

# TE OGH 1988/6/8 5Ob100/87

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.06.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Marold als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Jensik, Dr.Zehetner, Dr.Klinger und Dr.Schwarz als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei "N\*\*\*" Gemeinnützige Bau-, Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft, registrierte Genossenschaft mbH, 1030 Wien, Rennweg 70, vertreten durch Dr.Herbert Richter, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Dipl.-Ing. Milada W\*\*\*, Beamtin, und 2. Leopold W\*\*\*, Angestellter, beide 1160 Wien, Albrechts

Kreith-Gasse 27/2/11, beide vertreten durch Dr.Dieter Böhmdorfer, Rechtsanwalt in Wien, wegen S 87.570,05 s.A., infolge Revision beider Parteien gegen das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien als Berufungsgerichtes vom 24.März 1987, GZ 45 R 11/87-48, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien vom 24.Oktober 1986, GZ 40 C 251/81-41, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1. den Beschuß

gefaßt:

## Spruch

Die Revision der klagenden Partei und die Revision der beklagten Parteien, soweit sich diese auf S 1.732,83 s.A. bezieht, werden zurückgewiesen.

Die beklagten Parteien haben die Kosten ihrer Revisionsbeantwortung selbst zu tragen.

2. zu Recht erkannt:

Im übrigen wird der Revision der beklagten Parteien teilweise Folge gegeben.

Der klagestattgebende Teil des berufungsgerichtlichen Urteiles wird bezüglich S 31.205,59 samt 9,5 % Zinsen seit 20.September 1982 in klageabweisendem Sinn abgeändert, sodaß das Urteil nunmehr insgesamt wie folgt zu lauten hat:

"a) Die eingeklagte Forderung besteht mit S 16.082,93 samt 9,5 % Zinsen ab 20.September 1982 zu Recht.

b)

Die eingewendete Gegenforderung besteht nicht zu Recht.

c)

Die beklagten Parteien sind daher zur ungeteilten Hand schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen S 16.082,93 samt 9,5 % Zinsen ab 20.September 1982 zu zahlen.

Das Mehrbegehren von S 71.487,12 samt 9,5 % Zinsen aus S 24.089,85 vom 23.April 1981 bis 17.September 1981 und aus S 40.091,27 vom 17.September 1981 bis 20.September 1982 sowie aus S 71.487,12 ab 20.September 1982 wird abgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien die mit S 48.100,19 (darin S 3.385,69 Umsatzsteuer und S 10.857,60 sonstige Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens erster Instanz binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die klagende Partei ist schuldig, den beklagten Parteien binnen 14 Tagen die mit S 5.447,45 (darin S 424,31 Umsatzsteuer und S 780,-- sonstige Barauslagen) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit S 1.136,93 (darin S 77,18 Umsatzsteuer und S 288,-- sonstige Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Partei begeht zuletzt die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von S 87.570,05 samt 9,75 % Zinsen aus S 24.089,85 vom 23.April 1981 (Tag der Einbringung der Klage) bis 17. September 1981 und aus S 40.091,27 vom 17.September 1981 (Ausdehnung des Klagebegehrens) bis 20.September 1982 sowie aus S 87.570,05 ab 20.September 1982 (Tag der weiteren Ausdehnung des Klagebegehrens, jeweils um die nach Ansicht der klagenden Partei bis zum Tag der Ausdehnung fällig gewordenen und nicht bezahlten Beträge) mit der Begründung, die Beklagten seien Wohnungseigentümer der Wohnung top Nr. 11 im Hause Wien 16, Albrechts

Kreith-Gasse 27/II. Dieses Haus werde von der klagenden Partei verwaltet. Die Beklagten hätten von Mai 1979 bis September 1982 die ihnen vorgeschriebenen Beträge an Annuitäten, Betriebs- und Heizungskosten mit der unrichtigen Behauptung nicht zur Gänze bezahlt, ihre Wohnung weise Mängel auf. Die klagende Partei habe jedoch diese Beträge für die Beklagten ausgelegt. Unter Berücksichtigung eines Guthabens aus der Baukostenabrechnung im Ausmaß von S 26.489,56 hafte der eingeklagte Betrag aus. Der Kaufpreis für die Wohnung sei durch private Schuldübernahme von Darlehen zur Gänze entrichtet, sodaß den Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht nicht mehr zusteünde.

