

ÖBA als Nebenintervenient auf der Seite des Bauunternehmers?

1. Ein rechtliches Interesse hat ein Nebenintervenient dann, wenn sich die Entscheidung unmittelbar oder mittelbar auf seine privat- oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse rechtlich günstig oder ungünstig auswirkt.
2. Das rechtliche Interesse eines Nebenintervenienten muss ein in der Rechtsordnung gegründetes und von ihr gebilligtes Interesse sein, das über ein bloß wirtschaftliches Interesse hinausgeht.
3. Das bloße Interesse an einer bestimmten Beweislage berührt nur wirtschaftliche Interessen und rechtfertigt daher eine Nebenintervention nicht.
4. Die Zulässigkeit der Nebenintervention darf nicht aus anderen als den von der Nebenintervenientin zum Beitritt vorgebrachten Tatsachen abgeleitet werden.
5. Ein Nebenintervenient kann sein rechtliches Interesse am Beitritt nicht erfolgreich auf angeandrohte Regressansprüche im Zusammenhang mit einer erhobenen Gegenforderung stützen.

<https://doi.org/10.33196/zrb202404012501>

OGH 23.6.2021, 6 Ob 41/21d

Deskriptoren: Nebenintervention; §§ 17 f ZPO.

Sachverhalt:

Die beklagte Partei bestellte bei der klagenden Partei (im Zuge des Zu- und Umbaus eines Hotelgebäudes in Wien) die Ausführung von Dachgewerken, insbesondere im Bereich Zimmermann-, Spengler-, Dachdecker- und Schwarzdeckerarbeiten. Die Erst- und die Zweitnebenintervenientinnen (als Arbeitsgemeinschaft) wurden von der Beklagten für dieses Bauvorhaben mit der Planung und örtlichen Bauaufsicht (ÖBA) betraut.

Die Klägerin begehrt die Bezahlung des Werklohns für ihre vertragsgemäß erbrachten und bis dato abgeschlossenen Werkleistungen. Die Nebenintervenientinnen hätten auftrags der Beklagten die gelegten Teilrechnungen ausdrücklich freigegeben und deren Richtigkeit durch Gegenzeichnung anerkannt. Diese Prüfung und Freigabe durch die vertraglich hierzu befugte ÖBA müsse sich die Beklagte zurechnen und gegen sich gelten lassen. Es sei bereits knapp nach Beginn der Bauarbeiten zu massiven, von der Beklagten zu vertretenden Bauverzögerungen gekommen. Die Klägerin habe die Beklagte unter Hinweis auf § 1170b (1) ABGB aufgefordert, eine Sicherheit in Form einer Bankgarantie zu legen, und für den Fall des ungenützten Verstreichens dieser Frist den Rücktritt vom abgeschlossenen Werkvertrag angedroht. Nach Ablauf der Frist habe sie den Rücktritt erklärt und Schlussrechnung gelegt. Unter Berücksichtigung des ausgesprochenen Vertragsrücktritts und nach Abzug der erhaltenen Teilzahlungen hafte der Klagsbetrag als Gesamtsaldo aus. Die Ordnungsgemäßheit der erbrachten Leistungen und deren fristgerechte Fertigstellung seien

auch ausdrücklich von den Nebenintervenientinnen anerkannt und bestätigt worden.

Die Beklagte wendete ein, die Klägerin habe ihre Leistungen aus ausschließlich in ihrer Sphäre liegenden Gründen nicht zum vereinbarten Zeitpunkt bzw innerhalb der vereinbarten Leistungsfrist, nicht vollständig und teilweise mangelhaft erbracht. Eine „Freigabe“ seitens der ÖBA habe keine Auswirkung auf die Beklagte. Daraus könne ein Anerkenntnis der Leistungen als vertragsgerecht und mängelfrei nicht abgeleitet werden. Die gelegten Rechnungen hätten auch nicht die nötige prüffähige Form aufgewiesen, weil Aufmaßblätter, Pläne, Berechnungen und Zeichnungen gefehlt hätten. Sie seien daher auch nicht fällig. Es werde überdies eine die Klagsforderung übersteigende Gegenforderung aufgrund einer vereinbarten Pönale kompensando eingewendet, zumal die Klägerin erhebliche zeitliche Verzüge zu verantworten und die Arbeiten bisher immer noch nicht fertiggestellt habe.

Die Beklagte verkündete beiden Nebenintervenientinnen den Streit mit der Begründung, die Klägerin habe insbesondere die Gegenforderung betreffend behauptet, sie sei nicht in Verzug geraten. Die Verzögerungen beim Bauvorhaben seien auf fehlende Pläne, Details, Freigabe, Vorgaben und eine unzureichende Koordination vor Ort zurückzuführen. Da die Beklagte diese Aufgabengebiete vertraglich an die Nebenintervenientinnen ausgegliedert habe, müsse sich die Beklagte deren diesbezügliches Fehlverhalten zurechnen lassen. Es sei damit evident, dass für den Fall, dass sich das Vorbringen der Klägerin als stichhältig erweisen sollte, der Beklagten Nicht- bzw Schlechterfüllungsansprüche gegenüber den Nebenintervenientinnen zustehen könnten. Auch mit der Rechnungsprüfung und -freigabe seien die Nebenintervenientinnen beauftragt gewesen. Es sei damit weiters evident, dass für den Fall, dass das Gericht zur Ansicht gelangen sollte, dass die unrichtigen Freigaben der Nebenintervenientinnen bezüglich der Rechnungen zu einem An-

erkenntnis der Beklagten geführt haben, der Beklagten Nicht- bzw Schlechterfüllungsansprüche gegenüber den Nebenintervenientinnen zustehen könnten.

Die Nebenintervenientinnen erklärten, dem Rechtsstreit auf Seite der Klägerin beizutreten. Sie brachten dazu vor, es lasse sich eine vertragliche Anspruchsgrundlage für potenzielle Regressansprüche der Beklagten gegenüber ihnen für den Fall ableiten, dass die von ihnen vorgenommenen Rechnungsprüfungen mit Fehlern behaftet bzw Empfehlungen an die Beklagte, die sachlich und rechnerisch geprüften Rechnungen anzuweisen, zu Unrecht erfolgt seien. Die Beklagte behaupte zudem, dass ihr im Zusammenhang mit den erhobenen Pönaleforderungen Ersatzansprüche gegenüber den Nebenintervenientinnen zustünden, wenn sich im Verfahren herausstellen sollte, dass die von der Beklagten erhobenen Gegenforderungen nicht zu Recht bestünden, weil die Terminverzögerungen auf fehlerhafte Leistungen der Nebenintervenientinnen zurückzuführen seien. Die Nebenintervenientinnen hätten ein rechtliches Interesse an den im Zusammenhang mit der Rechnungsprüfung, der Koordination der Leistungen vor Ort, der Planlieferungen sowie der aufrechnungsweise von der Beklagten eingewandten Pönaleforderungen vom Gericht zu treffenden Feststellungen. Wenn sich aus diesen bindenden Feststellungen ergeben sollte, dass den Nebenintervenientinnen keine Vorwürfe gemacht werden können, könnten auch keine Regressansprüche der Beklagten gegen die Nebenintervenientinnen entstehen. Aus diesem Grund bestehe ein rechtliches Interesse am Obsiegen der Klägerin.

Die Beklagte beantragte die Zurückweisung beider Nebeninterventionen. Ein rechtliches Interesse bestehe nur im Verhältnis zur Beklagten, nicht aber gegenüber der klagenden Partei, weil die Nebenintervenienten zu dieser keine rechtliche Beziehung hätten.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht wies die Nebeninterventionen ab. Bei Obsiegen der Klägerin sei denkbar, dass den Nebenintervenientinnen ein Regressanspruch der Beklagten drohe. Sie hätten daher ein rechtliches Interesse (nur) am Obsiegen der Beklagten. Ein Regressanspruch der Klägerin gegenüber den Nebenintervenientinnen, der ein rechtliches Interesse am Beitritt auf Seiten der Klägerin begründen könne, liege nicht vor und werde von den Nebenintervenientinnen auch nicht behauptet.

