jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1999/6/2 9Ob342/98d

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 02.06.1999

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer, Dr. Spenling, Dr. Hradil und Dr. Hopf als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien 1) Dr. Raimund W*****, 2) Dr. Daniela W*****, beide Ärzte, *****, beide vertreten durch Dr. Manfred Buchmüller, Rechtsanwalt in Altenmarkt, und der auf ihrer Seite beigetretenen Nebenintervenientin K*****GesmbH, Bauglaserei, *****, vertreten durch Dr. Johann Essl, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagten Parteien 1) B*****KG, Spenglerei-Dachdeckerei, *****, 2) Franz Seifried, *****, beide vertreten durch Dr. Manfred Pochendorfer, Rechtsanwalt in Ried im Innkreis, wegen S 280.868,30 sA, infolge außerordentlicher Revision der klagenden Parteien gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgericht vom 16. Oktober 1998, GZ 4 R 87/98m-51, womit das Urteil des Landesgerichtes Ried im Innkreis vom 11. Februar 1998, GZ 5 Cg 99/96b-40, teils bestätigt, teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

Spruch

Die Revision wird - soweit sie Nichtigkeit geltend macht - zurückgewiesen.

Im übrigen wird der Revision teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird - soweit darin das Klagebegehren im Umfang von S 192.910,77 samt 4 % Zinsen seit 30. 5. 1996 abgewiesen wurde - als Teilurteil bestätigt.

Die hierauf entfallende Kostenentscheidung wird dem Endurteil vorbehalten.

Im übrigen, nämlich hinsichtlich des noch offenen Klagebegehrens von S 87.957,53 samt 4 % Zinsen seit 30. 5. 1996, werden die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben. Die Rechtsache wird in diesem Umfang zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Entscheidungsgründe:

Die Kläger errichteten 1989 ein Einfamilienhaus. Der von ihnen mit der Planung des Hauses beauftragte Architekt hatte auch die Bauaufsicht zu besorgen. Die Erstbeklagte - der Zweitbeklagte ist ihr persönlich haftender Gesellschafter - führte die Dachdecker- und Spenglerarbeiten durch.

Die Erstbeklagte stellte ua. eine Kastenrinnenkonstruktion samt Attikaabdeckung her. Schon in der Ausschreibung war als Material für die Regenrinne Rheinzink vorgesehen. Der Architekt fertigte am 20. 7. 1989 eine Planskizze an, die er mit dem damaligen Geschäftsführer der Erstbeklagten B***** besprach. Auf Empfehlung B*****s nahm der Architekt verschiedene Änderungen vor und erstellte am 29. 8. 1989 den endgültigen Plan. Die Endausführung wurde allerdings

nicht nach diesem Plan vorgenommen, zumal die Halterung für die Glasplatten der Attikaüberdachung nicht auf der Attikakrone, sondern an der senkrechten Wand der Betonkästen montiert wurde, in denen die Regenrinne verlaufen sollte.

Im Zuge der Arbeiten wies B***** den Architekten darauf hin, daß der Abstand der Konstruktion für die Glasplatten von der Attikaverkleidung zu gering sei und er befürchte, daß dieser Bereich nicht 100%ig abgedichtet werden könne. Der Architekt teilte diese Bedenken, wies B***** aber darauf hin, daß über diesen Bereich noch Glasplatten verlegt würden, sodaß im kritischen Bereich kein Regenwasser eindringen könne.

Nachdem die Kläger im Juli 1990 in das neu errichtete Einfamilienhaus eingezogen waren, traten im Oktober 1990 in zwei Zimmern im ersten Stock feuchte Stellen auf, die der Erstkläger am 8. 10. 1990 beim Architekten reklamierte. B***** überprüfte daraufhin die Regenrinne und lötete einige offene Stellen nach. Er konnte sich aber die Ursache für den Wassereinbruch nicht erklären und führte die Feuchtigkeitsflecken auf noch vorhandene Baufeuchtigkeit zurück.

Bis zum Sommer 1991 vergrößerten sich die Feuchtigkeitsflecken bei Regen immer wieder, bis es am 15. 7. 1991 zu einem massiven Wassereinbruch kam. B***** baute daraufhin auf zwei Seiten der Rinnen zusätzliche Dehnungsfugen ein und wollte später auch noch bei der dritten Seite der Rinne eine solche Fuge einbauen. Es war ihm mittlerweile klar geworden, daß sich die Regenrinnen bei Temperaturschwankungen dehnen bzw. zusammenziehen und ohne Dehnungsfugen Risse und Löcher entstehen, durch die Wasser in die Unterkonstruktion der Regenrinne und in das Haus gelangt.

Im Oktober 1991 hob der Erstkläger gemeinsam mit einem Bekannten die Glasplatten der Abdeckung ab. Dabei stellte er fest, daß sich auf der Halterung der Glasplatten bereits Rost befand, worauf Konstruktions- und Ausführungsmängel im Herbst 1991 von der Nebenintervenientin - dem mit den Verglasungsarbeiten beauftragten Unternehmen - behoben wurden. B***** setzte außerdem bei der Hauptschadensstelle im Übergang Regenrinne/Abflußrohr einen Überbrückungsschlauch ein, was sich aber als wirkungslos erwies. Für diese Maßnahme verrechnete er S 8.700,-.

Im August 1992 kam es abermals zu einem Wassereintritt. B***** klopfte daraufhin das Blech der Regenrinne an einigen Stellen, an denen es sich aufgeworfen hatte, aus und verlötete wieder verschiedene Dehnungsrisse. Er baute noch ein Dehnungsband ein und versprach, im Frühjahr 1993 weitere Dehnungsbänder einzubauen. Diesem Versprechen kam er aber zunächst nicht nach. Anfang August 1993 stellten die Kläger nach einem weiteren massiven Wassereintritt fest, daß die Regenrinne wieder mehrere Löcher und Risse aufwies. Nachdem der Architekt vergeblich versucht hatte, die Erstbeklagte zu einer Sanierung zu bewegen, beauftragten die Kläger den Spengler T***** mit der Schadenssanierung. Dieser befestigte im Hauptschadensbereich ein kleines Blech. Die undichten Lötstellen lötete er oder verschmierte sie provisorisch mit Silikon. Nach Abschluß dieser Arbeiten, am 7. 8. 1993, baute B***** ein weiteres Dehnungsband ein.

Von April bis September 1994 weilten die Kläger in den USA. Kurz nach ihrer Rückkehr kam es in allen vier Eckzimmern des ersten Stockes zu einem weiteren massiven Wassereinbruch, der mit einer Verstopfung der Regenrinne mit Laub nichts zu tun hat. Bei der Begehung des Daches stellte man fest, daß ein Teil der Regenrinne löchrig wie ein Netz war, was auf Weißrost zurückzuführen war. Weißrost tritt insbesondere dann auf, wenn Zink ständig feucht ist, hier durch direktes Aufliegen des Zinks auf dem Unterlagsholz, das infolge Feuchtigkeit seinerseits Rost und Braunfäule aufwies. Die Feuchtigkeit drang insbesondere durch die Dehnungsrisse ein und konnte mangels Entlüftung nicht wegtrocknen.

