jusline®
»» Recht. Schnell

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

# TE OGH 1988/1/12 4Ob586/87

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.01.1988

**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. Gamerith, Dr. Kodek, Dr. Niederreiter und Dr. Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz S***, Inhaber einer Tischlerei, Unterpurkla 19, vertreten durch Dr. Wolfgang Reinisch, Rechtsanwalt in Bad Radkersburg, wider die beklagte Partei Hans Christian H***, Vertreter, Bruck an der Mur, Bergstraße 33, vertreten durch Dr. Christa Grohmann, Rechtsanwalt in Bruck an der Mur, wegen S 67.200,-- s.A. infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 19. Mai 1987, GZ 1 R 94/87-32, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Kreisgerichtes Leoben vom 9. Februar 1987, GZ 4 Cg 11/86-22, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird Folge gegeben. Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß die Entscheidung wie folgt zu lauten hat:

"Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei S 67.200,-- samt 10 % Zinsen seit 11. Mai 1985 und 20 % Umsatzsteuer aus diesen Zinsen sowie die mit S 25.374,-- (darin enthalten S 1.598,80 Umsatzsteuer und S 7.787,20 Barauslagen) bestimmten Prozeßkosten binnen 14 Tagen bei Exekution zu bezahlen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 19.000,10 (darin enthalten S 909,10 Umsatzsteuer und S 9.000,-- Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen bei Exekution zu ersetzen.

**Text**

Entscheidungsgründe:

Der Beklagte bestellte zum Zweck der Erfüllung eines mit dem Bauherrn Peter B*** geschlossenen Vertrages beim Kläger 11 Fenster und drei Balkontüren. Der Kläger lieferte diese Fenster und Türen am 3. August 1984 direkt an die Baustelle und stellte dem Beklagten am selben Tag den Werklohn von S 67.200,-- in Rechnung. Am 4. August 1984 rügte der Beklagte gegenüber dem Kläger diverse Mängel. Anläßlich einer einige Tage später durchgeführten gemeinsamen Besichtigung der Fenster auf der Baustelle rügte der Beklagte noch weitere Mängel. Damals sagte der Kläger Verbesserungsarbeiten zu. Nach drei Verbesserungsversuchen waren noch immer nicht alle Mängel behoben. Auf entsprechende Vorhalte des Beklagten erklärte der Kläger, daß er in nächster Zeit "wieder einmal vorbeischauen" werde. Am 29. Oktober 1984 brachte der Beklagte dem Kläger ein Privatgutachten über die vorhandenen Mängel zur Kenntnis. Am 2. November 1984 verweigerte der Beklagte die Zahlung des Werklohnes "bis zur Behebung aller Schäden". Am 5. November 1984 benachrichtigte der Beklagte den Bauherrn von dem ihm mittlerweile zugegangenen, alle in dem Privatgutachten genannten Mängel umfassenden Verbesserungsvorschlag des Klägers. Der Bauherr lehnte jedoch die Vornahme von Verbesserungsarbeiten ab und erklärte am 9. November 1984 seinen Rücktritt vom Vertrag

mit dem Beklagten. Dieser verständigte hierauf am 6. Dezember 1984 den Kläger vom Rücktritt des Bauherrn und ersuchte ihn um Rücknahme der Fenster und Balkontüren binnen einer Woche. Am 11. Dezember 1985 erklärte der Kläger dem Beklagten, daß er selbst einen Sachverständigen mit der Prüfung der Fenster und Türen beauftragen wolle. Nachdem dieses Gutachten im April 1985 vorlag, bot der Kläger dem Beklagten die Behebung der darin festgestellten Mängel an.

