

TE OGH 2019/11/19 10Ob48/19k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 19.11.2019

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Fichtenau und Dr. Grohmann, den Hofrat Mag. Ziegelbauer und die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. T* und 2. B*, beide vertreten durch Mag. Paula Stecher und MMag. Dr. Georg Janovsky Rechtsanwälte in Schwaz, gegen die beklagten Parteien 1. H* KG, *, und 2. M*, beide vertreten durch Ing. Dr. Stefan Krall und Dr. Oliver Kühnl, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 35.892 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 11. April 2019, GZ 2 R 37/19m-183, mit dem das Endurteil des Landesgerichts Innsbruck vom 21. Dezember 2018, GZ 12 Cg 130/13t-162 (in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17. Jänner 2019, GZ 12 Cg 130/13t-167) teilweise abgeändert wurde, und über die mit der außerordentlichen Revision verbundenen außerordentlichen Revisionsrekurse der beklagten Parteien gegen den im Berufungsurteil enthaltenen Beschluss des Berufungsgerichts, mit dem den Rekursen gegen die Beschlüsse des Erstgerichts vom 24. Juli 2018, GZ 12 Cg 130/13t-132, vom 22. August 2018, GZ 12 Cg 130/13t-140 und vom 21. Dezember 2018, GZ 12 Cg 130/13t-163 (letzterer in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 8. Jänner 2019, GZ 12 Cg 130/13t-165) nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung I. denDer Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten Univ.-Prof. Dr. Neumayr als Vorsitzenden sowie die Hofrätinnen Dr. Fichtenau und Dr. Grohmann, den Hofrat Mag. Ziegelbauer und die Hofrätin Dr. Faber als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1. T* und 2. B*, beide vertreten durch Mag. Paula Stecher und MMag. Dr. Georg Janovsky Rechtsanwälte in Schwaz, gegen die beklagten Parteien 1. H* KG, *, und 2. M*, beide vertreten durch Ing. Dr. Stefan Krall und Dr. Oliver Kühnl, Rechtsanwälte in Innsbruck, wegen 35.892 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 11. April 2019, GZ 2 R 37/19m-183, mit dem das Endurteil des Landesgerichts Innsbruck vom 21. Dezember 2018, GZ 12 Cg 130/13t-162 (in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 17. Jänner 2019, GZ 12 Cg 130/13t-167) teilweise abgeändert wurde, und über die mit der außerordentlichen Revision verbundenen außerordentlichen Revisionsrekurse der beklagten Parteien gegen den im Berufungsurteil enthaltenen Beschluss des Berufungsgerichts, mit dem den Rekursen gegen die Beschlüsse des Erstgerichts vom 24. Juli 2018, GZ 12 Cg 130/13t-132, vom 22. August 2018, GZ 12 Cg 130/13t-140 und vom 21. Dezember 2018, GZ 12 Cg 130/13t-163 (letzterer in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 8. Jänner 2019, GZ 12 Cg 130/13t-165) nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung römisch eins. den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die außerordentlichen Revisionsrekurse werden zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:römisch zwei. zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie – unter Einschluss der bereits in Rechtskraft erwachsenen Teile – zu lauten haben wie folgt:

„Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, den klagenden Parteien binnen 14 Tagen 20.652 EUR samt 4 % Zinsen aus 19.200 EUR von 6. 11. 2013 bis 24. 7. 2013 und aus 20.652 EUR seit 25. 7. 2017 zu zahlen.

Das Mehrbegehren, die beklagten Parteien seien zur ungeteilten Hand schuldig, den klagenden Parteien binnen 14 Tagen weitere 15.240 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR von 20. 6. 2013 bis 5. 11. 2018 und 4 % Zinsen aus 15.240 EUR seit 15. 11. 2018 zu zahlen, wird abgewiesen.“

Die Kostenentscheidung bleibt vorbehalten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die erstbeklagte Kommanditgesellschaft, deren unbeschränkt haftender Gesellschafter der Zweitbeklagte ist, verpflichtete sich in einem 2008 abgeschlossenen Werkvertrag zur Planung, Lieferung und Montage der Fenster für das neuerrichtete Haus der Kläger. Die Einbauarbeiten wurden in der zweiten Jahreshälfte 2008 von Mitarbeitern der Erstbeklagten verrichtet. Im Dezember 2010 bemerkten die Kläger erste Wassereintritte im Bereich der Fenster. Der Einbau der vertikalen Fensterelemente unter den Dachflächenfenstern ist nicht sach- und fachgerecht erfolgt und entspricht weder den Einbauempfehlungen des Fensterherstellers noch den für den Einbau gültigen Ö-Normen. Die Einbauhöhe der Dachflächenfenster steht sowohl auf der West- als auch auf der Ostseite im Widerspruch zu der damals gültigen Ö-Norm. Der Einbau wäre nur dann sach- und fachgerecht, wenn die Dachflächenfenster höher gesetzt worden wären. Die Prüfung der notwendigen Einbauhöhe liegt im Verantwortungsbereich der erstbeklagten Partei. Im Außenbereich ist keine Bauanschlussfuge gegeben, es wurde keine Bauanschlussfolie verwendet, eine vollständige Fugenfüllung mit Dämmstoff zwischen Säule und dem vertikalen Fensterelement fehlt. Infolge dieser und weiterer Einbaufehler rinnt bei geschlossenem Fensterflügel Niederschlagswasser in die Fuge und gelangt in das darunter liegende Stockwerk. Bei den Dachflächenfenstern ist der gesamte Fensterrahmen und ein Teilbereich unterhalb des Fensterrahmens nicht gedämmt, was bei einem fachgerechten Einbau gewährleistet sein müsste. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die anhaltenden Wassereintritte Folgeschäden am Haus (einem Holzbau) entstanden sind. Der Bauleiter und auch der Zweitbeklagte besichtigten die schadhaften Fenster, ohne die Ursache für die Wassereintritte zu finden und eine Mängelbehebung zu versuchen.

Mit ihrer im Oktober 2013 erhobenen Klage (der Gegenseite zugestellt am 5. 11. 2013) beehrten die Kläger von den beiden Beklagten zur ungeteilten Hand vorerst 30.000 EUR samt 4 % Zinsen seit 20. 6. 2013 an Sanierungskosten aus dem Titel des Schadenersatzes und erhoben ein Feststellungsbegehren auf Feststellung der künftigen Haftung der beklagten Partei für etwaige Spät- und Folgeschäden.

Mit Schriftsatz vom 25. 7. 2017 (ON 104) wurde das Leistungsbegehren auf 31.452 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR vom 20. 6. 2013 bis 24. 7. 2017 sowie 4 % Zinsen aus 31.452 EUR seit 25. 7. 2017 ausgedehnt.

Zum bisherigen Verfahrensgang:

Zum ersten Rechtsgang:

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren im Umfang von 16.746 EUR sA zur ungeteilten Hand statt und wies das Mehrbegehren im Umfang von 14.706 EUR sA ab. Weiters gab das Erstgericht dem Begehren auf Feststellung der Haftung der Beklagten zur ungeteilten Hand für sämtliche Schäden und Nachteile statt, die aus der mangelhaften Herstellung des Werks (Dach- und Vertikalfenster) herrührten.

