

SCHIMMELPILZE
haftungsrechtlich gesehen

Grundfragen des Gewährleistungs- und
Schadenersatzrechts

WARNPFLICHTEN

Rechtsanwalt

Dr. Herbert GARTNER

1070 Wien, Westbahnstrasse 5

01/586 62 10

kanzlei@gartner-furherr.at

GEWÄHRLEISTUNG UND SCHADEN- ERSATZ

I.) DER VERTRAGSGEGENSTAND:

Bevor näher auf die Grundlagen des Gewährleistungs- und Schadenersatzrechts eingegangen wird, empfiehlt es sich, noch einen Blick auf einen in der Praxis weitgehend vernachlässigten Bereich der Vertragsbeziehung zu werfen:

der genauen Definition des Vertragsgegenstands, bzw
der vom Unternehmer zu erbringenden Leistung.

In der Regel wird der Vertragsgegenstand durch Prospekte, Verkaufsunterlagen etc. näher definiert.

Der § 922 Absatz 2 ABGB legt diesen Werbeaussagen und sonstigen öffentlichen Äußerungen besondere Bedeutung zu Grunde. Sie werden als Anwendungsfall des vertraglich Geschuldeten konzipiert.

Die Nichteinhaltung des Prospekts bzw. der Werbeaussagen ist daher eine Nichterfüllung des Vertrages.

Der § 922 Absatz 2 ABGB lautet wörtlich:

(2) Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann; das gilt auch für öffentliche Äußerungen einer Person, die die Sache in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt hat oder die sich durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrags berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten

Somit kommt gerade der Bau - und Ausstattungsbeschreibung bei der Definition des Vertragsgegenstandes bzw. der vom Unternehmen zu erbringenden Leistung entscheidende Bedeutung zu. Aus den Plandokument ist in der Regel nicht zu entnehmen, in welcher Form die Isolierung der Kelleraußenwände vorgenommen wird, welche Qualität die Fenster und Türen haben, auf welche Weise die Wärmedämmung aufgebracht wird, etc.

Die Frage, ob ein zu errichtender Keller als " Dichte Wanne " ausgeführt wird oder lediglich mit Betonschalsteinen, sowie die Art seiner Isolierung, kann für die Frage, ob der Erwerber Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche stellen kann, von entscheidender Bedeutung sein.

Ein Keller, der lediglich in normaler Ausführung mit Betonschalsteinen errichtet wird, muß nur gegen die üblichen am

Haus vorbeifließenden Regenwässer dicht sein, ein solcher Keller wird Überschwemmungen oder sonstigen Ereignissen, die den Anstieg des Grundwasserspiegels bewirken, nicht standhalten.

In einem solchen Fall bestehen aber dann keine Schadenersatz- oder Gewährleistungsansprüche gegen eindringendes Grundwasser, wenn es sich dabei um ein unvorhersehbares Naturereignis handelt.

Die genaue Prüfung der Bau - und Ausstattungsbeschreibung ist zumindest ebenso wichtig wie die Prüfung der Rechte und Pflichten aus dem Errichtungsvertrag, diese Vertragsgrundlage sollte zumindest hinsichtlich der verwendeten Materialien, der beabsichtigten Feuchtigkeits- und Wärmeisolierung detaillierte richtige Angaben enthalten, auch die Ausführung der Dachkonstruktion, Dachdeckung sollte genau festgelegt sein.

II.) DAS RECHT DER GEWÄHRLEISTUNG:

Gewährleistung ist das Entstehenmüssen des Unternehmers für eine mangelhafte Leistung.

922 Abs.1 ABGB lautet :

§ 922. (1) Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überlässt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht.

Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass

sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.

Ein **Sachmangel** ist somit das Fehlen von

- ausdrücklich bedungenen oder
- nach der Verkehrsauffassung gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften

der gelieferten oder hergestellten Sache.

Sachmangel ist weiters

- die Abweichung von einer Beschreibung oder von einem Muster
- oder zuletzt die Unmöglichkeit, die Sache der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Vereinbarung verwenden zu können.

Allein das objektive Vorhandensein derartiger Mängel verpflichtet grundsätzlich zur Gewährleistung, die bloße Abweichung des Werks von der objektiven "Ordnungsgemäßheit" nach den oben genannten Kriterien reicht aus.

Schon aus dieser Definition ist zu ersehen, wie wichtig es ist, den Gegenstand der Leistung durch genaue Pläne und einer detailliert formulierten Bau - und Ausstattungsbeschreibung festzulegen.

