

# TE OGH 2001/1/17 6Ob98/00f

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.01.2001

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Ehmayr als Vorsitzenden und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schiemer, Dr. Huber, Dr. Prückner und Dr. Schenk als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G.S. Georg S\*, vertreten durch Dr. Berndt Sedlazeck und Dr. Katharina Sedlazeck, Rechtsanwälte in Salzburg, gegen die beklagte Partei Franz O\*, vertreten durch Dr. Josef Kaiblinger, Rechtsanwalt in Gunskirchen, wegen 215.690,61 S, über den Revisionsrekurs der beklagten Partei gegen den in die Urteilsausfertigung des Oberlandesgerichtes Linz als Rekurs- und Berufungsgericht vom 14. Oktober 1999, GZ 6 R 149/99w-30 aufgenommenen Beschluss und über die Revision der klagenden Partei gegen dieses Urteil, mit dem das Urteil des Landesgerichtes Wels vom 11. Juni 1999, GZ 30 Cg 11/98w-21, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung

1. den

Beschluss

gefasst:

Dem Revisionsrekurs der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei hat der klagenden Partei die mit 8.112 S (darin enthalten 1.352 S USt) bestimmten Kosten des Revisionsrekursverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

2. zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat der beklagten Partei die mit 6.086,40 S (darin enthalten 1.014,40 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## **Text**

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte beauftragte die Klägerin am 9. 12. 1993 mit Baumeisterarbeiten an einem zu errichtenden Büro- und Lagergebäudes. Im Werkvertrag ist die Auftragssumme mit 13.583.090 S ausgewiesen. Die Schlussrechnung der Klägerin lautete auf insgesamt 9.892.183,77 S. Am Bau waren 17 Unternehmen beteiligt. Das Gesamtauftragsvolumen betrug 24.897.000 S.

Das errichtete Gebäude besteht aus dem Erdgeschoss und zwei Obergeschossen. An der Nord-, West- und Südseite sind die Fassaden des zweiten Obergeschosses gegenüber den darunterliegenden Räumen bereichsweise zurückgesetzt. Vor diesen Fassaden ist ein Flachdach mit begehbaren Terrassen ausgeführt. Das Gebäude wurde aus

Stahlbetonfertigteilen errichtet. Die Beklagte hatte für das zweite Obergeschoss die Stützen für das Stahlbetonskelett sowie die Geschossdecke zwischen dem ersten und zweiten Obergeschoss auszuführen. Das Stahlbetonskelett war zum Jahresende 1993 fertiggestellt. Die Arbeiten im Innenbereich hatte die Beklagte am 5. 11. 1993 insoweit abgeschlossen, als diese nicht an Subunternehmer vergeben waren. Danach waren im Innenbereich Subunternehmer der Beklagten mit der Errichtung der zum Rohbau gehörenden Fußböden befasst. Im Zeitraum Jänner bis April 1994 ließ die Beklagte durch Subunternehmer diverse Außenarbeiten verrichten. Im Bautagebuch vom 16./17. 3. 1994 vermerkte der Polier der Beklagten folgende Leistungen: "Schottereinbringung, Böschung abgraben, Baustelle reinigen im zweiten Obergeschoss, Fundament beim Haupteingang graben und Betonieren sowie Freilegung Blitzschutzleitung". In welchen Bereich die Blitzschutzleitung freigelegt wurde, kann nicht festgestellt werden. Im zweiten Obergeschoss verläuft die Blitzschutzleitung in jenem Bereich, in dem schließlich die Ursache für spätere Wassereintritte aufgefunden wurde, vom Blechdach außen über die Glasfassade, und zwar unter der Fassadenverkleidung. Sie ist also nicht in einem Betonfertigteil verlegt. Die Beklagte war vertraglich auch zur Grobreinigung verpflichtet. Sie führte im Zeitraum Jänner bis April 1994 diverse Reinigungsarbeiten und kleinere Nacharbeiten an den sichtbaren Betonfertigteilen durch. An der Außenfassade des zweiten Obergeschosses sind keine Betonfertigteile sichtbar, wohl aber im Innenbereich. Die Beklagte verschloss auch die damals noch nicht mit Fenstern versehene Fensteröffnungen mit Plastikfolien und ersetzte diese, wenn sie vom Wind beschädigt wurden.

Am 31. 3. 1994 erfolgte die Übergabe des Gewerkes der Beklagten. Am selben Tag legte die Beklagte die Schlussrechnung, von der die Klägerin Abzüge von insgesamt 72.754,-- S wegen nicht zuordenbarer Schäden im Sinn des Punktes 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" vornahm, die von der Beklagten akzeptiert wurden.

Ebenfalls am 31. 3. 1994 zeigte die Klägerin der Baubehörde die Fertigstellung der Betriebsanlage an und teilte mit, dass das Objekt seit diesem Tag als Büro- und Lagergebäude benutzt wird. In dieser Anzeige bestätigte die Beklagte "als verantwortlicher Bauführer" die Vollständigkeit der Fertigstellung, die Sicherheit und gefahrlose Benutzbarkeit des Objektes.

Mit der Errichtung des Flachdaches hatte die Klägerin die Firma H\* GmbH & Co KG beauftragt. Diese begann ihre Arbeiten im Dezember 1993, nachdem die Beklagte die Tragestruktur im zweiten Obergeschoss fertiggestellt hatte. Unmittelbar nach Montage des Unterprofils der Fenster im Februar 1994 verlegte sie die zweite Dachhaut, wodurch das Dach abgedichtet wurde. Die Dachhaut war jedenfalls am 16./17. 3. 1994 bereits verlegt.

Im April/Mai 1994 drang erstmals Regenwasser in das Gebäudeinnere ein. Das Wasser rann im Gebäudeinneren "kübelweise" hinunter, wodurch die am Boden verlegten Steinplatten nachhaltig geschädigt wurden. Die Klägerin wandte sich deshalb an die H\* GmbH & Co KG. Diese nahm erstmals im Frühjahr 1994 einen Flutungsversuch vor, wobei in Teilbereichen Kies weggeschäufelt und Gullis freigelegt wurden. Danach erklärte sie, dass sie als Schädigerin ausscheide, weil das Wasser nach dem Flutungsversuch zwei Tage auf dem Dach stehengeblieben und es dennoch zu keinem Wassereintritt gekommen sei. Sie äußerte die Vermutung, dass ein Wassereintritt erfolge, wenn der Regen aus einer bestimmten Richtung komme und sprach auch von der Möglichkeit, dass das Wasser über die Glasfassade und dann über die Profile nach innen rinnen könnte.

Wie oft es in der Folge zu weiteren Wassereintritten kam, kann nicht festgestellt werden. Jedenfalls kam es noch zu einem zweiten Wassereintritt, der zu einem nicht feststellbaren Zeitpunkt, möglicherweise aber erst im Frühjahr 1995 erfolgte.

Im Sommer 1994 nahm der Architekt der Beklagten mit der Firma St\*, die die Fassade ausgeführt hatte, Verbindung auf. Das Unternehmen, das den Blitzschutz montiert hatte, wurde weder von ihm noch vom Geschäftsführer der Klägerin kontaktiert.

Im Frühjahr 1997 fand zwischen den Streitteilen eine "Schlussfeststellung" statt, bei der der Wasserschaden nicht thematisiert wurde.

