heute bestehenden Mängel beanstandet. Die Verbesserung auch nur der von den Vorinstanzen als erheblich angesehenen Mängel erfordert bereits einen Aufwand von etwas mehr als S 13.000, also von mehr als 5 % des noch offenen Werklohns. Diese Mängel können in ihrer Bedeutung auch nicht als geringfügig abgetan werden. Der mangelnde Wasserdruck bei den Brausen muß von den Duschenden als Nachteil empfunden werden. Die Anfälligkeit der Anlagen für Schäden wegen der unsachgemäßen Anbringung von Exzentern ist dem Beklagten unzumutbar. Er muß sich auch nicht damit abfinden, daß das Benützen des Wasserhahns bei der Bar ein maschinengewehrartiges Geräusch auslösen kann. Ebenso hat er Anspruch auf vollständige Rohrisolierung und die Überlaufleitung. Einen anderen Unternehmer mit der Verbesserung zu beauftragen, ist erfahrungsgemäß nicht immer leicht und kann zu einem höheren Kostenaufwand führen. Der Kläger ist aber - wie nicht zuletzt die Einschränkung seines Klagebegehrens um die festgestellten Verbesserungskosten - zeigt, nicht gewillt, selbst die Verbesserung vorzunehmen. Gerade in diesem Fall ist daher offenbar die Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes durch den Beklagten das einzig mögliche Druckmittel, den Kläger zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes zu bringen. Geht man von den Feststellungen der Vorinstanzen aus, dann kann dem Beklagten - entgegen den Ausführungen des Klägers in der Revisionsbeantwortung - nicht der Vorwurf gemacht werden, er habe den Kläger nur hingehalten, durch seine Zahlungsverweigerung einen Zivilprozeß provoziert und dann jahrelang hinausgezögert; vielmehr hat er das ihm zustehende Recht der (ohnehin nur teilweisen) Leistungsverweigerung ausgeübt.

Da schon aus diesen Gründen die Sache spruchreif ist, bedarf die Frage der verzögerten Warmwasserzufuhr bei den Duschen keiner Untersuchung. Dem Beklagten ist zwar darin beizupflichten, daß die überdurchschnittlich lange Wartezeit entgegen der Meinung der Vorinstanzen sehr wohl einen erheblichen Mangel bedeutet, ist es doch für die Benützer der Duschen bisweilen sehr unangenehm, 1 1/2 Minuten auf warmes Wasser warten zu müssen; auch der damit verbundene Wasserverlust fällt ins Gewicht. Nach den insoweit undeutlichen und widersprüchlichen Feststellungen des Ersturteils könnte aber noch nicht verläßlich beurteilt werden, ob nicht der Beklagte, um Kosten zu sparen, diesen Nachteil in Kauf genommen hat.

Das Ersturteil war sohin in Stattgebung der Revision wiederherzustellen.

Der Ausspruch über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E30843

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1993:0040OB00501.93.0112.000

Dokumentnummer

JJT_19930112_OGH0002_0040OB00501_9300000_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