

# TE OGH 1992/9/9 20b560/92(20b1533/92)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 09.09.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Melber, Dr.Kropfitsch, Dr.Zehetner und Dr.Schinko als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Anton U\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Günther Stanonik, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei Josef K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Reinhard Steger und Dr.Josef Unger, Rechtsanwälte in St.Johann in Pongau, wegen S 1.057.920,-- s.A. infolge außerordentlicher Revision und Rekurses der beklagten Partei gegen das Teilarteil und den Beschuß des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 17. Dezember 1991, GZ 3 R 261, 262/91-27, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes Salzburg vom 10. Juni 1991, GZ 5 Cg 12/90-18, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Die außerordentliche Revision wird zurückgewiesen.

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind gleich weiteren Verfahrenskosten zu behandeln.

## Text

Begründung:

Der Beklagte hat in den Jahren 1977 und 1978 im Auftrag des Klägers dessen Haus \*\*\*\* errichtet. Vertragsgrundlage war die Ausschreibung vom 1.9.1977, nach welcher die Unterkellerung wasserundurchlässig auszuführen war. Der vom Beklagten verwendete Beton entsprach nicht der für einzelne Positionen geforderten Qualität B 300. Die Parteien haben vereinbart, daß der Beklagte für alle von ihm ausgeführten Arbeiten auf die Dauer von zwei Jahren, vom Tag der Kollaudierung an gerechnet, haftet und daß alle bei der Durchführung der Arbeiten gültigen und einschlägigen Ö-Normen Grundlagen der Fachleistungen sind. Der Fertigstellungs- und Kollaudierungstermin ist nicht mehr feststellbar, die Backstube wurde aber jedenfalls zu Pfingsten 1978 in Betrieb genommen. Im Frühjahr 1989 traten Feuchtigkeitsschäden auf. Als Folge eines Ölleitungsschadens im Jahr 1990 traten überdies Öldurchfeuchtungen auf.

Der Kläger begeht mit seiner am 10.1.1990 eingebrachten Klage einen Betrag von S 1.057.920,--. Er brachte vor, der Beklagte habe den Wasser- und Ölschaden durch Fehler bei der Bauausführung verschuldet. Das Begehen werde auf Gewährleistung und Schadenersatz gestützt.

Der Beklagte bestreitet Fehler bei der Bauausführung und wendete überdies Präklusion und Verjährung ein.

