

TE OGH 1990/3/7 1Ob536/90

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.03.1990

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schubert als Vorsitzenden und den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Flick, die Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Petrasch, Prof. Dr. Friedl, Dr. Resch, Hon.Prof. Dr. Kuderna, Hon.Prof. Dr. Griehsler sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hofmann, Dr. Schlosser, Dr. Graf und Dr. Schiemer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B*** & B*** Baugesellschaft mbH, Wien 18., Bastiengasse 54, vertreten durch Dr. Othmar Schöniger-Hekele, Rechtsanwalt in Wien, wider die beklagte Partei Werner K***, Gas- und Wasserinstallateur, Wien 4., Paniglgasse 18-20, vertreten durch Dr. Christa Heller, Dr. Wolfgang Pitzal und Dr. Hannelore Pitzal, Rechtsanwälte in Wien, wegen S 205.000 sA infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 8. Juni 1989, GZ. 3 R 92/89-39, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 30. Dezember 1988, GZ 34 Cg 121/86-33, bestätigt wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichtes wird aufgehoben; die Rechtssache wird an das Gericht zweiter Instanz zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

Text

Begründung:

Die klagende Partei mietete von der V*** J***

Allgemeine Versicherungs-Aktiengesellschaft die Dachböden der dieser gehörigen Häuser Wien 18., Bastiengasse 54 und 56, um sie zu Wohnungen und Büros auszugestalten. Sie verfaßte Einreichpläne, erwirkte die Baubewilligung und beauftragte schließlich die Architekten Dipl.Ing. Gerhard S*** und Dipl.Ing. Peter T*** mit der Realisierung des Bauvorhabens, insbesondere der Anfertigung von Polierplänen, der Durchführung der Bauarbeiten, der Bauaufsicht und der Rechnungsprüfung. Die beiden Architekten schrieben die einzelnen Arbeiten aus und erteilten namens der klagenden Partei die Aufträge an die Bauhandwerker. Über deren Aufforderung legte der Beklagte einen Kostenvoranschlag für die Sanitär- und Heizungsinstallationsarbeiten. Zu diesem Zweck war ihm ein Plan, aus dem die ungefähre Lage der Bäder und der sonstigen Sanitäreinrichtungen ersichtlich war, ausgehändigt worden. Auf Grund seines Kostenvoranschlages wurde ihm der Auftrag für die Sanitär- und Heizungsinstallationsarbeiten erteilt. Er beendete die in Auftrag gegebenen Arbeiten im November 1981 (am Haus Nr. 56) bzw. im April 1982 (am Haus Nr. 54).

Die Architekten nahmen die Arbeiten des Beklagten nach deren Fertigstellung als ordnungsgemäß und mängelfrei erbracht ab, prüften die beiden für die Häuser Nr. 54 und 56 getrennt gelegten Schlußrechnungen und gaben sie zur Zahlung frei. Die klagende Partei beglich die beiden Rechnungen bis auf den Hafrücklaß von 5 % der Rechnungssumme. Für den Hafrücklaß vereinbarten die Streitparteien Haftzeiten vom 1. Dezember 1981 bis 1. Dezember 1983 (für das Haus Nr. 56) bzw. vom 28. April 1982 bis 27. April 1984 (für das Haus Nr. 54).

Am 4. August 1982 klagte die Firma P*** und M***, die mit den Zimmermanns- und Isolierarbeiten betraut worden war, beim Erstgericht (10 Cg 162/82) den Werklohn für diese Arbeiten ein. Im Zuge dieses Rechtsstreites besichtigte der vom Prozeßgericht bestellte Sachverständige Dipl.Ing. Kurt V*** am 22. Mai 1985 in Gegenwart der Parteien den Dachbodenausbau im Haus Nr. 56 und ließ dort das Dach an mehreren Stellen öffnen. In seinem am 31. Mai 1985 erstatteten und dem Vertreter der klagenden Partei am 13. Juni 1985 zugestellten Gutachten gelangte er zum Schluß, daß sich die Wasserleitungsrohre an einigen Stellen im Frostbereich befänden; sie wären, um das Einfrieren der Leitungen zu vermeiden, nicht an der Außenwand, sondern an oder in der Nähe der Riegelwand zu verlegen gewesen.

Die klagende Partei begehrte mit ihrer am 21. März 1986 eingebrachten Klage die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von S 205.000 sA als Deckungskapital für die Kosten der Behebung der Mängel der Installationsarbeiten des Beklagten. Im Winter 1984/85 seien die Wasserleitungen im Bereich der Außenwände eingefroren. Die Ursache dieses Schadens sei erst durch das am 7. Juni 1985 beim Erstgericht eingelangte Sachverständigengutachten geklärt worden. Danach seien die Druckrohrleitungen technisch unrichtig nicht an den Innenwänden, sondern teils überhaupt an den Außenwänden, teils aber etwa in der Mitte zwischen Außen- und Innenwand verlegt worden. Der Beklagte wendete ein, die Installationsarbeiten seien schon im Dezember 1981 bzw. im April 1982 abgenommen worden. Die klagende Partei habe sowohl die Schlußrechnungen als auch nach Ablauf der Haftzeiten den Hafrücklaß anstandslos bezahlt. Die klagende Partei habe dem Beklagten gegenüber auch keinerlei Mängel geltend gemacht;

solche lägen auch nicht vor. Unsachgemäß seien lediglich die Isolierungsarbeiten. Die Gewährleistungsfrist sei längst abgelaufen;

der klagenden Partei stünden schon deshalb keine Ansprüche mehr zu. Bei der Verhandlungssatzung vom 19. Juni 1986 brachte die klagende Partei vor, sie stütze ihr Begehren auch auf den Rechtsgrund des Schadenersatzes; dagegen wendete der Beklagte Verjährung ein.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Es stellte fest:

