

# TE OGH 1985/5/21 20b647/84 (20b648/84)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.05.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Scheiderbauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Kralik, Dr.Melber, Dr.Huber und Dr.Egermann als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A B C des Evangelischen Vereines für Innere Mission in Kärnten, 9560 Feldkirchen/Kärnten, Waiern, vertreten durch Dr.Oskar Stefula, Rechtsanwalt in Villach, wider die beklagte Partei Dipl.Ing.Fritz D, Architekt, 9020 Klagenfurt, St.Veiterstraße 1, vertreten durch Dr.Georg Fertl, Rechtsanwalt in Klagenfurt, und des Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei Firma E & F, Dachdeckungsgesellschaft m.b.H. & Co. KG, 9020 Klagenfurt, Rosentalerstraße 87, vertreten durch Dr.Gerhard Fink, Rechtsanwalt in Klagenfurt, wegen S 429.637,87 s. A., in Folge Revision und Rekurses der beklagten Partei gegen das Urteil und den Beschluß des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgerichtes vom 19.April 1984, GZ.7 R 192/83-26, womit in Folge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt vom 28.August 1983, GZ.27 Cg 284/81-20, teilweise abgeändert und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung 1.) zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Revisionsverfahrens bleiben der Endentscheidung vorbehalten.

2.) den Beschluß

gefaßt:

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist Eigentümerin des Altenheimes 'Abendruh' in Waiern. Für den Umbau und die Neugestaltung dieses Altenheimes erhielt der Beklagte für die erste Baustufe am 2.7.1975 den Auftrag zur Planung, Einreichung und Bauaufsicht. In der ersten Baustufe von etwa 1974 bis 1976 wurde zum westseitigen dreigeschossigen Altbau nach Osten anschließend ein Verbindungstrakt mit dem Stiegenhaus und daran quergestellt ein viergeschossiger Neubau errichtet. In der zweiten Baustufe von etwa 1976 bis 1977 wurden die oberen zwei Geschosse des Altbaues abgetragen und neu errichtet sowie südlich an dem Verbindungstrakt und dem Altbau ein ebenerdiger Vorbau angefügt, dessen

Decke durch eine Dachterrasse gebildet wird. Nach der vom Beklagten durchgeführten Ausschreibung der Professionistenarbeiten wurden die Schwarzdeckerarbeiten an die Firma E & F, die Fliesenarbeiten an die Firma G & H, die Berechnung der Statik an Dipl.Ing.Walter I und die Bauarbeiten an die Firma J & K OHG vergeben.

Aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes und der mangelnden Vertragserfüllung forderte die Klägerin vom Beklagten nach Klausaunderung und -einschränkung zuletzt S 429.637,87 s.A. für die Kosten der Behebung von Schäden und Mängeln am Zubau im Abdichtungs- und Anschlußbereich sowie am Terrassenbelag, Begutachtungshonorar, Heimkostenentfall und Kosten für die Reparatur von Rohrbrüchen. Die Klägerin brachte vor, daß dem Beklagten, der im Bereich der zweiten Baustufe mit der Bauaufsicht betraut gewesen sei, am 30.10.1977 die mangelhafte Ausbildung der Trennfugen am Fliesenbelag auf der Terrasse des eingeschossigen Anbaus aufgefallen sei, worauf er der Klägerin mitteilte, daß diese Mängel von der Fliesenlegerfirma H zu beheben seien.

Mit Klage vom 13.8.1980 (23 Cg 287/83) habe die Klägerin die Firma H auf Ersatz der Verbesserungskosten geklagt. Nach dem Gutachten des in diesem Rechtsstreit von den Streitparteien einvernehmlich bestellten Privatsachverständigen Dipl.Ing.L seien am Anbau nachstehende Mängel aufgetreten: Die Anzahl der Dehnfugen sei zu gering, wobei der Belag ohne Dehnfuge an die Attika anschließe. Die Oberfläche des Fliesenbelages weise eine zu geringe Gefälleausbildung auf. Zwischen der Abdichtungskante und der verlegten Mörtelunterkante fehle eine Gleitschicht. Die Aufkantung der Terrassentürkonstruktion zur Abdichtung sei zu nieder. Die Hochzüge der Abdichtung sei zu nieder. Die Hochzüge der Abdichtung an der Hauswand seien scharfkantig und ohne Übergangskiel eingebaut. Eine durchgehende Gebäudetrennfuge fehle völlig. Diese Mängel seien durch fehlerhafte Detailplanung des Beklagten sowie durch unterlassene Warnpflicht der Firma H und durch schlechte Bauausführung der Professionisten verursacht worden. Für die Mängel, deren Zuordnung an den Verursacher erst durch Öffnen der Terrasse am 28.4.1981 möglich war, hafte der Beklagte als Planer einerseits mit dem Dachdecker und andererseits mit dem Fliesenleger zur ungeteilten Hand.

Erst durch das Gutachten des Dipl. Ing.L vom 20.6.1981 habe die Klägerin Kenntnis über das Ausmaß des Schadens erlangt. Der Beklagte bestritt das Klagsvorbringen und beantragte kostenpflichtige Abweisung des Klagebegehrens. Er wendete ein, daß die Klägerin zur Klage nicht aktiv legitimiert sei, da nicht sie, sondern die M N den Auftrag erteilt habe. Des weiteren sei die Bauaufsicht auf die erste Baustufe beschränkt gewesen. Es lägen auch keine Planungsfehler vor, zumal der Statiker die Anzahl der Trennfugen, somit auch der Gebäudetrennfuge zu berechnen habe. Bei ordnungsgemäßer Bauaufsicht habe der Beklagte die mangelhafte Ausführung der Fugen sofort gerügt. Die M N hätte auf Grund ihrer ausreichenden Erfahrungswerte erkennen müssen, daß das Gefälle nicht ausreiche, eine Gleitschicht nicht notwendig sei und die Abdichtung an der Terrassenkonstruktion ausreichend und üblich sei. Anlässlich der Sanierungsarbeiten der Firma H seien an der Isolierschicht und den Aufzügen Beschädigungen verursacht worden. Die geltend gemachten Behebungskosten seien unangemessen. Vor allem aber sei die Forderung der Klägerin verjährt, da sie bereits im September 1977 von den Schäden Kenntnis erlangt habe.

Die Firma E & F ist auf seiten der Beklagten dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beigetreten und hat insbesondere die Verjährungseinwendung der Beklagten unterstützt.

Gegen die Einwendungen des Beklagten brachte die Klägerin vor, daß der Beklagte durch den Hinweis, daß die Firma H durch unsachgemäße Ausführung der Fliesenschnittkanten den Schaden verursacht habe, die Klägerin in Irrtum geführt habe. Auch habe die Firma E & F mit Schreiben vom 9.7.1981 ihre Haftung ausdrücklich anerkannt, wodurch eine Verjährung unterbrochen worden sei.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt, wobei es im wesentlichen von folgenden Feststellungen ausging:

Zwischen der M N, gemeinnützige Bau-, Wohnungs- und Siedlungsvereinigung Gesellschaft m.b.H., Obirstraße 15, 9020 Klagenfurt, und den O P C des Evangelischen Vereins für Innere Mission in Kärnten wurde am 9.4.1973 ein Betreuungsvertrag geschlossen.