Das Erstgericht erkannte den Beklagten schuldig, dem Kläger einen Betrag von S 56.040,-- samt 4 % Zinsen ab 25.5.1991 zu bezahlen. Das Mehrbegehren von S 1.001.880,-- samt Zinsen sowie das Zinsenmehrbegehren vom Klagtag bis 24.5.1991 wurden abgewiesen. Das Erstgericht stellte fest, daß der Keller trotz der nicht ausschreibungsgemäßen Betongüte wasserundurchlässig sei, daß die nicht ausschreibungsgemäße Betongüte wirtschaftlich vernünftig nicht korrigiert werden könne und daß entgegen den getroffenen Vereinbarungen weder der Tankraum, noch der Boden des Heizraumes als flüssigkeitsdichte Wanne ausgeführt worden seien.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsansicht, daß alle Gewährleistungsansprüche des Klägers verfristet seien. Das Austreten von Öl aus dem Tank und dem Heizraum sei auf einen vom Beklagten zu vertretenden Mangel zurückzuführen und damit ein Mangelfolgeschaden, den der Beklagte im festgestellten Ausmaß von S 56.040,-- zu ersetzen habe. Die Durchfeuchtungsschäden hingegen seien nicht auf die nicht vereinbarungsgemäße Betongüte zurückzuführen, so daß diese nicht kausal für die Schäden sei. Die Wertminderung des Betons von S 11.266,80 sei ein Schaden am Werk selbst, der nach mehreren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes nicht zu ersetzen sei. Das über den Ersatz des Ölschadens hinausgehende Begehren sei daher abzuweisen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Beklagten sowie jener des Klägers hinsichtlich der Abweisung eines Zinsenmehrbegehrens nicht Folge, bestätigte den Zuspruch eines Teilbetrages von S 56.040,-- samt 4 % Zinsen seit 25.5.1991 sowie die Abweisung des Zinsenmehrbegehrens vom 10.1.1990 bis 24.5.1991 als Teilurteil und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Hinsichtlich der Abweisung des Betrages von S 1.001.880,-- samt 4 % Zinsen seit 10.1.1990 sowie im Kostenpunkt hob das Berufungsgericht das Ersturteil auf und verwies die Sache in diesem Umfang zu neuerlicher Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erklärte es für zulässig. Das Gericht zweiter Instanz gelangte hinsichtlich der Berufung der Beklagten, in der als Berufungsgründe Mängelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtige Tatsachenfeststellung geltend gemacht worden waren, zu dem Ergebnis, daß die behaupteten Verfahrensmängel nicht vorliegen und die bekämpften Feststellungen unbedenklich sind. Zur Berufung des Klägers führte das Gericht zweiter Instanz aus, das Verfahren sei mangelhaft, weil zur Frage, ob der Keller wasserundurchlässig ausgeführt worden sei, die vom Kläger beantragte Gutachtenserfügung zu erfolgen gehabt hätte. Dies erfordere die Aufhebung des Ersturteils. Auch die Rechtsrüge sei berechtigt. Dem Erstgericht sei zwar beizupflichten, daß die Gewährleistungsfrist bei Klagseinbringung längst abgelaufen gewesen sei, weshalb es unerheblich sei, ob die nicht vereinbarungsgemäße Betongüte als unwesentlicher oder als wesentlicher Mangel zu qualifizieren sei. Nach nunmehr herrschender ständiger Rechtsprechung bestünden Schadenersatz und Gewährleistung aber in voller Konkurrenz nebeneinander. Dies bedeute, daß der Kläger im Wege des Schadenersatzes zumindest das zur Herstellung eines vertragsmäßigen Zustandes erforderliche Deckungskapital verlangen könne, sofern nicht der Beklagte gemäß § 1298 ABGB seine Schuldlosigkeit am Mangel beweise. Da der Schadenersatzanspruch den gesamten Schaden decke, könne er jeden einzelnen Gewährleistungsanspruch "ersetzen", so daß für jeden das Erfüllungsinteresse gebühre. Unter Umständen könne der Werkbesteller auch die Neuherstellung des mangelhaften Werkes verlangen. Es sei daher unerheblich, daß der zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes erforderliche Aufwand möglicherweise höher sei als das seinerzeitige Entgelt, sofern nur keine schikanöse Rechtsausübung vorliege. Unter diesen rechtlichen Gesichtspunkten sei die Sache im Verfahren erster Instanz nicht erörtert worden, so daß das Ersturteil auch aus diesem Grunde aufzuheben sei. Die Voraussetzungen des § 496 Abs 3 ZPO für eine Verfahrenserfügung durch das Berufungsgericht lägen nicht vor. Im zweiten Rechtsgang werde das Erstgericht das Verfahren zunächst durch Erledigung der abgewiesenen Beweisanträge zu ergänzen haben. Es werde zu beachten sein, daß der Kläger infolge der feststehenden Vertragsverletzung des Beklagten den Kausalitätsbeweis hinsichtlich des Durchfeuchtungsschadens schon dann erbracht hätte, wenn er beweise, daß die Vertragsverletzung ernstlich mögliche Schadensursache gewesen sei und daß diese Wahrscheinlichkeit gegenüber den anderen Möglichkeiten für die Schadensverursachung soweit in den Hintergrund trete, daß sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als Schadensursache auszuschließen sei. Der Beklagte käme bei einer solchen Beweislage dem ihm obliegenden Erschütterungsbeweis erst durch den Nachweis nach, daß eine andere mögliche Schadensursache nach dem typischen Geschehensablauf die Wahrscheinlichkeit der Vertragsverletzung als Schadensursache in den Hintergrund dränge. Gelinge dem Kläger der Kausalitätsbeweis, und mißlinge dem Beklagten der - bisher nicht angebotene - Entlastungsbeweis, dann werde dem restlichen Klagebegehren, soweit es der Höhe nach zu Recht bestehe, stattzugeben sein. Werde der Kausalitätsbeweis hingegen weiterhin als nicht erbracht angesehen, dann werde dem Kläger, sofern der Beklagte nicht beweise, daß ihn und allfällige Erfüllungsgehilfen an der mangelhaften Betongüte kein Verschulden treffe, zumindest der zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes des Kellers

