

Schadenersatz für Mängel – die „richtige“ Geltendmachung im Prozess

Zugleich ein Beitrag zum Thema
„Einklagung eines Vorschusses“

Irene Welser/Alexandra Stoffl, beide Wien

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Die „Grundfrage“: Welches Klagebegehren?
- III. Begründung von Leistungsklagen auf Geldersatz
 - A. Geltendmachung der „konkreten Wertminderung“
 - B. Schadenersatzrechtliche Wandlung
 - C. Einklagung bereits angefallener Reparaturkosten
 - D. Einklagung eines Vorschusses auf die Reparaturkosten
- IV. Fazit

I. Einleitung

Immer wieder kann es vorkommen, dass im Zuge der Ausführung eines Bauvorhabens von einem oder mehreren Werkunternehmern Schäden herbeigeführt werden, deren Behebung diese Unternehmen selbst nicht durchführen können oder wollen. Sei es, dass sie, in seltenen Fällen, dazu selbst nicht befähigt sind, sei es, dass sie schlicht den finanziellen Aufwand scheuen, die Kosten dafür zu übernehmen. Oder die Verantwortung für den geltend gemachten Schaden wird überhaupt bestritten. In diesem Fall bleibt dem Geschädigten nur die klagsweise Geltendmachung seiner Ansprüche, sofern er nicht auf dem Schaden „sitzen bleiben“ möchte. Manchmal wird allerdings auch der Geschädigte nicht das Risiko übernehmen wollen, sogleich selbst die Schadensbehebung durch Dritte zu beauftragen, um dann die damit verbundenen Ersatzvornahmekosten zunächst aus eigener Tasche zu tragen, um dann vom Gericht, nach einem jahrelang dauernden Sachverständigenprozess, womöglich weniger zugesprochen zu erhalten als er selbst ausgelegt hat. Andererseits ist es für ihn auch wenig attraktiv, sich über lange Zeit mit einem mangelhaften Bauwerk zu begnügen, was insbesondere dann, wenn damit Gebrauchsnachteile oder Mindereinnahmen wegen der Mangelhaftigkeit verbunden sind, sogar gegen seine Schadensminderungspflicht verstoßen könnte.

Der vorliegende Beitrag geht aus advokatorischer, praxisnaher Sicht darauf ein, wie solche Schadenersatzbegehren gestellt werden können und müssen, um auch erfolgreich zu sein, und was beim Vorbringen zu beachten ist. Da

solche Fragen immer wieder auch in der Konstellation Generalunternehmer/ Subunternehmer auftreten können, soll damit keineswegs nur die „bauherren-seitige“ Sicht betont werden.

II. Die „Grundfrage“: Welches Klagebegehren?

In erster Linie stellt sich die Frage, worauf das Klagebegehren gerichtet sein soll oder überhaupt gerichtet sein kann. Denn bekanntlich herrscht auch gemäß § 933a ABGB der Primat der Naturalrestitution, sprich, das Klagebegehren hat auch dann, wenn es auf Schadenersatz gestützt wird, in erster Linie auf Verbesserung oder Austausch zu lauten.¹⁾ Schon darin kann eine beträchtliche Herausforderung für den einschreitenden Anwalt liegen, das Klagebegehren „weit genug“ zu formulieren, dass es einerseits die erforderlichen Arbeiten auch wirklich umfasst, und andererseits „eng genug“, dass es auch vollstreckbar ist.²⁾ So reicht etwa ein Begehren, Arbeiten mögen so ausgeführt werden, dass das Bauwerk vertragskonform ist, nicht aus, sondern wäre wegen Unbestimmtheit unvollstreckbar. Am besten scheint es, die durchzuführenden Arbeiten so präzise wie möglich zu beschreiben und letztlich auch den zu erreichenden technischen Erfolg vorzugeben. Denn auch vertretbare Handlungen sind im Exekutionstitel möglichst genau anzuführen. Der Oberste Gerichtshof gesteht allerdings manchmal zu, dass eine Beschreibung aller Einzelheiten der vorzunehmenden Verbesserungsarbeiten unzulässig sein und daher nicht immer verlangt werden kann.³⁾

Bei all diesen Schwierigkeiten stellt sich die Frage, weshalb denn überhaupt ein Auftraggeber (auf welcher Stufe immer) daran interessiert sein kann, dass ein Bauunternehmer, der schon einmal „versagt hat“, indem er ein mangelhaftes Bauwerk errichtet hat, nun erneut tätig werden soll. Denn de facto muss niemand den Verbesserungs- oder Austauschanspruch auch wirklich einklagen, da ja bekanntlich gemäß § 933a Abs 2 Satz 3 ABGB dann auf Geldersatz „umgestiegen“ werden kann, wenn der Auftragnehmer die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht binnen angemessener Frist vornimmt. Auch bei komplexeren Bauvorhaben wird der Bauherr idR eine Klage wohl nicht vor-schnell, nämlich vor Ablauf dieser „angemessenen Frist“, einbringen. Das bedeutet, dass in den Fällen, in denen der Bauunternehmer mit der Verbesserung so säumig ist, dass er darauf geklagt werden muss, der Bauherr meist frei in seiner Wahl ist, nun die Schadensbehebung per se oder aber wahlweise Geldersatz einzuklagen.

Fälle, in denen er sich auch wirklich für die Erhebung eines Verbesserungs- oder Austauschbegehrens entscheiden wird, sind daher selten. Sinnvoll kann dies etwa dann sein, wenn der konkret beauftragte Unternehmer eine besondere Fertigkeit bei Arbeiten wie den beauftragten hat, sodass der Bauherr

1) Zur Grundfrage nach dem Primat der Naturalrestitution eingehend Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung 20 ff; Welser-Jud, Die neue Gewährleistung, § 933a Rz 10.

2) Sofern nicht klar ist, welche Handlungen durch den Exekutionstitel gedeckt sind, wäre ein Exekutionsantrag nämlich abzuweisen; vgl MietSlg 31.820. Im Exekutionsantrag ist überdies genau anzuführen, zur Vornahme welcher Handlungen der betreibende Gläubiger anstelle des Verpflichteten ermächtigt werden soll, vgl EvBl 1971/333.

