



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Oberlandesgericht Linz als Berufungsgericht hat durch Senatspräsident Dr. Wilhelm Jerczynski als Vorsitzenden sowie Mag. Edeltraud Kraupa und Mag. Hans Peter Frixeder in der Rechtssache der klagenden Parteien 1.) [REDACTED] 2.) [REDACTED] [REDACTED] beide [REDACTED] Linz, [REDACTED] vertreten durch Dr. Aldo Frischenschlager, Dr. Dieter Gallistl, Dr. Elfgund Frischenschlager, Rechtsanwälte in Linz, gegen die beklagte Partei [REDACTED] Baumeister, [REDACTED] vertreten durch Waitz - Obermühlner Rechtsanwälte OG in Linz, wegen EUR 14.731,20 über die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz vom 16. Februar 2011, 15 Cg 4/10x-14, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es einschließlich seiner unbekämpften Teile zu lauten hat:

„Zwischen- und Teilurteil

Das Klagebegehren nach Zahlung von EUR 14.731,20 samt 4 % Zinsen seit 8. März 2007 besteht dem Grunde nach zu Recht.

Das Zinsenbegehren, der Beklagte sei schuldig, den Klägern 4 % Zinsen aus EUR 14.731,20 vom 26. September 2006 bis 7. März 2007 zu bezahlen, wird abgewiesen.

Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.“

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist nicht zulässig.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Die Kläger haben mit der [REDACTED] Bauträger Gesellschaft mbH einen

Anwartschaftsvertrag betreffend den Erwerb einer Eigentumswohnung im Gebäude [REDACTED] Linz abgeschlossen. Der Beklagte als allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Immobilienwesen hatte gemäß § 13 BTVG den objektiven Baufortschritt festzustellen.

Die Kläger verlangen vom Beklagten Zahlung von EUR 14.731,20, da dieser rechtswidrig und schuldhaft eine unrichtige Baufortschrittsfeststellung erstellt habe. Der Beklagte habe das Vorliegen der Voraussetzungen für die Fälligkeit der Teilzahlungen in Höhe von 15 % des Restbetrages gemäß Punkt III. der Anwartschaftsverträge festgestellt, weshalb die Kläger diesen Betrag entsprechend dem Ratenplan an den Treuhänder bezahlten. Tatsächlich war zum Zeitpunkt der Befundung durch den Beklagten der Bauabschnitt „Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung“ nicht abgeschlossen gewesen. Im Anwartschaftsvertrag sei eine durchgreifende Erneuerung des Altbaus und die Errichtung eines Aufbaus vorgesehen gewesen. Bezüglich der Fenster im Bereich des bestehenden Altbaus sei ein Austausch der hofseitigen Außenfenster gegen neue Kunststofffenster sowie eine Sanierung der volksgartenseitigen Fenster vereinbart worden. Obwohl im Zeitpunkt der Befundung durch den Beklagten die volksgartenseitigen Kastenstockfenster noch nicht bearbeitet gewesen seien und offensichtliche und sofort für jedermann erkennbare gravierende Mängel aufgewiesen hätten, habe der Beklagte die Fertigstellung dieses Bauabschnittes bestätigt. Der Bauträger habe in der Folge die Sanierung verweigert. Eine ordnungsgemäße Sanierung durch Erneuerung der volksgartenseitigen Fenster koste EUR 14.731,20.

Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und brachte vor, dass er seiner Verpflichtung im vollen Umfang nachgekommen sei. Gravierende Mängel der Fenster iSd BTVG seien zu keinem Zeitpunkt vorgelegen und die für diesen Bauabschnitt geradezu typischen Leistungen vom Bauträger ordnungsgemäß erbracht worden. Eine Detailprüfung im Rahmen der Befundaufnahme sei nicht seine Aufgabe gewesen, ebenso wenig habe er eine Bewertung allfälliger Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche vorzunehmen oder diesbezüglich Erhebungen durchzuführen gehabt.