Am 1. 8. 1997 brachte die Klägerin beim Bezirksgericht Thalgau zu Nc 113/97d einen Beweissicherungsantrag gegen die Firma H\* GmbH & Co KG ein. Sie beantragte, Beweis durch "Befund" eines Sachverständigen aus dem Bauwesen sowohl über den gegenwärtigen Zustand des Flachdaches und die daran vorhandenen Schäden und Mängel als auch über die Ursache hiefür sowie über die Art und Weise der Behebung der Schäden und die erforderlichen Kosten aufzunehmen.

Aus den vom Sachverständigen im gerichtlichen Beweissicherungsverfahren erstatteten Befund geht hervor, dass das Flachdach über dem ersten Obergeschoss im Bereich des Dachhauthochzuges bei der zurückgesetzten Nordwestecke der Fassade des zweiten Obergeschosses einen Eckeinschnitt aufwies. Die massiven Wassereintritte traten auf, wenn die Stauhöhe des Wassers auf dem Flachdach diesen Einschnitt erreichte. Die Lage und Höhe des Einschnittes im Hochzug der Dachhaut zeigte einen deutlichen Zusammenhang zu offensichtlich nachträglich unten abgeschnittenen Metallprofilen der Fassaden. Der Einschnitt erfolgte offenbar, als diese Fassadenprofile nachträglich mit einer Flexschneidemaschine abgeschnitten wurden. Das durch diese Wassereintrittsstelle in das Gebäudeinnere gelangte Wasser bewirkte eine erhebliche Durchfeuchtung der Wärmedämmung im Flachdach und im Erdgeschossfußboden sowie weitere Schäden an den vom Wassereintritt betroffenen Bauteilen. Der Sachverständige erwähnte in seinem Befund auch, dass unter dem benachbarten Fassadenmetallprofil an der Westseite des Objektes eine Blitzschutzleitung verlegt ist und dass das untere Ende dieses Metallprofiles dadurch etwas von der unteren Haltekonstruktion abgehoben war.

Die Beklagte erlangte erstmals durch ein Mahnschreiben der Klägerin vom 18. 3. 1998, in dem die Beklagte zur Überweisung eines Schadensbetrages von 208.309,39 S bis spätestens 2. 4. 1998 aufgefordert wurde, Kenntnis von den durch die Wassereintritte verursachten Schäden.

Für die Behebung dieser Schäden waren insgesamt 224.413,20 S inkl. USt aufzuwenden.

Der von der Klägerin mit dem Auffinden der Schadensursache und des potentiellen Schädigers beauftragte der Architekt DI Sch\* verrechnete der Klägerin mit Honorarnote vom 20. 11. 1997 hiefür insgesamt 86.592 S.

Im Beweissicherungsverfahren wurden die Gebühren des Sachverständigen mit insgesamt 70.440 S bestimmt. Die Klägerin wurde verpflichtet, der Antragsgegnerin Firma H\* GmbH & Co KG die für die Beteiligung an der Beweisaufnahme notwendigen Kosten von 83.827,80 S gemäß § 388 Abs 3 ZPO zu ersetzen. Im Beweissicherungsverfahren wurden die Gebühren des Sachverständigen mit insgesamt 70.440 S bestimmt. Die Klägerin wurde verpflichtet, der Antragsgegnerin Firma H\* GmbH & Co KG die für die Beteiligung an der Beweisaufnahme notwendigen Kosten von 83.827,80 S gemäß Paragraph 388, Absatz 3, ZPO zu ersetzen.

Für die eingetretenen Durchfeuchtungsschäden genießt die Klägerin keinen Versicherungsschutz.

Dem zwischen den Streitteilen abgeschlossenen Werkvertrag lagen unter anderem folgende Vereinbarungen zugrunde:

Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" lautet:

"Haftung: Der AN (= Auftragnehmer) wird den AG (= Auftraggeber) für Schäden aller Art, insbesondere auch für mittelbare und Folgeschäden schad- und klaglos halten, sofern deren Verursachung durch Dritte nicht einwandfrei nachgewiesen wird. Für Schäden, die von seinen Subunternehmern oder Lieferanten verursacht werden, haftet der Arbeitnehmer (gemeint: Auftragnehmer).

Für Schäden, deren Verursacher nicht nachgewiesen wird, haften alle AN dem AG intern zur ungeteilten Hand, anteilig im Verhältnis ihrer Auftragssumme."

Punkt 1.8.4 lautet:

"Im Auftragsfalle gelten Vertragsbestandteile in nachstehender Reihenfolge:

- der Werkvertrag mit allen darin enthaltenen Abmachungen
- der amtliche Baubescheid mit allen dazugehörigen Anlagen und Auflagen, sowie allen sonstigen für das Bauwesen ergangenen Bescheide
- die Ausschreibung mit allen Beilagen, den Allgemeinen Vorbemerkungen zum LV (Leistungsverzeichnis), sowie den Besonderen Technischen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis und der Einladung zur Angebotsabgabe
- das Angebot des AN inklusive Angebotsschreiben
- die ÖNormen in ihrer jeweilig neuesten Fassung zum Zeitpunkt der Auftragserteilung bzw soweit nicht vorhanden, die entsprechenden DIN-Normen, sowie die ÖVE-Bestimmungen
- die gesetzlichen Bestimmungen, zB ABGB."

Gemäß Art 1 des Werkvertrages sind die dem Angebot als integrierender Bestanteil beigehefteten "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" Vertragsgegenstand. Gemäß Artikel eins, des Werkvertrages sind die dem Angebot als integrierender Bestanteil beigehefteten "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" Vertragsgegenstand.

Art 7 des Werkvertrages lautet: "Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages rechtsunwirksam oder rechtsunwirksam werden, so tritt an die Stelle der rechtsunwirksamen Bestimmungen diejenige Bestimmung, die unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage dem Sinn des Vertrages entspräche. Im Übrigen wird die Gültigkeit des Vertrages durch einzelne unwirksame Bestimmungen nicht berührt, wenn der Vertragszweck im Wesentlichen erreichbar bleibt". Artikel 7, des Werkvertrages lautet: "Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages rechtsunwirksam oder rechtsunwirksam werden, so tritt an die Stelle der rechtsunwirksamen Bestimmungen diejenige Bestimmung, die unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage dem Sinn des Vertrages entspräche. Im Übrigen wird die Gültigkeit des Vertrages durch einzelne unwirksame Bestimmungen nicht berührt, wenn der Vertragszweck im Wesentlichen erreichbar bleibt".

In Punkt 1.1.2 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" wird als (subsidäre) Vertragsgrundlage auf die ÖNormen B 2110, B 2111, B 2112 und B 2113 in der am Tag der Aufforderung der Angebotsabgabe gültigen Fassung verwiesen.

