

# Zum Schuldinhalt beim Bauwerkvertrag

1. Eine Leistung ist nur dann mangelhaft im Sinne des § 922 ABGB, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, dh hinter dem Vertragsinhalt, zurückbleibt.
2. Bestimmen sich die Eigenschaften des Werks nach der Verkehrsauffassung, sind die anerkannten Regeln der Technik des jeweiligen Fachs nach dem im Zeitpunkt der Leistungserbringung aktuellen Stand zu beachten.
3. Hat der Unternehmer die Herstellung des Werkes um einen Pauschalpreis versprochen, so ist es unerheblich, wie hoch sich sein Aufwand beläuft und mit wie vielen Versuchen er den vereinbarten Erfolg erreicht.
4. Die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB betrifft nur leichte Fahrlässigkeit, grobes Verschulden hingegen hat der Geschädigte zu behaupten und zu beweisen. Allerdings muss in jenen Fällen, in denen ein vertraglicher Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit vereinbart wurde, der Schädiger beweisen, dass ihn kein grobes Verschulden trifft.
5. Die Ersatzfähigkeit der Sanierungskosten für Mangelschäden setzt deren bereits erfolgte Durchführung nicht voraus, vielmehr genügt die darauf gerichtete Absicht. Dem Geschädigten steht somit das Deckungskapital für die Sanierung des Mangels als zweckgebundener und verrechenbarer, bei Übermaß auch rückforderbarer Vorschuss zu; verwendet der Geschädigte also den Vorschuss nicht oder nur teilweise zur Durchführung der Reparatur, kann der Schädiger seine Leistung, soweit sie die tatsächlichen Aufwendungen übersteigt, nach § 1435 ABGB kondizieren; bei Erkennbarkeit höherer Kosten ist der Vorschuss aufzustocken. Den Geschädigten trifft eine Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht über die Verwendung des Vorschusses, dem Ersatzpflichtigen kommt ein entsprechendes Überwachungsrecht zu.
6. Der Geschädigte ist nicht genötigt, zunächst Mangelfolgeschäden auf eigene Kosten zu sanieren und erst dann Ersatz zu begehren.
7. Die Schadenersatzhaftung des beklagten Schädigers darf nur als gegeben angenommen werden, wenn überwiegende Gründe dafür vorliegen, dass der Schaden durch sein Verhalten

herbeigeführt wurde, und er einen anderen Tatsachenzusammenhang nicht noch wahrscheinlicher macht.

8. Die Anforderungen an den Beweis des hypothetischen Kausalverlaufs sind bei einer (angeblichen) Schädigung durch Unterlassen geringer als jene an den Nachweis der Verursachung bei einer Schadenszufügung durch positives Tun. Der Geschädigte ist nur dafür beweispflichtig, dass überwiegende Gründe dafür vorliegen, der Schaden sei durch das Verhalten des Schädigers herbeigeführt worden. Nach ständiger Rechtsprechung genügt deshalb die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist.

OGH 22.1.2014, 3 Ob 191/13d

Deskriptoren: Mangelschaden, Mangelfolgeschaden, Beweislastverteilung; §§ 922, 933, 1298 ABGB.

### Sachverhalt

Der Kläger beehrte Schadenersatz von insgesamt 138.612,90 EUR sA und die Feststellung der Haftung der Beklagten für künftige Schäden und Vermögensnachteile an seiner Liegenschaft, die kausal auf die von der Beklagten verschuldeten Quellenfreilegungen und von ihr unsachgemäß durchgeführten Bagger- und Schremmarbeiten zurückzuführen seien. Beim bestellten Umbau eines vorhandenen Biotops in ein Schwimmbiotop sei eine Quelle freigelegt und versucht worden, diese durch den Einbau eines Schotterkoffers abzudecken. Die Beklagte habe das Wasseraustrittsvolumen der Quelle völlig unterschätzt. Der Lauf der Quelle habe sich einen anderen Weg gebahnt und sei in einen westlich des Wohnhauses bestehenden Sickerschacht eingedrungen, der übergelaufen sei; darauf sei das Wasser unter dem Estrich in das Haus (Keller) eingedrungen und habe Bauschäden und Durchfeuchtungen am Haus verursacht. Nach Freilegung der Quellen habe die Beklagte keine adäquate Abhilfe geschaffen und den Kläger auch nicht auf die Folgen einer mangelhaften Verschließung hingewiesen. Die Art der von der Beklagten gewählten Schotterereinfassung ohne geordnete Ableitung der gefassten Hangwässer sei unsachgemäß; auch unsachgemäß durchgeführte Schremmarbeiten hätten zur Beschädigung von Kellerabdichtungen geführt. Es müsse bergseits eine Mauer als Quellfassung errichtet und dort ein Pumpenschacht zur Aufnahme einer Pumpe eingebaut werden. Eine Feststellung des tatsächlichen Schadensausmaßes werde aber erst nach den notwendigen Demontage- und Freilegungsarbeiten möglich sein.

Das Leistungsbegehren (als vorläufige Schadenshöhe) schlüsselte der Kläger wie folgt auf: Das von der Beklagten teilweise hergestellte Schwimmbiotop sei nutzlos und werde durch die gebotene Entfernung unbrauchbar,

weshalb der bereits bezahlte Werklohn von 37.000 EUR als frustrierter Aufwand zurückzuerstatten sei. Für die Errichtung einer Quellfassung samt Wasserableitung und Pumpenwerk seien 30.555 EUR aufzuwenden. Die eingeholte fachtechnische Beurteilung habe 1.442,30 EUR gekostet. Für die Trockenlegungsarbeiten seien 14.169,60 EUR und für das Verschließen der durch die unsachgemäßen Schremmarbeiten der Beklagten verursachten Gebäuderisse durch Injektionen seien 21.360 EUR aufzuwenden. Die (näher dargestellten) Sanierungs- und Wiederherstellungsarbeiten im Keller würden 2.580 EUR, 17.394 EUR und 14.112 EUR erfordern. Bei den geltend gemachten Ersatzansprüchen handle es sich nicht um „Sowieso-Kosten“, sondern um die Abgeltung von Vermögensnachteilen, die nicht entstanden wären, hätte die Beklagte fachgerecht gearbeitet und gewarnt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) der Beklagten seien dem Kläger nie zur Kenntnis gebracht worden und er habe sie nie erhalten. Eine Haftungseinschränkung auf grobes Verschulden sei wegen der Eigenschaft des Klägers als Konsument unzulässig. Die Beklagte bestritt und wendete im Wesentlichen ein, sie sei im Zug der im April 2008 begonnenen Arbeiten auf eine wasserführende Schicht gestoßen, nicht jedoch auf eine Quelle; davon sei der Kläger verständigt worden. Die Beklagte habe im Einvernehmen mit dem Kläger einen Schotterkoffer und eine Drainage angelegt. Damit habe sie geeignete Abhilfemaßnahmen ergriffen, indem sie dem eindringenden Hang- und Schichtwasser durch diesen Schotterkoffer die Möglichkeit gegeben habe, seinen Weg weiter abwärts fortzusetzen. Die erhobenen Ersatzansprüche seien „Sowieso-Kosten“. Hätte die Beklagte den Schotterkoffer und die Drainage nicht errichtet, wäre es nicht möglich gewesen, die Folie zu verlegen und das Gewerk fertig zu stellen. Auch bei der beauftragten Entfernung eines Betonfundaments sei die Beklagte lege artis vorgegangen. Feuchtigkeitsprobleme im Keller des Hauses des Klägers seien schon längere Zeit vorhanden. Nach den Punkten 7.2 und 7.7 ihrer AGB werde der Mutterboden nur nach der äußeren Struktur und Beschaffenheit geprüft und von der Beklagten für Schäden nur bei grober Fahrlässigkeit oder