Das Berufungsgericht verwarf die Berufung wegen Nichtigkeit; im Übrigen gab es der Berufung der Kläger gänzlich und der Berufung der Beklagten teilweise dahin Folge, dass es die Entscheidung des Erstgerichts über das Leistungsbegehren als Zwischenurteil (hinsichtlich des Grundes des Leistungsbegehrens) und als Teilurteil (hinsichtlich des Feststellungsbegehrens) bestätigte und im Übrigen (hinsichtlich der Höhe des Leistungsbegehrens) aufgehoben hat.

Der Oberste Gerichtshof wies die dagegen gerichtete außerordentliche Revision der Beklagten mangels einer Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung zurück (10 Ob 77/18y). Das Teilurteil hinsichtlich des Feststellungsbegehrens ist in Rechtskraft erwachsen.

Im fortgesetzten Verfahren dehnten die Kläger mit Schriftsatz vom 15. 11. 2018 ihr Zahlungsbegehren neuerlich, nunmehr auf 35.892 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR von 20. 6. 2013 bis 24. 7. 2017, 4 % Zinsen aus 31.452 EUR von 25. 7. 2017 bis 14. 11. 2018 und 4 % Zinsen aus 35.892 EUR seit 15. 11. 2018 aus. Sie brachten vor, die Sanierungskosten würden laut dem nunmehr vorliegenden Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen 35.892 EUR ausmachen.

Soweit für das Revisionsverfahren noch wesentlich bringen die Kläger zur Anspruchshöhe zusammengefasst vor, sie hätten Anspruch auf die Sanierungskosten in jenem Umfang, der auch das Höhersetzen der Dachflächenfenster („Stockaufdoppelung“) umfasse. Jede andere Sanierungsvariante bliebe mangelhaft. Weiters müssten die zu bevorschussenden Sanierungskosten auch die Kosten für den allenfalls notwendig werdenden Austausch bzw die Neuanschaffung der Fenster beinhalten. Für sie wäre ein massiver Nachteil darin gelegen, wenn sie zunächst selbst das volle Kostenrisiko zu tragen hätten, falls sich im Zuge der Sanierungsarbeiten herausstellen sollte, dass sich die Fenster nicht ohne Beschädigung ausbauen ließen. Sollte sich der Austausch der Fenster als nicht notwendig erweisen, stehe es den Beklagten ohnedies frei, den nicht verbrauchten Deckungsfonds zurückzufordern.

Die Beklagten sprachen sich gegen die Klageausdehnung aus. Die ausgedehnte Klageforderung sei verjährt. Da die Kläger zunächst keine konkreten Sanierungskosten vorgebracht hätten, sei ihr Vorbringen zu den Sanierungskosten im fortgesetzten Verfahren auch wegen Verstoßes gegen das Neuerungsverbot unbeachtlich. Zudem hätten die Kläger gegen die Schadensminderungspflicht verstoßen. Sie hätten nach Abschluss der Fenstereinbauarbeiten einen (nicht ausgebildeten) Spengler beigezogen, von dem sie vom überstehenden Lagerholz bei den Dachflächenkombinationsfenstern erfahren hätten. Seit dieser Warnung hätten sie nicht mehr weiterbauen dürfen. Da zum damaligen Zeitpunkt die Fassade noch nicht angebracht gewesen sei, wäre der Schaden bei Null gelegen. Weiters hätte der Spengler die Kläger auch hinsichtlich der Dachflächenfenster warnen müssen. Auch diese (nicht erfolgte) Warnung müssten sich die Kläger zurechnen lassen. Sie hätten außerdem nur Anspruch auf jene Kosten, die den Beklagten entstanden wären, wenn diese die Sanierung selbst vorgenommen hätte („Eigenkosten“). Keinesfalls bestehe ein Anspruch auf Ersatz der Sowieso-Kosten.

Das Erstgericht erklärte die Klageausdehnung für zulässig, verpflichtete die Beklagten zur ungeteilten Hand zur Zahlung von 35.892 EUR und wies das Zinsenbegehren zur Gänze ab. Die Kostenentscheidung wurde vorbehalten (§ 52 Abs 2 ZPO). Das Erstgericht erklärte die Klageausdehnung für zulässig, verpflichtete die Beklagten zur ungeteilten Hand zur Zahlung von 35.892 EUR und wies das Zinsenbegehren zur Gänze ab. Die Kostenentscheidung wurde vorbehalten (Paragraph 52, Absatz 2, ZPO).

Das Erstgericht traf zur Höhe der Klageforderung weitere Feststellungen, aus denen folgende

– für das Revisionsverfahren noch wesentliche

Feststellungen – hervorzuheben sind: Das Erstgericht traf zur Höhe der Klageforderung weitere Feststellungen, aus denen folgende, – für das Revisionsverfahren noch wesentliche, Feststellungen – hervorzuheben sind:

Sämtliche Fenster sind mangelhaft eingebaut. Die Mängel sind behebbar. Allerdings hängt die Höhe der Sanierungskosten davon ab, ob sich die Fenster problemlos demontieren lassen. Sollten die Fenster oder der Fensterstock bei der Demontage beschädigt werden, müssen die Fenster möglicherweise ausgetauscht werden. Sollten im Zuge des Ausbaus und der Höhersetzung der Vertikalfensterelemente Beschädigungen im Anschlussbereich bzw im Koppelungsbereich auftreten, betragen die geschätzten Kosten für den Neukauf der Fenster 10.800 EUR („Alternativkosten“). Die Gesamtkosten der Sanierungsarbeiten inklusive dieser Alternativposition betragen 35.892 EUR; die Gesamtkosten ohne Alternativposition betragen 25.092 EUR. Die Kläger beabsichtigen zu sanieren, sobald die erforderlichen Kosten zur Verfügung stehen.

In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, die Klageausdehnung sei gemäß § 235 ZPO zulässig. Der Geschäftsführer der Erstbeklagten habe sich die beanstandeten Fenster zweimal angesehen, ohne die Ursache der Wassereintritte gefunden und eine Mängelbehebung versucht zu haben, weswegen die Erstbeklagte mit der Verbesserung in Verzug sei. Sie habe nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen für den Nichterfüllungsschaden (das Erfüllungsinteresse) einzustehen. Den Klägern stehe das Deckungskapital für die Sanierung der Mängel als

zweckgebundener und verrechenbarer – bei Übermaß auch rückforderbarer – Vorschuss in Höhe von 35.892 EUR zu. Da die Beklagten bisher nicht saniert hätten, sei der Vorschuss fällig. Selbst bei Annahme des Bestehens einer Warnpflicht des Spenglers würde dessen Fehlleistung die Beklagten nicht entlasten. Für das Zinsenbegehren bleibe kein Raum, weil die Kläger für die Sanierungskosten nicht in Vorlage getreten seien. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, die Klageausdehnung sei gemäß Paragraph 235, ZPO zulässig. Der Geschäftsführer der Erstbeklagten habe sich die beanstandeten Fenster zweimal angesehen, ohne die Ursache der Wassereintritte gefunden und eine Mängelbehebung versucht zu haben, weswegen die Erstbeklagte mit der Verbesserung in Verzug sei. Sie habe nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen für den Nichterfüllungsschaden (das Erfüllungsinteresse) einzustehen. Den Klägern stehe das Deckungskapital für die Sanierung der Mängel als zweckgebundener und verrechenbarer – bei Übermaß auch rückforderbarer – Vorschuss in Höhe von 35.892 EUR zu. Da die Beklagten bisher nicht saniert hätten, sei der Vorschuss fällig. Selbst bei Annahme des Bestehens einer Warnpflicht des Spenglers würde dessen Fehlleistung die Beklagten nicht entlasten. Für das Zinsenbegehren bleibe kein Raum, weil die Kläger für die Sanierungskosten nicht in Vorlage getreten seien.

