

TE OGH 2021/2/4 5Ob188/20p

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.02.2021

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Jensik als Vorsitzenden sowie die Hofrätin Dr. Grohmann und die Hofräte Mag. Wurzer, Mag. Painsi und Dr. Steger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Harald Schwendinger, Dr. Brigitte Piber, Rechtsanwälte in Salzburg, sowie der Nebenintervenienten auf Seiten der klagenden Partei 1. P***** GmbH, *****, 2. DI H*****, beide vertreten durch Dr. Leopold Hirsch, Rechtsanwalt in Salzburg, gegen die beklagte Partei I*****, vertreten durch Mag. Birgit A. Eder, Rechtsanwältin in Salzburg, und die Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei 1. F***** GesmbH, *****, vertreten durch Dr. Markus Warga, Rechtsanwalt in Hof, 2. D***** GmbH, *****, vertreten durch Dr. Christoph Joham, Mag. Andreas Voggenberger, Rechtsanwälte in Eugendorf, 3. W*****, vertreten durch Dr. Herbert Hübel, Mag. Thomas Payer, Mag. Susanne Payer, Mag. Michael Gruber, Rechtsanwälte in Salzburg, 4. F***** GmbH & Co KG, *****, 5. R***** GesmbH, *****, beide vertreten durch Mag. Peter Rittinger, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen 338.576,82 EUR und Feststellung (Streitwert 30.000 EUR), über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Teilurteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht vom 5. August 2020, GZ 3 R 80/20k-54, mit dem das Teilzwischenurteil des Landesgerichts Salzburg vom 17. April 2020, GZ 9 Cg 19/19y-48, abgeändert wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der außerordentlichen Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Teilurteil wird aufgehoben. Dem Berufungsgericht wird die neuerliche Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind Kosten des weiteren Verfahrens.

Text

Begründung:

[1] Die Klägerin beauftragte die beklagte Partei mit Werkvertrag vom 20./30. 7. 2007 mit Generalunternehmerarbeiten bei ihrem Bauvorhaben S*****, bei dem drei selbständige Baukörper als Häuser I, II, III sowie eine Tiefgarage zu errichten waren. Gegenstand des Werkvertrags war unter anderem die Ausführung des Wärmedämmverbundsystems (in der Folge: WDVS) der Fassaden samt Verputzarbeiten. Mit diesen Arbeiten beauftragte die Beklagte den Drittnebenintervenienten als Subunternehmer. Zwischen diesem als Kläger und der auch hier Beklagten kam es zu einem Rechtsstreit beim Landesgericht Salzburg wegen des offenen Werklohnanspruchs des Drittnebenintervenienten. Die Klägerin hier war an diesem Verfahren nicht (als Partei oder Nebenintervenientin)

beteiligt. Der dort bestellte Sachverständige Ing. H***** hatte aufgrund der in diesem Verfahren von der auch hier Beklagten erhobenen Mängelinwände – auch die Fassade betreffend – Befund aufzunehmen und ein Gutachten zu erstatten. Bei der ersten Befundaufnahme am 2. 12. 2010 war für die Klägerin niemand anwesend, bei der zweiten am 4. 5. 2011 nahm der (damalige) Bauleiter der Klägerin Ing. M***** teil. Diesem Termin war eine E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien dieses Verfahrens vorausgegangen. Ein Baumeister der Beklagten hatte an Herrn H*****, einen Baumeister der Klägerin geschrieben: „Wie bereits besprochen benötigen wir ihrerseits, Sie als Hauseigentümer, eine Zustimmungserklärung, dass wir an mehreren Stellen die VWS-Fassade öffnen dürfen. Grund für diese Maßnahmen sind wahrscheinliche Verarbeitungsfehler in der VWS-Fassade durch unseren Subunternehmer, mit welchem wir diesbezüglich vor Gericht stehen ...“. [1] Die Klägerin beauftragte die beklagte Partei mit Werkvertrag vom 20./30. 7. 2007 mit Generalunternehmerarbeiten bei ihrem Bauvorhaben S*****, bei dem drei selbständige Baukörper als Häuser römisch eins, römisch zwei, römisch drei sowie eine Tiefgarage zu errichten waren. Gegenstand des Werkvertrags war unter anderem die Ausführung des Wärmedämmverbundsystems (in der Folge: WDVS) der Fassaden samt Verputzarbeiten. Mit diesen Arbeiten beauftragte die Beklagte den Drittnebenintervenienten als Subunternehmer. Zwischen diesem als Kläger und der auch hier Beklagten kam es zu einem Rechtsstreit beim Landesgericht Salzburg wegen des offenen Werklohnanspruchs des Drittnebenintervenienten. Die Klägerin hier war an diesem Verfahren nicht (als Partei oder Nebenintervenientin) beteiligt. Der dort bestellte Sachverständige Ing. H***** hatte aufgrund der in diesem Verfahren von der auch hier Beklagten erhobenen Mängelinwände – auch die Fassade betreffend – Befund aufzunehmen und ein Gutachten zu erstatten. Bei der ersten Befundaufnahme am 2. 12. 2010 war für die Klägerin niemand anwesend, bei der zweiten am 4. 5. 2011 nahm der (damalige) Bauleiter der Klägerin Ing. M***** teil. Diesem Termin war eine E-Mail-Korrespondenz zwischen den Parteien dieses Verfahrens vorausgegangen. Ein Baumeister der Beklagten hatte an Herrn H*****, einen Baumeister der Klägerin geschrieben: „Wie bereits besprochen benötigen wir ihrerseits, Sie als Hauseigentümer, eine Zustimmungserklärung, dass wir an mehreren Stellen die VWS-Fassade öffnen dürfen. Grund für diese Maßnahmen sind wahrscheinliche Verarbeitungsfehler in der VWS-Fassade durch unseren Subunternehmer, mit welchem wir diesbezüglich vor Gericht stehen ...“.

[2] Am 17. 3. 2011 wandte sich die Beklagte neuerlich an Herrn H***** wie folgt: „Wie bereits im E-Mail vom 8. 3. 2011 angefragt, müsste die VWS-Fassade beim oben genannten Bauvorhaben geöffnet werden, da sich bei dementsprechender Witterung die Plattenformate und Dübel an der Fassade abzeichnen. Wir gehen davon aus, dass der Grund hierfür eine zu geringe Stärke der Spachtelung ist. Dies betrifft alle drei Häuser an unterschiedlichen Stellen. Des weiteren ist beim Haus II (gartenseitig) eine Wasserblase an der Unterseite des Vorsprungs OG vorhanden, wo eine Ursache ebenfalls noch gesichtet werden muss ...“. [2] Am 17. 3. 2011 wandte sich die Beklagte neuerlich an Herrn H***** wie folgt: „Wie bereits im E-Mail vom 8. 3. 2011 angefragt, müsste die VWS-Fassade beim oben genannten Bauvorhaben geöffnet werden, da sich bei dementsprechender Witterung die Plattenformate und Dübel an der Fassade abzeichnen. Wir gehen davon aus, dass der Grund hierfür eine zu geringe Stärke der Spachtelung ist. Dies betrifft alle drei Häuser an unterschiedlichen Stellen. Des weiteren ist beim Haus römisch zwei (gartenseitig) eine Wasserblase an der Unterseite des Vorsprungs OG vorhanden, wo eine Ursache ebenfalls noch gesichtet werden muss ...“.

