

# TE OGH 1989/1/26 60b721/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.01.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Samsegger als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schobel, Dr. Melber, Dr. Schlosser und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\* W\*\*\* Gesellschaft mbH, Blindengasse 52, 1080 Wien,

vertreten durch Dr. Julius Schuster, Dr. Markus Schuster, Dr. Josef Unterweger, Rechtsanwälte in Wien, und der auf Seite der klagenden Partei beigetretenen Nebenintervenienten 1. Firma M\*\*\*, K\*\*\*, L\*\*\* & Co Baugesellschaft mbH, Geidorfgürtel 20, 8010 Graz, 2. Firma U\*\*\*-BAU Aktiengesellschaft, Resselgasse 9, 8020 Graz,

3. Firma Dipl.Ing. E. F\*\*\*, Bauunternehmen Gesellschaft mbH, Keplerstraße 5, 8010 Graz, alle vertreten durch Dr. Erwin Gstirner, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei

Dipl.Ing. Bert K\*\*\*, Angestellter, St.Peter, Hauptstraße 31 a/9, 8042 Graz, vertreten durch Dr. Alfred Lind, Rechtsanwalt in Graz, wegen S 37.978,88 sA, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 2. September 1988, GZ 4 a R 136/88-65, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für ZRS Graz vom 4. März 1988, GZ 11 Cg 372/81-61, abgeändert 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 3.069,75 bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens (darin enthalten S 257,25 Umsatzsteuer und S 240,- Barauslagen) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei war Eigentümerin der Liegenschaften EZ 16 und 1882 je KG St.Peter, Gerichtsbezirk Graz, und errichtete dort als Wohnungseigentumsorganisator eine Wohnhausanlage. Der Beklagte unterfertigte am 20.August 1973 ein Anbot der klagenden Partei hinsichtlich der Wohnung Nr.9 dieser Anlage, in dessen Punkt V der Kaufanwärter für den Fall, daß die auf seinen Anteil entfallenden Baukosten durch das öffentliche Darlehen und die von ihm aufgebrauchten Eigenmittel nicht gedeckt sein sollten, sein Einverständnis zur Aufnahme der erforderlichen Mittel am Kapitalmarkt durch die klagende Partei erklärte. Für diesen Fall verpflichtete sich der Kaufanwärter, sämtliche damit zusammenhängenden Kosten, Zinsen und Gebühren sowie die Darlehenstilgung termingerecht zur Selbstzahlung zu übernehmen und die klagende Partei hierfür schad- und klaglos zu halten. Im Kauf- und Wohnungseigentumsvertrag vom 19.Dezember 1984 wurde im § 3 D vereinbart, daß die Wohnungseigentumsbewerber anstelle der klagenden Partei als Schuldner in die Darlehensverträge eintreten und sich verpflichten, die klagende Partei aus denselben völlig

klag- und schadlos zu halten. Die Verbücherung des Wohnungseigentums des Beklagten erfolgte am 14. Oktober 1985. Der Beklagte rügte wiederholt Mängel, die klagende Partei sagte Verbesserung zu und ließ auch Verbesserungsarbeiten durchführen. Tatsächlich sind aber noch immer Mängel vorhanden, deren Behebung den Klagsbetrag mit Sicherheit erreichen würde. Der Beklagte bezahlte in den Jahren 1978, 1980 und 1981 einen Teil der ihm von der klagenden Partei vorgeschriebenen monatlichen Beträge nicht, der Gesamtrückstand erreichte S 57.426,77. Als Begründung für die Nichtzahlung gab der Beklagte der klagenden Partei bekannt, er betrachte den Rückstand als Anzahlung auf die Rückvergütung aus dem Titel der Wertminderung. Die klagende Partei begehrte mit ihrer am 31. Dezember 1981 eingebrachten Klage die Bezahlung eines Betrages von S 48.678,28 samt Zinsen und brachte dazu vor, bei den dem Beklagten vorgeschriebenen monatlichen Leistungen handle es sich um pauschale Vorschreibungen zur Abdeckung der Darlehensannuitäten, der Betriebskosten, der Heizkosten, der Instandhaltungskosten etc. gegen nachträgliche Verrechnung.