Die Kläger holten nunmehr bei einem Sachverständigen ein Gutachten ein und führten mit der Versicherung des Architekten Gespräche über eine Schadensregulierung. Die Versicherung des Architekten holte ein weiteres Gutachten ein, aufgrund dessen die Schäden am Dach durch die Fa. S***** saniert wurden. Diese Sanierungsarbeiten wurden ohne Verwendung von Rheinzink durchgeführt. Die Fa. S***** verrechnete hiefür S 366.892,24 (Anm des Revisionsgerichtes: lt. ON 4 nach Rechnungskorrektur S 360.954,24). Im Zuge der Sanierung der Rinnenkonstruktion mußten auch die Glasplatten der Attikaabdeckung demontiert und nach der Sanierung wieder neu montiert werden. Seit der Sanierung kam es zu keinen Problemen mehr.Die Kläger holten nunmehr bei einem Sachverständigen ein Gutachten ein und führten mit der Versicherung des Architekten Gespräche über eine Schadensregulierung. Die Versicherung des Architekten holte ein weiteres Gutachten ein, aufgrund dessen die Schäden am Dach durch die Fa. S***** saniert wurden. Diese Sanierungsarbeiten wurden ohne Verwendung von Rheinzink durchgeführt. Die Fa. S***** verrechnete hiefür S 366.892,24 Anmerkung des Revisionsgerichtes: lt. ON 4 nach Rechnungskorrektur S

360.954,24). Im Zuge der Sanierung der Rinnenkonstruktion mußten auch die Glasplatten der Attikaabdeckung demontiert und nach der Sanierung wieder neu montiert werden. Seit der Sanierung kam es zu keinen Problemen mehr.

1992 bröckelte bei der dem Einfamilienhaus der Kläger angeschlossenen Garage unterhalb des Flachdachs Putz herunter. Dieser Schaden wurde von den Klägern selbst repariert. Ursache dafür war, daß die Erstbeklagte auch hier Blechteile ohne entsprechende Dehnungsfugen verlegt hatte. Im Februar 1994 bröckelte "das Mauerwerk" neuerlich ab, allerdings nunmehr in größerem Umfang. Die Garage wurde daraufhin ebenfalls von der Fa. S***** saniert, wofür die Kläger S 49.082,33 aufwendeten.

Die Kläger begehrten in ihrer Klage aus den Rechtsgründen des Schadenersatzes und der Gewährleistung von der Beklagten zunächst S 246.749,97 sA (ein zunächst erhobenes Feststellungsbegehren wurde im Laufe des Verfahrens fallengelassen). Die Erstbeklagte habe die unfachmännische Einbindung des Glasdaches und der sonstigen Anschlüsse in die Dachkonstruktion, die Unterlassung der Vorsorge für eine ausreichende Hinterlüftung sowie undichte Lötstellen zu verantworten. Vorsichtshalber werde auch die Verletzung der die Erstbeklagte treffenden Warnpflicht geltend gemacht, weil möglicherweise die vom Architekten vorgegebene Dachkonstruktion nicht dem Stand der Technik entsprochen habe. Da die wiederholten Mängelbehebungsversuche der Erstbeklagten erfolglos geblieben seien, seien die Kläger berechtigt gewesen, die Sanierung durch einen Dritten durchführen zu lassen. Die durch die nunmehr durchgeführte Mängelbehebung eingetretenen Verbesserungen seien bei der Ermittlung des Klagebetrages nicht in Anschlag gebracht worden. Zur Behebung der Mängel und Schäden seien insgesamt S 493.499,95 aufgewendet worden. Dieser Betrag enthalte die schon oben erwähnten, allerdings wegen dadurch erreichter Verbesserungen um S 69.690,29 reduzierten Kosten für die Neukonstruktion des Daches, S 118.557,60 für das dadurch erforderliche Abtragen und Sanieren des Glasvordachs, S 5.400,- und S 28.314,60 für Malerarbeiten zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden, S 12.072,- für das Auswechseln eines Teppichs; ferner - "im Zusammenhang mit auch von der Beklagten empfohlenen bzw. vorgenommenen Reparatur- und Sanierungsmaßnahmen" - S 1.811,- und S 726,- für Bautrockner (Entfeuchtung), S 8.700,- lt. Rechnung der Beklagten vom 21. 8. 1991, S 3.676,80 für die Reparatur von undichten Stellen der Rinne durch den Spengler T***** und S 17.050,- lt. Rechnung B*****. Die Haftpflichtversicherung des Architekten habe 50 % dieser Kosten übernommen, sodaß noch S 246.749,97 aushafteten, für die die Beklagten hafteten.

Aufgrund nachträglicher Rechnungskorrekturen schränkten die Kläger in der Folge ihr Zahlungsbegehren auf S 231.785,97 sA ein (ON 4 und ON 6).

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Klagebegehrens. Sie brachten im wesentlichen vor, daß für die durch das Fehlen einer Belüftung der Rinne bewirkte Entstehung des Zinkfraßes und seine Folgen nur der Architekt verantwortlich gemacht werden könne. Die Erstbeklagte sei ihrer Warnpflicht nachgekommen. Die von Fremdfirmen durchgeführten Sanierungsarbeiten seien als wesentliche Verbesserung anzusehen, weil man erst jetzt darauf gekommen sei, wie die Konstruktion mit dem Glasvordach und der Kastenrinne von Anfang an hätte hergestellt werden müssen. Außerdem sei der Schaden in erster Linie dadurch verursacht worden, daß die Dachrinne wegen mangelnder Wartung durch die Kläger mit Laub verstopft gewesen sei. Die Kläger könnten keinesfalls mehr als ein Drittel der angemessenen Sanierungskosten verlangen, weil der Erstbeklagten - hätte sie die Sanierung selbst durchgeführt - keine höheren Kosten erwachsen wären. Im übrigen sei der Auftrag nicht von den Klägern, sondern vom Architekten erteilt worden, der als indirekter Stellvertreter aufgetreten sei. Schadenersatzansprüche seien verjährt, weil das Werk bereits im Mai 1990 fertiggestellt worden sei. Allfällige Gewährleistungsansprüche seien verfristet; die Gewährleistungsfrist habe vereinbarungsgemäß zwei Jahre betragen.

Der Einwand der Verjährung der geltend gemachten Schadenersatzansprüche wurde von den Klägern mit der Begründung bestritten, daß die Verjährungsfrist erst im September 1994 zu laufen begonnen habe, weil sich erst zu diesem Zeitpunkt die Wirkungslosigkeit des Mängelbehebungsversuches der Erstbeklagten vom 7. 8. 1993 herausgestellt habe. Gewährleistungsansprüche seien nicht verfristet; die Gewährleistungsfrist betrage drei Jahre; entgegenstehende Vereinbarungen seien iS des KSchG unwirksam.

Mit Schriftsatz vom 27. 11. 1996 erklärten die Kläger, ihr Begehren um S 49.082,33 sA auf S 280.868,30 sA auszudehnen. Die Erstbeklagte habe auch die Dachdecker- und Spenglerarbeiten für das Dach der Garage ausgeführt. Auch dabei habe sie die zulässigen Blechlängen ohne Dilatationen bei weitem überschritten; überdies habe sie bei der

Kiesschüttung für die Garagenabdichtung eine unrichtige Korngröße verwendet. Dadurch seien Feuchtigkeitsschäden entstanden. Da die Erstbeklagte die Mängelbehebung verweigert habe, hätten die Kläger ein anderes Unternehmen beauftragt, dem sie für die Sanierungsarbeiten S 49.082,33 gezahlt hätten.

Dieser Schriftsatz wurde in der mündlichen Streitverhandlung nicht vorgetragen; auch die Beklagten nahmen dazu nicht Stellung.

Das Erstgericht erachtete - wie sich seiner Entscheidung entnehmen läßt - die Ausdehnung des Klagebegehrens auf S 280.868,30 als wirksam und gab diesem Klagebegehren im Umfang von S 218.178,20 sA statt. Das Mehrbegehren auf Zuspruch von S 62.690,10 sA wies es ab.

Über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus traf es folgende Feststellungen:

Der Architekt trat bei der Auftragserteilung als direkter Stellvertreter der Kläger auf, die auch in den Ausschreibungsunterlagen als Bauherrn angeführt sind.

