

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

13.07.2007

Geschäftszahl

6Ob143/07h

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Pimmer als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schramm, Dr. Gitschthaler und Univ. Doz. Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Hans B*****, vertreten durch Dr. Friedrich Valzachi, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei D***** GmbH, ***** vertreten durch Dr. Ruth Hütthaler-Brandauer, Rechtsanwältin in Wien, wegen 9.300 EUR sA, über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Korneuburg als Berufungsgericht vom 10. Jänner 2007, GZ 21 R 493/06g-44, womit das Urteil des Bezirksgerichts Klosterneuburg vom 16. Juni 2006, GZ 14 C 1005/04d-34, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

1. Der Revision der klagenden Partei wird Folge gegeben. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden abgeändert, dass das Urteil wie folgt zu lauten hat:

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei den Betrag von

9.230 EUR samt 4 % Zinsen aus 8.630 EUR seit 20. 11. 2004 und aus 600 EUR seit 29. 11. 2005 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen und die mit 10.239,61 EUR (darin 1.099,93 EUR Umsatzsteuer und 2.653 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2. Das Mehrbegehren, die beklagte Partei habe der klagenden Partei weitere 70 EUR samt 4 % Zinsen seit 20. 11. 2004 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Text**Entscheidungsgründe:**

Der Kläger beauftragte die Beklagte mit Lieferung und Montage eines im Prospekt der Erzeugerfirma als „Kachelofen“ bezeichneten Ofens mit einem Heizeinsatz. Er hatte diesen aus dem Prospekt ausgewählt und in den Geschäftsräumlichkeiten der Beklagten besichtigt. Als Preis einschließlich der für den in Aussicht genommenen Standort erforderlichen Abänderungen und inklusive Montage waren 8.700 EUR vereinbart. Der Ofen wurde geliefert und von einem Subunternehmer der Beklagten, der seinerseits einen Subunternehmer beauftragt hatte, montiert.

Mit seiner Zahlungsklage begehrt der Kläger Wandlung und Rückzahlung des geleisteten Werklohns zuzüglich der Kosten für die Demontage des Ofens. Seine Ausführung sei nicht fachgerecht, er weise eine Reihe schwerer unbeherrschbarer Mängel auf. Eine Mängelbehebung durch die Beklagte sei gescheitert. Die von ihr nun vorgeschlagenen Maßnahmen seien unverhältnismäßig, weil sie einer Neuerrichtung gleichkämen. Eine solche komme nicht in Betracht, weil der Kläger kein Vertrauen (mehr) in die Fachkenntnisse der Beklagten habe.

Die Beklagte wendete ein, ihr Subunternehmer habe die Montage fachgerecht vorgenommen. Bei einem der Verbesserungsversuche sei ein Seil gerissen, dessen Reparatur der Kläger nicht mehr gestatte. Sie sei bereit, die vorhandenen, bloß geringfügigen Mängel zu verbessern.

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Rückzahlung des tatsächlich geleisteten Betrages einschließlich der Kosten für die Demontage des Ofens Zug um Zug gegen seine Rückgabe. Es stellte noch fest, anlässlich der Probefeurung habe sich gezeigt, dass die Sichtfenster des Ofens sehr stark verrußten. Der Geschäftsführer der Beklagten habe dies darauf zurückgeführt, dass die Montagefirma Ausschnittslöcher vergessen hat. Er habe daraufhin unter Mithilfe des Klägers Löcher ausgeschnitten und für die Mitarbeit des Klägers einen Preisnachlass von 70 EUR gewährt. Trotz dieser Arbeiten sei die Türe des Ofens weiterhin schwarz geworden,