Das Berufungsgericht gab den Rekursen der beklagten Parteien gegen die Beschlüsse ON 132 und ON 140 (Bestellung des DI H* und des Ing. J* zu Sachverständigen), gegen den Beschluss ON 163 (Abweisung des Antrags auf Ablehnung dieser Sachverständigen) sowie gegen den Beschluss ON 162 (mit dem die Klageänderung für zulässig erklärt wurde) jeweils nicht Folge und sprach aus, dass die Revisionsrekurse jedenfalls unzulässig seien (§ 528 Abs 2 Z 2 ZPO). Es verwarf die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit, gab jedoch den von beiden Streitteilen erhobenen Berufungen teilweise Folge und änderte die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass die Beklagten zur ungeteilten Hand verpflichtet wurden, den Klägern 31.452 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR von 6. 11. 2013 bis 24. 7. 2017 und aus 31.452 EUR seit 25. 7. 2017 zu zahlen. Das Mehrbegehren von 4.400 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR von 20. 6. 2013 bis 5. 11. 2013 und aus 4.440 EUR seit 15. 11. 2018 wurde abgewiesen. Die Kostenentscheidung wurde vorbehalten (§ 52 Abs 3 ZPO). Das Berufungsgericht gab den Rekursen der beklagten Parteien gegen die Beschlüsse ON 132 und ON 140 (Bestellung des DI H* und des Ing. J* zu Sachverständigen), gegen den Beschluss ON 163 (Abweisung des Antrags auf Ablehnung dieser Sachverständigen) sowie gegen den Beschluss ON 162 (mit dem die Klageänderung für zulässig erklärt wurde) jeweils nicht Folge und sprach aus, dass die Revisionsrekurse jedenfalls unzulässig seien (Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO). Es verwarf die Berufung der Beklagten wegen Nichtigkeit, gab jedoch den von beiden Streitteilen erhobenen Berufungen teilweise Folge und änderte die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass die Beklagten zur ungeteilten Hand verpflichtet wurden, den Klägern 31.452 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR von 6. 11. 2013 bis 24. 7. 2017 und aus 31.452 EUR seit 25. 7. 2017 zu zahlen. Das Mehrbegehren von 4.400 EUR samt 4 % Zinsen aus 30.000 EUR von 20. 6. 2013 bis 5. 11. 2013 und aus 4.440 EUR seit 15. 11. 2018 wurde abgewiesen. Die Kostenentscheidung wurde vorbehalten (Paragraph 52, Absatz 3, ZPO).

Rechtlich ging das Berufungsgericht davon aus, dass die Rekurse jeweils zulässig, aber nicht berechtigt seien. Zu den beiden Sachverständigenbestellungsbeschlüssen (ON 132 und ON 140) sei auszuführen, dass die im Verfahren zum Grund des Anspruchs bestellten Sachverständigen zulässigerweise auch im fortgesetzten Verfahren zur Anspruchshöhe für eine Gutachtensergänzung herangezogen werden könnten. Sowohl DI H* als auch Ing. J* würden über ausreichende Sachkenntnis verfügen. Sie seien in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen eingetragen. Das von ihnen erstattete schriftliche Gutachten sei schlüssig; die im Rahmen der Gutachtenserörterung gestellten ergänzenden Fragen seien nachvollziehbar beantwortet worden.

Zu dem Beschluss über die Ablehnung der Sachverständigen DI H* und Ing. J* (ON 163, berichtigt mit Beschluss ON 165) sei auszuführen, dass Einwände gegen die Qualität des Gutachtens und auch die Behauptung mangelnder Sachkenntnis oder einer unrichtigen Begutachtung keine Ablehnungsgründe darstellten.

Die Klageausdehnung (Beschluss ON 162) sei zulässig. Eine unbillige Erschwerung oder Verzögerung sei zu verneinen, weil die Klageausdehnung nach Vorliegen des schriftlichen Ergänzungsgutachtens zur Höhe der Sanierungskosten erfolgt sei, und die mündliche Gutachtenserörterung im gleichen Umfang auch ohne die Klageausdehnung durchgeführt hätte werden müssen. Das Neuerungsverbot stehe der Klageausdehnung nicht entgegen.

Die geltend gemachte Nichtigkeit und geltend gemachten Mangelhaftigkeiten des erstinstanzlichen Verfahrens lägen nicht vor. Die Tatsachenrüge sei nicht berechtigt (§ 28 bis 46 des Berufungsurteils, Punkt 4.1 bis 14). Der Rechtsrüge sei aber insofern zu folgen, als ein Teilbetrag der Klageforderung im Umfang der Ausdehnung von 4.440 EUR verjährt sei, weil die Klageausdehnung nicht auf (erst) im Lauf des Prozesses eingetretene Schäden gestützt worden sei, sondern

