

TE OGH 1990/3/14 20b597/89

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.03.1990

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Vogel, Dr. Melber, Dr. Kropfitsch und Dr. Zehetner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Wolfgang S***, Versicherungsmakler, Purnhofweg 57, 6020 Innsbruck-Arzl, vertreten durch Dr. Hanns Forcher-Mayr, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei Rudolf K***, Pflasterer,

6167 Neustift-Milders 791, vertreten durch Dr. Paul Flach, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen S 134.400,-- s.A.

(Revisionsstreichwert S 117.600,--), infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 11. April 1989, GZ. 1 R 32/89-29, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 18. Oktober 1988, GZ. 8 Cg 206/87-23, 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 5.142,60 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin Umsatzsteuer von S 857,10, keine Barauslagen) binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

Text

Entscheidungsgründe:

Mit seiner am 11. Mai 1987 beim Erstgericht eingebrachten Klage stellte der Kläger das Begehren, den Beklagten schuldig zu erkennen, den Betrag von S 35.520,-- s.A. zu bezahlen und festzustellen, "daß der Beklagte dem Kläger für alle künftigen Schäden (Mängel) aus der nicht fachgerechten mängelfreien Ausführung des Auftrages über die Verlegung aus Kleinwürfelpflaster aus Granit und Porphyrwürfeln mit eingelegten Ornamenten im Mai 1984 im Bereich der Zufahrt zum Wohnhaus Purnhofweg 57 in Innsbruck-Arzl haftet". Der Kläger begründete dieses Begehren im wesentlichen damit, daß er dem Beklagten den Auftrag erteilt habe, im Bereich der Zufahrt zum Haus Innsbruck-Arzl, Purnhofweg 57, ein Kleinwürfelpflaster aus Granit- und Porphyrwürfeln mit eingelegten Ornamenten zu verlegen. Der Beklagte habe die Verlegearbeiten Ende Mai 1984 durchgeführt, jedoch nicht fachgerecht. Noch im Jahr 1984 hätten sich die ersten Mängel gezeigt, was sofort beim Beklagten beanstandet worden sei. Der Kläger habe die fachgerechte Behebung der Mängel verlangt und den Beklagten darauf hingewiesen, daß zu trocken verlegt und wahrscheinlich der Beton nicht richtig und fachgerecht eingeschlämmt worden sei. Er habe beim Beklagten die Sanierung aller "Nester" gefordert. Der Beklagte habe die Mängel anerkannt und Verbesserung zugesagt. Statt dessen habe er ohne Wissen und Zustimmung des Klägers in einer "Husch-Pfusch-Aktion" mit Beton-Sinter versucht, die Nester zu sanieren. Dieser Versuch einer Sanierung sei jedoch ungeeignet gewesen und habe zu weiteren Schäden geführt. Insbesondere sei es dadurch zu störenden Farbunterschieden in den Fugen gekommen. An zahlreichen weiteren Stellen seien starke

Ausbröckelungen des Fugenmörtels zu erkennen. Die Mängel seien behebbar. Zu einer fachgerechten Behebung der Mängel sei es notwendig, die Nester zu entfernen und neu zu verlegen, wofür Sanierungskosten im Betrag von zumindest S 35.520,-- anzunehmen seien, die sich aber durch derzeit nicht abschätzbare höhere Materialkosten noch erhöhen würden. Der Beklagte weigere sich, die Verbesserung durchzuführen. Der Kläger könne daher das notwendige Deckungskapital einklagen.

Da sich das notwendige Deckungskapital nicht präzise feststellen lasse, habe der Kläger ein rechtliches Interesse an der Fixierung der Haftung des Beklagten für die Folgen der unfachgemäßen Ausführung des von ihm übernommenen Auftrages.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 9. August 1988 (ON 22 S 116) brachte der Kläger vor, daß zur Behebung der vorhandenen Mängel und zur Fertigstellung des Auftrages ein Aufwand von S 134.400,-- erforderlich sei; er änderte sein bisheriges Klagebegehrten auf Zahlung eines Betrages von S 134.400,-- s. A. ab.