Vorsatz gehaftet. Die eingeklagten Schadenersatzansprüche seien verjährt.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 78.000 EUR sA, wies das Mehrbegehren von 60.612,90 EUR sA ab, und gab dem Feststellungsbegehren statt, soweit künftige Schäden und Vermögensnachteile „kausal auf die von der beklagten Partei verschuldeten Quellenfreilegungen zurückzuführen“ seien; die begehrte Feststellung der Haftung der Beklagten „für die unsachgemäß durchgeführten Bagger- und Schremmarbeiten“ wies es ab. Es ging dabei im Wesentlichen von folgendem (größtenteils wörtlich wiedergegebenen) Sachverhalt aus:

Der Kläger erteilte zu einem Pauschalpreis von 50.000 EUR den Auftrag an die Beklagte. Bei der Vertiefung des Beckens auf bis zu 3 m stieß man im westlichen Bereich auf eine Wasserzufuhr. Dort wurde ein 1 m<sup>3</sup> großes Loch gegraben, dieses mit Schotter verfüllt (Schotterkoffer) und das Wasser mit einem Rohr auf Terrainhöhe abgeleitet. Bei der anschließenden Verlegung der Teichfolie drückte das unter der Folie austretende Wasser die Folie hoch, sodass es für die Verlegung der Folie notwendig war, eine Wasserpumpe einzusetzen. Auch an den Seitenwänden war den Arbeitern der Beklagten eine feuchte Stelle aufgefallen.

Ende Sommer 2008 trat bei der Versorgungsleitung für die Beregnungsanlage unkontrolliert Wasser aus, das im Bereich der Garage stand. Einige Wochen später bemerkte der Kläger, dass der Kellerraum nass war, was er auf den Wasserschaden bei der Wasserleitung zurückführte. Nach Trocknungsarbeiten war die Wand des Kellers im Frühjahr 2009 wieder nass; dann wurden auch der Weinkeller und der Speisekeller von dieser Feuchtigkeit betroffen.

Die Beklagte hat auf das während der Bauarbeiten auftretende Wasser nicht technisch richtig reagiert. Sie hätte das Wasser nicht auf Terrainhöhe, sondern auf der Ebene der Sohle ableiten müssen, zB durch eine Flächen- drainage. Es kann nicht festgestellt werden, ob das durch das Anschneiden der Bodenschichten durch die Beklagte auftretende Gewässer auf dem Grundstück des Klägers zur Versickerung gebracht werden kann. Eine technische Lösung zur Ableitung des Wassers besteht, es ist lediglich die Frage, wie aufwändig diese gestaltet sein muss, weshalb die dafür notwendigen Kosten derzeit nicht angegeben werden können. Es ist davon auszugehen, dass es aufgrund der Arbeiten der Beklagten zu Wasseransammlungen hinter der Folienwand der Tiefwasserzone gekommen ist, und dieses Wasser durch das hangwärts nachdrückende Schichtwasser auch hochgestiegen ist. Durch den erhöhten Wasserdruck ist es dann

zur Durchfeuchtung im Kellergeschoss des Wohngebäudes gekommen. Sobald der Schwimmteich entleert wird, kommt es dann zum Versagen der Folienwand. Aufgrund des Umstandes, dass derzeit nicht bekannt ist, wie das Wasser konkret den Weg in den Keller des Klägers gefunden hat, können konkrete Sanierungskosten derzeit nicht angegeben werden. Fest steht jedenfalls, dass die Sanierung des Schwimmteiches und des feuchten Kellers jedenfalls einen Betrag von 78.000 EUR erfordern werden.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Beklagte durch Schremmarbeiten die Isolierung des Kellers beschädigt hätte. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Keller des Klägers schon vor den Arbeiten der Beklagten feucht gewesen wäre.

Rechtlich folgte der Erstrichter, die Beklagte habe den abgeschlossenen Vertrag nicht ordnungsgemäß ausgeführt. Sie hätte zwar keinen Bodensachverständigen beziehen, aber auf das bei den Bauarbeiten auftretende Wasser sach- und fachgerecht reagieren müssen, was sie nicht getan habe. Sie sei daher jedenfalls schuldig, das Gewerk sachgemäß mit einer ordnungsgemäßen Ableitung der Schichtwässer herzustellen. Die Beklagte habe zwar nicht die Kosten jener technischen Maßnahmen zu tragen, die sie auch bei ordnungsgemäßer Ausführung des Gewerks hätte erbringen müssen (dies wären Sowie-so-Kosten), eine nachträgliche Sanierung sei aber viel aufwändiger; so werde die Entleerung des Teiches zur Beschädigung der Teichfolie führen. Die Beklagte habe auch jene Folgeschäden zu ersetzen, die dadurch entstünden, dass das nicht ordnungsgemäß abgeleitete Wasser nunmehr den Keller des Klägers durchfeuchte. Die Kosten dieser Sanierung beliefen sich jedenfalls auf 78.000 EUR, ein darüber hinausgehender Betrag habe nicht festgestellt werden können. Es bestehe aber ein Feststellungsinteresse des Klägers.

Das Berufungsgericht gab der nur von der Beklagten erhobenen Berufung nicht Folge. Es sprach aus, dass die ordentliche Revision mangels erheblicher Rechtsfragen nicht zulässig sei.