Die Beklagten bestritten das Klagebegehr dem Grunde nach mit der Begründung, wegen der im einzelnen bezeichneten Mängel sei die eingeklagte Forderung nicht fällig. Die klagende Partei sei als Wohnungseigentumsorganisatorin und Verkäuferin zur Behebung der Mängel verpflichtet. Ihr diesbezüglicher Verzug berechtige die Beklagten zur Leistungsverweigerung. Die Schadensbehebungskosten überstiegen die eingeklagte Forderung bei weitem. Überdies sei der Verkehrswert der Wohnung wegen der Mängel zumindest um die Höhe des eingeklagten Betrages vermindert. Wegen dieser Umstände werde eine Gegenforderung in Höhe des eingeklagten Betrages eingewendet. Überdies habe es die klagende Partei unterlassen, bei der Vertragsgestaltung die Interessen der Wohnungseigentümer gehörig wahrzunehmen. Für diese culpa in contrahendo hafte sie daher. Im ersten Rechtsgang wies das Erstgericht die Klage ab. Dieses Urteil wurde mit Beschuß des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 19.Juni 1984 aufgehoben, wobei das Berufungsgericht dem Erstgericht eine Rechtsansicht bezüglich der Anrechnung des von den Beklagten nicht bezahlten Betrages auf die einzelnen Teilposten im Zusammenhang mit der damit verbundenen Widmung und über die Aufrechnung durch die klagende Partei gegen das Guthaben der Beklagten aus einer Baukostenabrechnung überband.

Im zweiten Rechtsgang sprach das Erstgericht aus, daß die eingeklagte Forderung mit S 1.732,83 samt 9,5 % Zinsen seit 20. September 1982 zu Recht und die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe. Es verurteilte daher die Beklagten zur Zahlung dieses Betrages und wies das Mehrbegehren von S 85.837,22 s.A. ab. Es stellte folgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Die Beklagten schlossen im Jahre 1976 mit der klagenden Partei als Wohnungseigentumsorganisator einen Vertrag über den Erwerb der Wohnung top Nr. 11 in Wien 16, Albrechts Kreith-Gasse 27/II. Die Beklagten bezogen die Wohnung im Februar 1978. Ihnen wurde ab diesem Zeitpunkt eine monatliche Nutzungsgebühr vorgeschrieben, in welcher auch Darlehensrückzahlungen (betreffend die von der klagenden Partei für die Errichtung des Hauses aufgenommenen Darlehen) enthalten waren. In der Folge rügten die Beklagten wiederholt an der Wohnung bestehende Mängel, unter anderem Geräuschentwicklung in der Zentralheizung, Wassereintritt von der Dachterrasse her in das Schlafzimmer und Kinderzimmer sowie Schimmelbildung an der Außenwand im Schlafzimmer. Mit Schreiben vom 23.März 1979 (Beilage 11/3) kündigten die Beklagten die Reduktion ihrer monatlichen Zahlungen um

etwa ein Drittel ab 1.Mai 1979 bis zur Behebung der Mängel an. Da diese nicht behoben wurden, verwirklichten die Beklagten diese Ankündigung und zahlten vom Mai 1979 bis Dezember 1979 von der monatlichen Vorschreibung von je S 4.478,75 (Mai bis September) beziehungsweise S 4.278,75 (Oktober bis Dezember 1979), darin enthalten je S 435,08 Rückzahlung des Darlehens des Landes Wien und S 1.879,05 Darlehensrückzahlung an die E\*\*\* Ö\*\*\*

S\*\*\*, nicht den ganzen vorgeschriebenen Betrag, sondern jeweils um S 1.400,-- weniger.

Ferner zahlten die Beklagten für 1979 weitere S 3.953,71 (S 524,92 nachverrechneter Annuitätendienst des Landes Wien, S 1.431,98 Zuzahlungskosten und S 1.996,81 Betriebskosten) nicht. Von den in den Monaten Jänner bis Juni 1980 vorgeschriebenen

S 4.577,17 pro Monat (darin S 455,58 Darlehensrückzahlung an die Stadt Wien und S 1.933,04 Darlehensrückzahlung an die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*)) behielten die Beklagten monatlich

S 1.698,42 zurück, von den in den Monaten Juli bis September 1980 vorgeschriebenen je S 4.969,80 (darin enthalten für die genannten Darlehen S 455,58 und S 2.325,67) behielten sie S 2.091,05 zurück, von den in den Monaten Oktober 1980 bis Dezember 1980 vorgeschriebenen je S 5.254,80 (darin für die genannten Darlehen enthalten S 455,58 und S 2.325,67) behielten sie im Oktober 1980

S 2.376,05, im November 1980 S 1.806,05 und im Dezember 1980

S 2.091,05 zurück. Ferner bezahlten sie eine für dieses Jahr vorgeschriebene Betriebskostennachzahlung von S 140,32 nicht. Im Jahre 1981 behielten die Beklagten von den monatlich vorgeschriebenen S 6.335,97 (darin an Darlehensrückzahlung S 455,58 und S 2.287,98 enthalten) je S 3.172,22 zurück. Überdies bezahlten sie eine in diesem Jahr vorgeschriebene Verwaltungs- und Heizkostennachzahlung von S 7.491,-- nicht.

