

Schaden auch ohne (manifestierten) Schaden

1. Wird eine bestimmte Ausführung des Werks vereinbart, die aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht geeignet ist, den (zumindest implizit) bedungenen Zweck zu erfüllen, so muss zunächst – bei Vorliegen der Voraussetzungen – auf irrtumsrechtlichem Weg eine Vertragsanpassung herbeigeführt werden, die unter Umständen mit einer Erhöhung des Entgelts verbunden ist; erst dann greifen die Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts.
2. Die Auslegung des Vertrags kann ergeben, dass eine bestimmte Leistungsbeschreibung für den Besteller keine Bedeutung hat, weil es für ihn – und zwar für den Werkunternehmer erkennbar – nur auf die (zumindest implizit) vereinbarte Funktionalität ankommt. In diesem Fall stellt sich das Problem der Sowieso-Kosten nicht, weil trotz Leistung im Sinn der vertraglichen, in diesem Fall aber nur deklarativen Leistungsbeschreibung in Wahrheit Schlechterfüllung vorliegt, die zu Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen führen kann. Ein widersprüchlicher Vertrag liegt dann nicht vor.
3. Im Fall einer Warnpflichtverletzung ist der Besteller so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte. Der Besteller kann daher nicht jene Kosten begehren, die er bei entsprechender Warnung „sowieso“ zu tragen gehabt hätte.
4. Ein Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Bauaufsicht ist allein aus einer vorangehenden Schlechterfüllung oder Aufklärungspflichtverletzung nicht abzuleiten.
5. Der Werkunternehmer hat bei einer aufgrund Schadenersatzes zu leistenden Verbesserung (gegebenenfalls Neuherstellung) eines Werks die Kosten einer professionellen Bauaufsicht dann zu ersetzen, wenn ein Werkbesteller schon bei der ursprünglichen Werkleistung typischerweise eine solche Aufsicht bestellt hätte. Sonst käme der Zuspruch solcher Kosten nur in Betracht, wenn der Besteller nach § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB Geldersatz begehren könnte und die dennoch begehrte Verbesserung für den Unternehmer auch unter Einbeziehung solcher Kosten günstiger ist als eine Ersatzvornahme durch ein drittes Unternehmen.

OGH 25.04.2018, 2 Ob 230/17p

Deskriptoren: Schadenersatz, Naturalrestitution, Bauaufsicht, Aufsichtskosten, Vertrauensverlust; § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB.

Sachverhalt

Die Klägerin ersuchte den Beklagten um ein Angebot für die Lieferung und den Einbau von Fenstern in einem Altbau. Der Beklagte bot eine bestimmte Art der Montage an, die er als „fachlich einwandfrei“ und „seit Jahrzehnten bewährt“ bezeichnete, führte aber ausdrücklich aus, dass diese Montage nicht der „neuesten ÖNORM B 5320“ entspreche. Diese könne er zwar ebenfalls anbieten, aber nur zum doppelten Montagepreis. Die Klägerin bestellte auf dieser Grundlage im September 2009 die Fenster. Strittig ist, ob eine Mitarbeiterin des Beklagten der Klägerin die Unterschiede der Montagethoden erläutert oder nur pauschal darauf hingewiesen hatte, dass die Methode nach der ÖNORM nur bei Niedrigenergiehäusern sinnvoll sei. Bei der Ausführung der Montage durch einen Subunternehmer wurden angebotene Leistungen teilweise mangel-

haft erbracht (mangelnde Stabilität des Putzes; kein Grob- und Feinputz innen). Darüber hinaus entsprachen aber schon das Angebot und die darauf beruhende Montage nicht dem (auch damaligen) Stand der Technik. Nach diesem wäre die Baukörperanschlussfuge raumseitig dampfdiffusionsdicht und fassadenseitig wind- und schlagregendicht auszuführen gewesen. Dazu wären insbesondere diffusionsdichte Dichtbänder anzubringen und der äußere Putzanschluss mit „APU-Leisten“ samt angeschlossenem Putzbewehrungsnetz herzustellen gewesen. Dies war auch in der ÖNORM B 5320, die insofern den Stand der Technik wiedergab, so vorgesehen. Diese Leistungen hatte der Beklagte nicht angeboten und auch nicht erbracht.

Die tatsächlich durchgeführte Montage führt unvermeidlich zu einer Durchfeuchtung des Mauerwerks, dies verbunden mit Ausbrüchen und einer Herabsetzung der Dämmfunktion. Bei Schluss der Verhandlung waren solche Auswirkungen aber noch nicht feststellbar. Hätte der Beklagte die Klägerin darauf hingewiesen, dass nur die Montage nach der ÖNORM dem Stand der Technik entspreche und auch bei einem Altbau indiziert sei, hätte sie diese Form der Montage bestellt und auch die Mehrkosten getragen. Es ist möglich, die Fenster aus- und fachgerecht wieder einzubauen.