3) Vgl etwa OGH 3 Ob 2286/96i.

auf sein weiteres Tätigwerden nicht verzichten möchte. Auch dann findet aber der „Umstieg“ auf Geldersatz gemäß § 353 EO⁴⁾ idR im Exekutionsverfahren statt, wenn es sich nicht um wirklich „höchstpersönliche“ Arbeiten handelt. Zu diesem Zweck ist ein Antrag, dem Verpflichteten die Vorauszahlung der Kosten der Durchführung der geschuldeten Handlung aufzuerlegen, bei Gericht einzubringen. Diesem ist eine Bescheinigung über die Angemessenheit der geforderten Kosten, etwa in Form eines Kostenvoranschlags, beizulegen (§ 55 Abs 2 EO).⁵⁾ Nach der Rsp ist ein weiterer Vorschuss aufzutragen, sofern die bisher bewilligte Summe letztlich nicht ausreicht.⁶⁾ Die Einklagung der Schadensbehebung in natura ist daher auch dann, wenn der Auftragnehmer letztlich selbst nicht tätig werden will, ein relativ „sicherer“ Weg, auch tatsächlich die gesamten Verbesserungskosten in exakt der Höhe, in der sie anfallen, ersetzt zu erhalten.

Da aber, wie erwähnt, bei Bauleistungen so gut wie nie höchstpersönliche Arbeiten vorliegen, ist festgehalten, dass die Einklagung eines Verbesserungs- oder Austauschanspruchs letztlich nicht „garantiert“, dass der verpflichtete Auftragnehmer auch wirklich selber tätig wird. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Bauherr deshalb auf Naturalherstellung klagt, um letztlich einen einheitlichen Gewährleistungspflichtigen zu haben, wie dies etwa bei komplexeren Kraftwerksbauten oder der Anfertigung technischer Maschinen wünschenswert sein kann. Denn wenn ein Unternehmer die Grundleistung erbringt und ein anderer Unternehmer die Verbesserungsleistung, kann für den Auftraggeber der unerwünschte Fall eintreten, dass später – wenn ein „neuer“ Mangel oder Schaden am Bauwerk auftritt – jeder der beiden Unternehmer sich damit verteidigt, dass der jeweils andere gerade diesen verursacht habe. Das kann natürlich nicht passieren, wenn es nur einen einzigen Unternehmer gibt. Andererseits liegt auch in solchen Fällen nur ganz selten eine höchstpersönliche Leistung iSd § 354 EO vor, welche dann im Wege der Verhängung von Beugestrafen auch wirklich vom konkret verpflichteten Auftragnehmer erzwungen werden kann.

Ein anderer wichtiger Fall, in dem der Kläger de facto „gezwungen“ ist, ein Klagebegehren auf Schadensbehebung in natura zu stellen, liegt etwa dann vor, wenn er den Anspruch für die Mehrheit geltend macht, wie dies etwa in Wohnungseigentümergeinschaften vorkommen kann. So gibt es etwa einen oberstgerichtlich entschiedenen Fall,⁷⁾ in welchem dem Käufer einer „einzelnen“ Eigentumswohnung in einer als Wohnresidenz bezeichneten Luxusanlage auch ein bestimmter hochwertiger Ausbauzustand der allgemeinen Liegenschaftsteile zugesichert wurde, der dann aber fehlte. Es bestand kein Zweifel, dass dem Käufer aufgrund der Gewährleistungszusagen im Kaufvertrag eigene Verbesserungsansprüche auch in Bezug auf die allgemeinen Liegenschaftsanteile zustanden

4) Wenn der Verpflichtete eine Handlung vorzunehmen hat, die auch durch einen Dritten erfolgen kann, so kann der betreibende Gläubiger nach § 353 EO auf Antrag ermächtigt werden, die Handlung auf Kosten des Verpflichteten vornehmen zu lassen; eine Vorauszahlung der Kosten kann beantragt werden, wobei die Angemessenheit des Betrags bescheinigt werden muss und der Verpflichtete dazu eine Stellungnahme abgeben kann.

5) Ein solcher Kostenvoranschlag muss nach der Rsp erkennen lassen, welche Arbeiten mit welchem Zeitaufwand durchgeführt werden sollen, vgl RPIE 1993/22. Über die Höhe der Kosten ist der Verpflichtete allerdings nunmehr – seit der EO-Novelle 2008 – nicht mehr zwingend einzuvernehmen.

6) RPIE 1985/106.

7) OGH 5 Ob 147/97x.

(etwa: auf Herstellung eines Gemeinschaftspools, eines Wintergartens, eines Cafés, eines hochwertigen Stiegenhauses), die er bei Nachweis der Zustimmung der Mehrheit der Wohnungseigentümer auch im eigenen Namen geltend machen konnte. Andererseits wäre es für ihn niemals zumutbar gewesen, die allgemeinen Teile der Wohnhausanlage vorweg einmal auf eigene Kosten instand setzen zu lassen und dann die von ihm vorweg getragenen Kosten in enormer Höhe auf volles eigenes Risiko vom säumigen Bauunternehmer einzuklagen.

In solchen Fällen ist die Geltendmachung eines Naturalherstellungsanspruchs also nicht zu vermeiden; ihre Zulässigkeit sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Auftraggeber nur in echten Ausnahmefällen wirklich den konkreten Auftragnehmer persönlich zur Leistungserbringung „zwingen“ kann.