Von Jänner 1982 bis September 1982 zahlten sie von den monatlich vorgeschriebenen S 6.549,43 (darin an Darlehensrückzahlung S 455,58 und S 2.403,25) monatlich S 3.385,68 nicht.

Alle nicht beglichenen Beträge waren von der klagenden Partei im Rahmen der Hausverwaltung ausgegeben worden.

Nach Erhalt der mit Schreiben vom 27.März 1980 (Beilage ./D) übermittelten Jahresabrechnung für 1979 erhoben die Beklagten dagegen Einspruch, daß ihre oben festgestellte Minderzahlung durch Verrechnung des sich aus der Baukostenabrechnung zu ihren Gunsten ergebenden Saldos von S 26.484,56 teilweise ausgeglichen wurde. Die klagende Partei überwies jedoch das eingeforderte Guthaben nicht an die Beklagten.

Bei einer Besprechung am 23.Oktobe 1980 stimmte der Zweitbeklagte im eigenen Namen und im Namen der Erstbeklagten der Verlegung zusätzlicher Heizungsrohre - frei verlaufend vom Heizkörper ausgehend bis zur Decke und wieder zurück - zu, jedoch nur deshalb, weil auch die Sanierung und zusätzliche Wärmeisolierung der Dachterrasse, welche der Zweitbeklagte für unbedingt erforderlich hielt, zugesagt worden war. Überdies nahm er an, daß es sich bei diesen zusätzlichen - jetzt noch

vorhandenen - Heizungsrohren nur um ein Provisorium handle, das nach Verbesserung der Terrasse wieder beseitigt werden könne. Ausdrücklich wurde über diesen Punkt aber nicht gesprochen. Das Entlüftungsventil für diesen zusätzlichen Heizkreis wurde an der höchsten Stelle angebracht. Selbständig abgesperrt werden kann dieser Heizkreis nicht. Es wird daher während der gesamten Heizperiode unabhängig von der Raumtemperatur von warmen Wasser durchflossen. Seit dem Vorhandensein dieser zusätzlichen Heizungsrohre trat keine Schimmelbildung in der Wohnung der Beklagten mehr auf.

Von der Heizanlage geht aber nachwievor eine Lärmbelästigung aus, die Geräusche in einem solchen Ausmaß erzeugt, wie sie mit dem lauten Ticken einer Uhr oder einem im Nebenzimmer aufprallenden Ping-Pong Ball vergleichbar sind. Nur beim Heizstrang Nr. 4 gehen keine als störend empfundenen Geräusche mehr aus, doch ist dies nicht auf eine zielführende Maßnahme zurückzuführen, sodaß jederzeit mit dem Auftreten der Geräusche in früherer Stärke auch bei diesem Heizstrang wieder gerechnet werden muß.

Im Zuge einer im Jänner 1981 durchgeföhrten Korrespondenz (Beilagen ./F, ./H und ./15) zwischen Dr.Hans-Georg H\*\*\* (für die klagende Partei) und dem Beklagtenvertreter verwies Dr.H\*\*\* mit Schreiben vom 29.Jänner 1981 (Beilage ./H) darauf hin, daß wegen der Schulübernahme gemäß § 1405 ABGB die Beklagten durch Zahlung der entsprechenden Darlehensraten eine Eigenschuld beglichen und daher diesbezüglich einen Kaufpreisbestandteil nicht mehr zurückbehalten könnten. Sollten sie aber mitteilen, daß sie gerade dieses Darlehen nicht bezahlen wollen, so müßte