Soweit im Revisionsverfahren relevant, begehrt die Klägerin mit der im Jahr 2014 eingebrachten Klage die Verbesserung durch Aus- und Neueinbau der Fenster, wobei näher genannte „oder bautechnisch und bauphysikalisch gleichwertige“ Maßnahmen – insbesondere im Sinn der ÖNORM B 5320 – zu setzen seien; dies hilfsweise gegen Ersatz von „Sowiesokosten“ von EUR 12.420 zuzüglich Umsatzsteuer. Hilfsweise zu diesem Leistungsbegehren begehrt sie den Ersatz ihres „Vertrauensschadens“ von EUR 18.109,93. Weiters beantragt sie die Feststellung, dass der Beklagte für die Kosten einer Bauaufsicht bei den Sanierungsarbeiten hafte. Sie stützt sich darauf, dass der Beklagte die Fenster nicht fachgerecht eingebaut habe; jedenfalls habe er seine Pflicht zur Aufklärung über die Notwendigkeit einer ÖNORM-gerechten Montage verletzt. Die Bauaufsicht sei erforderlich, um eine korrekte Ausführung sicherzustellen und weitere Substanzschäden zu verhindern.

Der Beklagte wendet ein, dass er die Fenster in der vereinbarten Weise eingebaut habe. Die von ihm gewählte Vorgangsweise sei seit Jahren erprobt und objektiv geeignet. Die Kosten für eine Bauaufsicht müsse er keinesfalls tragen; jedenfalls müsse die Klägerin ihm die Sowiesokosten ersetzen. Der Anspruch sei verjährt.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies das auf Leistung gerichtete Hauptbegehren als solches ab, gab ihm aber zum größten Teil im Sinn des ersten Eventualbegehrens Zug um Zug gegen Zahlung der Sowieso-Kosten von EUR 14.904 statt; lediglich ein Teilbegehren im Zusammenhang mit den Fensterbänken wies es – inzwischen rechtskräftig – ab. Weiters stellte es fest, dass der Beklagte für die Kosten der Bauaufsicht hafte.

Das Erstgericht nahm als erwiesen an, dass eine Mitarbeiterin des Beklagten der Klägerin vor Abschluss des Vertrags erläutert habe, dass die „teurere Methode nach der ÖNORM“ zusätzlich den Einbau von speziellen Dichtbändern vorsehe, was aber nur bei einer entsprechenden Wärmedämmung sinnvoll sei. Rechtlich führte es aus, dass zwar Gewährleistung verjährt sei, nicht aber der Anspruch auf Schadenersatz wegen mangelhafter Leistung und Aufklärungspflichtverletzung. Auslegung des Vertrags ergebe, dass der Beklagte nur die angebotene „Mauermontage“ geschuldet habe. Insofern angefallene Mängel beim Verputz habe er daher jedenfalls zu beheben. Die höheren Anforderungen der ÖNORM – also insbesondere die dampfdiffusionsdichte bzw wind- und schlagregendichte Ausführung – seien demgegenüber nicht Vertragsbestandteil gewesen. Hier könne die Klägerin nur verlangen, so gestellt zu werden, wie wenn der Beklagte sie darüber informiert hätte, dass nur diese Vorgangsweise dem Stand der Technik entspreche und

daher fachgerecht sei. Daher könne sie die Verbesserung insofern nur Zug um Zug gegen Zahlung jener Mehrkosten verlangen, die sie bei einem entsprechend erteilten Auftrag zu tragen gehabt hätte. Diese Kosten seien nach § 273 ZPO festzusetzen. Die Kosten der Bauaufsicht seien technisch erforderlicher Teil der Sanierungsarbeiten bzw „Rettungsaufwand“ zur Verhinderung weiterer Schäden.

Gegen diese Entscheidung erhoben beide Seiten Berufung. Die Klägerin bekämpfte insbesondere die Feststellung, wonach eine Mitarbeiterin der Beklagten der Klägerin die alternative Montagemethode (mit Dichtbändern) konkret beschrieben habe.