Der Beklagte wendete im wesentlichen ein, daß sich nach Fertigstellung der Arbeiten im Mai 1984 auf der Pflasterung ein leichter Betonschimmer gezeigt habe. Sie sei deshalb im Frühjahr 1985 vom Beklagten gereinigt worden. Nach Durchführung dieser Reinigungsarbeiten habe sich der Kläger mit dem Arbeitserfolg zufrieden gezeigt und die Arbeiten unbeanstandet abgenommen. Er habe auch den vorerst zurückbehaltenen Deckungsrücklaß von S 4.152,-- nunmehr gezahlt. Erst ein Jahr später, nämlich im Juni 1986, habe der Kläger den Bruch einiger Fugen beanstandet. Diese Schäden seien vornehmlich im Bereich der zur Garage führenden Fahrspur des PKW des Klägers aufgetreten. Entgegen den Anweisungen des Beklagten habe der Kläger das Kleinwürfelpflaster zu früh befahren, weshalb sich einige Steine in den Fugen geringfügig gelockert hätten. Obwohl diese Schäden durch die unsachgemäße Vorgangsweise des Klägers entstanden seien, seien sie vom Beklagten aus Entgegenkommen behoben worden. Erst mit Schreiben des Klagsvertreters vom 23. Juni 1986 seien plötzlich die gesamten Arbeiten des Beklagten pauschal beanstandet worden. Im September 1986 anlässlich einer Besichtigung an Ort und Stelle habe der Kläger Farbunterschiede und teilweise auftretende Ausbröckelungen des Fugenmörtels beanstandet. Da der Kläger keinen Verbesserungsversuch des Beklagten gewünscht habe, habe Ing. P*** als Sachverständiger in seinem Gutachten einen Kostenvoranschlag für die Schadensbehebung erstellt. Auf dieser Grundlage hätte die Auseinandersetzung bereinigt werden sollen. Es sei vereinbart worden, daß die vom Kläger aufgezeigten Schäden von dritter Seite zu beheben seien. An Sanierungskosten sei von Ing. P*** ein Betrag von S 7.200,-- einschließlich Umsatzsteuer errechnet worden. Ohne die Mangelhaftigkeit der seinerzeitigen Arbeiten einzugehen, sei der Beklagte mit dieser Regelung einverstanden gewesen. Er sei auch bereit, den Betrag von S 7.200,-- zu bezahlen, habe jedoch bisher keine buchungsfähige Rechnung erhalten. Der Beklagte stehe zur Vereinbarung vom September 1986, sei jedoch nicht bereit, weitere Arbeiten für den Kläger auszuführen. Die nunmehr vom Kläger behaupteten Mängel seien einerseits auf das vorzeitige Befahren mit dem PKW des Klägers und anderseits auf diverse Spannungen und Setzungen des Untergrundes des Bodenbelages zurückzuführen. Dies sei jedoch dem Beklagten nicht anzulasten. Der Kläger habe ausdrücklich gewünscht, daß die Pflastersteine auf Betonuntergrund verlegt werden. Das Erstgericht verurteilte den Beklagten zur Zahlung von S 117.600,-- s.A. und wies das auf Zahlung eines weiteren Betrages von S 16.800,-- s.A. gerichtete Mehrbegehren ab.

Es stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Der Beklagte verlegte in der letzten Maiwoche 1984 über Auftrag des Klägers auf dem mindestens 140 m² großen Vorplatz zu dessen Haus in Innsbruck-Arzl, Purnhofweg 57, Kleinwürfelpflaster aus grauem Granit und rotem Porphy, wobei die 6 bis 8 cm messenden Steinwürfel ebenso wie der Untergrund - Frostkoffer mit Feinplanie - vom Kläger beigestellt worden waren, gegen ein Gesamtentgelt von S 40.600,--. Die letzte Teilzahlung leistete der Kläger im Frühjahr 1985 nach der Reinigung des Pflasters von einem nach der Endreinigung des Beklagten im Mai 1984 verbliebenen optisch störenden Betonschleier. Im nur mündlich erteilten Auftrag kam es dem Kläger besonders auf die Optik an. So hatte der Beklagte im Bereich des 18 bis 20 m langen und ein Gefälle von 8 bis 10 % aufweisenden Vorplatzes die Porphyristeine kreisförmig zu pflastern. Schon dies war schwierig. Überdies wollte der Kläger Betonfugen zwecks späterer leichterer Reinigungsmöglichkeit des Pflasters. Damit diese Fuge hält, muß der Pflasterer besonders auf die Betonqualität, die Dichte des Betons in der Fuge und darauf achten, daß die Natursteinwürfel beim Betoneinschlamm nicht zu warm sind (etwa auf Grund von Sonnenbestrahlung), weil sonst die Betonqualität leidet. Deshalb muß bei zu hoher Außentemperatur bei den Verfugungsarbeiten das Natursteinmaterial durch Bespritzen mit Wasser abgekühlt werden. Die nötige Dichte des Betons in der Fuge wird durch Befahrung der gepflasterten Fläche mit einer Rüttelmaschine nach der Füllung der Fugen bis an die Oberkante mit Flüssigbeton erzielt. Die Fuge sinkt dann

zumeist etwas ab und es muß Flüssigbeton aus der noch vorhandenen Betonmischung in die Fuge nachgefüllt werden. Mit der darauf folgenden Endreinigung ist die Arbeit abgeschlossen. Schon die Feinplanie und das Kleinwürfelpflaster samt Transport hatten den Kläger S 97.096,-- gekostet.

