

# TE OGH 1976/5/11 5Ob529/76

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.05.1976

## Norm

ABGB §932

ABGB §1167

## Kopf

SZ 49/66

## Spruch

Bei schuldhaftem Verzug des Unternehmers bzw. Verkäufers mit der Verbesserung vorhandener behebbarer und wesentlicher Mängel steht dem Besteller bzw. Käufer der Anspruch auf Ersatz der Mängelbehebungskosten zu

OGH 11. Mai 1976, 5 Ob 529/76 (OLG Graz 6 R 140/75; LG Klagenfurt 26 Cg 376/73)

## Text

Auf Bestellung der Klägerin hat der Beklagte im Winter 1970/71 im Zuge der Errichtung der Hotel-Pension in K die Kellerräumlichkeiten des Bauwerkes gegen das Eindringen von Grundwasser abgedichtet.

Mit der Behauptung, die Abdichtung sei nicht gelungen und es sei Grundwasser in die Kellerräume des ihr gehörigen Bauwerkes eingedrungen, begehrte die Klägerin aus den Rechtstiteln der Gewährleistung und des Schadenersatzes den Beklagten zur Zahlung von 190 000 S samt 4% Verzugszinsen als Ersatz des voraussichtlichen Verbesserungsaufwandes zu verurteilen und festzustellen, daß er ihr für alle aus der mangelhaften Durchführung der Abdichtung der Kellerräumlichkeiten der genannten Hotel-Pension in Zukunft allenfalls noch erwachsenden Schäden hafte, für die er aus dem Titel der Gewährleistung oder des Schadenersatzes einzutreten habe. Sie behauptete, den Beklagten vergeblich zur Verbesserung der mangelhaft durchgeführten Abdichtungsarbeiten aufgefordert zu haben, und begründete das Feststellungsbegehren damit, daß sich gegenwärtig noch nicht feststellen lasse, ob nicht weitere kostenbedingende Ursachen des Wassereintrittes vorliegen und sich infolge der derzeitigen Inflation auch noch die voranschlagten Verbesserungskosten wesentlich verändern könnten. Der Beklagte begehrte die Abweisung des Klagebegehrens. Er bestritt die behauptete Mangelhaftigkeit der von ihm durchgeführten Arbeiten und wendete ein, daß für das Eindringen von Wasser in die Kellerräumlichkeiten der Hotel-Pension der Klägerin andere Ursachen vorlägen, die er nicht zu vertreten habe. Es handle sich um Oberflächenwasser infolge von Niederschlägen, das durch die Kelleröffnungen eingetreten sei, um Kondenswasser und um Wasser, das aus verschiedenen Wasserentnahmestellen austrete; außerdem sei anlässlich der Vornahme von Installationsarbeiten eine Beschädigung der von ihm vorgenommenen Abdichtungen eingetreten. Der Gewährleistungsanspruch der Klägerin sei nach der hier zur Anwendung kommenden ÖNORM B 2110 durch Zeitablauf erloschen.

Die Klägerin bestritt, daß das Eindringen von Wasser auf die vom Beklagten behaupteten Ursachen zurückzuführen sei.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren zur Gänze statt und stellte im wesentlichen folgenden Sachverhalt fest:

Noch während der Durchführung der Arbeiten des Beklagten traten Mängel auf: der aufgetragene Hansit-Dichtungsschlamm blätterte an der Nordwand ab. Über Verlangen der Klägerin besserte der Beklagte die schadhafte Stellen aus. Im Februar 1971 waren die Arbeiten der Beklagten beendet, die von ihm am 3. Mai 1971 darüber gelegte Rechnung wurde von der Klägerin bezahlt. Im Frühjahr oder Sommer 1972 war im Kellerraum in der Nordwestseite des Gebäudes Wasser in der Höhe von 3 cm aufgetreten. Auf Grund einer schriftlichen Aufforderung der Klägerin zur Behebung des Mangels unternahm der Beklagte im Verlauf des Jahres 1972 vergebliche Versuche zur Sanierung des Raumes 1. Infolge des hohen Grundwasserspiegels, was auch in den Räumen 2 bis 6.7 a und 7 b Feuchtigkeit eingedrungen. In seinem Brief vom 4. Oktober 1972 behauptete der Beklagte, daß kein Schadensfall vorliege.