Das Berufungsgericht gab nur der Berufung der Klägerin teilweise Folge und änderte die Entscheidung über das Verbesserungsbegehren dahin ab, dass die Zug-um-Zug-Einschränkung entfiel. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands EUR 30.000 übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Der Beklagte habe ein Werk in durchschnittlicher Qualität und Lebensdauer geschuldet, daher insbesondere eine dampfdiffusionsdichte sowie wind- und schlagregendichte Ausführung. Der Umstand, dass die Klägerin infolge Belehrung durch den Beklagten die Vereinbarung der ÖNORM unterlassen habe, führe nicht dazu, dass der Beklagte nicht eine in diesem Sinn fachgerechte Montage zu erbringen gehabt hätte. Daher sei die Klägerin nicht zur Zahlung weiterer Kosten verpflichtet. Auf die Beweisrüge der Klägerin zum Inhalt der Gespräche vor Vertragsschluss komme es nicht an. Die Kosten der Bauaufsicht habe der Beklagte zu tragen, weil es sich dabei um einen durch die Vertragsverletzung verursachten Mangelfolgeschaden handle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich eine außerordentliche Revision des Beklagten, der eine Abweisung der Klage mit Ausnahme der Verpflichtung zur Verbesserung des Verputzes anstrebt. Es sei kein Schaden (Durchfeuchtung, Schimmel) festgestellt worden, die Sowieso-Kosten seien jedenfalls zu ersetzen, und es gebe keine Grundlage für eine Haftung für Kosten der Bauaufsicht. Die Klägerin beantragt in der ihr freigestellten Rechtsmittelbeantwortung, der Revision nicht Folge zu geben. Der Vertrag habe nur das funktionale Leistungsziel bestimmt, nicht die konkrete Ausführung. Der Beklagte habe daher den Einbau nach dem Stand der Technik geschuldet; das Problem der Sowieso-Kosten stelle sich nicht. Eine Bauaufsicht bei der Verbesserung sei durch die Schlechterfüllung verursacht; sie sei wegen dieser Schlechterfüllung auch erforderlich.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die außerordentliche Revision ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob der Werkunternehmer

nach mangelhafter Bauleistung im Fall einer Verbesserung auch die Kosten einer Bauaufsicht zu ersetzen hat. Sie ist sowohl in diesem Punkt als auch – im Sinn des Aufhebungsantrags – beim Leistungsbegehren berechtigt:

Die angefochtene Entscheidung wird in ihrem Punkt 2 dahin abgeändert, dass sie als Teilurteil lautet:

„Das Begehren auf Feststellung, die beklagte Partei haften der klagenden Partei für die angemessenen Kosten einer örtlichen Bauaufsicht bei der Verbesserung des Fenstereinbaus, wird abgewiesen.“

Die Entscheidung über die auf diesen Teil des Streitgegenstands entfallenden Kosten des Verfahrens aller drei Instanzen bleibt dem Endurteil vorbehalten.

Im Übrigen wird das angefochtene Urteil, soweit nicht in Bezug auf die Abweisung eines Teilbegehrens Rechtskraft eingetreten ist, aufgehoben, und die Rechtssache wird insofern zur neuerlichen Entscheidung über die Berufung der klagenden Partei an das Prozessgericht zweiter Instanz zurückverwiesen.

1. Von entscheidender Bedeutung für das Leistungsbegehren ist der Inhalt des Vertrags. Insofern ist die Sache noch nicht spruchreif.

1.1. Nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zum „widersprüchlichen“ Werkvertrag gilt grundsätzlich Folgendes:

- (a) Wird eine bestimmte Ausführung des Werks vereinbart, die aufgrund der konkreten Verhältnisse nicht geeignet ist, den (zumindest implizit) bedungenen Zweck zu erfüllen, so muss zunächst – bei Vorliegen der Voraussetzungen – auf irrtumsrechtlichem Weg eine Vertragsanpassung herbeigeführt werden, die unter Umständen mit einer Erhöhung des Entgelts verbunden ist; erst dann greifen die Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts (1 Ob 550/93, *ecolex* 1993, 518 [*Wilhelm*] = JBl 1994, 174 [*Gruber*]; RIS-Justiz RS0016270, RS0016258; zuletzt 4 Ob 96/16w). Dies gilt auch für den Fall einer Warnpflichtverletzung (RIS-Justiz RS0016258; zuletzt etwa 9 Ob 28/12a). Der Besteller ist in einem solchen Fall so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte (8 Ob 75/13g, ZVB 2014/148 [*Wagner*]; RIS-Justiz RS0102085). Der Besteller kann daher nicht jene Kosten begehren, die er bei entsprechender Warnung „sowieso“ zu tragen gehabt hätte (2 Ob 206/16g, ZVB 2018/35 [*Berl*] mwN; RIS-Justiz RS0117792).
- (b) Auslegung des Vertrags kann aber ergeben, dass eine bestimmte Leistungsbeschreibung für den Besteller keine Bedeutung hat, weil es für ihn – und zwar für den Werkunternehmer erkennbar – nur auf die (zumindest implizit) vereinbarte Funktionalität ankommt (1 Ob 132/15s, ZRB 2015, 110 [*Wenusch*] = ZVB 2016/10 [*Stickler/Peck*]; 4 Ob 96/16w; M. *Bydlinski* in

KBB⁵ § 1167 Rz 3; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} §§ 1165, 1166 Rz 53 f). In diesem Fall stellt sich das Problem der Sowieso-Kosten nicht, weil trotz Leistung im Sinn der vertraglichen, in diesem Fall aber nur deklarativen Leistungsbeschreibung in Wahrheit Schlechterfüllung vorliegt, die zu Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen führen kann (4 Ob 96/16w). Ein widersprüchlicher Vertrag liegt dann nicht vor.