Im Winter 1981/82 habe einer der beiden Mieter im Hause Nr. 56, denen die klagende Partei ihre Mietrechte an dort im Dachboden ausgebauten Wohnungen abgetreten habe, mitgeteilt, daß im Bereich der Steckdosen Zugluft wahrzunehmen sei und die Wasserleitungen einfrieren. Der andere Mieter habe im darauffolgenden Winter gleichfalls Eisbildung in den Wasserleitungen gemeldet. In diesem Winter sei das Wasser auch in den Leitungen der von der klagenden Partei selbst in Benützung genommenen Dachbodenräume im anderen Haus eingefroren. Im Jänner 1982 sei der Beklagte zu einer Begehung eingeladen worden, weil es naheliege, den Installateur in solchen Fällen der Begehung beizuziehen. Damals seien ihm aber weder von der klagenden Partei noch von den Architekten Vorwürfe wegen mangelhafter Installationsarbeiten gemacht worden; diese seien vielmehr davon überzeugt gewesen, daß die Mängel auf die Isolierungsarbeiten zurückzuführen seien. Nach Ablauf der Haftzeiten sei der Hafrücklaß auch anstandslos an den Beklagten ausbezahlt worden.

Rechtlich meinte das Erstgericht, die Gewährleistungsfrist beginne bei Sachmängeln mit der Ablieferung der Sache, beim Werkvertrag über Arbeiten an unbeweglichen Sachen mit der Vollendung des Werkes. Das sei im November 1981 bzw. im April 1982 geschehen. Überdies sei das Werk von den von der klagenden Partei beauftragten Architekten abgenommen worden. Auch bei verborgenen Mängeln beginne die Frist mit der Übernahme und nicht erst bei deren Erkennbarkeit zu laufen. Die Gewährleistungsfristen seien somit im Dezember 1984 bzw. im April 1985 abgelaufen. Obwohl die Leitungen bereits während dieser Fristen eingefroren seien, habe die klagende Partei dem Beklagten gegenüber keine Mängel gerügt. Mit den Gewährleistungsansprüchen seien auch alle aus den behaupteten Mängeln abzuleitenden Rechte, insbesondere auch Schadenersatzansprüche, die auf die Beseitigung der Mängel und den Ersatz des Verbesserungsaufwandes abzielten, erloschen. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, daß die Revision nicht zulässig sei. Gemäß den §§ 1167 und 933 Abs 1 zweiter Satz ABGB beginne die Gewährleistungsfrist bei Werkverträgen mit der Abnahme des Werkes zu laufen. Die klagende Partei verweise jedoch zutreffend auf die im jüngeren Schrifttum vertretene Ansicht, daß die Gewährleistungsfrist in Analogie zur Regelung der Rechtsmängel erst

mit der Erkennbarkeit des Mangels zu laufen beginne, wenn dieser seiner Art nach im Zeitpunkt der Ablieferung nicht erkennbar sei. Selbst wenn man aber die Frist erst von der Erkennbarkeit der von der klagenden Partei geltend gemachten Mängel berechnen wollte, wäre für diese nichts gewonnen, weil ihr schon im Winter 1981/82 mitgeteilt worden sei, daß die Wasserleitung einfriere. Spätestens von diesem Zeitpunkt an hätte sie jene Mängel, die sie nun erst auf Grund des 1985 erstatteten Sachverständigengutachtens gegen den Beklagten geltend mache, feststellen können. Bei Klagseinbringung am 21. März 1986 sei die Gewährleistungsfrist bereits verstrichen gewesen. Die klagende Partei begehre das Deckungskapital zur Behebung der von ihr behaupteten Mängel auch aus dem Titel des Schadenersatzes. Einen solchen Anspruch anerkenne die Rechtsprechung dann, wenn der Unternehmer mit der Verbesserung schuldhaft in Verzug gerate. Der Besteller könne das notwendige Deckungskapital in solchen Fällen sogleich als Schadenersatz einklagen. Das träfe im vorliegenden Fall jedoch nicht zu, weil der Beklagte innerhalb der Gewährleistungsfrist zur Verbesserung nicht aufgefordert worden und deshalb auch nicht in Verzug geraten sei.

Rechtliche Beurteilung

Die außerordentliche Revision der klagenden Partei ist aus den im Beschluß vom 13. Dezember 1989 dargelegten Gründen zulässig und im Ergebnis auch berechtigt.

Die Revisionsausführungen lassen sich dahin zusammenfassen, daß der Gewährleistungsanspruch noch nicht verfristet sei, weil die Frist bei verborgenen Mängeln erst von der Erkennbarkeit ihrer Ursache an zu rechnen sei; außerdem könne der im Mangel selbst gelegene Nachteil des Gläubigers auch mit einem Schadenersatzanspruch, dessen Verjährung erst ab Kenntnis des Schadens und dessen Ursache zu laufen beginne, geltend gemacht werden.

