

# TE OGH 1999/1/19 1Ob191/98i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.01.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ernst G\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Robert A. Kronegger, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei O\*\*\*\*\* Zimmerei Gesellschaft mbH & Co Kommanditgesellschaft, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Gottfried Eisenberger, Dr. Jörg Herzog, Dr. Michael Nierhaus, Dr. Ralph Forcher, Dr. Georg Eisenberger und Dr. Christian Riesemann, Rechtsanwälte in Graz, wegen 430.011 S sA infolge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 5. März 1998, GZ 4 R 255/97w-19, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 15. August 1997, GZ 21 Cg 74/97t-7, aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 19.080 S (darin 3.180 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Der klagende Werkbesteller ließ 1992 zum Dachgeschoßausbau seines Mietwohnhauses umfangreiche Umbau- und Sanierungsarbeiten vornehmen und beauftragte dazu zwei Werkunternehmer, die beklagte Zimmerei KG mit den Zimmermannsarbeiten und die K\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH (im folgenden nur Bauunternehmen) mit den Baumeisterarbeiten. Noch vor Beendigung der Arbeiten stellte der Kläger am 29. Juni 1992 Risse im Hauptgesims seines Hauses fest. Zur Feststellung der Schadensursache beauftragten sowohl das Bauunternehmen als auch der Betriebshaftpflichtversicherer der beklagten Partei jeweils einen Sachverständigen mit der Erstattung von Gutachten, erstere Dipl. Ing. Heinz Holzmann (im folgenden 1. Sachverständiger), letzterer Ing. Leo Pichler (im folgenden 2. Sachverständiger). Der 1. Sachverständige stellte in seinem Gutachten vom 16. September 1992 fest, die beklagte Partei sei die Verursacherin des während des Dachbodenausbaus entstandenen Schadens. Da die beklagte Partei den Schaden nicht selbst beheben wollte, nahm der Kläger mit der P\*\*\*\*\* Bau Gesellschaft mbH (im folgenden nur Dritter), deren Beitritt als Nebeninterventientin auf Seiten der beklagten Partei von der zweiten Instanz zurückgewiesen wurde, Kontakt auf. Der 2. Sachverständige klärte mit dem Dritten direkt die Art der Sanierung und der Schadensabwicklung ab, worauf der Kläger zwar den Dritten mit der Schadensbehebung beauftragte, die dabei aufgelaufenen Kosten von 122.000 S aber die beklagte Partei (12.200 S) und deren Betriebshaftpflichtversicherer (109.800 S) trugen. Nach dieser

"Sanierung" durch den Dritten Ende 1993 war das Gesims für den Kläger in bestem Zustand; er war der Meinung, daß der Schaden tatsächlich behoben worden sei. 1995 zeigten sich allerdings wieder Sprünge, die vor dem 30. Jänner 1995 aufgetreten sein mußten. Über Wunsch des Klägers fand am 7. März 1996 eine Besichtigung an Ort und Stelle statt, an der unter anderem Vertreter der beklagten Partei und des Dritten sowie der 2. Sachverständige teilnahmen. In der Folge beauftragte der Haftpflichtversicherer der beklagten Partei mit Dipl. Ing. Dr. techn. Hans Kribernegg einen weiteren Sachverständigen (im folgenden 3. Sachverständiger) mit der Erstattung eines Gutachtens über den Schaden, das dieser am 21. Mai 1996 erstattete. Dadurch erfuhr der Kläger erstmals, daß die Schadensursache bei der "Sanierung" durch den Dritten nicht zur Gänze behoben worden war. Die Schäden am Gesims hätten verhindert werden können, wenn im Zuge der "Sanierungsarbeiten" oder bereits zuvor während der Bau- und Zimmermannsarbeiten die Enden der Sparren so abgeschnitten worden wären, daß ein Freiraum zwischen ihnen und dem Gesimse entstanden (und so der Druck auf das Gesims weggefallen) wäre. Dadurch, daß die Sparren aufliegen oder sogar eingemauert sind, ist das Auftreten neuerlicher Schäden am Gesimse logisch erklärbar. Spätestens vor der Sanierung des Gesimses hätte von einem der beschäftigten Fachleute die Schadensursache geprüft und hätten die nötigen Maßnahmen dagegen eingeleitet werden müssen. Obwohl der 2. Sachverständige den Umfang der "Sanierungsarbeiten" mitbestimmte und dabei unter Umständen die Schadensursache nicht richtig erkannte, hätte auch der Dritte bei der Sanierung die Ursache "mitbetrachten" müssen.

Der Kläger begehrte von der beklagten Partei zuletzt 430.011 S sA als Kosten der endgültigen Sanierung. Erst das Gutachten des 3. Sachverständigen vom 21. Mai 1996 habe ergeben, daß die Ursache für das Auftreten der Risse trotz der "Sanierung" im Jahre 1993 weiter bestanden habe und die Verbesserung somit mißlungen sei.

Die beklagte Partei wendete unter anderem die Verfristung und Verjährung der erhobenen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche ein. Sei der vom Kläger erteilte Verbesserungsauftrag unzureichend gewesen oder habe der Dritte die Sanierung unzureichend bzw sonst nicht ordnungsgemäß durchgeführt, so fielen diese Umstände in die Sphäre des Klägers: Der Kläger habe selbst Art und Umfang der Schadensbehebung bestimmt.

