

# TE OGH 2007/12/18 1Ob152/07w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.12.2007

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Gerstenecker als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Univ.-Doz. Dr. Bydlinski, Dr. Fichtenau, Dr. E. Solé und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Klaus Furlinger und Dr. Christoph Arbeithuber, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei P\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Harald Ofner, Dr. Thomas Wagner, Mag. Edda Ofner und Dr. Martin Mahrer, Rechtsanwälte in Wien, wegen 20.657,14 EUR sA (Rekursinteresse 17.500 EUR), infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. März 2007, GZ 4 R 17/07k-44, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichts St. Pölten vom 15. November 2006, GZ 4 Cg 66/04p-39, aufgehoben wurde, den Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Rekurs wird zurückgewiesen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 834,48 EUR (darin 139,08 EUR Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin begehrte von der Beklagten die Rückzahlung des Kaufpreises von 17.500 EUR für eine gebrauchte Fräsmaschine aus dem Titel der Gewährleistung, der List, des Irrtums und des Schadenersatzes. Die Maschine arbeite entgegen ihrer ausdrücklichen Zweckbestimmung nicht präzise. Die Beklagte habe eine Verbesserung des Mangels abgelehnt, weshalb die Klägerin zur Wandlung berechtigt sei. Weiters forderte die Klägerin die Zahlung von insgesamt 3.014,67 EUR an anteiligen Transport-, Installations- und Überprüfungskosten sowie Kosten des Austausches eines Bauteils.

Die Beklagte wandte insbesondere die Verletzung der die Klägerin treffenden Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß § 377 HGB ein. Im Übrigen sei die Maschine mängelfrei bzw sei ein allfälliger Mangel erst nach Übergabe entstanden. Die Beklagte wandte insbesondere die Verletzung der die Klägerin treffenden Untersuchungs- und Rügeobliegenheit gemäß Paragraph 377, HGB ein. Im Übrigen sei die Maschine mängelfrei bzw sei ein allfälliger Mangel erst nach Übergabe entstanden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren hinsichtlich des Teilbetrags von 17.500 EUR statt und wies das Mehrbegehren - unangefochten - ab. Es sei ein versteckter Mangel vorgelegen, der rechtzeitig gerügt worden sei. Das Wandlungsbegehren bestehe daher zu Recht. Das Berufungsgericht hob das Ersturteil in seinem stattgebenden Teil