Gegenstand dieses Vertrages war die Errichtung eines Altenheimes und die Sanierung eines Altbauwerks in Waiern. Gemäß § 2 dieses Vertrages ist die Betreuung der Bauvereinigung übertragen, welche ermächtigt ist, im Namen und auf Rechnung des Bauherrn alle Erklärungen abzugeben und Rechtshandlungen vorzunehmen, die zur Erfüllung ihrer Betreuungsaufgaben erforderlich sind.

Gemäß § 3 umfaßt die technische Betreuung die Vorarbeiten für die Erwirkung der behördlichen Baugenehmigungen,

insbesondere Ausfertigung der Pläne, Baubeschreibungen und Aufstellung der Baukosten, Anfertigung der Unterlagen für die Baudurchführung, Vergebung der Bauarbeiten und Lieferung namens und für Rechnung des Bauherrn, Bauleitung und allgemeine Bauaufsicht, sowie Erwirkung der Bauabnahme. Ebenso exakt ist der Bereich der finanziellen Betreuung umschrieben. Am 2.7.1975 erteilte die M N dem Beklagten den Auftrag zur Durchführung der Architektenleistungen für die Errichtung eines Altersheimes in Waiern. Die Tätigkeit des Beklagten umfaßt demnach alle Teilleistungen laut § 36 der Gebührenordnung für Architekten, Auflage 1972, in technischer und geschäftlicher Hinsicht. Im Hinblick auf die besondere Art des Bauvorhabens bestand die Notwendigkeit der örtlichen Bauaufsicht durch den Beklagten. Dem Beklagten oblagen auch die Sicherstellung der gediegenen Ausführung und größten Sparsamkeit im Hinblick auf den sozialen Zweck des Bauvorhabens. Der Beklagte hat diesen Auftrag am 2.Juli 1975 angenommen. In der Folge wurden die Professionistenleistungen vergeben. Die Planung und Bauüberwachung in der ersten und zweiten Baustufe oblag ausschließlich dem Beklagten. In der zweiten Baustufe betraute der Beklagte seinen Angestellten Dipl. Ing.Q mit der Bauaufsicht, der Beklagte hat sich aber auch selbst durch eigene Wahrnehmung über den Baufortschritt an Ort und Stelle informiert. Der im Zuge der zweiten Baustufe an der Südseite der bestehenden Baukörper angebaute Flachbau hat eine Länge von rund 42 m und eine Breite von rund 6 m. Die Decke über diesem eingeschossigen Flachbau wurde als Dachterrasse ausgeführt. Der Gehbelag der Dachterrasse befindet sich in der Höhe des Fußbodens des ersten Obergeschosses im Bereich des Altbaues und des neu errichteten Stiegenhauses (Zwischentrakt). Im März 1977 legte die Firma E & F die Schlußrechnung über die durchgeführte Schwarzdeckabdichtung am Vordach. Am 8.September 1977 legte die Firma H die Schlußrechnung über die durchgeführten Arbeiten in der zweiten Baustufe. Mit Schreiben vom 5.10.1977 teilte der Beklagte der Firma H und der Klägerin mit, daß ihm anläßlich seiner letzten Baustellenkontrolle am 3.10.1977

aufgefallen sei, daß die Trennfugen auf der Terrasse an den Fliesenschnittkanten ohne vorheriges Aufbringen eines Haftmittels ausgebildet worden seien, so daß es bereits zu einem Loslösen des Kittes an der Fliesenschnittkante gekommen sei, wodurch ein Eindringen des Wassers naturgemäß möglich sei. Zur Sanierung schlug er vor, daß der Kitt entfernt und die undichten Fugen mit einem Haftgrund oder Bindemittel vorgestrichen werden, wonach ein dauerelastischer Kitt wieder angebracht werden müßte. In diesem Schreiben erwähnte der Beklagte nicht, daß das Ablösen der Dichtmasse und allenfalls andere Mängel auf eine von ihm verschuldete Fehlplanung zurückzuführen seien. In der Folge wurden durch die Firma H in den Jahren 1977 und 1978 wiederholt Verbesserungsversuche unternommen. Danach wurde der Sachverständige Dipl.Ing.L von den Parteienvertretern beauftragt, ein Privatgutachten zu erstatten. Am 15.7.1981 erstattete Dipl.Ing.L sein Erstgutachten und am 8.12.1981 sein Ergänzungsgutachten zum Erstgutachten. Anläßlich der Befundaufnahme für dieses Privatgutachten am 28.4.1981 wurde durch das Öffnen des Belages klar, welche Fehler von wem zu vertreten sind. Anläßlich der Öffnung des Terrassenbelages kam folgender Aufbau zum Vorschein (von oben nach unten):

Fliesen- und Verlegemörtel 6 bis 8 cm

Feuchtigkeitsisolierung Wärmedämmung PU-Hartschaum 5 cm

Dampfsperre Trenn- und Ausgleichslage Voranstrich

Stahlbetonplattendecke 18 cm.

Nach Plan Nr.197/19 des Beklagten vom 16.7.1974 war folgender

Deckenaufbau vorgesehen:

Waschbetonplatten 50/50/4 - Fugen mit Heiasphalt vergossen

Mörtelbett 2,5 cm Gefällebeton

4 cm voller Deckanstrich aus Heibitumen 85/25

Aufflämmen von 2 Lagen Glasvliesbarn Villas Vetroflexit V 4

1. Lage punktgeflämmt und eine Lage vollgefämmt Voranstrich

Wärmeisolierung Heraklith-PV 7,5 cm Stahlbetondecke

16 cm Auf diesem Plan ist nach Süden ein Gefälle von 1,0 %

dargestellt. Zu den Einzelheiten des Aufbaues wurde folgendes festgestellt:

Die Stahlbetonplattendecke überspannt in Nord-SüdRichtung eine lichte Weite von 5,50 m, die Dicke der Platte ist im Plan mit 18 cm angegeben und hat die Betongüte B 225. Im Anschluß an den Altbau ist die Deckenplatte beweglich gelagert. Südseitig lagert die Deckenplatte am Mauerwerk bzw. auf Fensterstützen auf. Das südseitige Außenmauerwerk im Erdgeschoß im Stiegenbereich schließt mit einer Trennfuge an das ostseitige Mauerwerk des Anbaues an. Diese Trennfuge ist in der Decke in Nord-SüdRichtung nicht durchgehend ausgebildet. Dies hat aber im gegenständlichen Fall keinen Einfluß auf die eingetretenen Mängel der darüber liegenden Konstruktion. Die Feuchtigkeits- und Wärmeisolierung wurde über der Stahlbetonplattendecke von der Firma E & F aufgebaut. Zur Wärmeisolierung wurden Polyurethan-Hartschaumplatten verwendet. Da die Stahlbetonplatte waagrecht geplant und ebenso hergestellt wurde, erfolgte der Aufbau der einzelnen Isolierschichten plangemäß in horizontalen Ebenen. Hinsichtlich der Feuchtigkeitsisolierung liegt demnach ein 'Horizontaldach' vor. In Verbindung mit dem darüber liegenden Aufbau des Gehbelages entspricht diese Art der Ausführung nicht den Regeln der Technik. Nach allgemeiner Erfahrung sind im Mörtelbett verlegte Fliesenbeläge nicht dicht, wobei das Mörtelbett selbst nicht frostsicher ausgeführt werden kann. Eine horizontale Lage der Oberfläche der Feuchtigkeitsisolierung mit darüber liegendem Mörtelbett und Fliesenbelag stellt einen gravierenden konstruktiven Mangel dar. Der Anschluß der Abdichtung an der Türschwelle war so ausgebildet, daß eine bis ca. 1 m hohe Aufkantung der Abdichtung gegeben war. In diesem Bereich beträgt die Dicke der Fliesen und des Verlegemörtels insgesamt 8 cm. Demgegenüber steht eine Aufkantung der Feuchtigkeitsisolierung von 1 cm. Demnach fehlen mindestens 7 cm in der Höhe der Aufkantung. Diese Art der Ausführung führte gezwungenermaßen zum Eindringen von Oberflächenwasser in die Räume nördlich der Terrassentüren. An diesen Stellen hätte die Feuchtigkeitsisolierung auf jeden Fall über die Oberfläche des Fliesenbelages führen und an der Türschwelle wasserdicht einbinden müssen. Hinsichtlich der Anschlüsse zu den nördlichen Terrassentüren liegt daher ein wesentlicher Planungs- und Ausführungsmangel vor. Unabhängig von den Trennfugen mangelt es der Feuchtigkeitsisolierung auf ihrer Gesamtlänge von rund 30 m an einer mindestens einmaligen Durchtrennung in Nord-Süd-Richtung, weshalb es durch Wärmeeinstrahlung in der Feuchtigkeitsisolierschicht zur Ausdehnung kommt, die zu Verwölbungen und zu Hebungen der darüber liegenden Schichten, verbunden mit Rissebildungen, führen. Auf die von der Firma E & F hergestellte Feuchtigkeitsisolierung wurden von der Firma H ohne Einbau einer Trennschicht das Mörtelbett und darin die Fliesen verlegt. Die gesamte Fliesenfläche der Terrasse wurde durch in Nord-Süd-Richtung verlaufende Dehnfugen in insgesamt vier Felder geteilt und die Dehnfugen wurden im Bereich des Fliesenbelages mit dauerelastischem Kitt verschlossen. Nachträglich, im Zuge der Verbesserungsarbeiten, wurden angeblich zwei weitere Dehnfugen nachgeschnitten. Durch die ursprüngliche Fugenanordnung entstanden Flächen von rund 60 m<sup>2</sup>. Bei der gegenständlichen Konstruktion wären Feldgrößen von maximal 20 m<sup>2</sup> erforderlich gewesen. Bei Anordnung einer Trennschicht zwischen Feuchtigkeitsisolierung und Mörtelbett wären dadurch von den übrigen Konstruktionsteilen bewegungsmäßig unabhängige Bereiche entstanden, eine Verbesserung des Abflusses wäre damit aber nicht verbunden gewesen. Die Unterteilung großer Flächen durch Dehnfugen obliegt in erster Linie dem Fliesenleger. Die Dehnfugen hätten bis auf die Oberfläche der Feuchtigkeitsisolierung durchgehen müssen. Da der Verlegemörtel verarbeitungsbedingt nicht frostsicher hergestellt werden kann, besteht bei Belägen im Freien stets die Gefahr der Zerstörung des Verlegemörtels und der Fliesen durch Frost. Diese Gefahr ist umso größer, je geringer das Oberflächengefälle und je dicker die Verlegemörtelschicht ist. Im gegenständlichen Fall war ein zu geringes Oberflächengefälle und eine viel zu dicke Verlegemörtelschicht vorhanden. Als weiterer Nachteil kam noch hinzu, daß die Oberfläche der Feuchtigkeitsisolierung überhaupt kein Gefälle aufwies und daher ein Abfließen von Oberflächenwasser auf die Isolierschicht im Sinne von Fliesen nicht stattgefunden hat. Unter den Fliesen befand sich daher ständig ein wassergesättigter Verlegemörtel, der im Winter infolge Eisbildung zu Schäden an der Fliesenoberfläche führen mußte. Diese Planungsfehler und Ausführungsfehler (zuwenig Dehnfugen, zu geringes Oberflächengefälle, viel zu dickes Mörtelbett und Horizontallage der Feuchtigkeitsisolierung) waren Hauptursache der Schäden am Bodenbelag selbst. Das Eindringen von Feuchtigkeit von der Terrasse in das Hausinnere wurde jedoch durch die mangelhafte Ausführung der Feuchtigkeitsisolierung bei den Anschlüssen zu den Terrassentüren und zum aufgehenden Mauerwerk ermöglicht. Die Bodenkonstruktionen der an die Terrasse angrenzenden Zimmer war stark durchfeuchtet. Eine wesentlich geringere Durchfeuchtung war im Fernsehraum nordseitig des Mittelganges vorhanden. Die Wassergehalte der Zellwolle-Matten und der Sandschüttung waren in den südseitig gelegenen Zimmern so hoch, daß man von einer Durchnässung sprechen muß. An den Leitungsrohren war durch lang anhaltende Feuchtigkeit im Zusammenwirken mit hohem Sulfatgehalt eine starke Außenkorrosion aufgetreten, welche stellenweise zu einer Perforation der Rohrwandungen führte. Die Bodenaufbauten in den

