

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

04.02.1993

**Geschäftszahl**

6Ob565/92

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Vogel als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Schobel, Dr.Redl, Dr.Kellner und Dr.Schiemer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Franz E\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Ernst Fasan, Dr.Wolfgang Weinwurm, Dr.Manfred Moser und Dr.Alois M. Leeb, Rechtsanwälte in Neunkirchen, wider die beklagte Partei Johann F\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Helmut Kientzl und Dr.Gerhard Schultschik, Rechtsanwälte in Wiener Neustadt, wegen 553.445,20 S sA, infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 25.März 1992, GZ 12 R 183/91-50, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Kreisgerichtes Wiener Neustadt vom 8.Mai 1991, GZ 1 Cg 386/89-42, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

**Spruch**

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird in Ansehung der Abweisung eines Teilbetrages von S 100.000 sA bestätigt. Im übrigen wird es aufgehoben und dem Berufungsgericht die neuerliche Entscheidung über die Berufung der beklagten Partei aufgetragen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Kosten des Berufungsverfahrens.

**Text****Entscheidungsgründe:**

Gegenüber dem vormaligen Zweitbeklagten, dem Sohn des nun allein beklagten vormaligen Baumeisters, ruht das Verfahren seit 25.April 1990.

Der Beklagte baute 1977 das dem Kläger 1985 von seinem Vater übergebene Gasthaus um, stockte das Gebäude auf und errichtete im neuen Obergeschoß einen Saal samt Nebenräumen. Der Saal wurde 1987 aufgrund einer Anrainerbeschwerde wegen Lärmbelästigung von der Verwaltungsbehörde gesperrt; dem Kläger wurden Verbesserungsmaßnahmen aufgetragen. Da der Kläger bereits früher vorhatte, sein Fremdenzimmerkontingent zu erweitern, disponierte er nun um. Er plante, die Fremdenzimmer nunmehr statt des bisherigen Gasthaussaales zu errichten und den Saal anschließend an den Gartentrakt in den Garten zu verlegen. Er teilte der Verwaltungsbehörde am 22.November 1988 mit, daß er sich entschlossen habe, den Saal aufzulassen und Fremdenzimmer einzubauen, worauf der Anrainer erklärte, seine Beschwerdeeingabe als gegenstandslos zu betrachten. Der Kläger führte das geplante Vorhaben auch so aus; seither gibt es keine Anrainerbeschwerden mehr. Während dieses letzten Baugeschehens war der Gasthausbetrieb - außer in drei Wochen Urlaub - nicht gesperrt.

Der Kläger begehrt vom Beklagten aus dem Titel des Schadenersatzes nach Klagsausdehnung zuletzt S 659.888,40 sA und zwar a) Kosten einer Verbesserung durch verschiedene Professionisten von S 559.888,40, wobei nicht die Kosten des tatsächlich vorgenommenen, wesentlich teureren Umbaus begehrt werden, sondern

nur notwendige Verbesserungskosten zur Behebung der Schallbrücken und b) Verdienstentgang während der Bauzeit von S 100.000.

Der Beklagte bestreitet das Klagebegehren dem Grunde und der Höhe nach und wendet, soweit hier von Bedeutung, ein: Das Werk sei mangelfrei ausgeführt worden, die Klagsforderung sei verjährt. Der Beklagte sei niemals zur Mängelbehebung aufgefordert worden. Erst eine erfolglose Aufforderung zur Mängelbehebung löse den Anspruch auf Geldersatz aus. Der Schaden werde in der eingeklagten Form infolge des Naubaues nie mehr behoben. Der Kläger habe bereits vor Jahren den Umbau des vorderen Trakts in Fremdenzimmer beabsichtigt. Der Kläger versuche einen ungerechtfertigten Kostenbeitrag zu seinen Umbaukosten zu erlangen. Das Umwandeln des Saales in Fremdenzimmer habe keine schallisolierenden Maßnahmen erfordert, sodaß im Wege des Vorteilsausgleiches dem Kläger kein Schaden entstanden sei. Den Kläger treffe ein überwiegendes Mitverschulden, weil er die Innenausbauarbeiten selbst durchgeführt und dabei jegliche Schallisolierung unterlassen habe.

