

# TE OGH 1980/1/17 7Ob654/79

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.01.1980

## Norm

ABGB §1165

ABGB §1167

## Kopf

SZ 53/7

## Spruch

Der Besteller kann die Verbesserung eines mangelhaften Werkes trotz hoher Kosten begehrten, wenn der Aufwand nicht geradezu unverhältnismäßig ist

OGH 17. Jänner 1980, 7 Ob 654/79 (OLG Linz 2 R 43/79; LG Salzburg 5 Cg 533/74)

## Text

Die Beklagte beauftragte die Klägerin mit der Lieferung und der Montage von Trennwänden, Kleiderschränken und Umkleidekabinen (28 Wechselkabinen und 84 Einzelkabinen) aus Einscheibensicherheitsglas mit den notwendigen Haltevorrichtungen für das Hallenschwimmbad des Kurzentrums Bad H. Für die Leistungen der Klägerin vereinbarten die Streitteile eine mit dem Tag der Abnahme der Anlage beginnende Gewährleistungsfrist von zwei Jahren. Auf den vereinbarten Gesamtpreis von 1 901 879.45 S zahlte die Beklagte nur 610 529 S. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin von der Beklagten die Entrichtung ihres restlichen Werklohnes von 1 291 350.45 S samt Stufenzinsen. Die Beklagte beantragt Klagsabweisung und behauptet, daß die Klagsforderung noch nicht fällig sei, weil die von der Klägerin errichteten Umkleidekabinen mit erheblichen behebbaren Mängeln behaftet seien. Außerdem macht die Beklagte eine ihr aus dem Titel des Schadenersatzes, des vereinbarten Pónales und der Wertminderung des errichteten Werkes zustehende Gegenforderung von 1 619 523 S samt Anhang aufrechnungsweise bis zur Höhe der Klagsforderung geltend.

Das Erstgericht wies das Klagebegehrten ab. Nach seinen Feststellungen handelt es sich bei dem von der Klägerin unter dem Markennamen "C" vertriebenen Anlagensystem um eine gut durchdachte sinnvolle Anlagenkonstruktion mit fast unbegrenzter Haltbarkeit, bei der die Reinigung der Wandflächen und der Türen erleichtert wird und bei der auch die Fußbodenreinigung ohne Schwierigkeiten durchgeführt werden kann. Für das einwandfreie Funktionieren der "C"-Anlagen ist eine vollkommen maßgerechte rechtwinkelige Anlieferung der Glaseinzelteile erforderlich, bei welchen auch sämtliche Bohrungen genauestens auszuführen sind. Abweichungen von der Planimetrie (Durchbiegen der Glastafeln) können die Funktion beeinträchtigen und störende Farbunterschiede bewirken. Bei Erreichen der vollen Funktionsfähigkeit benötigen Ganzglasanlagen höchstens eine 3 mm breite Fuge. Das von der Klägerin verwendete vorgespannte Einscheibensicherheitsglas 8 mm Rohglas, emailliert, hat erzeugungsbedingte Größentoleranzen. Diese Toleranzen betragen bei den die Türpalten beeinflussenden Glasflächen +/- 1.5 mm. Für Abweichungen von der geraden Linie der Türoberkante zur Oberkante des Seitenteiles (Überzahn) gilt eine Toleranzgrenze von 3 mm.

Nachdem die Klägerin die Kabinenanlage mit Verzug aufgestellt hatte - der vereinbarte Liefertermin 10. Dezember 1972 konnte nicht eingehalten werden -, rügte die Beklagte am 29. Juni 1973 schriftlich ganz allgemein umfangreiche Mängel der Anlage und begehrte deren Behebung sowie die vollständige Lieferung des Werkes bis 31. Juli 1973. Gelegentlich der Erstellung des Mängelprotokolls vom 5. Februar 1974 wurden bei den Umkleidekabinen 40 Türspalten von 5 mm und mehr sowie Überzähne zwischen den Türen und Seitenteilen von 5 mm und mehr, das Durchbiegen der Gläser, Farbfehler und Farbschäden beanstandet, die einzelnen Maße wurden, soweit sie die Toleranzgrenze überschritten, schriftlich festgehalten. Auf Grund dieser Bemängelungen konnten nur die WC-Anlagen, die Trennwände und die Kleiderschränke, nicht aber die Umkleidekabinen abgenommen werden. Bei einer Fugenbreite von über 3 mm ist ein Durchschauen zwischen dem Türblatt und dem Seitenteil der Umkleidekabinen möglich. Es erfolgten daher schon Beschwerden der Badegäste. Die die Toleranzgrenzen übersteigenden Überzähne stören nur aus optischen Gründen. Der vom Erstgericht bestellte Sachverständige empfahl zur Mängelbehebung, die Kabinenanlagen ohne Rahmenkonstruktion in Gruppen bzw. Blöcken abzumontieren, nicht mehr verwendungsfähige Türen und Stirnwände zwischen den Türen durch solche mit entsprechenden Maßen zu ersetzen und die Kabinenanlage unter Einhaltung von 3 mm Fugen und Vermeidung eines Überzahns sowie Ausschaltung von Farbfehlern neu zu montieren. Nur durch eine solche Verbesserung, die im Jahre 1976 einen Kostenaufwand von zirka 350 000 S erfordert hätte, könnten bei der gegebenen Kabinenanlage die festgestellten Mängel der Umkleidekabinen beseitigt werden (große Verbesserung). Die Durchführung des vom Sachverständigen gemachten Alternativvorschlages mit einem zu erwartenden Kostenaufwand von 50 000 S (kleine Verbesserung) war nicht geeignet, die völlige Mängelfreiheit der Umkleidekabinen herbeizuführen. Mit dieser kleinen Verbesserung konnten nur Türspalten von über 6 mm vermieden und große Überzähne verhindert werden. Die verbleibenden Mängel hätten noch eine Preisminderung von 100 000 S gerechtfertigt. Die Unwirtschaftlichkeit einer solchen kleinen Verbesserung gab die Beklagte der Klägerin zu bedenken, lehnte aber eine völlige Mängelbehebung nicht ab. Die kleine Verbesserung nahm die Klägerin im Oktober 1976 vor. Trotzdem verblieben, wie eine Überprüfung durch den Sachverständigen am 7. November 1977 ergab, an den Kabinetttüren 35 Spalten mit 4 mm und 27 Spalten mit 4 1/2 bis 9 mm sowie an 111 Türen Überzähne von 4 bis 10 mm, die zum Teil ins Auge springen. Schon vor den im Oktober 1976 durchgeföhrten Verbesserungsarbeiten brachte die beklagte Partei unterhalb der Einzelkabinen Nr. 1 bis 84 Blenden an, deren Montage das Bohren von Löchern erforderlich machte. Der Anpreßdruck beim Bohren hatte auch Auswirkungen auf die Türspalten. Geringfügige Veränderungen an der Tragkonstruktion ergeben ebenso wesentliche Veränderungen an den Kabinen, wie die Benützung derselben schlechthin die Tragkonstruktion belastet und die Türspalten und Überzähne beeinflußt. Bei den Kabinen Nr. 1 bis 84 wurden außerdem zwischen Oktober 1976 und dem 7. November 1977 von der Beklagten die oberen Leichtmetallstabilisierungsrohre zur Anbringung von Abdeckgittern zum Zwecke der Diebstahlssicherung sechsmal angebohrt. Auch diese Arbeiten hatten eine Versteifung des oberen Stabilisierungsgestänges zur Folge und hätten im Zusammenwirken mit der Türspalteneinstellung erfolgen müssen. Bei einer Einzelkabine ist das Distanzgestänge verbogen und die Tür um mindestens 7 mm zu tief montiert. Die Einzelkabinen Nr. 37 bis 40 sind gewaltsam schief verschoben. Obwohl bei den Wechselkabinen keine Veränderungen durch die beklagte Partei vorgenommen wurden, ergab auch dort die Befundaufnahme des Sachverständigen vom 7. November 1977 Türspalten bis zu 5 mm und Überzähne bis zu 9 mm. Bei einer neuerlichen Besichtigung der Anlage am 20. Oktober 1978 wurde vom Sachverständigen festgestellt, daß die im Oktober 1976 durchgeföhrten Verbesserungen auch wegen der in der Gesamtkonstruktion der Kabinen gelegenen Bewegungen, die laufend Überzähne und Spalten beeinflussen, nicht von Dauer waren. Das Erstgericht war der Ansicht, das von der Klägerin begehrte Entgelt sei noch nicht fällig.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil unter Rechtskraftvorbehalt auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Prozeßgericht erster Instanz zurück. Es war der Ansicht, daß die von der Beklagten am 29. Juni 1973 erhobene schriftliche Mängelrüge im Hinblick auf die vereinbarte zweijährige Gewährleistungsfrist rechtzeitig gewesen sei. Bei den über 3 mm breiten Fugen der Türen der Umkleidekabinen handle es sich um einen wesentlichen Funktionsmangel. Die Beklagte hätte daher vom Vertrag abgehen können. Da sie ein derartiges Begehr nicht gestellt habe, könne sie nur mehr die Verbesserung des mangelhaften Werkes oder eine angemessene Minderung des Entgeltes fordern. Die Verbesserung könne allerdings die Beklagte nur dann begehr, wenn sie der Klägerin nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand verursachen würde. Ob dies der Fall sei, könne nur an Hand der Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Sei aber das Werk mit wesentlichen Mängeln behaftet, so müsse der Unternehmer zu deren Behebung unter Umständen hohe Kosten aufwenden, weil er nur durch die Beseitigung

der Mängel die widmungsgemäße Funktionsfähigkeit des Werkes verschaffen könne. Bei den die Toleranzgrenze überschreitenden Überzähnen der Kabinetturen handle es sich bloß um optisch störende Mängel, die durch eine Preisminderung ausgeglichen werden könnten. Die vollständige Beseitigung der zu breiten Türspalten der Kabinetturen erfordere die Durchführung der vom Sachverständigen vorgeschlagenen "großen Verbesserung". Zur Frage der Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwandes für diese "große Verbesserung" habe jedoch das Erstgericht nicht Stellung genommen. Komme nämlich eine solche Verbesserung wegen der damit verbundenen unverhältnismäßig hohen Kosten nicht in Frage, so könnte die Beklagte im Rahmen ihres Gewährleistungsanspruches nur Preisminderung begehrten und wäre daher nicht berechtigt, die Errichtung der noch aushaftenden, ungefähr zwei Drittel der Rechnungssumme darstellenden restlichen Entgeltforderung der Klägerin zu verweigern. Die Anwendung der Bestimmung des § 1170 ABGB durch das Erstgericht sei daher verfehlt oder zumindest verfrüht.

Der Oberste Gerichtshof gab dem Rekurs der Beklagten Folge, hob den angefochtenen Beschuß auf und trug dem Berufungsgericht eine neue Entscheidung über die Berufung der Klägerin auf.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus der Begründung:

Bei der rechtlichen Beurteilung ist davon auszugehen, daß die Klägerin ein den besonderen Bedürfnissen und Wünschen der Rekurswerberin entsprechendes Werk herzustellen hatte. Es liegt somit ein Werkvertrag im Sinne der §§ 1165 ff. ABGB vor. Das Entgelt aus einem Werkvertrag ist in der Regel erst nach vollendetem Werk zu entrichten (§ 1170 ABGB). Der Unternehmer hat daher das Werk grundsätzlich als Vorleistung zu bewirken (Adler - Höller in Klang[2] V, 417; SZ 23/26 u. a. m.). Nach der herrschenden Rechtsprechung kann auch der Besteller, der die unvollständige Errichtung des Werkes angenommen, die Gegenleistung aber noch nicht erbracht, sondern die Verbesserung des Werkes verlangt hat, die Zahlung des gesamten oder des noch aushaftenden restlichen Entgeltes bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrages durch den Unternehmer, somit bis zur Verbesserung des mangelhaften Werkes, verweigern. Dieses Vorgehen soll dem Besteller die Erlangung eines mängelfreien Werkes sichern und ist außerdem ein geeignetes Mittel, den Vertragspartner zu einer umgehenden Verbesserung und Vollendung des Werkes zu bestimmen und den Besteller der undankbaren Aufgabe zu entheben, selbst die Beseitigung der Mängel durch einen anderen Unternehmer erreichen zu müssen. Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages steht daher dem Besteller gegenüber dem auf Zahlung des Werklohnes klagenden Unternehmer auch bei Vorliegen geringer Mängel zu. Dieses Recht findet seine Grenze nur in dem im § 1295 Abs. 2 ABGB normierten, nicht nur für den Bereich des Schadenersatzrechtes geltenden Grundsatz, daß die Ausübung eines Rechtes nicht zur Schikane ausarten darf (SZ 39/27; SZ 48/108; JBl. 1970, 371; HS 6482; 7 Ob 502/79).

Die von der Klägerin errichteten Umkleidekabinen (28 Wechselkabinen und 84 Einzelkabinen) weisen zum Teil weit über die Toleranzgrenze hinausgehende Türspalten und sogenannte Überzähne auf. Ob es sich bei den übergroßen Spalten der Kabinetturen um einen wesentlichen Mangel im Sinne des § 1167 ABGB handelt, kann dahingestellt bleiben, weil die Rekurswerberin ihren Rücktritt vom Vertrag nicht erklärt hat. Das Recht, die Verbesserung des Werkes oder eine angemessene Minderung des Entgeltes zu fordern, steht indes der Rekurswerberin auch bei Vorliegen unwesentlicher behebbarer Mängel zu (Adler - Höller in Klang[2] V, 395f.; SZ 39/208; 1 Ob 97/75; zuletzt 1 Ob 658/78). Die Verbesserung des Werkes kann allerdings dessen Besteller nur dann begehrten, wenn sie möglich ist und nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (Adler - Höller in Klang[2] V, 395 f.). Ob die Verbesserung des Werkes einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde, ist eine Rechtsfrage, die entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichtes auf Grund der unbekämpft gebliebenen Feststellungen des Erstgerichtes bereits abschließend beurteilt werden kann. Unverhältnismäßig ist nämlich der für eine Verbesserung erforderliche Aufwand dann, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hiezu erforderlichen Kosten so gering ist, daß Vorteil und Aufwand im auffallenden Mißverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (Adler - Höller in Klang[2] V, 396 Anm. 31; JBl. 1960, 445; EvBl. 1975/18; vgl. auch Ballerstedt in Soergel - Siebert, Komm. zum BGB[10] II/3, 275, zu der mit § 1167 zweiter Satz ABGB weitgehend übereinstimmenden Regelung des § 633 Abs. 2 BGB). Der Umstand, daß die Verbesserung des Werkes dem Unternehmer hohe Kosten verursacht, reicht für die Annahme der Unverhältnismäßigkeit des Kostenaufwandes für die Mängelbeseitigung nicht aus. Selbst wenn die Kosten der Mängelbeseitigung den Wert des Werkes übersteigen, rechtfertigt dies allein noch nicht die Annahme eines unverhältnismäßigen Verbesserungsaufwandes (SZ 25/277; VersR 1973, 873).