[3] Nach Urgenz erteilte der Bauleiter der Klägerin Ing. M***** am 30. 3. 2011 die Zustimmung zur Öffnung der VWS-Fassade und ersuchte, ihm nach abgeschlossener Arbeit des Sachverständigen eine Gutachterskopie zukommen zu lassen. Dass der Sachverständige Ing. M***** jemanden von der Klägerin zur Vorbereitung des Befundaufnahmetermins über die Problematik der Auffälligkeiten der Fassade und die Notwendigkeit einer Öffnung der WDVS-Fassade informiert hätte, steht nicht fest.

[4] Beim zweiten Befundaufnahmetermin am 4. 5. 2011 kam es zur zerstörenden Öffnung des rechten unteren Leibungsanschlusses des darüberliegenden Fensters im Bereich des Hauses II und zur Kontrolle der Nordost- sowie Südwestfassade auf eine allenfalls zu geringe Stärke der Spachtelung mittels Hubsteiger. Der Sachverständige kontrollierte die Nordwestfassade an einer Stelle, an der laut Rüge der Beklagten möglicherweise das Armierungsgewebe nicht deckend eingespachtelt und verputzt worden sei. Er konnte kein freiliegendes Armierungsgewebe feststellen. Da er darauf hinwies, dass bei einem zerstörenden Öffnen dieses Fassadenteils alle verschlossenen Stellen deutlich sichtbar bleiben werden, erteilte Ing. M***** für die Klägerin keine Zustimmung zum (weiteren) Aufschneiden der Fassade. [4] Beim zweiten Befundaufnahmetermin am 4. 5. 2011 kam es zur zerstörenden

Öffnung des rechten unteren Leibungsanschlusses des darüberliegenden Fensters im Bereich des Hauses römisch zwei und zur Kontrolle der Nordost- sowie Südwestfassade auf eine allenfalls zu geringe Stärke der Spachtelung mittels Hubsteiger. Der Sachverständige kontrollierte die Nordwestfassade an einer Stelle, an der laut Rüge der Beklagten möglicherweise das Armierungsgewebe nicht deckend eingespachtelt und verputzt worden sei. Er konnte kein freiliegendes Armierungsgewebe feststellen. Da er darauf hinwies, dass bei einem zerstörenden Öffnen dieses Fassadenteils alle verschlossenen Stellen deutlich sichtbar bleiben werden, erteilte Ing. M***** für die Klägerin keine Zustimmung zum (weiteren) Aufschneiden der Fassade.

[5] Zum Unterbleiben weiterer Bauteilöffnungen führte der Sachverständige im schriftlichen Gutachten (Beilage ./X S 41) wörtlich aus:

„Die Art der verwendeten Dübel und Dübelteller sowie die Ausführung der Spachtelung und Einspachtelung des Armierungsgewebes sowie die Schichtstärke des Deckputzes kann nur durch zerstörendes Öffnen nachgewiesen werden. Nachdem bisher keine Risse im Fugenbereich sichtbar sind, das heißt der Witterungsschutz durch Rissbildung nicht beeinträchtigt ist, rate ich davon ab die Wärmedämmfassade zu öffnen um die Schichtstärke nachweisen zu können, weil die Öffnungsränder erfahrungsgemäß nicht mehr so verschlossen werden können, dass der Witterungsschutz sichergestellt ist.

Einvernehmlich wird an Ort und Stelle davon Abstand genommen weitere Probeöffnungen an Wärmedämmverbundfassaden dieses Bauvorhabens freizulegen.“

[6] Im Gutachten selbst stellte der Sachverständige Ing. M***** – abgesehen von einem an der Südwestfassade des Hauses I verlaufenden Riss im Deckputz, der fachgemäß zu verschließen sei, und einer nicht schlagregendichten Bauanschlussfuge am Fenster über zwei Wohnungen im Haus II – im Wesentlichen optische Fassadenmängel aufgrund von Farbunterschieden oder uneinheitlichem Erscheinungsbild der Putzoberfläche fest, wofür er – da nicht wirtschaftlich behebbar – Wertminderungsbeträge ansetzte. Deutliche und offene Risse waren laut Gutachten nicht festzustellen. [6] Im Gutachten selbst stellte der Sachverständige Ing. M***** – abgesehen von einem an der Südwestfassade des Hauses römisch eins verlaufenden Riss im Deckputz, der fachgemäß zu verschließen sei, und einer nicht schlagregendichten Bauanschlussfuge am Fenster über zwei Wohnungen im Haus römisch zwei – im Wesentlichen optische Fassadenmängel aufgrund von Farbunterschieden oder uneinheitlichem Erscheinungsbild der Putzoberfläche fest, wofür er – da nicht wirtschaftlich behebbar – Wertminderungsbeträge ansetzte. Deutliche und offene Risse waren laut Gutachten nicht festzustellen.

[7] Aufgrund dieses Gutachtens schlossen die Beklagte und der Drittnebenintervenient einen Vergleich. Das Gutachten erhielt die Klägerin damals nicht, es wurde ihr erst am 19. 3. 2018 übermittelt.

[8] Am 11. 4. 2012 führten die Parteien vor Ablauf der Gewährleistungsfrist eine gemeinsame Begehung durch, die Klägerin rügte im Anschluss daran Mängel der Verputzarbeiten an den Fassaden der Häuser II und III, die einen Wasseraustritt aus dem Wärmedämmsystem der Fassade über einer Terrasse, vereinzelt Risse, ein Loch im Bereich der Verankerung eines Zugangsgitters sowie zwei Stellen mit offenem Putz im Bereich von schrägen Ebenen in den Garten betrafen. Die Beklagte gab die Mängelrügen an den Drittnebenintervenienten zur Behebung weiter, die am 11. 5. 2012 erfolgte. Davon verständigte die Beklagte auch die Klägerin. [8] Am 11. 4. 2012 führten die Parteien vor Ablauf der Gewährleistungsfrist eine gemeinsame Begehung durch, die Klägerin rügte im Anschluss daran Mängel der Verputzarbeiten an den Fassaden der Häuser römisch zwei und römisch drei, die einen Wasseraustritt aus dem Wärmedämmsystem der Fassade über einer Terrasse, vereinzelt Risse, ein Loch im Bereich der Verankerung eines Zugangsgitters sowie zwei Stellen mit offenem Putz im Bereich von schrägen Ebenen in den Garten betrafen. Die Beklagte gab die Mängelrügen an den Drittnebenintervenienten zur Behebung weiter, die am 11. 5. 2012 erfolgte. Davon verständigte die Beklagte auch die Klägerin.