1.2. Im vorliegenden Fall wäre aufgrund der Feststellungen des Erstgerichts ein widersprüchlicher Vertrag anzunehmen: Einerseits schuldet der Beklagte eine dem Stand der Technik entsprechende Montage der Fenster. Andererseits hatte er aber die Anwendung der insofern einzig möglichen Methode (Dichtbänder) von der Zahlung des doppelten Montagepreises abhängig gemacht, wobei diese letztlich nicht vereinbarte Methode nach einer – allerdings bekämpften – Feststellung des Erstgerichts vor Vertragsabschluss konkret dargestellt worden war. Trifft diese Feststellung zu, wären die Grenzen auch ergänzender Vertragsauslegung erreicht: Sind die Parteien einig, dass eine konkret bezeichnete Methode wegen der damit verbundenen Kosten nicht angewendet werden soll, so kann die ebenfalls vereinbarte Funktionalität nicht aufgrund Auslegung dazu führen, dass diese Methode dennoch geschuldet wird. Eine solche Auffassung führte zum Ergebnis, dass es letztlich keinen widersprüchlichen Vertrag geben kann, weil es immer nur auf die ausdrücklich oder implizit vereinbarte Funktionalität ankäme.

1.3. Die Klägerin hat allerdings die Feststellung, wonach die Mitarbeiterin des Beklagten die teurere Methode konkret geschildert habe, in der Berufung bekämpft. Es sei lediglich erweisbar, dass die Mitarbeiterin und der Beklagte erklärt hätten, die ÖNORM-Methode sei nur bei Niedrigenergiehäusern sinnvoll; in Bezug auf eine konkrete Erläuterung dieser Methode sei nur eine Negativfeststellung möglich. Das Berufungsgericht hat diese Beweisrüge nicht erledigt. Hätte sie Erfolg, führte Vertragsauslegung zur Relevanz ausschließlich der Funktionalität. Denn dann musste der Klägerin der Unterschied zwischen den Methoden nicht klar sein, und der Beklagte konnte daher nicht darauf vertrauen, dass sie sich bewusst (wenngleich aufgrund eines von ihm veranlassten Irrtums) gegen die Montage mit den Dichtbändern entschieden hatte. Vielmehr hätte er dann annehmen müssen, dass es der Klägerin allein um eine – von ihm zugesagte – fachgerechte Montage ging, ohne dass die konkrete Methode Vertragsinhalt geworden wäre. Der Vertrag wäre dann nicht widersprüchlich gewesen.

2. Aus diesen Gründen ist das Begehren auf Aus- und Neueinbau der Fenster noch nicht spruchreif. Die Sache ist insofern – soweit nicht in Bezug auf das Teilbegehren in Zusammenhang mit den Fensterbänken Rechtskraft

eingetreten ist – zur Erledigung der Beweisrüge in die zweite Instanz aufzuheben.

2.1. Hat die Beweisrüge Erfolg, so hat es bei Punkt 1. der Berufungsentscheidung zu bleiben. Denn in diesem Fall läge – wie etwa in 4 Ob 96/16w – ein Fall der Schlechterfüllung vor, für den der Beklagte nach § 1298 ABGB einzustehen hätte. Es steht fest, dass der Einbau nicht fachgerecht erfolgte. Der Beklagte hätte diesen Mangelschaden (§ 933a Abs 2 ABGB) zu beheben, was nach den Feststellungen nur durch Aus- und Neueinbau möglich ist. Dass der Mangel möglicherweise noch zu keinen Folgeschäden geführt hat (Schimmel, Durchfeuchtung), ändert an diesem Anspruch nichts.

2.2. Bleibt es hingegen bei der bekämpften Feststellung, so wäre das Urteil des Erstgerichts in diesem Punkt wiederherzustellen, der Anspruch daher von der Zahlung der Sowieso-Kosten abhängig zu machen:

(a) Der Anspruch der Klägerin beruhte in diesem Fall auf einer Aufklärungspflichtverletzung durch den Beklagten. Dieser wäre verpflichtet gewesen, auf die Nachteile der von ihm gewählten Methode sowie darauf hinzuweisen, dass nur der Einbau nach der ÖNORM – also mit Dichtbändern – dem Stand der Technik entsprach. Es steht fest, dass die Klägerin in diesem Fall den Auftrag in diesem Sinn erteilt und die Mehrkosten getragen hätte. Im Weg des Schadenersatzrechts ist sie daher so zu stellen, wie sie stünde, wenn der Beklagte sie ordentlich aufgeklärt hätte. In diesem Fall verfügte sie nun gegen Bezahlung eines höheren Werklohns über sachgerecht eingebaute Fenster. Das Erstgericht hat daher – auf der Grundlage seiner Feststellungen – zutreffend das Leistungsbegehren von der Leistung der bei ordentlicher Aufklärung angefallenen Mehrkosten (dh des erhöhten Werklohns) abhängig gemacht.