auf, verwies die Rechtssache insoweit zur ergänzenden Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück und sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Für die Klägerin sei das Vorliegen eines Mangels am 10. 6. 2003 evident gewesen. Die Rüge sei hingegen erst am 27. 6. 2003 - und somit verspätet - erfolgt. Die Beklagte sei allerdings sachlich auf die Mängelrüge eingegangen, was von der Klägerin nach Treu und Glauben so verstanden werden habe können, dass ein Verspätungseinwand nicht mehr erhoben werde. Es liege daher keine unrichtige rechtliche Beurteilung des Erstgerichts vor. Allerdings sei das Verfahren erster Instanz mit einem Mangel behaftet, zumal die Beklagte eine ergänzende Befund- und Gutachtenserstattung durch den beigezogenen Sachverständigen beantragt habe, um herauszufinden, welcher Systemfehler tatsächlich vorliege, wodurch dieser verursacht worden sei und wie lange die Maschine arbeite, bis Ungenauigkeiten auftreten; dies zum Beweis dafür, dass die Fehler der Maschine auf Mängel zurückzuführen seien, die erst nach Übergabe entstanden seien, bzw dass die Maschine bei optimalen Einsatzbedingungen überhaupt mangelfrei arbeite. Die auf Grund der Beweislastregel des § 924 ABGB der Beklagten obliegende Beweisführung, dass der Mangel erst nachträglich aufgetreten sei, wäre ihr durch die Abweisung des Antrags unter vorgreifender Beweiswürdigung genommen. Der Nachweis, es liege gar kein Mangel vor, dürfe nicht beschnitten werden. Die Ergänzung des Gutachtens sei unumgänglich, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass durch die Gutachtensergänzung die Mangelfreiheit erwiesen werde. Dieser Verfahrensmangel sei daher geeignet, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern. Das Erstgericht werde im fortgesetzten Verfahren eine ergänzende Befundaufnahme und Gutachtenserstellung durch den Sachverständigen nach fachgerechter Aufstellung der Maschine zu veranlassen haben. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zuzulassen, weil der Frage, ob die gemeinsame Untersuchung der Ware, ohne den Einwand der Verspätung der Mängelrüge zu erheben, als Verzicht auf den Einwand zu werten sei, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren hinsichtlich des Teilbetrags von 17.500 EUR statt und wies das Mehrbegehren - unangefochten - ab. Es sei ein versteckter Mangel vorgelegen, der rechtzeitig gerügt worden sei. Das Wandlungsbegehren bestehe daher zu Recht. Das Berufungsgericht hob das Ersturteil in seinem stattgebenden Teil auf, verwies die Rechtssache insoweit zur ergänzenden Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück und sprach aus, dass der Rekurs an den Obersten Gerichtshof zulässig sei. Für die Klägerin sei das Vorliegen eines Mangels am 10. 6. 2003 evident gewesen. Die Rüge sei hingegen erst am 27. 6. 2003 - und somit verspätet - erfolgt. Die Beklagte sei allerdings sachlich auf die Mängelrüge eingegangen, was von der Klägerin nach Treu und Glauben so verstanden werden habe können, dass ein Verspätungseinwand nicht mehr erhoben werde. Es liege daher keine unrichtige rechtliche Beurteilung des Erstgerichts vor. Allerdings sei das Verfahren erster Instanz mit einem Mangel behaftet, zumal die Beklagte eine ergänzende Befund- und Gutachtenserstattung durch den beigezogenen Sachverständigen beantragt habe, um herauszufinden, welcher Systemfehler tatsächlich vorliege, wodurch dieser verursacht worden sei und wie lange die Maschine arbeite, bis Ungenauigkeiten auftreten; dies zum Beweis dafür, dass die Fehler der Maschine auf Mängel zurückzuführen seien, die erst nach Übergabe entstanden seien, bzw dass die Maschine bei optimalen Einsatzbedingungen überhaupt mangelfrei arbeite. Die auf Grund der Beweislastregel des Paragraph 924, ABGB der Beklagten obliegende Beweisführung, dass der Mangel erst nachträglich aufgetreten sei, wäre ihr durch die Abweisung des Antrags unter vorgreifender Beweiswürdigung genommen. Der Nachweis, es liege gar kein Mangel vor, dürfe nicht beschnitten werden. Die Ergänzung des Gutachtens sei unumgänglich, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass durch die Gutachtensergänzung die Mangelfreiheit erwiesen werde. Dieser Verfahrensmangel sei daher geeignet, eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der Streitsache zu verhindern. Das Erstgericht werde im fortgesetzten Verfahren eine ergänzende Befundaufnahme und Gutachtenserstellung durch den Sachverständigen nach fachgerechter Aufstellung der Maschine zu veranlassen haben. Der Rekurs an den Obersten Gerichtshof sei zuzulassen, weil der Frage, ob die gemeinsame Untersuchung der Ware, ohne den Einwand der Verspätung der Mängelrüge zu erheben, als Verzicht auf den Einwand zu werten sei, über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Rekurs der Klägerin ist entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts - an den der Oberste Gerichtshof nicht gebunden ist (§ 526 Abs 2 ZPO) - mangels einer im Rekurs aufgeworfenen erheblichen Rechtsfrage unzulässig. Der Rekurs der Klägerin ist entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts - an den der Oberste Gerichtshof nicht gebunden ist (Paragraph 526, Absatz 2, ZPO) - mangels einer im Rekurs aufgeworfenen erheblichen Rechtsfrage unzulässig.