[9] Die Klägerin bemängelte 2013 wieder Mängel an den Verputzarbeiten bei Haus III, wo neben dem Eingang eine Feuchtigkeitsunterwanderung des WDVS anzunehmen war. Auch diese Beanstandung leitete die Beklagte an den Drittnebenintervenienten weiter. [9] Die Klägerin bemängelte 2013 wieder Mängel an den Verputzarbeiten bei Haus römisch drei, wo neben dem Eingang eine Feuchtigkeitsunterwanderung des WDVS anzunehmen war. Auch diese Beanstandung leitete die Beklagte an den Drittnebenintervenienten weiter.

[10] 2014 rügte die Klägerin an 21 Stellen der Fassaden der Häuser I und III Fehlstellen, Risse und eine Blase im Verputz. Die Feststellung des Erstgerichts, diese Schäden hätten sich erst 2014 gezeigt und die Klägerin habe in der

Aufforderung an die Beklagte, diese Mängel zu beheben, nicht darauf hingewiesen, dass Blasen, Putzabplatzungen und Risse bereits bei der Gewährleistungsabnahme im Jahr 2012 sichtbar gewesen seien, war Gegenstand einer vom Berufungsgericht nicht behandelten Beweistrüge. Auch diese Aufforderung leitete die Beklagte an den Drittnebenintervenienten mit dem Ersuchen um Durchsicht und Unterstützung bei einem Begehungstermin weiter. Bei diesem Begehungstermin im Mai 2014 sagte die Beklagte der Klägerin zu, die Mängel zu beheben. Der Drittnebenintervenient sanierte die Putzabplatzungen und Risse im Herbst 2014 durch punktuelle Ausbesserungen, die Blasenbildung wurde nicht ausgebessert. Die Feststellung des Erstgerichts, diese sei keine Putzfehlstelle und nicht weiter aufgefallen, war ebenso Gegenstand einer nicht erledigten Beweistrüge wie die Feststellung, in den Jahren 2015 und 2016 seien an den Fassaden des Bauvorhabens keine weiteren Schäden aufgetreten. Der Drittnebenintervenient wurde für diese Sanierungsarbeiten von der Klägerin nicht bezahlt. [10] 2014 rügte die Klägerin an 21 Stellen der Fassaden der Häuser römisch eins und römisch drei Fehlstellen, Risse und eine Blase im Verputz. Die Feststellung des Erstgerichts, diese Schäden hätten sich erst 2014 gezeigt und die Klägerin habe in der Aufforderung an die Beklagte, diese Mängel zu beheben, nicht darauf hingewiesen, dass Blasen, Putzabplatzungen und Risse bereits bei der Gewährleistungsabnahme im Jahr 2012 sichtbar gewesen seien, war Gegenstand einer vom Berufungsgericht nicht behandelten Beweistrüge. Auch diese Aufforderung leitete die Beklagte an den Drittnebenintervenienten mit dem Ersuchen um Durchsicht und Unterstützung bei einem Begehungstermin weiter. Bei diesem Begehungstermin im Mai 2014 sagte die Beklagte der Klägerin zu, die Mängel zu beheben. Der Drittnebenintervenient sanierte die Putzabplatzungen und Risse im Herbst 2014 durch punktuelle Ausbesserungen, die Blasenbildung wurde nicht ausgebessert. Die Feststellung des Erstgerichts, diese sei keine Putzfehlstelle und nicht weiter aufgefallen, war ebenso Gegenstand einer nicht erledigten Beweistrüge wie die Feststellung, in den Jahren 2015 und 2016 seien an den Fassaden des Bauvorhabens keine weiteren Schäden aufgetreten. Der Drittnebenintervenient wurde für diese Sanierungsarbeiten von der Klägerin nicht bezahlt.

[11] Im Jahr 2017 traten an den Fassaden des Bauvorhabens wiederum Risse, Hohlstellen und Putzablösungen augenscheinlich gleichartig wie die Risse und Aufplatzungen aus dem Jahr 2014, zum Großteil jedoch an anderen Stellen als im Jahr 2014 auf, sodass die Klägerin den bautechnischen Sachverständigen Ing. K***** mit der Beurteilung beauftragte, ob das WDVS nach einschlägigen Normen und Richtlinien sowie vertragsgemäß hergestellt worden sei. Dieser Sachverständige kam im Gutachten vom 20. 7. 2017 zum Ergebnis, dass der Systemputz entgegen der Vorgabe im Bauteilkatalog (6 mm) an den erprobten sechs Stellen nur eine Schichtdicke zwischen 3,02 und 3,47 mm aufweise. Aufgrund der gemessenen Schichtstärke und abzüglich der Schichtdicke des Oberputzes von 1,5 mm ergebe sich eine gemessene Schichtdicke des Unterputzes zwischen 1,52 und 1,97 mm. An keiner der gemessenen Stellen werde die geforderte Mindestdicke des Unterputzes von 2 mm laut ÖNorm erreicht. Sei die im Bauteilkatalog enthaltene Schichtdicke des Systemputzes von 6 mm vereinbart, wäre beim verwendeten Oberputz mit einem Korn von 1,5 mm der Unterputz mit einer Dicke von 4,5 mm auszuführen gewesen, er habe daher eine jedenfalls zu geringe Schichtdicke. Dadurch seien an den Witterungseinflüssen am meisten ausgesetzten West- und Nordseiten der Häuser II und III erhebliche Schäden in Form von Putzablösungen und Rissen entstanden. Die Sanierungen in der Vergangenheit seien nur partiell und kleinflächig und damit sowohl technisch als auch optisch unzureichend gewesen. [11] Im Jahr 2017 traten an den Fassaden des Bauvorhabens wiederum Risse, Hohlstellen und Putzablösungen augenscheinlich gleichartig wie die Risse und Aufplatzungen aus dem Jahr 2014, zum Großteil jedoch an anderen Stellen als im Jahr 2014 auf, sodass die Klägerin den bautechnischen Sachverständigen Ing. K***** mit der Beurteilung beauftragte, ob das WDVS nach einschlägigen Normen und Richtlinien sowie vertragsgemäß hergestellt worden sei. Dieser Sachverständige kam im Gutachten vom 20. 7. 2017 zum Ergebnis, dass der Systemputz entgegen der Vorgabe im Bauteilkatalog (6 mm) an den erprobten sechs Stellen nur eine Schichtdicke zwischen 3,02 und 3,47 mm aufweise. Aufgrund der gemessenen Schichtstärke und abzüglich der Schichtdicke des Oberputzes von 1,5 mm ergebe sich eine gemessene Schichtdicke des Unterputzes zwischen 1,52 und 1,97 mm. An keiner der gemessenen Stellen werde die geforderte Mindestdicke des Unterputzes von 2 mm laut ÖNorm erreicht. Sei die im Bauteilkatalog enthaltene Schichtdicke des Systemputzes von 6 mm vereinbart, wäre beim verwendeten Oberputz mit einem Korn von 1,5 mm der Unterputz mit einer Dicke von 4,5 mm auszuführen gewesen, er habe daher eine jedenfalls zu geringe Schichtdicke. Dadurch seien an den Witterungseinflüssen am meisten ausgesetzten West- und Nordseiten der Häuser römisch zwei und römisch drei erhebliche Schäden in Form von Putzablösungen und Rissen entstanden. Die Sanierungen in der Vergangenheit seien nur partiell und kleinflächig und damit sowohl technisch als auch optisch unzureichend gewesen.