worauf der Geschäftsführer der Beklagten festgestellt habe, dass sich die Luftzufuhr nicht ganz schließen lasse. Es sei ein weiterer Termin mit dem Subunternehmer der Beklagten zwecks Reparatur vereinbart worden. Dieser habe ein Problem beim Bautenzug festgestellt, und zwar habe dieser zu wenig Spielraum gehabt, um die Luftzufuhr ganz zu öffnen. Der Subunternehmer der Beklagten habe zwar Verbesserungsarbeiten vorgenommen, die Klappe habe sich aber dennoch nicht ganz senkrecht schließen lassen, weil der Weg des Bautenzuges zu kurz gewesen sei. Schließlich sei dem Subunternehmer eine Hülsenmutter abgerissen, sodass man ab diesem Zeitpunkt den Schuber wegen der beschädigten Führung überhaupt nicht mehr habe verstellen können. Der Subunternehmer der Beklagten habe, nachdem ein weiterer Versuch, den Schuber funktionsfähig zu machen, gescheitert sei, den Austausch des Bautenzuges vorgeschlagen und angekündigt, dass es dazu erforderlich sein werde, den Heizeinsatz herauszunehmen. Er sei sich aber nicht ganz sicher gewesen, wie dieser Austausch zu bewerkstelligen sein werde. Der Geschäftsführer der Beklagten habe dem Kläger schließlich angeboten, den Heizeinsatz herauszunehmen und die Zugluftklappe mit Seilzug zu erneuern, was der Kläger schließlich abgelehnt habe. In der Zwischenzeit habe die Marktgemeinde am Wohnort des Klägers den Weiterbetrieb des Ofens mit Bescheid vom 19. 11. 2004 untersagt. Als weitere behebbare Mängel stellte das Erstgericht einen Riss oberhalb der Glastüre, zwei fehlende Rohrschellen als Verbindung des Einsatzes zum Nachschaltkasten und zum Rauchfang sowie eine fehlende Stahlblechwand zwischen Heizeinsatz und Heizregister fest. Wer die - vom Sachverständigen als ungeeignet bezeichnete - Ytong-Verkleidung des Rauchfangs vorgenommen hatte, konnte das Erstgericht nicht feststellen. Es stellte hinsichtlich der Behebung der beschriebenen Mängel fest, der abgerissene Seilzug für die Verbrennungsluft lasse sich nur durch Ausbau des Heizregisters und Austausch des Seilzuges beheben. Im Zuge dieses Ausbaus könnten auch die übrigen vorhandenen Mängel behoben werden. Für die Behebung sei ein Arbeitsaufwand von einem Tag bei Einsatz von zwei Mann erforderlich, wobei das Aufstellen des gesamten Ofens zuvor eineinhalb Tage bei Einsatz von zwei Mann erfordert habe. Für den Abbau des Ofens seien dem Kläger Kosten von 600 EUR entstanden.

Rechtlich führte das Erstgericht aus, trotz Vorrang des Verbesserungsanspruchs müsse der Gewährleistungsberechtigte nicht mehrfache Verbesserungs- bzw Mängelbeseitigungsversuche hinnehmen. Die fehlgeschlagenen Verbesserungsversuche berechtigten den Kläger zur Wandlung Zug um Zug gegen Rückstellung der Sache. Das Berufungsgericht wies das Klagebegehren in Abänderung des erstgerichtlichen Urteils ab. Eine Wandlung komme nicht in Frage. Der Übernehmer könne zunächst nur Verbesserung oder den Austausch verlangen, Geldersatz nur dann, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wären oder der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigere oder nicht in angemessener Frist vornehme, diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden oder ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen nicht zumutbar wären. Bei - wie hier - geringfügigen Mängeln sei eine Wandlung ausgeschlossen. Der gerissene Bautenzug könne durch Herausnehmen des Heizeinsatzes und Einsetzen eines neuen Bautenzuges repariert werden. Der dafür erforderliche Arbeitsaufwand und die damit verbundenen Unannehmlichkeiten seien dem Kläger zumutbar. Die falsche Justierung des Bautenzuges und seine Beschädigung im Zuge der Behebungsversuche hätten nicht zu einer so tiefgreifenden Erschütterung des Vertrauensverhältnisses führen können, dass eine Wandlung berechtigt sein könnte.

Das Berufungsgericht sprach - über Antrag nach § 508 Abs 1 ZPO - aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei, weil die Rechtsprechung zum Vorrang des Verbesserungsanspruchs vor dem Wandlungsanspruch noch nicht endgültig gefestigt sei.

Die Revision des Klägers ist zulässig und berechtigt.

1. Der Kläger nimmt das Recht auf Wandlung des Werkvertrags über die Errichtung eines Ofens in seinem Wohnhaus in Anspruch. Die Beklagte beruft sich auf den Vorrang des Verbesserungsanspruchs. Eine Behebung der - nach Auffassung der Beklagten bloß geringfügigen - Mängel sei möglich und dem Kläger zumutbar. Er habe die Verbesserung ohne triftigen Grund verweigert.

Rechtliche Beurteilung

2. § 932 ABGB, der auch auf Werkverträge anzuwenden ist (§ 1167 ABGB), regelt die Rangordnung der Gewährleistungsbehelfe: Der Besteller hat primär Anspruch auf Verbesserung oder Austausch. Er kann die sekundären Gewährleistungsbehelfe, Preisminderung und Wandlung (nur) geltend machen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden sind, oder der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt oder diese Abhilfen für den Übernehmer (Besteller) mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden sind oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind. Die Wandlung setzt überdies voraus, dass der Mangel nicht geringfügig ist (P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 932 Rz 15 ff; 4 Ob 112/06h).