Das Rekursgericht änderte den erstinstanzlichen Beschluss dahin ab, dass es den Antrag der Beklagten, die Nebenintervention zurückzuweisen, abwies. Es sprach aus, dass der ordentliche Revisionsrekurs nicht zulässig ist.

Das Rekursgericht war der Ansicht, die Nebenintervenientinnen hätten zwar insoweit ein Interesse am Obsiegen der Beklagten, als dann Ansprüche gegenüber den

Nebenintervenientinnen aufgrund des behaupteten, der Beklagten zuzurechnenden Anerkenntnisses nicht mehr drohten. Dies schließe jedoch nicht aus, dass die Beklagte auch in diesem Fall aus der behaupteten fehlerhaften Rechnungsprüfung und -freigabe resultierende Nicht- und Schlechterfüllungsansprüche gegenüber den Nebenintervenientinnen erhebe, wie sie es auch bereits angedroht habe. Andererseits sei nicht zu verkennen, dass sich durch das Obsiegen der Klägerin die Rechtslage der Nebenintervenientinnen verbessere, weil damit die Behauptungen der Beklagten betreffend die Unrichtigkeit der Rechnungsprüfung seitens der Nebenintervenientinnen als unrichtig erwiesen werden könnten, wovon die von der Beklagten behaupteten Ansprüche aus dem Vertragsverhältnis zu den Nebenintervenientinnen berührt würden. Aus der Entscheidung über die eingewendete Gegenforderung könne hingegen kein rechtliches Interesse an der Nebenintervention abgeleitet werden.

Die Entscheidung des OGH

Der Revisionsrekurs der Beklagten ist zulässig, weil das Rekursgericht im Einzelfall von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung abgewichen ist; er ist auch berechtigt. Dem außerordentlichen Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass der Beschluss des Erstgerichts mit der Maßgabe wiederhergestellt wird, dass beide Nebeninterventionen zurückgewiesen werden.

Die Beklagte macht geltend, der Beitretende könne nur dann wählen, auf welcher Seite er dem Streit beitrifft, wenn seine Inanspruchnahme je nach dem Prozessausgang durch den schließlich Unterlegenen denkbar sei. Ein rechtliches Interesse der Nebenintervenientinnen bestünde hier jedoch lediglich am Obsiegen der Beklagten; eine Inanspruchnahme durch die Klägerin sei nicht denkbar. Ob die Rechnungsprüfung der Nebenintervenientinnen richtig gewesen sei oder nicht, sei für die Entscheidung im Hauptprozess rechtlich nicht relevant. Den Beitritt auf Seiten der Klägerin würden die Nebenintervenientinnen lediglich mit dem Interesse an der Erzielung bestimmter Beweisergebnisse begründen, was jedoch nicht genüge.

Hiezu wurde erwogen:

1. Ein rechtliches Interesse hat ein Nebenintervenient dann, wenn sich die Entscheidung unmittelbar oder mittelbar auf seine privat- oder öffentlich-rechtlichen Verhältnisse rechtlich günstig oder ungünstig auswirkt. Das rechtliche Interesse muss allerdings ein in der Rechtsordnung gegründetes und von ihr gebilligtes Interesse sein, das über ein bloß wirtschaftliches Interesse hinausgeht (RS0035724). Bei der Beurteilung, ob die Nebenintervention zulässig ist, ist kein strenger Maßstab anzu-

legen; es genügt, dass der Rechtsstreit die Rechtssphäre des Nebenintervenienten berührt (RS0035638). Im Allgemeinen wird ein rechtliches Interesse daher gegeben sein, wenn durch das Obsiegen der Hauptpartei die Rechtslage des Dritten verbessert oder durch deren Unterliegen verschlechtert wird (RS0035724 [T3]). Das ist insbesondere im Fall drohender Regressnahme in einem Folgeprozess als Folge des Prozessverlustes der streitverkündenden Partei im Hauptprozess zu bejahen (RS0106173 [T1]). Das bloße Interesse an einer bestimmten Beweislage berührt aber nur wirtschaftliche Interessen und rechtfertigt daher eine Nebenintervention nicht (3 Ob 7/19d; RS0035565 [T1]).

2. Die Nebenintervention ist zurückzuweisen, wenn schon aus den vorgebrachten Tatsachen kein rechtliches Interesse zu erkennen ist (RS0035638 [T6]). In diesem Sinn hat der Beitretende sein rechtliches Interesse iSd § 18 (1) ZPO zu spezifizieren, insbesondere auch dahingehend, dass es am Obsiegen derjenigen Prozesspartei besteht, auf deren Seite der Nebenintervenient beitrifft (3 Ob 7/19d; 3 Ob 211/10s). Die Zulässigkeit der Nebenintervention darf nicht aus anderen als den von der Nebenintervenientin zum Beitritt vorgebrachten Tatsachen abgeleitet werden (RS0035678 [T1]). Soweit über die Erklärung des Nebenintervenienten hinausgehende Tatsachen und Rechtsüberlegungen der Entscheidung zugrundegelegt werden, ist dies nicht zulässig (3 Ob 7/19d; 3 Ob 197/19w; RS0035678 [T3]).

3. Grundlage der hier vorzunehmenden Prüfung ist daher allein die beim Beitritt gegebene Begründung des Interventionsinteresses der Nebenintervenientinnen. Danach liegt im vorliegenden Fall kein rechtliches Interesse am Obsiegen der Klägerin vor:

3.1 Auf einen möglichen Regressanspruch der Klägerin haben sich die Nebenintervenientinnen beim Beitritt nicht gestützt, sodass auf ein allfälliges darin begründetes Beitrittsinteresse nicht einzugehen ist (vgl 1 Ob 123/18x).

3.2 Zutreffend hat bereits das Rekursgericht darauf hingewiesen, dass die bloß von dem rechtlichen Interesse an der Entscheidung über eine im Prozess eingewendete

Gegenforderung abgeleitete Nebenintervention sowohl auf Seite des Beklagten wie auch auf Seite des Klägers unzulässig ist (RS0033869). Die Nebenintervenientinnen können ihr rechtliches Interesse am Beitritt daher nicht erfolgreich auf angedrohte Regressansprüche im Zusammenhang mit der erhobenen Gegenforderung stützen.

3.3 Richtig ist auch die Ansicht des Rekursgerichts, dass die Nebenintervenientinnen ein Interesse am Obsiegen der Beklagten haben, weil dann Regressansprüche aufgrund des behaupteten, der Beklagten zuzurechnenden Anerkenntnisses der gelegten Rechnungen nicht mehr drohen. Ein Obsiegen der Klägerin aus diesem Grund wäre hingegen Voraussetzung für einen Rückgriff der Beklagten gegenüber den Nebenintervenientinnen.

3.4 Eine Inanspruchnahme der Nebenintervenientinnen durch die Beklagte bloß wegen des Umstands, dass die Rechnungsprüfung mangelhaft war, hängt rechtlich (etwa im Sinn eines Regresses) nicht vom Ausgang dieses Verfahrens ab. Sie könnte sich allein auf deren Vertragsbeziehung gründen und dadurch – wie die Nebenintervenientinnen selbst vorbringen – nur insoweit beeinflusst werden, als sich aufgrund der Beweisergebnisse herausstell[...].en sollte, ob eine fehlerhafte Rechnungsprüfung durch die Nebenintervenientinnen erfolgt war. Damit stützen die Nebenintervenientinnen ihr rechtliches Interesse am Obsiegen der Klägerin aber lediglich auf Auswirkungen auf der Sachverhaltsebene, nämlich auf die Erzielung bestimmter Beweisergebnisse (vgl 3 Ob 211/10s; 3 Ob 73/10x). Das Interesse, die diesbezügliche Beweislage durch Obsiegen der Klägerin zu verbessern, ist aber ein bloß wirtschaftliches, was für einen Streitbeitritt nicht ausreicht (Punkt 1.).