Es verwarf die von der Beklagten erhobenen Beweis- und Mängelrügen und erachtete die Urteilsannahmen des Erstgerichts als ausreichend. Feststellungen zur Vereinbarung der AGB der Beklagten und deren Inhalt habe es nicht bedurft, weil das Verschulden der Beklagten als professionelle Schwimmteicherrichterin wegen der Missachtung der bautechnisch gebotenen Ableitung des Wassers als grob fahrlässig zu beurteilen sei; die Schäden des Klägers seien auch nicht durch die Bodenbeschaffenheit an sich, sondern durch unzureichende tiefbautechnische Entwässerungsmaßnahmen verursacht worden. Die Annahme des Erstgerichts, dass derzeit nicht bekannt sei, wie das Wasser konkret den Weg in den Keller des Klägers gefunden habe, behandle nur die

Frage, wo – also an welchen Stellen – es in den Keller geflossen bzw gesickert sei und betreffe daher bloß die Schadenshöhe. Die endgültigen Sanierungskosten stünden zwar noch nicht fest, wohl aber deren Untergrenze. Die Beklagte habe jenen (bau-)technischen Sorgfaltsanforderungen nicht entsprochen, die vorsehen, auftreten des Schichtwasser durch eine ausreichend leistungsstarke Entwässerung auf der Ebene der Sohle abzuleiten. Der Schadenersatzberechtigte habe Anspruch auf ein Deckungskapital zur von ihm beabsichtigten Schadensbehebung als zweckgebundenen Vorschuss. Daraus ergebe sich, dass zur Festsetzung der Höhe dieses zweckgebundenen Vorschusses auch eine bloß grobe Schätzung ausreichend sei. Die Kostenschätzung des Sachverständigen bilde daher eine ausreichende Grundlage für den urteilsmäßigen Zuspruch des Deckungskapitals. Dagegen richtet sich die außerordentliche Revision der Beklagten mit dem Antrag auf Abänderung im Sinn einer Klageabweisung, hilfsweise auf Aufhebung und Zurückverweisung an die zweite oder erste Instanz. Sie releviert, es sei dem Gericht verwehrt, aufgrund bloß vager Vermutungen und nur grober Schätzungen die Rechtssache zu entscheiden; es würden sekundäre Feststellungsmängel zur Vereinbarung und Inhalt der AGB der Beklagten vorliegen, weil ihr grobe Fahrlässigkeit nicht vorzuwerfen sei. Ein Verstoß gegen einschlägige Vorschriften sei ihr gar nicht vorzuwerfen, weil solche nicht existieren würden. Wegen der Feststellung, dass derzeit nicht bekannt sei, wie das Wasser konkret den Weg in den Keller des Klägers gefunden habe, sei dem Kläger der Kausalitätsnachweis nicht gelungen; die Umdeutung dieser Feststellung durch das Berufungsgericht sei unzulässig. Dem Kläger seien zum überwiegenden Teil ungerechtfertigt „Sowieso-Kosten“ zugesprochen worden; das gelte jedenfalls für die Abdichtung der Kellerwand. Es verstehe sich von selbst, dass das von der Beklagten verlegte Rohr auf Terrainhöhe eine Ableitung des Wassers nicht ermögliche.

#### Aus den Entscheidungsgründen:<sup>1</sup>

Die Revision ist zulässig, obwohl die Beklagte über weite Strecken in unzulässiger Weise versucht, Fragen der Beweiswürdigung an den Obersten Gerichtshof heranzutragen; zu Recht beanstandet sie aber den pauschalen Zuspruch von Sanierungskosten und die angenommene Kausalität des Mangelfolgeschadens. Die somit allseitig rechtlich zu prüfenden Entscheidungen der Vorinstanzen sind deshalb aus Gründen der Rechtssicherheit zu korrigieren. Die Revision ist daher im Sinne der Aufhebung der Vorentscheidungen berechtigt.

#### Zum Verfahrensgegenstand

1. Da die teilweise Klageabweisung von 60.612,90 EUR sA in Rechtskraft erwachsen ist, ist zunächst zu prüfen, welche der von den insgesamt acht erhobenen Klageforderungen bereits rechtskräftig erledigt sind.

Das Erstgericht spricht dem Kläger ausdrücklich „Kosten der Sanierung“ zu, und zwar die Kosten für eine ordnungsgemäße Ableitung der auftretenden Schichtwasser und die Folgekosten, die dadurch entstehen, dass das nicht ordnungsgemäße abgeleitete Wasser den Keller des Klägers durchfeuchtete. Obwohl die (unbekämpft gebliebene) Abweisung des Zahlungsmehrbegehrens im Wesentlichen unbegründet blieb, ist dennoch klargestellt, dass davon jedenfalls der begehrte Rückersatz des schon geleisteten Werklohns von 37.000 EUR sowie die verlangten Kosten des beigezogenen Sachverständigen von 1.442,30 EUR umfasst sind.

Wegen der Negativfeststellung zur Beschädigung der Kellerisolierung durch die Schremmarbeiten der Beklagten und der (erkennbar) deshalb erfolgten Abweisung des Feststellungsbegehrens zu künftigen Schäden wegen unsachgemäß durchgeführter Baggerarbeiten muss weiters davon ausgegangen werden, dass das Erstgericht die Forderung von 21.360 EUR für das Verschließen der durch die Arbeiten der Beklagten entstandenen Gebäuderisse ebenso abgewiesen hat.

Damit ist aber erst ein Teilbetrag von zusammen 59.802,30 EUR erreicht, sodass es noch der Klärung bedarf, worauf sich die restliche Abweisung im Umfang von (60.612,90 - 59.802,30 =) 810,60 EUR bezieht. Der Erstrichter orientierte sich bei seiner Entscheidung praktisch ausschließlich am Inhalt des eingeholten Gutachtens eines Bausachverständigen, der in seinen kurssorischen Schätzungen des Sanierungsaufwands „am Wohngebäude“ in keiner der beiden Varianten Kosten für „Trockenlegungsarbeiten“ berücksichtigte. Es ist daher zu unterstellen, dass der Erstrichter Kosten dafür nicht zusprechen wollte. Die Klageteilforderung von 14.169,60 EUR ist deshalb im Umfang von 810,60 EUR als abgewiesen anzusehen, sodass nur mehr ein Restbetrag von 13.359 EUR unter diesem Titel klagegegenständig sein kann.

Weiters blieben die unter „Sanierungskosten“ zu subsidiierenden Klageforderungen zum Einen für die Quellsfassung etc über 30.555 EUR und zum Anderen für Reparaturarbeiten im Keller über 2.580 EUR, 17.394 EUR und 14.112 EUR von der Klageabweisung unberührt.

2.1. Der Kläger begehrt (nur) Schadenersatz. Die noch verfahrensgegenständlichen Ansprüche betreffen einerseits jene Kosten, die zur Beseitigung des Mangels, den er in der Unterlassung einer geordneten Ableitung der aufgetretenen Hangwässer erblickt, erforderlich sind; andererseits erfassen sie jene Kosten, die zur Beseitigung

<sup>1</sup> Die Zwischenüberschriften sind (teilweise) redaktionell eingefügt (nichtamtlich).

der Feuchtigkeitsschäden im Keller des Hauses des Klägers notwendig sind. Der Kläger verlangt daher Schadenersatz sowohl wegen des Mangelschadens (= der in der Mangelhaftigkeit einer Leistung liegende Nachteil), als auch wegen eines Mangelfolgeschadens (= weiterer Schaden, der durch die mangelhafte Leistung dem Kläger entstanden ist).