Zimmern im ersten Obergeschoß waren über einen lang andauernden Zeitraum intensiver Durchfeuchtung ausgesetzt. Die Feuchtigkeitseinwirkung erfolgte ausschließlich von der Terrasse her. Die Mängel wurden daher durch Planungsfehler (unabhängig von der Oberflächengestaltung zu geringe Gefälleausbildung), mangelhafte Bauaufsicht (Nichterkennen der planwidrigen Ausführung der Hochzüge) und Ausführungsfehler (Verlegen der Feuchtigkeitsisolierung ohne Gefälle, ohne Hochzug der Anschlüsse an die Terrassentüren durch den Dachdecker; Anbringen des Verlegemörtels auf der waagrecht verlegten Feuchtigkeitsisolierung und Ausbildung zu großer Feldflächen zwischen den Dehnfugen durch den Fliesenleger) verursacht. Weder der Dachdecker noch der Fliesenleger haben diese für Professionisten erkennbaren Mängel der Klägerin unverzüglich in irgendeiner Weise mitgeteilt. In subjektiver Hinsicht war Ende 1977, als der Boden der frei liegenden Terrasse fertiggestellt war, der erste Mangel daran zu erkennen, daß nach Regenfällen Pfützen zurückblieben. Im Jahr 1981, wann genau, kann nicht festgestellt werden, wurde Rektor R von den Herren S und T darüber informiert, daß in den nördlich an die Terrasse anschließenden Räume Feuchtigkeitsflecken auftreten. Wer welchen Mangel zu vertreten hat, konnte die Klägerin im Oktober 1980 noch nicht erkennen. Für den Fachmann war jedoch die Erkennbarkeit der Mängel schon aus den Plänen gegeben. Der wesentlichste Mangel bestand in der horizontal vorgesehenen Lage der Feuchtigkeitsisolierung mit den darüber liegenden Schichten Gefällebeton, Mörtelbett und Waschbetonplatten, wobei das eingezeichnete Oberflächengefälle von 1,0 % insbesondere bei Waschbetonplatten überhaupt keinen oberflächlichen Abfluß des Niederschlagswassers ermöglicht hätte. Später wurden anstelle der Waschbetonplatten Bodenfliesen verlegt, was jedoch den Gefällemangel nicht vermindern konnte. Eine waagrecht verlegte Feuchtigkeitsisolierung ermöglicht nur dann einen Abfluß, wenn darüber liegende Gehbeläge auf der Feuchtigkeitsisolierung nicht vollflächig aufliegen. Dann kommt es zwar an der Oberfläche der Feuchtigkeitsisolierung zu einer Pfützenbildung und im Winter zu Eisbildung, das Niederschlagswasser kann aber trotzdem einigermaßen abrinnen. über eine waagrecht verlegte Feuchtigkeitsisolierung eine Mörtel- und Betonschichte anzubringen und damit jeden Wasserabfluß an der Oberfläche der Feuchtigkeitsisolierung zu verhindern, ist ein grundsätzlicher Fehler. Bei ordnungsgemäßer Ausführung der Hochzüge hätte aber der Gefällemangel nicht unbedingt zum Eindringen von Wasser in die Zimmer führen müssen. Die negativen Auswirkungen hätten sich zumindest auf einen längeren Zeitraum in erster Linie auf den Fliesenbelag und das Mörtelbett beschränkt. Die im Plan offenbar stumpf auf der Oberkante der Hochzüge aufstehende elastische Fugenmasse stellt keine technisch brauchbare 'Verwahrung' dar. Mit Ausnahme der Hochzüge wurde der Warmdachaufbau bis zur Oberfläche der Feuchtigkeitsisolierung nach den Plänen des Beklagten ausgeführt. Anstelle der Hochzüge waren nur Aufkantungen von ca. 1 cm Höhe in der Bauausführung vorhanden. Der Dachdecker hätte die Hochzüge wenigstens in der in den Plänen dargestellten Höhe ausführen müssen. Der mit der Bauaufsicht betraute Beklagte hätte die von seiner Planungsdarstellung abweichende Ausführung erkennen und eine plangemäße Ausführung veranlassen müssen. Ebenso war die zu geringe Anzahl der Dehnfugen während der Bauausführung augenscheinlich. Der Mangel bei den Hochzügen und hinsichtlich der Fugenteilung war für den Fachmann bei einiger Aufmerksamkeit leicht zu erkennen. Weder gegenüber dem Zeugen U, der als Baustellenleiter nur nachträgliche Verblechungsarbeiten beaufsichtigte, noch gegenüber dem Zeugen Q wurde jemals etwas erwähnt, daß das Gefälle der Terrassenkonstruktion zu flach angelegt sei oder daß die Flämmppappe zu wenig hoch an der Nordwand hochgezogen worden sei oder daß das Flachdach undicht sei. Der Zeuge Q hätte es nicht bedenklich gefunden, wenn die Aufkantung der Wassernase bei den Terrassentüren nur 1 cm über dem fertigen Belag zu stehen gekommen wäre. Die von der Firma H wiederholt durchgeführten Verbesserungsversuche, die den Fliesenbelag als solchen betroffen haben, waren untauglich, weil ein Fliesenbelag keine Feuchtigkeit abschirmen soll. Das Wasser kann auch bei einem ausgebesserten Fliesenbelag immer wieder in das Mörtelbett eindringen. Die ganze Terrassenkonstruktion hätte als untauglich entfernt und erneuert werden müssen, egal, ob und wann Wasser eingedrungen ist. Vom Juli 1981 bis März 1982 wurden Sanierungsarbeiten durchgeführt. Dabei beliefen sich die Kosten für die Abdichtung der Anschlüsse auf S 326.836,57, die Kosten für die Sanierung des Terrassenbelages auf S 192.282,70 die Kosten zur Verbesserung und Wartung, welche von der Klägerin nicht begehrt werden, auf S 138.428,49. Auf Honorar für Begutachtung durch den Privatsachverständigen Dipl. Ing.L entfielen hiebei S 46.458,36. Während der Sanierungsarbeiten mußten die Insassen der beiden Altersheimzimmer, die unmittelbar durch Terrassentüren von der Terrasse aus erreichbar sind, vorübergehend verlegt werden. Die Ausnützung der vollen Zimmerkapazität war daher in dieser Zeit nicht möglich. Ein Zimmer kostete damals pro Monat S 7.776. Die Ersparnis für nicht konsumiertes Essen und nicht verschmutzte Wäsche beträgt 30 % hiervon. Die Insassen mußten in andere durch Todesfälle frei gewordene Zimmer verlegt werden. Die Klägerin erlitt hiedurch einen Heimkostenentfall von S 15.552. Mit Schreiben vom 9.7.1981 teilte die Firma E & F