(b) Unerheblich ist, dass das Geltendmachen des vom Beklagten verursachten Irrtums über die Funktionalität der vereinbarten Montagemethode wegen des Vertragsschlusses im September 2009 schon bei Erheben der Klage im Jahr 2014 verjährt war (§ 1487 ABGB).

Zwar setzt der Verbesserungsanspruch bei einem widersprüchlichen Vertrag nach der Rechtsprechung dessen irrtumsrechtliche Anpassung (§ 872 ABGB) voraus (1 Ob 550/93; RIS-Justiz RS0016270). Das folgt jedoch daraus, dass es sich beim Verbesserungsanspruch um einen Rechtsbehelf des Gewährleistungsrechts handelt, der nur bei Verletzung einer primären Vertragspflicht in Betracht kommt. Eine solche Vertragspflicht kann aber nur angenommen werden, wenn die Widersprüchlichkeit des Vertrags durch einen Rechtsbehelf des Irrtumsrechts saniert ist. Die Frage der Verjährung der Irrtumsanpassung kann sich hier dann stellen, wenn die Frist des § 933 ABGB mehr als drei Jahre nach Vertragsabschluss (§ 1487 ABGB) abläuft.

Im vorliegenden Fall stützt sich die Klägerin demgegenüber auf Schadenersatz wegen einer Aufklärungspflichtverletzung. In diesem Fall ist der verursachte Schaden zu ersetzen; eine irrtumsrechtliche Anpassung des Vertrags ist dafür nicht erforderlich. Folgerichtig verjährt der Anspruch wegen (auch bloß fahrlässiger) Irreführung – also wegen Verletzung einer Aufklärungspflicht – ausschließlich nach § 1489 ABGB (3 Ob 259/05t; Bollenberger in KBB⁵ § 874 Rz 6; Riedler in Schwimann/Kodek⁴ § 874 Rz 13). Darin liegt auch kein Wertungswiderspruch zur oben dargestellten Rechtsprechung, weil der Schadenersatzanspruch anders als Gewährleistung und irrtumsrechtliche Vertragsanpassung jedenfalls Verschulden voraussetzt. Dieses zusätzliche Zurechnungselement rechtfertigt auch inhaltlich die Anwendung der für den Geschädigten günstigeren Verjährungsbestimmung.

Dieses Ergebnis stimmt mit den Rechtsfolgen einer Warnpflichtverletzung nach § 1168a ABGB überein. Auch eine solche Pflichtverletzung verursacht nur die Mehrkosten der nachträglichen Herstellung, nicht aber jene Kosten, die – etwa wegen der dann anzunehmenden Vereinbarung eines höheren Werklohns – auch bei einer rechtzeitigen Warnung angefallen wären (RIS-Justiz RS0022104, RS0102085 [T1, T2, T3]). Begehrt der Werkbesteller daher Naturalherstellung, was auch beim Schadenersatzanspruch nach § 1168a ABGB möglich ist (*M. Bydlinski* in KBB⁵ § 1168a Rz 11), kann das Leistungsbegehren ebenfalls nur Zug um Zug gegen den Ersatz jenes (weiteren) Werklohns zugesprochen werden, der bei rechtzeitiger Warnung zusätzlich vereinbart worden wäre.

2.3. Das Berufungsgericht hat daher im fortgesetzten Verfahren die Beweisrüge zu erledigen. Übernimmt es die Feststellung des Erstgerichts, wird dessen Entscheidung über dieses Teilbegehren zu bestätigen sein; ist die Beweisrüge erfolgreich, hätte es beim Entfall der Zugum-Zug-Verpflichtung zu bleiben.

3. Ein Anspruch auf die Kosten einer Bauaufsicht besteht demgegenüber jedenfalls nicht.

3.1. Die Klägerin zeigt an sich zutreffend auf, dass das von ihr beabsichtigte Beiziehen einer Bauaufsicht nach der Lehre von der *conditio sine qua non* im Kausalzusammenhang mit der Aufklärungspflichtverletzung (widersprüchlicher Vertrag) oder Schlechterfüllung (Vereinbarung nur der Funktionalität) stünde. Denn hätte der Beklagte ordentlich aufgeklärt oder geleistet, wäre es nicht zur nun notwendigen Verbesserung und damit auch nicht zu einer damit verbundenen Bauaufsicht gekommen. Allerdings haftet der Beklagte nur, wenn die Kosten dieser Bauaufsicht noch vom Schutzzweck der übertretenen Pflicht erfasst sind. Ob das zutrifft, ist nach dem durch Auslegung ermittelten Vertragszweck – hier unter Umständen nach dem Zweck der vorvertraglichen Aufklärungspflicht – zu ermitteln (RIS-Justiz RS0017850).