Damit stellt sich die Frage, wie vorzugehen ist, wenn nun im Sinne der „sekundären Behelfe“ des § 933a ABGB Geldersatz verlangt werden soll. Kein Problem sollte die Schadensbeziehung idR darstellen, wenn die Ersatzvornahme durch Dritte bereits erfolgt ist, weil dann die konkret angefallenen, an den Dritten bezahlten Kosten eingeklagt werden können. Doch so einfach dies klingt, ist auch das nicht: Namentlich dann, wenn sich eine „Sowiesokosten“-Thematik⁸⁾ stellt, wenn also das Bauwerk zunächst mangelhaft errichtet wurde, jedoch die Herstellung eines tauglichen Bauwerks, wäre sie gleich richtig erfolgt, von vornherein höhere Kosten verursacht hätte, ist auch hier die Bezifferung des Schadens schwierig. Denn zwar trifft den Schadenersatzpflichtigen Bauunternehmer nach allgemeinen Regeln die Beweislast für anspruchvernichtende Tatsachen und so auch für die Höhe der Sowiesokosten, andererseits muss aber auch der klagende Bauherr darauf bedacht sein, keinen überhöhten Betrag einzuklagen, weil dies Kostenfolgen haben kann und wird.⁹⁾

Die Autorinnen hatten jüngst auch praktisch mit einem Fall zu tun, in dem das Gericht – entgegen der bestehenden Beweislastverteilung – den Kläger, der Schadenersatz in Höhe der Mangelbehebungskosten verlangt und dabei ohnedies die Sowiesokosten abgezogen hat, aufgefordert hat, eben diese Sowiesokosten konkret durch Rechnungen zu beweisen. Dies, obwohl es ja in deren Natur liegt, dass sie immer nur fiktiv ermittelt werden können. Denn ein von vornherein mangel freies, aber um die Sowiesokosten teureres Bauwerk wurde ja gerade nicht errichtet. Der konkrete Nachweis der Sowiesokosten durch Subtraktion der Kosten, die im Fall der schon ursprünglich korrekten Errichtung angefallen wären, kann daher niemals durch Vorlage der tatsächlichen Abrechnungsunterlagen geführt werden.

Auch die „Rettung“ von Unsicherheiten bei der Schadensbeziehung durch ein Feststellungsbegehren scheidet idR aus. Denn ein Feststellungsbegehren ist nur dann zulässig, wenn ein Leistungsbegehren, durch das der Feststellungsanspruch voll ausgeschöpft wird, nicht gestellt werden kann,¹⁰⁾ etwa weil Schäden zum Zeitpunkt der Klagseinbringung noch nicht feststehen. Bloße Schwierigkeiten bei der Bezifferung eines bereits entstandenen Schadens reichen nicht aus,¹¹⁾ vielmehr obliegt es nach ständiger Judikatur¹²⁾ dem Kläger, seinen

8) Dazu grundlegend *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 72 ff; OGH *ecolex* 1998, 315; *Wilhelm*, *ecolex* 1990, 402; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1128 mwN.

9) Vgl § 41 ff ZPO.

10) Vgl *Frauenberger-Pfeiler* in *Fasching/Konecny*³ III/1 § 228 ZPO Rz 111 mwN.

11) OGH 7 Ob 77/11s.

12) Vgl die reichen Nachweise bei *Klauser/Kodek*, JN-ZPO¹⁷ § 228 E 401.

Schaden selbst unter dem Risiko der Überklagung zu beziffern und mit Leistungsklage geltend zu machen.

Diese prozessual unbefriedigende Situation legt es nahe, nach einem „Hintertürchen“ zu suchen, das es ermöglicht, den wirklichen Schaden, also die ganz konkreten Kosten der Ersatzvornahme „risikolos“ einzuklagen und auch wirklich zugesprochen zu erhalten. Im Rahmen von Schadenersatzklagen für Mangelbehebungskosten sind hier, hat man sich erst einmal für die Geltendmachung eines Geldanspruchs entschieden, vier verschiedene Wege denkbar, die nachstehend dargestellt werden:

III. Begründung von Leistungsklagen auf Geldersatz

A. Geltendmachung der „konkreten Wertminderung“

Die erste Begründung für einen Geldbetrag ist jene des so bezeichneten „kleinen Schadenersatzes“¹³⁾: Damit ist gemeint, dass aus dem Titel des Schadenersatzes ein Geldbetrag zugesprochen werden kann, der der Wertminderung aufgrund der Mängel entspricht, also die „konkrete Wertminderung“. Dieser deckt sich nicht notwendigerweise mit den Reparaturkosten. Der OGH hat diesen Weg etwa in 6 Ob 14/12w eröffnet und festgehalten, dass der Übernehmer nicht verpflichtet ist, die Sache verbessern zu lassen, eine Ersatzsache zu beschaffen oder die Sache gegen Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens zurückzustellen („großer Schadenersatz“)¹⁴⁾, sondern kann die mangelhafte Sache bezahlen und als Schadenersatz den Unterschied zwischen dem Wert der mangelfreien und dem Wert der mangelhaften Leistung fordern. Dies gilt natürlich auch im Baurecht, wenngleich es hier häufig ein Sachverständigengutachten oder ein gewisses Ermessen des Gerichts¹⁵⁾ erfordern wird, den „Wert der mangelhaften Leistung“ festzustellen.

Die konkrete Wertminderung kann allerdings durch die Vorlage von Kostenvoranschlägen, wie viel eine Reparatur kosten würde, plausibilisiert werden. Im Zusammenhang mit der Preisminderung wurde hiezu schon an anderer Stelle¹⁶⁾ vorgeschlagen, dort, wo es keinen „Marktwert des mangelhaften Werkes“ gibt, diesen durch Subtraktion der Verbesserungskosten vom Wert einer mangelfreien Leistung zu ermitteln. De facto bedeutet ein solcher Zugang, dass im Prozess vom Kläger vorzubringen ist, der nunmehrige Minderwert des mangelhaften Bauwerks sei in etwa mit den Mangelbehebungskosten gleichzusetzen. Wichtig ist allerdings, diesen auch wirklich als bereits eingetretenen Schaden zu qualifizieren. Denn gerade infolge seiner Mangelhaftigkeit ist das Bauwerk bereits weniger wert, auch wenn der Schaden noch nicht behoben ist; auf die Frage, ob überhaupt und wann dann auch tatsächlich verbessert wird, kommt es bei einer solchen Argumentation nicht an.

Es ist aber bei diesem Ansatz essentiell, die Verbesserungskosten nur als Rechnungsgröße anzusetzen und keinesfalls zuzugestehen, dass eine Reparatur überhaupt nicht beabsichtigt sei. Denn als „Gegenargument“ ist die Judikatur des

13) Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 933a Rz 29.

14) Vgl dazu eingehend *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON § 933a Rz 26 ff; *B. Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung 278f.

15) Vgl § 273 ZPO.

16) *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 92 f.