Mit ihrer am 12. 6. 1998 eingebrachten Klage begehrte die Klägerin den Betrag von insgesamt 208.309,39 S, den sie zuletzt auf 215.690,61 S ausdehnte. Sie brachte im Wesentlichen vor:

Die für die Sanierung der Wasserschäden erforderlichen Kosten beliefen sich auf insgesamt 224.413,20 S, wozu als weitere Folgeschäden die Kosten des Architekten DI Sch\* für die Schadensfeststellung von 86.592 S sowie die Kosten des Beweissicherungsverfahrens, nämlich Honorarkosten des Klagevertreters von 77.209,20 S, die Sachverständigengebühren von 70.440 S und die gerichtlich bestimmten Vertretungskosten der Antragsgegnerin von 83.827,80 S dazuzurechnen seien. Da es der Beklagten nicht möglich sein werde, den Beweis zu erbringen, dass all diese durch den Wassereintritt entstanden Schäden durch einen bestimmten Dritten verursacht worden seien, habe sie gemäß Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbedingungen zum Leistungsverzeichnisverhältnis" im Verhältnis der sie betreffenden Auftragssumme zur Gesamtauftragssumme, sohin zu 39,76 % einzustehen. Die zitierte Vertragsbestimmung umfasste auch die Kosten im Zusammenhang mit der Aufsuchung und Feststellung der Schadensursache einschließlich die Kosten des Beweissicherungsverfahrens, das hiezu gedient habe.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens. Der schadenverursachende Schnitt am Hochzug der Dachhaut sei nicht den Baumeister-, sondern den Dachdeckerarbeiten zuzuordnen. Die Vertragsklausel, auf die sich die Klägerin berufe, sei sittenwidrig, weil demnach die Vertragspartner unter Umständen sogar für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit Dritter zu haften hätten. Die Klägerin habe die Beklagte nicht sogleich auf die Wassereintritte aufmerksam gemacht und erst 1997 Sanierungsarbeiten in Auftrag gegeben, wodurch sie ihre Schadensminderungspflicht verletzt habe. Weiters wendete die Beklagte Verjährung ein. Die Verjährungsfrist habe mit Kenntnis des Schadens eingesetzt. Der Klägerin sei die Geltendmachung ihrer Ersatzansprüche bereits 1994 möglich gewesen. Bei Heranziehung der strittigen Vertragsbestimmung sei es gerade nicht auf die Kenntnis des Schädigers angekommen.

Hinsichtlich des Teilbetrages von 126.464,23 S, der auf das Honorar des Architekten der Klägerin und auf die Kosten des Beweissicherungsverfahrens entfällt, wendete die Beklagte überdies Unzulässigkeit des Rechtsweges ein, weil es sich um vorprozessuale Kosten handle, die erst bei Wegfall der Akzessorietät zum Hauptanspruch selbstständig geltend gemacht werden könnten. Die Kosten des Architekten DI Sch\* seien auch deshalb nicht zu ersetzen, weil die Klägerin diese noch nicht bezahlt habe.

Dem hielt die Klägerin entgegen, dass keine Akzessorietät der betreffenden Kosten zum Klageanspruch vorliege, sondern dass es sich um den Suchaufwand zur Feststellung der eigentlichen Schadensursache handle, der von der Beklagten gemäß dem Vertragspunkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" zu ersetzen sei. Die Kosten des Beweissicherungsverfahrens seien Mangelfolgeschäden.

Auf den Einwand der Sittenwidrigkeit replizierte die Klägerin, dass die strittige Vertragsklausel ein bekanntes und typisches Beweisrisiko des Bauherren voraussetze. Die Beklagte stehe der Schadensverursachung jedenfalls näher als die Klägerin, sodass die Beweislastumkehr legitim sei. Eine einschränkende Auslegung dieses Vertragspunktes dahin,

dass nur die in den oberen Geschossen tätigen Unternehmen den eingetretenen Schaden zu tragen hätten, komme nicht in Frage. Die Klausel sei auch üblich, wie sich aus der ähnlichen Bestimmung der ÖNorm B 2110 Punkt "2.42" ergebe, auf die sich die Klägerin hilfsweise stütze. Die Ansprüche seien auch nicht verjährt. Die Verjährungsfrist der Schadenersatzansprüche beginne erst mit Kenntnis von Schaden und Schädiger. Dies bedeute für den vorliegenden Fall, dass die Verjährungsfrist erst mit der objektivierbaren Feststellung, dass der Schädiger nicht ermittelbar sei, zu laufen beginne, was sich erst im Beweissicherungsverfahren herausgestellt habe.

Das Erstgericht wies mit seinem in die Urteilsausfertigung aufgenommenen Beschluss die Klage hinsichtlich des Teilbetrages von 126.464,23 S, der vorprozessuale Kosten umfasse, als unzulässig zurück. Hinsichtlich des verbleibenden Teilbetrages von 89.226,38 S gab es dem Klagebegehren statt.

Es stellte zusätzlich zum eingangs wiedergegebenen Sachverhalt weiters fest: Es kann durchaus möglich sein, dass die Beklagte auch noch im April 1994 optische Korrekturen an dem im zweiten Obergeschoss innen sichtbaren Betonfertigteilen vorgenommen hat (obgleich nicht festgestellt werden kann, dass derartige Arbeiten überhaupt vorgenommen wurden). Der Geschäftsführer der Klägerin war noch zu Beginn des Beweissicherungsverfahrens der Überzeugung, dass die H\* GmbH & Co KG der Schadensverursacher sei. Bei der "Schlussfeststellung" im Frühjahr 1997 waren der Architekt der Klägerin und ihr Geschäftsführer der festen Überzeugung, dass die Mängel vom Dachdecker zu verantworten seien. Dieser Überzeugung war der Geschäftsführer der Klägerin auch noch zu Beginn des Beweissicherungsverfahrens. An die Möglichkeit, die Beklagte auf Grund der strittigen Vertragsklausel zur Verantwortung zu ziehen, wurde anlässlich der Kontaktaufnahme mit der Firma, die die Fassade herstellte, nicht gedacht.

Seinen teilweise das Klagebegehren zurückweisenden Beschluss begründete das Erstgericht dahin, dass Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" nicht die Auslegung rechtfertige, darunter seien auch Kosten zur Ermittlung zur Voraussetzung für die Inanspruchnahme eines bestimmten Vertragspartners auf Grund der zitierten Bestimmung zu verstehen. Die Kosten für den nach dieser Bestimmung erforderlichen Versuch, den Schädiger nachzuweisen, seien ebenso vorprozessuale Kosten wie jene, die zum Nachweis der Schadensursache führten. Ihre Akzessorietät zum Hauptanspruch sei auch durch die zitierte Vertragsklausel nicht aufgehoben worden.

Hinsichtlich der Schadensbehebungskosten sei das Klagebegehren jedoch berechtigt. Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" sei im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion und der subsidiär anwendbaren Bestimmung der ÖNorm B 2110, Punkt 2.42 dahin auszulegen, dass nur jene Unternehmer zur Mithaftung für fremde Schäden herangezogen werden sollten, die zur Zeit des Entstehens der Schadensursache auf der Baustelle tätig gewesen seien. Dies sei bei der Beklagten der Fall gewesen, habe sie doch noch im März 1994 auf der Baustelle diverse Arbeiten, und zwar sogar auch im Bereich des zweiten Obergeschosses durchgeführt. Die Anwendbarkeit der Bestimmung setze auch voraus, dass der Auftraggeber zunächst versucht habe, den Verursacher nachzuweisen, diese Bemühungen aber erfolglos geblieben seien. Es sei für die Klägerin naheliegend gewesen, von einer Mängelhaftigkeit der Dachdeckerarbeiten auszugehen. Demnach sei von der Klägerin nicht zu verlangen gewesen, dass sie bereits beim ersten Schadenseintritt sämtliche auf der Baustelle beschäftigte Professionen vom Schaden informiert habe. Ihr sei auch nicht vorzuwerfen, das Beweissicherungsverfahren zu spät eingeleitet zu haben, weil die Schadenseintritte "azyklisch" erfolgt seien. Die Schadensminderungspflicht sei nicht verletzt worden. Objektive Anhaltspunkte dafür, dass ein anderer Unternehmer als Schädiger in Betracht zu ziehen sei, habe das Beweisverfahren nicht ergeben. Der Verjährungseinwand der Beklagten gehe ins Leere, weil der Klägerin nach dem ersten Schadenseintritt ein angemessener Zeitraum zur Prüfung der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der strittigen Vertragsbestimmung zu gewähren sei. Als Beginn der Verjährungsfrist sei jener Zeitpunkt anzusehen, zu dem die Klägerin nicht nur Kenntnis vom Schaden, sondern auch von der Möglichkeit gehabt habe, ihren Haftungsanspruch gegen die Beklagte mit Aussicht auf Erfolg auf die zitierte Vertragsbestimmung zu stützen. Sie habe nicht schon nach dem Scheitern des ersten Flutungsversuches durch die Dachdeckerfirma davon ausgehen müssen, dass diese nicht der Schädiger sei.