auf die Ergebnisse des gerichtlichen Sachverständigengutachtens. In diesem Umfang sei das Klagebegehren daher abzuweisen. Die Verbesserungskosten seien auf Basis der von den gerichtlichen Sachverständigen ermittelten Variante mit Stockverlängerung zuzusprechen, weil feststehe, dass die Dachflächenfenster bei sach- und fachgerechtem Einbau höher eingebaut hätten werden müssen. Auch die Kosten für die vertikalen Fensterelemente in Höhe von 10.800 EUR brutto („Alternativposition“) seien als Teil des Vorschusses zuzusprechen. Diese Kosten würden zwar nach den Feststellungen nur dann anfallen, falls im Zuge der Sanierung (Austausch und Höhersetzung der Fenster) Beschädigungen im Anschlussbereich bzw im Koppelungsbereich eintreten sollten. Ließen sich die Fensterelemente beschädigungsfrei aus- und einbauen, entstünden diese Kosten nicht, was sich aber erst im Zuge der Verbesserung herausstellen werde. Sollten diese Kosten den Klägern nicht zugesprochen werden, wären die Kläger nicht so gestellt, wie sie stünden, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Sie hätten keine Sicherheit, das notwendige Deckungskapital in Händen zu halten, um damit ohne jede weitere Verzögerung die Sanierung zu einem Ende zu bringen. Demgegenüber stehe es den Beklagten frei, ihre Leistung zu kondizieren, sollte der Vorschuss vom Geschädigten nur teilweise verwendet worden sein. Ein Abzug von „Sowieso-Kosten“ scheide aus, weil die Erstbeklagte mangelhaft erfüllt habe. Nur wenn das Werk schon in seiner vereinbarten Beschaffenheit für die Erreichung des Vertragszwecks untauglich gewesen und der Erstbeklagten die Verletzung der in § 1168a ABGB begründeten Warnpflicht vorzuwerfen wäre, stellte sich das Problem von „Sowieso-Kosten“. Da der Unternehmer die Verbesserung nicht voreilig selbst vorgenommen habe, sei die Frage eines Abzugs für Eigenkosten nicht zu beantworten. Bei einem auf § 933a ABGB gestützten Anspruch sei der Einwand der Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung grundsätzlich zulässig, weil es sich um einen verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch handle. Die Kläger hätten aber nicht gegen ihre Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßen. Nach den Behauptungen der Beklagten habe der von den Klägern herangezogene Spengler schon im Jahr 2009 gewarnt, dass bei den vertikalen Fensterkombinationen die Bauanschlussfuge falsch ausgeführt worden sei. Wie die Beklagten weiter behaupten, wären zu diesem Zeitpunkt die Fensterkombinationen noch ohne weitere Kosten wieder herausnehmbar und deren richtige Anbindung problemlos herstellbar gewesen. Diesem Einwand sei aber nicht zu folgen, weil es schon aufgrund des Vorbringens der Beklagten und deren Prozessstandpunkts erfolglos geblieben wäre, wenn sich die Kläger zwecks Sanierung an sie gewandt hätten. Auch dem Standpunkt, eine weitere Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung liege darin, dass der von den Klägern beigezogene Spengler diese hinsichtlich der Dachflächenfenster warnen hätte müssen (wodurch sich der Schaden auf Null reduziert hätte), sei nicht zu folgen. Den Klägern wäre ein Gehilfenverhalten nur dann als Mitverschulden oder als Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung zuzurechnen, wenn sie sich des Gehilfen dazu bedient hätten, um Verpflichtungen aus ihrer Sonderverbindung zur Erstbeklagten wahrzunehmen. Dies sei aber hier nicht der Fall. Rechtliche Feststellungsmängel lägen nicht vor; auch überschießende Feststellungen seien nicht getroffen worden. Dass von den Verbesserungskosten ein Abzug „Neu für Alt“ vorzunehmen wäre, sei erstmals in der Berufung – somit unter Verstoß gegen das Neuerungsverbot – behauptet worden. Werde Deckungskapital zur Mängelbehebung begehrt, könne Verzinsung ab jenem Zeitpunkt gefordert werden, auf dem die Berechnung der Höhe der Behebungskosten beruhe. Mangels vorheriger Bezifferung stünden den Klägern die gesetzlichen Verzugszinsen nicht schon – wie eingeklagt – nach Zugang ihres Schreibens vom 17. 6. 2013 ab 20. 6. 2013, sondern erst ab dem der Klagszustellung folgenden Tag (6. 11. 2013) zu. Die geltend gemachte Nichtigkeit und geltend gemachten Mangelhaftigkeiten des erstinstanzlichen Verfahrens lägen nicht vor. Die Tatsachenrüge sei nicht berechtigt (§ 28 bis 46 des Berufungsurteils, Punkt 4.1 bis 14). Der Rechtsrüge sei aber insofern zu folgen, als ein Teilbetrag der Klageforderung im Umfang der Ausdehnung von 4.440 EUR verjährt sei, weil die Klageausdehnung nicht auf (erst) im Lauf des Prozesses eingetretene Schäden gestützt worden sei, sondern auf die Ergebnisse des gerichtlichen Sachverständigengutachtens. In diesem Umfang sei das Klagebegehren daher abzuweisen. Die Verbesserungskosten seien auf Basis der von den gerichtlichen Sachverständigen ermittelten Variante mit Stockverlängerung zuzusprechen, weil feststehe, dass die Dachflächenfenster bei sach- und fachgerechtem Einbau höher eingebaut hätten werden müssen. Auch die Kosten für die vertikalen Fensterelemente in Höhe von 10.800 EUR brutto („Alternativposition“) seien als Teil des Vorschusses zuzusprechen. Diese Kosten würden zwar nach den Feststellungen nur dann anfallen, falls im Zuge der Sanierung (Austausch und Höhersetzung der Fenster) Beschädigungen im Anschlussbereich bzw im Koppelungsbereich eintreten sollten. Ließen sich die Fensterelemente beschädigungsfrei aus- und einbauen, entstünden diese Kosten nicht, was sich aber erst im Zuge der Verbesserung herausstellen werde. Sollten diese Kosten den Klägern nicht zugesprochen werden, wären die Kläger nicht so gestellt, wie sie stünden, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Sie hätten

keine Sicherheit, das notwendige Deckungskapital in Händen zu halten, um damit ohne jede weitere Verzögerung die Sanierung zu einem Ende zu bringen. Demgegenüber stehe es den Beklagten frei, ihre Leistung zu kondizieren, sollte der Vorschuss vom Geschädigten nur teilweise verwendet worden sein. Ein Abzug von „Sowieso-Kosten“ scheide aus, weil die Erstbeklagte mangelhaft erfüllt habe. Nur wenn das Werk schon in seiner vereinbarten Beschaffenheit für die Erreichung des Vertragszwecks untauglich gewesen und der Erstbeklagten die Verletzung der in Paragraph 1168 a, ABGB begründeten Warnpflicht vorzuwerfen wäre, stellte sich das Problem von „Sowieso-Kosten“. Da der Unternehmer die Verbesserung nicht voreilig selbst vorgenommen habe, sei die Frage eines Abzugs für Eigenkosten nicht zu beantworten. Bei einem auf Paragraph 933 a, ABGB gestützten Anspruch sei der Einwand der Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung grundsätzlich zulässig, weil es sich um einen verschuldensabhängigen Schadenersatzanspruch handle. Die Kläger hätten aber nicht gegen ihre Obliegenheit zur Schadensminderung verstoßen. Nach den Behauptungen der Beklagten habe der von den Klägern herangezogene Spengler schon im Jahr 2009 gewarnt, dass bei den vertikalen Fensterkombinationen die Bauanschlussfuge falsch ausgeführt worden sei. Wie die Beklagten weiter behaupten, wären zu diesem Zeitpunkt die Fensterkombinationen noch ohne weitere Kosten wieder herausnehmbar und deren richtige Anbindung problemlos herstellbar gewesen. Diesem Einwand sei aber nicht zu folgen, weil es schon aufgrund des Vorbringens der Beklagten und deren Prozessstandpunkts erfolglos geblieben wäre, wenn sich die Kläger zwecks Sanierung an sie gewandt hätten. Auch dem Standpunkt, eine weitere Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung liege darin, dass der von den Klägern beigezogene Spengler diese hinsichtlich der Dachflächenfenster warnen hätte müssen (wodurch sich der Schaden auf Null reduziert hätte), sei nicht zu folgen. Den Klägern wäre ein Gehilfenverhalten nur dann als Mitverschulden oder als Verletzung der Obliegenheit zur Schadensminderung zuzurechnen, wenn sie sich des Gehilfen dazu bedient hätten, um Verpflichtungen aus ihrer Sonderverbindung zur Erstbeklagten wahrzunehmen. Dies sei aber hier nicht der Fall. Rechtliche Feststellungsmängel lägen nicht vor; auch überschießende Feststellungen seien nicht getroffen worden. Dass von den Verbesserungskosten ein Abzug „Neu für Alt“ vorzunehmen wäre, sei erstmals in der Berufung – somit unter Verstoß gegen das Neuerungsverbot – behauptet worden. Werde Deckungskapital zur Mängelbehebung begehrt, könne Verzinsung ab jenem Zeitpunkt gefordert werden, auf dem die Berechnung der Höhe der Behebungskosten beruhe. Mangels vorheriger Bezifferung stünden den Klägern die gesetzlichen Verzugszinsen nicht schon – wie eingeklagt – nach Zugang ihres Schreibens vom 17. 6. 2013 ab 20. 6. 2013, sondern erst ab dem der Klagszustellung folgenden Tag (6. 11. 2013) zu.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei, weil eine Orientierung an höchstgerichtlicher Rechtsprechung erfolgen habe können und die Entscheidung keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung habe.