Das Erstgericht schränkte das Verfahren auf die Verjährungsfrage ein und wies das Klagebegehren deshalb ab, weil die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB spätestens mit Einlangen des Gutachtens des 1. Sachverständigen am 16. September 1992 zu laufen begonnen habe. Die Verjährungsfrist für Folgeschäden beginne nicht erst mit deren Entstehen, sondern bereits mit dem Eintritt des Primärschadens zu laufen, weil dem Geschädigten bei Verfolgung eines aktuellen Schadenersatzanspruchs auch die Erhebung einer Feststellungsklage für die bei Entstehen des Erstschadens vorhersehbaren Folgeschäden zumutbar sei. Soweit die Sanierung von Folgeschäden nicht oder nur mangelhaft erfolgt sei, könne dies nicht in die Verantwortung der beklagten Partei fallen. Das Erstgericht schränkte das Verfahren auf die Verjährungsfrage ein und wies das Klagebegehren deshalb ab, weil die dreijährige Verjährungsfrist des Paragraph 1489, ABGB spätestens mit Einlangen des Gutachtens des 1. Sachverständigen am 16. September 1992 zu laufen begonnen habe. Die Verjährungsfrist für Folgeschäden beginne nicht erst mit deren Entstehen, sondern bereits mit dem Eintritt des Primärschadens zu laufen, weil dem Geschädigten bei Verfolgung eines aktuellen Schadenersatzanspruchs auch die Erhebung einer Feststellungsklage für die bei Entstehen des Erstschadens vorhersehbaren Folgeschäden zumutbar sei. Soweit die Sanierung von Folgeschäden nicht oder nur mangelhaft erfolgt sei, könne dies nicht in die Verantwortung der beklagten Partei fallen.

Das Berufungsgericht hob das Ersturteil auf und stellte nach teilweiser Beweiswiederholung noch fest:

Der 1. Sachverständige habe in seinem Gutachten vom 16. September 1992 im Rahmen des Befunds ausgeführt, daß es sich beim Dachstuhl um einen Sparrendachstuhl handle. Die Sparren säßen im Traufenbereich auf einer Mauerbank auf und würden in der Mitte durch eine Mittelpfette unterstützt. Vor dem Umbau des Dachstuhls seien die Mittelpfetten durch doppelte Hängewerke, bestehend aus Bundtram, Säulen, Streben und Brustriegel, getragen worden. Da die Hängewerke aus Platzgründen nicht in die Wände des Umbaus hätten eingebunden werden können, seien sie von einem Zimmereiunternehmen (gemeint: beklagte Partei) entfernt worden. Um die Hängewerke entfernen zu können, habe der Statiker vorgesehen, daß statt der Bundträme Stahlträger eingezogen werden, auf welche die die Mittelpfette unterstützenden Holzsäulen aufgestellt würden. Das Bauunternehmen sei vom Kläger beauftragt gewesen, die Stahlträger einzuziehen; dazu hätten Auflager in der Mauerbank durch das Ausschremmen von Nischen geschaffen werden müssen. Die beklagte Partei habe ein Hängewerk samt dem Bundtram entfernt; hierauf habe das Bauunternehmen sofort die beiden Auflagnischen vorsichtig ausgeschremmt, die beiden Auflager hergestellt und den als Ersatz des Hängewerks vorgesehenen Stahlträger eingezogen. Hierauf habe die beklagte Partei

das zweite Hängewerk ausgebaut und sei in gleicher Weise wie beim ersten Hängewerk verfahren; so seien sukzessiv sämtliche Hängewerke durch die Stahlträger ersetzt worden. In seinem Gutachten habe der Sachverständige aus diesem Befund gefolgert, daß sich der Dachstuhl durch das Ausbauen der Hängewerke örtlich selbst habe tragen müssen, somit in die Sparren Druckkräfte eingeleitet worden seien, die auf die Mauerbank und in weiterer Folge auf den Mauerhochzug übertragen worden seien. Da es die beklagte Partei verabsäumt gehabt habe, sofort nach dem Einziehen der Stahlträger die Holzsäulen zu stellen und kraftschlüssig aufzukeilen, ehe mit der Entfernung des nächsten Hängewerks begonnen wurde, sei am Ende der Auswechslungsarbeiten der gesamte Dachstuhl ohne Unterstützung der Mittelpfette gewesen. Der gesamte Dachstuhl habe sich nun selbst tragen müssen, enorme Horizontalkräfte seien so in die Mauerbänke und die Aufmauerung eingeleitet worden. Die Mauerbänke seien durch diese Horizontalkräfte nach außen gedrückt und schief gestellt worden. Der Mauerhochzug habe die Horizontalkräfte ebenfalls nicht ohne Schaden übernehmen können; es hätten sich horizontale Risse an der Innenseite ausgebildet. Durch das Nachgeben der Mauerbank hätten sich die Vorköpfe der Sparren auf das Gesimse aufgesetzt und hätten den vorderen Teil des Gesimses nach außen gedrückt, wodurch an der Außenseite starke Risse aufgetreten seien. Es könne mit Sicherheit ausgeschlossen werden, daß sich die Risse in den Traufengesimsen infolge der Stemmarbeiten des Bauunternehmens ausgebildet hätten, vielmehr seien sie eindeutig durch die Einleitung von Horizontalkräften aus dem Dachstuhl verursacht worden. Einen Hinweis darauf, daß die Einleitung von Horizontalkräften aus dem Dachstuhl auf das Mauerwerk infolge des Aufliegens bzw des Einmauerns der Sparrenenden auch noch im Zeitpunkt der Gutachtenserstattung gegeben sei, habe dieses Gutachten nicht enthalten. Der 2. Sachverständige habe in seinem Gutachten vom 28. August 1992 als Schadensursache für das Entstehen der Risse nur den Einbau von Dachausbauten und Zwischendecken angeführt und festgestellt, daß die Risse zu sanieren seien, worunter er nur das Ausbessern des Hauptgesimses, das Schließen der Fugen und den passenden Farbanstrich verstanden habe.