Das Berufungsgericht gab dem Rekurs der Klägerin gegen den die Klage teilweise zurückweisenden Beschluss des Erstgerichtes Folge, hob diesen Beschluss "ersatzlos" auf und trug dem Erstgericht die Entscheidung in der Sache unter Abstandnahme vom gebrachten Zurückweisungsgrund auf. Es sprach aus, dass der Revisionsrekurs zulässig sei.

Der Berufung der Beklagten gegen die stattgebende Entscheidungen gab es ebenfalls Folge und änderte das Urteil des Erstgerichts mit Teilurteil dahin ab, das es das Klagebegehren auf Zahlung von 89.226,38 S samt Zinsen abwies. Das Berufungsgericht erklärte auch die ordentliche Revision für zulässig.

Das Berufungsgericht bejahte im Gegensatz zum Erstgericht die Zulässigkeit des Rechtsweges auch hinsichtlich jener Klageansprüche, die das Erstgericht als vorprozessuale Kosten beurteilte. Die Kosten eines vor Beginn des Prozesses eingeholten Privatgutachtens könnten dann Gegenstand eines Schadenersatzanspruches sein, wenn die Partei an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Prozess ein besonderes Interesse habe. Kosten eines Privatgutachtens im Zusammenhang mit der Ermittlung der Mängel, der Schadensfeststellung sowie der Feststellung des Ursachenzusammenhangs zwischen Schaden und Schädiger könnten daher aus dem Titel des Schadenersatzes selbstständig eingeklagt werden. Nach dem Vorbringen der Klägerin seien die geltend gemachten Kosten im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren gegen die H\* GmbH & Co KG sowie die ebenfalls im Zusammenhang mit dem Beweissicherungsverfahren entstandenen Kosten des Architekten der Klägerin Kosten zur Feststellung der eigentlichen Schadensursache ("Suchaufwand"), für die die Beklagten gemäß Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbedingungen zum Leistungsverzeichnis" hafte. Die Klägerin mache nach ihren Behauptungen, auf die bei der Entscheidung der Zulässigkeit des Rechtsweges ebenfalls abzustellen sei, einen privatrechtlichen Anspruch geltend. Das Erstgericht habe daher zu Unrecht die Klage in diesem Umfang zurückgewiesen und werde insoweit in der Sache selbst zu entscheiden haben.

Bezüglich jener Ansprüche, über die das Erstgericht eine (der Klage stattgebende) Sachentscheidung getroffen hat, erachtete das Berufungsgericht den Verjährungseinwand der Beklagte für berechtigt. Die Klägerin nehme die Beklagte unter Berufung auf Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" in Anspruch, wonach der Auftragnehmer dem Auftraggeber für Schäden aller Art hafte, sofern deren Verursachung durch Dritte nicht einwandfrei nachgewiesen werde. Damit mache die Klägerin einen verschuldensunabhängigen Haftungsanspruch für Schäden geltend, deren Urheber nicht feststellbar seien. Auf Grundlage dieser Vereinbarung sei die Kenntnis des Ursachenzusammenhangs für eine Schadenersatzklage mit Aussicht auf Erfolg nicht erforderlich. Für auf diese Vertragsbestimmung gestützte Schadenersatzansprüche gegen einen der beteiligten Auftragnehmer beginne die dreijährige Verjährungsfrist daher mit Kenntnis des Schadens. Dieser Zeitpunkt sei mit dem Frühjahr 1994 anzusetzen. Die Ergebnisse des gegen das Dachdeckerunternehmen gerichteten Beweissicherungsverfahrens, welches im Übrigen nur erbracht habe, dass die Wassereintritte auf einen Einschnitt im Hochzug der Dachhaut zurückzuführen seien, seien ohne Einfluss auf den Lauf der Verjährungsfrist.

Auf die in der Berufung der Beklagten enthaltene Beweisrüge gegen die Feststellungen des Erstgerichtes über mögliche Arbeiten der Beklagten an Betonfertigteilen im April 1997 und der bis zu dem Ergebnissen des Beweissicherungsverfahrens anhaltenden Überzeugung der Klägerin und ihres Architekten, dass das Dachdeckerunternehmen den Wassereintritt zu verantworten habe, ist das Berufungsgericht daher nicht eingegangen.

Gegen den Beschluss, mit dem der zurückweisende Beschluss des Erstgerichtes aufgehoben wurde, richtet sich der Revisionsrekurs der Beklagten, während die Klägerin mit ihrer Revision das Klagebegehren (teilweise) abweisende Teilurteil des Berufungsgerichtes bekämpft.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist nicht berechtigt.

Zum Architektenhonorar:

Der Architekt der Klägerin hat seine Kosten im Zusammenhang mit der Suche nach der Schadensursache, mit der er betraut worden war, und seinem Aufwand im Rahmen der Mängelbehebung in Rechnung gestellt. Die Bemühungen des Architekten dienten daher in erster Linie der Feststellung und Behebung der Schadensursache und nicht der Stoffsammlung für einen späteren Schadenersatzprozess.

Vorprozessuale Kosten eines Privatgutachtens können Gegenstand eines eigenen Schadenersatzanspruches sein, wenn ein besonderes Interesse an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Prozess besteht (2 Ob 207/78; 2 Ob 647/84; 3 Ob 585/86). Das Interesse der Klägerin an der Feststellung der Schadensursache und damit an der Möglichkeit, diese zu beheben, geht entscheidend über die Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses hinaus (vgl 8 Ob 2070/96m). Die Klägerin berief sich bei Geltendmachung

dieser Kosten auch auf einen zur Durchsetzung im Rechtsweg erforderlichen Privatrechtstitel (4 Ob 2314/96i), nämlich auf eine vertraglich vereinbarte Haftung der Beklagten unter anderem auch für den im Zusammenhang mit der Suche nach der Schadensursache entstehenden Aufwand. Vorprozessuale Kosten eines Privatgutachtens können Gegenstand eines eigenen Schadenersatzanspruches sein, wenn ein besonderes Interesse an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Prozess besteht (2 Ob 207/78; 2 Ob 647/84; 3 Ob 585/86). Das Interesse der Klägerin an der Feststellung der Schadensursache und damit an der Möglichkeit, diese zu beheben, geht entscheidend über die Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses hinaus vergleiche 8 Ob 2070/96m). Die Klägerin berief sich bei Geltendmachung dieser Kosten auch auf einen zur Durchsetzung im Rechtsweg erforderlichen Privatrechtstitel (4 Ob 2314/96i), nämlich auf eine vertraglich vereinbarte Haftung der Beklagten unter anderem auch für den im Zusammenhang mit der Suche nach der Schadensursache entstehenden Aufwand.

Ob der behauptete Titel tatsächlich besteht, ist im folgenden Rechtsstreit zu klären. Die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges wird hiernach nicht berührt, kommt es doch bei der Zulässigkeitsprüfung auf die Rechtsnatur des behaupteten Anspruches an, wofür der geltend gemachte Rechtsgrund ausschlaggebend ist (RIS-Justiz RS0045584). Auf die Einwendungen der Beklagten ist erst in der Sachentscheidung bedacht zu nehmen (1 Ob 605/93 = JBI 1994, 422). Ob das Klagebegehr materiell berechtigt ist, ist bei der Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht entscheidend (1 Ob 143/97k).