der Klägerin mit, daß sie den im Gutachten des Dipl. Ing.L dargestellten Sachverhalt anerkenne und zur Durchführung von Sanierungsmaßnahmen bereit sei. Ein Verschulden wurde hiebei nicht zugegeben. Mit Schreiben vom 24.6.1981, nach Erstellung des Privatgutachtens durch den Bausachverständigen Dipl.Ing.L, wurde der Beklagte durch den Klagevertreter eingeladen, bis 5.7.1981 eine Stellungnahme zu diesem Gutachten abzugeben. In diesem Schreiben verwies der Klagevertreter auf die Solidarhaftung des Beklagten mit den Firmen H und E & F und schlug eine gemeinsame Besprechung vor. In der von der Klägerin in der Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung am 18.3.1983 gelegten Kostennote scheinen keine Kosten der anwaltlichen Vertretung der Klägerin im Zuge der Ermittlung der bestehenden Mängel und ihrer Ursachen auf. Solche vorprozessualen Kosten wurden nicht verzeichnet. Seit 3.6.1976 wurde der Klägerin durch die V W auf dem Kontonummer 660 ein größerer Kontokorrentkredit eingeräumt. Dieses Konto wies durchgehend einen Debetsaldo mit einem weit höheren Betrag als S 125.000 auf. Für diesen Kredit wurden insgesamt 13,5 % Zinsen in Anrechnung gebracht. Zur Rechtsfrage führte das Erstgericht aus, die M N sei direkter Stellvertreter der Klägerin gewesen, die Rechtswirkungen der von ihr gesetzten Akte seien daher unmittelbar bei der Klägerin eingetreten, die Aktivlegitimation der Klägerin sei somit gegeben. Da nach dem festgestellten Sachverhalt die Ursache der Mängel bzw. der Schäden sowie ihre Zuordenbarkeit hinsichtlich der Verursachung erst ab Oktober 1980 bzw. nach dem Öffnen des Belages zum 28.April 1981 völlig klar erkennbar gewesen sei, beginne die Verjährungsfrist frühestens ab Oktober 1980 zu laufen. Der mit Klage vom 15.7.1981 geltend gemachte Schadenersatzanspruch sei demnach nicht verjährt. Gemäß § 1299 ABGB hafte der beklagte Architekt als Sachverständiger, da die Ausübung seiner Tätigkeit eine besondere Sachkenntnis erfordere. Der Grad der Diligenzpflicht sei hier besonders hervorgehoben. Aus dem festgestellten Sachverhalt gehe eindeutig hervor, daß der Beklagte durch Planungsfehler die Mängel bzw. Schäden am Bodenaufbau der Dachterrasse mit verursacht habe. Im Rahmen der ihm obliegenden Bauaufsicht habe der Beklagte die nicht plangemäße Ausführung der Hochzüge hinsichtlich der Feuchtigkeitsisolierung zu den an die Terrasse im Norden angrenzenden Wänden nicht verhindert. Demnach lägen Verursachung, Verschulden und Rechtswidrigkeit als Voraussetzungen für die Begründung des Schadenersatzanspruches vor. Da der Beklagte sich in der zweiten Baustufe seines Angestellten Dipl.Ing.Q zur Bauaufsicht bediente, und auch dieser nichts gegen die Verursachung der Schäden unternommen habe, hafte der Beklagte gemäß § 1313 a ABGB für den Angestellten als Erfüllungshilfen; der dem Beklagten gemäß § 1298 ABGB obliegende Gegenbeweis gegen die gesetzliche Verschuldensvermutung habe nicht erbracht werden können. Nach dem festgestellten Sachverhalt hätten die Firmen H sowie E & F den Schaden nicht nur durch Ausführungsfehler, sondern auch durch verabsäumte Warnpflichten verursacht.

Bei gemeinsamer Herstellung eines Werkes treffe jeden Unternehmer die Pflicht, alles zu vermeiden, was dessen Gelingen vereiteln könnte. Durch den Umstand, daß sich das Verschulden des Beklagten (Planungsfehler, mangelhafte Bauaufsicht) mit dem Verschulden der Professionisten (Ausführungsfehler, verabsäumte Warnpflicht) mannigfaltig überschneide, sei es unmöglich, die Schadensanteile der einzelnen Verursacher an der Beschädigung zu bestimmen. Da das Verschulden der Verursacher konkurriere, trete gemäß § 1302 ABGB Solidarhaftung ein, zumal im gegenständlichen Fall vor allem hinsichtlich des Beklagten nicht feststellbar sei, in welchem Umfang ihm die Schadensfolgen anzulasten seien. Das Anerkenntnis, Beilage./L, stelle in rechtlicher Hinsicht kein konstitutives Anerkenntnis dar. Vielmehr sei darin nur ein deklaratives Anerkenntnis zu erblicken, welches als solches ein widerlegbares Beweismittel darstelle. Da sich hieraus jedoch kein Anerkenntnis eines Verschuldens ableiten läßt, könne sich ein solches auch nicht auf allfällige Mitverursacher erstrecken. Der Beklagte befindet sich in grob fahrlässigem Zahlungsverzug und hafte demnach gemäß § 1333 ABGB der Klägerin für den Ersatz des nachgewiesenen Zinsenschadens. Infolge Berufung der Beklagten bestätigte das Gericht zweiter Instanz mit Teilurteil die Entscheidung des Erstgerichtes hinsichtlich des Zuspruches von S 367.025,05 s.A. und hob es hinsichtlich des Zuspruches von weiteren S 62.612,82 s.A. unter Beisetzung eines Rechtskraftvorbehaltes auf.

Das Berufungsgericht übernahm die Feststellungen des Erstgerichtes, gelangte aber zu einer teilweise abweichenden rechtlichen Beurteilung. Die zweite Instanz billigte die Auffassung des Erstgerichtes, daß die Verjährungseinrede der Beklagten nicht berechtigt sei.

Der Erstrichter habe auch zutreffend erkannt, daß der Beklagte für das Mißlingen der Feuchtigkeitsisolierung des Horizontaldaches und die darauf zurückzuführenden Feuchtigkeitsschäden im anschließenden Gebäude auf Grund der ihm nach den Feststellungen unterlaufenen, in der Berufung gar nicht bekämpften kausalen Planungsfehler (zu

geringes Gefälle der Terrassenoberfläche; zu geringe Aufkantung der Isolierung im Bereich des Anschlusses an das aufgehende Mauerwerk des an die Terrasse anschließenden Gebäudeteiles), die als Verschulden zu qualifizieren seien, gemäß § 1299

ABGB einzustehen habe. Dazu komme als weiterer Haftungsgrund der Umstand, daß der Beklagte nach den Feststellungen des Erstrichters auftragsgemäß - worin Elemente eines Bevollmächtigungsvertrages gelegen seien - die örtliche Bauaufsicht zu führen hatte. Der Beklagte sei also für die Überwachung der Einhaltung der technischen Regeln bei der Herstellung des Werkes verantwortlich gewesen. Gemäß den § 1299 und 1012 ABGB gingen daher auch die vom Erstrichter festgestellten - teilweise von den Planungsfehlern unabhängigen - Mängel in der Ausführung der Schwarzdeckerarbeiten durch die Firma E & F und der Verfließungsarbeiten durch die Firma G & H, zu Lasten des Beklagten, weil bei pflichtgemäßer Wahrnehmung der Bauaufsicht - sei es durch den Beklagten selbst, sei es durch Dipl. Ing. Q, den der Beklagte mit der Bauaufsicht betraut hatte und für dessen Verschulden er gemäß § 1313 a ABGB wie für eigenes haftet - die festgestellten Mängel in der Herstellung des Werkes vermieden worden wären.

