

Mündliche Erläuterung des Gutachtens (§ 357 Abs 2 ZPO) – Anordnung einer neuerlichen Begutachtung (§ 362 Abs 2 ZPO) – Mitwirkung der Parteien bei der Befundaufnahme (§ 359 Abs 2 ZPO)

1. Wird ein Gutachten schriftlich erstattet, so sind die Sachverständigen verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärungen

zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern. Das „Verlangen“ können nicht nur das Gericht, sondern auch die Parteien stellen.

2. Wenn auch den Parteien das Recht zusteht, die Ergänzung unvollständiger Gutachten, die Beseitigung von Mängeln oder Widersprüchen zu fordern, so ist es doch vor allem Aufgabe des Gerichts, das oder die Gutachten in dieser Richtung auch ohne Parteienantrag zu prüfen. Das Gericht hat daher auch von Amts wegen die neuerliche Begutachtung anzuordnen, wenn sich das Gutachten als ungenügend erweist. Das setzt eine Überprüfung des Gerichts voraus, ob der Gutachtensauftrag vollständig erfüllt wurde.
3. Wenn der Sachverständige der Mitwirkung einer Partei bedarf, so hat er diese zunächst selbst und bei Verweigerung über das Gericht einzufordern. Das Gericht hat den Parteien bei Verweigerung sodann mit nicht gesondert anfechtbarem Beschluss das Erforderliche aufzutragen.
4. Hier: Der Sachverständige konnte die im Gutachtensauftrag gestellte Frage nach der ordnungsgemäßen Funktion der Heizungsanlage nicht beantworten, weil die Heizkreise vor der Befundaufnahme abgedreht worden waren. Das Sachverständigengutachten ist durch eine erneute Befundaufnahme zu ergänzen, wobei die Beklagte zuvor aufzufordern sein wird, die Heizkreise aufzudrehen.

OLG Wien vom 25. März 2020, 16 R 13/20d:

I. Sachverhalt:

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 15. 5. 2015 mit der Installation einer Heizungsanlage. Die Parteien einigten sich auf einen Werklohn von € 21.000,- zuzüglich der Installation für ein Tiefspülklosett von € 422,21 inklusive Umsatzsteuer, zusammen von € 21.422,21.

Am 23. 10. 2015 legte die Klägerin Teilrechnung von € 12.000,- und klagte diese vor dem BG Oberpullendorf gegen die Beklagte ein. Die Beklagte verweigerte die Zahlung mit dem Argument, dass eine Teilzahlung nicht vereinbart gewesen sei und die Arbeiten mangelhaft durchgeführt worden seien. Der im Verfahren vor dem BG Oberpullendorf bestellte gerichtlich beeidete Sachverständige N. N. hielt in seinem Gutachten vom 5. 9. 2016 unter anderem folgende Mängel fest, dass die Heizkreise der Fußbodenheizung nicht hydraulisch einreguliert seien und es dadurch zu einer Überheizung einzelner Räume bzw. Unterversorgung mit Wärmeenergie anderer Räume kommen könne.

Mit Urteil des BG Oberpullendorf vom 28. 6. 2017 wurde die Klage abgewiesen, weil keine Abrechnung in Teilrechnungen vereinbart gewesen sei und Mängel an der Heizungs- und Sanitäreanlage sowie bei der Dokumentation vorgelegen seien.

Nach dem Ende des Verfahrens vor dem BG Oberpullendorf führte die Klägerin Arbeiten an der Heizungsanlage durch und legte Schlussrechnung über € 21.422,21. Die Beklagte verweigert unter Berufung auf nach wie vor bestehender Mängel die Zahlung.

II. Vorbringen:

Mit Klage vom 3. 5. 2018 begehrt die Klägerin Zahlung von € 21.422,21 samt 4 % Zinsen seit 19. 10. 2017 an ausständigem Werkentgelt. Sie habe sämtliche Werkleistungen sach- und fachgerecht erbracht und im Kulanzweg behauptete Beeinträchtigungen beseitigt. Zu den behaupteten Mängeln erstatte sie näheres Vorbringen. ...