Zu den Kosten des Beweissicherungsverfahrens (Vertretungskosten beider Parteien, Sachverständigengebühren):

Den Ersatz der Kosten des Beweissicherungsverfahrens kann der Antragsteller grundsätzlich nur als Teil der Prozesskosten des Hauptprozesses ersetzt verlangen, weil dieser Kostenersatzanspruch zum Hauptanspruch akzessorisch ist (1 Ob 588/83; 7 Ob 573/91 = RZ 1992/26, 71 = ecolex 1992, 17). Nach Aufhebung der Akzessorietät, demnach auch, wenn feststeht, dass es zum Hauptprozess nicht mehr kommen wird, können aber die Kosten der Beweissicherung mit besonderer Klage geltend gemacht werden (7 Ob 573/91).

Im vorliegenden Fall geht schon aus dem Vorbringen der Klägerin eindeutig hervor, dass sie gegen die H\* GmbH & Co KG keine Ansprüche geltend machen wird, weil das Beweissicherungsverfahren ergeben hat, dass dieses Unternehmen den Wassereintritt nicht zu verantworten hat. Damit ist aber die Akzessorietät der Kosten des Beweissicherungsverfahrens zu einem Hauptverfahren gegen den Gegner des Beweissicherungsverfahrens, das auf Grund seiner Ergebnisse nicht stattfinden wird, weggefallen.

Im vorliegenden Verfahren sind die Kosten des Beweissicherungsverfahrens nicht akzessorisch, weil die Prozessgegnerin nicht mit der Antragsgegnerin im Beweissicherungsverfahren identisch ist und an diesem auch nicht beteiligt war. Selbst wenn der dort erstattete Befund und die Ausführungen des Sachverständigen zur Begründung des im vorliegenden Verfahren geltend gemachten Anspruches herangezogen wurden, diente das Beweissicherungsverfahren doch primär der Vorbereitung eines Schadenersatzprozesses gegen die H\* GmbH & Co KG und allenfalls der Feststellung der Schadensursache, um diese endlich beheben und weitere Wassereintritte vermeiden zu können.

Auch hinsichtlich dieser Kosten hat sich die Klägerin auf eine Haftungsvereinbarung, die im Sinne einer Einbeziehung aller Kosten im Zusammenhang mit der Suche nach der Schadensursache auszulegen sei, berufen. Die materielle Berechtigung dieses Anspruches ist, wie bereits ausgeführt, bei der Frage der Rechtswegzulässigkeit nicht zu prüfen, sodass auf die diesbezüglichen Ausführungen der Revisionsrekursbeantwortung nicht weiter einzugehen ist.

Der Umstand, dass nach den aufgezeigten Rechtsgrundsätzen in anderen Fällen der Rechtsweg für die Kosten des Beweissicherungsverfahrens und für Privatgutachtenskosten als nicht zulässig erachtet wurde (2 Ob 647/84; 7 Ob 573/91; 4 Ob 515/94 = RdW 1995, 12 = ecolex 1994, 675 = RZ 1995/92, 283), vermag infolge der unterschiedlichen Sachverhalte, die zu beurteilen waren, das Begehr des Revisionsrekurses auf Wiederherstellung des erstgerichtlichen Zurückweisungsbeschlusses nicht zu rechtfertigen.

Auch die Revision der Klägerin ist nicht berechtigt.

Auf die vom Berufungsgericht in seiner Begründung zur Zulässigkeit der Revision aufgeworfene Frage, ab welchem Zeitpunkt die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche zu laufen beginnt, wenn es vereinbarungsgemäß gerade nicht auf die Kenntnis des Schädigers seitens des Klägers, sondern darauf ankommt, dass der vom Auftraggeber

belangte Auftragnehmer keinen anderen Verursacher nachweisen kann, kommt es zwar nicht entscheidend an. Das Berufungsgericht hat das Klagebegehr, soweit das Erstgericht hierüber mit Urteil erkannte, aber im Ergebnis aus nachfolgenden Gründen zu Recht abgewiesen:

Der erkennende Senat hatte bereits in der Entscheidung 6 Ob 320/98x = RdW 1999, 460 = ecolex 1999, 538 (zustimmend Wilhelm, ecolex 1999, 207) die Frage der Sittenwidrigkeit einer wenn auch nicht dem Wortlaut, so doch ihrem Sinngehalt nach weitgehend dem Punkt 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" entsprechenden Vertragsklausel zu prüfen. In der zitierten Entscheidung lautete die betreffende Bestimmung: "In Abänderung der ÖNorm 2110 Punkt 2.22 (gemeint war die betreffende ÖNorm in der Fassung vom 1. 3. 1983) werden für Schäden jedweder Arbeitsleistungen und Lieferungen, dessen Urheber nicht feststellbar sind, die Kosten der Wiederherstellung auf alle auf der Baustelle beschäftigten Firmen im Verhältnis der Schlussrechnungssumme zu den Gesamtherstellungskosten aufgeteilt".

Auch im hier vorliegenden Fall ist, wie sich aus dem Verweis des Punktes 1.1.2 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" auf die (subsidiäre) Geltung der ÖNormen, unter anderem der ÖNorm B 2110 "in der am Tag der Aufforderung zur Angebotsabgabe gültigen Fassung (Datum des Einladungsschreibens)" ergibt, die Fassung der ÖNorm B 2110 vom 1. 3. 1983 maßgebend, deren Punkt 2.22 bestimmte:

"Sind mehrere Auftragnehmer am Erfüllungsort (auf der Baustelle) beschäftigt, so haften sie unbeschadet der Bestimmungen des Abschnittes 2.21 ("Gefahr und Haftung") für die in der Zeit ihrer Tätigkeit am Erfüllungsort entstandenen Beschädigungen an übernommenen und nicht übernommenen Leistungen sowie am vorhandenen Baubestand (zB Schäden an Stiegenstufen, an Verglasungen, durch Ablaufverstopfungen), sofern Urheber dieser Beschädigungen nicht feststellbar sind, anteilmäßig im Verhältnis ihrer ursprünglichen Auftragssummen je Auftragnehmer bis zu einem Betrag von 0,5 % der ursprünglichen Auftragssumme.

Von den Auftragnehmern festgestellte Beschädigungen sind dem Auftraggeber unverzüglich mitzuteilen. Der Auftraggeber hat die gemeldeten Beschädigungen sowie die von ihm selbst festgestellten Beschädigungen hinsichtlich Art, Umfang und Zeitpunkt ihres Bekanntwerdens in geeigneter Weise festzuhalten und die in Betracht kommenden haftpflichtigen Auftragnehmer hievon erstens nachweislich in Kenntnis zu setzen.

Jedem haftpflichtigen Auftragnehmer steht die Möglichkeit offen zu beweisen, dass die Beschädigung weder durch ihn noch durch seine Erfüllungsgehilfen verursacht worden sein konnte."