Wie der Erstrichter richtig erkannte, habe der Beklagte beim festgestellten Sachverhalt den ihm gemäß § 1298 ABGB obliegenden Beweis, an der Erfüllung der ihm vertraglich obliegenden Verbindlichkeiten ohne sein Verschulden gehindert gewesen zu sein, weder für sich noch für seinen Erfüllungsgehilfen - die Beweislastumkehr gelte auch für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen - erbracht. Da sich die Anteile des Beklagten und der für die mangelhafte Herstellung des Werkes verantwortlichen Firmen am Schaden - um einen solchen handle es sich auch hinsichtlich der notwendigen Kosten der Verbesserungsarbeiten - nicht bestimmen lassen, hafte der Beklagte gemäß § 1302 ABGB solidarisch für den gesamten Schaden. Entgegen der Ansicht des Beklagten treffe die Klägerin kein ihren Anspruch kürzendes Mitverschulden, weil sie sich gänzlich auf die Sachkunde des Beklagten als Sachverständigen im Sinne des § 1299 ABGB verlassen konnte. Im übrigen sei entgegen den Berufungsausführungen auch kein Mitverschulden der Klägerin eingewendet worden. Unbegründet sei der Einwand, daß der Erstrichter der Klägerin den begehrten Aufwand für die in Eigenregie durchgeführten Reinigungs- und Malerarbeiten zu Unrecht zugesprochen habe, da es sich hierbei um keine 'echten Schadenbehebungskosten' handle. Entgegen der Ansicht des Beklagten könne der Geschädigte, der den Schaden selbst behebe, seinen zur Schadensbehebung gemachten Mehraufwand an Zeit und Geld ersetzt verlangen. Beizupflichten sei aber dem Beklagten, daß der Zuspruch eines Teilbetrages von S 5.122,30 an Kosten der Behebung des Rohrbruches entsprechender Feststellungen über das Schadensausmaß (Höhe der darauf entfallenden Reparaturkosten) entbehre. Diese Feststellung werde in der neuerlichen Entscheidung zu treffen sein. Der Erstrichter habe zwar den vom Sachverständigen an Kosten für die Sanierung des Terrassenbelages ermittelten Betrag von S 203.314,86 zugesprochen, aber diese Kosten nur im Betrag von S 192.282,70 festgestellt, womit der Zuspruch im Umfang eines Betrages von S 11.032,16 nicht durch Feststellungen gedeckt ist, so daß auch hier ein Feststellungsmangel vorliege, der zu beheben sein werde. Nicht entscheidungsreif sei die Sache hinsichtlich des Zuspruches eines Betrages von S 46.458,36 an Honorar des Privatgutachters Dipl. Ing. L. Der Beklagte mache geltend, daß es sich hierbei um vorprozessuale Kosten handle. Wäre dem so, dann läge insoweit Unzulässigkeit des Rechtsweges vor und die Klage müßte in diesem Umfang zurückgewiesen werden. Im vorliegenden Fall sei jedoch der Sachlage nach nicht von der Hand zu weisen, daß die Einholung des Privatgutachtens zur Mängel- und Schadensfeststellung notwendig war, in welchem Fall dieser Aufwand einen Teil des vom Beklagten zu tragenden Verbesserungsaufwandes bzw. Schadens darstellte und von der Klägerin ersetzt begehrt werden könnte. Da diesbezüglich keine Parteienbehauptungen vorliegen, werde vorerst nach § 182 Abs.1 ZPO vorzugehen und sodann nach Verbreiterung der Tatsachengrundlage neuerlich zu entscheiden sein. Ergänzungsbedürftig seien die Feststellungen auch hinsichtlich des die gesetzlichen Zinsen von 4 % übersteigenden Zinsenzuspruches, weil bisher nur feststehe, daß das Kontokorrentkreditkonto der Klägerin bei der V W/Kärnten einen Debetsaldo mit einem 'weit höheren Betrag als S 125.000' aufgewiesen habe. Diese Feststellung lasse nicht erkennen, in welcher Höhe der Debetsaldo tatsächlich bestand, sodaß auch hier erst die erforderlichen Feststellungen zu treffen sein werden. Gegen das Teilurteil des Berufungsgerichtes wendet sich die Revision des Beklagten aus dem Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne der Klagsabweisung; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt. Den Aufhebungsbeschluß bekämpft der Beklagte mit Rekurs und beantragt auch im Umfang der Aufhebung Abänderung im Sinne der Abweisung des Klagebegehrens, allenfalls Aufhebung und Auftrag an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung über die Berufung. In ihrer Revisionsbeantwortung beantragt die Klägerin, der Revision nicht Folge zu geben, in der Rekursbeantwortung, auch dem Rekurs des Beklagten einen Erfolg zu versagen.

## Rechtliche Beurteilung

Keines der Rechtsmittel ist berechtigt.

1.) Zur Revision:

Der Beklagte bringt vor, daß die Klägerin sich auf die Haftung des Beklagten als ausführenden Architekten für Mängel und Schäden berufe; sie hätte daher bereits im Jahre 1977 den Beklagten mit Klage in Anspruch nehmen können. Stattdessen habe sich die Klägerin an die Firma H gewandt, was nicht zu Lasten des Beklagten gehen könne. Hätte sie sich umgehend an den Beklagten gewendet, wäre es möglicherweise gar nicht zum Auftreten der Schäden gekommen. Die Forderung der Klägerin sei daher verjährt.

Demgegenüber hat das Berufungsgericht zutreffend darauf verwiesen, daß die dreijährige Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB erst beginnt, wenn dem Geschädigten der Eintritt des Schadens und die Person des Schädigers soweit bekannt wurden, daß eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann (vgl. SZ 40/40 u.v.a.). Nach den Feststellungen war die Klägerin durch den Hinweis des Beklagten im Schreiben vom 5.10.1977 auf Mängel der Verfliesung, die das Eindringen von Wasser ermöglichen könnten, bereits zu dieser Zeit über das Vorliegen von Mängeln informiert, nicht jedoch darüber, daß diese Mängel durch Planungsfehler des Beklagten verursacht wurden. Mit Rücksicht auf die anschließend von der Firma H vorgenommenen Sanierungsversuche war es aber für die Klägerin im Oktober 1977 jedenfalls noch nicht erkennbar, daß dennoch Feuchtigkeitsschäden auftreten würden. Da auch festgestellt wurde, daß Pfarrer R erst im Jahre 1981 vom Auftreten von Feuchtigkeitflecken in den an die Terrasse anschließenden Räumen in Kenntnis gesetzt wurde, ist das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß die am 15.7.1981 eingebrachte Klage innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist des § 1489 ABGB erhoben wurde.