Der Beklagte wendete in der Klagebeantwortung ein, er habe wegen erheblicher Mängel einen Betrag von S 50.000 aus dem Titel der Wertminderung bzw. offener Mängel vorläufig einbehalten. In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 16. Juni 1983 erklärte der Beklagte, er stelle die Forderung der klagenden Partei der Höhe nach außer Streit, ebenso dem Grunde nach, bestreite aber die Berechtigung der Forderung, weil er aus dem Titel der Mängel eine Gegenforderung gegen die klagende Partei in der Höhe der Klagsforderung habe.

Mit Schriftsatz vom 26. September 1985 (ON 31) schränkte die klagende Partei ihr Begehren auf Grund der inzwischen erfolgten Feststellung der Nutzwertanteile auf S 47.726,84 samt Zinsen ein. Im Schriftsatz vom 25. März 1986 (ON 37) schlüsselte sie diesen Betrag wie folgt auf:

Restliche Baukosten - Eigenmittel S 9.747,96

Anteilige Kosten des Nutzwertfest-

stellungsverfahrens S 1.657,24

Restliches Annuitätenerfordernis bis

zum 31.12.1984 zur Tilgung der grund-

bücherlich sichergestellten Darlehen S 36.321,64

zusammen sohin S 47.726,84.

In der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung vom 17. Dezember 1986 schränkte die klagende Partei das Begehren um die restlichen Baukosteneigenmittel im Betrag von S 9.747,96 auf S 37.978,88 zuzüglich Zinsen ein und brachte hiezu vor, bei dem Betrag von S 36.321,64 handle es sich um jene anteiligen Annuitäten, die zur Abdeckung der grundbücherlich sichergestellten Darlehen von der klagenden Partei für die beklagte Partei hätten aufgewendet und an die einzelnen Darlehensgeber bezahlt werden müssen (ON 45). Der Beklagte erklärte in derselben Tagsatzung, er bestreite nunmehr auch die Höhe der Klagsforderung.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es führte aus, der Beklagte setze dem Annuitätenrückstand aus den Jahren 1978 bis 1981 eine Minderung des Entgeltes für die Wohnung wegen vorhandener Schäden entgegen. Der Preis für die Wohnung, der erst nach Erstellung der Endabrechnung feststellbar sei, bestehe aus den Eigenmitteln, den vom Organisator eingegangenen bzw. vermittelten Darlehen und Krediten und den Förderungsmitteln, die meist in Form von Darlehen und Zinsenzuschüssen gewährt würden. Bei den Eigenmitteln handle es sich um Akontozahlungen, denen Mängel nicht entgegengesetzt werden könnten. Das Gleiche gelte für die vom Organisator für die Wohnungseigentumsbewerber geleisteten Darlehensrückzahlungen an Bankinstitute und die öffentliche Hand, da es sich ebenfalls um eine Art Akontozahlung bis zur Übernahme der Darlehensverpflichtung und Endabrechnung handle bzw. erst aus der Endabrechnung hervorgehe, in welcher Weise die Baukosten durch diesen Darlehensanteil und in welcher Höhe abgedeckt worden seien. Der Beklagte wäre also bis zur Klageeinbringung nicht berechtigt gewesen, die Mängel den Forderungen entgegenzuhalten. Im Laufe des Verfahrens sei von der klagenden Partei jedoch die Endabrechnung erstellt und auf die vorhandenen Mängel hierbei nicht eingegangen worden. Aus dieser Endabrechnung seien erstmals konkret ersichtlich, nicht nur die exakte Höhe der Baukosten, sondern auch der Anteil der jeweiligen Eigenmittel und Darlehensmittel, die zusammen die Baukosten abdecken müßten, widrigenfalls eben eine Nachzahlung gefordert werde. Mit dieser Endabrechnung sei erstmals der genaue Preis der Ware Wohnung festgelegt und erstmals auch ersichtlich gemacht worden, ob hiebei auf allfällige Mängel Rücksicht genommen worden