Die Erstbeklagte hat gegen die ÖNorm B 2221 Abschnitt 2.3.1.3 (3) verstoßen, in der vorgeschrieben ist, Verbindungen und Befestigungen von Regenrinnen so herzustellen, daß sie sich durch Temperaturveränderungen ungehindert ausdehnen, zusammenziehen und verschieben können.

Im Zuge der Sanierung des Daches entstanden den Klägern Gesamtkosten von S 464.928,17, die sich wie folgt zusammensetzen:

Rechnung G***** vom 21. 8. 1991	S 1.848,-
Rechnung Erstbeklagte vom 23. 12. 1991	S 8.700,-
Rechnung T***** vom 2. 8. 1993	S 3.676,80
Rechnung B***** vom 27. 10. 1994	S 17.050,-
Rechnung G***** vom 30. 11. 1995	S 726,-
Rechnung M***** vom 12. 3. 1996	S 28.314,72
Rechnung M***** vom 12. 3. 1996	S 106.557,60
Rechnung S*****	S 290.495,05

(Die Abweichung mehrerer der festgestellten Rechnungsbeträge von den in der Klage geltend gemachten Beträgen wird in der Beweiswürdigung - allerdings nur zum Teil - mit Kürzungen infolge vom Sachverständigen festgestellter überhöhter Verrechnung bzw. damit begründet, daß Arbeiten an der Garage und nicht am Haus in Rechnung gestellt wurden).

Die Haftpflichtversicherung des Architekten übernahm den Schaden zu 50% und zahlte an die Kläger S 246.749,97.

Die Erstbeklagte hätte als Spengler wissen müssen, daß sich ohne entsprechende Belüftung Wasser im Bereich unterhalb der Metallrinne sammeln kann, was in weiterer Folge zu Zinkfraß mit Löchern und zur Feuchtigkeit des Mauerwerks führen muß. Die Art der Belüftung und deren Dimensionierung ist Aufgabe des Architekten. Die Erstbeklagte hätte nach Erhalt des Planes und während der Ausführung der Regenrinne den Architekten darauf hinweisen müssen, daß er keine Vorsorge für eine ordentliche Belüftung der Regenrinne getroffen hat oder daß er für die Rinne ein anderes Material als Rheinzink vorsehen soll. Ein weiterer Grund für die Schäden ist der mangelnde Einbau von Dehnungsfugen. Auch hier hätte die Erstbeklagte wissen müssen, daß der Einbau von Dilationsbändern notwendig ist, um Risse und Löcher und damit das Eindringen von Wasser in die Unterkonstruktion der Regenrinne zu verhindern.

Im Rahmen der rechtlichen Beurteilung stellte der Erstrichter überdies fest, daß zwar im Leistungsverzeichnis Beil ./I die Gewährleistungsfrist auf zwei Jahre eingeschränkt ist, daß dem Leistungsverzeichnis aber ein eigenes Verzeichnis für die Dachdecker- und Spenglerarbeiten angeschlossen ist, in dem es heißt, daß der Auftragnehmer in vollem Umfang auf die Dauer von drei Jahren haftet, falls im Auftragsschreiben nichts anderes angegeben wird. Im Auftragsschreiben findet sich keine Einschränkung der Gewährleistungsfrist.

Das Erstgericht vertrat erkennbar die Rechtsauffassung, daß zum Zeitpunkt der Klageerhebung die Gewährleistungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen sei. Diese betrage drei Jahre, was sich schon aus der zwischen

den Parteien geschlossenen Vereinbarung ergebe. Außerdem sei eine Einschränkung der Gewährleistungsfrist den Klägern gegenüber gemäß § 9 KSchG unwirksam. Auch Schadenersatzansprüche seien nicht verjährt, weil die Verjährungsfrist erst in dem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe, in dem der Besteller das Mißlingen der Verbesserung habe erkennen können, hier erst im September 1994. Feststellungen zur Höhe des Verschuldens der Erstbeklagten seien entbehrlich, weil diese nach § 1302 ABGB mit den anderen mangelhaft arbeitenden Werkunternehmern, denen keine eigenständigen Verschuldensanteile zugewiesen werden könnten, solidarisch hafte. Die Erstbeklagte habe ihre Warnpflicht verletzt, weil sie den Architekten nicht auf seine unrichtigen Anweisungen hingewiesen habe. Durch die Verbesserung erlangte Vorteile müßten sich die Kläger nicht anrechnen lassen; solche Verbesserungen seien auch im Klagebegehren nicht enthalten. Die Kläger seien wegen der wiederholten erfolglosen Verbesserungsversuche der Erstbeklagten berechtigt gewesen, Dritte mit den Verbesserungsarbeiten zu betrauen. Nach schadenersatzrechtlichen Gründen könne der Besteller sofort den für die Behebung des Mangels durch Dritte erforderlichen Betrag fordern.Das Erstgericht vertrat erkennbar die Rechtsauffassung, daß zum Zeitpunkt der Klageerhebung die Gewährleistungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen sei. Diese betrage drei Jahre, was sich schon aus der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung ergebe. Außerdem sei eine Einschränkung der Gewährleistungsfrist den Klägern gegenüber gemäß Paragraph 9, KSchG unwirksam. Auch Schadenersatzansprüche seien nicht verjährt, weil die Verjährungsfrist erst in dem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe, in dem der Besteller das Mißlingen der Verbesserung habe erkennen können, hier erst im September 1994. Feststellungen zur Höhe des Verschuldens der Erstbeklagten seien entbehrlich, weil diese nach Paragraph 1302, ABGB mit den anderen mangelhaft arbeitenden Werkunternehmern, denen keine eigenständigen Verschuldensanteile zugewiesen werden könnten, solidarisch hafte. Die Erstbeklagte habe ihre Warnpflicht verletzt, weil sie den Architekten nicht auf seine unrichtigen Anweisungen hingewiesen habe. Durch die Verbesserung erlangte Vorteile müßten sich die Kläger nicht anrechnen lassen; solche Verbesserungen seien auch im Klagebegehren nicht enthalten. Die Kläger seien wegen der wiederholten erfolglosen Verbesserungsversuche der Erstbeklagten berechtigt gewesen, Dritte mit den Verbesserungsarbeiten zu betrauen. Nach schadenersatzrechtlichen Gründen könne der Besteller sofort den für die Behebung des Mangels durch Dritte erforderlichen Betrag fordern.

Das Berufungsgericht, das nach dem Spruch seiner Entscheidung ebenfalls von einem Streitwert von S 280.868,30 sA ausging, verwarf mit Beschluß eine von den Klägern erhobene Nichtigkeitsberufung, wobei es in der Begründung dieses Beschlusses ua darauf hinwies, daß die Ausdehnung des Klagebegehrens um S 49.082,33 nicht in der mündlichen Streitverhandlung vorgetragen worden sei.

Im übrigen gab es mit dem angefochtenen Urteil der Berufung der Kläger nicht Folge und änderte über Berufung der Beklagten die erstgerichtliche Entscheidung iS der Abweisung des Klagebegehrens ab. Es sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

In der Begründung seines Urteils vertrat das Berufungsgericht die Rechtsauffassung, daß das Begehren der Kläger nicht auf den Rechtsgrund der Gewährleistung gestützt werden könne. Ihr Begehren sei auf den Zuspruch von Verbesserungskosten gerichtet. Es stehe aber fest, daß der Architekt der Kläger keine Vorsorge für eine ordentliche Belüftung der Rinne getroffen und trotzdem Rheinzink als Material vorgesehen habe. Das dergestalt bestellte Werk sei daher technisch nicht einwandfrei herstellbar gewesen. Daran hätte auch der Einbau von Dehnungsfugen bzw. die Vermeidung von Lötfehlern nichts geändert. Für eine technisch einwandfreie Herstellung hätte von der Bestellung abgewichen werden müssen. Die Kosten einer Neukonstruktion

- -Strichaufzählung
  und damit die Herstellung eines anderen als des vereinbarten Werkes
- -Strichaufzählung
  könnten aber nicht aus dem Titel der Verbesserung verlangt werden.