Daraus folgte die zweite Instanz in rechtlicher Hinsicht: Die vertraglichen Schadenersatzansprüche des Klägers seien nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 erster Satz ABGB beginne in dem Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten Schaden und Person des Schädigers bekannt geworden seien. "Kenntnis des Schadens" bedeute objektives Bekanntsein aller Tatsachen, die für die Entstehung des Anspruchs maßgeblich seien. Die bloße Möglichkeit der Kenntnis der Tatumstände reiche hingegen nicht aus. Die Kenntnis müsse den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, insbesondere des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten. Die Frist des § 1489 ABGB werde erst in Gang gesetzt, wenn dem Anspruchsberechtigten neben dem Schaden der gesamte, seinen Anspruch begründende Sachverhalt soweit bekannt sei, daß eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden könne. Nach neuester Rspr beginne die dreijährige Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen. Dies gelte bei der zeitlich gedehnten Entstehung mehrerer Teilschäden uneingeschränkt nur für den relevanten "Erstschaden", für künftige weitere Teilschäden beginne die Verjährungsfrist schon mit dem Eintritt des Erstschadens, sodaß insoweit bei den bei Entstehung des Erstschadens bereits vorhersehbaren Folgeschäden eine Feststellungsklage für die Verjährungsunterbrechung erforderlich sei. Daraus folgte die zweite Instanz in rechtlicher Hinsicht: Die vertraglichen Schadenersatzansprüche des Klägers seien nicht verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist des Paragraph 1489, erster Satz ABGB beginne in dem Zeitpunkt, in dem dem Geschädigten Schaden und Person des Schädigers bekannt geworden seien. "Kenntnis des Schadens" bedeute objektives Bekanntsein aller Tatsachen, die für die Entstehung des Anspruchs maßgeblich seien. Die bloße Möglichkeit der Kenntnis der Tatumstände reiche hingegen nicht aus. Die Kenntnis müsse den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, insbesondere des Ursachenzusammenhangs zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten. Die Frist des Paragraph 1489, ABGB werde erst in Gang gesetzt, wenn dem Anspruchsberechtigten neben dem Schaden der gesamte, seinen Anspruch begründende Sachverhalt soweit bekannt sei, daß eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden könne. Nach neuester Rspr beginne die dreijährige Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen. Dies gelte bei der zeitlich gedehnten Entstehung mehrerer Teilschäden uneingeschränkt nur für den relevanten "Erstschaden", für künftige weitere Teilschäden beginne die Verjährungsfrist schon mit dem Eintritt des Erstschadens, sodaß insoweit bei den bei Entstehung des Erstschadens bereits vorhersehbaren Folgeschäden eine Feststellungsklage für die Verjährungsunterbrechung erforderlich sei.

Auch bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen aus Schlechterfüllung (§ 932, § 1295 Abs 1 ABGB) gälten die allgemeinen Kriterien des § 1489 ABGB. Die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens (der