Gemäß § 933 Abs 1 ABGB sind Gewährleistungsansprüche, betreffen sie unbewegliche Sachen, binnen drei Jahren, sonst

hingegen - abgesehen von bestimmten Viehmängeln - binnen sechs Monaten gerichtlich geltend zu machen. Die Frist beginnt vom Tage der Ablieferung an zu laufen, nur bei Rechtsmängeln ab dem Tag, an welchem der von einem Dritten auf die Sache erhobene Anspruch dem Erwerber bekannt wurde. Für geheime, also bei der Ablieferung nicht erkennbare Mängel sieht das Gesetz keine abweichende Regelung für den Beginn des Fristenlaufes vor. Bei Arbeiten an unbeweglichen Sachen - wie jenen des Beklagten - beträgt die Frist drei Jahre (SZ 47/118 ua); sie ist vom Zeitpunkt der Übernahme durch den Besteller an zu berechnen (Reischauer in Rummel, ABGB, § 933 Rz 3). Die klagende Partei hat die Arbeiten des Beklagten im Dezember 1981 bzw im April 1982 abgenommen; die Haftzeiten für den Hafrücklaß wurden vom 1. Dezember 1981 bis 1. Dezember 1983 bzw. vom 28. April 1982 bis 27. April 1984 festgelegt. Bei Einlangen der Klage beim Erstgericht am 21. März 1986 wäre die Gewährleistungsfrist längst abgelaufen gewesen.

Die von der klagenden Partei behaupteten Mängel, für die der Beklagte einstehen soll, waren verborgene Mängel, die sich frühestens im Verlauf der nächstfolgenden Frostperiode zeigen konnten, somit im Winter 1981/82 bzw. - für das Haus Nr. 54 - im darauffolgenden Winter. Im neueren Schrifttum (Reischauer aaO; Ehrenzweig-Mayrhofer³, Schuldrecht AT 451; P.Bydlinki in RdW 1986, 235 ff; vgl dagegen Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, 97 ff) wird zunehmend der Standpunkt vertreten, daß der Fristenlauf bei bestimmten verborgenen Mängeln erst im Zeitpunkt der tatsächlichen Erkennbarkeit des Mangels einsetze; so gelangt P.Bydlinki im Wege ergänzender Vertragsauslegung bzw. teleologischer Reduktion des § 933 Abs 1 ABGB zum Ergebnis (aaO 238 f), sei der Sachmangel im Ablieferungszeitpunkt seiner Art oder der Art des Leistungsgegenstandes nach nicht erkennbar, sei die für das Vorliegen eines Rechtsmangels vorgesehene Fristregelung heranzuziehen. Auch die Rechtsprechung hat - allerdings stets in Fällen von Viehmängeln oder der Bemängelung beweglicher Sachen - unter Berufung auf Gschnitzer (in Klang² IV/1, 552, 556 f) bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, die erst längere Zeit nach der Ablieferung festgestellt werden könnten, den Beginn der Gewährleistungsfrist bis zu dem Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet, hinausgeschoben; auch eine (stillschweigende) vertragliche Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist könne in Betracht kommen, sofern der Mangel nach der Sachlage während der Frist gar nicht hervorkommen konnte (vgl SZ 55/151 mwN).

Auch damit wäre für die klagende Partei aber nichts zu gewinnen. Die Argumente, die für eine Hinausschiebung des Fristbeginns sprechen, wie etwa die Besonderheiten bei trächtigem Vieh oder jahreszeitlich bedingte Erscheinungen (zB Frost), können wohl bei der kurzen (sechsmonatigen) Frist ins Treffen geführt werden, nicht aber auch bei der dreijährigen Frist im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachen bzw Arbeiten an solchen. Die von der klagenden

Partei behaupteten Mängel haben sich bereits erstmals im Winter 1981/82 gezeigt. Dem Gericht zweiter Instanz ist deshalb darin beizupflichten, daß die (dreijährige) Gewährleistungsfrist im Zeitpunkt der Klagseinbringung bereits abgelaufen war.

Die klagende Partei stützt sich jedoch auch auf Schadenersatzansprüche. Der durch die Mangelhaftigkeit der Installationsarbeiten des Beklagten in ihrem Vermögen eingetretene Nachteil berechtige sie nicht nur, vom Beklagten Gewährleistung zu verlangen, sondern auch das nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen zu ermittelnde Erfüllungsinteresse geltend zu machen. Dieser Schadenersatzanspruch erlösche nicht nach Ablauf der im § 933 Abs 1 ABGB vorgesehenen Ausschußfrist, sondern verjähre in drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Da der klagenden Partei die Ursachen des Mangels und damit der (zweite) Schädiger erst mit dem Gutachten des Sachverständigen im Vorprozeß bekannt geworden sei, sei der Schadenersatzanspruch gegen den Beklagten bei Einbringung ihrer Klage bzw. der bei der Verhandlungstagsatzung vom 19. Juni 1986 erklärten Klagsänderung, mit der sie ihr Begehren auch auf den Titel des Schadenersatzes gestützt habe, noch nicht verjährt gewesen.