Die Klägerin argumentiert in ihrem Rekurs, dass die Aufhebung des Ersturteils deshalb nicht erforderlich gewesen sei, weil der Beweisantrag der Beklagten einen unzulässigen Erkundungsbeweis darstelle, den das Erstgericht zu Recht nicht aufgenommen habe. Der Beweisantrag nenne insbesondere keine konkreten Mangelursachen nach Übergabe. Was die Rügepflicht bzw -frist betreffe, so sei auf den Einwand der Rügepflichtverletzung tatsächlich konkludent verzichtet worden. Die gesamte Überprüfung wie auch der Probetrieb, im Besonderen die Vereinbarung, die Maschine noch einmal zu testen, und vor allem auch der Kostenaufwand hätten keinen Sinn gehabt, wenn bei „den daraus hervorkommenden Ergebnissen“ ohnedies jedenfalls „rügefristbedingte Ablehnung“ der Beklagten zu erwarten gewesen wäre. Im Übrigen habe der Sachverständige bei der Befundaufnahme nur durch Zufall die Ungenauigkeiten bei der „Nullzustellung“ entdeckt. Dass sich ein Kaufmann nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang auf die Suche nach Zufällen machen müsse, entspreche aber nicht der gesetzlichen Anordnung des § 377 HGB. Die Klägerin argumentiert in ihrem Rekurs, dass die Aufhebung des Ersturteils deshalb nicht erforderlich gewesen sei, weil der Beweisantrag der Beklagten einen unzulässigen Erkundungsbeweis darstelle, den das Erstgericht zu Recht nicht aufgenommen habe. Der Beweisantrag nenne insbesondere keine konkreten Mangelursachen nach Übergabe. Was die Rügepflicht bzw -frist betreffe, so sei auf den Einwand der Rügepflichtverletzung tatsächlich konkludent verzichtet worden. Die gesamte Überprüfung wie auch der Probetrieb, im Besonderen die Vereinbarung, die Maschine noch einmal zu testen, und vor allem auch der Kostenaufwand hätten keinen Sinn gehabt, wenn bei „den daraus hervorkommenden Ergebnissen“ ohnedies jedenfalls „rügefristbedingte Ablehnung“ der Beklagten zu erwarten gewesen wäre. Im Übrigen habe der Sachverständige bei der Befundaufnahme nur durch Zufall die Ungenauigkeiten bei der „Nullzustellung“ entdeckt. Dass sich ein Kaufmann nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang auf die Suche nach Zufällen machen müsse, entspreche aber nicht der gesetzlichen Anordnung des Paragraph 377, HGB.

Dazu ist auszuführen:

1. Insoweit das Berufungsgericht - ausgehend von einer richtigen Rechtsansicht - die Tatsachengrundlagen für ergänzungsbedürftig erachtet, kann dem nicht entgegengetreten werden, weil dem Obersten Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, die Prüfung, ob weitere Beweise aufzunehmen sind, verwehrt ist. Die Prüfung, ob zur Gewinnung der erforderlichen Feststellungen noch weitere Beweise notwendig sind, ist ein Akt der Beweiswürdigung (RIS-Justiz RS0043414). Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dass die Abweisung des Antrags der Beklagten auf Einholung eines ergänzenden Sachverständigen-Gutachtens deren Verteidigungsrechte in unzulässiger Weise einschränken und somit einen Verfahrensmangel darstellen würde, ist zumindest vertretbar. Die Beklagte hat in ausreichender Weise behauptet, dass die Maschine zum Zeitpunkt der Übergabe mangelfrei gewesen sei.

2. Was die Frage des konkludenten Verzichts auf die Einrede der Versäumung der Rügefrist anlangt, vertritt die Rekurswerberin ohnehin die Rechtsansicht des Berufungsgerichts. In der Rekursbeantwortung der Beklagten werden keine gegenteiligen Ausführungen gemacht. Die Behandlung dieses Themas kann daher unterbleiben.

Die Entscheidung hängt somit nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO ab. Der Rekurs der Klägerin ist folglich zurückzuweisen. Die Entscheidung hängt somit nicht von der Lösung einer erheblichen Rechtsfrage iSd Paragraph 502, Absatz eins, ZPO ab. Der Rekurs der Klägerin ist folglich zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet auf die §§ 50 Abs 1, 41 Abs 1 ZPO. Der Beklagten, die auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen hat, steht der Ersatz der Kosten ihrer Rekursbeantwortung zu. Die Kostenentscheidung gründet auf die Paragraphen 50, Absatz eins, 41 Absatz eins, ZPO. Der Beklagten, die auf die Unzulässigkeit des Rekurses hingewiesen hat, steht der Ersatz der Kosten ihrer Rekursbeantwortung zu.

#### **Anmerkung**

E86318 1Ob152.07w

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

ECLI:AT:OGH0002:2007:0010OB00152.07W.1218.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20071218\_OGH0002\_0010OB00152\_07W0000\_000

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)