Mangelbehebungskosten bzw des "Deckungskapitals") beginne nach der jüngeren Rspr erst zu laufen, wenn für den Werkbesteller das Mißlingen eines Verbesserungsversuchs des Werkunternehmers feststehe oder dieser eine Verbesserung endgültig verweigere. Hier habe der Werkunternehmer selbst jedoch keinen Verbesserungsversuch unternommen, sondern die Verbesserung sei im Auftrag des Klägers von einem Dritten vorgenommen worden, weil die beklagte Partei die Sanierung nicht selbst habe durchführen wollen, wobei der der Sphäre der beklagten Partei zuzurechnende 2. Sachverständige die Art der Sanierung (mit)bestimmt habe. Bei dieser Sachlage habe die Verjährungsfrist nicht schon mit der Weigerung der beklagten Partei zur Mangelsanierung oder - wie das Erstgericht meine - spätestens mit dem Vorliegen des Gutachtens des 1. Sachverständigen vom 16. September 1992 begonnen. Auch nach der Rspr des Obersten Gerichtshofs beginne die Verjährungsfrist erst mit dem Einlangen eines Sachverständigengutachtens, wenn ein Laie die Ursachen und das Ausmaß eines Bauschadens ohne Beiziehung eines Sachverständigen nicht zu erkennen vermöge. Reiche der Schaden in Wahrheit weiter oder seien die Kosten der Mängelbehebung höher, als der Sachverständige habe erkennen können, so beginne die Verjährungsfrist erst, sobald der Sachverständige (oder ein anderer Sachverständiger) sie erkannt und hierüber ein Gutachten erstattet habe. Könne der Werkbesteller annehmen, daß der Mangel durch Verbesserung beseitigt sei und trete er erst später wieder auf, so könne "Kenntnis des Schadens" auch erst in diesem Zeitpunkt anzunehmen sein. Die Verjährungsfrist beginne in einem solchen Fall erst mit der Erkennbarkeit der Erfolglosigkeit der Verbesserung zu laufen, weil für den Geschädigten kein Anlaß zur Verfolgung von (hypothetischen) Ersatzansprüchen bestehe, solange der Schaden behoben scheine. Die Sachlage sei dann nämlich nicht anders, als wenn der Betroffene von einem vorhandenen Schaden bisher überhaupt noch nicht Kenntnis erlangt habe. Auch hier sei davon auszugehen, daß der Kläger als Laie - und nur auf ihn komme es bei dieser Beurteilung an - erst durch das Gutachten des 3. Sachverständigen vom 21. Mai 1996 in die Lage versetzt worden sei, zu erkennen, daß der - von dem der Sphäre der beklagten Partei zuzurechnenden Sachverständigen ihres Betriebshaftpflichtversicherers mitgestaltete - Verbesserungsversuch des Dritten mißlungen ist. Erst ab diesem Zeitpunkt sei für den Kläger das wahre Ausmaß der von der beklagten Partei gesetzten Schadensursache und ferner erkennbar gewesen, daß diese Schadensursache trotz der einvernehmlich festgelegten Sanierung fortbestanden habe. Damit habe die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB für den Schadenersatzanspruch des Klägers auf das Deckungskapital des erforderlichen Verbesserungsaufwands erst mit der Erstattung des Gutachtens des 3. Sachverständigen zu laufen begonnen, sodaß der mit der am 17. März 1997 eingebrachten Klage geltend gemachte Schadenersatzanspruch somit nicht verjährt sein könne. Es könne auch der Auffassung des Erstgerichts und der beklagten Partei nicht gefolgt werden, daß sie keine Haftung mehr treffe, weil die mißlungene Sanierung nicht von ihr, sondern von einem Dritten durchgeführt worden sei. Auch bei vertraglichen Schadenersatzansprüchen aus Schlechterfüllung (Paragraph 932,, Paragraph 1295, Absatz eins, ABGB) gälten die allgemeinen Kriterien des Paragraph 1489, ABGB. Die Verjährungsfrist für den Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens (der Mangelbehebungskosten bzw des "Deckungskapitals") beginne nach der jüngeren Rspr erst zu laufen, wenn für den Werkbesteller das Mißlingen eines Verbesserungsversuchs des Werkunternehmers feststehe oder dieser eine Verbesserung endgültig verweigere. Hier habe der Werkunternehmer selbst jedoch keinen Verbesserungsversuch unternommen, sondern die Verbesserung sei im Auftrag des Klägers von einem Dritten vorgenommen worden, weil die beklagte Partei die Sanierung nicht selbst habe durchführen wollen, wobei der der Sphäre der beklagten Partei zuzurechnende 2. Sachverständige die Art der Sanierung (mit)bestimmt habe. Bei dieser Sachlage habe die Verjährungsfrist nicht schon mit der Weigerung der beklagten Partei zur Mangelsanierung oder - wie das Erstgericht meine - spätestens mit dem Vorliegen des Gutachtens des 1. Sachverständigen vom 16. September 1992 begonnen. Auch nach der Rspr des Obersten Gerichtshofs beginne die Verjährungsfrist erst mit dem Einlangen eines Sachverständigengutachtens, wenn ein Laie die Ursachen und das Ausmaß eines Bauschadens ohne Beiziehung eines Sachverständigen nicht zu erkennen vermöge. Reiche der Schaden in Wahrheit weiter oder seien die Kosten der Mängelbehebung höher, als der Sachverständige habe erkennen können, so beginne die Verjährungsfrist erst, sobald der Sachverständige (oder ein anderer Sachverständiger) sie erkannt und hierüber ein Gutachten erstattet habe. Könne der Werkbesteller annehmen, daß der Mangel durch Verbesserung beseitigt sei und trete er erst später wieder auf, so könne "Kenntnis des Schadens" auch erst in diesem Zeitpunkt anzunehmen sein. Die Verjährungsfrist beginne in einem solchen Fall erst mit der Erkennbarkeit der Erfolglosigkeit der Verbesserung zu laufen, weil für den Geschädigten kein Anlaß zur Verfolgung von (hypothetischen) Ersatzansprüchen bestehe, solange der Schaden behoben scheine. Die Sachlage sei dann nämlich nicht anders, als wenn der Betroffene von einem vorhandenen Schaden bisher überhaupt noch nicht Kenntnis erlangt habe. Auch hier sei davon auszugehen, daß der