erforderliche Aufwand zuzusprechen sein.

Der Beklagte bekämpft das Teilurteil des Berufungsgerichtes mit außerordentlicher Revision und den Aufhebungsbeschuß mit Rekurs. Er stellt den Antrag, das Klagebegehren zur Gänze abzuweisen.

Der Kläger beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

#### 1. Zur außerordentlichen Revision:

##### **Rechtliche Beurteilung**

Wie bereits oben ausgeführt, hat der Beklagte in seiner Berufung lediglich Mängelhaftigkeit des Verfahrens und unrichtige Tatsachenfeststellung geltend gemacht, das Berufungsgericht kam zu dem Ergebnis, daß die Verfahrensmängel nicht vorliegen und die bekämpften Feststellungen unbedenklich sind. In der außerordentlichen Revision wird die Ansicht vertreten, die Auffassung des Berufungsgerichtes, es lägen keine Verfahrensmängel vor, sei unrichtig.

Nach ständiger Rechtsprechung kann ein vom Berufungsgericht verneinter erstinstanzlicher Verfahrensmangel mit Revision nicht geltend gemacht werden (EFSIg 64.136 uva). Der Beklagte macht daher keinen Grund geltend, der die Zulässigkeit der außerordentlichen Revision gemäß § 502 Abs 1 ZPO begründen könnte, weshalb dieses Rechtsmittel zurückzuweisen war, ohne daß dies einer näheren Begründung bedurfte (§ 510 Abs 3 ZPO).

#### 2. Zum Rekurs:

Die Ausführungen des Berufungsgerichtes darüber, daß Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nebeneinander bestehen und der Besteller wegen Mängeln des Werkes auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern kann, sofern die Mängel auf dessen rechtswidriges und schuldhafte Verhalten zurückzuführen sind, entspricht seit der Entscheidung des verstärkten Senates, SZ 63/37, ständiger Rechtsprechung. Daher haftet der Beklagte dem Kläger, falls der Beton wasserundurchlässig ist und deshalb Wasser in den Keller eindrang, sofern der Beklagte seine Schuldlosigkeit nicht beweist (§ 1298 ABGB). Der Auftrag, das Verfahren zur Frage, ob der Beton wasserundurchlässig ist, zu ergänzen, beruht daher auf richtiger rechtlicher Beurteilung, der Oberste Gerichtshof kann diesem Auftrag nicht entgegentreten (EFSIg 64.162 uva). Bei der vom Berufungsgericht angeordneten Aufhebung der Entscheidung des Erstgerichtes hat es daher jedenfalls zu bleiben.

Trotzdem ist aber aufgrund des Rekurses zu den weiteren Rechtsausführungen des Berufungsgerichtes Stellung zu nehmen. Der Revisionswerber wendet sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichtes, auch ohne Kausalitätsbeweis werde zumindest der zur Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes des Kellers erforderliche Aufwand zuzusprechen sein. Der Rekurswerber führt aus, der vertragsgemäße Zustand sei nicht Selbstzweck, ein Interesse des Klägers an der Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes sei nur zu akzeptieren, wenn die vereinbarte Betongüte Eigenschaften aufweise, die für den bedungenen Zweck unverzichtbar seien oder der klagenden Partei im Vergleich zu den Eigenschaften der verwendeten Betongüte Vorteile bringe, die sich auf die Vermögenssituation der klagenden Partei merkbar auswirken. Ein Bestehen auf Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes ohne diese Relevanz würde sich als schikanöse Rechtsausübung darstellen.