4. Damit war der Beschluss des Erstgerichts mit der Maßgabe wiederherzustellen, dass beide Nebeninterventionen zurückgewiesen werden.

[21] 5. Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO. Im Zwischenstreit über die Zulassung der Nebenintervenientinnen werden auch diese Kostenersatzpflichtig (RS0035436).

Absturz vom nicht ausreichend abgesicherten Dach: Verkehrssicherungspflicht und Mitverschulden

1. Wer eine Gefahrenquelle schafft, hat schon nach allgemeinen Grundsätzen die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung abzuwenden. Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung selbst bei einem bloß beschränkten Verkehr, wie auf einer Baustelle, und auch gegenüber freiwilligen Helfern bei Bauarbeiten in Eigenregie.
2. Bei Schadenersatzansprüchen wegen einer Verletzung von Verkehrssicherungspflichten liegt gemäß ständiger Rechtsprechung ein Mitverschulden dann vor, wenn ein sorgfältiger Mensch rechtzeitig Anhaltspunkte dafür sowie die Möglichkeit hatte, sich darauf einzustellen; erkennbaren Gefahrenstellen muss grundsätzlich ausgewichen werden.
3. Die Verkehrssicherungspflicht entfällt nach ständiger Rechtsprechung bei Schaffung oder Duldung einer besonderen Gefahrenquelle aber nicht schon dann, wenn jemand ohne Gestattung in einen fremden Bereich eingedrungen ist. Besteht die Möglichkeit, dass Personen versehentlich in den Gefahrenbereich gelangen, oder dass Kinder und andere Personen, die nicht die nötige Einsichtsfähigkeit haben, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, gefährdet werden, oder besteht eine ganz unerwartete und große Gefährdung, so kann eine Interessenabwägung ergeben, dass der Inhaber der Gefahrenquelle dennoch zumutbare Maßnahmen zur Vermeidung von Schädigungen zu ergreifen hat.

<https://doi.org/10.33196/zrb202404012801>

OGH 14.12.2023, 2 Ob 191/23m

Deskriptoren: Schadenersatz, Verkehrssicherungspflichten, Mitverschulden, Sorgfaltspflichten; §§ 129e f, 1304 ABGB.

Sachverhalt:

Der Erstbeklagte wollte 2019 für seine Skischule ein Gebäude errichten. Bei der Planung der Baustelle und vor Ort half ihm der Drittbeklagte, sein Schwager, der Dienstnehmer des zweitbeklagten Bauunternehmens ist. Teils erfolgte dessen Mitarbeit im Rahmen der Verwandtschaftshilfe, teils über die Zweitbeklagte, die vom Erstbeklagten mit Materiallieferungen und Arbeitsleistungen in Regie beauftragt wurde, ua im Zusammenhang mit der Dachkonstruktion.

M* ist der Onkel des Erstbeklagten und Vertragsbediensteter der Klägerin. Er half am 25. und 26.10.2019 ebenfalls im Rahmen der Verwandtschaftshilfe auf der Baustelle mit. Am 26.10.2019 begab er sich aus nicht mehr feststellbaren Gründen auf das in Errichtung befindliche und nicht ausreichend abgesicherte Dach und stürzte von dort ab. Er verletzte sich dabei schwer und wird auch dauerhaft beeinträchtigt bleiben.

Die Klägerin erbrachte daraufhin teils Leistungen als Arbeitgeberin und teils als Trägerin der Krankenfürsorgeanstalt der Magistratsbediensteten der *stadt *, bei

der der Verunfallte als Bediensteter der Klägerin krankenversichert war, und ließ sich überdies Ansprüche des Verunfallten abtreten.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen:

Das Berufungsgericht bestätigte die Entscheidung des Erstgerichts, das eine Haftung des Erstbeklagten für aufgrund des Unfalls bereits erbrachte sowie zukünftige Leistungen der Klägerin wegen einer Verletzung seiner allgemeinen Verkehrssicherungspflicht als Bauherr bejahte, jedoch ein gleichteiliges Mitverschulden des Verunfallten annahm. Eine Haftung des zweitbeklagten Bauunternehmens verneinten die Vorinstanzen hingegen übereinstimmend, weil der Verunfallte nicht bei diesem beschäftigt gewesen sei und keine diesem zuzurechnende Person von einer Weiterarbeit am Dach durch freiwillige Helfer über das Wochenende gewusst habe. Auch der Drittbeklagte sei am Unfalltag nicht als Bauleiter der Zweitbeklagten tätig geworden, sondern habe bloß privat mitgeholfen, sodass er weder die Zweitbeklagte repräsentiert habe, noch persönlich hafte.

Die Entscheidung des OGH:

Die außerordentlichen Revisionen der Klägerin sowie des Erstbeklagten zeigen keine erheblichen Rechtsfragen im Sinn des § 502 (1) ZPO auf – sie werden gemäß § 508a (2) ZPO mangels der Voraussetzungen des § 502 (1) ZPO zurückgewiesen.

1. Revision des Erstbeklagten:

1.1 Der konkrete Inhalt einer Verkehrssicherungspflicht hängt genauso von den Umständen des Einzelfalls ab (vgl RS0110202) wie die Beurteilung, wann die Grenze der Zumutbarkeit überschritten ist (vgl RS0111380, RS0029874). Entscheidungen über Verkehrssicherungspflichten sind daher nur dann revisibel, wenn dem Berufungsgericht eine Fehlbeurteilung unterlief, die einer Korrektur durch den Obersten Gerichtshof bedarf (RS0110202 [T14]).

1.2 Das ist hier nicht der Fall:

Wer eine Gefahrenquelle schafft, hat schon nach allgemeinen Grundsätzen die notwendigen Vorkehrungen zu treffen, um eine Schädigung abzuwenden (vgl RS0022778). Dies gilt nach ständiger Rechtsprechung selbst bei einem bloß beschränkten Verkehr wie auf einer Baustelle (vgl RS0023355), und auch gegenüber freiwilligen Helfern bei Bauarbeiten in Eigenregie (vgl 5 Ob 116/04a: Sturz in einen offenen Kellerschacht). Besteht nach den Erfahrungen des täglichen Lebens eine naheliegende und voraussehbare Gefahrenquelle, hat der Inhaber einer Anlage die zur Gefahrenabwehr notwendigen und zumutbaren Vorkehrungen auch dann zu treffen, wenn er durch die baurechtlichen Vorschriften nicht dazu verhalten wäre (RS0023437 [T3]) und alle sonstigen behördlichen Genehmigungen vorliegen (vgl RS0023419).

1.3 Der Erstbeklagte sieht hier eine Sonderkonstellation aufgrund der Feststellung des Erstgerichts verwirklicht, laut der der Verunfallte äußerte, er werde am Boden helfen, weil er nicht schwindelfrei sei, und diesem gerade keine Aufgaben am Dach übertragen worden seien.