Kläger als Laie - und nur auf ihn komme es bei dieser Beurteilung an - erst durch das Gutachten des 3. Sachverständigen vom 21. Mai 1996 in die Lage versetzt worden sei, zu erkennen, daß der - von dem der Sphäre der beklagten Partei zuzurechnenden Sachverständigen ihres Betriebshaftpflichtversicherers mitgestaltete - Verbesserungsversuch des Dritten mißlungen ist. Erst ab diesem Zeitpunkt sei für den Kläger das wahre Ausmaß der von der beklagten Partei gesetzten Schadensursache und ferner erkennbar gewesen, daß diese Schadensursache trotz der einvernehmlich festgelegten Sanierung fortbestanden habe. Damit habe die dreijährige Verjährungsfrist des Paragraph 1489, ABGB für den Schadenersatzanspruch des Klägers auf das Deckungskapital des erforderlichen Verbesserungsaufwands erst mit der Erstattung des Gutachtens des 3. Sachverständigen zu laufen begonnen, sodaß der mit der am 17. März 1997 eingebrachten Klage geltend gemachte Schadenersatzanspruch somit nicht verjährt sein könne. Es könne auch der Auffassung des Erstgerichts und der beklagten Partei nicht gefolgt werden, daß sie keine Haftung mehr treffe, weil die mißlungene Sanierung nicht von ihr, sondern von einem Dritten durchgeführt worden sei.

Im Werkvertragsrecht könne der Besteller - innerhalb der Verjährungsfrist des§ 1489 ABGB - vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf dessen rechtwidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen seien. Unterlasse der Unternehmer seine Verbesserung, so müsse er den Besteller so stellen, wie er stünde, wenn er ordnungsgemäß erfüllt hätte. Es stehe diesem demnach das Erfüllungsinteresse zu, das in dem für den Verbesserungsaufwand erforderlichen Deckungskapital bestehe. Führe der Geschädigte die erforderliche Verbesserung selbst durch oder veranlasse er diese - wie hier - durch einen Dritten, habe der Ersatzpflichtige die Aufwendungen für diese Ersatzvornahme zu bezahlen.Im Werkvertragsrecht könne der Besteller - innerhalb der Verjährungsfrist des Paragraph 1489, ABGB - vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf dessen rechtwidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen seien. Unterlasse der Unternehmer seine Verbesserung, so müsse er den Besteller so stellen, wie er stünde, wenn er ordnungsgemäß erfüllt hätte. Es stehe diesem demnach das Erfüllungsinteresse zu, das in dem für den Verbesserungsaufwand erforderlichen Deckungskapital bestehe. Führe der Geschädigte die erforderliche Verbesserung selbst durch oder veranlasse er diese - wie hier - durch einen Dritten, habe der Ersatzpflichtige die Aufwendungen für diese Ersatzvornahme zu bezahlen.

Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger (§ 1304 ABGB), also der Obliegenheit, ein "Weiterfressen des Schadens" zu verhindern oder möglichst in Grenzen zu halten, könne hier nicht erkannt werden, hätten doch selbst die Fachleute, darunter der vom Haftpflichtversicherer der beklagten Partei beigezogene 2. Sachverständige, der auch die Art der - mißlungenen - Sanierung (mit)verantworte, das wahre Schadensausmaß nicht erkannt. Die Tatsache, daß die erfolglose Sanierung von einem Dritten im Auftrag des Klägers vorgenommen und die Kosten hiefür von der beklagten Partei und ihrem Haftpflichtversicherer getragen worden seien, enthebe die beklagte Partei somit nicht ihrer vertraglichen Verpflichtung, den Kläger als Werkbesteller so zu stellen, wie er stünde, wenn sie ordnungsgemäß erfüllt oder selbst ordnungsgemäß verbessert hätte. Sie habe daher dem Kläger das zur Verbesserung des nach wie vor bestehende Mangels erforderliche Deckungskapital zur Verfügung zu stellen, zumal nicht mehr strittig sei, daß die Schadensursache von ihr schuldhaft herbeigeführt worden sei.Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger (Paragraph 1304, ABGB), also der Obliegenheit, ein "Weiterfressen des Schadens" zu verhindern oder möglichst in Grenzen zu halten, könne hier nicht erkannt werden, hätten doch selbst die Fachleute, darunter der vom Haftpflichtversicherer der beklagten Partei beigezogene 2. Sachverständige, der auch die Art der - mißlungenen - Sanierung (mit)verantworte, das wahre Schadensausmaß nicht erkannt. Die Tatsache, daß die erfolglose Sanierung von einem Dritten im Auftrag des Klägers vorgenommen und die Kosten hiefür von der beklagten Partei und ihrem Haftpflichtversicherer getragen worden seien, enthebe die beklagte Partei somit nicht ihrer vertraglichen Verpflichtung, den Kläger als Werkbesteller so zu stellen, wie er stünde, wenn sie ordnungsgemäß erfüllt oder selbst ordnungsgemäß verbessert hätte. Sie habe daher dem Kläger das zur Verbesserung des nach wie vor bestehende Mangels erforderliche Deckungskapital zur Verfügung zu stellen, zumal nicht mehr strittig sei, daß die Schadensursache von ihr schuldhaft herbeigeführt worden sei.

Im fortzusetzenden Verfahren werde der Erstrichter daher Feststellungen über die Höhe des notwendigen Verbesserungsaufwands sowie zu den weiteren Einwendungen der beklagten Partei über die behauptete vollständige Bereinigung des Schadenersatzanspruchs der Klägerin durch einen 1993 abgeschlossenen Vergleich und zu dem Zinsenbegehren zu treffen haben.

