

# TE OGH 2010/3/3 7Ob211/09v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.03.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schaumüller, Dr. Hoch, Dr. Kalivoda und Dr. Roch als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* OEG, \*\*\*\*\*, vertreten durch RA Dr. Franz P. Oberlercher Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H. in Spittal an der Drau, und der Nebenintervenienten auf Seiten der klagenden Partei 1. B\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Muhri & Wehrschitz, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Graz, und 2. D\*\*\*\*\* G\*\*\*\*\* U\*\*\*\*\*gesellschaft m.b.H., \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Hannes Hammerschmidt und Mag. Gernot Götz, Rechtsanwälte in Spittal an der Drau, gegen die beklagte Partei E\*\*\*\*\* Ges.m.b.H., \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Kleinszig und andere Rechtsanwälte in St. Veit an der Glan, und die Nebenintervenienten auf Seiten der beklagten Partei 1. Dipl.-Ing E\*\*\*\*\* L\*\*\*\*\*, vertreten durch Scherbaum/Seebacher Rechtsanwälte GmbH in Graz, und 2. C\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H., \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gernot Murko und Mag. Christian Bauer, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen 379.000 EUR (sA) und Feststellung, über die außerordentlichen Revisionen der klagenden Partei, der ersten Nebenintervenientin auf Seiten der klagenden Partei, der beklagten Partei und der ersten Nebenintervenientin auf Seiten der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 9. Juli 2009, GZ 6 R 80/09w-221, mit dem das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 25. Februar 2009, GZ 22 Cg 150/02d-205, teilweise abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

## Spruch

Allen Revisionen wird teilweise Folge gegeben.

1. Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass es einschließlich der unangefochten gebliebenen und bestätigten Teile als Teilurteil lautet:

„a) Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 331.440,29 EUR samt 4 % Zinsen vom 1. 7. 2000 bis 5. 9. 2005 und ab 6. 9. 2005 Zinsen aus diesem Betrag in Höhe von 8 %-Punkten über dem am letzten Tag des jeweils vorangegangenen Kalenderhalbjahres geltenden Basiszinssatz binnen 14 Tagen zu bezahlen.

b) Das Mehrbegehren auf Zuspruch weiterer 47.559,71 EUR und das betreffende Zinsenbegehren sowie die Eventualbegehren,

- die beklagte Partei sei schuldig, die von ihr im Haus der klagenden Partei I\*\*\*\*\*, östlich des Stiegenhauses eingebauten mangelhaften ersten und zweiten Geschossdecken durch Abbruch dieser Decken und des hievon betroffenen Gebäudeteils, durch Verfuhr des Abbruchs und durch Wiedererrichtung der abgebrochenen Gebäudeteile und der freitragenden Decken gemäß Baubewilligungsbescheid der Stadtgemeinde S\*\*\*\*\* vom 29. 5. 2000, Zl 6/1310, 2000, mit den diesem Baubewilligungsbescheid zugrundeliegenden Plänen zu sanieren sowie sämtliche durch die Mängel an den Decken bei der vorgeschriebenen Sanierung verursachten Schäden an den

Gipskartonwänden, den abgehängten Decken im Erdgeschoss, Obergeschoss, am Dachaufbau, der Attika, an der Stahltreppe, am Fußbodenaufbau zu beheben sowie sämtliche durch den Abbau zerstörte Installationen (Elektro-, Sanitär- und Fußbodenheizung, EDV-Verkabelung), an Malerei, an Verfließungen und an Trockenausbau wiederherzustellen sowie die Außenanlagen zu sanieren, dies alles jeweils sach- und fachgerecht und kostenfrei für die klagende Partei binnen sechs Monaten bei sonstiger Exekution;

- die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei den Betrag von 154.151,12 EUR samt 4 % Zinsen aus 84.530,46 EUR vom 1. 7. 2000 bis 31. 12. 2003, 4 % Zinsen aus 122.030,90 EUR vom 1. 1. 2004 bis 30. 4. 2005 und 4 % Zinsen aus 154.121,12 EUR seit 1. 5. 2005 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu bezahlen, und es werde gegenüber der beklagten Partei festgestellt, dass sie der klagenden Partei für sämtliche zukünftige Schäden aus den Mängeln und aus der Mängelbehebung an den von ihr im Haus der klagenden Partei I\*\*\*\*\*, eingebauten, östlich des Stiegenhauses befindlichen ersten und zweiten Geschossdecken hafte;

- es werde gegenüber der beklagten Partei festgestellt, dass sie der klagenden Partei für sämtliche Kosten und Schäden hafte, die der klagenden Partei aus dem Abbruch der mit wesentlichen und unbehebaren Mängeln behafteten ersten und zweiten Geschossdecken des im östlich des Stiegenhauses befindlichen Gebäudetraktes im Haus I\*\*\*\*\*, und im Zusammenhang mit der Neuerrichtung der Decken und der betroffenen Gebäudeteile, ausgenommen der eigentlichen Kosten der Deckensanierung selbst entstehen,

werden abgewiesen.

Die Entscheidung über die dem damit entschiedenen Leistungsbegehren zuzurechnenden Verfahrenskosten aller drei Instanzen bleibt dem Endurteil vorbehalten.“

2. Im übrigen Umfang, nämlich hinsichtlich der Abweisung des Begehrens, es werde gegenüber der beklagten Partei festgestellt, dass sie der klagenden Partei für sämtliche zukünftige Schäden aus den Mängeln und aus der Mängelbehebung an den von ihr im Haus der klagenden Partei I\*\*\*\*\*, im Jahre 2000 eingebauten, östlich des Stiegenhauses befindlichen, ersten und zweiten Geschossdecken hafte, und hinsichtlich der Kostenentscheidungen wird das angefochtene Urteil aufgehoben. Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die auf das Feststellungsbegehren entfallenden Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

### **Text**

#### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin ließ im Jahr 2000 in S\*\*\*\*\* ein Geschäftshaus („Büro- bzw Computerhaus“) errichten. Mit der Erstellung der Einreich- und Ausführungspläne, der Ausschreibung sowie der Bauaufsicht und der Baukoordination beauftragte sie ihre erste, Nebenintervenientin (im Folgenden: B\*\*\*\*\* GmbH). Mit der Statik des Bauvorhabens, nicht jedoch mit den statischen Berechnungen für die Hohldielendecken im östlichen Teil des Gebäudes, wurde die zweite Nebenintervenientin der Klägerin (im Folgenden: U\*\*\*\*\* GmbH) beauftragt. Die Beklagte erhielt von der Klägerin den Auftrag zur Ausführung der Baumeisterarbeiten inklusive der Errichtung der Hohldielendecken (Auftragssumme 4.082.470,74 ATS = 296.684,72 EUR). Dem Auftrag vom 2. 6. 2000 wurden unter anderem alle einschlägigen Ö-Normen zugrunde gelegt. Punkt 2.46. („Schadenersatz, allgemein“) der damals geltenden Fassung 3/1995 der Ö-Norm B2110 lautet auszugsweise:

„2.46.1. Hat ein Vertragspartner in Verletzung seiner vertraglichen Pflichten dem anderen schuldhaft einen Schaden zugefügt, so hat der Geschädigte Anspruch auf Schadenersatz wie folgt:

2.46.1.1. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit auf Ersatz des wirklichen Schadens und des entgangenen Gewinns (volle Genugtuung);

2.46.1.2. Bei leichter Fahrlässigkeit auf Ersatz des wirklichen Schadens:

1. bei Rücktritt ohne Begrenzung

2. in allen anderen Fällen mit folgenden Begrenzungen:

...