OGH ins Treffen zu führen, die den Ersatz rein fiktiver Verbesserungskosten deziert ausschließt.¹⁷⁾ Der OGH vertritt diese Ansicht jedenfalls in Fällen, in denen im Entscheidungszeitpunkt fix feststeht, dass es zu einer Mangelbehebung nicht mehr kommen wird, etwa, weil die mangelhafte Sache mittlerweile bereits ohne Vornahme einer Reparatur veräußert worden ist. Diese Qualifikation bedeutet jedenfalls, dass ein unter dem Titel „Minderwert des Bauwerks infolge der Mangelhaftigkeit“ zugesprochener Betrag als endgültig anzusehen und nicht mehr nach oben oder unten abgeändert werden kann, auch nicht im Exekutionsverfahren.

B. Schadenersatzrechtliche Wandlung

Ein zweiter, relativ „risikoloser“ Weg ist jener der sogenannten „schadenersatzrechtlichen Wandlung“, manchmal auch „großer Schadenersatz“¹⁸⁾ genannt. Diesen hat der OGH bereits in RdW 1985/72 im Fall eines falschen graphologischen Gutachtens eröffnet und den für das vollkommen unbrauchbare Werk bezahlten, daher frustrierten Werklohn auch als Schaden anerkannt, der aus dem Titel des Schadenersatzes zurückgefordert werden kann und daher die Mangelhaftigkeit der Leistung ebenfalls „abgilt“. Wenn gleich bei strenger Betrachtung der Werklohn als solcher nicht vom Schädiger verursacht wurde, weil er auch bei mangelfreier Leistung zu zahlen gewesen wäre¹⁹⁾, hat der OGH diesen Weg konsequent weiterverfolgt und in mehreren Folgeentscheidungen²⁰⁾ ausdrücklich gefestigt. Auch damit ist der Schaden aber „endgültig“ bewertet und auch abgegolten.

C. Einklagung bereits angefallener Reparaturkosten

Der dritte Weg ist der oben bereits angedeutete, einen konkreten Geldbetrag für bereits durchgeführte Reparaturen zu fordern.²¹⁾ Dies bedeutet jedoch, dass der geschädigte Bauherr vorweg die Verbesserung vorfinanzieren muss, dies unter dem Risiko, sich Einwände der Verletzung seiner Schadensminderungspflicht entgegenhalten lassen zu müssen, oder gar unter dem Risiko der Insolvenz seines Vertragspartners diese bereits angefallenen Kosten endgültig selbst tragen zu müssen. Sie scheitert daher logischerweise, wenn bisher keine Reparaturkosten angefallen sind, die zugesprochen werden könnten. Eine solche Beschränkung des Schadenersatzes auf tatsächlich angefallene Behebungskosten ist fallweise auch vertraglich ausdrücklich so vorgesehen, was die sogleich zu erörternde, vierte Möglichkeit der Geltendmachung bloß beabsichtigter, künftiger Reparaturkosten in der Regel ausschließt.

17) Etwa OGH 6 Ob 134/08m; siehe auch 1 Ob 16/09y; 1 Ob 109/09z; 6 Ob 154/09d; 2 Ob 135/10g.

18) Vgl Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 933a Rz 26ff.

19) Welser, Gewährleistung und Schadenersatz, JBl 1976, 129ff; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 933a Rz 26 mwN in FN 72.

20) JBl 1987/44; OGH 3 Ob 295/05m; 6 Ob 7/06g; 1 Ob 109/09z; 7 Ob 23/13b; 9 Ob 14/14w.

21) So schon die ständige Judikatur vor der Entscheidung des verstärkten Senates OGH 1 Ob 536/90; vgl dazu Kurschel, Gewährleistung beim Werkvertrag 142ff mwN in FN 61; zur Entscheidung des verstärkten Senates grundlegend Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung 8 ff sowie Kurschel, eolex 1990, 276. Aus jüngerer Zeit etwa 3 Ob 267/09z und 2 Ob 135/10g.

D. Einklagung eines Vorschusses auf die Reparaturkosten

Der vierte Weg ist es, ausdrücklich einen „Vorschuss“ auf die Verbesserungskosten aus dem Titel des Schadenersatzes zu verlangen.²²⁾

Während in anderen Bereichen der Zuspruch von Vorschüssen in Prozessen weit verbreitet ist,²³⁾ scheint das Einfordern von Vorschusszahlungen im Bauprozess merkwürdigerweise nur sehr selten vorzukommen. Daher sollen im Folgenden die Gründe dafür näher beleuchtet und gleichzeitig hinterfragt werden, ob die explizite Einklagung von Vorschüssen auf die Mangelbehebungskosten im Bauprozess sinnvoll oder aber womöglich gefährlich sein kann.

1. Die bestehende Judikatur zum Vorschuss im Zusammenhang mit Baumängeln

Wie bereits angesprochen, werden Vorschüsse bis dato im Zusammenhang mit Baumängeln nur sehr selten eingeklagt. Deshalb ist es nicht weiter verwunderlich, dass auch die höchstgerichtliche Judikatur zu diesem Thema relativ dünn gesät ist.

Im wichtigsten Fall²⁴⁾ hatte der Oberste Gerichtshof sich ganz konkret mit der Frage nach der rechtmäßigen Höhe eines Vorschusses im Zusammenhang mit einer mangelhaften Dachkonstruktion auseinanderzusetzen. Im Zeitpunkt des Schlusses der Verhandlung erster Instanz lag ein Sanierungskonzept vor, das die Höhe der Gesamtsanierungskosten darlegte. Tatsächlich hatte der Geschädigte zu diesem Zeitpunkt jedoch erst 44% des Daches saniert, weshalb der Schädiger sich auf den Standpunkt stellte, dass der Ersatz nur im Umfang der tatsächlich angefallenen Kosten gebühre.