Zu den Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung der Warnpflicht vertrat das Berufungsgericht die Rechtsauffassung, daß vom Spengler nicht eine Belehrung des Architekten erwartet werden könne; dies würde eine Überspannung der in § 1168a ABGB normierten Warnpflicht bedeuten. Eine Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Judikatur sei aber entbehrlich, weil die Schadenersatzansprüche jedenfalls verjährt seien. Die Verjährungsfrist beginne mit der Erkennbarkeit des Mißlingens der Verbesserung, hier daher mit dem Auftrag der Kläger an den Spengler T*****. Aus dieser Auftragserteilung sei abzuleiten, daß die Kläger nicht mehr an einen Erfolg der Bemühungen der Erstbeklagten geglaubt hätten. Daß der Geschäftsführer der Erstbeklagten am 7. 8. 1993 ein Dehnungsband eingebaut

habe, habe die Verjährungsfrist nicht unterbrochen. Nach der neuesten Rechtsprechung beginne die Verjährung des Schadenersatzanspruches wegen Schlechterfüllung überdies bereits mit der Erkennbarkeit des Mangels zu laufen.Zu den Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung der Warnpflicht vertrat das Berufungsgericht die Rechtsauffassung, daß vom Spengler nicht eine Belehrung des Architekten erwartet werden könne; dies würde eine Überspannung der in Paragraph 1168 a, ABGB normierten Warnpflicht bedeuten. Eine Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Judikatur sei aber entbehrlich, weil die Schadenersatzansprüche jedenfalls verjährt seien. Die Verjährungsfrist beginne mit der Erkennbarkeit des Mißlingens der Verbesserung, hier daher mit dem Auftrag der Kläger an den Spengler T*****. Aus dieser Auftragserteilung sei abzuleiten, daß die Kläger nicht mehr an einen Erfolg der Bemühungen der Erstbeklagten geglaubt hätten. Daß der Geschäftsführer der Erstbeklagten am 7. 8. 1993 ein Dehnungsband eingebaut habe, habe die Verjährungsfrist nicht unterbrochen. Nach der neuesten Rechtsprechung beginne die Verjährung des Schadenersatzanspruches wegen Schlechterfüllung überdies bereits mit der Erkennbarkeit des Mangels zu laufen.

Die ordentliche Revision sei nicht zuzulassen, weil das Berufungsgericht mit seinen die Entscheidung tragenden Überlegungen nicht von der herrschenden Rechtsprechung abgegangen sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Kläger wegen Nichtigkeit, Mangelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, das angefochtene Urteil iS der Stattgebung des Klagebegehrens abzuändern. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagten beantragen, der Revision nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Soweit die Revision abermals die Nichtigkeit des Ersturteils geltend macht, bekämpft sie in Wahrheit den in die schriftliche Ausfertigung des Berufungsurteiles aufgenommenen Beschluß, mit dem die Nichtigkeitsberufung der Kläger verworfen wurde. Dieser Beschluß ist aber gemäß § 519 Abs 1 ZPO unanfechtbar, sodaß das Rechtsmittel im betroffenen Umfang zurückzuweisen war.Soweit die Revision abermals die Nichtigkeit des Ersturteils geltend macht, bekämpft sie in Wahrheit den in die schriftliche Ausfertigung des Berufungsurteiles aufgenommenen Beschluß, mit dem die Nichtigkeitsberufung der Kläger verworfen wurde. Dieser Beschluß ist aber gemäß Paragraph 519, Absatz eins, ZPO unanfechtbar, sodaß das Rechtsmittel im betroffenen Umfang zurückzuweisen war.

Im übrigen ist die außerordentliche Revision zulässig, weil das Berufungsgericht die Rechtslage verkannt hat. Sie ist auch berechtigt.

Zum Einwand der Beklagten, die Erstbeklagte sei nicht von den Klägern, sondern vom Architekten beauftragt worden, der als indirekter Stellvertreter im eigenen Namen gehandelt habe:

Die dazu getroffenen, von den Beklagten in ihrer Berufung nicht bekämpften Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes rechtfertigen - wenngleich sie im einzelnen auch Wertungen enthalten - in ihrer Gesamtheit die schon vom Erstrichter vertretene Rechtsauffassung, daß der Architekt als direkter Stellvertreter der Kläger aufgetreten ist, sodaß die Kläger selbst Vertragspartner der Erstbeklagten sind.

Zum Begehren auf Zuspruch von S 49.082,33 sA für die Sanierung der Garage:

Die mit Schriftsatz vom 27. 11. 1996 erfolgte Ausdehnung des Klagebegehrens um diesen Anspruch wurde in der mündlichen Streitverhandlung nicht vorgetragen. Der dagegen vorgebrachte Hinweis auf die Verlesung anderer Urkunden (arg: "insbesondere") kann daran nichts ändern. Damit ist aber dieses Begehren nicht wirksam geworden, sodaß darüber auch nicht hätte entschieden werden dürfen (SZ 62/69 - verst. Senat; 2 Ob 519/91; 8 Ob 24/85; RIS-Justiz RS0034965). Dennoch hat das Erstgericht - wie die rechnerische Überprüfung seiner Entscheidung zeigt - im abweisenden Sinn über dieses Begehren entschieden. Wenngleich diese Abweisung begründungslos erfolgte, fehlt jeglicher Hinweis darauf, daß der Erstrichter dieses Begehren als unwirksam betrachtete. Im Gegenteil: Dem Ersturteil ist in seiner Gesamtheit unmißverständlich zu entnehmen, daß der Erstrichter davon ausging, daß dieses Begehren Gegenstand des Verfahrens war (Bezifferung des Streitwertes im Kopf; Abweisung auch dieses Begehrens im Spruch; Wiedergabe des bezughabenden Vorbringens; Feststellungen auch zu diesem Begehren). Die (wenn auch abweisende) Entscheidung über ein nicht erhobenes Begehren stellt einen Verfahrensmangel dar. Da sich die Kläger in ihrer Berufung gegen das Unterbleiben des Zuspruchs dieses Betrages wendeten und sich dabei auf die zu diesem Begehren getroffenen Feststellungen bezogen, waren die Beklagten iS § 468 Abs 2 Satz 2 ZPO trotz ihres insofern in erster Instanz erzielten Erfolges gehalten, diesen Verfahrensfehler in ihrer Berufungsbeantwortung zu rügen. Dies