- bei einer Auftragssumme über 2 Mio ATS bis zu 5 % der Auftragssumme, jedoch höchstens 8 Mio ATS.

...

2.46.4. Für einen Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit der Sache selbst liegt, ist vorrangig Mangelbehebung zu fordern, soweit dies tunlich und wirtschaftlich zumutbar ist.“

Um das Gebäude flexibel nutzen zu können, wünschten die Gesellschafter der Klägerin eine stützenfreie, hallenförmige Ausgestaltung des östlichen Gebäudetrakts. Sie hatten dies der B\*\*\*\*\* GmbH auch mehrmals mitgeteilt. Obwohl es branchenüblich ist, eine ausbedingende Säulen- und Stützenfreiheit schriftlich im Leistungsverzeichnis festzuhalten, unterließ es die B\*\*\*\*\* GmbH dies in dem als Auftragsbestätigung bezeichneten, von ihr formulierten schriftlichen Werkvertrag, anzuführen. In den von ihr der Beklagten mit dem Leistungsverzeichnis ausgehändigten Plänen waren im östlichen Teil des Gebäudes allerdings keine Säulen und keine tragenden Wände, sondern zirka 10 cm dicke, nicht tragende Zwischenwände eingezeichnet. Diese Zwischenwände wurden von der Beklagten derart errichtet, dass sie nicht unmittelbar auf die Decke, sondern auf den Fliesenboden aufgestellt wurden.

Am 15. 6. 2000 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie die Hohldielendecke wegen Lieferproblemen nicht entsprechend dem Bauzeitplan einbauen könne und bot stattdessen den Einbau einer „TT-Rippendecke“ an. Die Klägerin stimmte nach Rücksprache mit der B\*\*\*\*\* GmbH dieser Änderung unter der Voraussetzung der technischen Gleichwertigkeit und Kostengleichheit zu. Der Geschäftsführer der Beklagten erkundigte sich bei der U\*\*\*\*\* GmbH, ob gegen den Einbau einer Rippendecke statische Bedenken bestünden. Dies wurde von der U\*\*\*\*\* GmbH verneint, worauf die Klägerin der Beklagten den Auftrag zur Errichtung der Rippendecke erteilte. Eine statische Berechnung der Rippendecke hat die U\*\*\*\*\* GmbH nicht durchgeführt. Diese Berechnung sollte von der zweiten Nebenintervenientin der Beklagten (im Folgenden: C\*\*\*\*\* GmbH) vorgenommen werden, die von der Beklagten mit der Lieferung der TT-Rippendecken betraut worden war. Diese wiederum zog den ersten Nebenintervenienten der Beklagten dem Verfahren (im Folgenden: Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* ) bei, der Bewehrungsskizzen und einen Bewehrungsplan verfasste. Nach den Angaben dieses Bewehrungsplans wurde die Decke von der C\*\*\*\*\* GmbH ausgeführt und von der Beklagten eingebaut. Für die B\*\*\*\*\* GmbH war bei Einbau der Decke nicht erkennbar, dass diese eine zu geringe Stärke aufwies. Auch einem Statiker wäre dies ohne nachzurechnen nicht aufgefallen. Obwohl bereits im September 2000 eine Durchbiegung der Decke wahrgenommen wurde, hielt man mit den Bautätigkeiten nicht inne, da Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* bei einer nach Urgenz der Beklagten vor Ort durchgeführten Überprüfung die Decke als statisch in Ordnung befand.

Ein Angestellter der B\*\*\*\*\* GmbH teilte der U\*\*\*\*\* GmbH mit E-Mail vom 16. 6. 2000 mit, dass nach Rücksprache mit der Klägerin die Abänderung der Hohldielendecke auf eine TT-Rippendecke vereinbart worden sei. Die U\*\*\*\*\* GmbH werde daher gebeten, die Pläne dieser neuen Gegebenheit anzupassen und unter der Voraussetzung der Freigabe des Deckensystemwechsels der B\*\*\*\*\* GmbH zur Freigabe zu übermitteln. In der Folge übermittelte die U\*\*\*\*\* GmbH der B\*\*\*\*\* GmbH Pläne, die sich auf Anschlussdetails, nicht aber auf die Statik bezogen. Mit der Überprüfung und Berechnung der Statik hinsichtlich der Rippendecken war die U\*\*\*\*\* GmbH nicht beauftragt. Weil man diesbezüglich nichts mehr von der U\*\*\*\*\* GmbH hörte, ging die B\*\*\*\*\* GmbH - ohne bei der U\*\*\*\*\* GmbH nachzufragen - davon aus, dass die Freigabe erfolgt sei. Eine Freigabe erfolgte damals branchenüblich schriftlich. Die U\*\*\*\*\* GmbH hatte auf das E-Mail der B\*\*\*\*\* GmbH vom 16. 6. 2000 nicht reagiert, weil der Geschäftsführer der Beklagten auf die Frage, ob die Rippendecke statisch zu berechnen sei, erklärt hatte, dass die Statik vom Produzenten besorgt werde. Einen Auftrag zur statischen Überprüfung hätte die U\*\*\*\*\* GmbH im Übrigen nur von der Klägerin und nicht von der B\*\*\*\*\* GmbH entgegengenommen. Obwohl eine Überprüfung der Statik der Rippendecken nicht erfolgte und diesbezüglich auch keine Freigabe durch die B\*\*\*\*\* GmbH oder die U\*\*\*\*\* GmbH vorlag, wurden die Decken eingebaut.

Eine förmliche, nach der betreffenden Ö-Norm vorgesehene, Schlussabnahme des Bauwerks hat nicht stattgefunden.

Die im östlichen Teil des Gebäudes eingebauten Zwischendecken (TT-Rippendecken) sind gebrauchsuntauglich, weil eine zu geringe Auflast gegeben ist, die Decke mit einem zu geringem Stich gefertigt wurde, eine zu geringe Aushärtungszeit beim Einbau gegeben war und eine zu geringe Nutzhöhe vorhanden ist. Eine Überprüfung der statischen Berechnung fehlte. Maßgebliche Eckpfeiler einer statischen Berechnung sind die Tragfähigkeit und die Gebrauchstauglichkeit. Zum Nachweis der Gebrauchstauglichkeit ist die Durchbiegung (Gesamtverformung) zu berechnen und die Überhöhung zu ermitteln. Eine Rippendecke kann erst dann als statisch in Ordnung qualifiziert werden, wenn der Nachweis der Tragfähigkeit und Gebrauchstauglichkeit erfüllt ist.