Die starke Durchfeuchtung des Kellers erfolgt durch äußere Wassereintritte zum Zeitpunkt hohen Grundwasserspiegels und daraus ergibt sich, daß die Feuchtigkeitsisolierung an der Außenseite des Bauwerkes Mängel und undichte Stellen aufweisen muß. Alle sonstigen Wasserabgabestellen, undichte Rohrleitungen, Eindringen von Regenwasser durch Kellerfenster, Benützung der Dusche im Keller, Ausfall Pumpenanlage für die Abwässer, könnten nur eine zeitweilige Durchfeuchtung verursachen. Die Möglichkeit, daß die Durchfeuchtung von Kondens- und Schweißwasser an der Kellerdecke verursacht wurde, scheidet aus, weil der größte Teil des Gebäudes während der kalten Jahreszeit nicht bewohnt wird und daher die Temperaturunterschiede nicht so groß sein können, daß bedeutende Mengen Schweißwassers entstehen. Der Einfluß schadhafter Installationen auf die Durchfeuchtung ist nur gering und nur an einer Stelle im Bereich des Weinlokals und der dahinter liegenden Abstellräume von größerem Ausmaß, kann jedoch nicht die Ursache der Überschwemmung des Kellers sein. Es ist in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen Dipl.-Ing. Franz R. zwingend anzunehmen, daß das Wasser entweder durch die Bodenplatte oder durch die Kellermauern oder durch den Anschluß zwischen Kellermauer und Bodenplatte eindringt. Eine Beschädigung der von Beklagten angebrachten Isolierschicht des Bauwerkes anläßlich der nachträglichen Vornahme von Installationsarbeiten ist auszuschließen. Der zur Behebung der Mängel der Abdichtung des Bauwerkes erforderliche Arbeits- und Kostenaufwand beträgt 190 000

S.

Das Erstgericht folgerte aus diesem Sachverhalt, daß die Klägerin die mangelhafte Durchführung der Arbeiten des Beklagten und den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und der mangelhaften Ausführung des Werkes nachgewiesen habe, hingegen dem Beklagten nicht der Beweis gelungen sei, daß - mit einer einzigen, jedoch nicht relevanten Ausnahme - die von ihm behaupteten Möglichkeiten Ursachen des Wassereintrittes seien. Dem Klagebegehren sei deshalb stattzugeben, zumal die Höhe des notwendigen Verbesserungsaufwandes, wie er vom Sachverständigen ermittelt wurde, unbekämpft geblieben sei und dem Feststellungsbegehren deshalb Berechtigung zukomme, weil noch nicht gesagt werden könne, mit welchem Erfolg Sanierungsarbeiten verbunden sein werden und ob im Zuge dieser Arbeiten nicht noch weitere Mängel des Werkes des Beklagten hervorkommen. Auch die möglichen Auswirkungen der Inflation auf die Baukosten ließen das Feststellungsbegehren gerechtfertigt erscheinen.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten Folge und wies in Abänderung des Urteiles des Erstgerichtes das gesamte Klagebegehren ab. Es erachtete die vom Beklagten gerügten Verfahrensmängel als nicht gegeben und übernahm in Verwerfung der Beweis- und Feststellungsrüge die Tatsachenfeststellungen des Erstgerichtes. Bei der rechtlichen Beurteilung des Sachverhaltes kam das Berufungsgericht zu folgendem Ergebnis:

Der Beklagte habe seine vertraglich übernommene Verpflichtung zur Abdichtung des Bauwerkes der Klägerin nicht erfüllt und sei daher gemäß § 1167 ABGB gewährleistungspflichtig, denn es liege ein wesentlicher Mangel des Werkes vor. Bei solchen Mängeln stehe dem Besteller das Recht zu, Vertragsaufhebung, Verbesserung, Preisminderung oder Schadenersatz zu fordern. Wenn der Unternehmer die notwendige Verbesserung ablehne, könne der Besteller den Mangel durch einen Dritten beseitigen lassen und zu diesem Zwecke die notwendigen Kosten einklagen. Es handle sich daher im vorliegenden Fall entgegen der Annahme der Klägerin nicht um einen Preisminderungs-, sondern um einen Verbesserungsanspruch. Es sei eine Folge des Erfüllungsverzuges des Beklagten, den er verschuldet habe, daß sich die Kosten der Verbesserung des Werkes höher stellen als sein seinerzeitiger Preis. Der von der Klägerin erhobene Ersatzanspruch wäre daher an sich zu bejahen. Gleiches gelte von ihrem Feststellungsbegehren, das inhaltlich über die Leistungsklage hinausgehe und das geeignete Mittel darstelle, die durch die Ungewißheit der Rechtslage