[12] In ihrer Klage vom 13. 2. 2019 begehrt die Klägerin von der Beklagten insgesamt 338.576,82 EUR sA aus dem Titel der Sanierungskosten für die Behebung einer Reihe von Mängeln des Gewerks der Beklagten, darunter der zu geringen Schichtdicke des WDVS. Von den Gesamtkosten hierfür von 265.440 EUR (brutto) zog die Klägerin selbst 22,5 % unter dem Titel „Neu für Alt“ ab, sodass sie 205.716 EUR beehrte. Außerdem erhob sie ein Feststellungsbegehren für alle nicht bereits vom Leistungsbegehren umfassten Sanierungskosten, Aufwendungen und Nachteile, die ihr aus den prozessgegenständlichen von der Beklagten beim Bauvorhaben zu vertretenden Mängeln im Bereich (ua) des WDVS/Verputzes entstehen.

[13] Soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung brachte sie vor, der aus Unter- und Oberputz bestehende Gesamtputz des WDVS sei nach den Vereinbarungen der Streitteile in einer Stärke von 6 mm herzustellen gewesen, tatsächlich liege die durchschnittliche Schichtdicke des Unterputzes weit unter 2,5 mm. Dies habe die Klägerin erst durch das aufgrund optischer Auffälligkeiten bei einigen Gebäuden im Mai 2017 beauftragte Privatgutachten erfahren. Dass sich bereits früher an einzelnen Fassadenteilen geringfügige Abplatzungen und Blasenbildungen gezeigt hätten, sei für sie unbedenklich gewesen, weil der von der Beklagten beauftragte Subunternehmer diese kleineren Fehlerstellen regelmäßig ordnungsgemäß behoben habe. Dass auch diese ihre Ursache bereits in grundlegenden Verarbeitungsmängeln gehabt hätten, habe die Klägerin erst durch das Privatgutachten erfahren. Am Verfahren zwischen der Beklagten und dem Drittnebenintervenienten vor dem Landesgericht Salzburg sei die Klägerin nicht beteiligt gewesen, Unterlagen aus diesem Prozess habe sie nicht erhalten. Am 4. 5. 2011 sei die Fassade nicht geöffnet worden, weil der Sachverständige Ing. M***** davon abgeraten habe. Auch dieser habe die tatsächliche Problematik damals nicht erkannt und im Gutachten nur optische Mängel festgestellt.

[14] Die Beklagte wendete die Verjährung mit der Begründung ein, die Klägerin habe bereits 2011 Kenntnis von optischen Auffälligkeiten an der Fassade in Form von Rissen, Abplatzungen und Fehlstellen erlangt, deren Ursache durch die Befundaufnahme im Verfahren zwischen der Beklagten und dem Drittnebenintervenienten geklärt hätte werden können. Zuvor habe die Beklagte der Klägerin gegenüber bereits den Verdacht einer zu geringen Stärke der Spachtelung geäußert. Damit wäre es der Klägerin bereits seit 2011 möglich und auch zumutbar gewesen, durch das ohnedies im Verfahren zwischen der Beklagten und dem Drittnebenintervenienten einzuholende Gutachten oder durch ein von ihr selbst einzuholendes Sachverständigengutachten über die Ursache von Mängeln und Schäden am WDVS Erkundigungen einzuholen. Im Zug der jährlich durchzuführenden Wartungen der WDVS-Fassaden hätten Schadstellen auffallen müssen und die in der Klage genannten optischen Auffälligkeiten seien bereits bei der Begehung vor Ablauf der Gewährleistungsfrist 2012 und auch noch 2014 erkennbar gewesen. Spätestens da hätte die Klägerin ein Sachverständigengutachten beauftragen müssen.

[15] Das Erstgericht sprach mit Teilzwischenurteil aus, dass der von der Beklagten gegen das auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes gestützte Zahlungsbegehren von 205.716 EUR sA aufgrund des behaupteten Schadens aus der zu geringen Schichtdicke des Unterputzes an allen Fassaden des Bauvorhabens S***** sowie gegen die vom Feststellungsbegehren erfassten allfälligen zukünftigen Schadenersatzansprüche der Klägerin gegen die Beklagte wegen der behaupteten zu geringen Schichtdicke des Unterputzes erhobene Verjährungseinwand verworfen werde und behielt die Kostenentscheidung der Endentscheidung vor. Zusätzlich zu den eingangs zitierten Feststellungen ging es davon aus, auch die bauphysikalischen Berechnungsblätter für den Konstruktionsaufbau der Außenwände seien Bestandteil der Vertragsbedingungen zwischen den Streitteilen gewesen, die einen Systemputz in einer Dicke von 6 mm vorgegeben hätten. Im Werkvertrag zwischen dem Drittnebenintervenienten und der Beklagten sei der Unterputz nur mit einer Schicht von 3 mm vereinbart worden. Diese Feststellung wurde mit Beweisrüge bekämpft. Ebenfalls bekämpft ist die Feststellung des Erstgerichts, der Sachverständige Ing. M***** habe aufgrund der Tatsache, dass bis dahin keine Risse im Fugenbereich sichtbar waren und nach Auffassung dieses Sachverständigen der Witterungsschutz durch Rissbildung nicht beeinträchtigt war, davon abgeraten die Fassade zur Messung der Schichtstärke des Deckputzes zu öffnen.

[16] Auf Basis dieser Feststellungen folgte das Erstgericht rechtlich, der Klageanspruch sei nicht nach § 1489 ABGB verjährt. Die Verjährungsfrist werde durch Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen in Gang gesetzt. Dabei müsse dem Geschädigten der Sachverhalt soweit bekannt werden, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg anstellen kann. Habe der Geschädigte als Laie keinen Einblick in die für das Verschulden maßgeblichen Umstände, beginne die Verjährungsfrist nicht zu laufen, sodass die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen ihr Bekanntsein nicht ersetzen könne. Der Geschädigte dürfe sich allerdings nicht passiv verhalten,