Eine Sanierung der mangelhaften Decken in Form einer säulenfreien, hallenförmigen Ausführung ist derart möglich, dass der östliche Gebäudeteil abgebrochen und neu errichtet wird. Dies erforderte Kosten von ca 486.000 EUR; der Teilabbruch würde 61.000 EUR kosten. Eine Sanierung der gebrauchsuntauglichen Decken wäre auch durch Anordnung von Stützen im Erdgeschoss und im Obergeschoss möglich. Die Kosten dieser Sanierung würden 230.000 EUR betragen und die Bauzeit zirka 10 bis 14 Tage. Eine weitere Sanierungsmöglichkeit wäre das Abhängen der Decken und die Aufstockung des Gebäudes. Diese Sanierung würde zirka 350.000 EUR kosten, die Bauzeit zirka 12 bis 14 Wochen betragen. Während der Dauer der Sanierungsarbeiten müsste der Betrieb ausgesiedelt werden, wobei Kosten in Höhe von 77.440,29 EUR anfallen würden.

Die Klägerin hat mit der A\*\*\*\*\* Gesellschaft m.b.H. einen Mietvertrag ab 1. 1. 2001 geschlossen. Dass der Klägerin ein Schaden durch Mietzinsreduktion oder von ihr zu ersetzendes, entgangenes Schulungsentgelt ihrer Mieterin entstanden ist, konnte nicht festgestellt werden.

Die Beklagte hat am 5. 3. 2001 zu 26 Cg 35/01w des Landesgerichts Klagenfurt gegen die C\*\*\*\*\* GmbH eine Klage auf Zahlung von 3,5 Mio ATS (= 254.354,92 EUR) eingebracht. In diesem Verfahren wurde vom beigezogenen Sachverständigen im Einvernehmen mit den Parteien die Sanierungsvariante durch Abhängen der Decken und Aufstockung des Gebäudes ausgearbeitet und für dieses Projekt eine Baubewilligung eingeholt. Es wurden provisorische Stützen im Erdgeschoss angebracht, wodurch eine zunächst nicht auszuschließende Einsturzgefahr gebannt wurde. Durch die provisorisch zur Sicherung aufgestellten Säulen ist eine Beeinträchtigung des Schulungsbetriebs nicht mehr gegeben. Aus EDV-Sicht ist der Schulungsraum derzeit brauchbar. Durch den unebenen Fußboden wird die EDV nicht beeinträchtigt. Die vom Sachverständigen ausgearbeitete Sanierungsvariante wurde nicht durchgeführt, weil eine Einigung über die von der Klägerin geltend gemachten Mangelfolgeschäden nicht erzielt werden konnte.

Die Klägerin beehrte im vorliegenden Rechtsstreit, der sich im zweiten Rechtsgang befindet, zuletzt (nach mehreren Klagsausdehnungen und -einschränkungen) 379.000 EUR sowie die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche zukünftige Schäden aus den Mängeln und aus der Mängelbehebung an den von ihr im östlichen Gebäudeteil eingebauten Decken des ersten und zweiten Geschosses. Das Zahlungsbegehren setzt sich zusammen aus Abbruchkosten in Höhe von 61.000 EUR, Sanierungskosten von 226.895,50 EUR und den Kosten der EDV-Aussiedlung (Containermiete etc für die Zeit der Sanierung) in Höhe von 80.000 EUR, abzüglich des einbehaltenen Werklohns von 33.895,50 EUR und zuzüglich Mindermietzinse und entgangenes Schulungsentgelt für die Zeit von Jänner 2006 bis Dezember 2006 in Höhe von 15.000 EUR sowie einer „Wertminderung“ von 30.000 EUR, die das Objekt im Fall einer Sanierung durch Errichtung von Stützen erfahre. Dazu wurden „aus Gründen besonderer Vorsicht“ noch die drei aus dem Spruch ersichtlichen Eventualbegehren gestellt. Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, sie habe Anspruch auf eine säulenfreie Sanierung, da eine hallenförmige Ausführung in den - Vertragsbestandteilen gewordenen - Plänen vorgesehen und daher vereinbart worden sei. Ein Mitverschulden oder ein ihr anzurechnendes Mitverschulden einer ihrer Nebenintervenienten treffe sie nicht. Die B\*\*\*\*\*GmbH habe die Baukoordination korrekt ausgeführt. Die statische Berechnung der Decken sei im Verantwortungsbereich der Beklagten gelegen, die eine mängelfreie und daher auch statisch einwandfreie Rippendecke zu liefern und einzubauen gehabt hätte. Der Deckenwechsel sei von der Beklagten vorgeschlagen worden, die auch die Überprüfung der statischen Gleichwertigkeit vorzunehmen gehabt hätte. Die Unterlassung dieser Prüfung habe die Beklagte zu verantworten. Diese habe für die groben Fehler ihrer Nebenintervenienten als Erfüllungsgehilfen aus Gewährleistung und Schadenersatz uneingeschränkt einzustehen. Eine Begrenzung der Schadenersatzansprüche entsprechend Punkt 2.46. der Ö-Norm B2110 sei sittenwidrig. Im Übrigen liege ohnehin ein grob fahrlässiges Vorgehen der Beklagten und deren Nebenintervenienten vor, sodass eine Haftungsbegrenzung nach dieser Bestimmung ausscheide.

Die Beklagte und ihre Nebenintervenienten wendeten im Wesentlichen ein, eine säulenfreie Ausführung sei nicht ausbedungen worden. Es entspreche den Usancen des Baugewerbes, derartiges schriftlich, etwa im Leistungsverzeichnis, festzuhalten. Eine förmliche Übernahme sei nur dann für den Beginn der Gewährleistungsfrist bedeutsam, wenn eine solche überhaupt noch zu erwarten sei. Die klagende Partei habe selbst vorgebracht, dass seit Juli 2002 eine Verbesserung abgelehnt worden sei. Sie habe nach ihrem eigenen Vorbringen daher ab Juli 2002 damit rechnen müssen, dass eine förmliche Übernahme nicht erfolgen werde. Die B\*\*\*\*\* GmbH habe vereinbarungsgemäß ein Anordnungsrecht gegenüber der Beklagten gehabt. Sie habe aber nicht dafür Sorge getragen, dass im die Statik betreffenden Bereich ein sachgerechter Ablauf gewährleistet gewesen sei. Fragen der statischen Grundlagen des

Deckenwechsels seien nicht der Bauaufsicht, sondern der Baukoordination zuzuordnen. Es wäre daher an der mit der Baukoordination beauftragten B\*\*\*\*\* GmbH gelegen gewesen, beim Wechsel des Deckensystems dafür zu sorgen, dass sämtliche Unterlagen vorlägen und die Gleichwertigkeit geprüft werde. In der Unterlassung dieser Verpflichtungen durch die B\*\*\*\*\* GmbH liege eine der Klägerin anzulastende Fehlleistung im Rahmen der Koordinierungsverpflichtung. Auch der Anspruch auf Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden und das Zinsenbegehren, soweit es nicht der ursprünglichen Klagsführung entspreche, seien verjährt. Sofern diese Ansprüche auf Schadenersatz gestützt würden, sei die Begrenzung nach der vereinbarten Ö-Norm B2110 heranzuziehen. Infolge Personenidentität der Gesellschafter der Klägerin und der Mieterin könnten Mietzinsminderungen und entgangenes Schulungsentgelt nicht geltend gemacht werden, da der Mangel bei Abschluss des Mietverhältnisses bekannt gewesen sei.