Der Beklagte führt weiter aus, etwaige Planungsfehler seien ihm deshalb nicht als Verschulden zuzurechnen, weil durch die Professionisten eine dem Plan widersprechende Ausführung erfolgt sei und daher diesbezüglich überholende Kausalität vorliege. Die Professionisten hätten den Beklagten auf die vom Plan abweichende Ausführung und auch auf allfällige Fehler des Planes aufmerksam machen müssen. Für Mängel, die auch bei Aufwendung der höchsten Sorgfalt nicht erkennbar gewesen seien, könne der Beklagte nicht haftbar gemacht werden, vielmehr treffe hierfür die ausführenden Professionisten die alleinige Haftung.

Diesem Vorbringen ist entgegenzuhalten, daß nach den Feststellungen die Feuchtigkeitsschäden im anschließenden Gebäude auf eine mangelhafte Feuchtigkeitssisolierung des Horizontaldaches, verursacht durch Planungsfehler des Beklagten, nämlich zu geringes Gefälle der Terrassenoberfläche, zu geringe Aufkantung der Isolierung im Bereich des Anschlusses an das aufgehende Mauerwerk des an die Terrasse anschließenden Gebäudeteiles, zurückzuführen waren. Daß die Planungsfehler dem Beklagten als Verschulden (§ 1299 ABGB) anzulasten sind, hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt. Die zweite Instanz hat überdies richtig darauf verwiesen, daß dem Beklagten außerdem auftragsgemäß die örtliche Bauaufsicht oblag. Damit war er für die Überwachung der Einhaltung der technischen Regeln bei der Herstellung des Werkes, und zwar nicht nur bei der Planverfassung, sondern auch bei der Ausführung durch die Professionisten verantwortlich. Entgegen der Auffassung der Revision kann somit auch eine dem Plan des Beklagten nicht entsprechende Ausführung der Arbeiten durch die Professionisten dessen Haftung für die festgestellten Mängel nicht aufheben, weil er diese Mängel nach den Feststellungen bei pflichtgemäßer Ausübung der Bauaufsicht rechtzeitig unschwer hätte erkennen können. Der Auffassung der Revision, der Beklagte hafte zufolge 'überholender Kausalität' nicht für Mängel, die durch planwidrige Ausführung der Arbeiten durch Professionisten entstanden sind, ist folgendes zu entgegnen: Die Haftung bei kumulativer (überholender, konkurrierender) Kausalität ist in Lehre und Rechtsprechung unbestritten (Koziol Haftpflicht 2 I 74, Bydlinski, Probleme der Schadensverursachung 16 f und 67 f mwN; EvBl.1959/244). Ihre rechtliche Grundlage ist nach der Lehre in der analogen Anwendung des § 1302 ABGB zu suchen (Koziol aaO 75). Bei vorsätzlicher gemeinschaftlicher Schadenszufügung oder wenn die Anteile nicht bestimmbar sind, tritt nach § 1302 ABGB solidarische Haftung ein. Der Oberste Gerichtshof folgte der Lehre und hat bereits mehrfach die analoge Anwendung des § 1302 ABGB für jene Fälle anerkannt, in denen als Ursache für einen eingetretenen Schaden die schuldhaften oder sonst einen Haftungsgrund bildenden Handlungen mehrerer Personen in Frage kommen, jedoch nicht festgestellt werden kann, welcher der in Betracht kommenden Schädiger den Schaden wirklich verursachte (sogenannte alternative Kausalität). Das Unaufklärbarkeitsrisiko soll nicht der Geschädigte tragen (EvBl.1982/188; 7 Ob 825/82; 1 Ob 26/80). Eine Analogie zu § 1302 ABGB wird in der Lehre auch für den Fall der kumulativen Kausalität vertreten (Koziol a.a.O.). Dem ist zu folgen. Der § 1302 ABGB ordnet eine Haftung für Schäden



an, ohne daß ein Bedingungszusammenhang zwischen der Tat und dem Erfolg nachgewiesen werden muß. Diese Wertung des Kausalitätserfordernisses durch das Gesetz rechtfertigt die analoge Anwendung des § 1302 ABGB auch bei kumulativer Kausalität, bei der jeder der in Betracht kommenden Schädiger - wie auch bei der alternativen Kausalität - ein zur Schadensherbeiführung geeignetes und somit potentiell kausales Verhalten setzte. Selbst wenn jedem der Schädiger wegen des Verhaltens des anderen nach der Lehre von der *conditio sine qua non* nicht als ursächlich zugerechnet werden könnte, würde dies ebenso wie die Unaufklärbarkeit bei bloßem Kausalitätsverdacht nicht zu Lasten des Geschädigten gehen. Eine Interessenabwägung spricht, wie Koziol (a.a.O.) zutreffend hervorhebt, für eine analoge Anwendung des § 1302 ABGB bei kumulativer Kausalität (7 Ob 513/84). Soweit die Revision vorbringt, die Anteile der verantwortlichen Firmen und des Beklagten an den festgestellten Mängeln ließen sich anhand des Sachverständigengutachtens bestimmen, es trete daher keine Solidarhaftung ein, setzt sie sich über die gegenteilige Feststellung des Erstgerichtes hinweg (AS 219, im Rahmen der rechtlichen Beurteilung), daß nicht feststellbar sei, in welchem Umfang dem Beklagten und in welchem Umfang den ausführenden Firmen die Schadensfolgen anzulasten seien. Diesbezüglich ist die Rechtsrüge der Revision daher nicht gesetzmäßig ausgeführt und somit unbeachtlich.

Dem Revisionsvorbringen bezüglich des durch die Firma E & F angeblich verursachten Schadens von S 223.425 liegt kein entsprechendes Sachvorbringen erster Instanz zugrunde, so daß es zufolge des für das Rechtsmittelverfahren geltende Neuerungsverbotens unbeachtlich bleiben muß.

Abgesehen davon, daß der Beklagte in erster Instanz keinen beachtlichen Mitverschuldenseinwand hinsichtlich der Klägerin erhoben hat, findet die Behauptung in der Revision, die Klägerin habe eigenmächtige Änderungen der Werksausführung vorgenommen, in den Feststellungen keine Deckung. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in der Revision war daher nicht einzugehen. Der Revision war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 52 Abs.2, 392 Abs.2 ZPO.

2.) Zum Rekurs:

Der Beklagte bekämpft die Auffassung des Berufungsgerichtes, es könne sich beim Honorar des Privatgutachters Dipl.Ing.L um einen für die Feststellung der Mängel und des Schadens notwendigen Aufwand handeln. Die Klage hätte auch ohne Kenntnis der genauen Schadenshöhe erhoben werden können.