Der Beklagte hat den Kläger vor Betonfugen nicht gewarnt. Der für die Pflasterung erforderliche Untergrund war fachgerecht als Feinplanie von der Bauunternehmung B*** & B*** aus einem verdichteten Frostkoffer (wasserdurchlässiges, frostsicheres Schottermaterial) erstellt worden. Auf ebener Unterlage werden Natursteine vom Pflasterer in ein verdichtetes Sandbett gelegt. Da im vorliegenden Fall ein Gefälle vorhanden war und die Steine nur eine Dimension von 6 bis 8 cm im Durchschnitt aufwiesen, besorgte der Beklagte, daß die seitliche Fuge, weil im Längsschnitt zu klein, nicht halten werde. Vor allem meinte er aber, daß bei einer Sandunterlage die Gefahr bestehe, daß durch das Abspritzen der Steine vor der Betoneinschlämzung Sand unter den Steinen vom abrinnenden Wasser mitgenommen wird. Es war nämlich damals im Mai ziemlich warm, weshalb die Natursteine mit frischem Wasser aus dem Gartenschlauch gekühlt werden mußten. Mit dem Unterbeton wollte der Beklagte auch eine Arbeitszeitverkürzung erreichen. Beim Betoneinschlamm für die Seitenfuge sollten die Steine von unten her schon so viel Halt haben, daß sie sich beim Einschlamm nicht mehr verschieben. Diese Methode hatte freilich den Nachteil, daß der Beton für die Seitenfuge nach dem Einschlamm nicht mehr durch maschinelles Rütteln verdichtet wurde. Erst dieses Rütteln ergibt aber die besondere Betonqualität. An sich wäre es möglich gewesen, trotz des Unterbetons maschinell zu rütteln. In diesem Fall hätte aber der Unterbeton noch nicht hart sein dürfen. Die Arbeit wäre dann umständlich geworden: Man hätte nicht mehr in einem Arbeitszug auf den festen Betonuntergrund pflastern und sodann den Einschlammvorgang mit Flüssigbeton durchführen können, vielmehr hätte das Pflaster samt Betonverfugung jeweils stückweise fertiggestellt werden müssen. Diese Probleme setzte der Beklagte dem Kläger nicht auseinander. Möglicherweise wurde auch trotz zu hoher Außentemperatur oder bei direkter Sonnenbestrahlung eingeschlammmt. Daß die Steine zur Kühlung vor dem Betoneinschlamm nicht abgespritzt wurden, steht zwar nicht fest; möglicherweise reichte aber das Abspritzen nicht aus. Der Beklagte war während des Einschlammens nicht dauernd auf der Baustelle. Darauf, daß auch bei bester Betonqualität Haarrisse auf Grund von Temperaturunterschieden nicht zu vermeiden sind, hatte der Beklagte den Kläger bei der Auftragerteilung nicht hingewiesen, wohl aber darauf, daß er erst frühestens nach drei Tagen über die neu verlegten Flächen fahren dürfe. Daran hielt sich der Kläger.

Erste Fugenrisse erkannte der Kläger im Mai 1986. Diese Stellen hoben sich dunkel ab. Der Kläger forderte daraufhin den Beklagten zur Besichtigung der Fugenrisse auf und verlangte eine dauerhafte Reparatur. Der Beklagte erschien noch im Mai 1986 an Ort und Stelle und verwendete Feinstbeton unter Beigabe von Sika-Latex. Dabei handelt es sich um ein Zusatzmittel auf Kautschukbasis für Beton und Mörtel, welches die Wasserbeständigkeit, den Abrasionswiderstand, die Elastizität und die Haftfestigkeit verbessern soll. Der Kläger kam erst gegen Ende der zwei- bis dreistündigen Reparaturarbeit des Beklagten nach Hause und war sehr erbost darüber, daß der Beklagte, ohne die Reparatur mit ihm zu bereden, vorgegangen war. Der Beklagte verwies ihn jedoch darauf, daß es sich um eine fachgerechte Reparatur handle, doch gab er dem Kläger keine Garantie. Obwohl der Beklagte keine Reparaturerechnung stellte, schaltete der Kläger seinen Rechtsanwalt ein. Dieser verlangte noch mit Schreiben vom 23. Juni 1986 eine Generalsanierung, zumal eine weitere Lockerung der Pflastersteine abzusehen sei. Über Betreiben des Kläger kam es am 5. September 1986 zu einem Lokalaugenschein mit Baumeister Ing. Herbert P*** als Privatsachverständigen. Dem Kläger ging es darum, daß der Beklagte die Haftung für die mittlerweile anderweitig fortgeschrittene Ausbröckelung des Fugenmörtels und für künftige diesbezügliche Schäden übernehme und daß die vom Beklagten im Mai durchgeführte Billigreparatur als nicht fachgerecht beurteilt wird. Tatsächlich war gegenüber der früheren Verfugung ein Farbunterschied festzustellen. Die mit Sika-Latex behandelten Stellen waren heller. Es waren auch an im Mai noch nicht schadhaften Fugenstellen mittlerweile starke Ausbröckelungen aufgetreten. Vereinzelt konnten auch hohl liegende Würfelsteine festgestellt werden. Der Kläger hatte kein Vertrauen zum Beklagten mehr und äußerte beim Augenschein, daß es ihm lieber wäre, wenn die Reparatur durch einen anderen Pflasterer durchgeführt wird. Da es dem Beklagten um eine Limitierung der Reparaturkosten ging (er wollte mit einer Abfindungszahlung haftungsfrei gestellt werden), versuchte Ing. P*** eine außergerichtliche Einigung über einen relativ niederen Kostenvoranschlag, wobei er dem Kläger zu bedenken gab, daß die Risse möglicherweise auch durch den Untergrund verursacht seien. Dem Beklagten wiederum sagte er, daß auch eine fehlende Betonqualität schuld gewesen sein könne. Letztlich einigten sich die Streitteile am 5. September 1986 auf folgende Vorgangsweise:

Der Kläger bemüht sich, einen Pflasterer zu finden, der die Reparatur um den geschätzten Betrag von S 7.200,-- ausführt. Mit einer bloßen Teilsanierung fand sich der Kläger jedoch nicht ab. Der Beklagte anerkannte seine Haftung für die Rißbildungen nicht. Der Kläger fand in der Folge keinen Pflasterer, der ihm mit Gewährleistung eine Sanierung um S 7.200,-- anbot. Dies teilte der Klagsvertreter dem Beklagten mit Schreiben vom 17. Oktober 1986 mit. Darin verlangt der Kläger nun wiederum vom Beklagten die kostenlose, fachgerechte Sanierung der von Ing. P*** in seinem schriftlichen Gutachten vom 11. September 1986 festgestellten Mängel, beginnend ab März 1987 je nach Witterung.