Das Erstgericht gab mit dem angefochtenen Urteil der Klage zur Gänze statt. Es stellte fest, dass die Kläger am 3. Oktober 2006 die Wohnung besichtigten. Zu diesem Zeitpunkt waren die vier Kastenstockfenster in Richtung [REDACTED]straße nicht saniert, insbesondere waren die Flügel verzogen. Noch vor der Besichtigung durch die Kläger, nämlich am 26. September 2006, hatte der Beklagte ein Gutachten als Baufortschrittsfeststellung gemäß § 10 iVm § 13 BTVG des Wohnobjektes [REDACTED] in Linz erstellt. Das Gutachten trägt die Überschrift „Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung“. Grundlagen und Unterlagen für das Gutachten waren die Befundaufnahme vom 22. September 2006 durch den Sachverständigen sowie die Anwartschaftsverträge. Der Beklagte kommt auf Seite 4 zu

folgendem Befund und Gutachten:

„Anlässlich der Befundaufnahme vom 22. September 2006 wurde vom Sachverständigen festgestellt, dass die Fenster inklusive Verglasung eingebaut wurden. Somit kann vom Sachverständigen gutachterlich festgestellt werden, dass der Fenstereinbau inklusive Verglasung im geplanten Umfang ausgeführt wurde. Die Teilzahlungen von 15 % des Restbetrages können daher gemäß Punkt III der Anwartschaftsverträge fällig gestellt werden.“

Am 15. Dezember 2006 wurde von der Rechtsanwaltskanzlei [REDACTED] ein Anwartschaftsvertrag erstellt. Als Vertragsparteien scheinen die Firma [REDACTED] sowie die beiden Kläger auf. Kaufgegenstand ist die Wohnung Top Nr. 9A/2. OG-Altbau, der Kaufpreis beträgt EUR 273.300,00, wovon EUR 195.500,00 von den Klägern als Eigenmittel beizubringen sind. Die Zahlung dieses Betrages wurde gemäß § 10 BTVG nach Ratenplan vereinbart. Nach dieser Vereinbarung sind 30 % (EUR 58.650,00) nach Unterfertigung des Vertrages, die restlichen 70 % je nach Fertigstellung entsprechend der Bauetappen fällig. Nach Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung werden 15 % des Restbetrages (EUR 20.527,50) fällig. Unter Vertragspunkt XI. Gewährleistung findet sich im Anwartschaftsvertrag die Klausel, dass im Altbau die im Beiblatt angeführten Sanierungsarbeiten durchgeführt werden. In diesem Beiblatt ist unter anderem vorgesehen, dass hofseitig Außenfenster gekauft und durch neue Kunststofffenster ersetzt werden, volksgartenseitig die bestehenden Fenster saniert werden. Der Bauträger übersandte den Klägern am 8. März 2007 eine Kaufpreiseratenvorschreibung, in der auch der Betrag von 15 % nach Fertigstellung der Fenster fällig gestellt wurde. Am 30. März 2007 wurde die Wohnung faktisch an die Kläger übergeben. Die Fenster befanden sich noch im selben Zustand wie bei der Besichtigung im Oktober 2006. Der technische und auch optische Zustand der Fenster ist schlecht bis desolat, im Besonderen bezüglich der gravierenden Verzugserscheinungen von Stock- und Flügelrahmen. Die ordnungsgemäße Sanierung durch Demontage und Entsorgung der bestehenden Fenster und Einbau neuer Fenster kostet EUR 14.731,20 inklusive USt. Eine Reparatur der bestehenden Kastenfenster ist aus technischer und wirtschaftlicher Sicht nicht empfehlenswert, da eine Sanierung einer Neuerstellung preislich gleichkommen, wahrscheinlich sogar teurer werden würde.

Im Übrigen traf das Erstgericht die auf den Seiten 3 bis 8 des Urteils (AS 59 bis 64) ersichtlichen Sachverhaltsfeststellungen, auf welche verwiesen wird (§ 500a ZPO). In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Erstgericht aus, dass der Beklagte als Sachverständiger nach § 10 Abs 2 BTVG den Baufortschritt zu beurteilen, jedoch keine Qualitätskontrolle durchzuführen habe. Mängel am Objekt seien bei der Beurteilung des Baufortschrittes nur insofern zu beachten, als es sich um gravierende und ins Auge fallende Mängel handle. Der Beklagte hätte zu überwachen gehabt, ob die schon vor Beginn der Arbeiten vorhandenen

(volksgartenseitig gelegenen) Kastenstockfenster auch saniert worden seien. Der schlechte bis desolate Zustand der Fenster sei ohne eingehende Prüfung wahrnehmbar und auch tatsächlich vom Beklagten wahrgenommen worden. Er hätte daher den Baufortschritt nicht bestätigen dürfen.