Der Oberste Gerichtshof hielt dazu²⁵⁾ fest, dass der Grund für die Vorschusspflicht im allgemeinen Grundsatz liege, dass der Geschädigte kein eigenes Kapital zur Schadensbehebung einsetzen müsse und Anspruch auf den Ersatz fiktiver Reparaturkosten hat, und zwar gleichgültig, ob er die Reparatur durchführen lässt, oder das Geld anderweitig verwendet.²⁶⁾ Allerdings seien die fiktiven Reparaturkosten nicht in voller Höhe zu ersetzen, wenn diese die objektive Wertminderung übersteigen, weil dies zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen würde. Dem Gläubiger ist jedenfalls das Deckungskapital für die beabsichtigte Sanierung eines Mangels als „zweckgebundener Vorschuss“ zuzuerkennen.²⁷⁾ Ein solcher Vorschuss ist nach Ansicht des OGH verrechenbar und kann bei Übermaß zurückgefordert werden. Verwende der Geschädigte also den Vorschuss nicht oder nur teilweise zur Durchführung der Reparatur, könne der Schädiger seine Leistung, soweit sie die tatsächlichen Aufwendungen übersteigt, nach § 1435 ABGB kondizieren. In jenem Fall, in dem die Reparatur aber tatsächlich durchgeführt wird, steht dem Geschädigten jedoch Anspruch auf die tatsächlichen Kosten zu.²⁸⁾

22) Vgl die Nachweise bei Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON § 933a Rz 18.

23) Zur Bevorschussung von Aufwendungen eines Bestandnehmers vgl etwa Fidler, Aufwendungen des Mieters zur Mangelbeseitigung, wobl 2013/307.

24) OGH 6 Ob 154/09d.

25) In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Judikatur, die sich jedoch weitestgehend mit Vorschüssen für Heilungskosten beschäftigte.

26) Vgl dazu auch OGH 4 Ob 80/12m.

27) Vgl zu alldem auch OGH 2 Ob 135/10g.

28) Vgl dazu auch OGH 2 Ob 158/07k.

Da im gegenständlichen Fall der Vorschuss auf Basis der Berechnungen des Sanierungskonzeptes erfolgte, könnte durchaus Raum für eine Rückforderung eines Teiles des Vorschusses bestehen, und zwar dann, wenn Teile des Daches tatsächlich nicht saniert werden, und für auf diesen Teil entfallenden, zugesprochenen Reparaturkosten über der Wertminderung liegen.

Derselbe Fall wurde zu einem späteren Zeitpunkt nochmals – unter einem anderen Aspekt – an den Obersten Gerichtshof herangetragen. Es ging um die Frage, ob über die Verwendung des zugesprochenen Deckungskapitals für Sanierungskosten Rechnung zu legen sei, ob also dem Schädiger, der einen Reparaturkostenvorschuss zu leisten hat, ein Rechnungslegungsanspruch hinsichtlich der Verwendung dieses Vorschusses zukommt. Der Oberste Gerichtshof kam zum Ergebnis, dass die Rechnungslegung notwendig sei, weil der Schädiger, der einen Vorschuss für Sanierungskosten zu leisten hatte, ansonsten nicht in der Lage wäre, seine Rückforderungsansprüche dem Grunde und der Höhe nach zu konkretisieren, weil über die Vorschussverwendung nur der Vorschussempfänger Bescheid wissen kann.²⁹⁾

Ein anderer Fall beschäftigte sich mit der Frage der Ersatzfähigkeit fiktiver Kosten, die – wie bereits oben unter A angesprochen – immer wieder zu Schwierigkeiten in Prozessen führen kann. Der Sache nach ging es in dieser Entscheidung³⁰⁾ um eine Wohnung, die aufgrund mehrerer von einem Bauunternehmen verschuldeter Mängel generalsaniert werden musste. Im Zeitraum der Generalsanierung verblieb die Mieterin trotz Widrigkeiten in der Wohnung, was der Vermieterin die Kosten einer Ersatzwohnung ersparte. Die Mieterin argumentierte später, die Vermieterin sei durch den (freiwilligen) Weiterverbleib der Mieterin in der Wohnung im Ausmaß nicht aufgewendeter Ersatzwohnungskosten unrechtmäßig bereichert, weshalb sie von ihr den Ersatz fiktiver Ersatzwohnungskosten forderte. Unter Verweis auf die Judikatur zum Heilungskostenvorschuss³¹⁾ verneinte der Oberste Gerichtshof jedoch die Ersatzfähigkeit rein fiktiver Aufwendungen zur Schadensbehebung, denen keine reale Vermögenseinbuße gegenübersteht.

In diesem Zusammenhang führte der Oberste Gerichtshof aus, dass die Rechtslage bei Sachschäden anders sei, weil diese jedenfalls eine reale Vermögenseinbuße verursachen: *„Nur bei derartigen Schäden kann der Geschädigte Ersatz bloß fiktiver Wiederherstellungskosten beanspruchen, mag er die Schadensbehebung schließlich tatsächlich durchführen oder über den Ersatzbetrag sonstwie verfügen, ist doch dessen Verwendung allein Sache des Geschädigten.“*³²⁾

Allerdings hielt der Oberste Gerichtshof in diesem Zusammenhang auch fest, dass selbst derartige fiktive Schadensbehebungskosten nur bis zur Höhe der Minderung des gemeinen Werts der beschädigten Sache zu ersetzen sind, weil ansonsten eine Bereicherung des Geschädigten auf Kosten des Schädigers eintreten würde.

Unter Verweis auf SZ 59/165 ergänzte der Oberste Gerichtshof für den konkreten Fall, dass nur solche Beträge ersatzfähig seien die der Geschädigte tatsächlich aufwenden musste und muss, um eine seinem nicht ausübaren Wohnungsrecht adäquate Ersatzlage zu schaffen. Freilich müsste jedoch in ei-

29) OGH 5 Ob 94/13d.

30) OGH 1 Ob 331/98b.

31) Vgl. dazu sogleich im Detail unten III.D.2.

32) OGH 1 Ob 331/98b.

nem solchen Fall ebenfalls die Erlangung eines – wenngleich zweckgebundenen und allenfalls rückforderbaren – Vorschusses möglich sein, weil auch hier der Grundsatz zu gelten hat, dass ein Geschädigter nicht verpflichtet ist, eigenes Kapital zur Schadensbehebung zu verwenden.³³⁾

Praktisch wird ein Mieter, der schnell (vorübergehenden) Ersatz für seine nicht benützbare Wohnung sucht, oftmals höhere Mietkosten in Kauf nehmen müssen, was ihn wiederum zwingen würde, eigenes Kapital zur Schadensbehebung zu verwenden. Letztlich ist jedoch angesichts der meist langen Prozessdauer in einem solchen Fall wohl mehr als fraglich, ob ein Mieter, der einen Vorschuss für die Anmietung einer Ersatzwohnung begehrt, jemals innerhalb eines vertretbaren Zeitraumes per Urteilsspruch einen solchen Vorschuss gewährt bekäme.