Die Beklagten erhoben gegen die Beschlüsse des Berufungsgerichts mit denen den Rekursen der beklagten Partei gegen die Beschlüsse ON 132 und ON 140 (Bestellung des DI H* und des Ing. J* zu Sachverständigen), gegen den Beschluss ON 163 (Abweisung des Antrags auf Ablehnung dieser Sachverständigen) sowie gegen den Beschluss ON 162 (Zulassung der Klageänderung) nicht Folge gegeben wurde außerordentliche Revisionsrekurse; gegen das Urteil des Berufungsgerichts erhoben sie außerordentliche Revision.

Die Kläger brachten kein Rechtsmittel ein, sodass die Abweisung der 4.440 EUR sA in Rechtskraft erwachsen ist.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentlichen Revisionsrekurse sind jedenfalls unzulässig. Die Revision ist hingegen zulässig und im Umfang von 10.800 EUR im Sinne des Abänderungsantrags berechtigt, weil die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, auch für den Ankauf neuer Fenster stehe Deckungskapital zu, mit der bisherigen Rechtsprechung nicht in Einklang steht.

Die Kläger beantragen in der ihnen freigestellten Revisionsbeantwortung, die außerordentliche Revision als unzulässig zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

I. Zu den außerordentlichen Revisionsrekursen:römisch eins. Zu den außerordentlichen Revisionsrekursen:

Gemäß § 528 Abs 2 Z 2 ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, wenn der angefochtene erstrichterliche Beschluss zur Gänze bestätigt worden ist. Da das Rekursgericht die erstgerichtlichen Beschlüsse (ON 132 und ON 140 [Bestellung des DI H* und des Ing. J* zu Sachverständigen], ON 163 [Abweisung des Antrags auf Ablehnung dieser Sachverständigen] sowie ON 162 [Zulassung der Klageänderung] jeweils zur Gänze bestätigt hat, indem es sich mit den Argumenten der beklagten Partei auseinandergesetzt und deren Berechtigung verneint hat, sind sämtliche

Revisionsrekurse als unzulässig zurückzuweisen. Auf die Ausführungen zu Punkt a der Rechtsmittelschrift (deren Seiten 1 bis 42) ist daher nicht weiter einzugehen. Gemäß Paragraph 528, Absatz 2, Ziffer 2, ZPO ist der Revisionsrekurs jedenfalls unzulässig, wenn der angefochtene erstgerichtliche Beschluss zur Gänze bestätigt worden ist. Da das Rekursgericht die erstgerichtlichen Beschlüsse (ON 132 und ON 140 [Bestellung des DI H* und des Ing. J* zu Sachverständigen], ON 163 [Abweisung des Antrags auf Ablehnung dieser Sachverständigen] sowie ON 162 [Zulassung der Klageänderung] jeweils zur Gänze bestätigt hat, indem es sich mit den Argumenten der beklagten Partei auseinandergesetzt und deren Berechtigung verneint hat, sind sämtliche Revisionsrekurse als unzulässig zurückzuweisen. Auf die Ausführungen zu Punkt a der Rechtsmittelschrift (deren Seiten 1 bis 42) ist daher nicht weiter einzugehen.

II. Zur außerordentlichen Revision:römisch zwei. Zur außerordentlichen Revision:

Vorauszuschicken ist, dass die Beklagten in ihrer Revisionsschrift die Anordnung des § 506 Abs 2 ZPO missachten, nach der ohne Weitläufigkeiten darzulegen ist, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache unrichtig erscheint. In der über 282 Seiten umfassenden Revisionsschrift, in der die Rechtsmittelgründe nur teilweise getrennt dargestellt werden und die durch zahllose Wiederholungen gekennzeichnet ist, setzen sich die Rechtsmittelwerber auch immer wieder mit dem Inhalt der Sachverständigengutachten, bautechnischen Fragen und der Beweiswürdigung auseinander und legen dar, welche Sachverhaltsfeststellungen ihrer Vorstellung nach zu gewinnen gewesen wären und welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben hätten. Dies ist aber schon deshalb verfehlt, weil der Oberste Gerichtshof keine Tatsacheninstanz ist, sondern von den Feststellungen der Vorinstanzen auszugehen hat. Die Revision kann nur insofern behandelt werden, als die Ausführungen zumindest nachvollziehbar einem zulässigen Rechtsmittelgrund zugeordnet werden können und auf festgestellten Tatsachen beruhen. Vorauszuschicken ist, dass die Beklagten in ihrer Revisionsschrift die Anordnung des Paragraph 506, Absatz 2, ZPO missachten, nach der ohne Weitläufigkeiten darzulegen ist, aus welchen Gründen die rechtliche Beurteilung der Sache unrichtig erscheint. In der über 282 Seiten umfassenden Revisionsschrift, in der die Rechtsmittelgründe nur teilweise getrennt dargestellt werden und die durch zahllose Wiederholungen gekennzeichnet ist, setzen sich die Rechtsmittelwerber auch immer wieder mit dem Inhalt der Sachverständigengutachten, bautechnischen Fragen und der Beweiswürdigung auseinander und legen dar, welche Sachverhaltsfeststellungen ihrer Vorstellung nach zu gewinnen gewesen wären und welche rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben hätten. Dies ist aber schon deshalb verfehlt, weil der Oberste Gerichtshof keine Tatsacheninstanz ist, sondern von den Feststellungen der Vorinstanzen auszugehen hat. Die Revision kann nur insofern behandelt werden, als die Ausführungen zumindest nachvollziehbar einem zulässigen Rechtsmittelgrund zugeordnet werden können und auf festgestellten Tatsachen beruhen.