Der Beklagte hat Verjährung eingewendet. Gemäß § 1489 ABGB verjähren Schadenersatzansprüche in drei Jahren von der Zeit an, zu welcher der Schaden und die Person des Schädigers dem Geschädigten bekannt wurden, gleichviel ob der Schaden durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht wurde. Diese Verjährung wird erst in Gang gesetzt, wenn dem Geschädigten der Eintritt des Schadens - und damit auch der Ursachenzusammenhang (JBI 1987, 450; SZ 56/76 ua) - sowie die Person des Schädigers soweit bekannt wurden, daß eine Klage mit Aussicht auf Erfolg angestellt werden kann (JBI 1988, 321 uva; Schubert in Rummel aaO § 1489 Rz 3). Nur wenn der Geschädigte diese für die erfolversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen könnte, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie dem Berechtigten bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (SZ 57/171; SZ 52/186; SZ 50/87 ua; Schubert aaO Rz 4; Koziol, Haftpflichtrecht 2 I 320). Dabei ist auf die Umstände des konkreten Falles abzustellen (RZ 1979/27 ua). Die Erkundigungspflicht des Geschädigten darf auch nicht überspannt werden (SZ 57/171; ZVR 1982/277 ua). Im vorliegenden Fall fand, nachdem das Einfrieren der Wasserleitungen gemeldet worden war, im Jänner 1982 eine Begehung durch die klagende Partei unter Beiziehung der beauftragten Architekten statt, zu der auch der Beklagte eingeladen worden war. Damals waren die Beteiligten übereinstimmend der Überzeugung, daß die Mängel auf die Isolierungsarbeiten zurückzuführen seien. Bei dieser Sachlage kann es der klagenden Partei nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich mit der Meinung Fachkundiger zufriedengab und angesichts der Ergebnisse der Begehung nicht trotzdem weitere aufwendige Nachforschungen anstellte, um zusätzliche Mängelursachen zu ermitteln, für die damals nicht die geringsten Anhaltspunkte bestanden. Damit begann die im § 1489 ABGB für Schadenersatzansprüche geltende Verjährungsfrist für die klagende Partei gegen den Beklagten erst mit der Mitteilung des Gutachtens im Vorprozeß zu laufen.

Im Schrifttum (Kramer in RabelsZ 1972, 673; ders. in Straube, HGB, § 377 Rz 50 und 51; Honsell in JBI 1989, 210 f) wird allerdings auch der Standpunkt vertreten, der im § 932 Abs 1 zweiter Satz ABGB vorgesehene Schadenersatzanspruch konkurreiere zwar mit dem im ersten Satz dieser Gesetzesstelle näher beschriebenen Gewährleistungsanspruch, der Schadenersatzanspruch sei jedoch - anders als der im § 1489 ABGB genannte Anspruch - der im § 933 Abs. 1 ABGB bestimmten Befristung unterworfen. Dieser Meinung ist jedoch entgegenzuhalten, daß § 932 Abs. 1 zweiter Satz ABGB lediglich auf die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätze der §§ 1295 ff ABGB (SZ 50/93; SZ 46/39; zuletzt wieder 8 Ob 578/85) und damit auch auf die darauf bezughabende Verjährungsvorschrift (§ 1489 ABGB) verweist. Der herrschenden Auffassung (Reischauer aaO § 933 Rz 15 und Binder in Schwimann ABGB, § 933 Rz 81 jeweils mwN; vgl. auch Welser in JBI 1976, 134), daß auch der im § 932 ABGB genannte Schadenersatzanspruch den Verjährungsvorschriften des § 1489 ABGB unterworfen sei, ist daher beizutreten. Der von der klagenden Partei alternativ geltend gemachte Schadenersatzanspruch wäre demnach noch nicht verjährt, wenn die klagende Partei überhaupt Schadenersatz begehren kann. Gemäß § 932 Abs 1 zweiter Satz ABGB, der auch für den Werkvertrag Geltung hat (§ 1167 letzter Satz ABGB), haftet der Übergeber "in allen Fällen" für den verschuldeten Schaden. Auch nach der Ablieferung der Sache bestehen demnach über die Gewährleistungsansprüche hinaus immer noch Schadenersatzansprüche. Unstrittig ist, daß die über den Sachmangel hinausgehenden Nachteile, die Mängelfolge- bzw. -begleitschäden, zu ersetzen sind (SZ 54/81; SZ 48/56 uva) und das Erfüllungsinteresse jedenfalls dann gebührt, wenn das Vorhandensein einer sich als fehlend erweisenden Eigenschaft garantiert wurde (SZ 46/39 ua); Garantie ist allerdings im Zweifel nicht anzunehmen (Koziol-Welser, Grundriß 8 I 252). Strittig ist dagegen, ob außerhalb der

Garantie, die auch ohne Verschulden verpflichtet, für vorhandene Mängel, die noch keinen weiteren Schaden, auch nicht am hergestellten Werk selbst, herbeigeführt haben, das Erfüllungs- oder positive Vertragsinteresse als Schadenersatz gebührt oder ob solche Ansprüche im Gewährleistungsanspruch aufgegangen sind. Die letzterem zuneigende Rechtsprechung (GesRZ 1987, 38 uva) folgt den Lehren Piskos (Lehrbuch des Handelsrechtes, 201, und Gewährleistungs-, Nichterfüllungs- und Irrtumsfolgen bei Lieferung mangelhafter Ware,

22) sowie Gschnitzers (in Klang2 IV/1, 546 f und in SchR AT, 84; vgl auch die Ausführungen in der von Faistenberger-Barta-Eccher besorgten zweiten Auflage, 151 ff), wonach nur das Vertrauensinteresse zu ersetzen ist; der Veräußerer habe - seinen Sorgfaltsverstoß vorausgesetzt - nicht das Vorhandensein des Mangels (Fehlen der Eigenschaft), sondern nur die Unkenntnis des Mangels verschuldet.