haben die Beklagten aber nicht getan; ihr in der Berufungsbeantwortung enthaltener Einwand, die Sanierung des Garagendachs werde in der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes nicht erwähnt, was die Kläger als Mangel hätten rügen müssen, ist nicht als Rüge, mangels Vortrages sei das betroffene Begehren nicht Gegenstand des Verfahrens geworden, zu werten. Mangels einer solchen Rüge wäre es dem Berufungsgericht gar nicht gestattet gewesen, den in der Vorgangsweise des Erstgerichtes gelegenen Verfahrensmangel aufzugreifen (Kodek in Rechberger, ZPO, Rz 6 zu § 471). Damit ist aber das Begehren auf Zuspruch der Kosten der Garagensanierung zum Gegenstand des Verfahrens geworden, wovon offenkundig auch das Berufungsgericht ausging, das - obwohl es das Unterbleiben des Vortrages der Klageausdehnung "am Rande erwähnt" hat (S 7 des Berufungsurteils) - die Abweisung dieses Begehrens bestätigte.Die mit Schriftsatz vom 27. 11. 1996 erfolgte Ausdehnung des Klagebegehrens um diesen Anspruch wurde in der mündlichen Streitverhandlung nicht vorgetragen. Der dagegen vorgebrachte Hinweis auf die Verlesung anderer Urkunden (arg: "insbesondere") kann daran nichts ändern. Damit ist aber dieses Begehren nicht wirksam geworden, sodaß darüber auch nicht hätte entschieden werden dürfen (SZ 62/69 - verst. Senat; 2 Ob 519/91; 8 Ob 24/85; RIS-Justiz RS0034965). Dennoch hat das Erstgericht - wie die rechnerische Überprüfung seiner Entscheidung zeigt - im abweisenden Sinn über dieses Begehren entschieden. Wenngleich diese Abweisung begründungslos erfolgte, fehlt jeglicher Hinweis darauf, daß der Erstrichter dieses Begehren als unwirksam betrachtete. Im Gegenteil: Dem Ersturteil ist in seiner Gesamtheit unmißverständlich zu entnehmen, daß der Erstrichter davon ausging, daß dieses Begehren Gegenstand des Verfahrens war (Bezifferung des Streitwertes im Kopf; Abweisung auch dieses Begehrens im Spruch; Wiedergabe des bezughabenden Vorbringens; Feststellungen auch zu diesem Begehren). Die (wenn auch abweisende) Entscheidung über ein nicht erhobenes Begehren stellt einen Verfahrensmangel dar. Da sich die Kläger in ihrer Berufung gegen das Unterbleiben des Zuspruchs dieses Betrages wendeten und sich dabei auf die zu diesem Begehren getroffenen Feststellungen bezogen, waren die Beklagten iS Paragraph 468, Absatz 2, Satz 2 ZPO trotz ihres insofern in erster Instanz erzielten Erfolges gehalten, diesen Verfahrensfehler in ihrer Berufungsbeantwortung zu rügen. Dies haben die Beklagten aber nicht getan; ihr in der Berufungsbeantwortung enthaltener Einwand, die Sanierung des Garagendachs werde in der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes nicht erwähnt, was die Kläger als Mangel hätten rügen müssen, ist nicht als Rüge, mangels Vortrages sei das betroffene Begehren nicht Gegenstand des Verfahrens geworden, zu werten. Mangels einer solchen Rüge wäre es dem Berufungsgericht gar nicht gestattet gewesen, den in der Vorgangsweise des Erstgerichtes gelegenen Verfahrensmangel aufzugreifen (Kodek in Rechberger, ZPO, Rz 6 zu Paragraph 471,). Damit ist aber das Begehren auf Zuspruch der Kosten der Garagensanierung zum Gegenstand des Verfahrens geworden, wovon offenkundig auch das Berufungsgericht ausging, das - obwohl es das Unterbleiben des Vortrages der Klageausdehnung "am Rande erwähnt" hat (S 7 des Berufungsurteils) - die Abweisung dieses Begehrens bestätigte.

Eine abschließende Beurteilung dieses Begehrens ist derzeit nicht möglich, weil dazu jegliches Vorbringen der Beklagten fehlt. Dies kann den Beklagten nicht vorgeworfen werden, weil sie mangels eines mündlichen Vortrages dieses Begehrens nicht zu einer Stellungnahme veranlaßt wurden. Im Umfang des Begehrens auf Zuspruch von S 49.082,33 sA müssen die Entscheidungen der Vorinstanzen daher aufgehoben werden. Das Erstgericht wird den Beklagten Gelegenheit zu geben haben, zu diesem Begehren Stellung zu nehmen und sodann - gegebenenfalls nach Durchführung erforderlicher Beweise - darüber zu entscheiden haben.

Zum Rechtsgrund der Gewährleistung:

Dazu ist vorweg festzuhalten, daß die auf Gewährleistung gestützten Ansprüche nicht verfristet sind. Nach den erstgerichtlichen Feststellungen kann nämlich nicht zweifelhaft sein, daß die Gewährleistungsfrist drei Jahre betrug. Zwar enthält das Leistungsverzeichnis Beil ./I eine Einschränkung dieser Frist auf zwei Jahre; das diesem Verzeichnis angeschlossene Leistungsverzeichnis für Dachdecker- und Spenglerarbeiten enthält aber - wie das Erstgericht richtig hervorgehoben hat - eine anderslautende Regelung, die als speziellere, gerade das Verhältnis zur Erstbeklagten betreffende Vereinbarung der allgemeinen Regelung vorgeht.

Verbesserungsversuche sind nach redlicher Verkehrsauffassung als Anerkenntnis der Gewährleistungspflicht zu werten, sodaß durch solche Versuche die Gewährleistungsfrist unterbrochen wird und (frühestens) nach dem letzten Verbesserungsversuch neu und in voller Länge zu laufen beginnt (RdW 1996, 108 mwN; RIS-Justiz RS0014286). Hier hat die Erstbeklagte am 7. 8. 1993 den letzten Verbesserungsversuch durchgeführt. Ihr Standpunkt, der damals erfolgte

Einbau einer weiteren Dehnungsfuge sei nicht als Verbesserungsversuch zu werten, entbehrt jeglicher Grundlage; derartiges hätte die Erstbeklagte den Klägern gegenüber unmißverständlich klar stellen müssen. Mit der am 6. 8. 1996 bei Gericht eingelangten Klage wurde daher die Gewährleistungsfrist gewahrt.

Im übrigen ist den Ausführungen des Berufungsgerichtes zum Rechtsgrund der Gewährleistung teilweise - nämlich hinsichtlich des Begehrens auf Ersatz der Kosten der mit einer Neukonstruktion verbundenen Neuerrichtung des Werkes - zuzustimmen.

Der Oberste Gerichtshof teilt die Meinung des Berufungsgerichtes, daß den insoweit unbekämpften Feststellungen des Erstgerichtes zu entnehmen ist, daß die Verwendung von Rheinzink verbunden mit der mangelnden Vorsorge für eine ausreichende Hinterlüftung der Rinne als technisch fehlerhafte Konstruktion anzusehen ist, die das Verrosten der Rinne und damit deren Undichtheit erwarten läßt. Ebenso trifft es zu, daß nach den Feststellungen sowohl das Fehlen der Hinterlüftung als auch die Verwendung von Rheinzink auf die Vorgaben des von den Klägern beigezogenen Architekten zurückgeht. Daraus hat das Berufungsgericht richtig geschlossen, daß auf der Grundlage dieser Vorgaben des Architekten die Herstellung einer dauerhaft dichten Rinne nicht möglich war. Damit stellt sich zwar die noch zu erörternde Frage der Warnpflicht und der daraus abzuleitenden schadenersatzrechtlichen Folgen. Ein gewährleistungsrechtlicher Verbesserungsanspruch auf Ersatz der Neuerrichtung eines einwandfreien (weil anders konstruierten) Werks besteht aber in einem solchen Fall nicht, weil dieses neue Werk nicht Vertragsgegenstand war und der Unternehmer im Wege der Gewährleistung nur zur Herstellung des vertraglich geschuldeten Werks verpflichtet werden kann (RdW 1998, 189; JBl 1994, 174). Die Ausführungen der Revisionswerber über die nicht in Rechnung gestellten "Sowieso-Kosten" ändern daran nichts, weil die Kläger mit der Neukonstruktion des Daches - wie gezeigt - keine Verbesserung durch Herstellung des vertraglich geschuldeten Zustandes vorgenommen, sondern ein von der Erstbeklagten nicht geschuldetes Werk hergestellt haben. Aus dem Titel der Gewährleistung können den Klägern daher die Kosten der mit einer Änderung der Dachkonstruktion verbundenen Neuerrichtung des Werkes - dies sind nach den Klagebehauptungen die Kosten laut Rechnung S***** von S 145.631,97 (50 % von S 291.263,95 [Abzug lt. Klage; Rechnungskorrektur lt. ON 4]) und die Kosten des Abtragens und des Sanierens des Glasvordachs von S 47.278,80 (50 % von S 118.557,60; eingeschränkt um S 12.000 lt. ON 6) nicht zugesprochen werden.