hervorgerufene Gefährdung der Klägerin zu beseitigen. Die Möglichkeit der Notwendigkeit, weitere Mängel des Werkes zu beheben, lasse das Interesse der Klägerin an der Feststellung der Haftung des Beklagten für Gewährleistungsansprüche berechtigt erscheinen. Dies gelte allerdings nicht für das weitere Begehren auf Feststellung von Schadenersatzansprüchen, weil die Klägerin solche Ansprüche nicht einmal schlüssig behauptet habe.

Gemäß § 933 ABGB, der gemäß § 1167 ABGB auch für Werkverträge gelte, müsse der Besteller, der Gewährleistung fordern wolle, sein Recht, wenn es unbewegliche Sachen betreffe, binnen drei Jahren gerichtlich geltend machen, sonst sei die Klage erloschen. Diese Frist gelte auch für Arbeiten an unbeweglichen Sachen und sei im vorliegenden Fall durch § 13 Abs. 4 der ÖNORM 2110 zulässigerweise auf zwei Jahre verkürzt worden. Ob und wann die Abnahme des Werkes stattgefunden habe, sei nicht behauptet worden. Es stehe aber fest, daß der Beklagte die Arbeiten im Februar 1971 beendet und hierüber der Klägerin am 3. Mai 1971 Rechnung gelegt habe. Gemäß § 12 Punkt 5 der zitierten ÖNORM gelte das Werk drei Wochen nach schriftlicher Mitteilung über die Beendigung der Leistung als abgenommen. Da die Rechnung vom 3. Mai 1971 jedenfalls die Mitteilung über die Beendigung der Leistung enthalte, so gelte die Leistung des Beklagten jedenfalls drei Wochen nach Erhalt dieser Rechnung durch die Klägerin bei Berücksichtigung des Postlaufes mit Ende Mai 1971 als abgenommen. Von diesem Zeitpunkt an habe die zweijährige Gewährleistungsfrist des § 13 Abs. 4 der ÖNORM B 2110 zu laufen begonnen. Damit, daß nach gefestigter Rechtsprechung bei Behebung des gerügten Mangels bzw. Zusage seiner Verbesserung eine neue Gewährleistungsfrist ab Vollendung der Verbesserungsarbeiten zu laufen beginne, sei für die Klägerin nichts gewonnen, weil der Beklagte nicht etwa den gerügten Mangel behoben, sondern das Bestehen eines Mangels in Abrede gestellt und behauptet habe, daß kein Schadensfall vorliege. Der Gewährleistungsanspruch der Klägerin sei daher erloschen.

Schadenersatzansprüche, die nach § 932 Abs. 1 letzter Satz ABGB in Verbindung mit § 1167 ABGB nicht schon den Nachteil betreffen könnten, den sie durch das Vorhandensein des Mangels an sich erleide, sondern nur die darüber hinausgehenden Nachteile, d. h. die Begleitschäden, und deren Ersatz vom Nachweis eines Verschuldens des Unternehmers, z. B. daß ihm der Mangel bekannt gewesen sein müsse abhängig seien, habe die Klägerin nicht schlüssig behauptet. Sie habe nicht behauptet, daß den Beklagten ein Verschulden treffe, sondern lediglich vorgebracht, das Eintreten des Grundwassers in die Kellerräume sei auf mangelhafte Isolierung zurückzuführen, für welche der Beklagte "auch aus dem Titel des Schadenersatzes" verantwortlich sei. Mangelhafte Isolierung löse Gewährleistungsansprüche aus und der Vorwurf des Mangels allein rechtfertige noch nicht einen Schadenersatzanspruch. Durch ihre Behauptung in der Berufungsmittelung, in der Nichterfüllung der Aufgabe des Beklagten liege zweifellos ein Verschulden, denn nach Treu und Glauben hätte er für die zugesicherte Eigenschaft zu sorgen, verwische die Klägerin den Unterschied zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen: für die ersteren sei ein Verschulden nicht erforderlich, für die letzteren müsse ein solches behauptet und bewiesen werden. Worin aber das Verschulden des Beklagten bzw. allenfalls seiner Leute gelegen sein solle, sei nicht ersichtlich. Für das Erstgericht habe bei dieser Sachlage weder Anlaß noch Möglichkeit bestanden, im Rahmen einer Erörterung (§ 182 ZPO) die Klägerin zu einer Konkretisierung ihres Vorwurfes zu veranlassen. Es könne daher dem Klagebegehren auch unter dem Gesichtspunkt des § 932 Abs. 1 letzter Satz ABGB kein Erfolg beschieden sein.