War nicht ausdrücklich vereinbart, daß der Keller auch gegen aufsteigendes Grundwasser dicht sein soll, so haftet der Unternehmer nicht für das Eindringen unüblich hohen Grundwassers, es sei denn, es wäre allgemein bekannt, daß im Bereich dieser Liegenschaft beträchtliche Grundwasserspiegeländerungen vorkommen und der Unternehmer hätte es unterlassen, den Erwerber darüber aufzuklären, daß der von ihm angebotene Keller unter Umständen gegen derartig wechselnde Grundwasserstände nicht dicht sein wird.

In diesem Fall hätte der Erwerber Gelegenheit haben müssen, zu entscheiden, ob er den billigeren Keller in normaler Ausführung wählt, und damit das Risiko eindringenden Grundwassers selbst auf sich nimmt, oder ob er - im Regelfall gegen Aufpreis - einen entsprechenden dichten Keller haben möchte.

Wichtig:

Gewähr muß nur für solche Mängel geleistet werden, die zum Zeitpunkt der Übergabe der Sache vorhanden sind. (§ 924 erster Satz ABGB)

Da dem Kriterium der „**Übergabe**“ wesentliche Bedeutung zukommt, sei stellvertretend für viele die Entscheidung des OGH vom 22.11.1995, 1 Ob 573/95 zu dieser Frage auszugsweise zitiert:

Übernommen ist das Werk, wenn es in die Verfügungsmacht des Bestellers gekommen ist.

Bei Werken, die eine körperliche Übergabe zulassen, ist diese maßgeblich.

Es bedarf einerseits der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erklärung des Unternehmers, daß die Arbeit beendet sei und andererseits der ausdrücklichen oder schlüssigen Erklärung des Bestellers, die Erfüllung seines Auftrages zur Kenntnis zu nehmen.

Als schlüssige Kenntnisnahme der Erfüllung kommt es in Betracht, daß der Besteller das vereinbarte Entgelt bezahlt oder die Bezahlung zusagt, daß er das Werk bestimmungsgemäß benützt, insbesondere auch, daß er es für ein anderes, darauf aufbauendes Werk verwendet oder verwenden läßt oder, daß er das Werk besichtigt ohne innerhalb angemessener Frist die Übernahme zu verweigern.

Das bedeutet, daß der ausreichenden Dokumentation des Übergabszeitpunktes besondere Bedeutung zukommt.

In einem ausführlichen Werkvertrag oder Kaufvertrag über Haus oder eine Wohnung werden detaillierte Regelungen enthalten sein, die dem Unternehmer vorschreiben, in welcher Form er dem Erwerber die Fertigstellung seiner Leistung bekannt zu machen hat, gleichzeitig wird auch festgelegt, in welcher Form die tatsächliche Übernahme der erbrachten Leistung erfolgt.

In der Regel sollte dies durch gemeinsame Besichtigung des Bauwerks und Anfertigung eines Übergabeprotokolls geschehen.

Von wesentlicher Bedeutung für den Beweis eines Gewährleistungsanspruches ist, daß die Ursache für den Mangel, nämlich eine unfachgerechte Bauführung, mangelhaftes Material etc. bereits **bei der Übergabe vorhanden war**, auch wenn sich diese Ursache erst später manifestiert.

Wenn später nach Übergabe Risse, Wasserflecken, Geräusche etc. auftreten, deren Ursache bereits bei Übergabe - versteckt - vorhanden war, ist dennoch die Sache „ursprünglich“ mangelhaft geblieben und ist in diesen Fällen daher der Mangel anhand der gesetzlichen Bestimmungen des Gewährleistungsrechts zu überprüfen.

Wichtige Beweislastregel.

Laut § 924 zweiter Satz ABGB wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, dass Mängel, die innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe aufgetreten sind bereits bei Übergabe vorhanden waren.

Zu beachten ist, daß im Falle der Vereinbarung der Anwendung der ÖNORM B 2110 im Punkt 5.44.3.5 vorgesehen ist, daß bei Bauwerken, bei welchen ein Mangel innerhalb von zwei Jahren ab Übergabe entdeckt wird, vermutet wird, daß er bei Übergabe bereits vorhanden war.

Insoweit wird also eine Umkehr der Beweislast vereinbart. Eine solche – erweiterte - Beweislastumkehr wäre auch zugunsten eines Verbrauchers gültig, da sie zum Vorteil des Verbrauchers ist.

1) ARTEN DER MÄNGEL

Das ABGB unterscheidet einerseits wesentliche und geringfügige Mängel, andererseits zwischen behebbar und unbehebbar Mängeln.

Wesentlich ist der Mangel, der den Gebrauch der Sache verhindert.

Der Gebrauch der Sache ist entweder vertraglich vereinbart (das Werk ist eben in bestimmter Weise verwendbar - es hat daher eine „zugesicherte Eigenschaft“) oder es wird die Verwendbarkeit in Ermangelung einer bestimmten Vereinbarung nach der Verkehrsauffassung (üblicher, durchschnittlicher, normaler Gebrauch ist nicht möglich) beurteilt.