Die Verkehrssicherungspflicht entfällt nach ständiger Rechtsprechung bei Schaffung oder Duldung einer besonderen Gefahrenquelle aber nicht schon dann, wenn jemand ohne Gestattung in einen fremden Bereich eingedrungen ist. Besteht die Möglichkeit, dass Personen versehentlich in den Gefahrenbereich gelangen, oder dass Kinder und andere Personen, die nicht die nötige Einsichtsfähigkeit haben, um sich selbst vor Schaden zu bewahren, gefährdet werden, oder besteht eine ganz unerwartete und große Gefährdung, so kann eine Interessenabwägung ergeben, dass der Inhaber der Gefahrenquelle dennoch zumutbare Maßnahmen zur Vermeidung von Schädigungen zu ergreifen hat (RS0114361). Da hier keine konkrete Aufgabenteilung festgestellt werden konnte, niemandem verboten wurde, den Dachbereich zu betreten, und gerade nicht feststeht, dass die besonderen Gefahren bei Dacharbeiten allen Helfern ausreichend bekannt waren, ist die Rechtsansicht der Vorinstanzen vertretbar, dass der Erstbeklagte im Rahmen der Verwandtschaftshilfe an einem Wochenende mit einem Einstieg von nicht professionellen Helfern in den äußerst gefahrenträchtigen Bereich des unfertigen und ungesicherten Daches hätte rechnen müssen und als Bauherr (technisch notwendige, mögliche, zumutbare

und den Unfall verhindernde) Sicherungsmaßnahmen hätte setzen müssen. Warum es nicht zumutbar gewesen sein sollte, alle unkundigen Helfer zumindest ausdrücklich zu warnen und ihnen ein ungesichertes Begehen des Daches explizit zu untersagen, lässt das Rechtsmittel offen.

2. Revision der Klägerin:

2.1.1 Das Ausmaß eines (allfälligen) Mitverschuldens des Geschädigten kann wegen seiner Einzelfallbezogenheit nicht als erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 (1) ZPO gewertet werden (RS0022681 [T10, T11]).

2.1.2 Bei unechtem Handeln auf eigene Gefahr, sohin wenn den Gefährder – wie hier – Schutzpflichten treffen, ist die Selbstgefährdung (nur) im Rahmen eines Mitverschuldenseinwands zu prüfen (vgl RS0023101 [insb T4]; 8 Ob 136/22s: [allfälliges] Mitverschulden des Klägers, der trotz Fehlens einer Sicherungsmöglichkeit ein Dach bestieg). Bei Schadenersatzansprüchen wegen einer Verletzung von Verkehrssicherungspflichten liegt gemäß ständiger Rechtsprechung ein Mitverschulden dann vor, wenn ein sorgfältiger Mensch rechtzeitig Anhaltspunkte dafür sowie die Möglichkeit hatte, sich darauf einzustellen; erkennbaren Gefahrenstellen muss grundsätzlich ausgewichen werden (vgl RS0023704).

Die von den Vorinstanzen angenommene gleichteilige Verschuldensteilung zwischen dem Kläger und dem Erstbeklagten, die beide nicht als Fachleute in Bezug auf Dacharbeiten angesehen werden können, bewegt sich innerhalb dieses Beurteilungsspielraums, zumal sie berücksichtigten, dass der Verunfallte als Laie ohne besonderen Grund und ohne Rücksprache das offensichtlich gefährliche, weil noch in Arbeit befindliche und ungesicherte Dach ohne persönliche Schutzausrüstung bestieg. Bereits damit begab er sich aber in einen schon nach allgemeiner Lebenserfahrung äußerst gefährlichen Bereich.

2.2 Auch in Bezug auf die Forderungshöhe gelingt es der Klägerin nicht, eine Unvertretbarkeit der Vorentscheidungen aufzuzeigen.

2.2.1 Das Berufungsgericht bestätigte eine Teilabweisung aus der Krankenversicherung mangels nachgewiesenen Kausalzusammenhangs mit dem Unfall. Dabei erachtete es nicht die einleitende Feststellung des Erstgerichts für maßgeblich, laut der die Klägerin insgesamt 200.261,03 an Heilbehelfen sowie Transport- und Behandlungskosten bezahlt habe, „die alle durch den *gegenständlichen Unfall verursacht wurden*“, sondern die sich daran anschließenden, detaillierten Einzelfeststellungen in Zusammenschau mit dem der rechtlichen Beurteilung zugrunde gelegten Betrag. Diese Auslegung der Urteilsfeststellungen im Einzelfall begründet keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 (1) ZPO (RS0118891).

2.2.2 Eine weitere Teilabweisung aus dem Titel „Entgeltfortzahlung“ für den Zeitraum Februar bis Juli 2020

bestätigte das Berufungsgericht wegen Unschlüssigkeit des Klagsvorbringens, weil die Klägerin – trotz entsprechender Einwände der Beklagten – nie konkret behauptet und aufgeschlüsselt habe, dass und welche Beträge sie an den Verunfallten gemäß § 174 (1) und (3) szb Magistrats-Bedienstetengesetz (MagBeG) geleistet hätte, die den allgemeinen und vom Erstgericht zugrunde gelegten Anspruch nach § 24 (1) VBG von hier 91 Kalendertagen überstiegen hätten. Ob ein Vorbringen so weit spezifiziert ist, dass es als Anspruchsgrundlage hinreicht, ist ebenso eine Frage des Einzelfalls (vgl RS0042828) wie die Schlüssigkeit einer Klage und kann daher keine erhebliche Rechtsfrage im Sinn des § 502 (4) Z 1 ZPO sein (vgl RS0037780, RS0116144).

§ 174 (3) szb MagBeG (idF LGBl Nr 51/2012 und LGBl Nr 6/2020), auf den sich die Revisionswerberin beruft, lautet: „Dauert die Dienstverhinderung über die in den (1) und (2) bestimmten Zeiträume hinaus an [hier ebenfalls 91 Kalendertage], gebührt den Vertragsbediensteten für die gleichen Zeiträume ein Zuschuss im Ausmaß des jeweiligen Unterschieds zwischen der laufenden Geldleistung aus der gesetzlichen Krankenversicherung oder einer gleichwertigen Leistung der Krankenfürsorgeanstalt der Magistratsbediensteten und dem Nettomonatsbezug mit der Maßgabe, dass dieser Zuschuss 49 % dieses Nettomonatsbezugs nicht übersteigen darf.“ Die pauschale Behauptung in der Revision, dass der Klägerin „für weitere 91 Tage ein Zuschuss“ gebühre, ohne dessen konkrete Höhe und Berechnungsgrundlage zu spezifizieren, genügt nicht, um eine Unvertretbarkeit der Berufungsentscheidung darzulegen.

2.3 Eine Haftung des zweitbeklagten Bauunternehmens und des bei diesem angestellten Drittbeklagten ist zwar nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil der Verunfallte kein Arbeitnehmer war und mit ihnen auch sonst in keinem Vertragsverhältnis stand. Eine Sicherungs-

pflcht kann sich nämlich bereits aus der Schaffung einer besonderen Gefahrenlage ergeben (siehe dazu Punkt 1.2). Die Sorgfaltspflicht darf gemäß ständiger Rechtsprechung jedoch nicht überspannt werden, um keine vom Verschulden losgelöste Haftung zu begründen (RS0023487 [insb T2, T10]).

Nach den Feststellungen bot die Zweitbeklagte diverse Schutzmaßnahmen sowie eine Bauleitung und eine Baustellenkoordination an, deren Be[stell]ung jedoch nicht festgestellt werden konnte. Ihr Geschäftsführer hatte keine Kenntnis davon, dass über das Wochenende – noch dazu am Dach und unter Mitwirkung von Laien – weitergearbeitet werden sollte. Die Beurteilung der Vorinstanzen, dass die Zweitbeklagte daher weder aus Eigenem Absicherungen herstellen noch Warnungen aussprechen musste, weil aus ihrer Perspektive keine naheliegende und voraussehbare Gefahr vorlag, und sie auf die Eigenverantwortung des Bauherren vertrauen durfte, bewegt sich innerhalb des ihnen eingeräumten Beurteilungsspielraums.