Der Oberste Gerichtshof gab der Revision der Klägerin Folge. Das Urteil des Erstgerichtes wurde mit der Einschränkung wiederhergestellt, daß in dem Ausspruch über das Feststellungsbegehren der Klägerin (Punkt 2 des Urteilsspruches) der Satzteil: "für die sie aus dem Titel der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes einzutreten hat", entfällt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Klägerin begehrte, den Beklagten zum Ersatz der Kosten zu verhalten, die zur Verbesserung des von ihm mangelhaft ausgeführten Werkes, nämlich der Isolierung des Bauwerkes gegen Eindringen von Grundwasser, notwendig sind, und festzustellen, daß er ihr auch für alle aus der mangelhaften Durchführung des Werkes allenfalls in Zukunft noch erwachsenden Schäden hafte, wobei sie sich sowohl auf den Rechtstitel des Schadenersatzes als auch auf jenen der Gewährleistung berief. Dazu brachte sie noch vor, daß der Beklagte vergeblich zur Verbesserung des mangelhaft erbrachten Werkes aufgefordert worden sei.

Die Ansprüche der Klägerin lassen sich aus den Gewährleistungsnormen des ABGB nicht ableiten. Bei behebbaren wesentlichen Mängeln, wie sie nach den Feststellungen der Unterinstanzen dem vom Beklagten erbrachten Werk

anhaften, erhält § 1167 ABGB dem Besteller ebenso wie § 932 Abs. 2 ABGB dem Käufer einer Sache in Gestalt eines verschuldensunabhängigen Gewährleistungsanspruches den Anspruch auf restliche Erfüllung (vgl. Koziol - Welser, Grundriß des bürgerlichen Rechts[3] 1, 188 und Bydlinski in Klang[2] IV/2, 153). Es fehlt jedoch an einer speziellen Bestimmung im Bereich der Normen über die Gewährleistung darüber, was rechtens sein soll, wenn der Unternehmer bzw. der Verkäufer mit der Erfüllung des Verbesserungsanspruches in Verzug kommt (so auch Bydlinski, 153 f). Der OGH hat in bereits gefestigter Rechtsprechung (vgl. JBl. 1974, 477 ff.; JBl. 1972, 205 ff.; JBl. 1972, 149 f.; EvBl. 1971, 263; HS 5373 (44); SZ 25/277; SZ 40/31), die Ansicht vertreten, daß bei schuldhaftem Verzug des Unternehmers bzw. Verkäufers mit der Verbesserung vorhandener behebbarer und wesentlicher Mängel dem Besteller bzw. Käufer der Anspruch auf Ersatz der Mängelbehebungskosten zusteht. Bydlinski (153) und jüngst auch Welser (Gewährleistung und Schadenersatz, JBl. 1976, 127, insbesondere 135 beim Werkvertrag) haben die damit übereinstimmende Ansicht geäußert, daß an der Existenz des Schadenersatzanspruches nach den allgemeinen Regeln über die zu vertretende Nichterfüllung wegen des Interesses, das der Besteller bzw. Käufer an der Verbesserung hat, kein Zweifel bestehen könne.