2.2. In erster Instanz hat die Beklagte die Verjährung der Schadenersatzansprüche eingewendet, weil der Kläger seit August 2008 gewusst habe, dass vermehrt Wasser auftrete und deshalb zur Erforschung der Ursache verpflichtet gewesen sei. In ihrer Berufung gegen den klagestattgebenden Teil des Ersturteils kam sie darauf allerdings nicht mehr zurück. Da die Beklagte diesen Einwand somit fallen gelassen hat, erübrigt sich eine weitere Auseinandersetzung damit.

### Zum Mangelschaden

3.1. Zwischen den Streitteilen kam ein Werkvertrag zustande, der die Vergrößerung und Vertiefung eines vorhandenen Schwimmbiotops zu einem Pauschalpreis von 50.000 EUR durch die Beklagte zum Gegenstand hat. Es liegen weder Behauptungen noch Feststellungen zum exakten Inhalt dieses Vertrags vor, insbesondere zur Frage, ob die Beklagte auch die Verpflichtung getroffen hat, im Zuge der Grabungsarbeiten auftretende Hang- und Schichtwässer zu „versorgen“. Fest steht aber, dass die Beklagte Drainagemaßnahmen zu diesem Zweck traf, und zwar die Grabung eines Lochs im Ausmaß von 1 m<sup>3</sup>, das mit Schotter verfüllt und einem Rohr zur Ableitung des Wassers auf Terrainhöhe versehen wurde. Es ist deshalb zu unterstellen, dass auch die Versorgung der aufgetretenen Hang- und Schichtwässer von der Beklagten im Werkvertrag (zumindestens nachträglich) übernommen wurde, und zwar zum vereinbarten Pauschalpreis, weil eine gesonderte Entgeltsvereinbarung von der Beklagten nicht behauptet wurde.

3.2. Eine Leistung ist nur dann mangelhaft im Sinne des § 922 ABGB, wenn sie qualitativ oder quantitativ hinter dem Geschuldeten, dh hinter dem Vertragsinhalt, zurückbleibt (RIS-Justiz RS0018547). Bei einem Werkvertrag hat der Unternehmer das vertraglich geschuldete Werk herzustellen. Welche Eigenschaften das Werk aufzuweisen hat, ergibt sich in erster Linie aus der konkreten Vereinbarung, hilfsweise – soweit eine Detailvereinbarung nicht besteht – aus Natur und (erkennbarem) Zweck der Leistung, letztlich aus der Verkehrsauffassung, sodass das Werk so auszuführen ist, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht (RIS-Justiz RS0021694, RS0021716). Das vom Unternehmer Geschuldete ist daher mittels Vertragsauslegung zu ermitteln (RIS-Justiz RS0109226). Bestimmen sich die Eigenschaften des Werks nach der Verkehrsauffassung, sind

die anerkannten Regeln der Technik des jeweiligen Fachs nach dem im Zeitpunkt der Leistungserbringung aktuellen Stand zu beachten (3 Ob 143/12v mwN). Wie das Werk ausgeführt sein muss, damit es dem Stand der Technik entspricht, betrifft keine Rechtsfrage, sondern den Tatsachenbereich (RIS-Justiz RS0048339).

3.3. Dazu steht (zusammengefasst) fest, dass die Beklagte auf die auftretenden Hang- und Schichtwässer technisch nicht richtig reagiert hat, weil sie das Wasser nicht auf Terrainhöhe, sondern auf der Ebene der Sohle ableiten hätte müssen; deshalb kam es zu Wasseransammlungen hinter der Wand der Teichfolie, die dem Druck der hangwärts nachdrückenden Schichtwässer ausgesetzt waren, sodass es beim Entleeren des Teiches zum Versagen der Folienwand kommt. Daraus ergibt sich, dass es dem Stand der Technik entspricht, für eine geordnete und für das Schwimmbiotop und das Haus des Klägers gefahrlose Ableitung zu sorgen; dieses Ergebnis kann angesichts der Position des Wasseraustritts unterhalb des Tiefenbereichs des Teiches und in unmittelbarer Nähe zum Haus des Klägers in etwa auf dem Niveau des Kellerbodens gar nicht ernstlich bezweifelt werden. Eine Vertragspflicht der Beklagten, für eine derartige Ableitung zu sorgen, ist somit zu bejahen.

Die Beklagte macht dem entsprechend auch nicht geltend, sie sei zur ordnungsgemäßen Ableitung der Hang- und Schichtwässer gar nicht verpflichtet gewesen; sie meint vielmehr nur, sie habe geeignete Abhilfemaßnahmen ergriffen, indem sie dem eindringenden Hang- und Schichtwasser durch den Schotterkoffer die Möglichkeit gegeben habe, seinen Weg weiter abwärts fortzusetzen.

3.4. Dass sie keine geeignete Maßnahme zur Ableitung des Wasser setzte, gesteht die Beklagte (im Gegensatz zur Argumentation in erster Instanz nunmehr in der Revision auch insofern zu, als sie es als logisch und den einfachsten physikalischen Grundsätzen entsprechend ansieht, dass das Rohr, das auf Terrainhöhe geleitet wird, eine Ableitung des Wassers nicht ermöglicht.

Die dennoch bekämpfte Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe (bau-)technisch nicht richtig reagiert, indem sie das Wasser durch Herstellung eines Schotterkoffers samt einem Rohr auf Terrainhöhe ableitete, statt es auf der Ebene der Sohle (ausreichend) abzuleiten, und deshalb jenen (bau-)technischen Sorgfaltsanforderungen nicht entsprochen, die vorsehen, auftretendes Schichtwasser durch eine ausreichend leistungsstarke Entwässerung auf der Ebene der Sohle (gemeint: weg von Teich und Haus) abzuleiten, ist daher nicht zu beanstanden.

Damit ist dem Kläger der Nachweis einer mangelhaften Werkleistung der Beklagten bei der Versorgung der aufgetretenen Hang- und Schichtwässer gelungen.

3.5. Dafür, dass bei den konkreten Bodenverhältnissen eine ordnungsgemäße Ableitung von vornherein nicht

erreichbar gewesen wäre, gibt es weder nach dem Vorbringen der Beklagten noch nach den Feststellungen einen Anhaltspunkt.

Nur wenn das Werk schon in seiner vereinbarten Beschaffenheit für die Erreichung des Vertragszwecks untauglich gewesen und der Beklagten die Verletzung der in § 1168a ABGB begründeten Warnpflicht vorzuwerfen wäre, würde sich das Problem der „Sowieso-Kosten“ stellen (2 Ob 152/03x; 2 Ob 135/10g = SZ 2011/45). Dem Kläger stünde in diesem Fall nur der Vertrauensschaden zu. Er wäre so zu stellen, wie er stünde, wenn die Beklagte der Warnpflicht entsprochen hätte, hätte aber keinen Anspruch auf Ersatz jener Kosten, die sie auch bei entsprechender Warnung („sowieso“) hätte tragen müssen (RIS-Justiz RS0102085 [T3]).

Hier übernahm die Beklagte auch die Ableitung der aufgetretenen Hang- und Schichtwässer zum Pauschalpreis. Hat aber der Unternehmer die Herstellung des Werkes um einen Pauschalpreis versprochen, so ist es unerheblich, wie hoch sich sein Aufwand beläuft und mit wie vielen Versuchen er den vereinbarten Erfolg erreicht; er darf den genannten Betrag nicht überschreiten (2 Ob 152/03x). Hätte die Beklagte von vornherein die Drainagemaßnahmen fachgerecht ausgeführt, hätte sie vertragsgemäß erfüllt, ohne Anspruch auf einen höheren Werklohn zu haben. Von im Zuge der Sanierung anfallenden Kosten, die der Kläger bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Werkvertrags ebenso („sowieso“) zu tragen gehabt hätte, kann daher keine Rede sein.

3.6. Nach § 933a Abs 1 ABGB kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern, wenn der Übergeber den Mangel verschuldet hat.

Errichtet ein Werkunternehmer das Werk mangelhaft, leistet er also den vertraglich geschuldeten Erfolg nicht, so trifft ihn zufolge § 1298 Satz 1 ABGB die Beweislast dafür, dass ihn (und seine Gehilfen, für die er nach § 1313a ABGB einzustehen hat) kein Verschulden trifft, dass er also die gebotene Sorgfalt – nach dem Maßstab des § 1299 ABGB – eingehalten hat (RIS-Justiz RS0112247). Dass diese Beweislastumkehr nur leichte Fahrlässigkeit betrifft, grobes Verschulden hingegen der Geschädigte zu behaupten und zu beweisen hat, ist seit der Novellierung dieser Bestimmung durch BGBl I 1997/6 aufgrund eines Gegenschlusses zu Satz 2 des § 1298 ABGB abzuleiten und entspricht auch der bisherigen ständigen Rechtsprechung (10 Ob 103/07f mwN). Allerdings normiert dieser Satz, dass in jenen Fällen, in denen ein vertraglicher Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit vereinbart wurde, der Schädiger beweisen muss, dass ihn kein grobes Verschulden trifft (*Karner in KBB*<sup>3</sup> § 1298 ABGB Rz 5; *Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 933a Rz 46*).

Die Beklagte berief sich in erster Instanz auf einen solchen Haftungsausschluss in ihren mit dem Kläger ver-

einbarten AGB. Unterstellt man also die wirksame Vereinbarung eines solchen, so wäre es an der Beklagten gelegen, schon in erster Instanz konkrete Behauptungen aufzustellen, warum ihr ein (allfälliger) Sorgfaltsverstoß nicht als grob fahrlässiges Fehlverhalten vorwerfbar sei; dem hat sie allerdings nicht entsprochen, sodass unter der angesprochenen Prämisse ihre grobe Fahrlässigkeit zu vermuten ist.

Abgesehen davon ist die die grobe Fahrlässigkeit bejahende Beurteilung des Berufungsgerichts mit Rücksicht auf den Umstand, dass die Beklagte trotz der von ihr gesetzten Drainagemaßnahme genötigt war, bis zum Befüllen des Teiches das unter der Teichfolie austretende Wasser abzupumpen, nicht zu beanstanden. Denn damit musste auch der Beklagten/ihren Erfüllungsgehilfen klar geworden sein, dass die gesetzte Drainagemaßnahme nicht ausreicht, um die Hang- und Schichtwässer abzuleiten, und die Gefahr bewusst werden, dass diese nach Befüllung des Teiches unkontrolliert irgendwohin – allenfalls auch in Richtung des Hauses – verdrängt werden; wenn sie sich dennoch einfach darauf verließ(en), dass die Wässer ihren Weg weiter abwärts ohne Gefährdung von Teich und Haus fortsetzen werden (wie dies ihrer Behauptung entspricht) und deshalb keinen Anlass für umfangreichere Maßnahmen sah(en), so stellt dies ein auffallend sorgloses Vorgehen eines als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB anzusehenden Professionisten dar, das auch subjektiv schwersten vorzuwerfen ist und somit die Qualifikation als grob fahrlässig rechtfertigt (vgl. RIS-Justiz RS0030272 [T17] uva). Jene Argumente, die die Beklagte in der Revision dagegen vorträgt, vermögen hingegen nicht zu überzeugen. Die von ihr hervorgehobene „Beherrschbarkeit“ der Problematik, die sie darin erblickt, dass der Teich fertiggestellt werden konnte, übergeht nämlich, dass dies nur durch das Abpumpen des Wassers während der Arbeiten möglich war, das jedoch später eingestellt wurde; es kommt auch nicht darauf an, ob einschlägige (Rechts-) Vorschriften existieren, weil die Beklagte auch unabhängig davon die Einhaltung der anerkannten und hier festgestellten Regeln der Technik des jeweiligen Faches schuldet.

Das Berufungsgericht hat daher zutreffend einen sekundären Feststellungsmangel zu den AGB der Beklagten verneint, weil sie aus dem behaupteten Haftungsausschluss keinen Vorteil ziehen könnte und es auf eine Prüfung des Mutterbodens durch die Beklagte nicht ankommt; vorzuwerfen ist ihr ja eine davon unabhängige sorgfaltswidrige Versorgung der aufgetretenen und bemerkten Hang- und Schichtwässer.

3.7. Gemäß § 933a Abs 2 ABGB kann der Übernehmer (ua) dann Geldersatz verlangen, wenn die Verbesserung unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre oder der

Übergeber die Verbesserung verweigert. Ist der Mangel behebbar, steht dem Übernehmer der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu (RIS-Justiz RS0126732). Der Gläubiger ist insgesamt so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (RIS-Justiz RS0018239).

Der Kläger erstattete zwar kein Vorbringen zu den Voraussetzungen seines Zahlungsbegehrens iSd § 933a ABGB, der Prozesstandpunkt der Beklagten ist aber mit der Verweigerung einer Verbesserung gleichzusetzen. Sie hat demnach nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen für den Nichterfüllungsschaden (das Erfüllungsinteresse) des Klägers einzustehen.

3.8. Das Erfüllungsinteresse umfasst bei Behebbarkeit des Mangels und Verbesserungsverzug oder -verweigerung des Schuldners die Kosten der Verbesserung (2 Ob 123/12w; RIS-Justiz RS0086353). Ist die Verbesserung unmöglich oder wäre sie für den Schuldner mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, steht dem Gläubiger hingegen (nur) die Differenz zwischen dem Wert der mangelhaften und jenem der mangelfreien Leistung zu (RIS-Justiz RS0086353 [T14]).

Den Einwand der Unverhältnismäßigkeit der Sanierungskosten hat die Beklagte nicht erhoben; nach den Feststellungen ist die Sanierung auch nicht (faktisch) unmöglich, weshalb die Behebbarkeit des Mangels anzunehmen ist. Wie bereits erwähnt ist auch von der Verweigerung der Verbesserung auszugehen.

3.9. Es entspricht der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs, dass (auch) im Rahmen eines Anspruchs nach § 933a ABGB das Deckungskapital für die beabsichtigte Sanierung eines Mangels als zweckgebundener Vorschuss zuerkannt werden kann (6 Ob 154/09d; 2 Ob 135/10g mwN; 2 Ob 123/12w). Die Ersatzfähigkeit der Sanierungskosten setzt deren bereits erfolgte Durchführung nicht voraus, vielmehr genügt die darauf gerichtete Absicht (RIS-Justiz RS0124491). Die Beweislast dafür trifft den Geschädigten (RIS-Justiz RS0030106 [T1]).

Der Kläger hat schon in der Klage die Notwendigkeit der Sanierung des Mangels damit behauptet, dass die von ihm geforderte Quellfassung zur Rettung seines Gebäudes nötig sei und damit seine darauf gerichtete Absicht zum Ausdruck gebracht; weiters sagte er als Partei aus, er wolle die Situation mit dem eingeklagten Betrag sanieren, was angesichts der nicht auszuschließenden Gefährdung der Gebäudesubstanz mehr als naheliegend erscheint. Wenn die Beklagte dennoch eine Sanierungsabsicht des Klägers nie substantiiert in Abrede stellte, so ist sie als unstrittig anzusehen (§ 267 ZPO).

3.10. Dem Kläger steht somit das Deckungskapital für die Sanierung des Mangels als zweckgebundener und verrechenbarer, bei Übermaß auch rückforderbarer Vorschuss zu; verwendet der Geschädigte also den Vorschuss nicht oder nur teilweise zur Durchführung der

Reparatur, kann der Schädiger seine Leistung, soweit sie die tatsächlichen Aufwendungen übersteigt, nach § 1435 ABGB kondizieren; bei Erkennbarkeit höherer Kosten ist der Vorschuss aufzustocken. Den Geschädigten trifft eine Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht über die Verwendung des Vorschusses, dem Ersatzpflichtigen kommt ein entsprechendes Überwachungsrecht zu (2 Ob 82/97s = SZ 70/220; 2 Ob 117/09h; 6 Ob 154/09d; 5 Ob 94/13d; RIS-Justiz RS0108906 [T6 und T9]; *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup> § 1323 ABGB Rz 13; *Huber* in Schwimann ABGB TaKom<sup>2</sup> § 1323 Rz 38 f). Es bedarf also Behauptungen und Feststellungen dazu, welche konkreten Mängelbehebungsarbeiten vorgenommen werden sollen und wie sich die Kosten dafür zusammensetzen, um die dem entsprechende Verwendung des Vorschusses im Nachhinein prüfen zu können.

Der Kläger hat dem entsprochen, indem er sowohl vorbrachte, welche Sanierungsmaßnahmen er beabsichtigt, als auch, welche Kosten dafür anfallen werden. Dennoch finden sich im Ersturteil keine Feststellungen dazu, sie beschränken sich vielmehr darauf, dass „die Sanierung des Schwimmteichs und des feuchten Kellers jedenfalls einen Betrag von 78.000 EUR erfordern werden.“ Das widerspricht § 417 Abs 2 ZPO, wonach die Entscheidungsgründe unter anderem jene Tatsachen anzugeben haben, die das Gericht als festgestellt angenommen und seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat; es muss klar und zweifelsfrei ausgesprochen werden, welche Tatsachen nach Meinung des Gerichts vorliegen (RIS-Justiz RS0041860; RS0040217). Damit leidet das Ersturteil an sekundären Feststellungsmängeln, die die Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen notwendig machen.

Es ist weiters unzulässig, den Zuspruch nicht den vom Kläger im Rahmen einer objektiven Klagenhäufung geltend gemachten Teilforderungen zuzuordnen, weil so nicht mit der erforderlichen Sicherheit beurteilt werden kann, worüber abgesprochen wurde (vgl RIS-Justiz RS0030516; RS0031014).

Der bereits angesprochene Umstand, dass die Grundlage des Ersturteils im Wesentlichen im Gutachten des Bausachverständigen zu erblicken ist, ändert daran nichts, weil das Vorliegen von entsprechenden Beweisergebnissen das Treffen von Feststellungen dazu nicht zu ersetzen vermag. Es mag zwar in Einzelfällen zulässig sein, bei der Auslegung von Urteilsannahmen auf die ihnen zugrunde liegenden Beweisergebnisse Bedacht zu nehmen; es ist aber ausgeschlossen, auf diese Weise völlig fehlende Feststellungen zu ersetzen.

Abgesehen davon ist im vorliegenden Fall auch bei Berücksichtigung des Inhalts des Gutachtens zu den notwendigen Reparaturarbeiten und deren geschätzten Kosten eine betragliche Zuordnung des Zuspruchs von 78.000 EUR brutto auf die vom Sachverständigen ge-

nannten Arbeiten und Kosten (verschiedene Maßnahmen beim Schwimmteich: rund 25.000 EUR; Maßnahmen am Wohngebäude: Abdichtung Kelleraußenwand rund 9.000 EUR und Reparatur Kellerräume rund 30.000 EUR) von zusammen 64.000 EUR netto = 76.800 EUR brutto nicht mit der erforderlichen Exaktheit möglich.

3.11. Im fortgesetzten Verfahren wird zunächst eine Erörterung mit den Parteien zur Frage, welche Sanierungsmaßnahmen notwendig und zweckmäßig sind, erforderlich sein. Der Kläger sieht nämlich die bergseitige Errichtung einer 4 m hohen Mauer als Quellfassung samt Pumpenschacht zur Aufnahme einer Pumpe und Wasserableitung und dafür Kosten von 30.555 EUR vor als erforderlich, die die Notwendigkeit von Maßnahmen am Teich nicht erkennen lässt; es werden vom Kläger auch keine Kosten dafür gefordert. Allerdings wird auch behauptet, die Schließung der Quelle erfordere die Entfernung der Teichfolie, des Schotters und der Filteranlage sowie die Neuanlegung des Teiches, ohne aber Kosten dafür in Rechnung zu stellen, was aufzuklären sein wird. Dem gegenüber empfiehlt der vom Erstgericht beigezogene Sachverständige die Errichtung einer Vorrichtung zur Ableitung auf der Ebene der Sohle des Schwimmteiches, was die Notwendigkeit des Ab- und Neuaufbaus des Teiches mit sich bringt; die von ihm grob geschätzten Mindestkosten machen rund 25.000 EUR aus, beinhalten aber die Kosten der Wiedererrichtung des Teiches nicht. Nach Erörterung unter Beiziehung des Sachverständigen wird der Kläger klarzustellen haben, welche Sanierungsvariante er bevorschusst haben will, über die dann zu entscheiden sein wird.