Das Erstgericht erachtete die Klagsforderung mit S 553.445,20 als zu Recht, eine Gegenforderung als nicht zu Recht bestehend, verhielt den Beklagten zur Zahlung von S 553.445,20 sA und wies das Mehrbegehren von S 106.443,20 sA (teils wegen Verjährung, teils weil die Verbesserungskosten geringer seien) unangetroffen ab. Es stellte fest, bei den aufgrund von Anrainerbeschwerden 1987 durch die zuständige Verwaltungsbehörde vorgenommenen Lärmmessungen habe sich herausgestellt, daß die erforderliche Schalldämmung zwischen dem Haus des Klägers und dem Nachbarhaus wesentlich zu gering sei; der Beklagte habe die vorgeschriebene Trennfuge nicht entsprechend ausgeführt und außerdem den Betonrost der Erdgeschoßdecke an die Giebelmauer des Nachbarhauses angebaut. Die Folge sei eine unzumutbare Lärmbelästigung des Anrainers durch Luft- und Körperschall gewesen.

Rechtlich folgerte die Erstrichterin im wesentlichen, daß das vom Beklagten errichtete Werk aus seinem Verschulden mit einem schweren Mangel behaftet sei; es fehle die Ausbildung der Trennfuge und außerdem sei der Betonrost der Erdgeschoßdecke an die Giebelmauer des Nachbarhauses angebaut, was zu einer übermäßigen Lärmübertragung auf das Nachbarhaus führe. Der Kläger habe erst aufgrund eines 1987 eingeholten Gutachtens (Verwaltungsverfahren infolge Anzeige durch den Nachbarn) vom Schaden und dessen Ursachen Kenntnis erlangt, sodaß mit Ausnahme der erst am 11. Jänner 1991 geltend gemachten Baumeisterkosten Verjährung nicht eingetreten sei. Dem Beklagten sei allenfalls auch eine Verletzung der Warnpflicht vorzuwerfen. Ein Mitverschulden des Klägers bestehe ebensowenig wie eine Verletzung der ihn treffenden Pflicht, den Schaden gering zu halten. Zwar habe der Kläger mit seinem Bauvorhaben völlig umdisponiert, jedoch hätten die von ihm vorgenommenen Umbauarbeiten etwa das Zehnfache der beschriebenen Sanierung gekostet; der Kläger könne die Sanierungskosten ebenso verlangen wie ein Fahrzeughalter die Kosten der Reparatur eines beschädigten Fahrzeugs, auch wenn er es gar nicht habe reparieren lassen.

Die zweite Instanz wies das Klagebegehren gänzlich ab, weil der Kläger nicht berechtigt sei, fiktive Verbesserungskosten vom Beklagten zu verlangen. Die Rechtsprechung bejahe zwar die Möglichkeit der Geltendmachung sogenannter fiktiver Reparaturkosten, jedoch sei dies in der Lehre keineswegs unbestritten. Die dort entwickelten Grundsätze schienen auf das Gebiet der Mängelbehebung, auch wenn, wie hier, nicht (mehr) Gewährleistungs-, sondern Schadenersatzansprüche geltend gemacht würden, nicht ohne weiteres übertragbar. Auch in seiner grundlegenden Entscheidung EvBl 1990/129, in welcher jedenfalls im Werkvertragsrecht das Nebeneinanderbestehen von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen bejaht worden sei, spreche der Oberste Gerichtshof ebenso wie in der Entscheidung JBl 1986, 108, aus, daß bei Unterbleiben der Mängelbehebung Wertminderung begehrt werden könne. Von der Einklagbarkeit fiktiver Mängelbehebungskosten sei keine Rede. Das allein auf den Ersatz fiktiver Mängelbehebungskosten (einschließlich fiktiven Verdienstentgangs) gestützte Klagebegehren bestehe daher nicht zu Recht.