Die Klägerin hat hier behauptet, daß der Beklagte ein mangelhaftes Werk erbracht und die Verbesserung der Mängel verweigert habe, und sie hat unter Berufung auf den Rechtstitel des Schadenersatzes die Haftung des Beklagten für den notwendigen Verbesserungsaufwand und für allenfalls in Zukunft noch daraus erwachsende Schäden in Anspruch genommen. In Anbetracht dieser anspruchserzeugenden Tatsachenbehauptungen und der daraus abgeleiteten Ansprüche auf Ersatz konnte auch ohne ausdrückliche Behauptung eines Verschuldens des Beklagten kein Zweifel darüber bestehen, daß die Klägerin dem Beklagten schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten vorwirft. Es kann daher nicht gesagt werden, daß der Schadenersatzanspruch der Klägerin aus diesem Grunde unschlüssig sei, wie das Berufungsgericht rechtsirrig angenommen hat.

Wendet man die dadurch die Gewährleistungsnormen nicht beeinträchtigten Regeln des ABGB für den schuldhaften Verzug des Schuldners (§ 920) auf den vorliegenden Fall des speziellen Verzuges des beklagten Unternehmers mit der Erfüllung des Verbesserungsanspruches der klagenden Bestellerin an, so erweist sich das gesamt Klagebegehren als berechtigt.

Es steht fest, daß der Beklagte den vertraglich bedungenen Erfolg, nämlich die Abdichtung des Bauwerkes der Klägerin gegen Grundwasser, nicht erbrachte und den von der Klägerin geltend gemachter Verbesserungsanspruch auch nicht erfüllte. Die Nichterbringung der geschuldeten Leistung - durch ihn selbst oder durch seine Gehilfen (§ 1313a ABGB) - ist dem Beklagten als rechtswidriges Verhalten zuzurechnen (vgl. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I, 268 und die dort in FN 61 angeführte Lehre und Rechtsprechung). Die Klägerin hat auch den ihr aus der mangelhaften Herstellung des Werkes durch den Beklagten erwachsenen Schaden nachgewiesen und dargetan, daß ihr daraus noch weitere Schäden erwachsen können. Es wäre daher Sache des Beklagten gewesen, gemäß § 1298 ABGB zu behaupten und zu beweisen, daß ihn oder seinen Gehilfen (Koziol I, 268) - an der Nichterfüllung seiner vertraglichen Pflicht zur Herstellung des bedungenen Werkes kein Verschulden trifft (vgl. Koziol I, 266). Die Umkehr der Beweislast im Sinne des § 1298 ABGB ist in diesem Fall umso mehr begründet, als die Lebensverhältnisse in der Sphäre des beklagten Schuldners für die Klägerin nicht durchschaubar sind und sie daher in Beweisnotstand geriete, wenn sie das Verschulden des Beklagten beweisen müßte (Koziol I, 266 und in diesem Sinne auch 5 Ob 200/75 und 5 Ob 258/75).

Für den Schadenersatzanspruch der Klägerin sind daher alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und es erweist sich auch das Feststellungsbegehren bezüglich der Ersatzpflicht des Beklagten für alle künftigen Schäden im Sinne der herrschenden Rechtsprechung als berechtigt, die dazu verlangt, daß nur die Möglichkeit solcher Schäden aus dem bereits eingetretenen Schadensereignis nicht ausgeschlossen werden kann (JBl. 1973, 89 u. a.; zuletzt 1 Ob 307, 308/75). Die Überflüssige und in Ansehung von Gewährleistungsansprüchen auch unrichtige Individualisierung des Anspruchstitels der Klägerin im Urteilsspruch zur Feststellung der Ersatzpflicht durch das Erstgericht entsprechend dem Begehren der Klägerin war zu beseitigen. In diesem Sinne konnte auch der Feststellungsausspruch des Erstgerichtes einschränkend wiederhergestellt werden.

#### **Anmerkung**

Z49066

#### **Schlagworte**

Mängelbehebungskosten, bei schuldhaftem Verzug des Unternehmers bzw., Verkäufers mit der Verbesserung

vorhandener behebbarer und wesentlicher, Mängel steht dem Besteller bzw. Käufer der Anspruch auf Ersatz der -, Schuldhafter Verzug, bei - des Unternehmers bzw. Verkäufers mit der, Verbesserung vorhandener behebbarer und wesentlicher Mängel steht dem, Besteller bzw. Käufer der Anspruch auf Ersatz der Mängelbehebungskosten, zu

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1976:0050OB00529.76.0511.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19760511\_OGH0002\_0050OB00529\_7600000\_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)