## Rechtliche Beurteilung

Der von der zweiten Instanz zugelassene Rekurs der beklagten Partei ist zulässig, aber nicht berechtigt.

a) Die mit der Rspr (1 Ob 679/90 = JBI 1992, 245; 1 Ob 573/95 = JBI 1996, 392 = RdW 1996, 110 [Iro aaO 106] = ecolex 1996, 250 [Kleetscka aaO 234]; 1 Ob 624/95 = HS XXVI/13 mwN und Auseinandersetzung mit der Kritik Welsers ua; RIS-Justiz RS0022078; vgl dazu auch Rebhahn in Schwimann<sup>2</sup>, § 1167 ABGB Rz 37) im Einklang stehende Rechtsauffassung der zweiten Instanz, daß die Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch des Werkbestellers auf Ersatz des Mangelschadens (Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit des Werks selbst liegt) erst mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem für den Werkbesteller das Mißlingen der Verbesserung durch den Werkunternehmer feststeht oder dieser eine Verbesserung endgültig verweigert, wird im Rechtsmittel nicht in Zweifel gezogen. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO). a) Die mit der Rspr (1 Ob 679/90 = JBI 1992, 245; 1 Ob 573/95 = JBI 1996, 392 = RdW 1996, 110 [Iro aaO 106] = ecolex 1996, 250 [Kleetscka aaO 234]; 1 Ob 624/95 = HS XXVI/13 mwN und Auseinandersetzung mit der Kritik Welsers ua; RIS-Justiz RS0022078; vergleiche dazu auch Rebhahn in Schwimann<sup>2</sup>, Paragraph 1167, ABGB Rz 37) im Einklang stehende Rechtsauffassung der zweiten Instanz, daß die Verjährungsfrist für den Schadenersatzanspruch des Werkbestellers auf Ersatz des Mangelschadens (Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit des Werks selbst liegt) erst mit dem Zeitpunkt zu laufen beginnt, in dem für den Werkbesteller das Mißlingen der Verbesserung durch den Werkunternehmer feststeht oder dieser eine Verbesserung endgültig verweigert, wird im Rechtsmittel nicht in Zweifel gezogen. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsgerichts verwiesen werden (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO).

Im vorliegenden Fall hat weder der klagende Werkbesteller noch - entgegen der Rechtsauffassung der zweiten Instanz - der beklagte Werkunternehmer die Verbesserung des mangelhaften Werks abgelehnt. Vielmehr hat die beklagte Partei nach dem Vorliegen der Gutachten der beiden ersten Sachverständigen eine Schadensmeldung an ihren Betriebshaftpflichtversicherer erstattet und dessen Sachverständiger stellte fest, daß der Schaden saniert werden müsse. Darauf, daß die beklagte Partei den Schaden nicht selbst beheben wollte, obwohl sie die Verpflichtung zur Schadensbehebung nicht grundsätzlich ablehnte, kommt es nicht an. Die Verpflichtung zur Verbesserung des mangelhaften Werkes besteht unabhängig davon, ob der Werkunternehmer dazu selbst in der Lage ist, hat er doch bei eigenem Unvermögen einen Dritten damit zu beauftragen (vgl Soergel in Münchener Kommentar zum BGB<sup>2</sup>, § 633 Anm 199). Gleiches muß dann gelten, wenn er zwar die Mängel beheben könnte, diese aber aus welchen Gründen immer nicht selbst beheben will. So hat der 2. Sachverständige (der des Betriebshaftpflichtversicherers der beklagten Partei), dessen Tätigkeit der beklagten Partei zuzurechnen ist, mit dem vom klagenden Besteller zur Verbesserung namhaft gemachten Dritten Kontakt aufgenommen und die Art der Verbesserung ohne weiteres Zutun des Klägers "abgeklärt", somit in Wahrheit Art und Umfang der Verbesserungsarbeiten festgelegt. Die Kosten der so vereinbarten, freilich unzureichenden Verbesserung trugen der Betriebshaftpflichtversicherer der beklagten Partei und sie selbst im Rahmen ihres Selbstbehalts. Es liegt bei dieser Sachlage nicht der Regelfall vor, daß der Werkunternehmer die Verbesserung ablehnt und diese nun vom Werkbesteller vorerst auf seine Kosten vorgenommen wird. Daß die beklagte Partei letztenendes dem Kläger die Vornahme der Verbesserung überließ und dieser damit einen Dritten betraute, ist jedenfalls verjährungsrechtlich bedeutungslos, hat die beklagte Partei doch weder ein entsprechendes Auswahlverschulden des Klägers behauptet, noch erfolgte die Festlegung des Umfangs der vorzunehmenden Sanierungsarbeiten bzw deren Entlohnung durch den Kläger. An einen solchen Sachverhalt können nicht einfach jene Rechtsfolgen angeknüpft werden, die eintreten, wenn der Werkbesteller nach Weigerung des Werkunternehmers, die Mängel zu beseitigen, nun selbst die - letztlich fehlgeschlagene - Verbesserung veranlaßt hat. Vielmehr ist vom Einvernehmen der Vertragsteile über die Notwendigkeit der Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten auszugehen. Unerheblich ist es, ob der Kläger sodann bei der Erteilung des Auftrags an den Dritten - wie in der Rekursbeantwortung vorgebracht wird - gleichsam als Vertragsgehilfe der beklagten Partei bzw ihres Haftpflichtversicherers fungierte; dabei steht nicht einmal fest, ob der Dritte vom Kläger entlohnt wurde, dem jene diesen Aufwand sodann refundierten, oder ob die beklagte Partei und ihr Versicherer das vom Dritten in Rechnung gestellte Entgelt unmittelbar beglichen haben. Im vorliegenden Fall hat weder der klagende Werkbesteller noch - entgegen der Rechtsauffassung der zweiten Instanz - der beklagte Werkunternehmer die Verbesserung des mangelhaften Werks abgelehnt. Vielmehr hat die beklagte Partei nach dem Vorliegen der Gutachten der beiden ersten Sachverständigen eine Schadensmeldung an ihren Betriebshaftpflichtversicherer erstattet und dessen Sachverständiger stellte fest, daß der Schaden saniert werden müsse. Darauf, daß die beklagte Partei den Schaden