Der Kläger begehrt vom Beklagten mit der vorliegenden Klage die Zahlung des Werklohnes von S 67.200,-- samt 10 % Zinsen seit 11. Mai 1985 und 20 % Umsatzsteuer aus den Zinsen. Er habe dem Beklagten und dem Bauherrn nach einigen Verbesserungsarbeiten die Behebung weiterer Mängel angeboten; diese hätten die Vornahme der Verbesserungsarbeiten abredewidrig abgelehnt. Da die Mängel behebbar seien, sei der Rücktritt des Beklagten unwirksam. Schließlich sei die Mängelrüge verspätet erhoben worden.

Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Der Kläger habe zwar die Verbesserung aller gerügten Mängel ausdrücklich zugesagt, doch sei diese Verbesserung trotz mehrerer Versuche nicht gelungen; alle Fenster und Türen wiesen nach wie vor erhebliche Mängel auf. Der Kläger habe nach der Aushändigung des Sachverständigengutachtens vom 29. Oktober 1984 über die vorhandenen Mängel keinerlei Versuche zu deren Behebung vorgenommen. Der Beklagte habe daher am 6. Dezember 1984 den Rücktritt vom Vertrag erklärt. Das Erstgericht wies die Klage ab. Aus den eingangs wiedergegebenen wesentlichen Feststellungen leitete es in rechtlicher Hinsicht ab, daß der Beklagte zum Vertragsrücktritt berechtigt gewesen sei, weil der Kläger die rechtzeitig gerügten Mängel nicht innerhalb angemessener Frist behoben habe. Gemäß § 1167 ABGB könne im übrigen auch bei Vorliegen wesentlicher behebarer Mängel die Wandlung des Werkvertrages verlangt werden. Der Beklagte habe auch die in § 1167 ABGB für das Verbesserungsbegehren geforderte Nachfrist in seinem Schreiben vom 6. Dezember 1984 gesetzt. Die Aufforderung, Fenster und Türen binnen einer Woche abzuholen, enthalte schlüssig auch die letzte Aufforderung, die noch vorhandenen Mängel zu beheben.

Das Berufungsgericht bestätigte das Ersturteil und sprach aus, daß die Revision zulässig sei. Es übernahm die vom Erstgericht getroffenen Feststellungen. Auf die Tatsachenrüge, daß einige Mängel nicht behebbar seien, sei nicht einzugehen gewesen, weil das Recht zur Wandlung eines Werkvertrages unabhängig von der Behebbarkeit der vorhandenen Mängel bestehe; es genüge, wenn die Mängel wesentlich seien. Der Vertragsrücktritt des Beklagten vom 6. Dezember 1984 sei wirksam; der Werkbesteller sei berechtigt, die Auflösung des Werkvertrages zu begehren, wenn Verbesserungsversuche mißlungen seien. Für die Vornahme der Verbesserungsarbeiten sei dem Kläger eine ausreichende Frist zur Verfügung gestanden; danach habe der Beklagte weitere Verbesserungsversuche nicht mehr gestatten müssen. Die im Prozeß erklärte Bereitschaft des Klägers, die notwendigen Verbesserungen vorzunehmen, sei somit ohne rechtliche Bedeutung. Die Frist zur Vornahme von Verbesserungsarbeiten müsse nicht ausdrücklich gesetzt werden; es genüge, wenn sie gewährt werde. Selbst wenn man aber der Auffassung des Klägers folgen wollte, daß der Rücktritt des Beklagten nicht wirksam sei, wäre der Werklohnanspruch wegen der weiterhin vorhandenen Mängel noch nicht fällig.

Gegen dieses Urteil richtete sich die auf die Revisionsgründe nach § 503 Abs 1 Z 2 und 4 ZPO gestützte Revision des Klägers mit dem Antrag, die Urteile der Vorinstanzen im Sinne der Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern; hilfsweise stellt der Kläger auch einen Aufhebungsantrag.

Der Beklagte beantragt, der Revision nicht Folge zu geben.

**Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist berechtigt.

Der Kläger bekämpft die Ansicht der Vorinstanzen, daß der Werkvertrag durch die Erklärung des Beklagten vom 6. Dezember 1984 aufgelöst worden sei. Solange der Beklagte, der zunächst die Verbesserung verlangt habe, nicht eine angemessene Frist für die Vornahme der Verbesserungsarbeiten gesetzt und zugleich erklärt habe, daß er nach deren Ablauf die Verbesserung ablehne, könne er die getroffene Wahl nicht ändern und Wandlung begehren. Das bloße Gewähren einer ausreichenden Nachfrist genüge hier nicht; die ausdrückliche Regelung des § 1167 ABGB schließe eine analoge Anwendung des § 918 ABGB aus. Diese Ausführungen sind im wesentlichen berechtigt:

Da der Kläger im Auftrag des Beklagten Fenster und Türen für das Haus des Auftraggebers des Beklagten anfertigte, also eine individuelle Leistung zu erbringen hatte, liegt ein Werkvertrag vor. Für den Werkvertrag gelten die

allgemeinen Gewährleistungsvorschriften der §§ 922 ff so weit, als nicht § 1167 ABGB etwas anderes bestimmt. Nach dieser Vorschrift kann der Besteller bei wesentlichen Mängeln, die das Werk unbrauchbar machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwiderlaufen, vom Vertrag abgehen. Will er das nicht oder sind die Mängel weder wesentlich noch gegen die ausdrückliche Bedingung, so kann er die Verbesserung oder eine angemessene Minderung des Entgelts fordern. Zur Verbesserung muß er dem Unternehmer eine angemessene Frist setzen, mit der Erklärung, daß er nach deren Ablauf die Verbesserung ablehne. Der Werkunternehmer gerät mit der Verbesserung in Verzug, wenn er den Mangel bei Ablauf der Frist nicht behoben hat. Die Rechtsfolgen eines solchen Verzuges sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt (Koziol-Welser8 I 375; SZ 53/107; SZ 55/29). Mißglücken Verbesserungsversuche, dann kann der Mangel nach ständiger Rechtsprechung als unbehebbar behandelt und Wandlung begehrt werden (Gschnitzer in Klang2 IV/1, 532; HS 7333; HS 10877; SZ 50/85). Diese Wandlung wird gemäß § 932 ABGB - im Gegensatz zum Rücktritt nach § 918 ABGB - durch richterlichen Gestaltungsakt vollzogen (HS 10877 mwN). Die Gewährleistung muß nach§ 933 Abs 1 ABGB bei beweglichen Sachen binnen sechs Monaten gerichtlich geltend gemacht werden. Sachen, die der Werkunternehmer herzustellen hat, sind auch dann als beweglich anzusehen, wenn sie für den nachträglichen Einbau in ein Gebäude bestimmt sind (SZ 47/118). Die Geltendmachung durch Einrede bleibt jedoch dem Erwerber vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist den Mangel angezeigt hat (§ 932 Abs 2 ABGB).