das Land Wien verständigt werden, was unter Umständen zur Aufkündigung des Darlehens, soweit es auf dem Miteigentumsanteil der Beklagten sichergestellt sei, führen könnten. Er werde daher die Zahlungen auf die Darlehensforderung als die lästigste Forderung anrechnen. Sollten die Beklagten ihre Zahlungen anders gewidmet wünschen, so sollten sie dies schriftlich mitteilen. Die Beklagten gaben hiezu keine Erläuterung ab. Am 15.Juni 1981 brachten die Beklagten gegen die hier klagende Partei zu 32 C 389/81 des Bezirksgerichtes Innere Stadt Wien eine Gewährleistungsklage gerichtet auf die Beseitigung der Schimmelbildung in ihrer Wohnung durch bautechnisch richtige Sanierungsmaßnahmen und auf Beseitigung des Klopferäusches an der Heizanlage durch fachgemäß richtige heizungstechnische Maßnahmen ein. Anläßlich der Unterfertigung des Kaufvertrages (samt Wohnungseigentumsvertrag; Beilage ./KKK) vom 2.Oktober 1980, beim Finanzamt für Gebühren und Verkehrssteuern angezeigt am 10. Oktober 1980, verbüchert mit Beschuß vom 17.Februar 1981, wurde über die rechtlichen Fragen hinsichtlich allfälliger Gewährleistungsansprüche nicht gesprochen. Dieser Vertrag enthält unter anderem die Bestimmung, daß die Käufer gemäß § 1405 ABGB die pfandrechtlich sichergestellten Darlehen des Landes Wien und der E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\* bezüglich der auf ihre Eigentumswohnungen entfallenden Darlehensteile übernehmen. Den Beklagten wurden die monatlichen Zahlungen, bestehend aus Darlehensanteil, Instandhaltungskosten, Verwaltungskosten, Betriebskosten und Heizungskosten sowie ab Oktober 1979 auch aus Garagenmiete jeweils am Jahresbeginn bekanntgegeben. Mit Schreiben vom 15.März 1982 (Beilage ./II) teilte die Magistratsabteilung 50 dem Vertreter der klagenden Partei mit, daß die Bedingung des Kauf- und Wohnungseigentumsvertrages vom 28. November 1980 betreffend die Übernahme der Darlehen gemäß § 1405 ABGB zustimmend zur Kenntnis genommen werde. Eine derartige zustimmende Erklärung des Landes Wien für den Kaufvertrag zwischen den beklagten Parteien und der klagenden Partei vom 2.Oktober 1980 konnte nicht festgestellt werden.

Im Schreiben vom 18.Jänner 1982 (Beilage ./I) ist eine Zustimmung zur Schuldübernahme oder ein Hinweis auf eine bereits früher erfolgte derartige Zustimmung nicht enthalten. Die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\* nahm mit Schreiben vom 21. Februar 1983 (Beilage ./FFF) die im Kauf- und Wohnungseigentumsvertrag vom 29.September/2.Oktober 1980 von den namentlich angeführten Wohnungseigentümern dieser Liegenschaft gemachte Erklärung betreffend Schuldübernahme nach § 1405 ABGB zustimmend zur Kenntnis und erklärte, die klagende Partei aus der Haftung zu entlassen. Eine frühere derartige Erklärung kann nicht festgestellt werden. Ein gleichlautendes Schreiben der E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\* vom 11.Jänner 1982 (Beilage ./O) betraf

einen Wohnungseigentumsvertrag vom 28.November 1980. Rechtlich beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahin, daß den beklagten Parteien bis zu der mit der Zustimmung der Darlehensgeber eingetretenen Wirksamkeit der privativen Schuldübernahme auf Darlehensrückzahlungen entfallende Beträge als Folge ihres Leistungsverweigerungsrechtes bis zur vollständigen Mängelbehebung zurückbehalten dürften. Aus der im Schreiben vom 23. März 1979 (Beilage 11/3) im Zusammenhang mit der Mängelrüge erfolgten Ankündigung, ihre Zahlung zu reduzieren, sei deutlich zu erkennen, daß die Beklagten damit jenen Teil der monatlichen Vorschreibungen einbehalten wollten, die auf die Bezahlung des Kaufpreises entfielen. Auch die klagende Partei habe dies so verstanden. Überdies entspreche die Vorgangsweise der Beklagten den Anrechnungsregeln des § 1416 ABGB, weil die Kaufpreisforderung wegen der vorhandenen Mängel nicht fällig gewesen sei. Allerdings müßten die Beklagten gegen sich gelten lassen, daß sie der Widmungserklärung der klagenden Partei vom 29.Jänner 1981 (Beilage ./H) nicht widersprochen hätten. Ihre Zahlungen könnten daher auf die Darlehensforderung des Landes Wien angerechnet werden, nicht aber auf Vorschreibungen zur Darlehensrückzahlung an die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*. Die Beklagten hätten insgesamt

S 114.059,91 weniger eingezahlt als ihnen vorgeschrieben worden sei. Auf Darlehensrückzahlungen für die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*

entfielen davon S 85.837,22. Die Differenz dieser beiden Beträge von S 28.222,39 sei um das Baukostenguthaben von S 26.489,56 zu kürzen, sodaß die eingeklagte Forderung nur mit S 1.732,83 zu Recht bestehe. Da die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\* ihre Zustimmung zur

privativen Schuldübernahme erst am 21.Februar 1983 erteilt habe, sei bis dorthin der Kaufpreis nicht berichtigt und die Beklagten daher in der Lage gewesen, diesen zur Erzwingung der Mängelbehebung zurückzuhalten.