Das Erstgericht gab der Klage im zweiten Rechtsgang im Umfang von 119.824,60 EUR (sA) statt und wies das Mehrbegehren von 259.175,40 EUR (sA), das Feststellungsbegehren und die Eventualbegehren ab. Die von ihm getroffenen und vom Berufungsgericht (mit einer Ausnahme) gebilligten, bereits eingangs zusammengefasst wiedergegebenen, Sachverhaltsfeststellungen beurteilte das Erstgericht rechtlich im Wesentlichen wie folgt: Die Beklagte habe kein mangelfreies Werk erbracht. Die Rippendecken seien aus mehreren Gründen gebrauchsuntauglich, was die Beklagte und deren Gehilfen (ihre Nebenintervenienten) zu verantworten hätten. Einer der Gründe der Gebrauchsuntauglichkeit sei die fehlende Überprüfung der statischen Berechnung der Decken. Wäre diese Überprüfung erfolgt, wäre die Gebrauchsuntauglichkeit aufgefallen. Das Unterbleiben dieser Überprüfung stelle einen Koordinierungsfehler dar, der der Klägerin zuzurechnen sei. Die von dieser mit der Baukoordination beauftragte B\*\*\*\*\*GmbH habe die notwendigen Koordinierungsmaßnahmen unzulänglich wahrgenommen. Dieser Baukoordinationsfehler begründe ein Mitverschulden der Klägerin von 50 %. Der Mangel sei behebbbar. Da eine hallenförmige und säulenfreie Ausführung des Bauwerks im Leistungsverzeichnis schriftlich festgehalten hätte werden müssen und daher zwischen den Streitparteien nicht ausbedungen worden sei, sei die Sanierung durch Stützen zulässig. Dies begründe einen Verbesserungsanspruch der Klägerin in Höhe von 230.000 EUR sowie 77.440,29 EUR. Unter Berücksichtigung des Mitverschuldens von 50 % und des einbehaltenen Werklohns (von 33.895,50 EUR) ergebe dies den zugesprochenen Betrag von 119.824,60 EUR (sA). Die im Rahmen der Sanierung der Decken anzubringenden Säulen führten zu keiner Nutzungsbeeinträchtigung. Die in Punkt 2.46.1.2. der Ö-Norm B2110 vereinbarte Begrenzung des Schadenersatzanspruchs mit 5 % der Auftragssumme, sohin mit 12.773,61 EUR, sei wirksam; es liege keine grobe Fahrlässigkeit vor. Im Übrigen habe nicht festgestellt werden können, dass der Klägerin der behauptete Schaden von 15.000 EUR aus Mietzinsminderung oder entgangenem Schulungsentgelt tatsächlich entstanden sei. Das Feststellungsbegehren sei nicht begründet, da die Möglichkeit künftiger Schäden nicht bestehe; es sei auch verjährt.

Das von der Klägerin, der B\*\*\*\*\* GmbH und der Beklagten angerufene Berufungsgericht bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung hinsichtlich der Abweisung des Feststellungsbegehrens und der Eventualbegehren. Im Übrigen änderte es das Ersturteil in teilweiser Stattgebung der Rechtsmittel der Klägerin und der B\*\*\*\*\* GmbH dahin ab, dass es die Beklagte verpflichtete, der Klägerin 219.184,70 EUR (sA) zu bezahlen; das Mehrbegehren von 159.815,30 EUR (sA) und ein Zinsenmehrbegehren wurden abgewiesen. Das Berufungsgericht führte dazu, soweit im Revisionsverfahren noch relevant, aus:

Es sei noch „altes“ Gewährleistungsrecht anzuwenden. Die von den Streitparteien vereinbarte einschlägige Ö-Norm B2110 schränke bei einem - hier vorliegenden -Unternehmergeschäft bei wesentlichen behebbaren Mängeln die Wahlmöglichkeit des Auftraggebers nach dem ABGB auf den Verbesserungsanspruch ein. Das Erstgericht sei zutreffend von einem wesentlichen, behebbaren Mangel ausgegangen und habe die Sanierungsvariante durch Anordnung von Stützen im Erd- und Obergeschoss als die wirtschaftlich tunlichste Variante angesehen. Für die Frage der Behebbarkeit eines Mangels sei die konkrete Bedeutung seiner Behebung für den Besteller im Verhältnis zu den für den Unternehmer entstehenden Aufwendungen entscheidend. Die Sanierungsvariante durch Anordnung von Stützen sei der Klägerin zumutbar, da der Aufwand der anderen Sanierungsvarianten von 486.000 EUR plus 61.000 EUR bzw 350.000 EUR in keinem Verhältnis zur Bedeutung des Mangels für die Klägerin stehe. Die von dieser behauptete Unzumutbarkeit der Sanierungsvariante mit Stützen sei im Hinblick auf die damit verbundene Wertminderung des Objekts von lediglich 30.000 EUR und den Umstand, dass die Stützen- bzw Säulenfreiheit von den Streitparteien bei Abschluss des Bauwerkvertrags nicht ausdrücklich als zugesicherte Eigenschaft vereinbart worden sei, nicht gegeben. Dessen ungeachtet schulde die Beklagte der Klägerin zwar die Wiederherstellung dieser tatsächlich

entsprechend den Plänen erfolgten Ausführung. Die Beklagte sei aber im Rahmen des Verbesserungsanspruchs der Klägerin wegen der bei den anderen Varianten gegebenen Unverhältnismäßigkeit nur zur kostengünstigeren Sanierung mit Stützen verpflichtet. Die damit verbundene Wert- bzw Preisminderung des Objekts (wegen der beschränkten Nutz- und Vermietbarkeit) sei der Klägerin jedoch im Rahmen des ihr zustehenden Gewährleistungsanspruchs in der Höhe nach außer Streit gestellten Betrag von 30.000 EUR abzugelten.