Der Beklagte bekämpft dieses Urteil mit Berufung aus den Gründen der Aktenwidrigkeit, der Mangelhaftigkeit des Verfahrens, der unrichtigen Tatsachenfeststellung aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung und der unrichtigen rechtlichen Beurteilung. Er beantragt die Abänderung der angefochtenen Entscheidung im Sinne einer Klagsabweisung.

Die Kläger erstatteten eine Berufungsbeantwortung mit dem Antrag, der Berufung keine Folge zu geben.

Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Sowohl als Aktenwidrigkeit als auch als Mangelhaftigkeit des Verfahrens macht der Beklagte geltend, dass das Erstgericht die Feststellungen zur Schadenshöhe auf die unberechtigte Annahme gestützt habe, dass die Beklagte gegen die Schadenshöhe keine Einwände erhoben habe.

Das Erstgericht ging zwar entgegen der Auffassung des Berufungswerbers nicht von einer Außerstreitstellung iSd § 266 Abs 1 ZPO, wohl aber von einem schlüssigen Geständnis iSd § 267 ZPO mangels substantiierter Bestreitung aus. Die Frage, ob § 267 ZPO zutreffend angewendet wurde oder nicht, nämlich ob ein schlüssiges Tatsachengeständnis vorlag oder nicht, ist eine Verfahrensfrage (RS0040078). Die Überprüfung ist im Rahmen der Verfahrensrüge möglich (SZ 66/59; Kodek in Rechberger³, § 496 Rz 3). Bloßes unsubstantiiertes Bestreiten ist dann als Zugeständnis zu werten, wenn im Einzelfall gewichtige Indizien für ein derartiges Geständnis sprechen. Dies ist etwa der Fall, wenn die vom Gegner aufgestellte Behauptung offenbar leicht widerlegbar sein musste, dazu aber nie konkret Stellung genommen wurde (RS0039927).

Der Beklagte hat bereits im Einspruch die Höhe des Klagebegehrens bestritten und in der mündlichen Verhandlung vom 3. Dezember 2010 neuerlich die Höhe der Sanierungskosten und der Austauschkosten gemäß dem vorgelegten Kostenvoranschlag (Beilage ./J) bestritten und dazu die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt. Darüber hinaus brachte der Beklagte vor, dass Vertragsgegenstand nur sanierte Fenster gewesen wären und die Kläger durch Austausch der Fenster im Hinblick auf eine Verlängerung deren Lebensdauer bereichert wären. Die Behauptungs- und Beweislast hinsichtlich der Schadenshöhe trifft nun die Kläger. Der Beklagte war daher vorerst nicht verhalten, ein Vorbringen zu erstatten, dass und weshalb anspruchsbegründende Voraussetzungen nicht gegeben sind. Trifft den Beklagten aber in einem bestimmten Bereich keine Behauptungslast, kann - zumindest

solange nicht die erwähnten besonderen Umstände vorliegen, die den Schluss auf ein Zugeständnis zulassen - aus der Tatsache einer unsubstantiierten Bestreitung nicht ein Zugeständnis zum Vorbringen der Kläger über die Schadenshöhe abgeleitet werden. Nicht zuletzt ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte dem Vorbringen der Kläger, wonach für die Erneuerung der nicht mehr sanierungsfähigen Fenster EUR 14.731,20 erforderlich seien, neben der Bestreitung der Höhe auch mit dem Vorbringen zur Berücksichtigung eines Vorteilsausgleichs wegen verlängerter Lebensdauer der Fenster entgegen getreten ist. Dazu hat sich der Beklagte auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens berufen. Ein schlüssiges Tatsachengeständnis liegt damit nicht vor, zumal für den Beklagten die behauptete Schadenshöhe auch nicht leicht widerlegbar ist. Die unterlassene Einholung des Sachverständigengutachtens in Zusammenhang mit der Schadenshöhe ist daher ein Stoffsammlungsmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO.