Die Beklagte bestritt und wendete ein, dass sie den Sachverständigen aus dem Verfahren vor dem BG Oberpullendorf als Privatgutachter bestellt und beauftragt habe, zu überprüfen, ob die Heizungsanlage nach den behaupteten Mängelbehebungsarbeiten der Klägerin einwandfrei funktioniere. Der Privatgutachter habe in seinem Mängelprotokoll vom 2. 5. 2018 folgende Mängel festgehalten, die nach vor wie gegeben seien:

1. Beim Heizungswasserprotokoll sei auf eine falsche bzw. veraltete ÖNORM Bezug genommen worden.
2. Die Fußbodenheizungskreise im Keller- und Erdgeschoß seien nicht ordnungsgemäß einreguliert. Das Schlafzimmer und die Küche würden nicht ausreichend beheizt und die Raumtemperaturen in den Kellerräumen seien zu hoch.
3. Die Beklagte mache eine Gegenforderung an Mehraufwand für die nicht ordentliche Beheizung in den letzten drei Heizperioden von insgesamt € 1.000,- geltend.

III. Angefochtene Entscheidung und Rechtsmittel:

Mit dem angefochtenen Urteil erkannte das Erstgericht die Klage mit € 21.422,21 als zu Recht und die Gegenforderung von € 1.000,- als nicht zu Recht bestehend. Es verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von € 21.422,21 sA und stellte über den eingangs wiedergegebenen unstrittigen Sachverhalt folgende bekämpfte Feststellungen fest:

Die in den Schreiben vom 26. 1. 2018 und vom 2. 5. 2018 angeführten Mängel wurden von der Klägerin behoben. Im Zuge der Mängelbehebungsarbeiten ließ die Klägerin am 20. 3. 2018 auch eine hydraulische Einregulierung der Fußbodenheizungskreise durchführen. Nach erfolgter Einregulierung der Heizungskreise drehte der Ehemann der Beklagten die Heizungskreise am „Flow-Meter“ (Regulierungsventil) des Heizkreisverteilers der Heizungsanlage ab, weil er die Raumtemperatur als zu hoch empfand. Durch das Abdrehen dieser Heizungskreise wäre es – zur Überprüfung der ordnungsgemäßen Funktion der Heizungsanlage – erforderlich, nach der erneuten Einregulierung der Heizungskreise eine Befundaufnahme durchführen zu lassen.

Eine mangelhafte Funktion der Heizungsanlage konnte daher nicht festgestellt werden.

Im Zuge der Befundaufnahme durch den gerichtlich bestellten Sachverständigen X. Y. wurde eine erneute Einregulierung der Heizungskreise vorgenommen, weshalb nunmehr keine mangelhafte Einregulierung vorliegt. Die im Zuge der Mängelbehebung auf Auftrag der Klägerin durchgeführte Wasseranalyse des Heizungswassers vom 29. 3. 2018 nimmt Bezug auf die ÖNORM H 5195-1 mit Gültig-

keit ab dem 1. 12. 2010 und nicht auf die Version dieser ÖNORM mit Gültigkeit ab dem 1. 7. 2016. Die wesentlichen Teile dieser Normen sind in den verschiedenen Ausgaben aber ident; aus technischer Sicht ergibt sich durch die Zugrundelegung dieser unterschiedlichen Versionen kein Unterschied. ...

Rechtlich erwog das Erstgericht, dass der Beklagten der Beweis der Mangelhaftigkeit nicht gelungen sei und daher kein Zurückbehaltungsrecht des Werkentgeltes zustünde.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten ...

Die Klägerin beantragt, der Berufung der Beklagten nicht Folge zu geben.

IV. Rechtsmittelentscheidung:

Die Berufung ist im Sinne des Aufhebungsbegehrens berechtigt.

1. Mängelrüge:

1.1. Wird ein Gutachten schriftlich erstattet, so sind die Sachverständigen verpflichtet, auf Verlangen über das schriftliche Gutachten mündliche Aufklärungen zu geben oder dieses bei der mündlichen Verhandlung zu erläutern (§ 357 Abs 2 ZPO). Das „Verlangen“ können nach herrschender Rechtsprechung nicht nur das Gericht, sondern auch die Parteien stellen (RIS-Justiz RS0040376). Hier wurde das Gutachten schriftlich entsprechend den Fragen der Beklagten ergänzt und diese Gutachtensergänzung in der letzten Tagsatzung verlesen. Eine Mangelhaftigkeit durch die Verlesung und Unterbrechung der Verhandlung von 20 Minuten zur Befassung der Parteien mit der verlesenen Ergänzung ist zu verneinen (6 Ob 216/14d).