Dagegen unterscheidet F. Bydlinski (in Klang2 IV/2, 126, 154) sowohl für die Ansprüche nach den §§ 918 ff als auch nach § 932 ABGB: Habe der Veräußerer eine aus dem Vertrag entstandene Pflicht schuldhaft nicht erfüllt, hafte er nach allgemeinen Grundsätzen auf das Erfüllungsinteresse; nur wenn der Verkäufer schuldhaft eine Sache verkaufe, die er nun nicht liefern könne, sei durch sein Verhalten bloß jener Schaden verursacht, den der Käufer durch sein Vertrauen auf das Leistungsversprechen erlitten habe. Welser (Gewährleistung und Schadenersatz, JBl 1976, 127 ff) betont (132), daß Schadenersatz an Verursachung, Rechtswidrigkeit und Verschulden geknüpft sei, was die - von Kramer (Der Ersatz des Erfüllungsinteresses bei Sachmängelhaftung, RabelsZ 1972, 673) abgelehnte - längere Verjährungsfrist des § 1489 ABGB rechtfertige. Er stimmt aber der These Kramers (aaO 659) zu, daß es, wenn das Erfüllungsinteresse nach den §§ 918 ff ABGB vor Übergabe der Sache begehrt werden könne, nach der Übergabe nicht anders sein könne, weil für eine Differenzierung kein Grund gefunden werden könne. Bei nachträglich eingetretenen unbehebbarren Mängeln könne der Gläubiger bei Verschulden seines Vertragspartners ebenso wie nach den §§ 920 und 921 ABGB vorgehen, also entweder vom Vertrag (ganz oder teilweise) zurücktreten und den Differenzschaden fordern oder im Sinne des § 920 ABGB am Vertrag festhalten und Ersatz verlangen (Austauschmethode). Beide Varianten führten zum Erfüllungsinteresse. Bei Verschulden des Vertragspartners könne der Gläubiger sowohl bei ursprünglichen behebbaren als auch bei nachträglich zufällig eingetretenen behebbaren bzw. bei nachträglich zu vertretenden Mängeln das Erfüllungsinteresse verlangen. Damit werde die seltsame Konsequenz der herrschenden Meinung beseitigt, daß der Gläubiger innerhalb der Verjährungsfrist der §§ 1489 und 1490 ABGB zwar den Ersatz der entfernteren Nachteile (Mangelfolgeschäden), nicht aber den Ersatz des zunächst verursachten Schadens (Mangelhaftigkeit) verlangen kann. Beim Werkvertrag gehe es nicht um die Veräußerung einer vorhandenen Sache, die der Veräußerer richtig oder falsch beschreiben könnte, sondern nur um einen Erfolg, zu dem sich der Unternehmer - abgesehen von Fällen des § 878 ABGB - gültig verpflichte und für den er dann auch einzustehen habe. Die Kausalitätsprüfung führe hier eindeutig zum Ersatz des Erfüllungsinteresses. Der Unternehmer müsse den Besteller wegen seines rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens so stellen, wie dieser stünde, wäre die Werkleistung ordnungsgemäß erbracht worden; dies geschehe durch den Ersatz des Erfüllungsinteresses. Diese Darlegungen Welsers werden von Koziol (Haftpflichtrecht2 II 82) und von Koziol-Welser (aaO 257) wiederholt; auch Mayrhofer aaO 441 f, Wilhelm (in WBl 1987, 173 f) und Kurschel (aaO 140 ff) teilen die Ansicht Welsers. Binder (aaO Rz 69) fordert, vor allem für Werkverträge, die volle Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen, ohne auf das Problem des ursprünglichen unbehebbarren Mangels einzugehen.

Kramer (aaO) vertritt dem gegenüber sogar die Ansicht, daß der Käufer auch bei Veräußerung einer schon bei Vertragsabschluß mit unbehebbarren Mängeln behafteten Spezies das Erfüllungsinteresse begehren könne. Auch Reischauer (Der Entlastungsbeweis des Schuldners, 233; derselbe aaO § 920 Rz 18, § 921 Rz 2 und § 932 Rz 20) will dem Gläubiger bei ursprünglichen unbehebbarren Mängeln Schadenersatzansprüche auf das Erfüllungsinteresse gewähren. Wer sich binde, habe zuvor seine Fähigkeit zu prüfen, dem Gläubiger den versprochenen Erfolg zu erbringen, und stehe nachher für das Versprochene ein. Am wirksam Versprochenen orientiere sich die Haftung auch bei gänzlicher oder teilweiser anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung. Nur wenn dem Schuldner die volle Entlastung gelinge, bleibe der Gläubiger auf seine Gewährleistungsansprüche beschränkt.