sei oder nicht. Diesem nunmehr feststehenden Preis könne aber jetzt Minderung wegen des Vorliegens von Mängeln entgegengehalten werden. Festgestelltermaßen übersteige die Minderung wesentlich den ursprünglich eingeklagten Betrag, daher umsomehr den nunmehr auf Grund der Nutzwertverhältnisse geänderten eingeschränkten Betrag. Festgestellt und im wesentlichen auch unbestrittenermaßen habe die beklagte Partei die Aufforderung zur Verbesserung im Sinne des § 932 ABGB gegenüber der klagenden Partei fristgerecht - sogar mehrfach - erhoben. Eine Behebung sei unter anderem deshalb unterblieben, weil die klagende Partei mit der bauausführenden Arbeitsgemeinschaft einen Vergleich über die Baumängel getroffen habe, wodurch die klagende Partei zumindest im Hinblick auf die nicht behobenen Mängel der beklagten Partei und die damit verbundenen anteilmäßigen verglichenen Kosten bereichert sei. Die klagende Partei müßte zumindest jenen Anteil der verglichenen Kosten betreffend die Baumängel an der Wohnanlage mit der Arge der beklagten Partei in Anrechnung bringen, da sie widrigenfalls bereichert wäre. Auch die Kosten der Nutzwertfeststellung stellten zweifellos einen Teil des Kaufpreises dar und könnten in die Minderung einbezogen werden. Ergänzend sei noch ausgeführt, daß die beklagte Partei offensichtlich eine Minderung des Entgeltes begehrt und nicht, wie vielleicht fälschlich bezeichnet, eine Gegenforderung erhoben habe.

Das Berufungsgericht änderte das Urteil des Erstgerichtes dahin ab, daß lediglich ein Zinsenmehrbegehren abgewiesen, im übrigen aber dem Klagebegehren stattgegeben wurde. Die Revision wurde für zulässig erklärt. Das Gericht zweiter Instanz führte aus, der Beklagte habe sich auf eine außergerichtliche Aufrechnung berufen, die nicht beliebig widerrufbar sei. In diesem Fall sei ohne weitere Prüfung vom Bestehen der Hauptforderung auszugehen. Es sei daher zu prüfen, ob durch die außergerichtliche Aufrechnung die Klagsforderung getilgt worden sei. Der Beklagte habe in dem von der klagenden Partei angenommenen Anbot die Verpflichtung übernommen, die Tilgungskosten für die Darlehen zu den vorgesehenen Terminen zu bezahlen. Diese vertragliche Regelung zwischen den Streitparteien schließe im Hinblick auf die Zweckbestimmung dieser Zahlungen die Aufrechnung mit damit in keinem konnexen Zusammenhang stehenden Gegenforderungen des Beklagten aus, denn Zahlungsrückstände könnten zur Darlehenskündigung und damit auch zu Nachteilen für die übrigen Eigentümbewerber führen, ebenso das Leistungsverweigerungsrecht, das sonst dem Besteller bei Lieferung eines mangelhaften Werkes bis zur Behebung der Mängel zustehe, weil diese Vorgangsweise der auch gegenüber den Mitbewerbern übernommenen Schutzpflicht widersprechen würde. Da der Beauftragte nicht eigene, sondern Geschäfte des Auftraggebers besorge - was hier zutrefte, auch wenn zur Zeit der Entstehung der Klagsforderung die Klägerin noch als Hypothekarschuldnerin für die Darlehen mitgehaftet habe - , brauche er grundsätzlich für die Auftraggeber nicht in Vorlage zu treten, wenngleich er auf Grund seiner Treuepflicht Schäden vom Auftraggeber nach Möglichkeit abzuhalten habe. Wenn der Auftragnehmer in Erfüllung seiner Treuepflicht die vom Auftraggeber vertraglich zu erbringende, aber verweigerte Leistung vorschieße, ändere sich nicht der Charakter dieser Forderung, deren Ersatz zu verlangen er berechtigt sei, sodaß die Aufrechnung mit nicht unmittelbar damit zusammenhängenden Forderungen weiterhin ausgeschlossen bleibe. Dies müsse auch für die Kosten des Nutzwertfeststellungsverfahrens gelten, die Bestandteil des Kaufpreises seien, da sie von der Klägerin zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeit, dem Beklagten Wohnungseigentum zu verschaffen, vorschußweise aufzuwenden gewesen seien, deren gesonderte Bezahlung der Beklagte ebenfalls vertraglich zugesichert habe. Die vom Beklagten vorgenommene Aufrechnung sei daher nicht zulässig gewesen.