Im Hinblick auf den bestehenden Verbesserungsanspruch sei ein Preisminderungsanspruch und Schadenersatz nicht gegeben. Das Berufungsgericht übernahm - es lag nur eine Berufung der klagenden Partei vor - die erstgerichtlichen

Feststellungen, kam aber aus nachstehenden rechtlichen Erwägungen unter Verneinung der eingewendeten Gegenforderung zum Ergebnis, daß die eingeklagte Forderung mit S 47.288,52 (einschließlich des bereits rechtskräftig festgestellten Betrages von S 1.732,83) zu Recht bestehe. Es gab demnach der Klage mit diesem Betrag samt 9,5 % Zinsen seit 20. September 1982 statt und wies das Mehrbegehren von S 40.281,53 s.A. ab. Es hielt die erstgerichtliche Ansicht, durch die Korrespondenz der Streitteile sei hinlänglich klargestellt, daß die Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich des Kaufpreisrestes ausüben und daher die ihnen zur Zahlung vorgeschriebenen Darlehensannuitäten zurückbehalten wollten, für unbedenklich. Dies sei jedoch nur für die Zeit bis 17. Februar 1981 hinsichtlich des Darlehens der E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*

möglich. Am 17. Februar 1981 sei nämlich der Kauf- und Wohnungseigentumsvertrag verbüchert worden. Zu diesem Zeitpunkt sei die privative Schuldübernahme schon wegen der damit verbundenen Sachhaftung der Beklagten mit ihrem Miteigentumsanteil eingetreten. Es könne daher nach diesem Zeitpunkt ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich des Kaufpreises nicht mehr ausgeübt werden, da die beklagten Parteien ab diesem Zeitpunkt mit der Bezahlung einer eigenen Schuld in Verzug gerieten. Bis 28. Februar 1981 hätten die Beklagten insgesamt S 44.375,29 einbehalten, wovon S 40.281,26 auf Darlehensrückzahlungen an die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\*

entfielen, der Mehrbetrag von S 4.094,03 hingegen auf andere Forderungen der klagenden Partei. Ab 1. März 1981 hätten die Beklagten insgesamt S 69.684,32 einbehalten, wovon das Guthaben aus der Baukostenabrechnung von S 26.489,56 abzuziehen sei. Die Forderung der klagenden Partei bestehe daher mit S 69.684,32 plus S 4.094,03 minus S 26.489,56 = S 47.288,52 zu Recht.

Das Schreiben vom 11. Jänner 1982 (Beilage ./HHH = Beilage ./O)

beziehe sich auf den Vertrag vom 28. November 1980 (Beilage ./KKK). Es handle sich dabei um jenen Vertrag, der der Klage zugrunde liege. Es sei daher die privative Schuldübernahme nicht erst mit 21. Februar 1982 wirksam geworden. Maßgebend sei aber ohnedies der Tag der Verbücherung.

Der Umstand, daß die Verbesserung des Werkes dem Unternehmer hohe Kosten verursache, reiche für die Annahme der Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwandes für die Mängelbeseitigung nicht aus. Berücksichtigt man, daß die Qualität der Wohnung durch die Heizgeräusche und die Möglichkeit durch das Auftreten von Schimmelbildungen tatsächlich beeinträchtigt ist, dann kann von einem unverhältnismäßigen Aufwand, der eine Mängelbehebung ausschließen würde, nicht gesprochen werden.

Das Berufungsgericht sprach aus, daß die Revision zulässig sei und begründete dies damit, daß eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hinsichtlich der Frage, ob das Leistungsverweigerungsrecht durch den Wohnungseigentümer auch nach bucherlicher Einverleibung ausgeübt werden kann, nicht vorhanden sei. Gegen dieses Urteil richten sich die Revisionen

1. der klagenden Partei wegen der Abweisung von S 40.281,53 s.A. wegen Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem primären Antrag, dem Klagebegehren vollständig stattzugeben;

2. der beklagten Parteien bezüglich der Stattgebung von

S 47.288,52 s.A. wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das Klagebegehren zur Gänze kostenpflichtig abzuweisen. Subsidiär stellten die Parteien Aufhebungsanträge.