Im fortgesetzten Verfahren wird das Erstgericht das Beweisverfahren zur Schadenshöhe durch Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens ergänzen müssen. Erst dann kann abschließend auch unter Berücksichtigung des Einwandes „neu für alt“ entschieden werden. Entgegen der Auffassung der Kläger bedürfen nämlich nach herrschender Rechtsprechung Mängel, die die Sammlung des Prozessstoffes betreffen, keiner Rüge iSd § 196 Abs 1 ZPO (RS0037041; RS0037055; zuletzt 2 Ob 150/10p).

Der Beklagte sieht in der unterlassenen Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens und der unterbliebenen Durchführung eines Ortsaugenscheines auch deshalb Stoffsammlungsmängel verwirklicht, da bei Durchführung dieser Beweise kein Haftungstatbestand gegenüber dem Beklagten als Sachverständigen iSd BTVG verblieben wäre. Es hätte sich nämlich ergeben, dass nicht vom Vorliegen „gravierender Mängel“ auszugehen sei, die vom Beklagten bei optischer Bauabschnittskontrolle erkannt hätten werden müssen. Tatsächlich bedurfte es dieser Beweisaufnahmen mangels Entscheidungsrelevanz nicht. Dazu ist zunächst die Haftungsgrundlage des Baufortschrittsprüfers darzustellen:

Gemäß § 13 BTVG in der hier anzuwendenden Stammfassung BGBl I 7/1997 kann zur Feststellung des Abschlusses des jeweiligen Bauabschnitts ein allgemein beeideter gerichtlicher Sachverständiger für das Bauwesen beigezogen werden, der dem Erwerber unmittelbar haftet. Der sachverständige Baufortschrittsprüfer übt bei der Abwicklung des Bauvorhabens unter Anwendung des - wie hier - grundbücherlichen Sicherungsmodells eine entscheidende Funktion aus. Er beurteilt den Abschluss eines Bauabschnitts gemäß Ratenplan, da nach § 10 Abs 1 BTVG die jeweiligen Bauabschnittsraten erst nach Abschluss der in Abs 2 festgelegten Bauabschnitte fällig werden. Nur ein „fertig gestellter“, somit abgeschlossener Bauabschnitt, macht einen entsprechenden Ratenbetrag überhaupt fällig

(Gartner, Praxiskommentar BTVG, § 13 Anm 10). Gemäß § 10 Abs 4 BTVG sind die Bestimmungen der Absätze 1 bis 3 auf durchgreifende Erneuerungen von Altbauten sinngemäß anzuwenden. Demgemäß wird ein individueller Ratenplan zu erstellen sein, der sich an dem in § 10 Abs 2 BTVG normierten Ratenplan „anzulehnen“ hat (Böhm/Pletzer, ABGB², § 10 BTVG Rz 43).

Nach der unbekämpft gebliebenen Tatsachengrundlage sieht der im Anwartschaftsvertrag enthaltene Ratenplan unter anderem vor, dass nach Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung 15 % des Restbetrages fällig werden. Im Beiblatt zu diesem Vertrag sind die Sanierungsarbeiten im Bereich des bestehenden Altbaus bezüglich der Fenster dahingehend festgelegt, dass hofseitig Außenfenster gekauft und durch neue Kunststofffenster ersetzt, volksgartenseitig die bestehenden Fenster saniert werden. Damit wird im Vertrag auch das Ausmaß der Erneuerung des Altbaus und somit der Bauabschnitt „Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung“ mit Neueinbau und Sanierung determiniert.

Grundsätzlich haftet nun der Sachverständige im Rahmen des BTVG dafür, dass ein Baufortschritt nur dann als „erreicht“ beurteilt wird, wenn dieser nach den üblichen Kriterien der Bauabwicklung abgeschlossen ist und nicht mit gravierenden Mängeln iSd BTVG behaftet ist, die ins Auge fallen. Der Sachverständige hat daher bei der Bauabschnittsprüfung einerseits zu prüfen, ob alle für diesen Bauabschnitt typischen Leistungen vollständig erbracht wurden, und andererseits, ob optisch erkennbare Mängel vorhanden sind, die nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu beheben sind, wobei sich die Verhältnismäßigkeit an jenem Betrag zu orientieren hat, der für die jeweilige zu prüfende Bauabschnittsrate zu leisten wäre (Gartner aaO, § 13 Anm 17; Gartner, Die Bauabschnittsprüfung nach BTVG, bbl 2008, Seite 209).