Der Beklagte bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes mit Revision, macht den Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung geltend und beantragt die Wiederherstellung der Entscheidung des Erstgerichtes, hilfsweise die Aufhebung des angefochtenen Urteiles.

Die klagende Partei beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist nicht berechtigt.

Nachdem dem Beklagten auf Grund des von der klagenden Partei angenommenen Angebotes vom 20. August 1983 ein Anwartschaftsrecht eingeräumt worden war, kaufte er mit dem Kauf- und Wohnungseigentumsvertrag vom 19. Dezember 1984 einen Liegenschaftsanteil, mit welchem Wohnungseigentum an der Wohnung Nr. 9 verbunden ist. Laut Anbot hatte der Beklagte einen Grundanteilspreis zu bezahlen, die Wohnhausanlage sollte unter teilweiser Inanspruchnahme öffentlicher Mittel gebaut werden, der Beklagte hatte aber auch zusätzlich Eigenmittel als Baukostenanteil aufzubringen. Für den Fall, daß die Baukosten durch die Eigenmittel und das öffentliche Darlehen

nicht zur Gänze gedeckt sein sollten, war die Aufnahme eines Kredites auf dem Kapitalmarkt vorgesehen. Die Gegenleistung, die der Beklagte zu erbringen hatte, bestand daher aus dem Preis für den Grundanteil, den Eigenmitteln und den Rückzahlungen für die öffentlichen und privaten Kredite. Baukostenanteil und laufende Kreditrückzahlungen waren vor Erstellung der Endabrechnung zu bezahlen. Der Beklagte bezahlte einen Teil der ihm in den Jahren 1978, 1980 und 1981 vorgeschriebenen Annuitäten aber nicht. Er bestritt nicht, daß die ihm vorgeschriebenen Zahlungen fällig waren, er stellte die eingeklagte Forderung sogar der Höhe und dem Grunde nach außer Streit, behauptete aber Gegenforderungen. Da er Annuitäten nicht bezahlte, die schon vor Erstellung der Endabrechnung fällig und von der klagenden Partei begehrt werden konnten, ist davon auszugehen, daß der Beklagte nicht eine Minderung der Kaufpreisforderung wegen Mängeln einwendete, sondern daß er einer fälligen und berechtigten Forderung Gegenforderungen entgegenhielt. Die Frage, ob die von ihm abgegebenen Erklärungen als Einwand einer durch außergerichtliche Aufrechnung eingetretenen Schuldtilgung aufzufassen sind, wäre nur dann von Bedeutung, wenn eine Aufrechnung zulässig wäre. Es ist daher vorerst diese Frage zu erörtern.

Es ist einhellige Auffassung von Lehre und Rechtsprechung, daß auf die Ausübung des Aufrechnungsrechtes auch stillschweigend verzichtet werden kann. Ein solcher Verzicht kann sich aus dem Zweck eines Vertrages ergeben, vor allem, wenn eine Aufrechnung nach den besonderen Umständen des Falles den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspräche (SZ 47/9, SZ 50/127, 5 Ob 267/74, 7 Ob 584/79; Gschnitzer in Klang<sup>2</sup> VI 512; Rummel in Rummel, ABGB, Rdz 5 und 29 zu § 1440). Richtig ist wohl, daß das Darlehen von der klagenden Partei im eigenen Namen aufgenommen wurde und die als Pfand dienende Liegenschaft damals im Eigentum der klagenden Partei stand. Trotzdem kann der Zweck der vom Beklagten an die klagende Partei zu leistenden Annuitätszahlungen nicht bloß darin gesehen werden, der klagenden Partei das Entgelt für die Wohnung zu leisten. Der Zweck bestand auch darin, die Finanzierung der gesamten Wohnhausanlage zu gewährleisten. Die Verpflichtung zur Annuitätszahlung diente daher auch dem Schutz der übrigen Wohnungseigentümersbewerber bzw.