Die Beklagten begehren, der Revision der klagenden Partei nicht Folge zu geben. Die klagende Partei erstattete keine Revisionsbeantwortung.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision der klagenden Partei ist zur Gänze unzulässig, diejenige der Beklagten insoweit, als sie sich auf den klagestattgebenden Teil von S 1.732,83 samt 9,5 % Zinsen ab 20. September 1982 bezieht. Im übrigen ist die Revision der Beklagten teilweise berechtigt.

1. Zur Revision der klagenden Partei:

Der Wert des Streitgegenstandes, über den das Berufungsgericht zu Lasten der klagenden Partei durch Bestätigung des erstgerichtlichen Urteiles entschied, beträgt S 40.281,53 s.A. Eine Revision dagegen wäre gemäß § 502 Abs 3 Satz 2 ZPO nur dann zulässig, wenn das Berufungsurteil wegen des seinerzeitigen Rechtskraftvorbehaltens und wegen der

Bekämpfung der im seinerzeitigen Aufhebungsbeschuß geäußerten Rechtsansicht des Berufungsgerichtes nicht als bestätigend gelte. Die klagende Partei erklärt in ihrer Revisionsschrift aber ausdrücklich, daß die seinerzeit vom Berufungsgericht geäußerte Rechtsansicht richtig sei und daß das Berufungsgericht im zweiten Rechtsgang unter Verletzung der Bindung an die eigene seinerzeit geäußerte Ansicht entschieden habe. Damit steht aber fest, daß die in der vorhin zitierten Gesetzesstelle genannte Behandlung einer bestätigenden Entscheidung als abändernd nicht gegeben und daher die Revision der klagenden Partei unzulässig ist (siehe EvBl 1967/185; Fasching, Lehrbuch Rz 1877).

### 2. Zur Revision der Beklagten betreffend S 1.732,83 s.A.:

Die Revision der Beklagten war in diesem Umfang als unzulässig zurückzuweisen, weil die Revisionswerber den diesbezüglichen seinerzeitigen erstgerichtlichen Zuspruch unbekämpft ließen, sodaß dieser rechtskräftig wurde und nur als solcher in den das ganze Klagebegehren umfassenden Spruch des Berufungsgerichtes aufgenommen wurde.

### 3. Zur Revision der Beklagten im übrigen:

Die Beklagten waren als Käufer der ihnen von der klagenden Partei verkauften Eigentumswohnung berechtigt, wegen der festgestellten Mängel, deren Behebung sie verlangen, die Zahlung des restlichen Kaufpreises bis zur Behebung der Mängel zu verweigern. Dieses Leistungsverweigerungsrecht findet, wie bereits das Berufungsgericht zutreffend ausführte, seine Grenze nur in dem im § 1295 Abs 2 ABGB normierten Grundsatz, daß die Ausübung eines Rechtes nicht zur Schikane ausarten darf, oder die mögliche Verbesserung nicht einen im Verhältnis zu dem durch die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährten Vorteil unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert.

Selbstverständlich kann das Zurückbehaltungsrecht schon begrifflich nur so lange ausgeübt werden, als der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt ist. In diesem Fall war der Kaufpreis unter anderem auch durch Übernahme der von der klagenden Partei aufgenommenen und auf der Liegenschaft einverleibten Darlehen gemäß § 1405 ABGB zu begleichen. Das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten konnte daher dann nicht ausgeübt werden, wenn die Verpflichtung zur Rückzahlung dieser Darlehen auf sie allein übergegangen war, also die klagende Partei nicht mehr haftete. Hiezu war aber gemäß § 1405 ABGB die Zustimmung der Gläubiger erforderlich. Vorher handelte es sich nur um eine Erfüllungsübernahme, also bloß eine gegenüber der klagenden Partei bestehende Verpflichtung, wie sie in jedem Fall zur Zahlung des Kaufpreises besteht, mag es sich nun um die Verpflichtung zur Barzahlung oder um eine solche zur Übernahme einer Schuld handeln. Auch § 1408 ABGB, der die Schuldübernahme im Falle des Erwerbes einer pfandrechtlich belasteten Liegenschaft regelt, ändert an diesem Grundsatz nichts, weil auch dort die Entlastung des frühreren Schuldners aus seiner persönlichen Haftung nur mit Zustimmung des Gläubigers - die allerdings nach Durchführung des dort beschriebenen Aufforderungsverfahrens vermutet wird - eintritt.