nicht selbst beheben wollte, obwohl sie die Verpflichtung zur Schadensbehebung nicht grundsätzlich ablehnte, kommt es nicht an. Die Verpflichtung zur Verbesserung des mangelhaften Werkes besteht unabhängig davon, ob der Werkunternehmer dazu selbst in der Lage ist, hat er doch bei eigenem Unvermögen einen Dritten damit zu beauftragen (vergleiche Soergel in Münchener Kommentar zum BGB<sup>2</sup>, Paragraph 633, Anmerkung 199). Gleiches muß dann gelten, wenn er zwar die Mängel beheben könnte, diese aber aus welchen Gründen immer nicht selbst beheben will. So hat der 2. Sachverständige (der des Betriebshaftpflichtversicherers der beklagten Partei), dessen Tätigkeit der beklagten Partei zuzurechnen ist, mit dem vom klagenden Besteller zur Verbesserung namhaft gemachten Dritten Kontakt aufgenommen und die Art der Verbesserung ohne weiteres Zutun des Klägers "abgeklärt", somit in Wahrheit Art und Umfang der Verbesserungsarbeiten festgelegt. Die Kosten der so vereinbarten, freilich unzureichenden Verbesserung trugen der Betriebshaftpflichtversicherer der beklagten Partei und sie selbst im Rahmen ihres Selbstbehalts. Es liegt bei dieser Sachlage nicht der Regelfall vor, daß der Werkunternehmer die Verbesserung ablehnt und diese nun vom Werkbesteller vorerst auf seine Kosten vorgenommen wird. Daß die beklagte Partei letztenendes dem Kläger die Vornahme der Verbesserung überließ und dieser damit einen Dritten betraute, ist jedenfalls verjährungsrechtlich bedeutungslos, hat die beklagte Partei doch weder ein entsprechendes Auswahlverschulden des Klägers behauptet, noch erfolgte die Festlegung des Umfangs der vorzunehmenden Sanierungsarbeiten bzw deren Entlohnung durch den Kläger. An einen solchen Sachverhalt können nicht einfach jene Rechtsfolgen angeknüpft werden, die eintreten, wenn der Werkbesteller nach Weigerung des Werkunternehmers, die Mängel zu beseitigen, nun selbst die - letztlich fehlgeschlagene - Verbesserung veranlaßt hat. Vielmehr ist vom Einvernehmen der Vertragsteile über die Notwendigkeit der Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten auszugehen. Unerheblich ist es, ob der Kläger sodann bei der Erteilung des Auftrags an den Dritten - wie in der Rekursbeantwortung vorgebracht wird - gleichsam als Vertragsgehilfe der beklagten Partei bzw ihres Haftpflichtversicherers fungierte; dabei steht nicht einmal fest, ob der Dritte vom Kläger entlohnt wurde, dem jene diesen Aufwand sodann refundierten, oder ob die beklagte Partei und ihr Versicherer das vom Dritten in Rechnung gestellte Entgelt unmittelbar beglichen haben.

Die Erwägungen der Rspr, für nicht vorhersehbare, neue schädigende Wirkungen eines Schadensfalls beginne die dreijährige Verjährungsfrist vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch den Geschädigten an zu laufen (zuletzt 1 Ob 155/97v = JBl 1998, 454 = ZVR 1998/94 = ecolex 1998, 551 [Wilhelm]; RIS-Justiz RS0034527), können auch hier fruchtbar gemacht werden. Denn bevor feststeht, daß die Verbesserung eines Mangelschadens untauglich war, muß der fachunkundige Geschädigte - wie hier der Kläger - der Verjährung nicht mit einer Feststellungsklage begegnen. Er darf vielmehr annehmen, daß der aufgetretene Schaden nun behoben ist; dann aber besteht für ihn nicht der geringste Anlaß zur Verfolgung von - für ihn rein hypothetischen - weiteren Ersatzansprüchen in Form einer Feststellungsklage (1 Ob 590/94 = ecolex 1995, 20 = HS 25.725; 2 Ob 15/96; RIS-Justiz RS0034426).