Wohnungseigentümer. Bei Beurteilung, ob auf Grund des Zweckes des Vertrages nach Treu und Glauben eine Aufrechnung ausgeschlossen ist, sind auch die Interessen Dritter schutzbedürftig (Rummel, aaO, Rdz 5). Die Interessen der gesamten Wohnungseigentümergeinschaft werden aber, wenn gegen eine Annuitätenforderung ein Anspruch auf Preisminderung eingewendet wird, beeinträchtigt, zumal für die Aufrechnung eine Liquidität der Gegenforderung nicht erforderlich ist (SZ 43/60, SZ 50/134 ua). Gegen die Forderung rückständiger Annuitäten kann der Beklagte daher seine Gegenforderung nicht aufrechnen. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß die klagende Partei die Annuitäten an die Kreditgeber bereits bezahlt hat.

Ob - wie das Berufungsgericht meint - auch gegenüber den Kosten des Nutzwertfeststellungsverfahrens die Aufrechnung nicht zulässig ist (die Revision enthält zu dieser Frage keine Ausführungen), braucht nicht erörtert zu werden. Die klagende Partei hat dem Beklagten die Kosten des Nutzwertfeststellungsverfahrens mit Schreiben vom 13. März 1985 anlässlich der Endabrechnung bekannt gegeben, diese Kosten erstmals im Schriftsatz ON 31 bei der Klageseinschränkung (ohne Aufschlüsselung) berücksichtigt und erst im Schriftsatz ON 37 dargelegt, daß auch diese Kosten im eingeschränkten Klagsbetrag enthalten sind. Die vorher abgegebenen Erklärungen des Beklagten können auf keinen Fall als Einwand einer durch Aufrechnung erfolgten Schuldtilgung einer erst später geltend gemachten Forderung angesehen werden. Nach Erstattung und Vortrag des Schriftsatzes ON 37 gab der Beklagte in der Tagsatzung, in der er die Höhe der Klagsforderung bestritt, die Erklärung ab, die klagende Partei habe nur mehr eine "Kaufpreisforderung, welcher die bereits geltend gemachten und festgehaltenen Mängel aufrechnungsweise bis zur Höhe der Klagsforderung aufgerechnet werden". Diese Erklärung kann im Hinblick auf die Bestreitung der Höhe der Klagsforderung auf keinen Fall als Schuldtilgungseinwand durch außergerichtliche Aufrechnung angesehen werden. Ob die Erklärung als prozessuale Aufrechnung aufgefaßt werden könnte, braucht nicht erörtert zu werden. Die

Vorinstanzen gingen davon aus, es liege keine prozessuale Aufrechnungserklärung vor. Wäre dies unrichtig, würde ein Verfahrensmangel nach § 496 Abs 1 Z 1 ZPO vorliegen (Fasching, Kommentar IV, 207; derselbe, Zivilprozeßrecht, Rdz 1767; 1 Ob 599/80, 4 Ob 63/83). Einen derartigen Verfahrensmangel hätte der Beklagte aber rügen müssen. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß es sich bei den Kosten des Nutzwertfeststellungsverfahrens um solche handelt, die der Beklagte auf Grund des Punktes VII des Angebotes zu tragen hat. Es handelt sich hierbei um keinen Teil des Kaufpreises. Nur auf einen solchen bezieht sich aber die zuletzt vom Beklagten abgegebene Erklärung über eine Aufrechnung.

Die Höhe der Forderung hat der Beklagte zunächst außer Streit gestellt. Später bestritt er die Höhe zwar, ohne aber hierzu ein Vorbringen zu erstatten. Da auch in der Revision keine Ausführungen zur Höhe des Anspruches enthalten sind, ist darauf nicht weiter einzugehen.

Zutreffend erkannte daher das Berufungsgericht im Sinne des Klagebegehrens, da die Forderung der klagenden Partei berechtigt ist und es dem Beklagten auf Grund der dargestellten Umstände verwehrt ist, eine Gegenforderung wegen Preisminderung der Klagsforderung entgegenzuhalten.

Aus diesen Gründen war der Revision ein Erfolg zu versagen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO. Ein Anspruch auf Streitgenossenzuschlag für die auf ihrer Seite beigetretenen, von einem anderen Rechtsanwalt vertretenen, Nebenintervenienten steht der klagenden Partei nicht zu.

#### **Anmerkung**

E16380

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0060OB00721.88.0126.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890126\_OGH0002\_0060OB00721\_8800000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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