Auch das Wohnbauförderungsgesetz 1968, auf das sich die klagende Partei beruft, kennt keine davon abweichenden Vorschriften. Die beklagte Partei konnte demnach ihr Leistungsverweigerungsrecht - entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Meinung - nicht nur bis zur Verbücherung ihres Eigentumsrechtes (welcher Tag hiefür maßgeblich wäre, kann dahingestellt bleiben) ausüben, sondern bis zum Wirksamwerden der privativen Schuldübernahme. Ab Verbücherung des Eigentumsrechtes der Beklagten traf diese lediglich eine Sachhaftung, welche das Weiterbestehen der Schuld der klagenden Partei unberührt und daher auch den Kaufpreis nicht als vollständig bezahlt erscheinen ließ. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen erteilte das Land Wien die Zustimmung zur privativen Schuldübernahme erst mit Schreiben vom 15. März 1982 (Beilage .II), die E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\* mit Schreiben vom 11.Jänner 1982 (Beilage .O), jeweils unter Hinweis auf den Kauf und Wohnungseigentumsvertrag vom 28.November 1980. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, daß der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag (Beilage ./KKK) als Kaufvertrag bezeichnet wurde, jedoch in dessen Punkt V. auf eine diesen Vertrag angeschlossene Beilage ./B (bezeichnet als Wohnungseigentumsvertrag) verwiesen wird. Abgeschlossen wurden diese Verträge am 2. Oktober 1980, jedoch am 28.November 1980 (letzte Seite der Beilage ./KKK) ergänzt. Darauf ist es offensichtlich zurückzuführen, daß von den Darlehensgebern in ihren Schreiben der letztgenannte Tag als Vertragsdatum angeführt wurde. Das Erstgericht stellte sowohl die Erklärung der Gläubiger ihrem Wortlaut nach und zusätzlich fest, daß eine Erklärung mit dem Vertragsdatum 2.Oktober 1980 nicht abgegeben wurde. Dies schadet aber - wie gleichfalls das Berufungsgericht zutreffend ausführte - nicht, weil es sich dabei offensichtlich um ein und denselben Vertrag handelt, was im Wege der im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zulässigen Urkundenauslegung ohne weiteres wahrgenommen werden darf. Ein unzulässiges Abweichen von den erstgerichtlichen Feststellungen ohne Beweiswiederholung ist dadurch nicht gegeben.

Zusammenfassend ergibt sich daraus, daß die privative Schuldübernahme (= hier vollständige Zahlung des Kaufpreises und damit Untergang des Leistungsverweigerungsrechtes der Beklagten) bezüglich des Darlehens der Stadt Wien im März 1982, bezüglich des von der E\*\*\* Ö\*\*\* S\*\*\* gewährten Darlehens im Jänner 1982 wirksam wurden. Wie das Berufungsgericht gleichfalls zutreffend erkannte, konnte im Hinblick auf das Schreiben der Beklagten vom 23. März 1979 (Beilage 11/3) betreffend Mängelrüge und Ankündigung einer teilweisen Zahlungseinstellung und der folgenden Korrespondenz zwischen den Streitteilen keine Unklarheit darüber bestehen, daß sich die Leistungsverweigerung der Beklagten auf die Zahlung des Kaufpreises, also die in den vorgeschriebenen monatlichen Raten enthaltenen Annuitätenanteile für die beiden Darlehen bezieht. Eine andere Widmung der nicht bezahlten Beträge trat auch nicht durch das Schreiben der klagenden Partei vom 29. Jänner 1981 (Beilage .H) ein, wonach diese die zurückbehaltenen Beträge nicht auf das Darlehen der Stadt Wien beziehen werde, falls nicht die Beklagten noch ausdrücklich Gegenteiliges bekanntgeben. Die klagende Partei ist nämlich nicht berechtigt, eine einmal eindeutig vorgenommene und längere Zeit praktizierte Widmung der Zahlung eigenmächtig zu ändern. Der Widerspruch der klagenden Partei könnte höchstens zur Anwendung des § 1416 ABGB führen, was auch keine Änderung bringt, weil nach der Regel dieser Vorschrift Zahlungen auf eine nicht fällige Schuld - und um eine solche handelt es sich bei Beträgen, welche in Ausübung des Leistungsverweigerungsrechtes zur Durchsetzung der Mängelbehebung entfallen keinesfalls in erster Linie anzurechnen sind. Selbstverständlich konnte die klagende Partei gegen die Forderung der beklagten Partei auf Ausfolgung ihres Guthabens aus der Baukostenabrechnung auch nur mit anderen fälligen Forderungen, also nicht mit den berechtigterweise vom Leistungsverweigerungsrecht erfaßten Teilen der Vorschreibung aufrechnen. Diese Aufrechnungserklärung konnte sich daher nur auf die in den monatlich vorgeschriebenen Pauschalbeträgen enthaltenen Teile für Betriebskosten, Heizkosten und Verwaltungskosten beziehen. Gegenforderungen der Beklagten wegen der Kosten der Mängelbehebung und der wegen der bestehenden Mängel verbundenen Wertminderung der Wohnung wurden von den Vorinstanzen zutreffend nicht als zur Recht bestehend erkannt, weil die Beklagten durch ihr Begehren auf Mängelbehebung, daß sie derzeit sogar klageweise betreiben, ein Wahlrecht im Rahmen der Möglichkeiten des Gewährleistungsrechtes ausgeübt haben und zumindest solange, als nicht feststeht, daß die Mängelbehebung nicht erfolgen wird oder kann, die eingewendeten Ansprüche nicht haben.