Solange der Besteller für die Vornahme der Verbesserung keine Frist gesetzt hat, muß sie der Werkbesteller entgegennehmen (Koziol-Welser aaO 375); erst im Verzugsfall kann er von der getroffenen Wahl abgehen und Preisminderung (EvBl 1967/433) oder Wandlung begehren. Wurde die Verbesserung ohne Fristsetzung verlangt, dann kann sie allerdings auch nachträglich gesetzt werden (Koziol-Welser aaO; EvBl 1967/433). Die Fristsetzung für die Verbesserung ist nur dann erforderlich, wenn der Besteller einen Endpunkt festsetzen will, nach dessen Eintritt er die verlangte Verbesserung anzunehmen nicht mehr verpflichtet ist (EvBl 1977/39). Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte die vorhandenen Mängel am 4. August 1984 bzw. einige Tage danach anläßlich einer gemeinsamen Besichtigung der Fenster und Türen auf der Baustelle gerügt; der Kläger sagte die Verbesserung zu. Nach mehreren Verbesserungsversuchen waren noch immer nicht alle Mängel behoben. Auf die diesbezüglichen Vorhalte des Beklagten versprach der Kläger, "in nächster Zeit wieder einmal vorbeizuschauen". Daß der Beklagte die Mängel auch in der Folge nicht behob, nahm der Kläger zunächst nicht zum Anlaß, eine Frist für die Verbesserungsarbeiten zu setzen und nach deren fruchtlosem Ablauf die Wandlung zu erklären; er übermittelte dem Kläger vielmehr ein Privatgutachten über die vorhandenen Mängel und verweigerte am 2. November 1984 die Zahlung des Werklohnes des Klägers "bis zur Behebung aller Schäden". Er gab dadurch zu erkennen, daß er den Vertrag (noch immer) nicht auflösen, sondern weitere Verbesserungsarbeiten verlangen wollte. Erst nachdem der Kläger Vorschläge für die Durchführung der Verbesserung bzw. Vergleichsvorschläge erstattet, der Bauherr aber gegenüber dem Beklagten erklärt hatte, damit nicht einverstanden zu sein, verlangte der Beklagte am 6. Dezember 1984 die Rücknahme der Fenster und Türen binnen einer Woche. Diese Erklärung enthielt erstmals die Geltendmachung der Wandlung. Da der Beklagte dem Kläger aber bis dahin keine Frist für den Abschluß der Verbesserungsarbeiten gesetzt und für den Fall des fruchtlosen Verstreichens die Wandlung erklärt hatte, hätte die am 6. Dezember 1984 erklärte Wandlung erst mit dem weiteren Ablauf einer angemessenen Verbesserungsfrist wirksam werden können. Der Beklagte war jedoch nicht mehr bereit, Verbesserungsarbeiten vornehmen zu lassen; die in seinem Schreiben genannte Frist von einer Woche wurde nur für die Abholung der Fenster gewährt. Somit konnte der Kläger nach dem 6. Dezember 1984 auch nicht mehr annehmen, daß der Beklagte noch mit Verbesserungsarbeiten einverstanden sei. Eine Fristsetzung ist zwar nach der Rechtsprechung im Fall der Verweigerung der Verbesserung durch den Werkunternehmer nicht erforderlich; auch die erfolglose Aufforderung zur Mängelbehebung wird von der Rechtsprechung ebenso behandelt (Reischauer in Rummel, ABGB Rz 12 zu § 932 und die dortigen Judikaturhinweise). Der Kläger hat sich jedoch nach der letzten Aufforderung vom 2. November 1984 nicht geweigert, die Verbesserung vorzunehmen; er hat vielmehr seine Bereitschaft erklärt, die erforderlichen Arbeiten durchzuführen. Da die vom Beklagten am 6. Dezember 1984 erklärte Wandlung den Vertrag somit nicht aufgelöst hat, steht dem Kläger der Anspruch auf Zahlung des Werklohnes zu. Der Beklagte kann die Zahlung nicht mit der Begründung verweigern, daß das Werk nicht vollendet sei, hat er doch nach dem 6. Dezember 1984 die Verbesserung nicht mehr zugelassen (Krejci in Rummel aaO Rz 6 zu § 1170; SZ 49/9). Da der Beklagte nur Wandlung, nicht aber auch Preisminderung geltend gemacht hat, kann der Kläger trotz des Vorliegens von Mängeln den vollen Werklohn begehren. Infolge seiner Weigerung, weitere Verbesserungsarbeiten zuzulassen, ist dem Beklagten allerdings nur die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes verwehrt; sein Verbesserungsanspruch ist dadurch nicht erloschen.