Daß er die fachgerechte Sanierung im Rahmen der Gewährleistung durchführe, wenn der Kläger keinen Fachmann für die Reparatur um S 7.200,-- findet, hatte der Beklagte freilich am 5. September 1986 nicht erklärt. Daher reagierte er nicht auf das im Schreiben vom 17. Oktober 1986 geäußerte Verlangen, schriftlich zu erklären, daß die Sanierungsarbeit im März oder April 1987 fachgerecht durchgeführt werde. Am 30. Dezember 1986 erklärte der Beklagte, daß er mit dem Kläger nichts mehr zu tun haben wolle und nicht bereit sei, die Sanierungsarbeiten zu machen. Er wolle nur die S 7.200,-- laut Gutachten P*** bezahlen und dann seine Ruhe haben. Man solle ihm diesbezüglich einen Zahlschein schicken. Mit einer Abfindung auf dieser Basis war der Kläger jedoch nicht einverstanden. Der Vermittlungsversuch des Ing. P*** war sohin gescheitert. Am 30. April 1987 führte der Pflasterer Kurt K*** aus Wattens im Auftrag des Klägers einen Lokalaugenschein durch. Daran nahm der Beklagte nicht teil. K*** erklärte, daß seiner Meinung nach die Steine nicht richtig eingeschlämmt worden seien. Die Sanierung vom Mai 1986 sei nicht fachgerecht - abgesehen vom Farbunterschied zwischen alter und neuer Fuge breche der Beton an der Verbindungsstelle zwischen alter und neuer Fuge. Eine Generalsanierung mit kompletter Neuverlegung des Kleinwürfelpflasters sei nicht vermeidbar. Dennoch beauftragte der Kläger K*** mit der Erstellung einer Teilsanierungsofferte in Gutachtensform. In seinem Gutachten vom 4. Mai 1987 verwies K*** darauf, daß bereits mindestens ein Drittel der gesamten Pflasterfläche von den Farbunterschieden auf Grund der nicht fachgerechten Sanierung des Beklagten einerseits und von neuen starken Ausbröckelungen des Fugenmörtels anderseits betroffen sei. Er wies auch darauf hin, daß es weitere Schadensstellen geben werde. Die derzeitige Teilsanierung koste einschließlich Umsatzsteuer voraussichtlich S 35.520,--. Einen Fixpreis könnte er nicht angeben, weil nicht absehbar sei, wieviel Pflastersteine beim Herausspritzen zu Bruch gehen. Die Preise für die Facharbeiter- und Hilfsarbeiterstunden könne er nur bis zum 31. Dezember 1987 beurteilen. Auch er könne die Arbeit nur ohne Gewährleistung übernehmen, weil zum einen der alte Farbton der Fuge nicht mehr realisierbar sei und zum anderen an der Verbindungsstelle das Fugenmaterial nach einer gewissen Zeit wieder ausbreche. Das Gutachten endet mit dem Hinweis, daß eine Neuverlegung das Sinnvollste wäre, wobei die alten Pflastersteine nicht mehr verwendet werden sollten.

Tatsächlich schritt der Zerstörungsprozeß im Zwischenfugenbereich des Steinwürfelpflasters auch im dritten Jahr nach der Fertigstellung durch den Beklagten voran. Mehrere Steine wurden locker, weil die Fuge total ausbrach. Für Besucher des Klägers wurde die Situation gefährlich. Der ganze Platz war nunmehr betroffen. Geringer wurden lediglich die Farbunterschiede zwischen alter und neuer Fuge.

Der Beklagte hätte alle 6 bis 8 m Trennfugen anlegen müssen, um das Auftreten von Rissen auf der gepflasterten Fläche zu vermeiden. Tatsächlich verlegte der Beklagte auf dem Vorplatz des Klägers nicht nur keinerlei Trennfugen, sondern machte darüber hinaus auch die bereits erwähnten Fehler bei der Betonverfügung des Natursteinpflasters.

Die fachgerechte Herstellung des vom Kläger bedungenen Werkes ist nur über eine Generalsanierung möglich, die sich aus folgenden Arbeitsgängen zusammensetzt:

a)

Wegreißen des alten Pflasters;

b)

Wegführen dieses Pflasters;

c)

Herausreißen des Unterbetons;

d)

Wiedereinführen von Sand;

e)

Neupflasterung unter Verwendung der alten, von der alten Betonfuge freigemeißelten Steine, sofern sie beim Aufspitzen nicht kaputt gehen, ansonsten neue Ersatzsteine zu beschaffen sind;

f)

Anbringung von Trennfugen;

g)

Verfügung der anderen Fugen mit feinstem Fluß-Sand-Mörtel 1 : 3 mit Haftmittelbeigabe;

h) Reinigung der Pflasterfläche nach dem Abbinden des Betons von Betonresten.