Durch die Vertragsgestaltung betreffend die Zahlung des Kaufpreises durch privative Schuldübernahme - eine im Bereich der Errichtung und des Erwerbes von Eigentumswohnungen durchaus übliche Vorgangsweise - gehen die Beklagten nicht ihrer Gewährleistungsansprüche verlustig, sondern es stehen ihnen lediglich nicht alle im Rahmen des Gewährleistungsrechtes vorgesehenen Instrumente zur Verfügung. Forderungen aus einer Pflichtverletzung des Wohnungseigentumsorganisators oder des damit identen Verwalters wegen dieser Vertragsgestaltung stehen den Beklagten daher nicht zu.

Zusammenfassend ergibt dies folgendes Bild:

A) tatsächlich zurückbehaltener Betrag S 114.059,61

B) berechtigt einbehaltene Beträge:

a) Mai 1979 bis Februar 1981 laut

rk. (abweisendem) Teil des

Urteiles des Berufungsge-

richtes; dieser Betrag ist

der Entscheidung als Folge

der Rechtskraft zu Grunde zu

legen, obgleich die Summe

der in den einzelnen Monaten

zurückbehaltenen Beträge - so-

weit diese auf die jeweils vor-

geschriebenen Annuitätenan-

teile entfallen - etwas

geringer ist. S 40.281,53

b) März bis Dezember 1981:

(S 455,58 + 2.287,98) x 10 S 27.435,60

c) Jänner 1982:

S 2.403,25 + S 455,58 S 2.858,83

d) Februar und März 1982:

S 455,58 x 2 S 911,16 S 71.487,12

S 42.572,49

abzüglich aufgerechnetes Baukostenguthaben S 26.489,56

S 16.082,93

Es ist offensichtlich, daß dieser Differenzbetrag erst in dem im letzten Verfahrensabschnitt geltend gemachten Ausdehnungsbetrag Deckung findet, sodaß Zinsen erst ab 20.September 1982 mit dem (nicht bekämpften) Zinssatz von 9,5 % (Urteil der Vorinstanzen) berechtigt ist.

Bezüglich des Zinssatzes folgt der Oberste Gerichtshof den Vorinstanzen, zumal weil gegen den von ihnen verwendeten Prozentsatz im Rechtsmittelverfahren nichts vorgebracht wurde.

Es war daher wie im Spruch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidungen gründen sich auf die §§ 41, 43 Abs 1 sowie (bezüglich des Rechtsmittelverfahrens im zweiten Rechtsgang) 50 ZPO.

Die Beklagten obsiegten bis zur Tagsatzung vom 20.September 1982 zur Gänze, sodaß ihnen die klagende Partei bis dorthin alle zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten zu ersetzen hat.

In der Folge obsiegten die Beklagten mit S 71.487,12 das sind ca. 80 v.H. des Streitwertes von S 87.550,05. Sie haben daher Anspruch auf 60 v.H. der diesbezüglichen Kosten. Dies gilt auch für die Kosten der Berufungsverfahren.

Für die Kosten des Revisionsverfahrens gilt folgendes:

Da die Beklagten auf die Unzulässigkeit der Revision der klagenden Partei nicht hinwiesen, gebühren ihnen für die Revisionsbeantwortung keine Kosten.

Mit ihrer eigenen Revision obsiegten die Beklagten mit rund 65 v.H. und haben daher Anspruch auf Ersatz von 30 v.H. ihrer diesbezüglichen Kosten.

### **Anmerkung**

E14192

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0050OB00100.87.0608.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19880608\_OGH0002\_0050OB00100\_8700000\_000

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