Unwesentlich ist ein Mangel dann, wenn er zwar vorhanden ist, den Gebrauch der Sache aber nicht verhindert, sondern lediglich beeinträchtigt.

Diese Unterscheidung hat durch die Neufassung des § 932 ABGB stark an Bedeutung verloren.

Bei den Gewährleistungsfolgen wird nur zwischen „Mängeln“ und „geringfügigen Mängeln“ unterschieden.

Für die Beurteilung der Rechtsfolgen, die das Vorhandensein eines Mangels auslöst, ist die Unterscheidung zwischen **behebbares** und **unbehebbares** Mängeln von Bedeutung.

Behebbares Mängel sind solche, deren Beseitigung technisch möglich ist und keinen verhältnismäßig hohen Aufwand bedeutet,.

Unbehebbares Mängel sind naturgemäß solche, die technisch nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand beseitigt werden können.

2) SONDERFRAGE: DIE RÜGEPFLICHT DES BAUHERRN:

Es existiert im Gesetz keine generelle Verpflichtung des Erwerbers eines Hauses oder einer Wohnung, einen auftretenden Mangel unverzüglich dem Unternehmer melden zu müssen.

Sofern der Erwerber Verbraucher im Sinne des Konsumentenschutzgesetzes ist, wäre sogar eine Vereinbarung im Vertrag, wonach er seine Gewährleistungsansprüche dann verliert, wenn er auftretende Mängel nicht sofort rügt, unzulässig, da das Konsumentenschutzgesetz solche Vereinbarungen für ungültig erklärt, die Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers einschränken oder aufheben.

Die Unterlassung einer sofortigen Rüge eines aufgetretenen Mangels bewirkt daher ausdrücklich nicht den Verlust von Gewährleistungsansprüchen eines Verbrauchers, anderslautende vertragliche Vereinbarungen sind einem Verbraucher gegenüber ungültig. (Die scheinbare Ausnahme, nämlich die sogenannte kaufmännische Rügepflicht beim Handelskauf interessiert hier nicht)

SONDERFALL : „OFFENE MÄNGEL“

§ 928 ABGB normiert auch für Verbraucher gültig, daß für Mängel, „die in die Augen fallen“, vom Verkäufer bzw. Unternehmer keine Gewähr zu leisten ist, es sei denn, der Mangel wurde arglistig

verschwiegen oder die Mängelfreiheit wäre ausdrücklich zugesichert worden.

Zu diesen sogenannten offenen Mängeln gehören alle Mängel, *„die entweder einer Untersuchung nicht bedurften oder bei einer Untersuchung, falls Sie ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre, zutage getreten wären oder, falls die Untersuchung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre, bei einer ordnungsgemäßen Untersuchung zutage getreten wären.“(OGH: SZ 53/63)“*

Der nur für den Fachmann erkennbare Mangel ist kein offener Mangel.

Das bedeutet, daß in die Augen fallende Mängel, die bei der vertraglich vorgesehenen Abnahme des Werks durch gemeinsame Begehung nicht gerügt wurden, später nicht mehr geltend gemacht werden können.

In einer Vielzahl von Verträgen über die Errichtung einer Wohnung oder eines Hauses ist eine solche gemeinsame Schlußabnahme des Werks durch Begehung vorgesehen und ist es daher erforderlich, die am Werk auch für den Laien erkennbaren Mängel detailliert aufzuzeigen und in ein allenfalls anzufertigendes Übergabeprotokoll aufzunehmen.

Ein seriöser Bauunternehmer wird derartige Mängelrügen seines Vertragspartners selbstverständlich dokumentieren, sollte dies verweigert werden, so bleibt dem Erwerber nichts anderes übrig, als die Übernahme des Werks zu verweigern und tunlichst sofort

schriftlich darzulegen, warum die Übernahme verweigert wurde bzw. welche offene Mängel vorhanden sind.

3) GEWÄHRLEISTUNG UND KONSUMENTENSCHUTZGESETZ

Für einen Verbraucher ist die Bestimmung des § 9 KSchG bedeutsam, da er die Kriterien regelt, unter denen bestehende Gewährleistungsansprüche des Verbrauchers durch Vereinbarung ausschließlich in bestimmter Weise eingeschränkt oder aufgehoben werden können.

Diese Bestimmung lautet wörtlich:

§ 9. (1) Gewährleistungsrechte des Verbrauchers (§§ 922 bis 933 ABGB) können vor Kenntnis des Mangels nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist ist unwirksam, doch kann bei der Veräußerung gebrauchter beweglicher Sachen die Gewährleistungsfrist auf ein Jahr verkürzt werden, sofern dies im Einzelnen ausgehandelt wird.