Diese Generalsanierung würde mindestens Kosten im Betrag von S 117.600,-- erfordern. Mehr als die Hälfte dieser Kosten entfiel auf das Herausspitzen der Betonfugen und das Abmeißeln der Steine vom Unterbeton.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt im wesentlichen dahin, daß es sich um einen Werkvertrag mit dreijähriger Gewährleistungsfrist handle. Dem Beklagten sei nicht der Beweis gelungen, daß der Kläger auf Gewährleistung und Schadenersatz über den von Ing. P*** vorgeschlagenen Ausgleichsbetrag hinaus verzichtet habe. Gemäß § 1167 ABGB habe der Besteller eines Werkes Anspruch auf Verbesserung nur dann, wenn diese keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Der Kläger habe für das Gesamtwerk einschließlich Material und Feinplanie einen die Generalsanierungskosten übersteigenden Betrag aufgewendet. Dafür, daß dieser Aufwand den Wert des Werkes überschritten habe, seien im Beweisverfahren keine Hinweise hervorgekommen. Dem Kläger sei es besonders auf die Optik des Kleinwürfelpflasters und die Pflegeleichtigkeit angekommen. Dieser Vertragszweck sei dem Beklagten bekannt gewesen. Zwar habe er eine ausdrückliche Garantie für die Haltbarkeit der Betonfugen nicht abgegeben, doch seien diese Eigenschaften des Werkes mangels Aufklärung des Klägers durch den fachkundigen Beklagten nach Treu und Glauben als Bedingung zu unterstellen. Der Mangel sei daher zweifellos wesentlich. Die Nichtaufklärung sei angesichts der vom Beklagten vorauszusehenden Folgen als grob fahrlässig einzustufen. Es bestehet daher keine Veranlassung, den Beklagten vor allzu großen Schadenersatz- bzw. Aufwandspflichten zu schützen. Obwohl das Werk objektiv nicht wertlos sei, weil mit jährlichen Nachbesserungen jedenfalls die Funktion einer Bodenbefestigung erreicht werden könne, werde dem Beklagten mit der Generalsanierung kein unverhältnismäßiger Aufwand aufgebürdet. Daß ihm die Leistung geradezu unerschwinglich und insoferne unmöglich sei, habe der Beklagte nicht behauptet. Es sei also der Ersatz des positiven Vertragsinteresses bzw. des Aufwendersatzes nach den §§ 1042 ABGB, 353 EO nicht ausgeschlossen. Neuere Rechtsprechung gewähre neben den Gewährleistungsansprüchen Ersatz des Erfüllungsinteresses, wenn der Werkunternehmer schuldhaft kein tadelloses Werk abgeliefert habe, zur Verbesserung aufgefordert worden und mit der Verbesserung schuldhaft in Verzug geraten sei, wobei dann spätestens mit der Erfüllung des einen Anspruches der andere erlösche. Da der Beklagte den Freibeweis nach § 1298 ABGB nicht erbracht habe, sondern ihm als Einleitungsverschulden geradezu grobe Fahrlässigkeit zur Last liege und die Neuherstellung keinen unverhältnismäßigen Aufwand bedeute, müsse sich der Kläger weder mit einer Teilsanierung noch mit der Wiederherstellung jenes Zustandes, wie er vor Beginn der Arbeiten des Beklagten bestanden habe, begnügen. Der Kläger habe Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse, das er mit der Generalsanierung begehre. Der Verjährungseinwand des Beklagten versage schon wegen des bis zur Klagsausdehnung mit dem Zahlungsbegehren verbundenen Feststellungsbegehrens. Dieses habe ja gerade der Verjährungsgefahr vorbeugen sollen. Im gemäß § 273 ZPO reduzierten Umfang sei daher dem Begehr des Klägers statzugeben.

Diese Entscheidung des Erstgerichtes wurde in ihrem klagsstattgebenden Teil vom Beklagten mit Berufung bekämpft. Das Berufungsgericht gab mit dem angefochtenen Urteil diesem Rechtsmittel keine Folge. Es sprach aus, daß die Revision nach § 502 Abs. 4 Z 1 ZPO (a.F.) zulässig sei.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes als unbedenklich und führte rechtlich im wesentlichen aus, dem Rechtsstreit liege ein Werkvertrag zugrunde, bei dem der Kläger als Besteller das Material (Pflastersteine) und den verdichteten Untergrund beigestellt habe. Nur das Verfugungsmaterial stamme vom Unternehmer. Mängel am vom Kläger beigestellten Stoff seien nicht behauptet worden.

Da die Pflasterung am Grund und Boden des Klägers ausgeführt und mit diesem Untergrund fest verbunden worden sei, hätten die Leistungen des Beklagten eine unbewegliche Sache betroffen, weshalb die dreijährige Klagsfrist für Gewährleistungsansprüche bei Arbeiten an unbeweglichen Sachen gelte.

Der Kläger mache einen Gewährleistungsanspruch (Verbesserungsanspruch), aber auch einen Schadenersatzanspruch

im Umfang seines Erfüllungsinteresses geltend. Für beide Ansprüche gelte eine dreijährige Ausschluß- bzw. Verjährungsfrist (§§ 1167, 933, 1489 ABGB).