Die Rechtsprechung, die zumeist Ansprüche wegen mangelhafter Werkleistung zu beurteilen hatte, betonte zwar in vielen Fällen unter Berufung auf Pisko und Gschnitzer sowie auf die Vorjudikatur, der Schaden, der bereits durch das Vorhandensein des Mangels entstanden ist, sei nicht durch das schuldhafte Verhalten des Veräußerers (Unternehmers) verursacht, so daß er von diesem nicht zu ersetzen sei, fügte dem jedoch bei, daß damit aber wohl der Nachteil, den der Erwerber (Besteller) bloß durch die Tatsache desselben erleidet, gemeint sei (GesRZ 1987, 38; JBl 1974, 476; JBl

1972, 149 uva). Aber selbst in solchen Entscheidungen hat der Oberste Gerichtshof, worauf Koziol (aaO II 83) zutreffend hinweist, dem Gläubiger in Wahrheit doch das Erfüllungsinteresse zugebilligt. So hat er dem Unternehmer, der einen Klebparkettboden schlecht verlegt hatte, den Ersatz für die Verbesserung des Bodens auferlegt (EvBl 1967/332) und damit den Schädiger gerade zum Ersatz jenes Nachteils, der in der Mangelhaftigkeit der Werkleistung zum Ausdruck gelangte, verhalten. Auch der Unternehmer, der eine durch die Baubehörde vorgeschriebene Stützmauer derart mangelhaft aufgeführt hatte, daß sie abgebrochen und erneuert werden mußte, sei mangels möglicher Naturalrestitution zum Ersatz der Kosten der Neuherstellung verpflichtet (JBl 1972, 149): Damit wird der Besteller aber so gestellt, als ob der Unternehmer eine mängelfreie Werkleistung erbracht hätte, und erhält demnach das positive Vertragsinteresse. Daß dieser Entscheidung Schadenersatzgedanken zugrundegelegt sind, wird nicht zuletzt durch den Hinweis verdeutlicht, eine andere Auffassung - gemeint wohl die Beurteilung des Nachteils allein nach Gewährleistungsgrundsätzen - führe letzten Endes zu dem nicht zu billigen Ergebnis, daß das Werk dann nur während der (kurzen) Gewährleistungsfrist Bestand haben müsse. In einem Fall, in dem der Unternehmer eine Kiesleiter mit weniger als einem Sechstel der erforderlichen Tragkraft hergestellt und geliefert hatte, erblickte der Oberste Gerichtshof den Schaden des Bestellers darin, daß dieser "für eine unterdimensionierte, seinem Zweck nicht entsprechende Kiesleiter ein Entgelt leistete" (JBl 1974, 476). Der zumindest in der Zahlung des Entgelts für die unbrauchbare Sache liegende Nachteil ist aber gerade jener, der in der Mangelhaftigkeit zum Ausdruck kommt. Auch der Zuspruch der Kosten für die Entfernung eines mangelhaft aufgebrachten Estrichs, die Herstellung eines neuen Belages und die Abführung des Schutts (JBl 1979, 259) waren in Wahrheit die Zubilligung des Erfüllungsinteresses.

Mit der Entscheidung 7 Ob 644/78, der die mangelhafte Herstellung einer Betonwanne im Keller eines Neubaus zugrunde lag, wurde zwar die Anspruchskonkurrenz unter Berufung auf Pisko und Gschnitzer formal abgelehnt, weil das schuldhafte Verhalten nicht für den Nachteil kausal sei, dennoch wurde der erforderliche Verbesserungsaufwand bzw bei Unterbleiben der Verbesserung die mit dem Mangel verbundene Wertminderung des Hauses als Mangelfolgeschaden für ersatzfähig gehalten; der Ersatz des Verbesserungsaufwandes, ebenso der Wertminderung, gehören zum positiven Vertragsinteresse. Ähnlich sind auch die Entscheidungen 7 Ob 684/82 (Baumängel), 7 Ob 595/84 (mangelhaft hergestelltes Garagenkipptor), 8 Ob 578/85 (Baumängel) und JBl 1986, 108 (Baumängel) begründet. Auch in den Entscheidungen JBl 1972, 205 und SZ 52/146 wurden die Kosten einer durch mangelhafte Bauführung bedingten notwendigen Verbesserung, die der Besteller selbst vornehmen ließ, als adäquat verursachter und damit ersatzfähiger Mangelfolgeschaden beurteilt; ein solcher sei auch in der Wertminderung des Hauses zu erblicken, sofern Verbesserungen unterblieben sind (vgl auch SZ 58/7).

Selbst die formale Ablehnung der Anspruchskonkurrenz wurde in der Entscheidung 5 Ob 561/82, die eine zur Aufrechnung eingewendete Gegenforderung des Beklagten auf Ersatz der Kosten der Neuverlegung fehlerhaft aufgebrachter Fliesen zum Gegenstand hatte, aufgegeben:

Im Sinne des § 932 Abs 1 letzter Satz ABGB könne ein Schaden auch in einem Verbesserungs- oder Neuherstellungsaufwand liegen, soweit dieser erforderlich sei, um den Besteller so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Herstellung des Werkes stünde. Die neuere Lehre (Welser, Bydlinksi ua) hege daran, daß der Unternehmer dem Besteller aus dem Titel des Schadenersatzes nach den allgemeinen Regeln über die zu vertretende Nichterfüllung die Mangelbehebungskosten zu ersetzen habe, gleichfalls keine Zweifel. Die Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen dürfe nur nicht zu einer Bereicherung des Bestellers führen. Daraus folge, daß der Kläger dadurch, daß er das Werk in Verletzung seiner Vertragspflicht mangelhaft herstellte, den Beklagten rechtswidrig einen Schaden in der Höhe des erforderlichen Verbesserungs- bzw Neuherstellungsaufwandes zugefügt habe.