Der Bauherr sei grundsätzlich verpflichtet, die Leistungen der Unternehmer zeitlich und technisch fachgerecht zu koordinieren; er müsse Anordnungen zum fachgerechten Zusammenwirken der Professionisten treffen und eine fehlerfreie Gesamtplanung sicherstellen. Begehe ein vom Bauherrn beigezogener Fachmann einen Koordinierungsfehler, so habe ihn der Bauherr zu vertreten. Die B\*\*\*\*\* GmbH habe die ihr von der Klägerin übertragene Koordinationspflicht nicht ordnungsgemäß wahrgenommen, da sie nicht für eine Überprüfung der statischen Berechnung der Rippendecke gesorgt habe. Dieser Koordinationsfehler sei der Klägerin zuzurechnen. Da auch bei Gewährleistungsansprüchen die Mitverschuldensregel analog anzuwenden sei, müsse sich die Klägerin daher ein Mitverschulden im Sinn des § 1304 ABGB anrechnen lassen. Bei Abwägung des beiderseitigen Fehlverhaltens sei zu berücksichtigen, dass der Beklagten mehrfache Fehlleistungen zur Last zu legen seien (zu geringe Auflast; Fertigung mit zu geringem Stich; zu geringe Aushärtungszeit). Es dürfe auch nicht übersehen werden, dass der Beklagten die Werkplanung der Decken und auch die statische Berechnung oblegen seien. Bei Berücksichtigung dieser Umstände sei eine Verschuldensaufteilung von 3 : 1 zu Lasten der Beklagten angemessen. Ausgehend von dieser Verschuldensanteile errechne sich der Gewährleistungsanspruch der Klägerin mit 219.184,70 EUR (Sanierungskosten von 230.000 EUR und 77.440,29 EUR zuzüglich der Wertminderung von 30.000 EUR; davon 75 % = 253.080,20 EUR abzüglich des restlichen aushaftenden Werklohns von 33.895,50 EUR).

Die Problematik, ob die in der Ö-Norm B2110 enthaltene schadenersatzrechtliche Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit gröblich benachteiligend oder sittenwidrig sei, müsse nicht weiter erörtert werden. Bei den Verbesserungskosten und der Wert- bzw Preisminderung handle es sich nämlich um Gewährleistungsansprüche, die von dieser Haftungsbeschränkung nicht umfasst seien. Hinsichtlich der von der Klägerin geltend gemachten Mangelfolgeschäden habe wiederum der Eintritt eines konkreten Schadens von der Klägerin nicht nachgewiesen werden können.

Zwar sei ein rechtliches Interesse für ein Feststellungsbegehren, wonach die Beklagte als Werkunternehmer für künftige Schäden einzustehen habe, gegeben, da die Möglichkeit solcher Schäden aufgrund des bereits eingetretenen Schadensereignisses nicht ausgeschlossen werden könne. Die diesbezügliche Negativ-Feststellung des Erstgerichts könne nicht übernommen werden. Durch die fristgerechte Einbringung der Feststellungsklage sei die Verjährung aller in diesem Zeitpunkt zukünftigen Schadenersatzansprüche ursprünglich auch unterbrochen worden. Die Klägerin habe jedoch in der Verhandlung am 20. 4. 2007 erklärt, dass das Wort „zukünftige“ im Feststellungsbegehren zu entfallen habe. Die Klägerin habe dabei übersehen, dass ein Feststellungsinteresse der Haftung für gegenwärtige Schäden nicht gegeben sei, da diese mit Leistungsklage geltend zu machen seien. Die betreffende Prozessklärung sei als Klageseinschränkung aufzufassen. Der fallengelassene Anspruchsteil - die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche zukünftige Schäden aus den Mängeln und aus der Mängelbeseitigung - sei ohne prozessuale Beschränkungen neu einklagbar gewesen. Die Klägerin habe zwar im fortgesetzten Verfahren die seinerzeitige Prozessklärung wieder zurückgezogen, eine Zurücknahme der Klageseinschränkung sei zu diesem Zeitpunkt aber nicht mehr zulässig gewesen; die Prozessklärung stelle vielmehr eine neue Einklagung bzw eine Klagsausdehnung auf die Feststellung der Haftung der Beklagten für sämtliche zukünftige Schäden dar. Dem habe die Beklagte zutreffend den Einwand der Verjährung entgegengehalten.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, da Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung im Sinn des § 502 Abs 1 ZPO nicht zu entscheiden gewesen seien.

Gegen das Urteil des Berufungsgerichts richten sich die außerordentlichen Revisionen der Klägerin und der B\*\*\*\*\* GmbH einerseits sowie der Beklagten und des Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* andererseits, in denen jeweils unrichtige rechtliche Beurteilung als Revisionsgrund geltend gemacht wird. Die Klägerin und die B\*\*\*\*\* GmbH streben eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung der zweiten Instanz dahin an, dass dem Hauptbegehren, allenfalls einem der Eventualbegehren, vollinhaltlich stattgegeben werde. Von der Beklagten und Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* wird hingegen beantragt, das angefochtene Urteil dahin abzuändern, dass dem Klagebegehren lediglich im Umfang von 87.491,30 EUR bzw 134.824,64 EUR stattgegeben und das Mehrbegehren abgewiesen werde. Hilfsweise wird von allen vier

Revisionswerbern der Antrag gestellt, die Entscheidung des Berufungsgerichts aufzuheben und die Rechtssache zur Verfahrensergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erst- oder an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Alle Prozessbeteiligten haben Revisionsbeantwortungen erstattet.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revisionen sind entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts zulässig, weil die Rechtslage in mehrfacher Hinsicht verkannt wurde. Die Revisionen der Klägerin und der B\*\*\*\*\* GmbH sind auch weitgehend berechtigt. Den Revisionen der Beklagten und des Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* kommt hingegen nur in einem Teilbereich im Ergebnis Berechtigung zu.

Da der (Bau-)Werkvertrag von den Parteien vor dem 31. 12. 2001 abgeschlossen wurde, sind (unstrittig) noch die vor der Reform des Gewährleistungsrechts durch das GewRÄG 2001 (BGBl I 2001/48) geltenden Rechtsnormen anzuwenden. In dritter Instanz ist ebenso nicht mehr strittig, dass die von der Beklagten errichteten Geschossdecken an einem wesentlichen Mangel leiden. Von der Klägerin wird in erster Linie das Deckungskapital für die Behebung dieses Mangels begehrt. Die im Revisionsverfahren noch wesentlichen Streitpunkte werden der Reihe nach dargestellt und auf die jeweiligen Rechtsrügen der Revisionswerber wird gemeinsam eingegangen.

Gegensätzliche Ansichten werden in den Revisionen und Revisionsbeantwortungen der Streitteile vor allem weiterhin zur Frage vertreten, ob die Klägerin Anspruch auf die Kosten der Sanierungsvariante „ohne Säulen“ hat oder ob sie lediglich eine kostengünstigere Mängelbehebung durch Aufstellen von Säulen (Stützen) plus Abgeltung der dadurch eintretenden, mit 30.000 EUR der Höhe nach außer Streit stehenden, „Wertminderung“ verlangen kann. Schon das Berufungsgericht hat grundsätzlich zutreffend erkannt, dass die Parteien entsprechend den Einreich- und Ausführungsplänen eine säulenfreie, hallenförmige Ausführung des östlichen Teils des Bauwerks (jedenfalls schlüssig) vereinbart haben. Dass dies im Leistungsverzeichnis nicht schriftlich festgehalten wurde und die B\*\*\*\*\* GmbH die Beklagte auch nicht darauf hingewiesen hat, dass die Klägerin ein „multifunktionales“ und daher säulenfreies Gebäude wünsche, kann daran nichts ändern. Die - in eine Tatsachenfeststellung gekleidete - Meinung des Erstgerichts, die Beklagte habe auch den ihr bereits vor Vertragsschluss vorliegenden Einreichplänen nicht entnehmen können, dass die Klägerin eine hallenförmige, säulenfreie Ausführung haben wolle, kann nicht geteilt werden.