1.2. Wenn auch den Parteien das Recht zusteht, die Ergänzung unvollständiger Gutachten, die Beseitigung von Mängeln oder Widersprüchen zu fordern, so ist es doch vor allem Aufgabe des Gerichts, das oder die Gutachten in dieser Richtung auch ohne Parteienantrag zu prüfen. Nach § 362 Abs 2 ZPO hat das Gericht daher auch von Amts wegen die neuerliche Begutachtung anzuordnen, wenn sich das Gutachten als ungenügend erweist. Das setzt eine Überprüfung des Gerichts voraus, ob der Gutachtensauftrag vollständig erfüllt wurde (*Schneider in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetz*³, § 362 ZPO Rz 3; RIS-Justiz RS0040604).

1.2.1. Das Erstgericht richtete an den Sachverständigen im Gutachtensauftrag die Frage nach der ordnungsgemäßen Funktion der Heizungsanlage, weil von der Beklagten eingewendet wurde, dass die Heizungskreise im Keller und Erdgeschoß trotz Verbesserungsanspruchs noch immer nicht richtig funktionierten.

Diese Frage konnte der Sachverständige bei seiner Befundaufnahme nicht beantworten, weil die Heizkreise vor der Befundaufnahme abgedreht worden waren. Der Sachverständige führte aus, dass eine Beantwortung der Frage nur nach einer neuerlichen Befundaufnahme erfolgen könne.

Der Sachverständige bedurfte daher für eine Befundaufnahme der Mitwirkung der Beklagten, die er nach § 359 Abs 2 ZPO zunächst selbst und bei Verweigerung über das Gericht einzufordern gehabt hätte. Das Gericht hat den Parteien bei Verweigerung sodann mit nicht gesondert anfechtbarem Beschluss das Erforderliche aufzutragen.

Die Unvollständigkeit des Sachverständigengutachtens stellt nach älterer Rechtsprechung einen Stoffsammlungsmangel im Sinne des § 496 Abs 1 Z 3 ZPO dar (RIS-Justiz RS0040604), nach neuerer Rechtsprechung eine Frage der Beweiswürdigung, auf die im nächsten Punkt eingegangen werden wird.

2. Tatsachenrüge:

2.1. Die Vollständigkeit und Schlüssigkeit eines Sachverständigengutachtens bzw die Notwendigkeit einer allfälligen Ergänzung nach § 362 Abs 2 ZPO sind nach neuer Rechtsprechung durch Beweisrüge geltend zu machen (RIS-Justiz RS0113643), weil sie der Überprüfung dient, ob ein verwertetes Sachverständigengutachten die getroffenen Feststellungen stützt und das Gutachten erschöpfend ist.

Das Erstgericht stützte die gerügten Feststellungen auf das Gutachten des Sachverständigen X. Y., das jedoch hinsichtlich der wesentlichen Frage, ob die Heizung nach der erfolgten Einregulierung nun ordnungsgemäß funktioniert, unschlüssig und unvollständig blieb.

Der Sachverständige konnte nicht beantworten, ob die Heizungsanlage nach der erfolgten Einregulierung mangelfrei funktioniert, weil er dafür eine weitere Befundaufnahme durchzuführen gehabt hätte, bei der die Heizkreise im Vorfeld der Befundaufnahme durch die Beklagten aufgedreht hätten werden müssen. Dies erscheint überzeugend, während seine Ausführungen, dass keine mangelhafte Einregulierung nach dem von ihm vorgenommenen Abgleich vorliege, damit in Widerspruch steht und nur so erklärbar ist, dass zwar ein Abgleich „unter Zugrundelegung der vorliegenden Daten“ vorgenommen wurde, jedoch weiterhin ungeklärt ist, ob dadurch eine Regulierung im Sinne eines gleichmäßigen Beheizens, also ein mangelfreies Funktionieren der Heizungskreise, bewirkt wurde. Aufgrund der Ungeklärtheit des Funktionierens der Heizungskreise fehlt aber auch für die weitere Ausführung des Sachverständigen, dass die Mängel aus der Beilage ./2 zwischenzeitig behoben wurden, jede Grundlage. Die Mängelliste ./2 führt als Mangel gerade an, dass nach der erfolgten Einstellung durch die Klägerin das Schlafzimmer und die Küche unterbeheizt sind, während die Kellerräume zu hoch beheizt sind. Ob diese Mängel behoben wurden, also ob die Heizungsanlage ordnungsgemäß funktioniert, konnte der Sachverständige aufgrund der abgedrehten Heizkreise bei der insofern ungenügenden Befundaufnahme nicht beantworten.

Das Verfahren erweist sich daher als ergänzungsbedürftig. Es ist das Sachverständigengutachten im Sinne von § 359 Abs 2 iVm § 362 Abs 2 ZPO hinsichtlich der Frage 1 des Gutachtensauftrags zu vervollständigen.