2. Die Ursprünge der Judikatur zum Vorschuss

Nachdem ein Vorschuss im Bereich des Baurechts offenbar nur höchst selten begehrt wird, ist eine Darstellung der Ursprünge der Vorschussjudikatur unerlässlich, um die praktische Relevanz eines solchen Zuspruchs beurteilen zu können.

Die Judikatur zum Vorschuss stammt vor allem aus dem medizinischen Bereich. Hier wird bereits seit Jahrzehnten judiziert, *„dass Kosten einer künftigen Heilbehandlung vom Geschädigten, der die Heilbehandlung ernstlich beabsichtigt, nur vorschussweise begehrt werden“* können. Nach stRsp gebührt dem Verletzten daher *„kein Ersatz von Heilbehandlungskosten, wenn feststeht, dass die Heilbehandlung unterbleibt“*.³⁴⁾

Die erste Entscheidung, die dies derart klar ausgesprochen hat, stammt aus dem Jahr 1997. Tatsächlich hat sich der Oberste Gerichtshof jedoch bereits lange, nämlich etwa 60 Jahre zuvor, in der Entscheidung RZ 1937, 140 mit den fiktiven Kosten einer Heilbehandlung auseinandergesetzt. Damals ging es um die Frage, ob ein Schädiger tatsächlich Schadenersatz für eine Zahnprothese zu leisten habe, obwohl der Geschädigte sich bisher nicht um deren Beschaffung gekümmert hatte. Der Oberste Gerichtshof kam zum Ergebnis, dass der Schadenersatzanspruch bereits durch die dem Geschädigten zugeführte Körperverletzung entstanden ist, der Schadenersatz also unabhängig von der bisherigen Beschaffung eines Zahnersatzes zu leisten sei. Der Sache nach wird damit eigentlich der Schaden mit der Höhe der „Verbesserungskosten“, hier in Gestalt der erforderlichen Prothese, gleichgesetzt.

Diese grundsätzliche Linie wurde weitergeführt und betont, dass bei Schädigung an der Gesundheit ein Ersatz der Heilungskosten ungeachtet dessen zu stehe, ob die Heilbehandlung tatsächlich durchgeführt wird, oder nicht. Für den Anspruch auf Ersatz der Heilungskosten komme es folglich nicht darauf an, ob der Geschädigte die Heilungskosten selbst bereits aufgewendet hat oder diese sicher aufwenden werde. Vielmehr könne der Ersatz des Schadens, der in der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit liegt, verlangt werden; der Geschädigte habe auch nicht etwa vorweg die Heilungskosten auszulegen.³⁵⁾

Der zugrundeliegende Gedanke dieser älteren Judikatur war jener, dass einem an seiner körperlichen Integrität Geschädigten nicht zugemutet werden

33) RIS-Justiz RS0030571.

34) RIS-Justiz RS0108906.

35) EvBl 1955/180 = JBl 1955, 305.

könne, dass ihm nur dann Schadenersatz für den erlittenen körperlichen Schaden zugesprochen wird, wenn er – vielleicht entgegen seinen Willen – erneut einen Eingriff in seine körperliche Integrität dulden müsse. Dieser Gedanke ist durchaus nachvollziehbar, zumal ein solcher Eingriff oftmals mit erheblichen, neuerlichen Schmerzen verbunden sein wird, die der Geschädigte vielleicht nicht gewillt ist, einzugehen. Würde man in einem solchen Fall also nicht den „Schätzwert“ der fiktiven Behandlungs- oder Heilungskosten zusprechen, würde der Geschädigte, der vielleicht ein Leben lang mit der ihm zugefügten Behinderung zurecht kommen muss, für den ihm zugefügten Schaden selbst unentschädigt bleiben, nur weil er sich – aus welchen Gründen auch immer – gegen die Vornahme der Heilbehandlung entscheidet.

Andererseits könnte jedoch auch argumentiert werden, dass es letztlich die Entscheidung des Geschädigten sei, die Heilbehandlung vornehmen zu lassen, oder eben auch nicht, und damit auf die ihm nach § 1325 ABGB zustehenden Kosten der Heilbehandlung zu verzichten.

Die ursprüngliche Judikaturlinie wurde in den folgenden Jahrzehnten jedoch zunächst weiterhin aufrecht erhalten und sogar dahingehend konkretisiert, dass die Kosten einer künftigen Operation nicht bloß „vorschussweise“, sondern schlechthin bereits vor der Vornahme der Operation gefordert werden können, und zwar selbst dann, wenn nicht feststehe, dass eine Absicht zur Durchführung der Operation besteht.³⁶⁾ Es sei also letztlich nicht zu beweisen, ob und wie wahrscheinlich die Durchführung der Heilbehandlung tatsächlich sei. Diese Judikatur steht in klarem Gegensatz zur oben erörterten „Vorschussjudikatur“ im Baurecht, die nicht nur Rückforderungs-, sondern sogar Rechnungslegungsansprüche für möglich hält und die Zweckbindung des Vorschusses betont.

In späteren Entscheidungen setzte sich der Oberste Gerichtshof, wiederum in Bezug auf Heilungskosten, mit dem Umstand auseinander, dass im Falle einer Körperverletzung zunächst nur ein realer Personenschaden vorliege, eine Vermögensminderung jedoch noch nicht eintrete. Richtigerweise kommt der Oberste Gerichtshof allerdings zum Ergebnis, dass dennoch ein Anspruch des Geschädigten auf Wiedergutmachung der ihm entstandenen Nachteile besteht, und die Schadensbeseitigung letztlich in Geld messbar sein müsse, zumal auch bei der Verletzung absoluter Vermögensgüter ein Ersatz des objektiv-abstrakt berechneten Schadens zustehe, und dies aufgrund des Größenschlusses umso mehr im Falle eines höher zu bewertenden Persönlichkeitsrechts gelten müsse.³⁷⁾

Eben diese Judikatur griff der Oberste Gerichtshof im Jahr 1997 auf und fügte hinzu aus, dass der Geschädigte nicht verpflichtet ist, eigenes Kapital zur Schadensbehebung einzusetzen,³⁸⁾ weshalb er die Bevorschussung durch den Schädiger verlangen kann. In weiterer Folge machte der Oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung jedoch eine bedeutsame Wendung, indem er ausführte: „Im Wesen dieses Vorschusses liegt es, daß er zweckgebunden, verrechenbar und bei Zweckverfehlung rückforderbar ist. Aus der Zweckgebundenheit des Vorschusses folgt weiters, daß er dem Verletzten nur dann gebührt, wenn dieser die ernstliche Absicht hat, sich behandeln zu lassen, woran allerdings im Regelfall kein Zweifel bestehen wird. Die Auffassung, die Kosten einer künftigen Heilbehandlung könnten nicht bloß vorschussweise,

36) OGH 2 Ob 280/75.

37) RZ 1985/14.

38) Vgl dazu RIS-Justiz RS0030571.

sondern schlechthin und unabhängig von der tatsächlichen Durchführung der Behandlung gefordert werden, kann somit nicht aufrecht erhalten werden (...).“³⁹⁾

Die Begründung des Obersten Gerichtshofs für diese Kehrtwende lautete, dass der Zuspruch von Heilungskosten für den Fall, in dem feststehe, dass die Behandlung unterbleiben werde, zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Geschädigten führen könne. Dies stehe in Widerspruch zum schadenersatzrechtlichen Ausgleichsgedanken. Der Oberste Gerichtshof kam somit zum Ergebnis, dass es an einem Vermögensschaden überhaupt fehle, wenn bereits bei Schluss der Verhandlung in erster Instanz feststehe, dass die Heilbehandlung definitiv unterbleiben wird – etwa weil die geschädigte Person zu diesem Zeitpunkt bereits verstorben war. (Dies korrespondiert mit den oben unter A angeführten Fällen, in denen der OGH Mangelbehebungskosten deshalb nicht zugesprochen hat, weil die defekte Sache ohne Vornahme der Verbesserung schon veräußert worden war). Der Oberste Gerichtshof hielt weiters fest, dass Heilungskostenersatz eben zur Heilung zu verwenden sei. Er sei jedoch nicht dazu gedacht, von der geschädigten Person oder deren Erben zu Geld gemacht zu werden.

Allerdings räumte der Oberste Gerichtshof bereits in dieser Entscheidung⁴⁰⁾ ein, dass es „praktische Schwierigkeiten“ bei der Widerlegung einer behaupteten Operationsabsicht, der Überwachung der Verwendung von Vorschüssen, sowie der allfälligen Rückforderung widmungswidrig verwendeter Gelder geben könne. Dies legt es nahe, die Frage zu stellen, ob die Geltendmachung eines Vorschusses wirklich „der Weisheit letzter Schluss“ ist, oder durch geschicktes anderweitiges advokatorisches Vorbringen vermieden werden kann. Und dies insbesondere im Bauvertragsrecht.

3. Konsequenzen für die prozessuale Vorgangsweise

Gerade die soeben dargestellte Judikatur zur Schädigung der körperlichen Unversehrtheit und deren Heilung zeigt einen gewissen Unterschied zu Baumängeln und deren Behebung auf, der bei der Geltendmachung der Reparaturkosten von Bauschäden beachtet werden sollte:

Wird nämlich jemandem ein Schaden am Körper zugefügt, geht dies nicht sofort mit einer Minderung des Vermögens des Geschädigten einher, weshalb die Berufung auf eine sofortige „Wertminderung“ schwieriger ist als bei der Beschädigung eines Bauwerkes. Daher hat der OGH konsequenterweise entschieden, dass ein Vorschuss für die Heilungskosten bei körperlichen Schäden grundsätzlich zweckgebunden und im Falle der nicht bestimmungsgemäßen Verwendung rückforderbar ist, weil ansonsten eine ungerechtfertigte Bereicherung des Geschädigten eintreten könnte.⁴¹⁾

Wird hingegen jemandes Sache beschädigt, etwa durch vertragswidrige Verursachung eines Baumangels, tritt mit der Beschädigung auch sofort eine Minderung des Vermögens des Geschädigten ein. Diese kann, wie oben unter III. A dargestellt, daher in Form der eingetretenen Wertminderung auch unverzüglich und ohne Berufung auf den riskanteren und möglicherweise gar nicht dauerhaft zustehenden Titel eines Vorschusses begehrt werden.

39) OGH 2 Ob 82/97s.

40) OGH 2 Ob 82/97s.

41) Vgl dazu auch OGH 2 Ob 117/09h.

Wird hingegen nun (ausdrücklich nur) ein Vorschuss für die Reparatur des Schadens begehrt, so stellen sich für den Geschädigten eine Reihe von Fragen: Ist der Vorschuss tatsächlich zweckgebunden und womöglich rückforderbar? Kann der Geschädigte über die Verwendung des Vorschusses letztlich überhaupt allein entscheiden? Dies insbesondere dann, wenn sich im Zuge der Bauausführung zeigt, dass die „bevorschusste“ Variante der Bauausführung doch nicht sinnvoll ist und sohin eine andere Art der Verbesserung gewählt wird als jene, die bevorschusst war? Besteht tatsächlich ein gesondert einklagbarer Rechnungslegungsanspruch, und will sich der Geschädigte wirklich auch noch einem potentiellen dritten Verfahren, gestützt auf Bereicherungsansprüche wegen Nichtdurchführung der ursprünglich geplanten Mangelbehebungsleistungen aussetzen? Was ist rechtens, wenn der ursprünglich beantragte Vorschuss nicht ausreicht?