II.1.1 Eine Nichtigkeit sehen die Revisionswerber darin, dass das Erstgericht trotz Erhebung der außerordentlichen Revision bzw noch vor Ergehen einer Entscheidung weiter verhandelt und Sachverständige bestellt habe. Diese (angebliche) Nichtigkeit hat aber bereits das Berufungsgericht geprüft und deren Vorliegen verneint. Ist das Berufungsgericht in die Prüfung der Frage einer allfälligen im erstinstanzlichen Verfahren unterlaufenen Nichtigkeit eingegangen und hat eine solche als nicht gegeben erachtet, ist deren Wahrnehmung im Verfahren dritter Instanz nicht mehr möglich (RS0042981). Dies trifft ebenso auf die behauptete Nichtigkeit infolge unrichtiger Zitierung von Urkunden durch das Erstgericht zu. Die behauptete Nichtigkeit des Berufungsurteils nach § 477 Abs 1 Z 9 ZPO (einer gar nicht oder unzureichend begründeten Entscheidung) liegt nicht vor.römisch zwei.1.1 Eine Nichtigkeit sehen die Revisionswerber darin, dass das Erstgericht trotz Erhebung der außerordentlichen Revision bzw noch vor Ergehen einer Entscheidung weiter verhandelt und Sachverständige bestellt habe. Diese (angebliche) Nichtigkeit hat aber bereits das Berufungsgericht geprüft und deren Vorliegen verneint. Ist das Berufungsgericht in die Prüfung der Frage einer allfälligen im erstinstanzlichen Verfahren unterlaufenen Nichtigkeit eingegangen und hat eine solche als nicht gegeben erachtet, ist deren Wahrnehmung im Verfahren dritter Instanz nicht mehr möglich (RS0042981). Dies trifft ebenso auf die behauptete Nichtigkeit infolge unrichtiger Zitierung von Urkunden durch das Erstgericht zu. Die behauptete Nichtigkeit des Berufungsurteils nach Paragraph 477, Absatz eins, Ziffer 9, ZPO (einer gar nicht oder unzureichend begründeten Entscheidung) liegt nicht vor.

II.1.2 Entgegen dem Revisionsvorbringen hat sich das Berufungsgericht mit den in der Berufung erhobenen Verfahrensrügen auseinandergesetzt und das Vorliegen der geltend gemachten Verfahrensmängel nachvollziehbar verneint (§ 19 bis 28 des Berufungsurteils; Punkt 3.1 bis 3.10). Vom Berufungsgericht bereits verneinte Verfahrensmängel können in dritter Instanz nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden (RS0042963).römisch

zwei.1.2 Entgegen dem Revisionsvorbringen hat sich das Berufungsgericht mit den in der Berufung erhobenen Verfahrensrügen auseinandergesetzt und das Vorliegen der geltend gemachten Verfahrensmängel nachvollziehbar verneint (§ 19 bis 28 des Berufungsurteils; Punkt 3.1 bis 3.10). Vom Berufungsgericht bereits verneinte Verfahrensmängel können in dritter Instanz nicht mehr erfolgreich geltend gemacht werden (RS0042963).

II.1.3 Ein Zwischenurteil beantwortet die Frage, ob ein Anspruch dem Grunde nach besteht, abschließend. Daran sind Gericht und Parteien innerhalb des Rechtsstreits gebunden, sodass die Frage des Anspruchsgrundes nicht mehr neu aufgerollt werden darf (RS0040958 [T4]). Demnach begründet es keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, wenn sich das Berufungsgericht im fortgesetzten Verfahren mit dem Berufungsvorbringen der beklagten Parteien zum Grund des Anspruchs nicht mehr auseinandergesetzt hat. Auf das Revisionsvorbringen zum Grund des Anspruchs (ua zur Verjährung jenes Teils der Forderungen, den das Berufungsgericht als nicht verjährt erachtet hat) war nicht mehr einzugehen. römisch zwei.1.3 Ein Zwischenurteil beantwortet die Frage, ob ein Anspruch dem Grunde nach besteht, abschließend. Daran sind Gericht und Parteien innerhalb des Rechtsstreits gebunden, sodass die Frage des Anspruchsgrundes nicht mehr neu aufgerollt werden darf (RS0040958 [T4]). Demnach begründet es keine Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens, wenn sich das Berufungsgericht im fortgesetzten Verfahren mit dem Berufungsvorbringen der beklagten Parteien zum Grund des Anspruchs nicht mehr auseinandergesetzt hat. Auf das Revisionsvorbringen zum Grund des Anspruchs (ua zur Verjährung jenes Teils der Forderungen, den das Berufungsgericht als nicht verjährt erachtet hat) war nicht mehr einzugehen.

II.2.1 Im Zwischenurteil wurde rechtskräftig entschieden, dass das aus dem Grund des Schadenersatzes erhobene Klagebegehren zu Recht besteht, weil der Einbau der Dachflächenfenster nicht sach- und fachgerecht erfolgte. Nicht erfasst von der Bindungswirkung ist somit die Frage der Höhe der Sanierungskosten, weswegen das nach Vorliegen des Zwischenurteils erstattete Vorbringen der Kläger zur Anspruchshöhe zulässig war und nicht gegen das Neuerungsverbot verstoßen hat. Im fortgesetzten Verfahren besteht hinsichtlich noch nicht abschließend entschiedener Fragen kein Neuerungsverbot (RS0042014). römisch zwei.2.1 Im Zwischenurteil wurde rechtskräftig entschieden, dass das aus dem Grund des Schadenersatzes erhobene Klagebegehren zu Recht besteht, weil der Einbau der Dachflächenfenster nicht sach- und fachgerecht erfolgte. Nicht erfasst von der Bindungswirkung ist somit die Frage der Höhe der Sanierungskosten, weswegen das nach Vorliegen des Zwischenurteils erstattete Vorbringen der Kläger zur Anspruchshöhe zulässig war und nicht gegen das Neuerungsverbot verstoßen hat. Im fortgesetzten Verfahren besteht hinsichtlich noch nicht abschließend entschiedener Fragen kein Neuerungsverbot (RS0042014).

II.2.2 Die im fortgesetzten Verfahren zur Anspruchshöhe getroffenen Feststellungen wurden von den Beklagten in deren Berufung angefochten, diese Tatsachenrüge blieb jedoch erfolglos. Das Berufungsgericht hat sich mit den von den Beklagten geltend gemachten angeblichen Widersprüchlichkeiten der Aussagen der Sachverständigen zur Anspruchshöhe auseinandergesetzt und das Vorliegen von erstinstanzlichen Verfahrensmängeln verneint. Die in der Revision behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt daher nicht vor. Soweit die Revisionswerber als Begründungsmangel geltend machen, dass sich weder das Erstgericht noch das Berufungsgericht mit den geltend gemachten Widersprüchlichkeiten ausreichend auseinandergesetzt hätten, wenden sie sich gegen die Beweiswürdigung, die in dritter Instanz nicht mehr angefochten werden kann (RS0042903 [T5]). Auf die in der außerordentlichen Revision enthaltenen weiteren Ausführungen zur Tatsachenebene (Punkt d2.2 bis Punkt d2.21 der Revisionsschrift) war daher nicht mehr einzugehen. römisch zwei.2.2 Die im fortgesetzten Verfahren zur Anspruchshöhe getroffenen Feststellungen wurden von den Beklagten in deren Berufung angefochten, diese Tatsachenrüge blieb jedoch erfolglos. Das Berufungsgericht hat sich mit den von den Beklagten geltend gemachten angeblichen Widersprüchlichkeiten der Aussagen der Sachverständigen zur Anspruchshöhe auseinandergesetzt und das Vorliegen von erstinstanzlichen Verfahrensmängeln verneint. Die in der Revision behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt daher nicht vor. Soweit die Revisionswerber als Begründungsmangel geltend machen, dass sich weder das Erstgericht noch das Berufungsgericht mit den geltend gemachten Widersprüchlichkeiten ausreichend auseinandergesetzt hätten, wenden sie sich gegen die Beweiswürdigung, die in dritter Instanz nicht mehr angefochten werden kann (RS0042903 [T5]). Auf die in der außerordentlichen Revision enthaltenen weiteren Ausführungen zur Tatsachenebene (Punkt d2.2 bis Punkt d2.21 der Revisionsschrift) war daher nicht mehr einzugehen.