Unter Sanierung (Verbesserung) eines mangelhaften Werks ist die nachträgliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustands zu verstehen (vgl etwa Ofner in Schwimann, ABGB3 IV, § 932 Rz 12). Der vertragsgemäße Zustand bedingt hier, wie eben ausgeführt, eine hallenförmige, säulenfreie Ausführung, die nur durch eine Sanierung „ohne Säulen“ hergestellt werden kann. Eine solche Sanierung wäre der Klägerin daher nur dann zu verweigern, wenn der dafür erforderliche Aufwand - wie die Beklagte und ihre Nebenintervenienten eingewendet haben - unverhältnismäßig hoch wäre. Nach ständiger Rechtsprechung sind Mängelbehebungskosten dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber den hiezu erforderlichen Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand in einem auffallenden Missverhältnis stehen und sich daher die Beseitigung des Mangels gar nicht lohnt (RIS-Justiz RS0021717). Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten „unverhältnismäßig“ sein; demgegenüber sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen, wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt (vgl RIS-Justiz RS0022044). Nach diesen Kriterien, an denen auch ein Anspruch auf Neuherstellung des Werks zu messen ist (5 Ob 44/01h, RIS-Justiz RS0022044 [T8]), ist es unbeachtlich, ob die Verbesserungsaufwendungen den Wert des Werks übersteigen (RIS-Justiz RS0022063).

Ausgehend von diesen Grundsätzen kann im Hinblick auf den gravierenden Mangel der Durchbiegung der Geschossdecken, die ohne provisorische Stützung sogar einsturzgefährdet waren, der für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands eines mangelfreien, hallenförmigen, säulenfreien Bauwerks erforderliche Aufwand nicht als unverhältnismäßig angesehen werden. Dies umso mehr, als die Klägerin ihre Forderung auf Deckungskapital unter Berücksichtigung einer aushaftenden restlichen Werklohnforderung von 33.895,50 EUR auf 226.895,50 EUR an Sanierungskosten zuzüglich Abbruchkosten von 61.000 EUR und damit auf einen Betrag beschränkt hat, der die Kosten einer Sanierung „mit Stützen“ von 230.000 EUR nicht mehr derart übersteigt, dass man ein Festhalten an der Herstellung eines vertragsgemäßen Zustands, wie die Beklagte eingewendet hat, als geradezu schikanös ansehen müsste.

Ist demnach aber grundsätzlich ein Anspruch der Klägerin auf Sanierung „ohne Säulen“ zu bejahen, ist der Zuspruch einer „Wertminderung“ von 30.000 EUR durch das Berufungsgericht obsolet. Insofern ist die Bekämpfung dieses Zuspruchs durch die Beklagte im Ergebnis berechtigt. Auch der Revision des Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\*, der sich nicht ausdrücklich gegen diesen Zuspruch wendet, aufgrund dessen Rechtsrüge die angefochtene Entscheidung aber ebenfalls nach allen Richtungen zu überprüfen ist, ist in diesem Umfang (beschränkt auf diesen Titel) ein Erfolg zu attestieren, auch wenn dieser Erfolg durch jenen der Revisionen der Gegenseite mehr als kompensiert wird.

Die Klägerin hat ihren Anspruch auf den für die Mängelbehebung durch - wie eben erörtert - säulenfreie Neuherstellung der Geschossdecken notwendigen Betrag (das Deckungskapital) in erster Linie auf Gewährleistung gestützt. Nach gewährleistungsrechtlichen Grundsätzen (§ 1167 ABGB) haftet der Werkbesteller allerdings nur, wenn der Werkunternehmer mit der Verbesserung im Verzug war, somit vergeblich zur Verbesserung aufgefordert wurde. Eine entsprechende Behauptung hat die Klägerin zwar erhoben; entsprechende Feststellungen wurden allerdings nicht getroffen. Die Klägerin hat der Beklagten jedoch ein Verschulden vorgeworfen und sich auch auf Schadenersatz gestützt. Unter schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten kann der Besteller sofort den für die Behebung des Mangels durch Dritte notwendigen Betrag fordern, ohne dem Unternehmer eine Verbesserungsgelegenheit geben zu müssen (6 Ob 565/92, SZ 66/17; 4 Ob 38/97k mwN). Kann die Klägerin die Deckungskosten unter dem Titel des Schadenersatzes beanspruchen, kann also die Frage, ob sich die Beklagte im Verbesserungsverzug befand, auf sich beruhen.

Dass die Beklagte oder ihre Gehilfen und nunmehrigen Nebenintervenienten an der mangelhaften Ausführung der Geschossdecken ein Verschulden trifft, wird auch von ihr selbst eingeräumt. Strittig ist aber nach wie vor, ob ihr, wie die Klägerin und deren Nebenintervenienten weiterhin behaupten, ein grobes Verschulden anzulasten ist oder ob, wie die Prozessgegner und das Erstgericht meinen, keine grobe Fahrlässigkeit vorliegt.

Nach ständiger Rechtsprechung gilt als grobe Fahrlässigkeit eine Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt, die in ihrer Schwere die alltäglich vorkommenden Fahrlässigkeitshandlungen erheblich und ungewöhnlich übersteigt und den Eintritt nachteiliger Folgen als wahrscheinlich vorhersehbar macht (RIS-Justiz RS0030477; RS0030359). Die Schadenswahrscheinlichkeit muss offenkundig so groß sein, dass es ohne weiteres naheliegt, zur Vermeidung eines Schadens ein anderes Verhalten als das tatsächlich geübte in Betracht zu ziehen (RIS-Justiz RS0030272). Die Einstufung eines Verschuldens als grob fahrlässig erfordert ferner, dass ein objektiv besonders schwerer Sorgfaltsverstoß bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falls auch subjektiv schwerstens vorzuwerfen ist (RIS-Justiz RS0031127). Als brauchbare Anhaltspunkte, von denen die Beurteilung im Einzelnen abhängen kann, kommen die Gefährlichkeit der Situation, die zu einer Sorgfaltsanpassung führen sollte, der Wert der gefährdeten Interessen, das Interesse des Handelnden an seiner Vorgangsweise und schließlich die persönlichen Fähigkeiten des Handelnden in Betracht (7 Ob 207/09f mwN ua). Eine Reihe jeweils für sich allein nicht grob fahrlässiger Fehlhandlungen kann in ihrer Gesamtheit grobe Fahrlässigkeit begründen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass sie in ihrer Gesamtheit als den Regelfall weit übersteigende Sorglosigkeit anzusehen sind (RIS-Justiz RS0030372).