Aus den Feststellungen des Erstgerichtes sei abzuleiten, daß den Beklagten ein Verschulden an der nicht sachgemäßen Herstellung des Pflasters treffe, wobei ihm in zumindest zwei Punkten ein Vorwurf zu machen sei, nämlich in der Unterlassung des Einbaues von Trennfugen in die Pflasterung und im unfachmännischen Vorgehen beim Einschlämmen der Zwischenfugen zwischen den einzelnen Pflastersteinen. Beides habe schon in relativ kurzer Zeit ein Ausbröckeln der Fugenmasse und eine Lockerung der Pflastersteine bewirkt, sodaß zur Herstellung eines vertragsgemäßen Zustandes die Neuverlegung des gesamten Pflasters notwendig erscheine. Die Gewährleistungsfrist beginne mit dem Tag der Ablieferung des Werkes. Der Beginn des Fristenlaufes werde nicht dadurch hinausgeschoben, daß in diesem Zeitpunkt die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich sei. Sage jedoch der Unternehmer dem Besteller Verbesserung zu, so laufe eine neue Gewährleistungsfrist ab Vollendung der Verbesserung. Die Arbeiten zur Herstellung des Pflasters habe der Beklagte in der letzten Maiwoche 1984 ausgeführt. Einen Verbesserungsversuch (gegen das Ausbröckeln der Fugen und damit auch zur Befestigung der Pflastersteine) habe der Beklagte im Mai 1986 unternommen. Die Klage sei am 11. Mai 1987 beim Erstgericht eingebbracht worden. Die Frist zur Geltendmachung eines Gewährleistungsanspruches sei daher gewahrt.

Unverhältnismäßig sei ein Verbesserungsaufwand erst dann, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller des Werkes gewähre, gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Arbeit und Kosten so geringfügig sei, daß Vorteil und Aufwand in einem offensichtlichen Mißverhältnis stünden, die Beseitigung sich also nicht lohne. Eine Pflasterung von der Art, wie sie der Kläger bestellt habe, sei auf einen Dauerbestand ausgerichtet. Die aufgetretenen Mängel ließen jedoch das vom Beklagten erstellte Werk als mißlungen ansehen. Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Aufwandes sei der Gesamtkostenaufwand für die Herstellung der Pflasterung heranzuziehen und nicht nur der Werklohn, den der Beklagte zu fordern gehabt habe. Der Besteller, der eigenes Material zur Verfügung gestellt habe, könne nicht schlechter gestellt werden als derjenige, der das gesamte Material vom Werkunternehmer beistellen lasse. In diesem Fall wäre das Werk als Ganzes auf S 137.696,-- gekommen (S 97.096,-- für Feinplanie und Kleinwürfelsteine samt Transport, S 40.600,-- Werklohn). Es sei daher davon auszugehen, daß der Verbesserungsaufwand die Höhe der Kosten (und des Wertes) des Gesamtwerkes nicht erreiche. Selbst wenn die Kosten der Mängelbeseitigung den Wert des Werkes nicht überstiegen, rechtfertige dies für sich allein noch nicht die Annahme der Unverhältnismäßigkeit. Daß der Kläger ein legitimes Interesse an der Herstellung eines mangelfreien Werkes habe und ihm nicht zugemutet werden könne, einen schon nach relativ kurzer Zeit wegen der zerbröckelnden Fugen lockeren Pflasterboden zu behalten, könne nicht zweifelhaft sein. Grundsätzlich könne also der Anspruch des Klägers auf Verbesserung nicht wegen Unverhältnismäßigkeit des dafür erforderlichen Aufwandes abgelehnt werden.

Der Kläger habe die Gesamtverbesserung mit dem Aufwand von S 134.000,-- erst in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 9. August 1988, also erst nach Ablauf der dreijährigen Gewährleistungsfrist, geltend gemacht. Er habe aber das ursprüngliche (geringere) Leistungsbegehr mit einem Feststellungsbegehr des Inhaltes verbunden, daß ihm der Beklagte für alle künftigen Schäden (Mängel) aus der nicht fachgerechten (und nicht) mangelfreien Ausführung des Auftrages über die Verlegung eines Kleinwürfelpflasters ... hafte. Der Kläger habe sein Feststellungsbegehr auch im Hinblick auf einen weiter fortschreitenden Zerstörungsprozeß gestellt und die Haftung des Beklagten auch hierauf abgestellt.

Auch zur Wahrung des Gewährleistungsanspruches sei die Feststellungsklage ein taugliches Mittel, um der Verfristung zu begegnen. Da zur Zeit der Klagseinbringung das Ausmaß der Mängel und ihrer Folge noch nicht absehbar gewesen sei, habe sich der Kläger mit einer Leistungsklage allein, die sich nur auf die Verbesserung der damals erkennbaren Mängel bezogen habe, nicht im erforderlichen Ausmaß vor dem Ablauf der Gewährleistungsfrist schützen können. Mit der Feststellungsklage sei ihm aber die Geltendmachung eines erweiterten Gewährleistungsanspruches gesichert gewesen. Der Besteller könne mit Hilfe eines Feststellungsbegehrens sein ursprüngliches, zunächst bloß auf Preisminderung gerichtetes Klagebegehr auch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist sogar in ein Wandlungsbegehr verändern, also eine qualitative Änderung vornehmen. Um so mehr müsse das für eine bloß quantitative Ausdehnung gelten, solange nicht Mängel geltend gemacht würden, die vom bisherigen Feststellungsbegehr nicht mitumfaßt gewesen seien. Das sei aber hier nicht der Fall.