II.3 Zur Behauptung mangelnder Schlüssigkeit der Klager römisch zwei.3 Zur Behauptung mangelnder Schlüssigkeit der Klage:

Zur Schlüssigkeit einer Klage ist die Präzisierung nach rechtserzeugenden Tatsachen, die den Anspruch begründen,

erforderlich. Die Kläger begehren Schadenersatz wegen verschuldeter Schlechterfüllung aufgrund konkret behaupteter Mängel in einer Gesamtsumme. Sie haben ihre Klage auf ein von ihnen eingeholtes Privatgutachten gestützt und ihr Vorbringen zur Schadenshöhe nach Vorliegen der Ergebnisse des gerichtlichen Sachverständigengutachtens aufgeschlüsselt und ergänzt. Das Erstgericht hat – den Ergebnissen des gerichtlichen Sachverständigengutachtens folgend – detaillierte Feststellungen zu den Kosten der erforderlichen Sanierungsmaßnahmen getroffen. Wie bereits das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, ist keine Unschlüssigkeit des zur Höhe erstatteten Klagebegehrens gegeben.

II.4 Zum Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht:römisch zwei.4 Zum Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht:

Die Beklagten machen auch in ihrer Revision geltend, die Kläger hätten nach dem Einbau der Fenster für die erforderlichen Spenglerarbeiten einen „nicht ausgebildeten“ Spengler beschäftigt, der ihnen mitgeteilt habe, dass er bei den Vertikalfenstern das Blech nicht wie üblich unter die Fenster „hineinziehen könne, weil zu wenig Platz sei“. Der Spengler habe also das Überstehen des Lagerholzes erkannt und die Kläger gewarnt, ohne dass sie auf diese Warnung reagiert hätten. Da zum damaligen Zeitpunkt (im Sommer 2009) die Wärmedämmung noch nicht angebracht war, wäre – wie die Beklagten weiter vorbringen – kein Schaden entstanden; der Schaden wäre auf Null reduziert worden. Zudem hätte der Spengler bei den Dachflächenfenstern ebenfalls eine Warnung aussprechen müssen, was er (mangels Ausbildung) unterlassen habe.

Dazu ist auszuführen, dass der Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht an sich nicht zum Anspruchsgrund gehört, sondern zur Anspruchshöhe (RS0106185 [T4]). Wird aber

– wie hier – ausdrücklich behauptet, dass durch die Verletzung der Schadensminderungspflicht der Schadenersatz völlig ausgeschlossen wird, berührt der Einwand doch den Grund des Anspruchs (RS0022788 [T1], RS0040880 [T3]). Daraus folgt für das vorliegende Verfahren, dass er ausgehend vom eigenen Vorbringen der Beklagten nicht mehr erfolgreich erhoben werden kann. Im Übrigen wurde der Spengler ausschließlich im Interesse der Kläger tätig; seine Beauftragung hatte nicht den Zweck, die Beklagten zu entlasten. Die dem Spengler zur Last gelegten angeblichen Sorgfaltswidrigkeiten könnten den Klägern nicht nach § 1313a ABGB als Mitverschulden zugerechnet werden (6 Ob 84/16w, 1 Ob 184/13k).Dazu ist auszuführen, dass der Einwand der Verletzung der Schadensminderungspflicht an sich nicht zum Anspruchsgrund gehört, sondern zur Anspruchshöhe (RS0106185 [T4]). Wird aber, – wie hier – ausdrücklich behauptet, dass durch die Verletzung der Schadensminderungspflicht der Schadenersatz völlig ausgeschlossen wird, berührt der Einwand doch den Grund des Anspruchs (RS0022788 [T1], RS0040880 [T3]). Daraus folgt für das vorliegende Verfahren, dass er ausgehend vom eigenen Vorbringen der Beklagten nicht mehr erfolgreich erhoben werden kann. Im Übrigen wurde der Spengler ausschließlich im Interesse der Kläger tätig; seine Beauftragung hatte nicht den Zweck, die Beklagten zu entlasten. Die dem Spengler zur Last gelegten angeblichen Sorgfaltswidrigkeiten könnten den Klägern nicht nach Paragraph 1313 a, ABGB als Mitverschulden zugerechnet werden (6 Ob 84/16w, 1 Ob 184/13k).

II.5 Zu den „Eigenkosten“:römisch zwei.5 Zu den „Eigenkosten“:

Die Beklagten legen ihren Revisionsausführungen zugrunde, dass sie den Klägern eine fachgerechte Verbesserung angeboten, diese das Anbot aber grundlos abgelehnt hätten. Den Klägern stehe deshalb nur Anspruch auf Ersatz jener Kosten zu, die die Beklagten selbst für die Verbesserung hätten aufwenden müssen („Eigenkosten“). Mit diesem Standpunkt entfernen sich die Beklagten von den Feststellungen, wonach sich der Zweitbeklagte die Schäden angesehen hat, ohne ihre Ursache zu erkennen und ohne eine Mängelbehebung versucht zu haben. Sind zu einem bestimmten Thema Tatsachenfeststellungen getroffen, mögen diese auch von den Vorstellungen des Rechtsmittelwerbers abweichen, können diesbezüglich auch keine rechtlichen Feststellungsmängel mit Erfolg geltend gemacht werden (RS0053317 [T1]). Ein Anspruch auf Ersatz der Eigenkosten des Übergebers für die Verbesserung bestünde nur dann, wenn der Unternehmer – ohne dem Übergeber eine Verbesserungsmöglichkeit zu geben – durch einen Dritten verbessern lässt oder die Verbesserung voreilig selbst vorgenommen hat (8 Ob 14/08d). Dies ist hier aber nicht der Fall.