Auch bei einer von den Parteien des Werkvertrags deshalb, weil der Werkunternehmer die Verbesserung nicht selbst vornehmen will, einvernehmlich veranlaßten und in der Folge mißlungenen Verbesserung des mangelhaften Werks durch einen Dritten wird die Verjährung des Anspruchs des Werkbestellers auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gemäß § 1489 erster Satz ABGB erst dann in Gang gesetzt, wenn für ihn feststeht, daß die Verbesserung durch den Dritten mißlungen ist. Daß er schon vorher Kenntnis vom Ursachenzusammenhang des - wie sich später herausstellte - dadurch nicht ordnungsgemäß verbesserten Mangelschadens hatte, ist dabei bedeutungslos. Auch bei einer von den Parteien des Werkvertrags deshalb, weil der Werkunternehmer die Verbesserung nicht selbst vornehmen will, einvernehmlich veranlaßten und in der Folge mißlungenen Verbesserung des mangelhaften Werks durch einen Dritten wird die Verjährung des Anspruchs des Werkbestellers auf Ersatz des Erfüllungsinteresses gemäß Paragraph 1489, erster Satz ABGB erst dann in Gang gesetzt, wenn für ihn feststeht, daß die Verbesserung durch den Dritten mißlungen ist. Daß er schon vorher Kenntnis vom Ursachenzusammenhang des - wie sich später herausstellte - dadurch nicht ordnungsgemäß verbesserten Mangelschadens hatte, ist dabei bedeutungslos.

Die Rekursausführungen der beklagten Partei, der Kläger hätte die Schadensursache bereits 1992 mit dem Vorliegen des Gutachtens des 1. Sachverständigen gekannt, übersehen diese Konsequenz, kommt es doch nur darauf an, wann er davon Kenntnis hatte, daß die (einvernehmlich in Auftrag gegebene) Verbesserung des mangelhaften Werks mißlungen ist. Nach den Feststellungen der Tatsacheninstanzen wurde dem Kläger das Mißlingen der 1992 vorgenommenen Verbesserung durch den Dritten erstmals 1995 mit der Zustellung des Gutachten des 3. Sachverständigen vom 21. Mai 1996 bekannt; für ihn befand sich das Gesimse nach der 1992 vorgenommenen

"Sanierung" in bestem Zustand und er durfte überzeugt sein, daß "der Schaden tatsächlich saniert" worden sei. Das der fachunkundige Kläger vorher irgendwelche Erkundigungspflichten verletzt hätte, wird von der beklagten Partei nicht einmal behauptet.

Die vom Kläger am 17. März 1997 erhobene Klage ist demnach innerhalb der Verjährungsfrist erhoben.

b) Auch die weiteren Rechtsausführungen der zweiten Instanz, daß Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche seit der Entscheidung des erkennenden als verstärkten Senats (1 Ob 536/90 = SZ 63/37 = JBl 1990, 648 [Reischauer]) im Werkvertragsrecht konkurrieren (stRspr: RIS-Justiz RS0021755), und daß der Besteller somit wegen Mängeln des Werkes auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, jedoch innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB vom Unternehmer das im Deckungskapital des Verbesserungsaufwands liegende Erfüllungsinteresse - auch wenn der Unternehmer keine Verbesserungsgelegenheit hatte, sofern nur der Besteller seine Schadenminderungspflicht beachtet (SZ 66/17; JBl 1996, 392 uva; RIS-Justiz RS0021942) - mit Erfolg fordern kann, sofern die Mängel auf dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen sind (stRspr, zuletzt 6 Ob 40/98w; RIS-Justiz RS0021755), werden im Rechtsmittel ebensowenig in Zweifel gezogen wie die - von der zweiten Instanz bejahte - Beachtung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger sowie der Umstand, daß der beklagten Partei an der Herbeiführung des Schadens des Klägers ein Verschulden zur Last fällt. b) Auch die weiteren Rechtsausführungen der zweiten Instanz, daß Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche seit der Entscheidung des erkennenden als verstärkten Senats (1 Ob 536/90 = SZ 63/37 = JBl 1990, 648 [Reischauer]) im Werkvertragsrecht konkurrieren (stRspr: RIS-Justiz RS0021755), und daß der Besteller somit wegen Mängeln des Werkes auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, jedoch innerhalb der Verjährungsfrist des Paragraph 1489, ABGB vom Unternehmer das im Deckungskapital des Verbesserungsaufwands liegende Erfüllungsinteresse - auch wenn der Unternehmer keine Verbesserungsgelegenheit hatte, sofern nur der Besteller seine Schadenminderungspflicht beachtet (SZ 66/17; JBl 1996, 392 uva; RIS-Justiz RS0021942) - mit Erfolg fordern kann, sofern die Mängel auf dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen sind (stRspr, zuletzt 6 Ob 40/98w; RIS-Justiz RS0021755), werden im Rechtsmittel ebensowenig in Zweifel gezogen wie die - von der zweiten Instanz bejahte - Beachtung der Schadenminderungspflicht durch den Kläger sowie der Umstand, daß der beklagten Partei an der Herbeiführung des Schadens des Klägers ein Verschulden zur Last fällt.

Dem Rekurs ist daher nicht Folge zu geben. Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41 und 50 ZPO. Dem Rekurs ist daher nicht Folge zu geben. Die Kostenentscheidung fußt auf den Paragraphen 41 und 50 ZPO.

#### **Textnummer**

E52639

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

ECLI:AT:OGH0002:1999:0010OB00191.98I.0119.000

#### **Im RIS seit**

18.02.1999

#### **Zuletzt aktualisiert am**

14.06.2012

**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)