## Rechtliche Beurteilung

Die Revision des Klägers ist teilweise berechtigt.

a) Zum Schadenersatzanspruch auf Verdienstentgang von S 100.000:

Der verminderte Betriebsertrag eines selbständig Erwerbstätigen wie des Klägers stellt Verdienstentgang dar (ÖBl 1991, 163; ZVR 1982/110; EvBl 1970/261; Harrer in Schwimann, Rz 12 zu § 1293 ABGB, Rz 18 zu § 1325 ABGB), der positiver Schaden (ÖBl 1991, 163 mwN u.a.) ist. Zum Zeitpunkt der Klagshebung war auch dieser Teil der Klagsforderung mit der Behauptung gestellt worden, bei der - für die in Zukunft geplante - Verbesserung von Mängeln werde das Gasthaus des Klägers geschlossen werden müssen. Tatsächlich nahm dann der Kläger eine andere Form der Sanierung durch einen Umbau seines Gasthauses vor, wobei nach den

Feststellungen das Gasthaus zum Umbau nicht geschlossen worden war. Daß sonst ein Verdienstentgang eingetreten wäre, behauptet der Kläger gar nicht. Ein bloß fiktiver Verdienstentgang stellt keinen Schaden dar.

In diesem Umfang hat es daher im Ergebnis bei der von der zweiten Instanz vorgenommenen Klagsabweisung zu verbleiben. Insoweit ist die Entscheidung des Berufungsgerichtes als Teilurteil zu bestätigen.

b) Zum Schadenersatzanspruch auf das im Deckungskapital des Verbesserungsaufwandes liegende Erfüllungsinteresse:

Der Kläger leitet seinen Schadenersatzanspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses aus der mangelhaften Erfüllung eines Werkvertrages durch den Beklagten ab. Der Beklagte gab dazu in erster Instanz als richtig zu (ON 3), im Jahre 1977 für den Kläger Maurerarbeiten geleistet und diese mit zwei Rechnungen fakturiert zu haben. Damit ist klaggestellt, daß der Kläger (offenbar neben seinem Vater) als Besteller Vertragspartner des beklagten Unternehmers in Ansehung eines Werkvertrages über Bauarbeiten am Haus des Bestellers war. Nach den - vom Beklagten bekämpften und von der zweiten Instanz aus rechtlichen Erwägungen noch nicht geprüften - erstgerichtlichen Feststellungen wurde dieser Werkvertrag mangelhaft erfüllt.

Seit der Entscheidung des verstärkten Senates (SZ 63/37; vgl dazu auch Kurschel, Schadenersatz statt Gewährleistung, Anmerkungen zu OGH 1 Ob 536/90 in *ecolex* 1990, 276 ff), der bereits weitere Entscheidungen folgten (JBI 1992, 245; JBI 1992, 114; SZ 63/53 ua), wird im Werkvertragsrecht die volle Konkurrenz von Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen anerkannt. Der Besteller kann daher vom Unternehmer auch noch nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, jedoch innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB, vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen sind. Das Erfüllungsinteresse liegt im Deckungskapital des Verbesserungsaufwandes (1 Ob 555, 556/90 = *ecolex* 1990, 677). Dieser umfaßt die vom Besteller aufzuwendenden Kosten, um den Zustand herzustellen, der durch vertragskonforme Leistung hätte erreicht werden sollen, aber nicht erreicht wurde.