Soweit die Parteien und die Vorinstanzen im vorliegenden Verfahren auf die Bestimmungen des Punktes 2.42 der ÖNorm B 2110 Bezug nahmen, meinten sie damit zwar die Fassung dieser ÖNorm vom 1. 3. 1995, die auch in Kopie vorgelegt wurde (vgl. Beilage F). Da jedoch Punkt 2.42 dieser ÖNorm wortgleich ist mit Punkt 2.22 der ihr vorangehenden Ausgabe vom 1. 3. 1983, ist diese Ungenauigkeit im Parteivorbringen und den Urteilsausführungen ohne rechtliche Relevanz. Festzuhalten ist jedoch der Klarheit halber, dass die auch hier maßgebende Bestimmung über die "Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer" in Punkt 2.22 der ÖNorm B 2210, Ausgabe vom 1. 3. 1983, enthalten ist. Soweit die Parteien und die Vorinstanzen im vorliegenden Verfahren auf die Bestimmungen des Punktes 2.42 der ÖNorm B 2110 Bezug nahmen, meinten sie damit zwar die Fassung dieser ÖNorm vom 1. 3. 1995, die auch in Kopie vorgelegt wurde (vgl. Beilage F). Da jedoch Punkt 2.42 dieser ÖNorm wortgleich ist mit Punkt 2.22 der ihr vorangehenden Ausgabe vom 1. 3. 1983, ist diese Ungenauigkeit im Parteivorbringen und den Urteilsausführungen ohne rechtliche Relevanz. Festzuhalten ist jedoch der Klarheit halber, dass die auch hier maßgebende Bestimmung über die "Besondere Haftung mehrerer Auftragnehmer" in Punkt 2.22 der ÖNorm B 2210, Ausgabe vom 1. 3. 1983, enthalten ist.

In Anschluss an die zitierte Entscheidung hält der erkennende Senat auch die hier zu prüfende Bestimmung als nichtig im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB: In Anschluss an die zitierte Entscheidung hält der erkennende Senat auch die hier zu prüfende Bestimmung als nichtig im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB:

Nach den bürgerlich - rechtlichen Regelungen der Schadenstragung trifft der bloße, nicht durch Verschulden eines anderen veranlasste Zufall denjenigen, in dessen Vermögen er sich ereignet (§ 1311 ABGB). Nach der auch für Schadenersatzansprüche geltenden allgemeinen Beweislastregel hat der Geschädigte die seinen Anspruch begründeten Tatsachen zu beweisen. Wenngleich der Schädiger im Fall eines mit dem Geschädigten bestehenden Vertragsverhältnisses sein mangelndes Verschulden zu beweisen hat (§ 1298 ABGB), obliegt doch dem Geschädigten auch hier der Beweis des Kausalzusammenhangs. Kommen Handlungen mehrerer Täter als Schadensursache konkret

in Betracht, kann aber nicht festgestellt werden, welche dieser Handlungen den Schaden tatsächlich herbeigeführt hat, trägt der Geschädigte zwar nicht das Risiko der Nichtaufklärbarkeit, welche Handlung tatsächlich kausal war. Die Rechtsprechung lässt hier den Beweis des Kausalverdachtes genügen. Diesen hat der Geschädigte aber jedenfalls zu erbringen. Nach den bürgerlich - rechtlichen Regelungen der Schadenstragung trifft der bloße, nicht durch Verschulden eines anderen veranlasste Zufall denjenigen, in dessen Vermögen er sich ereignet (Paragraph 1311, ABGB). Nach der auch für Schadenersatzansprüche geltenden allgemeinen Beweislastregel hat der Geschädigte die seinen Anspruch begründeten Tatsachen zu beweisen. Wenngleich der Schädiger im Fall eines mit dem Geschädigten bestehenden Vertragsverhältnisses sein mangelndes Verschulden zu beweisen hat (Paragraph 1298, ABGB), obliegt doch dem Geschädigten auch hier der Beweis des Kausalzusammenhangs. Kommen Handlungen mehrerer Täter als Schadensursache konkret in Betracht, kann aber nicht festgestellt werden, welche dieser Handlungen den Schaden tatsächlich herbeigeführt hat, trägt der Geschädigte zwar nicht das Risiko der Nichtaufklärbarkeit, welche Handlung tatsächlich kausal war. Die Rechtsprechung lässt hier den Beweis des Kausalverdachtes genügen. Diesen hat der Geschädigte aber jedenfalls zu erbringen.

Die Privatautonomie gestattet den Vertragspartnern in den durch § 879 ABGB gezogenen Grenzen die im Gesetz geregelten Haftungsbestimmungen vertraglich zu erweitern oder einzuschränken. Dazu enthalten die für die Baupraxis ausgehandelten ÖNormen vom Gesetz abweichende Schadenersatz- und Gefahrtragungsregeln, die, sofern die Anwendung der entsprechenden ÖNorm ausdrücklich vereinbart wird, zum Vertragsinhalt werden. Die Privatautonomie gestattet den Vertragspartnern in den durch Paragraph 879, ABGB gezogenen Grenzen die im Gesetz geregelten Haftungsbestimmungen vertraglich zu erweitern oder einzuschränken. Dazu enthalten die für die Baupraxis ausgehandelten ÖNormen vom Gesetz abweichende Schadenersatz- und Gefahrtragungsregeln, die, sofern die Anwendung der entsprechenden ÖNorm ausdrücklich vereinbart wird, zum Vertragsinhalt werden.

Punkt 2.22 der ÖNorm B 2110 (Fassung vom 1. 3. 1983) regelt eine besondere verschuldensunabhängige Haftung mehrere Auftragnehmer für Schäden, deren Urheber nicht feststellbar sind.

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers weichen in wesentlichen Punkten von den in dieser ÖNorm vorgesehenen Haftungsregelung ab:

Die Haftung des einzelnen Auftragnehmers ist der Höhe nach unbegrenzt (im hier vorliegenden Fall werden ca 2 % der Schlussrechnungssumme, somit erheblich mehr als die in der ÖNorm vorgesehenen 0,5 %, klageweise geltend gemacht);

es haften alle jemals an der Baustelle beschäftigten Auftragnehmer, damit auch jene, deren Leistungen im Zeitpunkt des Schadens bereits abgenommen waren (und die auch hier demnach gemäß Punkt 2.21 der ÖNorm B 2110 nach der Übergabe für ihre Leistung keine Gefahr mehr zu tragen hatten);

der in der ÖNorm B 2110 vorgesehene Gegenbeweis mangelnder Kausalität ist nicht möglich, sodass auch jener Auftragnehmer haftet, der den Schaden gar nicht verursachen konnte, weil er seine Arbeiten schon abgeschlossen und die Baustelle geräumt oder die Leistung übergeben hatte.

Diese vom Gesetz und ÖNorm B 2110 abweichende Regelung benachteiligt den Auftragnehmer grösstenteils im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB: Sie überwälzt nicht nur die den Auftraggeber nach Übernahme der Leistung (hier im Sinne des Punktes 2.21 der ÖNorm B 2110) treffende Gefahr und den gesamten, einem bestimmten Schädiger nicht zuordenbaren Schaden auf die Auftragnehmer. Sie verwehrt ihnen überdies den nach der ÖNorm B 2110 zulässigen Gegenbeweis mangelnder Kausalität. Diese vom Gesetz und ÖNorm B 2110 abweichende Regelung benachteiligt den Auftragnehmer grösstenteils im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB: Sie überwälzt nicht nur die den Auftraggeber nach Übernahme der Leistung (hier im Sinne des Punktes 2.21 der ÖNorm B 2110) treffende Gefahr und den gesamten, einem bestimmten Schädiger nicht zuordenbaren Schaden auf die Auftragnehmer. Sie verwehrt ihnen überdies den nach der ÖNorm B 2110 zulässigen Gegenbeweis mangelnder Kausalität.