Demgegenüber hat das Berufungsgericht zutreffend darauf hingewiesen, daß im vorliegenden Fall mangels entsprechender Parteibehauptungen noch nicht beurteilt werden könne, ob es sich beim Honorar des Privatgutachtens des Dipl.Ing.L um vorprozessuale Kosten handle, oder die Einholung des Privatgutachtens zur Mängel- und Schadensfeststellung notwendig war. Wohl stellen Kosten eines vor dem Prozeß eingeholten privaten Gutachtens, das der Beweissammlung und Prozeßvorbereitung in diesem Prozeß dienen soll, vorprozessuale Kosten dar, für deren Geltendmachung, sofern ein Hauptanspruch noch besteht, der Rechtsweg unzulässig ist. Die Kosten eines vor Beginn des Prozesses eingeholten Privatgutachtens können aber dann Gegenstand eines Schadenersatzanspruches sein, wenn die Partei an der Sachverhaltsermittlung unabhängig von der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung in einem Prozeß ein besonderes Interesse hat (vgl. EvBl.1962/247, 2 Ob 542/81 u.a.). Gegen die Vornahme der vom Berufungsgericht für erforderlich erachteten Verfahrensergänzung bestehen daher keine Bedenken.

Der Beklagte wendet sich schließlich gegen die Aufhebung des Ersturteils hinsichtlich des die gesetzlichen Zinsen übersteigenden Zinsenzuspruches. Das Berufungsgerichtes sei auf die Frage, ob auf seiten des Beklagten grobe Fahrlässigkeit vorliege, nicht eingegangen; da den Beklagten jedoch am Zahlungsverzug kein grobes Verschulden treffe, wäre die Klage bezüglich des die gesetzlichen Zinsen übersteigenden Zinsbegehrens abzuweisen gewesen.

Hiezu ist folgendes auszuführen: Das Erstgericht ging von einem grob fahrlässigen Zahlungsverzug des Beklagten aus. Das Berufungsgericht hat die Frage der groben Fahrlässigkeit des Beklagten bezüglich des Zahlungsverzuges nicht erörtert, sondern ergänzende Feststellungen über den Debetsaldo des Kontokorrentkredites der Klägerin bei der V W für erforderlich erachtet.

Nach bürgerlichem Recht kann ein über die Verzugszinsen

hinausgehender Anspruch nur im Falle einer bösen Absicht oder auffallenden Sorglosigkeit des Schuldners geltend gemacht werden (SZ 5/53; SZ 47/130 u.a.). Eine auf Verzögerungsabsicht zurückgehende Prozeßführung kann zwar die Annahme eines solches Verschuldens rechtfertigen, doch zieht die Bestreitung eines Anspruches im Prozeß nur dann Schadenersatzpflicht nach sich, wenn der Bestreitende bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen können, daß der Prozeß für ihn aussichtslos ist. Bei der Beurteilung, ob die Bestreitung eines erhobenen Anspruches wider besseres Wissen oder unter Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt erfolgte, ist grundsätzlich ein strenger Maßstab anzulegen.

Es soll das Recht, den Schutz der Gerichte in Anspruch zu nehmen, nicht mit einer abschreckend schwer drückenden Verantwortlichkeit für die Rechtsverteidigung belastet werden. Daher muß eine mißbräuchliche Inanspruchnahme des Gerichtes auch einwandfrei erwiesen sein, um sie einer Partei als Verschulden anrechnen zu können (SZ 51/172 mit weiteren Nachweisen, 4 Ob 113/83 u.a.). Unter Anwendung dieser Grundsätze kann im vorliegenden Fall von einer auffallenden Sorglosigkeit des Beklagten durch Bestreitung des Anspruches der Klägerin nicht gesprochen werden, da die Prozeßführung nicht von vornherein als völlig aussichtslos zu beurteilen war. Dennoch ist die Rechtssache bezüglich des die gesetzlichen Zinsen übersteigenden Zinsenbegehrens der Klägerin noch nicht spruchreif. Wie der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen hat (ZVR 1972/96; SZ 45/63; ZVR 1973/35; 2 Ob 53/77 u.v.a.), ist der Schädiger gemäß § 1323 ABGB, um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, verpflichtet, alles in den vorigen Stand zurückzusetzen oder bei Unmöglichkeit den Schätzwert zu vergüten. Die Regel, daß der Schädiger den Zustand wiederherzustellen hätte, ist allerdings vielfach unanwendbar, sodaß die Behebung des Schadens dem Geschädigten überlassen bleibt, jedoch zu Lasten des Schädigers oder des sonst Ersatzpflichtigen geht. Dieser muß demgemäß für die zur Schadensbehebung zweckmäßig aufgewendeten Mittel aufkommen und die Kosten für die Beschaffung der erforderlichen Mittel tragen. Grundsätzlich ist nämlich davon auszugehen, daß die geschädigte Klägerin vorerst nicht verpflichtet war, eigenes Kapital zur Schadensbehebung zu verwenden. Die Klägerin wäre aber verpflichtet gewesen, den Beklagten aufzufordern, einen Vorschuß für die Kosten der Schadensbehebung zu leisten oder diese selbst zu bezahlen und erst, wenn der Beklagte dies abgelehnt hätte, wäre sie berechtigt gewesen, einen Kredit gegen eine höhere Verzinsung aufzunehmen (vgl. SZ 41/166 u.a.). Anders verhielte es sich nur, wenn der Klägerin, die ein Altenheim betreibt, Kaufmanneigenschaft zukäme, weil es allgemeiner Lebenserfahrung entspricht, daß von einem Kaufmann mit zu verzinsendem Fremdgeld nur gearbeitet wird, wenn die Einsetzung eigenen Kapitals zur Erzielung eines maximalen Unternehmensgewinnes nach der dem Unternehmer zustehenden Beurteilung nicht möglich ist. Infolge des Zahlungsverzuges des Beklagten wäre in diesem Fall die Klägerin nicht in der Lage gewesen, den Bankkredit um den Betrag der Klagsforderung zu senken und sich dadurch der entsprechenden Zinsenlast zu entledigen (vgl. SZ 42/127 u. a.). Im fortgesetzten Verfahren wird daher auch die Frage einer allfälligen Kaufmanneigenschaft der Klägerin bzw. der erforderlichen Aufforderung des Beklagten durch die Klägerin zur Leistung eines Vorschusses auf die Kosten der Schadensbehebung mit den Parteien zu erörtern und es werden die erforderlichen Feststellungen hiezu zu treffen sein. Sollte sich auf Grund dieser Verfahrensergänzung ein Anspruch der Klägerin auf einen den gesetzlichen Zinssatz übersteigenden Zinsbetrag ergeben, wird auch die vom Berufungsgericht für erforderlich erachtete Feststellung hinsichtlich der tatsächlichen Höhe des Debetsaldos der Klägerin bei der VW zu treffen sein.

Im Ergebnis hatte es daher bei der Aufhebung des Ersturteiles im Umfang des Beschlusses des Berufungsgerichtes zu bleiben, so daß dem Rekurs ein Erfolg versagt bleiben mußte.

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

#### **Anmerkung**

E05736

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0020OB00647.84.0521.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850521\_OGH0002\_0020OB00647\_8400000\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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