Zutreffend verweist selbst der Beklagte in seiner Berufung darauf, dass er verpflichtet war zu kontrollieren, ob hofseitig zum Prüfungszeitpunkt tatsächlich bereits neue Fenster eingebaut waren und volksgartenseitig eine Sanierung stattgefunden hat. Der Beklagte hat nunmehr die „Fertigstellung der Fenster und deren Verglasung“ und damit die Voraussetzungen für die Fälligkeit der Baufortschrittsrate am 26. September 2006 erklärt, obwohl zu diesem Zeitpunkt nur hofseitig die neuen Fenster eingebaut waren, volksgartenseitig aber eine Sanierung der bestehenden Fenster noch nicht erfolgt war. Dies folgt aus der erstgerichtlichen Feststellung, dass die Fenster zum 3. Oktober 2006 noch nicht saniert waren, was der Beklagte selbst in seiner Parteieneinvernahme zugestanden hat. Daraus folgt, dass im Prüfungszeitpunkt noch nicht alle für diesen Bauabschnitt typischen Leistungen - nämlich einerseits Erneuerung der Fenster hofseitig und andererseits Sanierung der Fenster volksgartenseitig - vollständig erbracht waren und somit die Beurteilung des Beklagten, dass der Bauabschnitt fertiggestellt ist, fehlerhaft war. Auf die Frage, ob trotz der in der Folge vom

Bauträger versuchten Mängelbehebungen derzeit noch vorhandene Mängel der Kastenstockfenster die Schwelle eines gravierenden Mangels iSd BTVG erreichen, kommt es daher nicht an. Abzustellen ist bei der Beurteilung der Haftung des Beklagten ausschließlich auf den Prüfungszeitpunkt. Zu diesem wären die volksgartenseitig bestehenden Fenster noch nicht saniert, weshalb keine Bauabschnittsfertigstellungsbestätigung ausgestellt hätte werden dürfen.

Damit bedurfte es aber weder der Durchführung eines Ortsaugenscheins noch der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage, ob derzeit noch vorhandene Mängel die Schwelle eines gravierenden Mangels erreichen oder nicht. Die Frage des Umfangs der Mängel hat lediglich noch Auswirkungen auf die Beurteilung, in welcher Form und mit welchen Kosten eine ordnungsgemäße Sanierung durchzuführen ist. Nur in diesem Umfang wird daher die Einholung eines Gutachtens erforderlich sein. Zu diesem noch relevanten Beweisthema wurde zwar ein Sachverständigengutachten, nicht jedoch die Durchführung eines Ortsaugenscheins beantragt.

Mit der Beweisrüge ist der Beklagte auf diese Ausführungen zu verweisen.

Auch in der Rechtsrüge argumentiert der Beklagte damit, dass ihn deshalb keine Haftung treffen würde, weil kein gravierender Mangel iSd BTVG vorgelegen sei. Dass dem Beklagten allerdings sehr wohl eine fehlerhafte Erklärung der Bauabschnittsfertigstellung vorzuwerfen ist, wurde bereits dargestellt. Damit steht die Haftung des Beklagten dem Grunde nach fest. Lediglich bezüglich der Höhe ist das Klagebegehren derzeit noch nicht spruchreif. Das Erstgericht wird - wie bereits dargelegt - in diesem Umfang das Beweisverfahren durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu ergänzen und sich in der Folge auch mit dem Einwand des Beklagten „neu für alt“ auseinanderzusetzen haben.

Dementsprechend war das klagsstattgebende Ersturteil über das Geldleistungsbegehren in ein Zwischenurteil über den Anspruchsgrund abzuändern. Eines weiteren Ausspruchs über die Aufhebung des Ersturteils bedarf es nicht (RS0119825; RS0118745).

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 2 iVm § 393 Abs 4 ZPO.

Die ordentliche Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO ist nicht zulässig, weil keine Rechtsfragen mit der Qualifikation des § 502 Abs 1 ZPO zu lösen waren.

Oberlandesgericht Linz, Abteilung 4
Linz, 05. Mai 2011
Dr. Wilhelm Jerczynski, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG