

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

13.03.2001

Geschäftszahl

5Ob44/01h

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Klinger als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Floßmann, Dr. Baumann und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofes Dr. Hurch und Dr. Kalivoda als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hermann T*****, vertreten durch Dr. Hans-Peter Just, Rechtsanwalt in Eferding, gegen die beklagte Partei P*****gesmbH, *****, vertreten durch Dr. Josef Broinger, Dr. Johannes Hochleitner und Mag. Bernd Thiele, Rechtsanwälte in Eferding, wegen restlich S 111.871,07 s. A., infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichtes Wels als Berufungsgericht vom 6. November 2000, GZ 21 R 327/00p-27, mit dem das Urteil des Bezirksgerichtes Eferding vom 24. Mai 2000, GZ 6 C 193/99x-20, bestätigt wurde, folgenden

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen die mit S 8.112,-- (darin enthalten S 1.352,-- Ust) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung zu ersetzen.

Text**Begründung:**

Das Berufungsgericht hat die Revision gegen seine das erstinstanzliche Urteil bestätigende Entscheidung zwar für zulässig erklärt, weil die Frage zu klären sei, ob die Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik bei der Verlegung eines schwimmenden Estrichs (durch das Weglassen der das richtige Ausfeuchten gewährleistenden Trennfolie) an sich schon einen Mangel des Werks begründet, der dem Unternehmer die Beweislast für den (im gegenständlichen Fall nicht zu 100 % feststehenden) Ausschluss eines Festigkeitsabfalls aufbürdet, doch liegen die in § 502 Abs 1 ZPO normierten Voraussetzungen für die Anrufung des Obersten Gerichtshofes nicht vor:

Die beklagte Partei, die von ihrem Auftraggeber (dem Eigentümer der betreffenden Wohnung) das auf die Estrichverlegung entfallende Entgelt bereits zur Gänze erhalten hat, verweigert der Klägerin (ihrem Subunternehmer) die Bezahlung des Werklohns unter Berufung auf das ihr wegen der fehlenden Trennfolie gemäß §§ 1052, 1167 ABGB zustehende Leistungsverweigerungsrecht. Dass sie dennoch zur Zahlung des Werklohns verurteilt wurde, ist auch, aber keineswegs ausschließlich damit begründet worden, dass sie den ihr obliegenden Nachweis einer nicht ausreichenden (normgerechten) Festigkeit des Estrichs schuldig geblieben sei; es besteht vielmehr ein anderer tragfähiger Grund für die Stattgebung des Klagebegehrens, was der vom Berufungsgericht aufgeworfenen Rechtsfrage (und auch der im Rechtsmittel geltend gemachten Aktenwidrigkeit) die Entscheidungsrelevanz nimmt.

Das Weglassen der nach den Regeln der Technik und der einschlägigen ÖNORM B 2232 zwischen Dämmung und Estrich einzubringenden Abdeckfolie wurde ohnehin als Mangel des Werks qualifiziert. Der Mangel wurde allerdings nicht als verbesserungsfähig angesehen (und vom Erstgericht bloß zum Anlass für eine Preisminderung genommen), weil seine Behebung die gänzliche Entfernung und Neuherstellung des Estrichs erfordern würde (ein ähnlicher Aufwand wäre erforderlich, um mit 100 %iger Sicherheit zu klären, ob die vom Sachverständigen durch Ritz- und Belastungsproben festgestellte Festigkeit bis in die untersten Schichten reicht).

Rechtliche Beurteilung

Nun setzt das Leistungsverweigerungsrecht des Werkbestellers nach herrschender Judikatur einen aufrechten Verbesserungsanspruch voraus (SZ 56/59; RdW 1984, 41; SZ 62/169; JBI 1992, 243; ecolex 1993, 83 ua). Ein solcher fehlt, wenn die begehrte Verbesserung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (§ 1167 ABGB). Das ist nach der Judikatur dann der Fall, wenn der Verbesserungsaufwand in keinem Verhältnis zu dem dadurch für den Besteller zu erzielenden Vorteil aus der Verbesserung und dem Nachteil steht, den für ihn der Mangel bedeutet. Dabei kommt es nicht allein auf die Höhe der Verbesserungskosten an; es ist vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen (JBI 1990, 461). Auch ein allfälliger Anspruch auf Neuherstellung des Werks ist an diesen Grundsätzen zu messen (vgl Rebhahn in Schwimann2, Rz 50 zu § 1167 ABGB).

Hier bestehen keinerlei Anzeichen dafür, dass die Festigkeit des Estrichs durch das Weglassen der Trennfolie gelitten hat. Um diesen augenscheinlichen Befund des Sachverständigen zu erhärten oder zu widerlegen, müssten materialzerstörende Prüfungen vorgenommen werden. Die Einbringung der fehlenden Folie wäre überhaupt nur durch eine völlige Entfernung und Neuherstellung des Estrichs möglich, was wiederum schwere Beeinträchtigungen des Wohnungsinhabers mit sich brächte, die dieser mangels einer konkret abzusehenden Notwendigkeit der Schadensabwehr vielleicht gar nicht auf sich zu nehmen bereit ist.

Bei dieser Sachlage ist die Verneinung eines die Zurückbehaltung des Werklohns rechtfertigenden Verbesserungsanspruchs des Werkbestellers mit der Judikatur durchaus vereinbar, weshalb wie im Spruch zu entscheiden war.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.