3.2. Im konkreten Fall ist dazu Folgendes zu erwägen:

(a) Ein Anspruch auf Kostenersatz wäre jedenfalls dann zu bejahen, wenn nach den Gepflogenheiten auf vergleichbaren Baustellen schon bei der ursprünglichen Montage eine Bauaufsicht bestellt worden wäre.

In diesem Fall hätte dem Beklagten bewusst sein müssen, dass sich die Klägerin (zumindest) bei einer von ihm zu verantwortenden Verbesserung durch eine Bauaufsicht gegen neuerliche Mängel absichern würde. Die Kosten der Bauaufsicht lägen dann im Schutzbereich der übertretenen vertraglichen oder vorvertraglichen Pflicht.

Dass bei vergleichbaren Fenstereinbauten typischerweise eine Bauaufsicht bestellt wird, ergibt sich aus dem festgestellten Sachverhalt allerdings nicht. Vielmehr nahm das Erstgericht (nur) als erwiesen an, dass die Beziehung einer Aufsicht „angesichts der Ausführungsqualität“ des ursprünglichen Einbaus „technisch indiziert“ sei. Auch die Klägerin stützte sich nur darauf, dass der Beklagte die Kosten der Bauaufsicht wegen der mangelhaften Leistung und des Einsatzes nicht ausgebildeter Hilfskräfte tragen müsse. Diese Umstände begründen aber zunächst nur einen Anspruch auf mangelfreie Leistung durch Personen, die dazu fachlich in der Lage sind. Darauf ist ohnehin schon das – insofern jedenfalls erfolgreiche – Leistungsbegehren gerichtet.

(b) Hingegen lässt sich ein Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Bauaufsicht allein aus der Schlechterfüllung oder Aufklärungspflichtverletzung nicht ableiten.

Hier ist vielmehr – auch im Fall einer Aufklärungspflichtverletzung – auf die Wertung von § 933a Abs 2 ABGB zurückzugreifen: Danach gilt bei einem Anspruch auf Ersatz des Mangelschadens ein Vorrang der Verbesserung (also der Naturalrestitution) durch den Schädiger. Dem Schädiger wird daher wie im Gewährleistungsrecht eine „zweite Chance“ gewährt, die nicht von weiteren Bedingungen abhängt. Anders verhält es sich – soweit hier relevant – zwar dann, wenn die Verbesserung durch den Vertragspartner für den Geschädigten aus „triftigen, in der Person des Schädigers liegenden Gründen unzumutbar“ ist. Dies setzt aber einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des Vertragspartners voraus. Dafür reicht die Mangelhaftigkeit der Leistung für sich allein im Regelfall noch nicht aus (6 Ob 85/05a, SZ 2005/157; 8 Ob 14/08d, SZ 2008/87 = *ecolex* 2008, 881 [Wilhelm] = ZVR 2009/64 [Karner]; RIS-Justiz RS0120247), wohl aber fortgesetztes Fehlverhalten trotz Rüge 6 Ob 113/09z: „erwiesene Unzuverlässigkeit“) oder ein bewusstes oder grob fahrlässiges Fehlverhalten (P. Bydlinski in KBB⁷ § 932 Rz 16; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,02} § 932 Rz 57).

Trifft Letzteres zu, kann der Geschädigte sofort Geldersatz begehren. Die von der Klägerin angestrebte Zwischenlösung – Verbesserung durch den Schädiger, aber professionelle Überwachung und diesbezüglicher Kos-

tenersatz – sieht das Gesetz demgegenüber nicht vor. Das ist entgegen der in der Revisionsantwortung vertretenen Auffassung auch sachgerecht: Der Primat der Verbesserung (§ 933a Abs 2 ABGB) soll den Werkunternehmer schützen, da für ihn die Selbstverbesserung in der Regel die wirtschaftlichere Lösung ist (5 Ob 191/05g, JBl 2006, 518 [P. Bydlinski] = *ecolex* 2006/311 [Jud]). Dieser Vorteil könnte sich in sein Gegenteil verkehren, wenn der Werkunternehmer zusätzlich zur Naturalleistung auch die Kosten einer externen Bauaufsicht (oder sonstigen Qualitätskontrolle) tragen müsste. Denn daraus könnte sich eine Ersatzpflicht ergeben, die den Werkunternehmer im Ergebnis stärker belastet als eine Ersatzvornahme durch ein drittes Unternehmen. Dafür fehlte jede sachliche Rechtfertigung.