All dies gilt aber nicht für jene Kosten, die für Verbesserungen aufgewendet werden mußten, um zu einem Zeitpunkt, in dem die Untauglichkeit des Werks noch nicht erkannt worden war, Mängel des geschuldeten Werks - also undichte Lötstellen bzw. das Fehlen von Dehnungsfugen - zu sanieren. Auch solche Kosten sind wohl nach dem Wortlaut der Klage in den geltend gemachten Forderungen enthalten - so offenkundig die Kosten lt. Rechnung T***** - wenngleich das insofern dürftige Vorbringen der Kläger und die noch dürftigeren erstgerichtlichen Feststellungen insoweit bei einigen der Forderungen keine sicheren Rückschlüsse erlauben.

Daß - wie die Beklagten einwenden - solche Sanierungsmaßnahmen von einem Dritten - eben durch T***** - durchgeführt wurden, steht unter den hier gegebenen Umständen dem Anspruch der Kläger nicht entgegen. Gerät nämlich der Werkunternehmer mit der von ihm verlangten Verbesserung in Verzug, kann der Auftraggeber selbst die Verbesserung vornehmen und Ersatz gemäß § 1042 ABGB fordern oder - bei schuldhaftem Verzug - seine konkreten Aufwendungen nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten (§§ 918, 921 ABGB) begehren (ecolex 1992, 557 mwN; RIS-Justiz RS0018290). Hier steht fest, daß die Kläger T***** erst beauftragten, nachdem der Architekt vergeblich versucht hatte, die Erstbeklagte zu einer Sanierung zu bewegen.Daß - wie die Beklagten einwenden - solche Sanierungsmaßnahmen von einem Dritten - eben durch T***** - durchgeführt wurden, steht unter den hier gegebenen Umständen dem Anspruch der Kläger nicht entgegen. Gerät nämlich der Werkunternehmer mit der von ihm verlangten Verbesserung in Verzug, kann der Auftraggeber selbst die Verbesserung vornehmen und Ersatz gemäß Paragraph 1042, ABGB fordern oder - bei schuldhaftem Verzug - seine konkreten Aufwendungen nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten (Paragraphen 918,, 921 ABGB) begehren (ecolex 1992, 557 mwN; RIS-Justiz RS0018290). Hier steht fest, daß die Kläger T***** erst beauftragten, nachdem der Architekt vergeblich versucht hatte, die Erstbeklagte zu einer Sanierung zu bewegen.

Eine weitere Gruppe unter den Forderungen der Kläger sind jene Ansprüche, die Kosten der Beseitigung der durch die behaupteten Mängel entstandenen Schäden zum Gegenstand haben (also etwa Malerarbeiten zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden, Auswechseln eines beschädigten Teppichs etc.). Sie sind als Mangelfolgeschäden iS § 932 ABGB, also als Folge der von den Beklagten zu vertretenden Mängel des Werkes dann zu ersetzen, wenn sie tatsächlich eine Folge dieser Mängel waren, nicht aber dann, wenn sie ihre Ursache in der konstruktionsbedingten Untauglichkeit des

geschuldeten Werkes hatten. Ersteres wäre etwa dann der Fall, wenn die Schäden zu einem Zeitpunkt durch die von den Beklagten zu vertretenden Mängel verursacht worden wären, in dem sich die konstruktionsbedingte Untauglichkeit noch gar nicht ausgewirkt hätte. Zu all diesen Fragen fehlen aber nicht nur Feststellungen sondern vor allem auch Behauptungen der Kläger.Eine weitere Gruppe unter den Forderungen der Kläger sind jene Ansprüche, die Kosten der Beseitigung der durch die behaupteten Mängel entstandenen Schäden zum Gegenstand haben (also etwa Malerarbeiten zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden, Auswechseln eines beschädigten Teppichs etc.). Sie sind als Mangelfolgeschäden iS Paragraph 932, ABGB, also als Folge der von den Beklagten zu vertretenden Mängel des Werkes dann zu ersetzen, wenn sie tatsächlich eine Folge dieser Mängel waren, nicht aber dann, wenn sie ihre Ursache in der konstruktionsbedingten Untauglichkeit des geschuldeten Werkes hatten. Ersteres wäre etwa dann der Fall, wenn die Schäden zu einem Zeitpunkt durch die von den Beklagten zu vertretenden Mängel verursacht worden wären, in dem sich die konstruktionsbedingte Untauglichkeit noch gar nicht ausgewirkt hätte. Zu all diesen Fragen fehlen aber nicht nur Feststellungen sondern vor allem auch Behauptungen der Kläger.

Zusammenfassend ergibt sich daher zum Rechtsgrund der Gewährleistung, daß die Forderungen der Kläger auf Ersatz der durch die Neukonstruktion des Werkes aufgelaufenen Kosten daraus nicht abgeleitet werden können. Zu den übrigen Ansprüchen erweisen sich Vorbringen und Feststellung als ergänzungsbedürftig.

Zum Rechtsgrund des Schadenersatzes wegen Verletzung der Warnpflicht:

Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, von einem Spengler - hier der Erstbeklagten - könne nicht verlangt werden, den planenden Architekten zu warnen, entspricht nicht der Rechtsprechung und wird auch vom erkennenden Senat nicht geteilt. Nach völlig einhelliger Rechtsprechung besteht die aus § 1168a ABGB abgeleitete Warnpflicht des Unternehmers auch gegenüber einem sachkundigen oder - wie hier - sachverständig beratenen Besteller (SZ 52/15; RIS-Justiz RS0021906 und RS0022243; zuletzt 4 Ob 281/97w und 10 Ob 371/98a; Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 32 zu § 1168a mwN). Richtig ist aber, daß sich der Werkbesteller ein Verschulden des von ihm beigezogenen Fachmannes - hier des planenden Architekten - wie ein eigenes Verschulden anrechnen lassen muß (SZ 57/18; JBl 1987, 44; Reischauer in Rummel, ABGB**2 Rz 7 zu § 1304). Der dagegen in der Revision vorgebrachte Einwand betrifft Entscheidungen zur Bauaufsicht, die - so etwa SZ 70/198 - die Verantwortung der bauausführenden Unternehmer nicht mindert. Daraus kann aber für den hier zu beurteilenden Fall nichts abgeleitet werden, weil hier das dem Kläger anzulastende Mitverschulden des Architekten nicht in der Verletzung der diesem aus der Bauaufsicht erwachsenden Verpflichtungen begründet ist, sondern in der Herstellung eines technisch nicht einwandfreien Plans.Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, von einem Spengler - hier der Erstbeklagten - könne nicht verlangt werden, den planenden Architekten zu warnen, entspricht nicht der Rechtsprechung und wird auch vom erkennenden Senat nicht geteilt. Nach völlig einhelliger Rechtsprechung besteht die aus Paragraph 1168 a, ABGB abgeleitete Warnpflicht des Unternehmers auch gegenüber einem sachkundigen oder - wie hier - sachverständig beratenen Besteller (SZ 52/15; RIS-Justiz RS0021906 und RS0022243; zuletzt 4 Ob 281/97w und 10 Ob 371/98a; Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 32 zu Paragraph 1168 a, mwN). Richtig ist aber, daß sich der Werkbesteller ein Verschulden des von ihm beigezogenen Fachmannes - hier des planenden Architekten - wie ein eigenes Verschulden anrechnen lassen muß (SZ 57/18; JBl 1987, 44; Reischauer in Rummel, ABGB**2 Rz 7 zu Paragraph 1304,). Der dagegen in der Revision vorgebrachte Einwand betrifft Entscheidungen zur Bauaufsicht, die - so etwa SZ 70/198 - die Verantwortung der bauausführenden Unternehmer nicht mindert. Daraus kann aber für den hier zu beurteilenden Fall nichts abgeleitet werden, weil hier das dem Kläger anzulastende Mitverschulden des Architekten nicht in der Verletzung der diesem aus der Bauaufsicht erwachsenden Verpflichtungen begründet ist, sondern in der Herstellung eines technisch nicht einwandfreien Plans.