ausnahmsweise könne auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens als Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten angesehen werden. Eine Verletzung der Erkundigungspflicht der Klägerin sei hier zu verneinen, weil deren Mitarbeitern aus dem Abraten einer Öffnung der Fassade durch den Sachverständigen Ing. M***** verbunden mit der Versicherung, dass der Witterungsschutz gewährleistet sei, was nach dem Öffnen nicht mehr der Fall wäre, kein Vorwurf dahin gemacht werden könne, die Klägerin hätte gegen diesen Rat und abweichend von der einvernehmlich festgelegten Vorgangsweise doch auf Putzöffnung bestehen müssen. An eine mangelhafte Funktion des Unterputzes habe in diesem Verfahren niemand gedacht. Zu berücksichtigen sei weiters, dass nur für die Beklagte ohne zerstörende Überprüfung damals klar gewesen sei, dass mit der von ihr mit dem Drittnebenintervenienten vereinbarten Werkleistung der Generalunternehmervertrag zwischen den Streitteilen gar nicht erfüllt hätte werden können. Auch eine Verpflichtung der Klägerin, bereits 2014 ein Privatgutachten in Auftrag zu geben, verneinte das Erstgericht mit der Begründung, damals seien umfangreich, wenn auch kleinflächig von der Klägerin beanstandete Risse, Fehlstellen und Abplatzungen ausgebessert worden, sodass sie davon ausgehen habe dürfen, dass damit die Fassadenmängel beseitigt wären, selbst wenn die Behebung einer Wasserblase unterblieben sei. Erst die 2017 neuerlich aufgetretenen Risse, Fehlstellen und Abplatzungen hätten bei der Klägerin die Verpflichtung zu weiteren Erkundigungen ausgelöst, zumal erst da augenfällig geworden sei, dass die bisherigen Sanierungen 2012 und 2014 keine dauerhafte Schadensbehebung bewirken habe können. Dieser Obliegenheit sei die Klägerin nachgekommen.

[16] Auf Basis dieser Feststellungen folgte das Erstgericht rechtlich, der Klageanspruch sei nicht nach Paragraph 1489, ABGB verjährt. Die Verjährungsfrist werde durch Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen in Gang gesetzt. Dabei müsse dem Geschädigten der Sachverhalt soweit bekannt werden, dass er eine Klage mit Aussicht auf Erfolg anstellen kann. Habe der Geschädigte als Laie keinen Einblick in die für das Verschulden maßgeblichen Umstände, beginne die Verjährungsfrist nicht zu laufen, sodass die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen ihr Bekanntsein nicht ersetzen könne. Der Geschädigte dürfe sich allerdings nicht passiv verhalten, ausnahmsweise könne auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens als Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten angesehen werden. Eine Verletzung der Erkundigungspflicht der Klägerin sei hier zu verneinen, weil deren Mitarbeitern aus dem Abraten einer Öffnung der Fassade durch den Sachverständigen Ing. M***** verbunden mit der Versicherung, dass der Witterungsschutz gewährleistet sei, was nach dem Öffnen nicht mehr der Fall wäre, kein Vorwurf dahin gemacht werden könne, die Klägerin hätte gegen diesen Rat und abweichend von der einvernehmlich festgelegten Vorgangsweise doch auf Putzöffnung bestehen müssen. An eine mangelhafte Funktion des Unterputzes habe in diesem Verfahren niemand gedacht. Zu berücksichtigen sei weiters, dass nur für die Beklagte ohne zerstörende Überprüfung damals klar gewesen sei, dass mit der von ihr mit dem Drittnebenintervenienten vereinbarten Werkleistung der Generalunternehmervertrag zwischen den Streitteilen gar nicht erfüllt hätte werden können. Auch eine Verpflichtung der Klägerin, bereits 2014 ein Privatgutachten in Auftrag zu geben, verneinte das Erstgericht mit der Begründung, damals seien umfangreich, wenn auch kleinflächig von der Klägerin beanstandete Risse, Fehlstellen und Abplatzungen ausgebessert worden, sodass sie davon ausgehen habe dürfen, dass damit die Fassadenmängel beseitigt wären, selbst wenn die Behebung einer Wasserblase unterblieben sei. Erst die 2017 neuerlich aufgetretenen Risse, Fehlstellen und Abplatzungen hätten bei der Klägerin die Verpflichtung zu weiteren Erkundigungen ausgelöst, zumal erst da augenfällig geworden sei, dass die bisherigen Sanierungen 2012 und 2014 keine dauerhafte Schadensbehebung bewirken habe können. Dieser Obliegenheit sei die Klägerin nachgekommen.

[17] Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten Folge und änderte dieses Teilzwischenurteil in ein Teilmittel dahin ab, dass es das Zahlungsbegehren von 205.716 EUR sA sowie das Feststellungsbegehren in Bezug auf die Sanierungskosten für die zu geringe Schichtdicke des Unterputzes an der Fassade abwies.

[18] Die Verfahrens- und Beweisrüge der Beklagten erledigte es aus rechtlichen Gründen nicht, weil es eine Erkundigungsobliegenheit der Klägerin schon auf Basis der bekämpften Feststellungen bejahte. Zwar dürfe diese Obliegenheit nicht überspannt werden. Ausnahmsweise könne aber – sofern eine Verbesserung des Wissensstands nur so möglich und dem Geschädigten das Kostenrisiko zumutbar sei – auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens verlangt werden. Dabei sei an fachkundige Personen – wie die Klägerin nach der Entscheidung 4 Ob 92/19m eine sei – ein strengerer Maßstab anzulegen. Abzustellen sei auf deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt im Sinn konkreter Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen könne, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten worden seien. Bei einer juristischen Person sei dabei nicht nur das Wissen der zur Vertretung befugten Organe maßgeblich, sondern auf das Wissen solcher Personen abzustellen, denen in der betreffenden Angelegenheit Vertretungskompetenz zukomme, wie etwa Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte

oder auch Rechtsvertreter, soweit sich deren Wissen auf das konkret übertragene Aufgabengebiet erstreckte und sie mit der speziellen Sache auch tatsächlich befasst gewesen seien. Durch die im Vorfeld der Befundaufnahme im Verfahren zwischen der Beklagten oder dem Drittnebenintervenienten geführte Mailkorrespondenz sei maßgeblichen Vertretern der Klägerin in Bauangelegenheiten der Verdacht einer zu geringen Stärke der Spachtelung bekannt geworden. Ob der Hinweis des Sachverständigen darauf, dass nach einem Öffnen der Fassade die verschlossenen Stellen deutlich sichtbar bleiben werden, tatsächlich – wie vom Erstgericht unterstellt – im Sinn eines Abratens vom Öffnen zu verstehen sei, könne dahinstehen. Sei dies nicht der Fall, stehe eine Kausalität der Ausführungen des Sachverständigen – die sich letztlich erst in dem der Klägerin 2018 zugekommenen Gutachten gefunden hätten – für den Entschluss der Klägerin nicht fest. Selbst eine derartige Äußerung des Sachverständigen schon bei der Befundaufnahme sei weder als Beschwichtigen durch die Beklagte zu werten noch qualifiziere der Sachverständige damit deren Behauptungen zur Wesentlichkeit des Mangels an der Fassade. Diese Erklärung des Sachverständigen sei daher ohne Einfluss auf die Verjährungsfrist. Soweit die Streitparteien tatsächlich einvernehmlich von der Putzöffnung abgestanden sein sollten, wäre davon auszugehen, dass die Klägerin eine allfällige Mangelhaftigkeit des Werks wegen zu geringer Putzstärke hinnehmen wollte. Die Klägerin hätte bloß durch ihre Zustimmung ohne weitere Kostenbelastung bereits im Jahr 2011 Klarheit über Mängel an der Fassade erhalten. Ein arglistiges Verschweigen durch die Beklagte sei den Feststellungen nicht zu entnehmen. Aus diesem Grund sei der Schadenersatzanspruch der Klägerin verjährt, worüber zulässigerweise mittels Teilurteil auch in Bezug auf das Feststellungsbegehren abgesprochen werden könne.

[19] Die ordentliche Revision ließ es mit der Begründung nicht zu, die Frage nach dem Ausmaß der Erkundigungsobliegenheit sei grundsätzlich einzelfallbezogen.

[20] Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer Wiederherstellung des erstinstanzlichen Teilzwischenurteils. Hilfsweise stellt sie einen Aufhebungsantrag.

[21] Der Beklagten und den Nebenintervenienten auf Seiten der Beklagten wurde die Beantwortung der Revision freigestellt, die Beklagte sowie die Zweit- und Drittnebenintervenienten beantragen, die Revision mangels erheblicher Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

[22] Die Revision ist zulässig, weil die Auffassung des Berufungsgerichts der Korrektur im Einzelfall bedarf. Sie ist auch im Sinn einer Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts berechtigt.

[23] 1. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft, sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Selbst dann, wenn das Berufungsgericht aus erstgerichtlichen Feststellungen andere tatsächliche und nicht nur andere rechtliche Schlüsse zieht als das Erstgericht, wäre eine Beweiswiederholung oder Beweisergänzung in der Berufungsverhandlung nicht erforderlich (RIS-Justiz RS0118191). [23] 1. Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft, sie liegt nicht vor (Paragraph 510, Absatz 3, ZPO). Selbst dann, wenn das Berufungsgericht aus erstgerichtlichen Feststellungen andere tatsächliche und nicht nur andere rechtliche Schlüsse zieht als das Erstgericht, wäre eine Beweiswiederholung oder Beweisergänzung in der Berufungsverhandlung nicht erforderlich (RIS-Justiz RS0118191).

[24] 2. Die Klägerin moniert, das Berufungsgericht habe die höchstgerichtliche Rechtsprechung nicht beachtet, wonach die Verjährung von Schadenersatzansprüchen erst dann beginnen könne, wenn dem Werkbesteller erkennbar sei, dass eine Verbesserung misslungen ist, oder wenn feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert. Trotz zugesagter Verbesserung Untersuchungen anzustellen würde die Erkundigungspflicht überspannen. Hier habe die Beklagte wiederholt gerügte Mängel behoben, sodass die Klägerin keine Veranlassung zu weiteren Untersuchungen gehabt habe. Da die Verjährungsfrist erst dadurch ausgelöst werde, dass der Geschädigte den anspruchsbegründenden Sachverhalt kenne, insbesondere auch den Ursachenzusammenhang zwischen dem Schaden und einem bestimmten, dem Schädiger anzulastenden Verhalten, und die Klägerin nach den Sanierungen durch die Beklagte davon ausgehen habe dürfen, dass damit die beanstandeten Mängel behoben seien, könne die Verjährungsfrist erst mit Zugang des von der Klägerin beauftragten Privatgutachtens begonnen haben. Zu Unrecht handle das Berufungsgericht die Klägerin als fachkundig und rechne ihr das Wissen von Mitarbeitern zu. Letztlich

habe die Beklagte der Klägerin verschwiegen, dass sie an den Drittnebenintervenienten eine viel zu geringe Putzstärke als im Generalunternehmervertrag vorgegeben beauftragt hatte, der Verjährungseinwand sei daher auch wegen Arglist der Beklagten sittenwidrig.

[25] Hiezu wurde erwogen:

[26] 2.1. Die Klägerin begehrt Ersatz des für die Sanierung der Mängel am WDVS aufzuwendenden Kosten und macht damit einen Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens geltend, für den § 1489 ABGB gilt (RS0017735 [T4, T5]).

2.1. Die Klägerin begehrt Ersatz des für die Sanierung der Mängel am WDVS aufzuwendenden Kosten und macht damit einen Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens geltend, für den Paragraph 1489, ABGB gilt (RS0017735 [T4, T5]).

[27] 2.2. Die Vorinstanzen haben die in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung vorgegebenen Grundsätze der Verjährung von Schadenersatzansprüchen, zum Beginn der Verjährungsfrist und zur Erkundigungspflicht des Geschädigten zutreffend wiedergegeben.

[28] 2.3. Schadenersatzansprüche verjähren in drei Jahren ab dem Zeitpunkt, zu dem der Eintritt des Schadens und die Person des Ersatzpflichtigen dem Geschädigten soweit bekannt wurden, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg eingebracht werden kann (RS0034524; RS0050338). Die Kenntnis muss dabei den ganzen anspruchsbegründenden Sachverhalt umfassen, insbesondere auch den Ursachenzusammenhang zwischen dem Schaden und einem bestimmten dem Schädiger anzulastenden Verhalten, in Fällen der Verschuldenshaftung daher auch jene Umstände, aus denen sich das Verschulden des Schädigers ergibt (RS0034951 [T1, T2, T4 bis T7]). Wenn auch der anspruchsbegründende Sachverhalt dem Geschädigten nicht in allen Einzelheiten bekannt sein muss, muss er doch in der Lage sein, das zur Anspruchsbegründung erforderliche Sachvorbringen konkret zu erstatten (RS0034524 [T24, T25]). Bloße Mutmaßungen genügen nicht (RS0034524 [T18]). Hat ein geschädigter Laie keinen Einblick in die für das Verschulden maßgeblichen Umstände, beginnt die Verjährung nicht zu laufen (RS0034603), weil die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen ihre Kenntnis nicht ersetzen kann (RS0034459). Nur wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RS0034327; RS0034335). Die Erkundigungspflicht des Geschädigten darf aber nicht überspannt werden (RS0034327 [T6]; RS0034524 [T48]). Es braucht deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt im Sinn konkreter Verdachtsmomente, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RS0034327 [T21, T42]). Wenn die Kenntnis des Kausalzusammenhangs und bei verschuldensabhängiger Haftung die Kenntnis der Umstände, die das Verschulden begründen, Fachwissen voraussetzt, beginnt die Verjährungsfrist regelmäßig erst dann zu laufen, wenn der Geschädigte durch ein Sachverständigengutachten Einblick in die Zusammenhänge erlangt hat (RS0034603 [T23]). Im Regelfall ist er nicht verpflichtet ein Privatgutachten einzuholen (RS0034327 [T2, T33]). Im Einzelfall kann aber – wenn eine Verbesserung des Wissensstands nur so möglich und dem Geschädigten das Kostenrisiko zumutbar ist – auch die Einholung eines Privatgutachtens als Obliegenheit des Geschädigten angesehen werden (RS0034327 [T10]). In diesem Zusammenhang ist an einen Fachmann ein strengerer Maßstab anzulegen (4 Ob 92/19m).