Soweit die Revision mit einer (Wissens-)Zurechnung des Drittbeklagten und zweier weiterer Mitarbeiter der Zweitbeklagten argumentiert, entfernt sie sich vom festgestellten Sachverhalt und ist daher nicht gesetzmäßig ausgeführt. Der Drittbeklagte war gerade nicht als Bauleiter tätig. Die Helfer waren am Unfalltag privat im Rahmen der Verwandtschaftshilfe bzw gegen direkte Bezahlung vor Ort. Woraus sich eine Eigenhaftung des Drittbeklagten ergeben soll, der gerade nicht als Bauleiter eingesetzt wurde und am Unfalltag lediglich aufgrund eines Freundschaftsdienstes gegenüber dem Erstbeklagten vor Ort war, ohne dabei die Dacharbeiten und/oder den Verunfallten zu beaufsichtigen und von dessen Gang auf das Dach Kenntnis zu haben, lässt die Revision offen, die vorrangig mit einer Zurechnung zur Zweitbeklagten argumentiert.

Zur Übernahmefiktion gemäß ÖNORM B2110

1. Grundsätzlich ist es Sache eines Werkbestellers, das Vorliegen eines behaupteten Mangels des Werks zu beweisen.
2. Für die Beurteilung, ob Mängel eines Werks offensichtlich sind, ist der Zeitpunkt der Ablieferung maßgebend.
3. Von „in die Augen fallenden“ Mängeln kann regelmäßig nur dann gesprochen werden, wenn sie auch ohne nähere Überprüfung nicht zu übersehen sind.
4. Eine bestellte örtliche Bauaufsicht erfolgt ausschließlich im Interesse des Bestellers und nicht in jenem der Werkunternehmer.
5. Tatsachen, die der ÖBA als Vertreterin der Bauherrin zur Kenntnis gelangt sind, muss diese sich daher wie eigenes Wissen zurechnen lassen.
6. Eine Berufung auf mangelnde Fälligkeit des Werklohns wegen Verbesserungsverzugs setzt voraus, dass der Werkbesteller die Verbesserung ernstlich geltend macht.

<https://doi.org/10.33196/zrb202404013101>

OGH 15.2.2024, 8 Ob 114/23g

Deskriptoren: ÖNORM B2110, Übernahme, Zurückbehaltungsrecht Wissenszurechnung; §§ 922 ff, 1170 ABGB.

Sachverhalt:

Die Rechtsvorgängerin der Klägerin wurde von der Beklagten mit den Abdichtungsarbeiten beim Bauvorhaben einer Mehrparteienwohnanlage betraut. Dem schriftlichen Vertrag wurde unter anderem die Anwendung der ÖNORM B2110 zugrundegelegt.

Die Beklagte bestellte bei der Klägerin auch Zusätze und Ergänzungen, deren Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand zu den vereinbarten Einheitspreisen erfolgte. Die Zusatzangebote wurden von der örtlichen Bauaufsicht (ÖBA) der Beklagten freigegeben und die Rechnungen von der Klägerin in die Schlussrechnung aufgenommen.

Mit Schreiben vom 17.1.2019 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie die bestellten Leistungen fertiggestellt habe und um Übernahme des Bauwerks innerhalb von 30 Tagen ab Erhalt dieses Schreibens unter rechtzeitiger Bekanntgabe eines gegebenenfalls erforderlichen Termins für die Begehung ersuche. Sollte keine gemeinsame Abnahme gewünscht sein, gehe die Klägerin nach Verstreichen der Frist davon aus, dass das Bauvorhaben für die Beklagte bereits als abgenommen gelte. Auf dieses Schreiben reagierte die Beklagte nicht.

Die Klägerin rechnete die von ihr erbrachten Leistungen mit Schlussrechnung vom 28.1.2019 im Betrag von brutto 181.694,22 ab. Unter Berücksichtigung einer von der Beklagten vorgenommenen Korrektur, der bereits erhaltenen Abschlagszahlungen und eines Skontoabzugs blieben daraus restliche 21.965,41 offen.

Über diese Korrekturen hinaus erhob die Beklagte gegenüber der Klägerin vor Klageeinbringung keine weiteren Einwendungen gegen die Schlussrechnung.

Die Wohnanlage verfügt über überdachte, sonst jedoch offene Laubengänge in jeder Stockwerksebene. Diese Gänge werden durch Bodengullys entwässert. Der Vertrag mit der klagenden Partei umfasste auch die Abdichtung bzw die Einbindung dieser Gullys in die Bitumen-Abdichtungen der Laubengänge, nicht jedoch das Versetzen der Abflussgullys. Nachdem Anfang 2019 Wassereintritte in diverse Bauteile festgestellt werden mussten, führte die Klägerin von März bis Oktober 2019 diverse Leistungen zur Fehlersuche durch. Diese ergab keine Mängel der von der Klägerin durchgeführten Abdichtungen. Die Klägerin legte der Beklagten für die zur Fehlersuche erbrachten Leistungen Rechnung vom 12.11.2019 über 17.887,66 brutto. Diese Rechnung wurde von der Beklagten bis zur Klageeinbringung nicht beanstandet, aber nicht bezahlt. Nicht festgestellt werden kann, ob die Klägerin die Beklagte zuvor darauf hingewiesen hatte, dass diese Arbeiten kostenpflichtig seien.

Nach neuerlichen Wassereintritten führte die Klägerin im Februar 2021 eine von der Beklagten bestellte Wasserprobe durch, die sie mit Rechnung vom 10.3.2021 mit 1.495,82 brutto fakturierte. Auf diese letztere Rechnung gewidmet bezahlte die Beklagte nach Klageeinbringung 460,50.

Dass die Wassereintritte im Jahr 2018 und 2022 auf eine mangelhafte Leistung der Klägerin zurückzuführen waren, konnte nicht festgestellt werden.

Das Anbot der Klägerin und der darauf abgeschlossene Vertrag umfassten unter anderem auch die Anbringung einer Wärmedämmung am Boden des Laubengangs.

Die Klägerin hat am 14.2.2018 ein Warnschreiben an die Beklagte geschickt, in dem sie unter anderem fest-

hielt: „Wie bereits vorab besprochen, möchten wir der Ordnung halber schriftlich mitteilen, dass auf den Laubengängen und Balkonen das Gefälle nicht der ÖNORM entspricht. Das Gefälle ist nicht ausreichend. Es wird in diesem Bereich zu stehendem Wasser und daraus resultierenden Folgeschäden kommen. Die Ausführung wird daher nur auf ausdrücklichen Wunsch des Bauherrn ausgeführt“.

Die Wärmedämmung des Laubengangs war auch im Plan vorgesehen, wurde aber von der ÖBA – mit Ausnahme der Lieferung von Vliesmaterial – nicht abgerufen. Die Notwendigkeit und die Einbausituation waren für die am Bodenaufbau des Laubengangs beteiligten Professionisten erkennbar. Für die plangemäße Errichtung der Bauleistung ist aus technischer Sicht die örtliche Bauaufsicht in Verbindung mit den ausführenden Professionisten verantwortlich.

Die Klägerin hat die Beklagte nicht darauf hingewiesen, dass sie die Dämmung der Laubengänge nicht vorgenommen hat. Sie hat diese Leistung auch nicht in Rechnung gestellt. Die Kosten einer nachträglichen Anbringung der Wärmedämmung würden 5.000,00 übersteigen.

Das Klagebegehren umfasst den restlichen Werklohn aus der Schlussrechnung sowie aus den beiden Zusatzrechnungen vom 12.11.2019 und 10.3.2021.

Die Beklagte wandte – soweit im Revisionsverfahren noch gegenständlich – ein, die behaupteten entgeltlichen Zusätze seien nicht bestellt worden. Das Werk der Klägerin sei mangelhaft geblieben, wegen der fehlenden Wärmedämmung des Laubengangs seien die Arbeiten auch nicht zur Gänze fertig. Die Klagsforderung sei daher nicht fällig.

Gegenforderungen wurden für verursachte Beschädigungen, Reparaturarbeiten und – in nicht bezifferter Höhe – für eine nachträgliche Ersatzvornahme der fehlenden Wärmedämmung eingewendet.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen:

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab.