Durch den in der Revision erhobenen Hinweis auf die Äußerung von Bedenken gegen den Abstand der Konstruktion für die Glasplatten von der Attikaverkleidung wird die Behauptung der Kläger, die Erstbeklagte habe ihre Warnpflicht verletzt, nicht widerlegt. Dieser Hinweis hat nämlich mit dem hier relevanten Konstruktionsfehler - fehlende Hinterlüftung und trotzdem Verwendung von Rheinzink - nichts zu tun. Auch der Umstand, daß die Vorsorge für die Hinterlüftung Sache des Architekten ist, ist nicht geeignet, eine Warnpflichtverletzung durch die Erstbeklagte auszuschließen, weil dieser Umstand nichts daran ändert, daß die Erstbeklagte - so sie erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß der Architekt eine untaugliche Konstruktion gewählt hat - zu einer Warnung verpflichtet gewesen ist (Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 27 zu § 1168a).Durch den in der Revision erhobenen Hinweis auf die Äußerung von Bedenken gegen den Abstand der Konstruktion für die Glasplatten von der Attikaverkleidung wird die Behauptung der Kläger, die Erstbeklagte habe ihre Warnpflicht verletzt, nicht widerlegt. Dieser Hinweis hat nämlich mit

dem hier relevanten Konstruktionsfehler - fehlende Hinterlüftung und trotzdem Verwendung von Rheinzink - nichts zu tun. Auch der Umstand, daß die Vorsorge für die Hinterlüftung Sache des Architekten ist, ist nicht geeignet, eine Warnpflichtverletzung durch die Erstbeklagte auszuschließen, weil dieser Umstand nichts daran ändert, daß die Erstbeklagte - so sie erkannt hat oder hätte erkennen müssen, daß der Architekt eine untaugliche Konstruktion gewählt hat - zu einer Warnung verpflichtet gewesen ist (Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 27 zu Paragraph 1168 a,).

Daß die Erstbeklagte als Spengler die Untauglichkeit der Konstruktion hätte erkennen müssen, geht aus den erstgerichtlichen Feststellungen hervor und wurde von den Beklagten letztlich nicht bestritten. Das Erstgericht ist daher zu Recht davon ausgegangen, daß die Erstbeklagte ihre Warnpflicht verletzt hat.

Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, aus der Warnpflichtverletzung abgeleitete Schadenersatzansprüche der Kläger seien verjährt, ist unzutreffend. Das Berufungsgericht läßt unbeachtet, daß - wie in der Revision richtig geltend gemacht - die Verjährung einer Schadenersatzforderung nur zu laufen beginnt, wenn dem Geschädigten die für die Entstehung des Anspruches maßgebenden Tatumstände soweit bekannt sind, daß er mit Aussicht auf Erfolg klagen kann (Mader in Schwimann, ABGB VII**2 Rz 9 zu § 1489). Daß die Erstbeklagte irgendwann weitere Verbesserungen (zunächst) ablehnte und die Kläger einen anderen Spengler mit Sanierungsmaßnahmen beauftragten - daran knüpft das Berufungsgericht den Beginn der Verjährungsfrist - ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos, weil nicht feststeht, daß die Kläger damals auch nur annähernd erkennen konnten, daß ein Planungsfehler des Architekten vorlag. Ohne Kenntnis dieses Umstandes konnten sie aber auch noch nicht wissen, daß die Erstbeklagte ihre Warnpflicht verletzt hat. Damit kann aber vor Kenntnis des Planungsfehlers des Architekten auch nicht die Verjährungsfrist für die aus einer Warnpflichtverletzung abgeleiteten Ansprüche der Kläger zu laufen begonnen haben. Die letztlich eingeholten Gutachten über die Schadensursache stammen aber erst aus den Jahren 1994 und 1995. Daß die Kläger schon früher von der Untauglichkeit der vom Architekten gewählten Konstruktion gewußt hätten, wurde von den insoweit beweispflichtigen Beklagten (Mader in Schwimann, ABGB VII**2 Rz 22 zu § 1489) nicht einmal behauptet. Die aus der Warnpflichtverletzung der Erstbeklagten abgeleiteten Schadenersatzansprüche der Kläger sind daher nicht verjährt.Die Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, aus der Warnpflichtverletzung abgeleitete Schadenersatzansprüche der Kläger seien verjährt, ist unzutreffend. Das Berufungsgericht läßt unbeachtet, daß - wie in der Revision richtig geltend gemacht - die Verjährung einer Schadenersatzforderung nur zu laufen beginnt, wenn dem Geschädigten die für die Entstehung des Anspruches maßgebenden Tatumstände soweit bekannt sind, daß er mit Aussicht auf Erfolg klagen kann (Mader in Schwimann, ABGB VII**2 Rz 9 zu Paragraph 1489,). Daß die Erstbeklagte irgendwann weitere Verbesserungen (zunächst) ablehnte und die Kläger einen anderen Spengler mit Sanierungsmaßnahmen beauftragten - daran knüpft das Berufungsgericht den Beginn der Verjährungsfrist - ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos, weil nicht feststeht, daß die Kläger damals auch nur annähernd erkennen konnten, daß ein Planungsfehler des Architekten vorlag. Ohne Kenntnis dieses Umstandes konnten sie aber auch noch nicht wissen, daß die Erstbeklagte ihre Warnpflicht verletzt hat. Damit kann aber vor Kenntnis des Planungsfehlers des Architekten auch nicht die Verjährungsfrist für die aus einer Warnpflichtverletzung abgeleiteten Ansprüche der Kläger zu laufen begonnen haben. Die letztlich eingeholten Gutachten über die Schadensursache stammen aber erst aus den Jahren 1994 und 1995. Daß die Kläger schon früher von der Untauglichkeit der vom Architekten gewählten Konstruktion gewußt hätten, wurde von den insoweit beweispflichtigen Beklagten (Mader in Schwimann, ABGB VII**2 Rz 22 zu Paragraph 1489,) nicht einmal behauptet. Die aus der Warnpflichtverletzung der Erstbeklagten abgeleiteten Schadenersatzansprüche der Kläger sind daher nicht verjährt.

Die Kosten der mit einer Neukonstruktion verbundenen Neuherstellung des Werkes können die Kläger aber auch aus diesem Rechtsgrund nicht ersetzt erhalten:

Primäre Rechtsfolge der Warnpflichtverletzung ist, daß der Unternehmer den Anspruch auf das Entgelt verliert. Ein derartiger Anspruch wird aber hier nicht geltend gemacht. Überdies ist der Unternehmer verpflichtet, den weitergehenden Schaden zu ersetzen (EvBl 1992/74 mwN). Hat der Unternehmer den Besteller nicht darüber aufgeklärt, daß das Werk in seiner vereinbarten Beschaffenheit untauglich ist, haftet er für den Vertrauensschaden; das Interesse am Werk als solchem ist dann nicht zu ersetzen. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn den Warnpflichten entsprochen worden wäre (RdW 1998, 189 uva; Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 35 zu § 1168a; Rebhahn in Schwimann, ABGB VI**2 Rz 33 zu § 1168a je mwN). Auch Verbesserungskosten können zum zu ersetzenden Schaden gehören (Krejci, aaO; Rebhahn aaO); allerdings nur solche, die zur Verbesserung des Werkes iS der Herstellung des vertragsmäßig geschuldeten Zustandes aufzuwenden sind (EvBl 1992/74; RdW 1998, 189). Mit den