II.6 Zum Einwand des Abzugs von „Sowieso-Kosten“:römisch zwei.6 Zum Einwand des Abzugs von „Sowieso-Kosten“:

Das Problem des etwaigen Ersatzes der „Sowieso-Kosten“ stellt sich dort, wo ein Werk einen bestimmten Erfolg aufweisen soll, dieser Erfolg aber nicht erreicht wird, weil mit dem laut Vertrag qualitativ und/oder quantitativ

einzusetzenden Mitteln dieser Erfolg nicht erreichbar ist (RS0117792). Die Erstbeklagte übernahm den Einbau von Fenstern in ein neu errichtetes Haus, wobei die sach- und fachgerechte Ausführung Vertragsinhalt war. Hätten die Beklagten die Arbeiten von vornherein fachgerecht ausgeführt, hätten sie vertragsgemäß erfüllt. Von im Zug der Sanierung anfallenden Kosten, die die Kläger bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags ebenso („sowieso“) zu tragen gehabt hätten, kann keine Rede sein.

II.7 Zum Abzug „Neu für Alt“:römisch zwei.7 Zum Abzug „Neu für Alt“:

Auch die Ansicht des Berufungsgerichts, dass erstmals von den Beklagten in deren Berufung erstattete Vorbringen zum Abzug „Neu für Alt“ verstoße gegen das Neuerungsverbot und sei zu unbestimmt, steht im Einklang mit der Rechtslage.

II.8 Zutreffend wenden sich die Revisionswerber aber dagegen, dass den Klägern Deckungskapital auch für den Neukauf der Fenster (in Höhe von 10.800 EUR) zugesprochen wurde, obwohl nicht (zumindest) feststeht, dass die Fenster beim Aus- und Wiedereinbau voraussichtlich beschädigt würden.römisch zwei.8 Zutreffend wenden sich die Revisionswerber aber dagegen, dass den Klägern Deckungskapital auch für den Neukauf der Fenster (in Höhe von 10.800 EUR) zugesprochen wurde, obwohl nicht (zumindest) feststeht, dass die Fenster beim Aus- und Wiedereinbau voraussichtlich beschädigt würden.

II.8.1 Ist der Mangel noch nicht verbessert und fordert der Besteller das Deckungskapital für die Mängelbehebungskosten, ist der Anspruch mit jenen Aufwendungen begrenzt, die entstanden wären, hätte der Verpflichtete den vertragsgemäßen Zustand hergestellt (4 Ob 47/01t). Anspruch auf das Deckungskapital besteht nur im Umfang des Ersatzes der objektiv notwendigen Behebungskosten (RS0115060), deren Höhe nach den allgemeinen Beweislastregeln der Geschädigte zu beweisen hat. Maßgeblich sind die voraussichtlichen Kosten (9 Ob 88/16f).römisch zwei.8.1 Ist der Mangel noch nicht verbessert und fordert der Besteller das Deckungskapital für die Mängelbehebungskosten, ist der Anspruch mit jenen Aufwendungen begrenzt, die entstanden wären, hätte der Verpflichtete den vertragsgemäßen Zustand hergestellt (4 Ob 47/01t). Anspruch auf das Deckungskapital besteht nur im Umfang des Ersatzes der objektiv notwendigen Behebungskosten (RS0115060), deren Höhe nach den allgemeinen Beweislastregeln der Geschädigte zu beweisen hat. Maßgeblich sind die voraussichtlichen Kosten (9 Ob 88/16f).

II.8.2 Der Beweis, dass die objektiv notwendigen Behebungskosten 31.452 EUR betragen (also auch die „Alternativposition“ von 10.800 EUR umfassen) ist den Klägern jedoch nicht gelungen, weil lediglich feststeht, dass die Höhe der Sanierungskosten davon abhängt, ob sich die Fenster problemlos demontieren lassen. Weiters steht fest, dass im Falle der Beschädigung bei der Demontage die Möglichkeit besteht, dass sie gegen neue Fenster ausgetauscht werden müssen, wodurch Kosten von 10.800 EUR anfallen würden („Alternativposition“). Diesen Feststellungen ist gerade nicht zu entnehmen, dass die Anschaffung neuer Fenster voraussichtlich erforderlich ist, weshalb die 10.800 EUR nicht als objektiv notwendige Behebungskosten anzusehen sind. Die von den Klägern ins Treffen geführte Möglichkeit, einen Kondiktionsanspruch nach § 1435 ABGB geltend zu machen, mit dem ein überschüssiger Vorschuss zurückgefordert werden kann, rechtfertigt nicht den Zuspruch und Deckungskapital für höhere als tatsächlich notwendig festgestellte (voraussichtliche) Sanierungskosten (RS0115060; 4 Ob 47/01t).römisch zwei.8.2 Der Beweis, dass die objektiv notwendigen Behebungskosten 31.452 EUR betragen (also auch die „Alternativposition“ von 10.800 EUR umfassen) ist den Klägern jedoch nicht gelungen, weil lediglich feststeht, dass die Höhe der Sanierungskosten davon abhängt, ob sich die Fenster problemlos demontieren lassen. Weiters steht fest, dass im Falle der Beschädigung bei der Demontage die Möglichkeit besteht, dass sie gegen neue Fenster ausgetauscht werden müssen, wodurch Kosten von 10.800 EUR anfallen würden („Alternativposition“). Diesen Feststellungen ist gerade nicht zu entnehmen, dass die Anschaffung neuer Fenster voraussichtlich erforderlich ist, weshalb die 10.800 EUR nicht als objektiv notwendige Behebungskosten anzusehen sind. Die von den Klägern ins Treffen geführte Möglichkeit, einen Kondiktionsanspruch nach Paragraph 1435, ABGB geltend zu machen, mit dem ein überschüssiger Vorschuss zurückgefordert werden kann, rechtfertigt nicht den Zuspruch und Deckungskapital für höhere als tatsächlich notwendig festgestellte (voraussichtliche) Sanierungskosten (RS0115060; 4 Ob 47/01t).

Der Revision war daher teilweise im Umfang von 10.800 EUR sA Folge zu geben und das Klagebegehren in diesem Umfang abzuweisen.

II.9 Zum Zinsenzuspruch (Punkt b.8 der Revisionsschrift):römisch zwei.9 Zum Zinsenzuspruch (Punkt b.8 der Revisionsschrift):

Der Zuspruch von Zinsen ab Klageeinbringung entspricht der ständigen Rechtsprechung, wonach bei einem begehrten Deckungskapital Zinsen ab jenem Zeitpunkt gefordert werden können, auf dem die Berechnung der Höhe der Behebungskosten beruht (6 Ob 616/93, 3 Ob 183/10y). Haben die Kläger erstmals mit der Klage einen konkreten Betrag als Deckungskapital gefordert, ist ihnen der Schaden aus der Zahlungsverzögerung ab diesem Zeitpunkt (zu dem die Gläubiger die Höhe des begehrten Betrags kannten) zu ersetzen. Das ist im vorliegenden Fall der 6. 11. 2013.

Der Revision war daher teilweise Folge zu geben und das Urteil des Berufungsgerichts dahin abzuändern, dass das Klagebegehren im Umfang von weiteren 10.800 EUR sA abzuweisen ist.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 3 ZPO. Der Kostenvorbehalt beruht auf Paragraph 52, Absatz 3, ZPO.

Textnummer

E127003

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2020:E127003

Im RIS seit

13.01.2020

Zuletzt aktualisiert am

03.07.2023

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