Unter Zugrundelegung dieser in ständiger Judikatur vertretenen Grundsätze ist der Ansicht der Klägerin und deren Nebenintervenienten, die von der Beklagten zu vertretenden Fehlhandlungen, die zur Mangelhaftigkeit des Werks geführt haben, seien nicht mehr als nur leicht, sondern zumindest in ihrer Gesamtheit als grob fahrlässig einzustufen, beizupflichten. Es steht fest, dass die Gebrauchsuntauglichkeit der Decken auf eine Reihe von Faktoren zurückzuführen ist; nämlich weil eine zu geringe Auflast gegeben ist, die Decken mit einem zu geringen Stich gefertigt wurden, eine zu geringe Aushärtungszeit beim Einbau gegeben war, eine zu geringe Nutzhöhe vorhanden ist und schließlich weil keine korrekte statische Berechnung vorgenommen wurde. Mögen diese Fehlhandlungen jede für sich genommen noch nicht als so schwerwiegend anzusehen sein, dass jeweils grobe Fahrlässigkeit bejaht werden könnte, stellen sie doch jedenfalls in ihrer Gesamtheit ein gravierendes Fehlverhalten dar, das die Kriterien grober Fahrlässigkeit erfüllt. Insbesondere ist der Beklagten vorzuwerfen, selbst zu einem Zeitpunkt, als eine Durchbiegung der Decken bereits wahrgenommen wurde, mit der Bautätigkeit nicht innegehalten zu haben; dies deshalb, weil der von ihr beigezogene Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\*, trotz einer Überprüfung vor Ort die Decken (neuerlich) als statisch in Ordnung befunden hatte. Dieser schwerwiegende Fehler ist der Beklagten zuzurechnen. Da dieser (auch) im Hinblick auf das Fehlverhalten ihrer Gehilfen also der Vorwurf grob fahrlässigen Handelns zu machen ist, hat sie nach Punkt 2.46.1.1.



der Ö-Norm B2110 der Klägerin grundsätzlich den „wirklichen Schaden und entgangenen Gewinn“ zu ersetzen, also „volle Genugtuung“ zu leisten. Damit erübrigt sich ein Eingehen auf den von der Klägerin in der Revision aufrecht erhaltenen Einwand, die Haftungsbeschränkung des Punktes 2.46.1.2. der genannten Ö-Norm sei sittenwidrig.

Einen weiteren Streitpunkt bildet, ob der B\*\*\*\*\* GmbH ein der Klägerin zuzurechnender Koordinierungsfehler unterlaufen ist und die Klägerin deshalb ein Mitverschulden trifft. Während die Beklagte und ihre Nebenintervenienten die Bejahung eines Mitverschuldens durch die Vorinstanzen verteidigen, sind die Klägerin und ihre Nebenintervenienten gegenteiliger Ansicht; eine Koordinierungspflichtverletzung liege nicht vor. Auch in diesem Punkt ist der Klagsseite Recht zu geben: Als eine seiner Nebenpflichten obliegt es dem Bauherrn, der - wie hier die Klägerin - keinen Generalunternehmer beauftragt hat, die einzelnen Leistungen der bei der Werkherstellung tätigen Unternehmer zeitlich und den Erfordernissen des technischen Ineinandergreifens der Werkleistungen entsprechend zu koordinieren (1 Ob 769/83, SZ 57/18 mwN; ua). Die Koordinierungspflicht des Bauherrn (Werkbesteller) ist von der Bauüberwachungspflicht und Bauaufsichtspflicht des Architekten (hier der B\*\*\*\*\* GmbH) zu unterscheiden. Während unter Bauaufsicht (Bauüberwachung) die Überprüfung der Leistungen der Bauunternehmer auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu verstehen ist (vgl etwa Pflaum/Schima, Der Architektenvertrag, 96), dient die Koordinierungspflicht der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung. Dabei müssen die einzeln aufeinander aufbauenden Leistungen derart abgestimmt werden, dass die Vorleistung eine taugliche Grundlage für die Nachfolgeleistung darstellt (RIS-Justiz RS0111710). Die Frage, ob der Besteller, der die Koordinierungspflicht - wie hier - einem Architekten überantwortet, für dessen Verschulden nach § 1313a ABGB einzustehen hat, wurde in mehreren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs bejaht (in jüngerer Zeit etwa 9 Ob 42/08d und 5 Ob 51/04t). Der Besteller habe sich das Gehilfenverschulden als Mitverschulden im Sinn des § 1304 ABGB zurechnen zu lassen, weil er den Werkunternehmern zur Koordinierung verpflichtet sei (RIS-Justiz RS0111710). In der Entscheidung 2 Ob 272/03v, SZ 2003/158 und in mehreren folgenden Entscheidungen (aus jüngerer Zeit etwa 2 Ob 162/08z, 8 ObA 6/08b und 3 Ob 44/07b) ist der Oberste Gerichtshof von dieser Rechtsprechung allerdings abgewichen. Es wurde ausgesprochen, dass den Bauherrn, der einen Baukoordinator bestellt, keine Gehilfenhaftung treffe, weil der Baukoordinator - nach zulässiger Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten - eigenverantwortlich eigene gesetzliche Pflichten erfülle; der Bauherr hafte dann nur für Auswahlverschulden (RIS-Justiz RS0015253).

Welcher dieser nebeneinander bestehenden Judikaturlinien zu folgen ist, kann im vorliegenden Fall allerdings auf sich beruhen, weil ein Mitverschulden der Klägerin auch dann nicht in Betracht kommt, wenn man eine Gehilfenhaftung des Bauherrn für den von ihm bestellten Baukoordinator bejaht: Im Rahmen der Baukoordination war hier klarzustellen, wer die statischen Berechnungen der über Betreiben der Beklagten statt der ursprünglich vorgesehenen Hohldielendecken ausgeführten Rippendecken vorzunehmen hatte. Die Parteien vereinbarten, dass die Beklagte bzw der von dieser beigezogene Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* , nicht aber die ansonsten für die Statik des Bauvorhabens verantwortliche U\*\*\*\*\* GmbH, für die Statik zu sorgen habe. Dass die von der Klägerin mit der Bauaufsicht und Baukoordination beauftragte B\*\*\*\*\* GmbH darüber offenbar nicht ausreichend informiert wurde und meinte, auch diesbezüglich eine Überprüfung und Freigabe durch die U\*\*\*\*\* GmbH veranlassen zu müssen, ändert nichts daran, dass die betreffende Aufgabenverteilung klargestellt war und ein Koordinierungsproblem nicht vorlag. Zwar hätte eine Überprüfung der Statik durch die U\*\*\*\*\* GmbH die dem Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* unterlaufene, folgenschwere fachliche Fehleinschätzung wohl aufgedeckt und den Schaden verhindert. Eine solche Überprüfung wäre aber keine Koordinierungsmaßnahme gewesen, sie war vielmehr von der B\*\*\*\*\* GmbH allenfalls in Erfüllung ihrer Bauaufsichtspflicht anzustreben bzw anzuordnen (zur Abgrenzung von Baukoordination und Bauaufsicht vgl neuerlich Pflaum/Schima aaO). Ein Fehler des Architekten bei der Bauaufsicht kann aber dem Bauherrn (Werkbesteller) nach ganz herrschender Meinung nicht als Mitverschulden angelastet werden, weil die Bauaufsicht nur im Interesse des Bauherrn, nicht aber in jenem der Werkunternehmer erfolgt (Kaufmann, Zur Abgrenzung der Begriffe „Koordinierung“ und „Bauaufsicht“, RdW 1998, 447; Christandl, Koordinierungspflicht des Bauherrn und Regress zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer, bbl 2006, 221). Die Bauaufsicht soll den Bauherrn vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen, nicht aber diese von ihrer Verantwortung entlasten oder ihre Verantwortung mindern (2 Ob 221/97g, ecolex 1998, 125; 7 Ob 196/03d, ecolex 2004, 81; RIS-Justiz RS0108535).