Dieses Deckungskapital des Verbesserungsaufwandes kann nach Auffassung des erkennenden Senates auch dann verlangt werden, wenn der Besteller - wie hier - durch Umbau seines Hauses den - behaupteten - Mangel beseitigte, weil die Beseitigung eines Schadens auch durch Herstellung eines im wesentlichen gleichwertigen wirtschaftlichen Zustands ("Ersatzlage" - SZ 63/53 mwN u.a.; Reischauer in Rummel2, Rz 2 zu § 1323 ABGB, Mayrhofer in Ehrenzweig, Schuldrecht AT3 311) erfolgen kann. Eine analoge Anwendung des in ständiger Rechtsprechung (zuletzt SZ 63/46 mwN, auch zur teilweise ablehnenden Auffassung der Lehre) vertretenen Grundsatzes, daß in Fällen deliktischer Schädigung der Geschädigte Anspruch auf Ersatz der fiktiven, das sind die zur Instandsetzung (regelmäßig seines Kraftfahrzeuges) notwendigen und angemessenen Reparaturkosten hat, gleichgültig, ob er die Reparatur tatsächlich durchführen läßt oder die dafür erforderlichen Kosten nur als Grundstock für die Anschaffung einer Ersatzsache oder sonstwie verwendet, ist zulässig. Zur Vermeidung einer Bereicherung des Geschädigten findet bei aus Delikt abgeleitetem Schadenersatz wegen Beschädigung einer Sache bei Zuspruch von fiktiven Reparaturkosten der zu ersetzende Sachschaden grundsätzlich in der objektiven Wertminderung seine Grenze (Reischauer aaO, Rz 12 zu § 1323 ABGB mwN). Bei aus Vertrag (hier Schlechterfüllung eines Werkvertrages) abgeleitetem Schadenersatz besteht diese Beschränkung nicht, hat doch der Besteller Anspruch darauf, vermögensmäßig so gestellt zu werden, wie er stünde, hätte der Unternehmer die ihm obliegende Erfüllung ordnungsgemäß erbracht (SZ 63/37). Der Kläger macht nur die notwendigen fiktiven Verbesserungskosten und nicht die weit höheren Kosten des Umbaus seines Gasthauses geltend. Da der Schadenersatzanspruch den gesamten Schaden deckt, kann er jeden einzelnen Gewährleistungsanspruch "ersetzen"; statt Wandlung, Preisminderung, Verbesserung oder Nachtrag des Fehlenden gebührt jeweils das Erfüllungsinteresse (Kurschel aaO, 277).

Der von den Vorinstanzen nicht erörterte Einwand des Beklagten, vom Kläger nicht zur Verbesserung aufgefordert worden zu sein, schlägt nicht durch. Den Anspruch auf den für die Behebung des Mangels durch Dritte notwendigen Betrag ("Deckungskapital") hat nach gewährleistungsrechtlichen Grundsätzen (§ 1167 ABGB) der Besteller nur, wenn der Werkunternehmer mit der Verbesserung im Verzug war, somit vergeblich zur Verbesserung aufgefordert worden war. Wenn der Besteller ohne solche Aufforderung selbst verbessert, somit ohne Verzug des Unternehmers, hat er sich damit gegen den Verbesserungsanspruch (und in weiterer Folge gegen den Anspruch auf Vergütung des "Deckungskapitals") entschieden und ist auf Minderung des Werklohns, berechnet nach der relativen Berechnungsmethode, beschränkt (*ecolex* 1992, 557 ua). Für den auf Schadenersatz gestützten Anspruch auf Ersatz des Deckungskapitals gilt diese Einschränkung aber nicht. Vielmehr kann unter schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten, somit ein Verschulden des Unternehmers vorausgesetzt, der Besteller sofort den für die Behebung des Mangels durch Dritte notwendigen Betrag fordern, ohne dem Unternehmer eine Verbesserungsgelegenheit geben zu müssen; freilich besteht die generelle Schadensminderungspflicht des Geschädigten auch hier (Kurschel aaO, 277; so auch schon früher SZ 40/31).

Der Schaden ist schon mit der Erstellung des mangelhaften Werkes eingetreten und die (sofortige) Ersatzpflicht ergibt sich aus der schuldhaften Herstellung eines mangelhaften Werkes.