3. Wendet man diese Grundsätze im vorliegenden Fall an, muss sich der Kläger nicht auf den sonst vorrangigen Verbesserungsanspruch verweisen lassen. Der Kläger hat eine Verbesserung zugelassen. Sie wurde auch tatsächlich vom Geschäftsführer der Beklagten selbst und danach von seinem Subunternehmer, der den Ofen zuvor montiert hatte, versucht, blieb aber trotz mehrmaliger Versuche erfolglos. Der Subunternehmer hat

anlässlich seiner Versuche sogar eine Beschädigung der Anlage verursacht, was schließlich dazu führte, dass der Heizeinsatz hätte ausgebaut werden müssen, um die Zugluftklappe mit Seilzug erneuern zu können.

Der Oberste Gerichtshof hat bereits mehrfach ausgesprochen, dass der Übernehmer schon bei Misslingen des ersten Verbesserungsversuchs den Sekundärbehelf (Wandlung oder Preisminderung) in Anspruch nehmen kann (7 Ob 194/05p; 7 Ob 239/05f = JBl 2006, 585). An dieser Rechtsprechung ist unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien (RV 422 BlgNR 21. GP 18) und die im Schrifttum von Schauer (in FS Kramer (2004) 121) und P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB², § 932 Rz 6) vertretene Auffassung festzuhalten. Nach beiden Lehrmeinungen besteht ein Wandlungsanspruch selbst dann, wenn der Übergeber nach Scheitern des ersten Verbesserungsversuchs eine weitere Verbesserung anbietet und auch diese noch innerhalb der angemessenen Frist gelegen wäre.

Selbst wenn man mit Faber (Gewährleistungsrecht 151) und Kletecka (Gewährleistung Rz 16) einen zweiten Verbesserungsversuch nur dann ausschließen wollte, wenn er für den Übernehmer aus den im Gesetz genannten Gründen unzumutbar wäre, führte dies im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis, weil sich der Kläger mit Rücksicht auf die mangelhafte Ausführung und die vergeblichen, sogar zu einer Beschädigung führenden Verbesserungsversuche mit Recht darauf berufen konnte, dass ihm eine weitere, einer Neuerrichtung gleichkommende Verbesserung mangels Vertrauens in die Fachkenntnisse der Beklagten nicht zumutbar sei.

4. Nach Auffassung der Beklagten sind die Mängel geringfügig, eine Wandlung daher ausgeschlossen. Dem ist entgegenzuhalten, dass die mangelhafte Ausführung des Ofens zu einer bescheidmäßigen Untersagung seines Betriebs führte. Schon dieser Umstand steht der Annahme eines geringfügigen Mangels entgegen.

5. Der Wandlungsanspruch ist aus den angeführten Gründen berechtigt. Er führt zur Auflösung des Werkvertrags ex tunc. Für die Rückabwicklung ist § 1435 ABGB anzuwenden (Ofner in Schwimann ABGB³ § 932 Rz 70; Rummel in Rummel ABGB³ § 1435 Rz 2 jeweils mwN, 4 Ob 112/06h). Soweit beide Vertragspartner Leistungen erbracht haben, entstehen mit Auflösung des Vertrags beiderseitige Kondiktionsansprüche. Die beiderseitigen Leistungen sind in analoger Anwendung des § 877 ABGB Zug um Zug zurückzuerstatten. Die Zug um Zug-Verpflichtung kann in den Urteilsspruch aufgenommen werden. Voraussetzung ihrer Aufnahme durch das Gericht ist entweder ein entsprechendes Klagebegehren oder zumindest eine entsprechende, im Klagevorbringen zum Ausdruck kommende Bereitschaft des Klägers zur Erbringung der Gegenleistung, oder aber ein entsprechendes Einwendungsvorbringen des Beklagten (1 Ob 9/97y, 4 Ob 11206h; RIS-Justiz RS0107733).

Im vorliegenden Fall hat der Kläger weder ein entsprechendes Klagebegehren gestellt noch im Verfahren vorgebracht, dass er zur Herausgabe des Werks Zug um Zug gegen Rückzahlung des Werklohns bereit wäre. Auch die Beklagte hat keine entsprechende Einwendung erhoben. Eine Zug um Zug-Verpflichtung konnte daher - entgegen der Auffassung des Erstgerichts - nicht in den Urteilsspruch aufgenommen werden.

6. Der Zuspruch des eingeklagten Betrags ohne Aufnahme einer Zug um Zug Verpflichtung führt zu einer Neuberechnung der Verfahrenskosten. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 43 Abs 2 und 50 Abs 1 ZPO. Der Kläger war mit einem bloß geringfügigen Teil seines Anspruchs (70 EUR) unterlegen, der besondere Kosten nicht verursacht hatte. Es konnten ihm daher die gesamten Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen zugesprochen werden.