Die durch die vertragliche Regelung eintretende Benachteiligung des Auftragnehmers geht über eine bloße Verschiebung des Eigentümerrisikos weit hinaus. Die für den Auftragnehmer damit verbundene Benachteiligung steht in einem auffallenden Missverhältnis zur Rechtsposition des Auftraggebers als seinen Vertragspartner. Dem Auftraggeber ist zwar zweifellos ein Interesse an der Erleichterung des Ersatzes von Schäden, deren Urheber nicht feststellbar sind, zuzugestehen. Diesem Interesse wird aber voll und ganz durch die in der ÖNorm B 2110 geregelte Schadenstragung mehrerer Auftragnehmer Rechnung getragen. Diese Regelung ist insofern auch sachlich

gerechtfertigt, als sie einerseits nur jene Auftragnehmer einbezieht, die - weil im Schadenszeitpunkt auf der Baustelle tätig - den eingetretenen Schaden hätten verursachen können und ihnen andererseits die Möglichkeit eröffnet, den Kausalitätsgegenbeweis zu erbringen. Im Gegensatz dazu hätte der Auftragnehmer nach der strittigen Vertragsbestimmung für alle in unbegrenzter Höhe auftretenden Schäden auch dann anteilig zu haften, wenn er für deren Verursachung nicht in Frage kommen könnte.

Das bei der vorliegenden Regelung auftretenden auffallende Missverhältnis zwischen der Rechtsposition und der Vertragspartner wird überdies darin deutlich, dass die Auftraggeberin auch die sie nach der gesetzlichen Schadenstragungsregelung treffenden Schäden zur Gänze ersetzt erhält, während der Auftragnehmer mangels seiner Beschränkung der Haftungshöchstsumme Gefahr läuft, erhebliche Teile seines Entgelts oder sogar seinen gesamten Entgeltanspruch zu verlieren.

Diese Erwägungen gelten auch für die hier zu beurteilende, ebenfalls in einem Vertragformblatt enthaltene Bestimmung des Punktes 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis."

Das Erstgericht hat zwar diese Bestimmung unwidersprochen dahin ausgelegt, dass danach nur jene Auftragnehmer zur Haftung herangezogen werden könnten, die im Zeitpunkt des Entstehens der Schadensursache (noch) auf der Baustelle tätig gewesen seien. Selbst dieses - durch den Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckte - Auslegungsergebnis änderte jedoch nichts an der Nichtigkeit der Bestimmung im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB, weil dann zwar dem Auftragnehmer der Kausalitätsgegenbeweis dahin gestattet wäre, dass im Zeitpunkt der Beschädigung die Übernahme seiner Leistung bereits erfolgt sei und seine Arbeitskräfte nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen seien. Selbst bei dieser Auslegung wäre es dem Auftragnehmer aber noch immer verwehrt, andere Gründe zu beweisen, die eine Verursachung des Schadens durch ihn und seine Leute oder seine Erfüllungsgehilfen ausschließen. Er könnte sich im Gegensatz zur entsprechenden Bestimmung der ÖNorm B 2110 nur dadurch von seiner Haftung befreien, dass er einen konkreten Dritten einwandfrei als Schädiger präsentieren könnte. Auch das weitere, für die Beurteilung der Bestimmung als nichtig ausschlaggebende Argument, dass die fehlende Beschränkung der Haftungshöchstsumme die Rechtsposition des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber in einem nicht zu rechtfertigenden Umfang verschlechtert, wird durch die vom Erstgericht gefundene Auslegung nicht beseitigt. Das Erstgericht hat zwar diese Bestimmung unwidersprochen dahin ausgelegt, dass danach nur jene Auftragnehmer zur Haftung herangezogen werden könnten, die im Zeitpunkt des Entstehens der Schadensursache (noch) auf der Baustelle tätig gewesen seien. Selbst dieses - durch den Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckte - Auslegungsergebnis änderte jedoch nichts an der Nichtigkeit der Bestimmung im Sinn des Paragraph 879, Absatz 3, ABGB, weil dann zwar dem Auftragnehmer der Kausalitätsgegenbeweis dahin gestattet wäre, dass im Zeitpunkt der Beschädigung die Übernahme seiner Leistung bereits erfolgt sei und seine Arbeitskräfte nicht mehr auf der Baustelle tätig gewesen seien. Selbst bei dieser Auslegung wäre es dem Auftragnehmer aber noch immer verwehrt, andere Gründe zu beweisen, die eine Verursachung des Schadens durch ihn und seine Leute oder seine Erfüllungsgehilfen ausschließen. Er könnte sich im Gegensatz zur entsprechenden Bestimmung der ÖNorm B 2110 nur dadurch von seiner Haftung befreien, dass er einen konkreten Dritten einwandfrei als Schädiger präsentieren könnte. Auch das weitere, für die Beurteilung der Bestimmung als nichtig ausschlaggebende Argument, dass die fehlende Beschränkung der Haftungshöchstsumme die Rechtsposition des Auftragnehmers gegenüber dem Auftraggeber in einem nicht zu rechtfertigenden Umfang verschlechtert, wird durch die vom Erstgericht gefundene Auslegung nicht beseitigt.

Die Bestimmung des Punktes 1.7.3 der "Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" ist daher als nichtig anzusehen und bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes außer Betracht zu lassen.

Im Sinne des Art 7 ("Unwirksame Bestimmungen") des Werkvertrages tritt somit an die Stelle dieser rechtsunwirksamen Bestimmung die Bestimmung des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110, die ebenfalls eine Haftungs- und Gefahrtragungsregelung enthält und "unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage dem Sinn des Vertrages entspricht", wie dies in Art 7 des Werkvertrages vorgesehen ist. Im Sinne des Artikel 7, ("Unwirksame Bestimmungen") des Werkvertrages tritt somit an die Stelle dieser rechtsunwirksamen Bestimmung die Bestimmung des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110, die ebenfalls eine Haftungs- und Gefahrtragungsregelung enthält und "unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage dem Sinn des Vertrages entspricht", wie dies in Artikel 7, des Werkvertrages vorgesehen ist.

Der zur Haftungsbefreiung der Beklagten als Auftragnehmerin nach Punkt 2.22 der ÖNorm B 2110 mögliche

Kausalitätsgegenbeweis ist zwar nicht gelungen: Nach den Feststellungen der Vorinstanzen erfolgte die Übergabe des Werkes der Beklagten erst nach Fertigstellung des Daches, und zwar erst an jenem Tag, an dem die Klägerin der Baubehörde die Fertigstellung des Bauvorhabens anzeigen. Leute der Beklagte waren noch bis dahin mit verschiedenen Fertigstellungs- und Reinigungsarbeiten auf der Baustelle beschäftigt. Der Beklagten ist es auch nicht gelungen, sonstige Umstände zu beweisen, auf Grund derer ihre Urheberschaft für den Schaden ausgeschlossen werden kann.

Entscheidend ist aber, dass die ersten, umfangreichen Regenwasserschäden bereits im April/Mai 1994, also kurz nach Fertigstellung des Gebäudes und nach vollständiger Beendigung der Arbeiten der Beklagten eintraten, die Beklagte aber hievon erstmals im März 1998 erfuhr und auf ihre Haftung als Auftragnehmer und möglicher Schadensverursacher hingewiesen wurde.

Absatz 2 des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110 verpflichtet den Auftraggeber, die in Betracht kommenden haftpflichtigen Auftragnehmer von den ihm gemeldeten oder selbst festgestellten Beschädigungen "ehestens nachweislich in Kenntnis zu setzen".

Da diese Verpflichtung nicht ausdrücklich als Voraussetzung oder Bedingung der Heranziehung der Auftragnehmer zur Haftung nach dieser Bestimmung formuliert ist, stellt sich hier die Frage, welche Konsequenzen sich daraus ergeben, dass die Beklagte erst vier Jahre nach dem Eintritt des Schadens von diesem und von ihrer allfälligen Haftung hiefür erfuhr.