[29] 2.4. Der Oberste Gerichtshof vertritt zum Werkvertragsrecht in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, dass der Schaden, der darin liegt, dass der Werkbesteller infolge des schuldhaften Verzugs des Unternehmers mit der Verbesserung der Werkmängel oder infolge der Verweigerung der Verbesserung die Kosten für die Verbesserung des Werks selbst zu tragen hat, nicht schon mit der Lieferung der mangelhaften Sache, sondern erst in dem Zeitpunkt entstanden ist, in dem klargestellt wurde, dass es zur Verbesserung des Werks durch den Unternehmer nicht mehr kommen wird (RS0022078). Die Verjährung dieses Schadenersatzanspruchs beginnt demnach erst dann zu laufen, wenn dem Besteller erkennbar ist, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder wenn feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert (RS0022078 [T3, T5]; RS0021755 [T10]). Auf die Kenntnis des Mangels ist nur dann abzustellen, wenn dem Schädiger keine Verbesserungsgelegenheit eingeräumt wurde (vgl 5 Ob 230/14f; RS0088996; jüngst 5 Ob 16/19t). An dieser Rechtsprechung hielt der Oberste Gerichtshof ungeachtet der in der Lehre erhobenen Kritik fest (zuletzt 5 Ob 16/19t; 3 Ob 162/12b; 8 Ob 16/11b; 6 Ob 34/00v mwN). Zu 5 Ob 16/19t sprach der erkennende Senat aus, dass diese Rechtsprechung zum Beginn der Verjährungsfrist für den Ersatz des Mangelschadens nicht darauf abstellt, ob der Werkunternehmer den Mangel anerkannt und die Verbesserung ausdrücklich zugesagt hat. Maßgeblich ist nur, ob der Besteller erkennen musste, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert. Selbst ohne

ausdrückliche Verbesserungszusage ist für den Verjährungsbeginn der Zeitpunkt relevant, zu dem der Werkunternehmer die geforderte (und mögliche) Verbesserung endgültig abgelehnt hat. Konkret zur Erkundigungspflicht des Geschädigten führte der 8. Senat zu 8 Ob 124/16t aus, dass der Geschädigte vor dem Scheitern der Sanierung noch keinen Anlass hat, kostspielige Untersuchungen darüber anzustellen, ob er einen Schadenersatzanspruch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen kann. Es würde die Erkundigungspflicht überspannen, darüber trotz zugesagter Verbesserung Untersuchungen anzustellen, sich also genauere Kenntnis über einen Schaden zu verschaffen, der sich im Vermögen des Bestellers erst nach dem erfolglosen Verbesserungsversuch auswirkt. [29]

2.4. Der Oberste Gerichtshof vertritt zum Werkvertragsrecht in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, dass der Schaden, der darin liegt, dass der Werkbesteller infolge des schuldhaften Verzugs des Unternehmers mit der Verbesserung der Werkmängel oder infolge der Verweigerung der Verbesserung die Kosten für die Verbesserung des Werks selbst zu tragen hat, nicht schon mit der Lieferung der mangelhaften Sache, sondern erst in dem Zeitpunkt entstanden ist, in dem klargestellt wurde, dass es zur Verbesserung des Werks durch den Unternehmer nicht mehr kommen wird (RS0022078). Die Verjährung dieses Schadenersatzanspruchs beginnt demnach erst dann zu laufen, wenn dem Besteller erkennbar ist, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder wenn feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert (RS0022078 [T3, T5]; RS0021755 [T10]). Auf die Kenntnis des Mangels ist nur dann abzustellen, wenn dem Schädiger keine Verbesserungsgelegenheit eingeräumt wurde (vergleiche 5 Ob 230/14f; RS0088996; jüngst 5 Ob 16/19t). An dieser Rechtsprechung hielt der Oberste Gerichtshof ungeachtet der in der Lehre erhobenen Kritik fest (zuletzt 5 Ob 16/19t; 3 Ob 162/12b; 8 Ob 16/11b; 6 Ob 34/00v mwN). Zu 5 Ob 16/19t sprach der erkennende Senat aus, dass diese Rechtsprechung zum Beginn der Verjährungsfrist für den Ersatz des Mangelschadens nicht darauf abstellt, ob der Werkunternehmer den Mangel anerkennt und die Verbesserung ausdrücklich zugesagt hat. Maßgeblich ist nur, ob der Besteller erkennen musste, dass eine erfolgte Verbesserung misslungen ist, oder feststeht, dass der Werkunternehmer die Verbesserung endgültig verweigert. Selbst ohne ausdrückliche Verbesserungszusage ist für den Verjährungsbeginn der Zeitpunkt relevant, zu dem der Werkunternehmer die geforderte (und mögliche) Verbesserung endgültig abgelehnt hat. Konkret zur Erkundigungspflicht des Geschädigten führte der 8. Senat zu 8 Ob 124/16t aus, dass der Geschädigte vor dem Scheitern der Sanierung noch keinen Anlass hat, kostspielige Untersuchungen darüber anzustellen, ob er einen Schadenersatzanspruch mit Aussicht auf Erfolg geltend machen kann. Es würde die Erkundigungspflicht überspannen, darüber trotz zugesagter Verbesserung Untersuchungen anzustellen, sich also genauere Kenntnis über einen Schaden zu verschaffen, der sich im Vermögen des Bestellers erst nach dem erfolglosen Verbesserungsversuch auswirkt.

[30] 2.5. Die Rechtsprechung nimmt eine Wissenszurechnung durch jene Personen (Wissensvertreter) an, die – sowohl als selbständige Dritte als auch Gehilfen – vom Geschäftsherrn damit betraut wurden, Tatsachen, deren Kenntnis rechtserheblich ist, entgegenzunehmen oder anzuzeigen. Soweit es auf das Wissen des Geschäftsherrn ankommt, wird ihm dabei das Wissen des Wissensvertreters als eigenes zugerechnet, sodass die an sein Wissen geknüpften Rechtsfolgen – etwa die Auslösung einer Erkundigungspflicht – zum Nachteil des Geschäftsherrn eintreten können (RS0065360 [T10, T11]). Die Wissenszurechnung setzt voraus, dass sich das Wissen auf den übertragenen Aufgabenbereich erstreckt und der Gehilfe tatsächlich mit der betreffenden Angelegenheit befasst ist. Abzustellen ist darauf, ob die Hilfsperson mit dem Willen des Geschäftsherrn tätig wurde und diese bei Durchführung der Agenden von ihrem Wissen Gebrauch hätte machen können (7 Ob 92/16d; RS0009172 [T22]). Dass hier sowohl der Empfänger der E-Mails der Beklagten im Vorfeld der Befundaufnahme als bei der Klägerin angestellter Baumeister als auch Ing. M*****, der in gleicher Funktion an der Befundaufnahme teilnahm, im Sinn dieser Rechtsprechung Wissensvertreter sind, sodass deren allfälliges Wissen der Klägerin unmittelbar zuzurechnen wäre, hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt.