Kosten der Neuherstellung des nunmehr technisch richtig konstruierten Werkes begehren die Kläger aber nicht - wie schon im Rahmen der Ausführungen zur Gewährleistung erläutert - die Kosten der Herstellung des vertraglich geschuldeten Werkes, sondern jene Kosten, die sie auch bei entsprechender Warnung hätten tragen müssen (vgl RdW 1998, 189; EvBl 1992/74; JBl 1994, 174). Ob den Klägern insoweit eine Vertragsanpassung mittels Irrtumsanfechtung möglich gewesen wäre, braucht dabei nicht untersucht zu werden, weil ein solcher Einwand nicht erhoben wurde (vgl RdW 1998, 189; EvBl 1992/74). Auch im Rahmen des aus der Warnpflichtverletzung abgeleiteten Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens können ihnen diese Kosten - dies sind nach den Klagebehauptungen die Kosten laut Rechnung S***** von S 145.631,97 (50 % von S 291.263,95 [Abzug lt. Klage; Rechnungskorrektur lt. ON 4]) und die Kosten des Abtragens und des Sanierens des Glasvordachs von S 47.278,80 (50 % von S 118.557,60; eingeschränkt um S 12.000 lt. ON 6) - nicht zugesprochen werden. Da - wie gezeigt - diese Kosten auch aus dem Titel der Gewährleistung nicht gefordert werden können, war in diesem Umfang - nämlich im Umfang von S 192.910,77 sA - die Abweisung des Klagebegehrens durch das Berufungsgericht als Teilurteil zu bestätigen.Primäre Rechtsfolge der Warnpflichtverletzung ist, daß der Unternehmer den Anspruch auf das Entgelt verliert. Ein derartiger Anspruch wird aber hier nicht geltend gemacht. Überdies ist der Unternehmer verpflichtet, den weitergehenden Schaden zu ersetzen (EvBl 1992/74 mwN). Hat der Unternehmer den Besteller nicht darüber aufgeklärt, daß das Werk in seiner vereinbarten Beschaffenheit untauglich ist, haftet er für den Vertrauensschaden; das Interesse am Werk als solchem ist dann nicht zu ersetzen. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn den Warnpflichten entsprochen worden wäre (RdW 1998, 189 uva; Krejci in Rummel, ABGB**2 Rz 35 zu Paragraph 1168 a, ;, Rebhahn in Schwimann, ABGB VI**2 Rz 33 zu Paragraph 1168 a, je mwN). Auch Verbesserungskosten können zum zu ersetzenden Schaden gehören (Krejci, aaO; Rebhahn aaO); allerdings nur solche, die zur Verbesserung des Werkes iS der Herstellung des vertragsmäßig geschuldeten Zustandes aufzuwenden sind (EvBl 1992/74; RdW 1998, 189). Mit den Kosten der Neuherstellung des nunmehr technisch richtig konstruierten Werkes begehren die Kläger aber nicht - wie schon im Rahmen der Ausführungen zur Gewährleistung erläutert - die Kosten der Herstellung des vertraglich geschuldeten Werkes, sondern jene Kosten, die sie auch bei entsprechender Warnung hätten tragen müssen vergleiche RdW 1998, 189; EvBl 1992/74; JBl 1994, 174). Ob den Klägern insoweit eine Vertragsanpassung mittels Irrtumsanfechtung möglich gewesen wäre, braucht dabei nicht untersucht zu werden, weil ein solcher Einwand nicht erhoben wurde vergleiche RdW 1998, 189; EvBl 1992/74). Auch im Rahmen des aus der Warnpflichtverletzung abgeleiteten Anspruchs auf Ersatz des Vertrauensschadens können ihnen diese Kosten - dies sind nach den Klagebehauptungen die Kosten laut Rechnung S***** von S 145.631,97 (50 % von S 291.263,95 [Abzug lt. Klage; Rechnungskorrektur lt. ON 4]) und die Kosten des Abtragens und des Sanierens des Glasvordachs von S 47.278,80 (50 % von S 118.557,60; eingeschränkt um S 12.000 lt. ON 6) - nicht zugesprochen werden. Da - wie gezeigt - diese Kosten auch aus dem Titel der Gewährleistung nicht gefordert werden können, war in diesem Umfang - nämlich im Umfang von S 192.910,77 sA - die Abweisung des Klagebegehrens durch das Berufungsgericht als Teilurteil zu bestätigen.

Soweit in den von den Klägern begehrten Beträgen auch Kosten der Beseitigung der durch die Undichtheit der Rinne entstandenen Schäden enthalten sind (also etwa Malerarbeiten zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden, Auswechseln eines beschädigten Teppichs etc.), kommt ein Zuspruch aus dem Titel des Schadenersatzes dann in Betracht, wenn die beseitigten Schäden als Folge der konstruktionsbedingten Untauglichkeit des Werkes eingetreten sind. In diesem Zusammenhang wurde bereits oben ausgeführt, daß die Beklagten diese Kosten als Mangelfolgeschaden iS § 932 ABGB zu ersetzen haben, wenn sie nicht Folge der konstruktionsbedingten Untauglichkeit, sondern der von der Erstbeklagten unmittelbar zu vertretenden Mängel des vertraglich geschuldeten Werkes (fehlende Dehnungsfugen; undichte Lötstellen) sind. Wenngleich somit in beiden Fällen die Beklagten haften, ist es notwendig, die Anspruchsgrundlage klarzustellen, weil sich die Kläger - soweit sich ihre Ansprüche auf Schadenersatz wegen Warnpflichtverletzung richten - das Mitverschulden des Architekten anrechnen lassen müssen, während dies bei ihren Ansprüchen nach § 932 ABGB nicht der Fall ist. Es bedarf daher der Klarstellung, worauf die Feuchtigkeitsschäden, die mit den begehrten Kosten beseitigt wurden, zurückzuführen sind. Dies ist aber den erstgerichtlichen Feststellungen bislang nicht zu entnehmen.Soweit in den von den Klägern begehrten Beträgen auch Kosten der Beseitigung der durch die Undichtheit der Rinne entstandenen Schäden enthalten sind (also etwa Malerarbeiten zur Beseitigung von Feuchtigkeitsschäden, Auswechseln eines beschädigten Teppichs etc.), kommt ein Zuspruch aus dem Titel des Schadenersatzes dann in Betracht, wenn die beseitigten Schäden als Folge der konstruktionsbedingten Untauglichkeit des Werkes eingetreten sind. In diesem Zusammenhang wurde bereits oben ausgeführt, daß die Beklagten diese Kosten als Mangelfolgeschaden iS Paragraph 932, ABGB zu ersetzen haben, wenn

sie nicht Folge der konstruktionsbedingten Untauglichkeit, sondern der von der Erstbeklagten unmittelbar zu vertretenden Mängel des vertraglich geschuldeten Werkes (fehlende Dehnungsfugen; undichte Lötstellen) sind. Wenngleich somit in beiden Fällen die Beklagten haften, ist es notwendig, die Anspruchsgrundlage klarzustellen, weil sich die Kläger - soweit sich ihre Ansprüche auf Schadenersatz wegen Warnpflichtverletzung richten - das Mitverschulden des Architekten anrechnen lassen müssen, während dies bei ihren Ansprüchen nach Paragraph 932, ABGB nicht der Fall ist. Es bedarf daher der Klarstellung, worauf die Feuchtigkeitsschäden, die mit den begehrten Kosten beseitigt wurden, zurückzuführen sind. Dies ist aber den erstgerichtlichen Feststellungen bislang nicht zu entnehmen.

Soweit die Kläger Kosten der Verbesserung der von der Erstbeklagten unmittelbar zu vertretenden Mängel des vertraglich geschuldeten Werkes begehren, kommt nur die bereits oben dargelegte Haftung aus dem Titel der Gewährleistung, nicht aber eine Haftung aus Schadenersatz wegen Warnpflicht

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at