ÖNormen sind, soweit sie nicht durch konkrete Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt wurden, rechtlich nichts weiter als Vertragsabzüge. Es steht den Vertragspartnern frei, sie zu vereinbaren oder nicht, das heißt, sie werden ihrer Rechtsnatur als allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechend nur dann zum Vertragsgegenstand, wenn die Vertragsparteien ihre Geltung zumindest konkludent vereinbart haben. Da es sich hiebei weder um die von einer der Vertragsparteien aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien, sondern um "kollektiv" gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite - dem Österreichischen Normungsinstitut - herausgegeben werden, sind ihre Bestimmungen objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gemäß § 914 ABGB auszulegen. Sie sind daher so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen. Im Zweifel bildet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehelf (6 Ob 566/95 = ecolex 1995, 891 mwN aus Rechtsprechung und Lehre). ÖNormen sind, soweit sie nicht durch konkrete Rechtsvorschriften für verbindlich erklärt wurden, rechtlich nichts weiter als Vertragsabzüge. Es steht den Vertragspartnern frei, sie zu vereinbaren oder nicht, das heißt, sie werden ihrer Rechtsnatur als allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechend nur dann zum Vertragsgegenstand, wenn die Vertragsparteien ihre Geltung zumindest konkludent vereinbart haben. Da es sich hiebei weder um die von einer der Vertragsparteien aufgestellten Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien, sondern um "kollektiv" gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite - dem Österreichischen Normungsinstitut - herausgegeben werden, sind ihre Bestimmungen objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut, das heißt unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände gemäß Paragraph 914, ABGB auszulegen. Sie sind daher so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen. Im Zweifel bildet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehelf (6 Ob 566/95 = ecolex 1995, 891 mwN aus Rechtsprechung und Lehre).

Nach diesen Grundsätzen ist hier der allen Vertragsparteien erkennbare Zweck dieser Vorschrift in den Vordergrund zu rücken: Die Regelung des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110 verschiebt in einer von den grundsätzlichen Regelungen des ABGB abweichenden Weise die Beweislast für die Kausalität auf den Auftragnehmer als "potentiellen" Schädiger. Um ihm diese Beweislast zu erleichtern, ist es erforderlich, dass er, sofern er in den Kreis der überhaupt in Betracht kommenden Auftragnehmer fällt, möglichst umgehend vom Schaden Kenntnis erhält. Nur dann wird es ihm im Normalfall möglich sein, selbst gezielt und effektiv nach der Schadensursache und einem potentiellen Schädiger zu forschen, Beweise dafür zu sichern, dass er als Schädiger nicht in Betracht kommt oder allenfalls auch möglichst umgehend die Schadensursache zu beheben, sofern sie in seinen Ingerenzbereich fällt, um mögliche weitere Schadenseintritte oder eine Ausdehnung des Schadens hintanzuhalten. Nur bei umgehender Verständigung von eingetretenen Schädigungen am Bauplatz kann sich ein grundsätzlich für die Haftung in Frage kommender Auftragnehmer sinnvoll an der Suche der Schadensursache und am verursachenden Schädiger beteiligen. Je länger der Schadensfall bereits zurückliegt, umso schwieriger wird es für einen bestimmten Auftragnehmer, den Beweis zu

erbringen, dass weder er noch seine Erfüllungsgehilfen als Verursacher in Betracht kommen.

Dem Absatz 2 des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110 ist daher das Verständnis beizulegen, dass eine auf Absatz 1 dieses Punktes der ÖNorm gestützte Inanspruchnahme eines im Zeitpunkt der Schädigung auf der Baustelle tätigen Auftragnehmers voraussetzt, dass der Auftragnehmer - als Ausgleich für die Verschiebung der Beweislast auf ihm - unverzüglich vom Auftraggeber vom Schaden in Kenntnis gesetzt wird, sobald dem Auftraggeber ein Schaden bekannt wird.

Der Umstand, dass hier der Auftraggeber zunächst einen bestimmten anderen Auftragnehmer als Schadensverursacher ansah, befreit ihn nicht von seiner Verständigungspflicht hinsichtlich aller anderen Auftragnehmer, wenn er diese später einmal in Anspruch nehmen will. Die unterlassene Verständigung vom Schadenseintritt liegt in einem solchen Falle ausschließlich in der Sphäre des Auftraggebers. Hat er eine unverzügliche Verständigung bestimmter Auftragnehmer unterlassen, kann er gegen diese auch dann nicht mehr nach Punkt 2.22 der ÖNorm B 2110 mit Erfolg vorgehen, wenn sich der gegen einen bestimmten anderen Auftragnehmer gerichtete Verdacht der Urheberschaft als unhaltbar herausgestellt hat. Unterblieb die Verständigung, so trifft der Nachweis der Urheberschaft und der Kausalität des sodann Belangten nach den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Regelungen des ABGB denn klagenden Auftraggeber.

Dazu kommt im vorliegenden Fall, dass die Beklagte nicht einmal unverzüglich nach Vorliegen des Ergebnisses des gegen das Dachdeckerunternehmen geführten Beweissicherungsverfahrens vom Schadenseintritt und der Schadensursache verständigt wurde, sondern dass nach Kenntnis des dort erstattenden Befundes durch die Klägerin (der Befund langte am 30. 10. 1997 beim Bezirksgericht Thalgau ein; die Zustellung an die dortigen Parteien wurde noch am selben Tag verfügt) ein weiterer Zeitraum von etwa 4 1/2 Monaten verstrich.

Da der Klägerin bereits zum Zeitpunkt ihrer Kenntnis vom ersten Schadenseintritt zumindest objektiv gesehen klar sein musste, dass die Beklagte ein als Schädiger in Betracht kommender Auftragnehmer im Sinn des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110 war und ihr zudem auch spätestens im November 1997 tatsächlich bekannt war, dass die von ihr zunächst als Schadensverursacher angesehene Dachdeckerfirma hiefür nicht in Betracht kam, sie aber dennoch erst im März 1998 erstmals mit ihren Schadenersatzforderungen an die Beklagte herantrat und diese zugleich überhaupt erstmals vom Schadenseintritt in Kenntnis setzte, kommt ihr die Beweislastumkehr des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110 nicht zugute.

Die Klägerin hat den Beweis der Schadensverursachung durch die Beklagte oder ihren Erfüllungsgehilfen gar nicht angetreten. Ihr Klagebegehren war daher schon aus diesem Grund abzuweisen. Da die Beklagte die Sittenwidrigkeit des Vertragspunktes 1.7.3 der Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis sowie Verfristung eingewendet und sich die Klägerin selbst auf die subsidiäre Geltung des Punktes "2.42" (richtig: 2.22) der ÖNorm B 2110 berufen hat, kann die Klägerin durch die dargelegte Rechtsansicht nicht überrascht sein. Es war daher eine abschließende Entscheidung im Sinn der Bestätigung des abweisenden Teilarteiles des Berufungsgerichts zu fällen. Auf die Feststellungen des Erstgerichtes, soweit diese bekämpft wurden, kommt es aus den dargelegten Gründen ebensowenig an wie auf die Rechtsfrage, zu welchem Zeitpunkt der Verjährungsbeginn bei der vorliegenden Verschiebung der Beweislast hinsichtlich des Kausalitätsbeweises anzusehen ist.

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf die §§ 41 und 50 ZPO. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf die Paragraphen 41 und 50 ZPO.

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>