Daß die Beschädigung eines Werks infolge eines Mangels ersatzfähiger Mangelfolgeschaden sei, sah der Oberste Gerichtshof in einem Fall als ständige Rechtsprechung an, so daß er eine im Zulassungsbereich liegende Revision zurückwies; er ergänzte, auf die in der Lehre gegen diese Auffassung des Obersten Gerichtshofes vorgebrachten Bedenken, es handle sich dabei um einen dogmatisch unzulänglichen Weg, müsse nicht eingegangen werden, weil die Entscheidung im Ergebnis nicht verändert würde, wenn man die dogmatische Begründung der Lehre übernehme (6 Ob 546/84). Vor allem die Entscheidung SZ 57/140 hat den Besteller eines Gutachtens im Ergebnis das Erfüllungsinteresse zugebilligt; vom Sachverständigen, der schuldhaft ein unrichtiges Gutachten erstattete, könne der Besteller, der das Honorar bei Kenntnis des Mangels nicht bezahlt hätte, neben den Mangelfolgeschäden auch das Honorar aus dem Titel des Schadenersatzes zumindest dann zurückverlangen, wenn der vom Gutachten zu vermitteln gewesene

Wissensstand im Zeitpunkt seiner Erlangung wertlos geworden ist. Diese Entscheidung (vgl Iro in JBl. 1985, 627 f und Kurschel aaO 144 f), bringt somit deutlich zum Ausdruck, daß der Besteller bei mangelhafter Werkleistung neben den ohnehin ersatzfähigen Mangelfolgeschäden auch weitere Schadenersatzansprüche aus dem in der Mangelhaftigkeit gelegenen Nachteil geltend machen könne. Daß in den letzten Jahren ein Schadenersatzanspruch, der nach den Thesen Welsers anzuerkennen wäre, unter Ablehnung seiner Auffassung aberkannt worden wäre, scheint nicht der Fall zu sein. Bemerkenswert ist, daß die Anspruchskonkurrenz in früherer Zeit neben Fällen, in welchen sie - allerdings hauptsächlich bei Kaufverträgen - auch in der Sache abgelehnt wurde (HS 248, 249/75, 1848; SZ 44/20; EvBl 1975/103; SZ 48/56), ausdrücklich gebilligt wurde (so in SZ 20/192; JBl 1947, 63; EvBl 1950/116 und SZ 41/68), ohne allerdings dieses Problem näher zu untersuchen. Die Entwicklung der jüngeren Rechtsprechung läßt es geboten erscheinen, die Anspruchskonkurrenz zwischen Gewährleistungs- und Ansprüchen auf das Erfüllungsinteresse auch ausdrücklich anzuerkennen. Das Gesetz bietet, wie Schragel in seinem Vortrag vom 28. September 1987 im Rahmen des Hochschulkurses der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien in Altmünster am Traunsee darlegte, keinen Anhaltspunkt dafür, daß - von den Mangelfolgeschäden abgesehen - der Schadenersatzanspruch im Gewährleistungsanspruch aufgehen soll. Es ist nicht einzusehen, daß sonst allgemein eingeräumte Schadenersatzansprüche allein deshalb, weil das Gesetz vom Verschulden unabhängige, aber an starre und bei beweglichen Sachen auch sehr kurze Fristen gebundene Gewährleistungsansprüche vorsieht, ausgeschlossen sein sollen. Der zweite Satz des § 932 Abs 1 ABGB läßt sich ganz zwanglos so lesen, daß Ersatzansprüche dann, wenn der Schaden verschuldet wurde, über den Gewährleistungsanspruch hinaus nach den allgemeinen Grundsätzen bestehen (so auch der HHB 174 = Mat. zur III.TN, 296, wonach die genannte Bestimmung im Sinne einer - abgesehen von der Gewährleistungspflicht - nach den allgemeinen Grundsätzen der Verschuldenshaftung begründeten Einstellungsklage zu verstehen sei). Es ist an sich nicht bestritten, daß der Schuldner, der schuldhaft seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen ist, dem Gläubiger zum Ersatz des Nachteils verpflichtet ist, der diesem durch die pflichtwidrige Nichterfüllung entstanden ist; der Gläubiger muß also so gestellt werden, wie wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (Koziol aaO I 34). Es bestehen also keine Anhaltspunkte dafür, daß nach § 932 Abs 1 zweiter Satz ABGB nur der Vertrauensschaden zu ersetzen wäre. Dieser ist nach allgemeiner Auffassung nur bei nicht gültig zustande gekommenen Rechtsgeschäften zu ersetzen und umfaßt den Nachteil, der dadurch entstanden ist, daß auf die Rechtsgültigkeit einer rechtsgeschäftlichen Erklärung oder eines Vertrages vertraut wurde (Koziol aaO I 36). Sowohl die §§ 920 und 921 ABGB als auch die Gewährleistungsbestimmungen und damit auch der Schadenersatzanspruch des § 932 ABGB gehen aber vom gültigen Zustandekommen des Vertrages aus; auch der Rücktritt und die Wandlung sind nur gesetzlich eingeräumte Rechte aus der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des gültig zustande gekommenen Vertrages. Wenn die §§ 918, 922 und 923 ABGB von der bedungenen Weise der Erfüllung und von ausdrücklich bedungenen gewöhnlich vorausgesetzten und stillschweigend bedungenen Eigenschaften sprechen, meinen sie damit immer, daß der Schuldner so erfüllen muß, wie er bedungen, also vertraglich vereinbart hat. Es wurde mit Recht auch darauf ieden, daß die kurze Gewährleistungsfrist nicht bedeuten kann, daß eine Sache nur während der kurzen Gewährleistungsfrist Bestand haben müsse.