Die - gerügte - Feststellung, daß diverse Mängel unbehebbar seien, hat auf die Beurteilung der Fälligkeit des Werklohnanspruches keinen Einfluß. Abgesehen davon, daß der Beklagte die Wandlung nur wegen erfolgloser Mängelbehebungsversuche, nicht aber wegen unbehebbarer Mängel begehrt hat, ist der Austausch mangelhafter Teile einer Gesamtsache durch mangelfreie Stücke bzw. Bestandteile als Verbesserung anzusehen (Bydlinski in Klang2 IV/2, 161;

JBl 1982, 38). Diese Art der Verbesserung darf nur keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern (Koziol-Welser aaO 375;

SZ 55/29). Auch der Werkunternehmer ist im Rahmen der Verbesserung zur Neuherstellung von Teilen verpflichtet; nur die Pflicht zur völligen Neuherstellung des Werkes wird von der Rechtsprechung (EvBl 1967/322) und einem Teil der Lehre verneint

(Ehrenzweig2 II/1, 520; Adler-Höller in Klang2 V 396; aA Koziol-Welser aaO 375 und Reischauer aaO Rz 3 zu § 1167). Die Feststellungen, wonach der zu geringe Flügelüberschlag, die zu tiefen Öffnungen für die Schließplatten und die zu stark abgerundeten Kanten (jeweils bei einzelnen Rechnungspositionen) unbehebbare Mängel seien, kann daher nur dahin aufgefaßt werden, daß die davon betroffenen Bestandteile des Gesamtwerk nicht verbessert werden können, eine Verbesserung durch Neuherstellung dieser Teile aber möglich ist. Unbehebbare Mängel, die den Verbesserungsanspruch ausschließen würden, liegen daher nicht vor.

Der Werklohnanspruch des Klägers besteht daher zu Recht. Auch die ab 11. Mai 1985 geltend gemachten Verzugszinsen konnten zugesprochen werden, weil der Werklohn in diesem Zeitpunkt infolge der unberechtigten Weigerung des Beklagten, weitere Verbesserungsarbeiten entgegenzunehmen, bereits fällig geworden war. Für die Höhe der geltend gemachten, die gesetzlichen Verzugszinsen übersteigenden Zinsen fehlt zwar in den Feststellungen eine entsprechende Grundlage. Der Kläger hat aber eine Urkunde vorgelegt, aus der sich ergibt, daß er seinen Betriebsmittelkredit um S 70.000,-- überzogen und dafür vom 11. Mai 1985 bis 31. Dezember 1985 15 % Zinsen gezahlt hat; für das Jahr 1986 wurde ihm die Berechnung von 14,75 % Zinsen angekündigt. Das allgemeine Zinsniveau ist zwar in der Zwischenzeit gesunken; einer Aufhebung der Urteile der Vorinstanzen zur Klärung der Höhe der vom Kläger tatsächlich gezahlten Zinsen bedarf es jedoch nicht, weil unter den vorliegenden Umständen davon ausgegangen werden kann, daß der Kläger für die Kreditüberziehung jedenfalls Zinsen in der Höhe der geltend gemachten Verzugszinsen zu zahlen hat (§ 273 ZPO). Auf den Ersatz des die gestzlichen Verzugszinsen übersteigenden Schadens hat der Kläger nach dem hier anzuwendenden Art. 8 Nr.2 der 4. EVHGB ebenso Anspruch (SZ 51/172 uva) wie auf die von diesen Zinsen geltend gemachte Umsatzsteuer (SZ 52/42).

Aus den dargelegten Gründen war der Revision Folge zu geben. Die Entscheidung über die Kosten des Verfahrens erster Instanz gründet sich auf § 41 ZPO, jene über die des Rechtsmittelverfahrens zusätzlich auf§ 50 ZPO.

Vom Verzeichnis des Klägers über die Kosten des Verfahrens erster Instanz war jedoch insoweit abzugehen, als nur die tatsächlich zu entrichtenden Barauslagen aus den erlegten Kostenvorschüssen berücksichtigt werden konnten.

**Anmerkung**

E12983

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:0040OB00586.87.0112.000

**Dokumentnummer**

JJT_19880112_OGH0002_0040OB00586_8700000_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