Da mangels eines Koordinierungsfehlers ein Mitverschulden der Klägerin jedenfalls zu verneinen ist, müssen die die Frage der Verschuldensteilung relevierenden Revisionsausführungen der Beklagten und des Dipl.-Ing. L\*\*\*\*\* (der in

seiner Revision ausschließlich diese Frage releviert) ins Leere gehen. Die Beklagte hat der Klägerin die von dieser geforderten Kosten der Sanierungsvariante „ohne Säulen“ demnach ungekürzt in der begehrten Höhe von 226.895,50 EUR plus 61.000 EUR Abbruchkosten aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen. Aus diesem Titel stehen der Klägerin weiters auch die in Höhe von 77.470,29 EUR als berechtigt festgestellten Kosten dafür zu, dass der Betrieb während der Sanierungsarbeiten aus- und rückgesiedelt werden muss.

Für die mit 15.000 EUR bezifferten Schäden aus Mindermietzinsen und entgangenen Schulungsentgelten, deren Ersatz weiterhin angestrebt wird, wäre die Klägerin beweispflichtig gewesen. Da ihr dieser Beweis nicht gelungen ist (das Erstgericht hat diesbezüglich eine negative Feststellung getroffen), hat es hinsichtlich dieser Ansprüche ebenso wie hinsichtlich der zu Unrecht geforderten weiteren Aus- und Rücksiedlungskosten von 2.529,71 EUR daher bei einer abweisenden Entscheidung zu bleiben. Unter Berücksichtigung der nicht gebührenden „Wertminderung“ von 30.000 EUR ist den Revisionen der Klägerin und der B\*\*\*\*\* GmbH daher (nur) im Umfang eines Mehrbegehrens von 47.559,71 EUR (sA) ein Erfolg zu versagen.

Die Klägerin und die B\*\*\*\*\* GmbH halten in den Revisionen daran fest, dass „eventuell auch den Eventualbegehren“ stattzugeben sei. Warum diesen Begehren anstelle des abzuweisenden Teils des Hauptbegehrens Berechtigung zukommen soll, wird von den Revisionswerberinnen aber nicht begründet und ist nicht zu erkennen.

Zu Recht wenden sich die Revisionen der Klägerin und der B\*\*\*\*\* GmbH schließlich auch noch gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, das Begehren auf Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden aus den Mängeln der Geschossdecken und den Mängelbhebungen sei zufolge einer vorübergehenden Klagseinschränkung verjährt. Dem Klagevertreter kann mangels irgendeines ersichtlichen vernünftigen Grundes tatsächlich nicht zugestimmt werden, er habe durch die Streichung des Wortes „zukünftige“ im Feststellungsbegehren eine Änderung im Sinn eines Wechsels des Begehrens von zukünftigen auf bereits bestehende Schäden vornehmen wollen. Vielmehr kann darin nur ein - die Rechtslage allerdings verkennender und daher selbstverständlich untauglicher - Versuch gesehen werden, eine Ausdehnung des Begehrens auch auf bestehende Schäden vorzunehmen. Dies hat offenbar auch das Erstgericht so beurteilt, das sich nicht veranlasst sah, das betreffende Vorbringen mit den Parteien zu erörtern. Auch das Berufungsgericht hätte bei diesbezüglichen Bedenken mit dem Klagevertreter zu erörtern gehabt, ob tatsächlich eine Klagsänderung oder, wie wesentlich naheliegender, eine Klagsweiterung beabsichtigt gewesen sei.

Ausgehend von seiner demnach nicht zu teilenden Ansicht, das Feststellungsbegehren sei verjährt, hat sich das Berufungsgericht mit diesem Begehren nur unzureichend auseinandergesetzt. Es hat zur Beweistrübe in der Berufung der B\*\*\*\*\* GmbH ausgeführt, die negative Feststellung des Erstgerichts, es könne nicht festgestellt werden, dass der Klägerin künftig Schäden aus Mietzinsreduktion bzw Entgang von Schulungsentgelt entstehen werden, könne nicht übernommen werden, weil es sich dabei ausschließlich um eine Rechtsfrage handle. Eine Feststellung in der Richtung, dass weitere Schäden aus dem schädigenden Ereignis nicht mehr zu erwarten sind, betrifft allerdings auch die Tatsachenebene. Das Berufungsgericht hätte daher nicht ohne weiteres von der betreffenden erstgerichtlichen Feststellung abgehen dürfen, ohne klarzustellen, was statt dessen im Tatsachenbereich gelten soll. Seine im Rahmen der rechtlichen Beurteilung des (übrigen) festgestellten Sachverhalts geäußerte Ansicht, dass künftige Schäden nicht auszuschließen seien, vermag der bloße Hinweis auf „die festgestellten Schäden“ nicht ausreichend zu begründen. Das Berufungsverfahren ist insofern mangelhaft geblieben. Im fortzusetzenden Verfahren wird sich das Berufungsgericht daher mit der betreffenden Tatsachenfeststellung des Erstgerichts und der entsprechenden Beweistrübe näher auseinanderzusetzen und klarzustellen haben, ob und wenn ja aus welchen Tatumständen oder rechtlichen Erwägungen weitere Schäden aufgrund der Mangelhaftigkeit der Geschossdecken in Zukunft zu erwarten sind. Blicke noch die Möglichkeit offen, dass das schädigende Ereignis einen künftigen Schadenseintritt verursachen könnte, dann könnte der Klägerin ein Feststellungsinteresse nicht abgesprochen werden (vgl RIS-Justiz RS0039018).

Im Umfang der Abweisung des Feststellungsbegehrens und deshalb auch hinsichtlich der Kostenentscheidungen ist das angefochtene Urteil daher aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kostenvorbehalt hinsichtlich des Teilurteils beruht auf § 52 Abs 2 ZPO; jener im Aufhebungsbeschluss gründet sich auf §§ 50 Abs 1, 52 Abs 1 ZPO.

**Textnummer**

E93759

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0070OB00211.09V.0303.000

**Im RIS seit**

31.05.2010

**Zuletzt aktualisiert am**

04.03.2011

**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)