Diese Grundsätze gelten jedenfalls für das Werkvertragsrecht. Piskos Lehren beruhen auf der These, daß die Leistung einer Sache mit bestimmten Eigenschaften nicht vereinbart werden könne. Welser weist (aaO 135) zutreffend darauf hin, daß diese Theorie - möge sie nun richtig oder falsch sein - mit dem Werkvertrag nicht das mindeste zu tun habe und von Pisko auf das Werkvertragsrecht auch gar nicht erstreckt worden sei. Der Werkvertrag habe nicht die Lieferung einer schon vorhandenen Sache zum Gegenstand, sondern die Herbeiführung eines im Vertrag beschriebenen Erfolges, zu welcher sich der Unternehmer - abgesehen von den Fällen eines geradezu unmöglichen Erfolges (§ 878 ABGB) - auch wirksam verpflichte und für die er dann auch voll einzustehen habe. Der Lehre Welsers ist beizupflichten. Die jüngere Rechtsprechung hat dem Besteller - wenngleich aus dem Titel des Mangelfolgeschadens - auch den Verbesserungsaufwand, bei Unterbleiben der Mängelbeseitigung die Wertminderung und die Rückzahlung des Werklohns als nutzlosen Aufwand zugebilligt und ihn dabei in Wahrheit so gestellt, als wäre ihm das Erfüllungsinteresse zugesprochen worden. Demgemäß sprach die Entscheidung JBl 1986, 108 auch aus, der Begriff des Mangelfolgeschadens sei eben ausdehnend auszulegen; dies kommt vor allem in der häufig verwendeten Formulierung (zB GesRZ 1987, 38; SZ 54/81 uva) zum Ausdruck, daß es auch als solcher Schaden angesehen würde, wenn die Mangelhaftigkeit einen Schaden am Werk herbeigeführt habe. Daß diese Formel für die Abgrenzung zwischen Mangel und Mangelfolgeschaden wenig aussagekräftig ist, hat schon Welser (aaO 135) bemerkt: Es kann

weder im Einzelfall verlässlich festgestellt werden, was ein Mangel des Werkes und was ein durch den Mangel an eben diesem Werk verursachter Schaden ist, noch erscheint es plausibel, die beiden Nachteile mit unterschiedlichen schadenersatzrechtlichen Folgen auszustatten.

Jedenfalls im Werkvertragsrecht bestehen somit

Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche in voller Konkurrenz nebeneinander. Damit kann der Besteller wegen Mängeln des Werks auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, jedoch innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen sind. Da die klagende Partei vom Beklagten das Deckungskapital für den Verbesserungsaufwand fordert, macht sie in Wahrheit (auch) das Erfüllungsinteresse - so gestellt zu werden, wie wenn der Beklagte einwandfrei erfüllt hätte - geltend. Zur Kontroverse, ob der ursprüngliche unbehebbarer Mangel beim Speziaukauf den Ersatz des Erfüllungsinteresses oder aber nur des Vertrauensinteresses rechtfertigt, muß in diesem Fall ebensowenig Stellung bezogen werden wie zur Frage, ob das Erfüllungsinteresse in allen Fällen auch den Ersatz frustrierter Aufwendungen in sich schließt.

Die Vorinstanzen haben das Klagebegehren abgewiesen, weil die Gewährleistungsfrist abgelaufen sei und die klagende Partei aus den behaupteten Mängeln der Installationsarbeiten des Beklagten keine Schadenersatzansprüche ableiten könne. Das Erstgericht hat darüber hinaus im Rahmen seiner Beweiswürdigung noch festgestellt, daß die behaupteten Mängel gar nicht erwiesen seien. Dagegen wandte sich die klagende Partei mit der Mängel- und der Beweisrüge ihrer Berufung, doch hat das Gericht zweiter Instanz im Hinblick auf seine Rechtsansicht diese nicht erledigt. Dies wird das Berufungsgericht im fortgesetzten Verfahren nachzuholen haben. Sollten dabei die - jedenfalls nach dem Gutachten in diesem Verfahren sowie im Vorprozeß - in der Sphäre des Beklagten aufgetretenen Mängel festgestellt werden, hätte dann der Beklagte gemäß § 1298 ABGB zu beweisen, an der Erfüllung seiner gegenüber der klagenden Partei bestehenden vertraglichen Verpflichtungen ohne sein Verschulden verhindert gewesen zu sein und auch nicht für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einstehen zu müssen (JBI 1979, 259; EvBl 1977/159; SZ 49/66 uva; Koziol aaO I 332, 334 mwN; Reischauer aaO § 1298 Rz 19); außerdem trafe ihn der Haftungsmaßstab des § 1299

ABGB.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 Abs 1 ZPO.

Anmerkung

E19941

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1990:0010OB00536.9.0307.000

Dokumentnummer

JJT_19900307_OGH0002_0010OB00536_9000000_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