Da sohin eine Verfristung des Gewährleistungsanspruches nicht vorliege, sei das Klagebegehren schon aus dem Titel der Gewährleistung berechtigt.

Der Kläger könne seinen Anspruch aber auch aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung geltend machen. Der Beklagte habe seine Arbeit nicht fachgerecht ausgeführt, indem er bei der Einschlämzung des Fugenbetons zu wenig sorgsam umgegangen sei, den Beton nicht entsprechend verdichtet und ungeachtet der Größe der zu verlegenden Fläche (ca. 140 m²) keine Trennfugen eingebaut habe. Beim Beklagten als einem Gewerbetreibenden sei es vorauszusetzen gewesen, daß er über die zur Herstellung eines ordentlichen Werkes erforderlichen Fachkenntnisse und Fähigkeiten verfüge, um auch die mit der Problematik von Betonfugen verbundenen Schwierigkeiten zu meistern. Der Schadenersatzanspruch sei rechtzeitig erhoben, wobei hier schon allein auf Grund des Feststellungsbegehrens, das die Verjährungsfrist unterbrochen habe, die Rechtzeitigkeit der Klagsführung für die Differenz zum ausgedehnten Betrag gewahrt geblieben sei.

Dieser Schadenersatzanspruch stehe in Konkurrenz zum Gewährleistungsanspruch. Diese Konkurrenz werde in der neueren Rechtslehre vielfach anerkannt, in der Judikatur aber im wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, daß § 932 Abs. 1 letzter Satz ABGB, auf den für den Werkvertrag durch § 1167 ABGB verwiesen sei, mit dem "verschuldeten" Schaden nicht den Nachteil meine, den der Erwerber schon durch das Vorhandensein des Mangels an sich erleide, sondern nur die darüber hinausreichenden Nachteile, also die Begleit- oder Folgeschäden. Der Begriff des Mangelfolgeschadens sei aber ausdehnend auszulegen; darunter sei auch der erforderliche Verbesserungs- oder Neuherstellungsaufwand und bei Unterbleiben eine Verbesserung auch die Wertminderung zu verstehen. Bei derart ausdehnender Interpretation des Begriffes des Mangelfolgeschadens könne auch im vorliegenden Fall von einem solchen Schaden gesprochen werden, zumal wenn man in Betracht ziehe, daß die Mängel am Werk selbst nur in der mangelhaften Verfugung gelegen seien, diese aber zur Folge hätten, daß das gesamte Werk, nämlich die Pflasterung, unbrauchbar werde, weshalb eine Gesamtsanierung erforderlich sei, um den vertragsgemäßen Zustand des Werkes herzustellen. Der Höhe nach sei die Klagsforderung nicht mehr strittig. Die Geltendmachung der zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes erforderlichen Kosten als Deckungskapital werde von der Judikatur anerkannt. Auch dieser Umstand werde im Berufungsverfahren nicht in Frage gestellt.

Die Berufung des Beklagten müsse daher ohne Erfolg bleiben. Seinen Ausspruch über die Zulässigkeit der Revision begründete das Berufungsgericht damit, daß die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in der Rechtsfrage der Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen noch uneinheitlich sei. Gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichtes richtet sich die Revision des Beklagten. Er bekämpft sie aus den Revisionsgründen der Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Rechtssache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, allenfalls das angefochtene Urteil im Sinne der vollinhaltlichen Abweisung des Klagebegehrens abzuändern. Der Kläger hat eine Revisionsbeantwortung mit dem Antrag erstattet, der Revision des Beklagten keine Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Revision ist zulässig, sachlich aber nicht berechtigt. Der Revisionsgrund der Mängelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt nicht vor, was nicht näher zu begründen ist (§ 510 Abs. 3 ZPO). Aber auch der Rechtsrüge des Beklagten kommt keine Berechtigung zu.

Soweit er hier darzutun versucht, daß die aufgetretenen Mängel nicht auf seine fehlerhafte Arbeitsweise zurückzuführen seien, bekämpft er in Wahrheit in im Revisionsverfahren unzulässiger Weise die Beweiswürdigung der Vorinstanzen. Diese sind in tatsächlicher Hinsicht übereinstimmend davon ausgegangen, daß die aufgetretenen Mängel (Ausbröckeln der Betonfugen) zumindest (neben anderen möglichen Fehlern des Beklagten) auch darauf zurückzuführen sind, daß der Beklagte den zur Verfugung verwendeten Beton nicht hinlänglich verdichtete und die Ausbildung entsprechender Trennfugen unterließ. Die Bekämpfung der Richtigkeit dieser ausschließlich dem Tatsachenbereich zuzuordnenden Annahmen der Vorinstanzen ist im Revisionsverfahren nicht mehr möglich.

Geht man von den Feststellungen der Vorinstanzen aus, dann kann es zunächst keinem Zweifel unterliegen, daß das vom Beklagten erbrachte Werk mangelhaft im Sinne des § 1167 ABGB ist. Im Sinne r Gesetzesstelle hat der Kläger aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung Anspruch auf Verbesserung, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Da es sich im vorliegenden Fall um die Durchführung von Arbeiten an einer unbeweglichen Sache handelt, kommt die im § 933 Abs. 1 ABGB normierte dreijährige Gewährleistungsfrist zur Anwendung (SZ 47/118 ua.).