Auf die Frage, ob die Tatsache, daß nicht im Sinne der Vereinbarung erfüllt wurde, genügt, um aus dem Titel des Schadenersatzes einen Ausspruch auf vertragsmäßige Herstellung zu begründen (vgl Kurschel in ecolex 1990, 277), oder ob dem Kläger ein Nachteil durch die nicht vertragsgemäße Erfüllung entstanden sein muß, ist hier jedoch nicht einzugehen. Die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes wäre im vorliegenden Fall nur durch eine Neuherstellung des gesamten Gebäudes möglich. Derartiges strebt der Kläger aber nicht an. Er fordert einerseits die Kosten der Behebung des Wasserschadens, die der Beklagte aber, wenn die mangelhafte Betongüte für den Wassereintritt nicht kausal war, nicht ersetzen muß. Weiters begeht der Kläger den Ersatz der Kosten einer wasserdichten Isolierung (nicht aber eine Erneuerung des gesamten Betons). Sollte Wasserdichtheit ohnedies gegeben sein, dann sind die Arbeiten, mit denen Wasserdichtheit erreicht werden soll, nicht notwendig und der Kläger hätte keinen Anspruch auf Ersatz dieser Kosten. Die Frage, ob der Kläger Anspruch auf Ersatz der Kosten einer gegen Wassereintritt schützenden Isolierung hat, hängt somit davon ab, ob der Beton wasserundurchlässig ist oder nicht. Auch diese Frage kann daher - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichtes - erst nach der Verfahrensergänzung entschieden werden.

Der Beklagte wendet sich weiters gegen die Ausführungen des Berufungsgerichtes zur Frage der Beweislast

hinsichtlich der Kausalität. Er führt aus, der Kläger werde um die Erbringung des Kausalitätsbeweises nicht herumkommen. Das Berufungsgericht hat jedoch ohnedies nicht verkannt, daß grundsätzlich der Kläger die Kausalität zu beweisen hat. Bei seinen Rechtsausführungen zur Kausalität folgt es den Entscheidungen 7 Ob 646/80 und 7 Ob 553/91. Ob die dort angeführten Grundsätze auf den vorliegenden Fall anwendbar sind, kann erst nach der Ergänzung des Verfahrens beurteilt werden. Festzuhalten ist jedenfalls, daß die Frage, ob ein Beweis erbracht ist oder nicht, grundsätzlich eine irreversible Tatsachenfeststellung ist (JBl 1986, 576; 3 Ob 560/84). Kommen die Tatsacheninstanzen zu dem Ergebnis, daß ein voller Beweis nicht erbracht wurde, genügt unter Umständen der Nachweis eines bestimmten Grades einer Wahrscheinlichkeit (vgl 7 Ob 646/80 und 7 Ob 553/91 sowie die Judikatur zum Anscheinsbeweis, der einen typischen Geschehensablauf zur Voraussetzung hat - Kozial2 I 324; SZ 57/20 ua). Ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen dafür vorliegen, kann erst nach der Verfahrensergänzung beurteilt werden. Sollte sich ergeben, daß der Beton doch nicht wasserundurchlässig ist, dann wird für den Anspruch auf die Kosten der Behebung des Wasserschadens entscheidend sein, wie groß die Wahrscheinlichkeit ist, daß der seit der Fertigstellung nur einmal erfolgte Wassereintritt von außen her durch den nicht der Vereinbarung entsprechenden Beton erfolgte, welche anderen Ursachen in Frage kommen und wie groß die Wahrscheinlichkeit für derartige andere Ursachen ist.

Aus diesen Gründen war dem Rekurs ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Rekursverfahrens beruht auf § 52 ZPO.

#### **Anmerkung**

E30708 02A05602

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

ECLI:AT:OGH0002:1992:0020OB00560.92.0909.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19920909\_OGH0002\_0020OB00560\_9200000\_000

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)