

# TE OGH 1997/9/10 9Ob204/97h

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.09.1997

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Maier als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Bauer, Dr.Steinbauer, Dr.Spenling und Dr.Hradil als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei F\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Klaus Herke, Rechtsanwalt in Innsbruck, wider die beklagte Partei P\*\*\*\*\* Baugesellschaft mbH, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr.Gerald Gärtner, Rechtsanwalt in Innsbruck, wegen 346.302,20 S sA (Streitwert im Revisionsverfahren 247.996 S sA), infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 16.April 1997, 3 R 48/97a-66, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß§ 508a Abs 2 ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO zurückgewiesen.Die außerordentliche Revision der klagenden Partei wird gemäß Paragraph 508 a, Absatz 2, ZPO mangels der Voraussetzungen des Paragraph 502, Absatz eins, ZPO zurückgewiesen.

## Text

Begründung:

## Rechtliche Beurteilung

Es trifft zu, daß nach ständiger Judikatur der Besteller, der sich dafür entschieden hat, Preisminderung geltend zu machen, wegen solcher Mängel nicht mehr Verbesserung fordern kann (RIS-Justiz RS0021708, teilweise veröffentlicht in JBI 1990, 254 ua). Von der Ausübung dieses Wahlrechtes ist aber erst auszugehen, wenn einer unter Fristsetzung erfolgten Aufforderung zur Mängelbehebung die Erklärung beigelegt wird, daß nach Ablauf der Frist eine Verbesserung abgelehnt werde (SZ 39/208). Diese Rechtsprechung hat das Berufungsgericht beachtet. Ob der Inhalt des Schreibens vom 22.3.1995, ausgehend von den konkreten Umständen, dahin zu verstehen ist, daß die beklagte Partei damit für den Fall des ungenutzten Verstreichens der Frist eine weitere Verbesserung ablehnte und danach nur mehr einen Preisminderungsanspruch geltend machte, ist eine Frage des Einzelfalles, die nicht im Sinne des § 502 Abs 1 qualifiziert ist.Es trifft zu, daß nach ständiger Judikatur der Besteller, der sich dafür entschieden hat, Preisminderung geltend zu machen, wegen solcher Mängel nicht mehr Verbesserung fordern kann (RIS-Justiz RS0021708, teilweise veröffentlicht in JBI 1990, 254 ua). Von der Ausübung dieses Wahlrechtes ist aber erst auszugehen, wenn einer unter Fristsetzung erfolgten Aufforderung zur Mängelbehebung die Erklärung beigelegt wird, daß nach Ablauf der Frist eine Verbesserung abgelehnt werde (SZ 39/208). Diese Rechtsprechung hat das Berufungsgericht beachtet. Ob der Inhalt des Schreibens vom 22.3.1995, ausgehend von den konkreten Umständen, dahin zu verstehen ist, daß die beklagte Partei damit für den Fall des ungenutzten Verstreichens der Frist eine weitere Verbesserung ablehnte und danach nur

mehr einen Preisminderungsanspruch geltend machte, ist eine Frage des Einzelfalles, die nicht im Sinne des Paragraph 502, Absatz eins, qualifiziert ist.

Soweit die klagende Partei sich dagegen wendet, daß die Vorinstanzen davon ausgingen, daß nicht erwiesen sei, daß die beklagte Partei maßgebliche Mängelbehebungsarbeiten durchgeführt hat, bekämpft sie in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung. Mit der Rüge, das Erstgericht habe in diesem Zusammenhang seine Prozeßleitungsverpflichtung verletzt, macht die klagende Partei einen Verfahrensmangel geltend, der bereits Gegenstand des Berufungsverfahrens war. Das Berufungsgericht hat sich mit diesen Ausführungen auseinandergesetzt und ist zum Ergebnis gelangt, daß ein Mangel nicht vorliege. Ein vom Berufungsgericht verneinter Mangel kann jedoch im Revisionsverfahren nicht mehr geltendgemacht werden (SSV-NF 7/74 uva).

Ob es sich bei der zu geringen Plattendicke um einen unbehebbaren Mangel handelt, ist nicht entscheidungswesentlich. Es steht nämlich fest, daß behebbare Mängel vorliegen, die einen Verbesserungsaufwand von 77.238 S erfordern. Unter diesen Umständen gelangte das Berufungsgericht zu Recht zum Ergebnis, daß der Werklohn noch nicht fällig ist; bei einem Auftragswert von 331.953,70 S (Rechnung vom 16.11.1993) kann bei Mängeln, die einen Verbesserungsaufwand in der angeführten Höhe erfordern, die Zurückbehaltung des gesamten Werklohnes keineswegs als schikanös qualifiziert werden. Bei den Kosten, die durch den von der beklagten Partei verschuldeten verzögerten Baubeginn aufliefen (Stehzeiten für Maschine und Arbeiter) handelt es sich nicht um einen vom Werklohn trennbaren Schadenersatzanspruch, sondern um einen Anspruch der klagenden Partei auf einen aus diesem Grund erhöhten Werklohn, der ebenso wie der restliche Werklohn wegen der vorliegenden Mängel zurück behalten werden kann.

#### **Anmerkung**

E47327 09A02047

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

ECLI:AT:OGH0002:1997:0090OB00204.97H.0910.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19970910\_OGH0002\_0090OB00204\_97H0000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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