Auch eine Feststellungsklage ist geeignet, Gewährleistungsansprüche im Sinne des § 933 ABGB durch gerichtliche Geltendmachung in dem Umfang zu wahren, als der Kläger konkrete Mängel als solche - oder durch Beschreibung der auf ihr Vorhandensein hinweisenden Folgen - behauptet (EvBl. 1982/32; 6 Ob 591, 592/89). Dies ist daraus abzuleiten, daß der Zweck der Vorschrift des § 933 ABGB darin liegt, dem Verkäufer bzw. dem Unternehmer (§ 1167 ABGB) baldige Gewißheit zu verschaffen, ob der geleisteten Sache bzw. dem hergestellten Werk ein Mangel anhaftet und ob dieser Mangel bereits in dem grundsätzlich maßgebenden Zeitpunkt der Übergabe an den Käufer bzw. Besteller vorlag. Die Möglichkeit, daß nach geraumer Zeit vom Käufer bzw. Besteller Mängelansprüche erhoben werden, bedeutet für den Verkäufer bzw. Unternehmer eine erhebliche Unsicherheit, aber auch für den Gewährleistungsberechtigten insofern einen Nachteil, als mit zunehmender zeitlicher Entfernung vom Übergabezeitpunkt der Beweis schwieriger wird, daß der Mangel bereits in jenem Zeitpunkt vorlag. Streitigkeiten über die zureichende Qualität erbrachter Leistungen sollen deshalb rasch einer Klärung durch das Gericht zugeführt werden. Entscheidend ist also, daß über das Vorhandensein des behaupteten Mangels, also über den Tatbestand der Gewährleistung, Gewißheit verschafft wird; es kommt aber nicht darauf an, auch schon die daraus ableitbare Rechtsfolge mit Leistungsklage geltend zu machen. Es ist für den Gewährleistungsberechtigten nicht immer möglich, auf Grund seiner mangelhaften Kenntnisse der Ursache der unzureichenden Qualität der Leistung und der technischen oder wirtschaftlichen Möglichkeiten ihrer Behebung einen aus dem vorhandenen Qualitätsmangel ableitbaren konkreten Anspruch mit Leistungsklage geltend zu machen. In derartigen Fällen ist auch einer Feststellungsklage die Eignung zuzuerkennen, Gewährleistungsansprüche im Sinne des § 933 ABGB durch gerichtliche Geltendmachung zu wahren (EvBl. 1982/32 mwN).

Ein derartiger Fall lag auch hier vor. Dem Kläger waren vor Ablauf der dreijährigen ab Übergabe des Werkes zu berechnenden Gewährleistungsfrist die aufgetretenen Mängel bekannt, doch waren für ihn die notwendigen Verbesserungskosten nicht abschätzbar, zumal sich der Zustand der vom Beklagten gepflasterten Fläche immer weiter verschlechterte und insbesondere vor Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht verlässlich beurteilt werden konnte, ob mit einer Teilsanierung das Auslangen gefunden werden konnte oder eine Generalsanierung erforderlich war.

Unter diesen Umständen wurde im Sinne obiger Rechtsausführungen die dreijährige Gewährleistungsfrist für das Verbesserungsbegehren des Klägers jedenfalls dadurch gewahrt, daß der Kläger innerhalb dieser Frist ein Feststellungsbegehren stellte. Die in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 9. August 1988 aus dem Titel der Gewährleistung (Verbesserung) geltend gemachten Leistungsansprüche sind daher nicht im Sinne des § 933 Abs. 1 ABGB präkludiert.

Daß der Besteller dann, wenn sich der Unternehmer weigert, die erforderliche Verbesserung durchzuführen, diesen nicht erst auf Verbesserung klagen und dann die erforderlichen Kosten nach § 353 EO vorschußweise hereinbringen muß, sondern vielmehr sofort das notwendige Deckungskapital einklagen kann, entspricht der ständigen Rechtsprechung (SZ 25/277; SZ 53/107 mwN uva.).

Daß der dem Kläger zugesprochene Betrag zur sachgemäßen Behebung der dem Werk des Beklagten anhaftenden wesentlichen Mängel erforderlich ist, wird in der Revision des Beklagten nicht bestritten.

In der Rechtsrüge des Beklagten wird auch nicht der Versuch unternommen, darzutun, daß der für die Verbesserung des von ihm erbrachten Werkes erforderliche Aufwand unverhältnismäßig im Sinne des § 1167 ABGB wäre. Diesbezüglich kann daher auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichtes verwiesen werden (siehe dazu auch Reischauer in Rummel, ABGB, Rz 1 zu § 932 und die dort zitierte Judikatur).

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung gebührt somit dem Kläger der ihm zugesprochene Betrag aus dem Rechtsgrund der Gewährleistung (Verbesserung) im Sinne des § 1167 ABGB. Auf die Revisionsausführungen zu der Frage, ob dem Kläger der Klagsbetrag aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes im Sinne des § 932 Abs. 1 letzter Satz ABGB gebühre, ist nicht einzugehen.

Der Revision des Beklagten muß unter diesen Umständen ein Erfolg versagt bleiben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Anmerkung

E20581

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1990:0020OB00597.89.0314.000

Dokumentnummer

JJT_19900314_OGH0002_0020OB00597_8900000_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