Anders als bei der ursprünglichen Geltendmachung eines Behebungsanspruchs in natura, wo der „Umstieg“ auf das Deckungskapital gem § 353 EO erst im Exekutionsverfahren erfolgt und daher der Leistungstitel dort so weit reicht, dass der zunächst zugesprochene Vorschuss bei Mehrkosten ex post ergänzt werden kann, ist nämlich bei der Geltendmachung eines Geldanspruchs auch noch der Einwand der entschiedenen Streitsache (*res iudicata*, *ne bis in idem*) zu beachten: Hat sich nämlich der Sachverhalt nicht geändert und wurde vom Kläger bloß die Höhe der voraussichtlichen Verbesserungskosten falsch eingeschätzt und damit ein zu geringer Vorschuss begehrt, so ist zweifelhaft, ob diese zu geringe Bezifferung des Schadens nicht endgültig zu seinen Lasten gehen muss. Hat er nämlich den Weg der Einklagung eines Vorschusses gewählt, so kann die fälschlich zu geringe Bezifferung der Kosten der bevorstehenden Arbeiten auch nicht durch ein Feststellungsbegehren „abgesichert“ werden.

Denn die Situation ist hier nicht anders als in den Fällen, in denen der bereits eingetretene, konkret geltend gemachte Schaden zu niedrig beziffert wird. Da selbstverständlich auch in „Vorschuss-Fällen“ eine betraglich höhere Geltendmachung von Anfang an möglich gewesen wäre, ist davon auszugehen, dass ein Feststellungsbegehren hier aus prozessualen Gründen unzulässig ist. Es gilt dasselbe wie in den oben II unter dem Stichwort „Rettung von Unsicherheiten bei der Schadensbezifferung“ erörterten Fällen.

Gegen die bloße Einklagung eines reinen Vorschusses spricht weiters auch die massive Unsicherheit, ob der späteren Geltendmachung einer betragsmäßigen „Aufstockung“ in einem weiteren Verfahren nicht auch der *res iudicata*-Einwand sowie der Verjährungseinwand entgegensteht. Denn ganz zweifellos ist der Schaden ja bereits mit dem Vorliegen des Baumangels und nicht etwa erst mit dem Anfall der konkreten Behebungskosten entstanden.⁴²⁾

Selbst die Geltendmachung mittels Wiederaufnahmsklage gem § 530 Abs 1 Z 7 ZPO scheidet in solchen Fällen ebenfalls aus, zumal sie die Geltendmachung neuer Tatsachen voraussetzt, die schon vor Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz des Vorprozesses entstanden waren. Dies ist bei einer bloß falschen Einschätzung der künftigen Kosten einer Schadensbehebung nicht der Fall. Ebenso wenig handelt es sich bei einer solchen Kostenerrhöhung um erst später entstandene Beweismittel.

42) Dazu Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung: Verjährungsbeginn, *ecolex* 1992, 85; unrichtig OGH 6 Ob 141/03h; auch diese Entscheidung würde allerdings einen (erneuten) Beginn der Verjährungsfrist im Zeitpunkt des Feststehens der exakten Mangelbehebungskosten nicht rechtfertigen.

IV. Fazit

All diese Erwägungen zeigen, dass Schadenersatzkosten für die Mangelbehebung in der Praxis zweckmäßigerweise nicht unter ausschließlicher Berufung auf das Recht zur Erlangung eines Vorschusses geltend gemacht werden sollten. Denn ist ein Bauwerk mangelhaft, so liegt bereits in der dadurch eingetretenen Wertminderung ein Vermögensnachteil, der als Schadenersatz geltend gemacht werden kann, ohne dass Verbesserungsmaßnahmen bereits durchgeführt worden sein müssen.⁴³⁾ Dessen Höhe kann auch durch das Vorliegen eines Kostenvoranschlags für die Mangelbehebung plausibilisiert werden. Hilfsweise kann ein solcher Anspruch (soweit er im bezahlten Werklohn Deckung findet) auch auf die schadenersatzrechtliche Wandlung⁴⁴⁾ gestützt werden, und nur subsidiär ist sinnvollerweise zusätzlich die Stützung auf den Titel des Vorschusses sinnvoll. Denn diese bietet, wie soeben gezeigt, keinerlei prozessuale Vorteile, sondern wirft im Gegenteil eine Reihe von Fragen auf, die sogar bis zur Rückforderbarkeit im Rahmen eines zweiten oder (bei vorheriger Geltendmachung eines Rechnungslegungsbegehrens) dritten Prozesses reichen.

Dazu kommt noch, dass der Oberste Gerichtshof sogar die Frage, ob ein Gericht selbst dann einen Vorschuss zusprechen kann, wenn ein solcher nicht einmal ausdrücklich begehrt wurde, durchaus großzügig sieht. Er gelangte nämlich – wiederum in einem medizinischen Fall – zum Ergebnis, dass ein Vorschuss gegen Verrechnung gegenüber dem Begehren auf Zuspruch des Betrags ohne diese Einschränkung ein *minus* darstellt und kein *aliud*.⁴⁵⁾ Folglich kann ein Vorschuss sogar dann zugesprochen werden, wenn er nicht ausdrücklich beantragt ist, sondern stattdessen schlicht die „Verbesserungskosten“ verlangt werden. Auch die lange Verfahrensdauer in Bauprozessen lässt es oft nicht zu, auf den rechtskräftigen Zuspruch eines Vorschusses zu warten, ohne die Sache dann doch während des laufenden Verfahrens reparieren zu lassen.

Der Hauptgrund dagegen, sich ausschließlich auf einen Vorschuss zu stützen, ist zusammenfassend betrachtet zweifellos das Risiko einer imminenten Rückzahlungspflicht, sofern sich die Dinge am Bau anders entwickeln als ursprünglich gedacht. Denn der Vermögensschaden ist bereits mit Vorliegen des Baumangels eingetreten, sodass es unbillig wäre, wenn der Schädiger nur deshalb entlastet und zur Zurückforderung berechtigt würde, weil der geschädigte Bauherr sein Begehren ausdrücklich und ausschließlich auf einen Vorschuss gestützt hat. Hingegen kann der Geschädigte dann, wenn er sich ausdrücklich auch auf die bereits eingetretene Wertminderung stützt, sicher sein, den gerichtlich zugesprochenen Betrag jedenfalls behalten zu dürfen.

43) Vgl oben III.A., „kleiner Schadenersatz“.

44) Oben III.B.

45) OGH 2 Ob 173/14a. Zukünftige Heilungskosten als Vorschuss gegen Verrechnung sind gegenüber dem Begehren auf Zuspruch des Betrags ohne diese Einschränkung ein *minus* und kein *Aliud*, RIS-Justiz RS0130126.