Die Fälligkeit des Werklohns könne so lange hinausgeschoben werden wie ein Verbesserungsanspruch bestehe und die Verbesserung im Interesse des Bestellers liege. Für die Klägerin wäre es anhand der Pläne eindeutig erkennbar gewesen, dass über die gesamte Bauteillänge des Laubengangs eine Wärmedämmung verlegt werden müsse. Sie hätte daher, als die Arbeiten nicht abgerufen worden seien, eine Warnung aussprechen müssen. Da dies unterblieben sei, verliere sie den Entgeltanspruch, und zwar auch für die Zusatzbestellungen.

Das Berufungsgericht gab dem Rechtsmittel der Klägerin teilweise Folge. Es änderte die Entscheidung des Erstgerichts dahin ab, dass es in Form eines dreigliedri-

gen Urteilspruchs der Klägerin deren Forderungen aus den beiden Zusatzrechnungen als berechtigt und die Gegenforderungen als nicht berechtigt beurteilte, den Betrag von 18.922,98 samt Zinsen zuerkannte und die Abweisung der Restforderung aus der Schlussrechnung in Höhe von 17.232,99 samt Anhang bestätigte.

Die Zusatzrechnungen seien für selbstständige Verträge gelegt worden. Eine Mangelhaftigkeit der damit verrechneten Leistungen sei nicht behauptet worden, weshalb kein Leistungsverweigerungsrecht bestehe.

Anderes gelte für die Schlussrechnung. Hier sei die Werkausführung wegen der nicht angebrachten Wärmedämmplatten im Laubengang unvollständig geblieben. Da die Kosten für die nachträgliche Anbringung ein Drittel des noch offenen Werklohns überstiegen, sei die Zurückbehaltung nicht schikanös. Ein Verzicht auf Gewährleistung oder auf das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten sei nicht anzunehmen. Das Fehlen der Dämmung sei kein offenkundiger, nach der ÖNORM B2110 rügepflichtiger Mangel. Eine Übernahme des Gewerks habe nicht stattgefunden, sodass auch keine Rügemöglichkeit bestanden hätte. Fehler der Bauaufsicht könnten die einzelnen Werkunternehmer nicht entlasten.

Gegen diese Entscheidung richteten sich die außerordentliche Revision der Beklagten und die gemäß § 508a ZPO freigestellte Revision der Klägerin. Die Klägerin beantragt, das Urteil des Berufungsgerichts im zur Gänze klagsstattgebenden Sinn abzuändern. Die Beklagte strebt die Wiederherstellung der erstgerichtlichen Entscheidung an.

Die Entscheidung des OGH:

Die außerordentliche Revision der Beklagten ist mangels der Voraussetzungen des § 502 (1) ZPO zurückzuweisen.

Die von der Beklagten beantwortete Revision der Klägerin ist zulässig, weil die Entscheidung des Berufungsgerichts zur Wahrung der Rechtssicherheit und Rechtseinheit einer Korrektur bedarf. Die Revision ist dementsprechend auch berechtigt. Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass das Urteil insgesamt zu lauten hat: „Das Klagebegehren besteht mit 36.155,97 zu Recht. Die Gegenforderung besteht bis zu diesem Betrag nicht zu Recht. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei binnen 14 Tagen 36.155,97 samt je 9,2 % Zinsen über dem Basiszinssatz aus 17.232,99 seit 30.5.2019, aus 17.887,66 seit 12.12.2019 sowie aus 1.035,32 seit 26.5.2021 zu bezahlen“.

1. Revision der Beklagten:

Die Beklagte vertritt die Rechtsansicht, das Berufungsgericht sei rechtsirrig davon ausgegangen, dass sie bei der Klägerin zusätzlich die Fehlersuche bestellt habe, die

ihr gesondert zu entlohnen wäre[...]. Die Äußerung eines „Wunsches“ nach einer Prüfung der Dichtheit lasse keinen Abschlusswillen erkennen. Es wäre der Klägerin vielmehr frei gestanden, die Fehlersuche und die Wasserbeprobung abzulehnen.

Wie die Revision einräumt, hängt die Auslegung von Willenserklärungen stets von den Umständen des Einzelfalls ab und hat im Regelfall keine über diesen hinausgehende Bedeutung (RS0109021 [T5]). Das Rechtsmittel der Beklagten zeigt hier kein wesentliches Verkennen der Auslegungsgrundsätze durch das Berufungsgericht auf, das im Interesse der Rechtssicherheit wahrgenommen werden müsste (vgl auch RS0081754 [T5, T6]; RS0043253 [T18]; RS0042936 [T36] ua).

Die Auffassung, dass der „Wunsch“ nach Durchführung der Fehlersuche als zumindest schlüssige Bestellung bei der Klägerin zu verstehen war, für die mangels anderer Vereinbarung nach § 1152 ABGB auch ein angemessenes Entgelt gebührt, ist auf Grundlage des hier festgestellten Sachverhalts nicht zu beanstanden. Gerade weil die Klägerin, wie die Revision selbst betont, aufgrund des ursprünglichen Werkvertrags nicht zur Mitwirkung bei dieser Fehlersuche verhalten gewesen wäre, erscheint diese Auslegung unbedenklich.

Bei der Errichterin einer Wohnanlage, die gegenüber Käufern bzw Mietern der Wohnungen für Baumängel einzustehen hat, ist ein eigenes wirtschaftliches Interesse anzunehmen, die Ursache von wiederholten Wassereintritten herauszufinden, um das Problem dann nach Möglichkeit beheben zu können. Grundsätzlich ist es Sache eines Werkbestellers, das Vorliegen eines behaupteten Mangels des Werks zu beweisen (RS0018553; RS0124354).

Die Kosten der Überprüfung hätte die Klägerin zwar dann – als Mangelfolgeschaden – selbst zu tragen gehabt, wenn sich tatsächlich für den Wassereintritt ursächliche Fehler ihres eigenen Gewerks herausgestellt hätten. Dies war nach den Feststellungen aber nicht der Fall.

Die Revision der Beklagten war daher mangels der Voraussetzungen des § 502 (1) ZPO zurückzuweisen.

2. Revision der Klägerin

Die Klägerin argumentiert, das Leistungsverweigerungsrecht eines Werkbestellers setze ein ernstliches Verbesserungsbegehren, das Fehlen der Unverhältnismäßigkeit und ein berechtigtes Interesse des Werkbestellers voraus. Ein Verbesserungsbegehren sei von der Beklagten, die überhaupt erst kurz vor Ablauf der dreijährigen Gewährleistungsfrist das Fehlen der Dämmung als Grund für ihre Leistungsverweigerung geltend gemacht habe, nicht erhoben worden.

Das Berufungsgericht habe sich auch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob es sich bei der Verlegung der fehlenden Dämmplatten um ein eigenständiges, von der Abdichtung unabhängiges Teilwerk gehandelt hätte.

Der Beklagten sei der Fehler ihrer örtlichen Bauaufsicht zuzurechnen, die den Abruf der Dämmungsarbeiten unterlassen habe. Die zitierte Rechtsprechung, wonach die Bauaufsicht die Interessen des Bauherrn, aber nicht die der Werkunternehmer zu wahren habe, sei insoweit nicht einschlägig, weil es hier um für die Leistungserbringung notwendige Anweisungen gehe.

Das Fehlen der Dämmung sei ein nach dem Detailplan offenkundiger Mangel, der nach der vereinbarten ÖNORM B2110 schon bei Übernahme zu rügen gewesen wäre. Der Rügepflicht könne sich die Beklagte nicht durch grundlose Nichtreaktion auf die angebotene Abnahme entziehen.

Dazu ist Folgendes auszuführen:

1. Pkt 10.6.2 der von den Parteien vereinbarten ÖNORM B2110 lautet: *„Übernimmt der AG die Leistung trotz Mängeln, bedeutet dies keinen Verzicht auf seine Gewährleistungsansprüche. Dies gilt aber nicht für nicht gerügte offensichtliche Mängel“*.