Bei Verbesserung durch den Vertragspartner könnte ein Anspruch auf Ersatz der Kosten einer Qualitätskontrolle daher nur dann erwogen werden, wenn die Verbesserung auch unter Einbeziehung solcher Kosten günstiger wäre als eine Ersatzvornahme durch ein drittes Unternehmen. Denn in diesem Fall könnten die Kosten der Qualitätskontrolle als ersatzfähiger Aufwand zur Schadensminderung angesehen werden (RIS-Justiz RS0022802). Das setzte aber ein entsprechendes Vorbringen voraus, das die Klägerin hier nicht erstattet hat. Damit kann offen bleiben, ob die Leistung im konkreten Fall überhaupt derart mangelhaft war, dass sich die Klägerin auf § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB berufen könnte.

3.3. Aus diesen Gründen hat die Revision in diesem Punkt Erfolg. Die angefochtene Entscheidung ist dahin abzuändern, dass das Feststellungsbegehren zu den Kosten einer Bauaufsicht mit Teilurteil abgewiesen wird.

4. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Hätten die Vertragspartner bei ordnungsgemäßer Aufklärung durch den Werkunternehmer weitere oder andere Leistungen vereinbart, so besteht ein auf Schadenersatz wegen Aufklärungspflichtverletzung gestützter Anspruch auf Verbesserung (gegebenenfalls durch Neuherstellung) nur Zug um Zug gegen Ersatz jenes weiteren Werklohns, der bei ordnungsgemäßer Aufklärung zusätzlich vereinbart worden wäre.

Der Werkunternehmer hat bei einer aufgrund Schadenersatzes zu leistenden Verbesserung (gegebenenfalls Neuherstellung) eines Werks die Kosten einer professionellen Bauaufsicht dann zu ersetzen, wenn ein Werkbesteller schon bei der ursprünglichen Werkleistung typischerweise eine solche Aufsicht bestellt hätte. Sonst käme der Zuspruch solcher Kosten nur in Betracht, wenn der Besteller nach § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB Geldersatz begehren könnte und die dennoch begehrte Verbesserung für den Unternehmer auch unter Einbeziehung solcher Kosten günstiger ist als eine Ersatzvornahme durch ein drittes Unternehmen.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch
(am Verfahren beteiligt)

Zunächst fällt auf, dass „Funktionalität“ und „Stand der Technik“ gleich gesetzt wird. Dies ist aber sicher nicht der Fall: „Funktionalität“ beschreibt das Ergebnis der Leistung, „Stand der Technik“ hingegen die Konstruktion. Ein Fachmann macht verschiedene Dinge, weil „man es eben so macht“. Das sagt allerdings nichts darüber aus, ob es nicht auch anders funktioniert. Ein Fachmann wird vielleicht verschiedene Reserven vorsehen, weil er sicher gehen will, dass zB auch bei schlampiger Arbeit (Bauarbeiter sind nun einmal keine Apotheker!) ein brauchbares Ergebnis produziert wird. MaW: Ein Fachmann wird vielleicht „Hosenträger und Gürtel“ vorsehen (genau dies wird übrigens in der Baubranche von der Bauanschlussfuge gemäß der ÖNORM B 5320:2017 [„*Einbau von Fenstern und Türen in Wände – Planung und Ausführung des Bau- und des Fenster-Türanschlusses*“] gemunkelt) – die Hose hält dann auch noch, wenn der Gürtel zu locker ist. Wurde nur die Funktion „sitzende Hose“ versprochen, so wird dies durch die Hosenträger auch mit einem lockeren (oder gar keinem) Gürtel erreicht.

In diesem Zusammenhang fällt nun auf, dass zum Schluss der mündlichen Verhandlung im November 2016 noch keine der angeblich drohenden Funktionsbeeinträchtigungen (insb Feuchtigkeit und Schimmel) gegeben waren – immerhin fast sieben Jahre nach der Fenstermontage, die zum Jahresende 2009 abgeschlossen war. Der Schaden wird also nicht mit der mangelhaften Funktion begründet, sondern mit dem Gutachten des bestellten Sachverständigen, der die Abweichung von der ÖNORM als „Mangel“ ansieht: *„Dass der Mangel möglicherweise noch zu keinen Folgeschäden geführt hat (Schimmel, Durchfeuchtung), ändert an diesem Anspruch nichts“*.

Feuchtigkeit und Schimmel werden in der Entscheidung als „Mangelfolgeschaden“ bezeichnet – da der Begriff „Mangel“ häufig gewährleistungsrechtlich belegt wird und es gegenständig eben nicht um Gewährleistung, sondern Schadenersatz geht, wäre „Schadensfolgeschaden“ (oder kurz bloß: Folgeschaden) wohl passender. Von einem Mangel (hier besser:

Schaden) kann man aber gar nicht sprechen, wenn bloß Funktionalität vereinbart wurde: Die Fenster „funktionieren“ ja, weil sich eben keine Feuchtigkeit und Schimmel zeigt. Von einem (ursprünglichen) Schaden könnte also nur gesprochen werden, wenn eine bestimmte Konstruktion vereinbart und eine andere geliefert wurde. Nachdem hier explizit vereinbart worden war, dass die Montage nicht der „neuesten“ (sic!) Ausgabe der ÖNORM entspreche, kann nur eine Konstruktion „mittlerer Art und Güte“ geschuldet werden (diese Konstruktion muss wohl von der „neuesten“ ÖNORM abweichenden). Hierzu einen Sachverständigen zu befragen, wo Sachverständige wohl regelmäßig mangels eigenes Sachverständes „die ÖNORM ist der Stand der Technik“ zu Protokoll geben, muss fast zwangsläufig scheitern ...