[31] 2.6. Geht man nun von den – allerdings in relevanten Punkten mittels Beweistrüge bekämpften – Feststellungen des Erstgerichts aus, wäre die Erkundigungspflicht der Klägerin wirklich überspannt, würde man ihr – wie das Berufungsgericht – vorhalten, sie hätte ihre Zustimmung zur Öffnung der Fassade anlässlich der Befundaufnahme im Verfahren zwischen der Beklagten und dem Drittnebenintervenienten nicht zurückziehen dürfen, weil sie im Vorfeld im Weg dieser E-Mail-Korrespondenz bereits den Verdacht einer zu geringen Stärke der Spachtelung von der Beklagten mitgeteilt erhielt. Der Inhalt dieser E-Mails allein reichte im Zusammenhang mit den festgestellten Äußerungen des Sachverständigen Ing. M***** anlässlich der zweiten Befundaufnahme nach der – bei Berücksichtigung der von diesem getroffenen Feststellungen zutreffenden – Auffassung des Erstgerichts noch nicht aus, eine Verpflichtung der Klägerin auszulösen, der Öffnung der Fassade zum Zweck der Messung der Dicke des Unterputzes zuzustimmen.

[32] 2.7. Nach der schlüssigen Beurteilung des Erstgerichts, die sich auf den festgestellten Wortlaut der E-Mail-Nachrichten stützen konnte, war den Wissensvertretern der Klägerin gegenüber nämlich zunächst nur die Mutmaßung von Verarbeitungsfehlern an der VWS-Fassade und danach einer zu geringen Stärke der „Spachtelung“ geäußert worden, woraus die Klägerin nicht ableiten habe können, ob damit überhaupt der gesamte Systemputz gemeint sein sollte. Das Berufungsgericht setzt nun – ohne auf die diesbezügliche Mängelrüge der Beklagten einzugehen – den Begriff der „Spachtelung“ offensichtlich mit demjenigen des „Systemputzes“ gleich, wenn es davon ausgeht, durch die Zustimmung zur Öffnung der Fassaden hätte die Klägerin sich jedenfalls Klarheit über das Vorliegen der Mangelhaftigkeit einer zu geringen Stärke „des Unterputzes“ verschaffen können. Die – im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts getroffene und nicht bekämpfte – Feststellung, an eine mangelhafte Funktion des Unterputzes, namentlich dessen zu geringe Stärke, habe bei der zweiten Befundaufnahme niemand gedacht, lässt diese Beurteilung des Berufungsgerichts aber außer Acht. Ob nun – wie das Erstgericht meinte – der Sachverständige Ing. M***** beim zweiten Befundaufnahmetermin unter Verwendung der dann im schriftlichen Gutachten genannten Begründung konkret von einer weiteren Bauteilöffnung abriet (dazu liegt eine Beweistrüge vor, die nicht erledigt wurde) oder ob eine solche Äußerung im Termin selbst nicht fiel, ist zwar letztlich nicht von rechtlicher Relevanz, auch wenn man die festgestellten Äußerungen des Sachverständigen nach ihrem objektiven Erklärungswert und dem Verständnis des Erstgerichts so interpretieren könnte, dass sich eine zu geringe Dicke des Systemputzes durch Risse in der Fassade zeigen hätte müssen (die nicht vorlagen). Zumindest auf Basis der – wenn auch teilweise bekämpften – Feststellungen ist nämlich unabhängig davon, was konkret bei diesem zweiten Befundaufnahmetermin besprochen worden war, auch dann nicht von einer Verletzung der Erkundigungspflicht der Klägerin auszugehen, wenn man diese – im Sinn der vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung 4 Ob 92/19m zu einer gemeinnützigen Bauvereinigung vertretenen Auffassung – nicht als Laien betrachten wollte:

[33] 2.8. Dass die zur Einschaltung des Privatgutachters Ing. K***** führenden Mängel an der Fassade bereits bei der zweiten Befundaufnahme vorgelegen wären, wurde nämlich nicht festgestellt. Zu diesem Zeitpunkt war die Gewährleistungsfrist zwischen den Parteien noch offen, sodass für die Klägerin aufgrund der bloßen Mutmaßung möglicher Verarbeitungsfehler an der Fassade vorerst (noch) kein Anlass bestand, zerstörende Untersuchungen an der Fassade ihrer Gebäude vornehmen zu lassen, deren Folgen nach den insoweit unbekämpften Äußerungen des Sachverständigen Ing. M***** jedenfalls sichtbar geblieben wären. Eine Begehung – zum Zweck der Abklärung allfälliger Mängel und Gewährleistungsansprüche der Klägerin – fand erst am 11. 4. 2012 statt und führte zu Mängelrügen auch in Bezug auf die Verarbeitung der Fassade wie sie das Erstgericht konkret feststellte. Dass die Beklagte oder auch die Klägerin diese in einen Zusammenhang mit einer zu geringen Schichtstärke des Unterputzes gebracht hätten, steht nicht fest. Die der Beklagten übermittelten Mängellisten leitete diese an den Drittnebenintervenienten weiter, der alle gerügten Mängel im Rahmen der Gewährleistungspflicht der Beklagten behob. Auch für die – nach den bekämpften Feststellungen des Erstgerichts – erstmals 2014 an immerhin 21 Stellen der Fassaden der Häuser aufgetretenen Fehlstellen, Risse und eine Blase an der Fassade übernahm nach Diskussionen letztlich die Beklagte die Verantwortung und ließ auch diese Mängel (ausgenommen die Blase) – ohne dass die Klägerin hierfür Entgelt zu bezahlen hatte – durch den Drittnebenintervenienten beheben. Warum also die Klägerin – wenn tatsächlich nach den – ebenfalls bekämpften – Feststellungen des Erstgerichts in den Jahren 2015 und 2016 keine Schäden an den Fassaden mehr auftraten – vor der Einholung des Privatgutachtens im Jahr 2017 nur aufgrund der Mutmaßung in einer E-Mail 2011, es könnte eine zu geringe Spachtelstärke vorliegen, davon ausgehen hätte müssen, die in der Folge aufgetretenen Fassadenschäden seien auf grundlegende Verarbeitungsfehler der Fassade (nämlich die dem Generalunternehmervertrag nicht entsprechende Schichtstärke des Unterputzes) zurückzuführen und durch die regelmäßig vom Drittnebenintervenienten der Beklagten durchgeführten Verbesserungsarbeiten nicht nachhaltig verbessert worden, erschließt sich dem erkennenden Senat nicht. Jedenfalls auf Basis dieser Feststellungen wäre eine Verletzung der Erkundigungspflicht durch die Klägerin daher zu verneinen.

[34] 3. Allerdings hat das Berufungsgericht ausgehend von seiner vom Obersten Gerichtshof nicht geteilten Rechtsansicht eine Behandlung der Mängel- und Beweistrüge unterlassen, sodass mangels einer gesicherten Tatsachengrundlage die primär beantragte Wiederherstellung des erstgerichtlichen Teilzwischenurteils nicht in Betracht kommt. Das Teilurteil des Berufungsgerichts war vielmehr aufzuheben und diesem die neuerliche Entscheidung über die Berufung der Beklagten unter Berücksichtigung der Mängel- und Beweistrüge der Berufung aufzutragen.

[35] 4. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO. [35] 4. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, ZPO.

Textnummer

E131143

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2021:0050OB00188.20P.0204.000

Im RIS seit

16.04.2021

Zuletzt aktualisiert am

01.07.2021

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