Für die Feststellung der anzunehmenden Kosten genügt das Gutachten in der vorliegenden Form nicht, weil es jede Herleitung der geschätzten Kosten vermissen lässt und deshalb weder nachvollziehbar noch überprüfbar ist. Daran ändern die mit einer solchen Schätzung künftiger Kosten naturgemäß verbundenen Schwierigkeiten nichts, weil zwar wegen der Möglichkeit, den Vorschuss im Bedarfsfall aufzustocken, und mit Rücksicht auf die Schadensminderungspflicht des Geschädigten die Schätzung jener Kosten zu erfolgen hat, die jedenfalls anfallen werden; diese sind aber möglichst exakt zu ermitteln.

3.12. Zusammengefasst ist das Verfahren über den vom Kläger mit 30.555 EUR bezifferten Mangelschaden noch nicht entscheidungsreif. Das gilt auch für das dazu erhobene Feststellungsbegehren, weil noch nicht einmal feststeht, welche Sanierungsvariante zu bevorschussen ist und deshalb auch noch nicht beurteilt werden kann, ob weitere Mangelschäden zu gewärtigen sind. Zur Formulierung des Feststellungsbegehrens und -spruchs ist anzumerken, dass der Beklagten nicht eine schuldhaftige Quellenfreilegung zur Last liegt, sondern die nicht fachgerechte Ableitung des Wassers.

## Zum Mangelfolgeschaden

4.1. Neben der schadenersatzrechtlichen Verbesserung kann der Werkbesteller auch darüber hinausgehende Nachteile in Geld ersetzt verlangen; die Anspruchsgrundlage dafür sind die allgemeinen Bestimmungen der §§ 1295 ff ABGB (1 Ob 172/12v; P. Bydlinski in KBB<sup>3</sup> § 933a Rz 10). Die Unterscheidung in Mangel- und Mangelfolgeschaden beschränkt sich daher auf die Frage, für welche Schäden der Vorrang der Verbesserung und des Austauschs gilt (*Zöchling-Jud* § 933a Rz 9). Es handelt sich um Schadenersatzansprüche aus dem Vertrag; zu ersetzen ist das Erfüllungsinteresse. Es bleibt Sache des Geschädigten, die Pflichtverletzung, den Schaden und dessen Verursachung durch den Schädiger zu beweisen, während für das Verschulden die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB gilt.

Die Pflichtenverletzung und das Verschulden der Beklagten wurden bereits zum Mangelschaden besprochen.

Dass die Feuchtigkeit im Keller einen Schaden am Eigentum des Klägers darstellt, bildet keinen Streitpunkt. Strittig ist allerdings die Verursachung dieses Schadens durch die der Beklagten anzulastende mangelhafte Werkleistung.

4.2. Das Erstgericht nahm zur Kausalität an, es sei davon auszugehen, dass es aufgrund der Arbeiten der Beklagten zu Wasseransammlungen hinter der Folienwand der Tiefwasserzone gekommen ist, und dieses Wasser durch das hangwärts nachdrückende Schichtwasser auch hochgestiegen ist; durch den erhöhten Wasserdruck sei es dann zur Durchfeuchtung im Kellergeschoss des Wohngebäudes gekommen.

Die Beklagte bestreitet den Nachweis der Kausalität unter Hinweis auf die weitere Feststellung des Erstgerichts, es sei derzeit nicht bekannt, wie das Wasser konkret den Weg in den Keller des Klägers gefunden habe. Die Auslegung dieser Urteilsannahme durch das Berufungsgericht, damit sei die Schadenshöhe angesprochen, ist nicht überzeugend; denn wenn die Feststellung auch im Zusammenhang mit der Höhe der Reparaturkosten betreffend den Keller getroffen wurde, schafft sie folgende Unklarheit: Die Annahme einer Durchfeuchtung des Kellergeschoßes durch die von der Beklagten nicht sachgemäß abgeleiteten Hang- und Schichtwässer steht nämlich mit der fehlenden Kenntnis davon, wie diese Wässer in das Bauwerk eingedrungen sind, im Widerspruch, weil so die Herstellung eines Ursachenzusammenhangs nicht möglich ist; damit bleibt nämlich unklar, ob die Durchfeuchtung tatsächlich von den nicht sachgemäß abgeleiteten Hang- und Schichtwässern herührt.

Auch zur Frage der Kausalität der Pflichtverletzung der Beklagten für den geltend gemachten Mangelfolgeschaden



den liegt daher ein Feststellungsmangel vor, der die Aufhebung auch dieses Zuspruchs sowohl für das Leistungs- als auch das Feststellungsbegehren verlangt.

**4.3.** Für das fortgesetzte Verfahren ist auf folgende Beweislastverteilung hinzuweisen.

Der Vorwurf gegen die Beklagte lautet, sie habe eine ordnungsgemäße Ableitung der in der Teichgrube aufgetretenen Hang- und Sickerwässer unterlassen.

Dem Geschädigten obliegt der Beweis für den Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Eintritt des Schadens auch bei vertraglicher Haftung und auch wenn es sich um eine Unterlassung handelt (4 Ob 145/11v mwN). Eine Unterlassung ist ursächlich, wenn bei pflichtgemäßem positivem Tun der Schaden nicht eingetreten wäre (RIS-Justiz RS0022913). Hier trifft den Kläger somit zunächst der Nachweis, dass die aufgetretenen Hang- und Schichtwässer wegen des von der Beklagten gewählten unsachgemäßen Umgangs mit den Wässern zur Durchfeuchtung des Kellergeschosses in seinem Haus führten, und sodann, dass die ordnungsgemäße Ableitung dies verhindert hätte.

Die Schadenersatzhaftung des Beklagten darf nur als gegeben angenommen werden, wenn überwiegende Gründe dafür vorliegen, dass der Schaden durch sein Verhalten herbeigeführt wurde, und er einen anderen Tatsachenzusammenhang nicht noch wahrscheinlicher macht (RIS-Justiz RS0022782 [T1]).

Die Anforderungen an den Beweis des hypothetischen Kausalverlaufs sind bei einer (angeblichen) Schädigung durch Unterlassen geringer als jene an den Nachweis der Verursachung bei einer Schadenszufügung durch positives Tun. Der Geschädigte ist nur dafür beweispflichtig, dass überwiegende Gründe dafür vorliegen, der Schaden sei durch das Verhalten des Schädigers herbeigeführt worden (RIS-Justiz RS0022900 [T14]). Nach ständiger Rechtsprechung genügt deshalb die überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden auf das Unterlassen des pflichtgemäßen Handelns zurückzuführen ist (RIS-Justiz RS0022700 [T5 und T7]).

In beiden Fällen kann daher das Regelbeweismaß der ZPO, wonach für eine (Positiv-)Feststellung eine „hohe“ Wahrscheinlichkeit erforderlich ist (RIS-Justiz RS0110701), unterschritten werden.