Für die Beurteilung, ob Mängel eines Werks offensichtlich sind, ist der Zeitpunkt der Ablieferung maßgebend (RS0018517). Von „in die Augen fallenden“ Mängeln kann regelmäßig nur dann gesprochen werden, wenn sie auch ohne nähere Überprüfung nicht zu übersehen sind (6 Ob 113/09z). Offensichtlichkeit ist aber nicht mit tatsächlichem Erkennen gleichzusetzen. Würde es nur auf die subjektive Wahrnehmung des Bestellers ankommen, wäre eine strenge Kontroll- und Rügepflicht nach Pkt 10.6.2 der ÖNORM B 2110 praktisch gegenstandslos, weil dann auch einfach aus Unachtsamkeit Übersehenes jederzeit nachträglich geltend gemacht werden könnte.

2. Eine bestellte örtliche Bauaufsicht erfolgt, wie das Berufungsgericht grundsätzlich zutreffend ausgeführt hat, ausschließlich im Interesse des [Bestell]ers und nicht in jenem der Werkunternehmer. Sie soll den Bauherrn vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen. Diese können Mängel ihrer eigenen Leistung nicht damit exkulpieren, dass sie bei gehöriger Aufmerksamkeit der Bauaufsicht verhindert worden wären (vgl RS0108535). Aus diesen Grundsätzen folgt aber nicht, dass der tatsächliche Wissensstand einer örtlichen Bauaufsicht dem Bauherrn nicht zugerechnet werden dürfte. Die Beklagte hat die von ihr zur Bauaufsicht bestellte Gesellschaft und deren Ansprechperson als *„Bauherrenvertreter“* und *„befugte zeichnungsberechtigte Person f. Freigaben von wichtigem Schriftverkehr [...] Zustellung Schriftverkehr sowie Warn- bzw Hinweis Schreiben“* gegenüber der Klägerin namhaft gemacht (S 33 in Beil ./A). Tatsachen, die der ÖBA als ihrer Vertreterin zur Kenntnis gelangt sind, muss die Beklagte sich daher wie eigenes Wissen zurechnen lassen.

3. Nach den Feststellungen war das Fehlen der Wärmedämmung für die örtliche Bauaufsicht der Beklagten erkennbar, weil ihr die Koordination der Professionisten oblag. Es wäre daher ihre Sache gewesen, sich vom Abschluss der Verlegung der Dämmung zu überzeugen bzw die Klägerin zu verständigen, dass sie nach dem Stand des Baufortschritts nun damit beginnen solle, damit anschließend die Bodenplatten darüber verlegt werden können (Gutachtensergänzung ON 47 S 9).

Wenn das Berufungsgericht argumentiert, dass die Klägerin die Dämmung von sich aus bereits früher aufbringen hätte können oder sogar müssen, liegt dafür kein Beweisergebnis vor. Weder wäre aus dem Sachverständigengutachten (Gutachtensergänzung ON 47 S 9) eine entsprechende Feststellung ableitbar, noch wurde ein vereinbarter Termin behauptet, bis zu dem die Klägerin diese vor dem Plattenlegen durchzuführende Arbeit auch ohne Abruf jedenfalls fertigstellen hätte müssen. Vielmehr hatte die Klägerin in ihrem Warnschreiben mitgeteilt, dass sie Arbeiten an den Laubengängen wegen des mangelhaften Gefälles nur über ausdrückliche Aufforderung unternehmen werde.

Die unterbliebene Dämmung wurde von der Klägerin auch nicht in Rechnung gestellt. Das Fehlen wäre für die Beklagte bzw deren Bauaufsicht daher nicht nur im Ablauf, sondern auch bei der Prüfung der Schlussrechnung als Abweichung von den Positionen des Anbots erkennbar gewesen.

4. Eine Rüge des Fehlens der Wärmedämmung ist unstrittig nicht erfolgt. Erst im Zuge des erstinstanzlichen Verfahrens, fast drei Jahre später, hat die Beklagte das zunächst wegen anderer behaupteter Mängel beanspruchte Zurückbehaltungsrecht auch auf diesen Grund gestützt.

Der Argumentation des Berufungsgerichts, eine frühere Rüge wäre mangels förmlicher Übergabe überhaupt nicht möglich gewesen, hält die Revision zutreffend Pkt 10.2.2 der ÖNORM B2110 entgegen. Danach gilt die Übernahme mit Fristablauf als erfolgt, wenn der AG ohne Angabe von Gründen nach Aufforderung zur Übernahme die Leistung nicht förmlich übernommen hat.

Diese Fiktion gilt selbst dann, wenn Mängel vorliegen, die den schweigenden [Bestell]er nach Pkt 10.5.1 der ÖNORM B2110 berechtigen würden, die Übernahme zu verweigern, zumal er solche Mängel bei der Übernahme substantiieren müsste. Unterlässt er dies, treten die Rechtsfolgen der Übernahme ein (*Karasek*, ÖNORM B2110⁴ 10 Übernahme [Stand 1.5.2023, rdb.at] Rz 8; *Wilhelm*, Die Übernahme der Bauleistung im Nicht-ÖNormen-Vertrag, in FS *Karasek* 937 [942 f]).

Die Beklagte musste daher die Übernahmefiktion nach Pkt 10.2.2 der ÖNORM B 2110 gegen sich gelten lassen. Die Begründung, dass ihr eine Rüge bei einer nur

fiktiven Übernahme nicht möglich gewesen wäre, vermag nicht zu überzeugen, zumal Mängel nach der ÖNORM B2110 ohnehin grundsätzlich schriftlich bzw niederschriftlich festzuhalten sind (s Pkt 11.2.3.1).

Unter der Annahme, dass das Unterbleiben der Teilleistung der Wärmedämmung im Laubengang als für die Beklagte bei gehöriger Aufmerksamkeit offensichtlicher Mangel iSd Pkt 10.6.2 ÖNORM B2110 anzusehen war, scheidet eine nachträgliche Geltendmachung an der fehlenden fristgerechten Rüge und dem daraus abzuleitenden schlüssigen Verzicht.

5. Die Revision zeigt aber auch zutreffend auf, dass dem Vorbringen der Beklagten und dem Sachverhalt kein ernstliches Interesse an der alsbaldigen Verbesserung zu entnehmen ist, dessen Bestehen eine Voraussetzung für die Zurückbehaltung des übrigen Werklohns wäre (vgl RS0019929; RS0021925).

Dadurch, dass die Bauleitung der Beklagten die Dämmung nicht abgerufen hat und eine nicht plangerechte Verlegung der Bodenplatten auf dem ungedämmten Untergrund durch einen anderen Professionisten zuließ, hat sie der Klägerin die Leistung in der ursprünglich be[stell]ten Form unmöglich gemacht.

Eine nachträgliche Ausführung der Wärmedämmung (vgl RS0021925 [T3]) würde nach den Feststellungen (zumindest) die Entfernung und Neuverlegung der Bodenplatten im Laubengang erfordern. Da das Haus mittlerweile bewohnt ist, wäre von diesen Arbeiten auch die Benützbarkeit der Wohnungszugänge betroffen. Diese Arbeiten könnten von der Klägerin daher jedenfalls nicht mehr ohne Mitwirkung der Beklagten und weiterer Professionisten ausgeführt werden.

Die Beklagte hat demgegenüber, wie die Revision mit Recht anführt, das Fehlen der Wärmedämmung im Laubengang erst fast drei Jahre nach der Abnahme der Leistung überhaupt bemerkt, und dann nach Einwendung dieses Mangels im Verfahren nicht vorgebracht, nunmehr eine Sanierung von der Klägerin zu fordern. Neben mangelnder Fälligkeit des Werklohns hat sie statt dessen die Kosten einer fiktiven Ersatzvornahme als Gegenforderung eingewendet.