Liegt gar kein Schaden vor, so kann naturgemäß auch keiner aus Aufklärungspflichtverletzung vorliegen!

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass immer von „der“ ÖNORM B 5320 die Rede ist, obwohl der Beklagte nach den Feststellungen mitgeteilt hatte, dass die Montage nicht der „neuesten“ (sic!) Ausgabe entspreche. Tatsächlich erfolgte der Vertragsabschluss in der ersten Septemberhälfte 2009 – zu diesem Zeitpunkt war die aktuelle Ausgabe der ÖNORM B 5320 jene aus dem Jahr 2006. Tatsächlich wurde die ÖNORM B 5320 zunächst im März 2015 neu publiziert und im August 2017 aktualisiert. Dass sich ÖNORMen mit der Zeit verändern, dürfte unter Juristen tatsächlich weitgehend unbekannt sein ...

Rechtlich interessant sind die Ausführungen zu „widersprüchlichen Verträgen“. Dazu ist eine eigene Abhandlung im Entstehen, die in einem der kommenden Hefte erscheinen wird. Sehr interessant sind die Ausführungen zu den Kosten, die für die Beaufsichtigung der Schadensbehebung begehrt wurden: *„[D]er Zuspruch solcher Kosten [kommt] nur in Betracht, wenn der Besteller nach § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB Geldersatz begehren könnte und die dennoch beehrte Verbesserung für den Unternehmer auch unter Einbeziehung*

solcher Kosten günstiger ist als eine Ersatzvornahme durch ein drittes Unternehmen“.

§ 933a Abs 2 Satz 3 behandelt (im Wesentlichen) drei Fälle: Erstens die Weigerung (oder Säumnis) des Unternehmers, zweitens die erheblichen Unannehmlichkeiten und drittens den Vertrauensverlust.

Ohne es explizit zu nennen, meint der OGH offensichtlich bloß den dritten Fall: Es wäre nämlich unverständlich, weshalb (erster Fall) der Besteller zur Naturalrestitution auch die Kosten einer Aufsicht einklagen könnte, nur weil der Unternehmer die Schadensbehebung (zunächst) verweigert (oder diese nicht rechtzeitig vornimmt). Es wäre auch unverständlich, weshalb (zweiter Fall) der Besteller zur Naturalrestitution auch die Kosten einer Aufsicht einklagen könnte, nur weil die Schadensbehebung durch den Unternehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wäre.

Es kann aber wohl Sinn machen, dass der Besteller zwar das Vertrauen in den Unternehmer verloren hat, er aber trotzdem die Naturalrestitution durch diesen wünscht: Das ist zB dann der Fall, wenn der Besteller die Beweisschwierigkeiten vermeiden will, die auftreten könnten, wenn mehrere Unternehmer (nämlich der schädigende und der die Ersatzvornahme durchführende) zu Gange waren – im Schadensfall wäre zu beweisen, welcher

der beiden dafür verantwortlich ist, was mitunter recht schwierig sein kann.

Wenn Behebung (oder Austausch) für den Besteller aus triftigen, in der Person des Unternehmers liegenden Gründen „an sich“ unzumutbar wären, dann kann der Besteller trotzdem auf die Behebung durch den Unternehmer dringen – er kann zudem auch die Kosten einer Bauaufsicht verlangen.

Dem schädigerfreundlichen österreichischen Schadenersatzrecht entsprechend wird der schädigende Unternehmer aber geschützt: Wenn der Eigenaufwand des Unternehmers für die Naturalrestitution zuzüglich der Kosten der Bauaufsicht höher ist als das Deckungskapital (für eine Ersatzvornahme), dann können die Aufsichtskosten, die dieses übersteigen, nicht verlangt werden. Das Interesse des Bestellers, das Werk gleichsam „aus einer Hand“ zu erhalten, ist dann nebensächlich ...

Abschließend sei angemerkt, dass ein Vergleich mit Detektivkosten (schließlich ist eine ÖBA eigentlich nichts anderes) zu einem Widerspruch führt: Kann der einmal Gehörnte vom untreuen Ehepartner zukünftig die Kosten für die laufende Überwachung begehren? Kann der einmal ertappte Ladendieb bei zukünftigen Besuchen mit den Kosten eines Kaufhausdetektivs belastet werden? Dieser Vergleich wurde in der Revisionschrift angestellt, vom OGH aber mit keinem Wort gewürdigt.