**4.4.** Der Kläger brachte zum Ursachenzusammenhang vor, der Lauf der Quelle habe sich einen anderen Weg gebahnt und sei in einen westlich des Wohnhauses bestehenden Sickerschacht eingedrungen, der übergelaufen sei, worauf das Wasser unter dem Estrich in das Haus (Keller) eingedrungen sei und Bauschäden und Durchfeuchtungen am Haus verursacht habe; eine fachgerechte Ableitung hätte das Auftreten von Folgeschäden verhindert. Dem gegenüber macht die Beklagte dafür überdurchschnittlich große Niederschlagsmengen in den Jahren 2008 und 2009 verantwortlich; es seien da-

durch Quellen neu aufgetreten oder hätten sich neue Wege gesucht.

Das Erstgericht hat die Prüfung der Kausalität daher auf diesen von den Parteien vorgegebenen Rahmen zu beschränken (vgl 3 Ob 126/11t; RIS-Justiz RS0037331). Es wird sich dabei aber auch mit Beweisergebnissen, die mit diesen Behauptungen der Parteien korrespondieren, auseinander zu setzen und den Sachverständigen damit zu konfrontieren haben (so zB mit den Aussagen zur raschen Füllung des Sickerschachts westlich des Kellertors und dessen Zeitpunkt; zur Auswirkung von starken Niederschlägen; zur Entwicklung der Feuchtigkeit im Keller im Lauf der Zeit und deren Ausbreitung auch auf der Nordseite des Kellers; mit der angeblichen Trockenlegung des Kellers bis Frühjahr 2009). Es werden die erforderlichen Feststellungen zu treffen sein, die eine Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Ursache(n) der Feuchtigkeit im Keller ermöglichen.

**4.5.** Es ist ein allgemeiner Grundsatz des Schadenersatzrechts (§ 1323 ABGB), dass der Geschädigte nicht genötigt ist, zunächst den Schaden auf eigene Kosten zu sanieren und erst dann Ersatz zu begehren; es genügt, wenn er die Beseitigung des Schadens beabsichtigt (RIS-Justiz RS0053282; *Huber* § 1323 Rz 37).

Da an der Absicht des Klägers, die von ihm genau und als notwendig bezeichneten Sanierungsarbeiten im Bereich des Kellers vorzunehmen, auch in diesem Punkt nicht zu zweifeln ist, weil auch dazu keine Bestreitung der Beklagten erfolgte, ist auch für den Mangelfolgeschaden der Anspruch des Klägers auf das Deckungskapital – bei gegebener Kausalität des Mangels – zu bejahen. Daher wird das Erstgericht auch Feststellungen zu treffen haben, welche einzelnen Reparaturmaßnahmen erforderlich und welche Kosten dafür zu erwarten sind (vgl schon Punkt 3.10.); es wird auch für die notwendige Ergänzung des Gutachtens des Sachverständigen zu sorgen sein (vgl Punkt 3.11.).

Hinzuweisen ist schlussendlich – im Sinn der Ausführungen der Revision – auch darauf, dass dem Kläger der Nachweis der Kausalität der (angeblich unsachgemäßen) Schremmarbeiten der Beklagten für das Entstehen von Gebäuderissen nicht gelungen ist (vgl Punkt 1.). Unter dieser Prämisse ist nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte für die für die Herstellung der Dichtheit des Kellers notwendigen (Reparatur-)Kosten haften sollte, die der Sachverständige dennoch im Umfang von rund 9.000 EUR als notwendige Sanierungskosten ansieht.

#### Weiterer Verfahrensgang

**5.** Sowohl zum Mangel- als auch zum Mangelfolgeschaden müssen die Entscheidungen der Vorinstanzen aufgehoben und die Rechtssache an das Erstgericht zur Verfahrensergänzung zurückgewiesen werden. Für das

fortzusetzende Verfahren ist klarzustellen, dass abschließend erledigte Streitpunkte sind:

- Die vom Pauschalpreis umfasste Verpflichtung der Beklagten, auch für eine ordnungsgemäße Ableitung der Hang- und Schichtwässer zu sorgen, und deren grob fahrlässige Verletzung die einer mangelhaften Werkleistung entspricht;
- die Verneinung von „Sowieso-Kosten“ beim Mangelschaden;
- die Bejahung des Anspruchs des Klägers auf das Deckungskapital als Vorschuss für die beabsichtigte Sanierung sowohl zum Mangel- als auch zum Mangelfolgeschaden.

Einer Klärung bedürfen noch die Fragen

- des Umfangs, des Gegenstands und der Kosten der notwendigen Sanierung des von der Beklagten zu vertretenden Mangels sowie der notwendigen Behebung der Feuchtigkeitsschäden im Keller und
- der Kausalität des Mangels für die Durchfeuchtung des Kellers.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen werden daher aufgehoben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen. Das Erstgericht wird dazu die vorliegenden Rechtsausführungen mit den Parteien zu erörtern und ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben haben, um anschließend die erforderlichen Beweise aufzunehmen.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Wieder einmal wird ausgesprochen, dass dann, wenn sich die Eigenschaften des Werks nach der Verkehrsauffassung bestimmen, die anerkannten Regeln der Technik des jeweiligen Fachs nach dem im Zeitpunkt der Leistungserbringung aktuellen Stand zu beachten sind. Es wird nicht erörtert, dass aufgrund des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ Entwicklungen nach Vertragsabschluss prinzipiell unerheblich sind, weshalb es nicht zulässig ist, ohne weiteres auf einen anderen Zeitpunkt als jenen des Vertragsabschlusses abzustellen.

Die Feststellung bezüglich der Wasserableitung *„Hat aber der Unternehmer die Herstellung des Werkes um einen Pauschalpreis versprochen, so ist es unerheblich, wie hoch sich sein Aufwand beläuft und mit wie vielen Versuchen er den vereinbarten Erfolg erreicht; er darf den genannten Betrag nicht überschreiten“* ist gegenständlich sicher richtig – sie soll aber nicht dazu verleiten anzunehmen, bei

jedem Pauschalpreisvertrag werde die vom Besteller gewünschte Funktion geschuldet: Der „vereinbarte Erfolg“ ist nur bei einem funktionalen Vertrag die Funktion, bei einem konstruktiven Vertrag ist es jedoch „bloß“ die vereinbarte Konstruktion – egal, ob diese auch funktioniert.

Nach wie vor ungeklärt ist – soweit ersichtlich – die Frage, ab wann eine Verrechnung des bloß „bevorschussten“ Deckungskapitals begehrt werden kann. Bei bevorschussten Heilungskosten (solche betraf die Leitentscheidung OGH 23.10.1997, 2 Ob 82/97s) ist dies natürlich der Fall, wenn der Geschädigte verstirbt oder die Heilbehandlung aus sonstigen Gründen endgültig unterbleibt. Doch wann muss der Geschädigte eine Gebäudesanierung durchführen – wie lange kann er dem Schädiger die Rechnungslegung mit dem Argument verweigern, einfach noch nicht mit der Sanierung begonnen zu haben?