Selbst in der Revisionsbeantwortung verweist die Beklagte nur darauf, dass das Fehlen der Dämmung im Laubengang ein bauphysikalisches Problem und daher einen Mangel darstelle, sowie dass ein Verbesserungsbegehren nicht ausdrücklich erhoben werden müsste.

6. Eine Berufung auf mangelnde Fälligkeit des Werklohns wegen Verbesserungsverzugs setzt voraus, dass der Werkbesteller die Verbesserung ernstlich geltend macht (RS0018507; RS0021925 [T3; T7]), RS0019929 [T18, T21]; 2 Ob 237/14p). Andernfalls kann eine Zurückbehaltung des Werklohns den sie rechtfertigenden Zweck, nämlich den [Werkunter]nehmer durch finanziellen Druck zur umgehenden Verbesserung zu bestim-

men (RS0021925), nicht erfüllen. Die Fälligkeit des Werklohns wird bei Fehlen eines weiter verfolgten Erfüllungsanspruchs nicht mehr hinausgeschoben.

7. Die in der Revision aufgeworfene Frage, ob der [Werkteil] „Wärmedämmung“ eine von den anderen [P]ositionen so deutlich abgrenzbare Leistung darstellte, dass ein allfälliges Zurückbehaltungsrecht wegen eines

Mangels dieser Leistung von vornherein nur auf das darauf entfallende Entgelt zu beschränken wäre, kann dahingestellt bleiben.

8. Der Revision der Klägerin war daher Folge zu geben und die der Höhe nach unstrittige Forderung aus der Schlussrechnung in Abänderung der Vorentscheidungen zur Gänze zuzuerkennen.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

1. Die Entscheidung spricht von einer „strengen Kontroll- und Rügepflicht nach Pkt 10.6.2 der ÖNORM B 2110“. Freilich ist dort überhaupt keine Rede von einer Kontrollpflicht. Behandelt werden in dieser Bestimmung lediglich „*offensichtliche Mängel*“, also solche, die eben keiner Kontrolle bedürfen.

Nur so nebenbei: Nicht thematisiert wird in der Entscheidung die Widersprüchlichkeit von Pkt 10.6.2: „*Übernimmt der AG die Leistung trotz Mängel, bedeutet dies keinen Verzicht auf seine Gewährleistungsansprüche. Dies gilt aber nicht für nicht gerügte offensichtliche Mängel*“. Im ersten Satz können nur offensichtliche Mängel angesprochen sein, denn ein Verzicht auf Unerkennbares ist wohl ausgeschlossen. Der zweite Satz stipuliert dann aber, dass genau für diese Mängel Gewährleistung ausgeschlossen sein soll.

2. In der Entscheidung wird ausgeführt, dass die Bauaufsicht die Verlegung der Dämmplatten nicht „abgerufen“ habe. Damit wird das Wesen eines (hier offensichtlich vorliegenden) Einheitspreisvertrages missverstanden: Es handelt sich dabei nicht um eine „Speisekarte“, bei der man sich nach Lust und Laune ein Menü zusammenstellt. Das wäre möglicherweise der Fall bei „Eventualpositionen“, nur hat es sich hier wohl nicht um eine solche gehandelt.

Die Entscheidung führt aus, dass nicht festzustellen sei, dass die durchzuführende Arbeit auch ohne Abruf fertiggestellt werden müsse. Stattdessen wird geurteilt, dass es Aufgabe der Bauaufsicht gewesen wäre, das Bauunternehmen aufzufordern, dass dieses „*nach dem Stand des Baufortschritts nun [mit der Verlegung der Dämmung] beginnen solle*“. Woraus sich dies ergeben soll, ist nicht ersichtlich. Unverständlich ist in diesem Zusammenhang

die Passage: „*Vielmehr hatte die Klägerin in ihrem Warnschreiben mitgeteilt, dass sie Arbeiten an den Laubengängen wegen des mangelhaften Gefälles nur über ausdrückliche Aufforderung unternehmen werde*“ – es ist schleierhaft, was die nicht hergestellte Dämmung mit einem zu geringen Gefälle zu tun haben soll.

3. Eine Bauaufsicht ist wohl unstrittig Wissensvertreter des Bauherrn: Ihr Wissen wird unmittelbar dem Bauherrn zugerechnet. Hier geht es aber nicht um „Wissen“, sondern um „Nichtwissen“ der Bauaufsicht – dieses ist nach der Rechtsprechung eben nicht dem Bauherrn zuzurechnen: Selbst wenn man dem Bauherrn die Bauaufsicht „*als Wissensvertreter zurechnen könnte, wäre es ihnen nicht als Verletzung ihrer Erkundigungsobliegenheit anzulasten, wenn der von ihnen [...] zur Ursachenforschung Verpflichtete seine Vertragspflicht ihnen gegenüber nicht ordnungsgemäß erfüllt hätte*“ (OGH 9.8.2012, 5 Ob 53/12y; idS auch schon OGH 30.8.2006, 7 Ob 17/06k).

4. Wirklich bemerkenswert ist die Feststellung, dass das Fehlen der Dämmung „*für die Beklagte bzw deren [...] Bauaufsicht [...] auch bei der Prüfung der Schlussrechnung als Abweichung von den Positionen des Anbots erkennbar gewesen*“ ist. Bei entsprechendem Aufwand ist so manches erkennbar! Die Frage ist also nicht, ob es (irgendwie) erkennbar war, sondern ob es erkannt werden musste. Dazu ist anzumerken, dass es Aufgabe der Rechnungsprüfung (zB durch eine Bauaufsicht) ist, sicherzustellen, dass nicht „zu viel“ verrechnet wurde – es ist eben nicht die Aufgabe, zu kontrollieren, ob nicht „zu wenig“ verrechnet wurde. Außerdem dürfte es sich bei der betreffenden Position um eine eher inferiore gehan-

delt haben – jedenfalls nicht um eine, die maßgeblich ins Gewicht fällt.

5. Das Argument des Bauherrn, dass eine Rüge „*bei einer nur fiktiven Übernahme nicht möglich gewesen wäre*“ wird mit der Begründung verworfen, dass „*Mängel nach der ÖNORM B2110 [...] grundsätzlich schriftlich bzw niederschriftlich festzuhalten sind*“. Was das eine mit dem anderen zu tun hat, ist allerdings schleierhaft. Der Verweis auf Pkt 11.2.3.1 zur Begründung des Schriftlichkeitserfordernisses geht übrigens ins Leere, weil dort von Mängeln die Rede ist, die bei der Übernahme nicht (sic!) gerügt wurden.

6. Die wesentliche Aussage der Entscheidung lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Wird eine Leistung trotz offensichtlicher Mängel übernommen, so liegt darin ein Verzicht auf Gewährleistung.
2. Gemäß Pkt 10.2.2 der ÖNORM B 2110 wird dieser Verzicht fingiert, wenn der

Bauherr nicht zur angebotenen Übergabe erscheint.

Bei einer förmlichen Übernahme sind gemäß Pkt 10.2.3 nicht nur Mängel in eine zu erstellende Niederschrift aufzunehmen, sondern auch, ob die Leistungsfristen eingehalten oder überschritten wurden, sowie Vertragsstrafen.

Es stellt sich nun natürlich die Frage, ob durch die Fiktion der Übernahme nicht nur die Gewährleistung für offensichtliche Mängel, sondern auch die Geltendmachung von Verspätungsschäden ausgeschlossen wird.

6. Die vorliegende Entscheidung findet sich als (T3) in RIS-Justiz RS0018517 zu § 928 ABGB. Dort heißt es: „*Für die Beurteilung, ob Mängel eines Werks offensichtlich sind, ist der Zeitpunkt der Ablieferung maßgebend*“. Da sich die vorliegende Entscheidung nicht mit § 928 ABGB auseinandersetzt, ist der Verweis darauf verfehlt.