Wilhelm (Gewährleistung und Schadenersatz - Judikaturwidersprüche in *ecolx* 1992, 545; derselbe Abschied vom Gewährleistungsrecht in *ecolx* 1990, 333) verlangt auch aus wirtschaftlichen Überlegungen, daß der Gewährleistungsberechtigte zunächst im Rahmen der "Tunlichkeit" und "Möglichkeit" Naturalrestitution (Verbesserung) verlangen müsse, ehe er zur Selbstbehebung übergehe. Auch Koziol-Welser (Grundriß I 271) führen bei Erörterung der Gewährleistung und der neuen Rechtsprechung zum Kaufvertrag - zum Werkvertrag wird nicht Stellung genommen - aus, das Begehren auf Ersatz der Kosten einer vom Käufer selbst oder auf seine Veranlassung hin durchgeführten Verbesserung könnte nur dann als begründet angesehen werden, wenn die primär geschuldete Naturalrestitution untunlich sei. Aus § 1323 ABGB läßt sich indes eine Pflicht des geschädigten Werkbestellers, den Unternehmer zur Verbesserung auffordern zu müssen, nicht ableiten. Da die Naturalrestitution im Interesse des Geschädigten angeordnet ist, wird Untunlichkeit iS des § 1323 ABGB auch schon dann angenommen, wenn der Geschädigte die Wiederherstellung nicht wünscht (Koziol-Welser aaO, 452). Das Verlangen der Naturalrestitution wird auch als bloßes Recht, auf das der Geschädigte nicht beschränkt ist, angesehen (Reischauer aaO, Rz 7 zu § 1323 ABGB). Der von Mayrhofer (aaO, 312) dabei vorgenommenen Einschränkung, daß dem Ersatzpflichtigen im Einzelfall nicht eine wirtschaftlich ungerechtfertigte Mehrbelastung auferlegt werden dürfe, ist durch die Schadensminderungspflicht Rechnung getragen. Hat der Unternehmer schuldhaft schlecht erfüllt - und das ist ja eine Voraussetzung seiner Schadenersatzpflicht - ist es dem Besteller nicht zumutbar, ihn auf Verbesserungsansprüche zu verweisen, bevor man ihm Geldersatz zubilligt.

Auch die Auffassung von Karollus (Gewährleistung und Schadenersatz: Sofortiger Anspruch auf das Deckungskapital in *RdW* 1993, 2 ff), grundsätzlich habe die Naturalerfüllung den Vorrang und das Begehren auf Leistung von Schadenersatz in Geld sei nur dann zulässig, wenn zuvor eine Nachfrist mit Ablehnungsandrohung für die Verbesserung gesetzt und dem Unternehmer so die Möglichkeit eingeräumt werde, die Verbesserung selbst vorzunehmen; sofort könne Schadenersatz in Geld nur verlangt werden bei Unmöglichkeit der Verbesserung, bei ernsthafter Verweigerung derselben durch den Werkunternehmer oder wenn die Verbesserung durch diesen aufgrund sofortiger Umstände (etwa Vertrauensverlust oder unter Umständen besondere Dringlichkeit) untunlich erscheine, vermag der erkennende Senat nicht zu teilen. Mag auch eine "ökonomische Analyse" gegen die Möglichkeit sofortiger Ersatzvornahme sprechen, weil die Verbesserung durch den Unternehmer vielleicht billiger als durch einen Dritten vorgenommen werden kann, gehen die von Karollus vorgenommenen Ableitungen doch von der von der Rechtsprechung abgelehnten (vgl. dazu Koziol-Welser aaO, 267 mwN in FN 91) Gleichstellung von Nicht- und Schlechterfüllung aus.

Weil somit der vom Berufungsgericht herangezogene rechtliche Grund für die Klagsabweisung nicht vorliegt, muß sich die zweite Instanz mit der Berufung des Beklagten (Mängel-, Beweis- und Tatsachenrüge) zur Klärung der Frage auseinandersetzen, ob überhaupt wegen Schlechterfüllung des Werkvertrages ein (kausaler) Schadenersatzanspruch des Klägers besteht und wenn ja, in welcher Höhe. Wenn das Werk vom Beklagten schlecht erfüllt worden ist, fällt ihm ein rechtswidriges Verhalten bei der Vertragserfüllung zur Last, sodaß er nach der Beweislastregel des § 1298 ABGB den Beweis seines fehlenden Verschuldens antreten müßte. Auch die Frage eines Mitverschuldens des Klägers und der Verjährungseinwand ist im Tatsachenbereich noch ungeprüft.

Damit ergibt sich folgendes: Der Klagsteilbetrag von S 106.443,20 wurde bereits in erster Instanz rechtskräftig abgewiesen. Die Abweisung des Teilbetrages von S 100.000 durch das Berufungsgericht ist im Ergebnis zu billigen. In Ansehung des verbleibenden Schadens von S 453.445,20 wird das Gericht zweiter Instanz über die Berufung des Beklagten neuerlich zu entscheiden haben.

Der Kostenvorbehalt beruht auf den §§ 50, 52 Abs 2, 392 Abs 2 ZPO.