Die von der Klägerin errichteten Umkleidekabinen erfüllen ihren Zweck nur dann, wenn sich deren Benutzer in diesen unbeobachtet entkleiden können. Weisen daher die Türen der Umkleidekabinen teilweise so große Spalten auf, daß selbst Vorübergehende die Badegäste beim Umkleiden beobachten können, so führt dies zwangsläufig zu Beschwerden der Kabinenbenutzer bei der Rekurswerberin. Die Beseitigung dieser Mängel ist daher für einen ungestörten Badebetrieb im Hallenschwimmbad der Rekurswerberin unerlässlich. Zur vollständigen Beseitigung der Mängel der Umkleidekabinen (übergroße Türspalten und Überzähne) ist aber die vom Sachverständigen aufgezeigte "große Verbesserung" erforderlich, die im Jahre 1976 350 000 S gekostet hätte. Wenn auch dieser Kostenaufwand verhältnismäßig hoch gewesen wäre, so kann er im Hinblick auf den dadurch für die Rekurswerberin erzielbaren Vorteil nicht als unverhältnismäßig im Sinne des § 1167 ABGB betrachtet werden. Die Rekurswerberin war daher berechtigt, von der Klägerin die vom Sachverständigen vorgeschlagene "große Verbesserung" zu begehrn. Die Klägerin hat jedoch nur die vom Sachverständigen angeregte "kleine Verbesserung" vorgenommen, die nicht zur völligen Beseitigung der vorgenannten Mängel geführt hat. Damit hat aber die Klägerin ihrer Verbesserungspflicht nicht entsprochen.

Zu Unrecht erachtet das Berufungsgericht die Rechtssache auch deshalb nicht für spruchreif, weil die "große Verbesserung" nicht mehr durchführbar sei. Das Berufungsgericht übersieht zunächst, daß auch die Wechselkabinen, an welchen von der Rekurswerberin keine Veränderungen vorgenommen wurden, bei der Befundaufnahme durch den Sachverständigen am 7. November 1977 zahlreiche übergroße Türspalten und Überzähne bis zu 9 mm aufwiesen. Hinsichtlich dieser Wechselkabinen hat daher die Klägerin dem Begehrn nach Verbesserung des eine Einheit darstellenden Werkes nicht entsprochen und damit ihre Verpflichtungen aus dem mit der Rekurswerberin abgeschlossenen Werkvertrag nicht erfüllt. Diese ist daher schon aus diesem Grunde berechtigt, die Entrichtung des restlichen Entgeltes der Klägerin zu verweigern.

Die Vornahme der bereits erwähnten Veränderungen an der Tragkonstruktion der Umkleidekabinen hätte überdies nur dann den Verlust des Verbesserungsanspruches der Rekurswerberin zur Folge gehabt, wenn durch sie die Mängelbehebung unmöglich geworden wäre. Nur in diesem Falle müßte sich die Rekurswerberin hinsichtlich der Mängel der Einzelkabinen mit einer Preisminderung begnügen. Sollten diese Veränderungen nur eine Vergrößerung des Verbesserungsaufwandes zur Folge haben, so werden die hiedurch verursachten Mehrkosten von der Rekurswerberin zu tragen sein. Für die Annahme, daß sich diese allfälligen Mehrkosten nicht mehr ermitteln ließen, sind derzeit keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Die Rechtssache ist somit im Sinne einer Bestätigung des Ersturteiles spruchreif.

#### **Anmerkung**

Z53007

#### **Schlagworte**

Gewährleistung, Verbesserungsanspruch bei hohem Kostenaufwand, Verbesserung bei hohem Kostenaufwand, Werkvertrag, Verbesserung trotz hoher Kosten

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

ECLI:AT:OGH0002:1980:0070OB00654.79.0117.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19800117\_OGH0002\_0070OB00654\_7900000\_000

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