4) DIE FOLGEN DES BERECHTIGTEN MANGELEINWANDS:

Der zur Gewährleistung Berechtigte kann - je nach „Qualität“ des Mangels folgende Forderungen stellen:

a.) DIE SOGENANNT „WANDLUNG“ DES VERTRAGES

Die Wandlung entspricht hinsichtlich der Folgen dem Rücktritt vom Vertrag.

Sie bewirkt daher die Auflösung des Vertrages.

Es ist jener Zustand wiederherzustellen, der vor Abschluß des Vertrages bestanden hat, was bedeutet, daß der Bauherr sein bezahltes Geld zurückzuerhalten hat, der Unternehmer hat sein „Werk“ auf eigene Kosten wieder zu entfernen.

b.) DIE PREISMINDERUNG

Sie bezweckt die Herabsetzung des vereinbarten Preises, der Vertrag wird insoweit angepaßt.

Der geminderte Preis ist durch die sogenannte „Verhältnisrechnung“ oder „Differenzmethode“ zu ermitteln:

der vereinbarte Preis verhält sich zum geminderten Preis wie
der objektive Wert der mangelfreien Sache zum Wert der
mangelhaften Sache.

In der Praxis wird der Preisminderungsanspruch oftmals mit der Höhe der marktüblichen Behebungskosten bemessen.

c.) DIE MÄNGELBEHEBUNG

Besteht naturgemäß entweder in

einer Verbesserung, oder

der Nachlieferung des Fehlenden oder

im Austausch der mangelhaften Sache.

Je nach Art des Mangels können daher gemäß § 932 ABGB folgende Gewährleistungsansprüche gestellt werden:

§ 932 ABGB lautet:

§ 932. (1) Der Übernehmer kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) fordern.

(2) Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.

Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelhaften Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten.

keiten.

(3) Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.

(4) Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung.

Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind

Ist der Mangel unbehebbar – und „nicht geringfügig“, so kann der Erwerber die Wandlung, somit die Aufhebung und Rückabwicklung des Vertrages verlangen. (§ 932 Abs. 2 ABGB) Möchte er die Sache dennoch behalten so steht ihm ein Anspruch auf Preisminderung zu, der sich nach den oben definierten Regeln unter Umständen auch auf hundert Prozent des Kaufpreises belaufen kann.

Ist der Mangel behebbar so muss der Erwerber entweder die Verbesserung des Mangels oder den Austausch der mangelhaften Sache verlangen.

Der Unternehmer darf dann eine angemessene Preisminderung anbieten, wenn die Verbesserung oder der Austausch der Sache für ihn, " verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre."

Das Gesetz normiert ausdrücklich, dass eine Überprüfung der zu leistenden Gewährleistung nach dem „Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und die mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten " zu erfolgen hat, also eine Interessenabwägung vorgenommen werden muss.

Ist der Mangel geringfügig und unbehebbar kann nur Preisminderung verlangt werden.

Gemäß § 932 Absatz 4 ABGB hat der zur Gewährleistung Berechtigte dann das Recht, Preisminderung zu verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder mit einem unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind.

Gleiches gilt, wenn der Unternehmer die Verbesserung oder den Austausch verweigert, oder nicht in angemessener Frist vornimmt, oder wenn diese Maßnahmen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Unternehmers liegenden Gründen unzumutbar sind.

5) DIE GEWÄHRLEISTUNGSFRIST

§ 933 lautet:

§ 933. (1) Das Recht auf die Gewährleistung muss, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es beweg-

liche Sachen betrifft, binnen zwei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden.

Die Frist beginnt mit dem Tag der Ablieferung der Sache, bei Rechtsmängeln aber erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird.

Die Parteien können eine Verkürzung oder Verlängerung dieser Frist vereinbaren.

(2) Bei Viehmängeln beträgt die Frist sechs Wochen. Sie beginnt bei Mängeln, für die eine Vermutungsfrist besteht, erst nach deren Ablauf.

(3) In jedem Fall bleibt dem Übernehmer die Geltendmachung durch Einrede vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel anzeigt.

Für unbewegliche Sachen bleibt also die dreijährige Verjährungsfrist des ABGB.

Sie beginnt mit Übergabe der Sache.

Z u b e a c h t e n !

Es werden regelmäßig Verträge mit Konsumenten geschlossen, in denen unter Hinweis auf die „ÖNORM“ eine (dort enthaltene) Gewährleistungsfrist in der Dauer von zwei Jahren vereinbart wird.

Es sei an dieser Stelle nochmals ausdrücklich darauf hingewiesen, daß gemäß § 9 Konsumentenschutzgesetz, Gewährleistungsansprüche eines Verbrauchers nur in den dort genannten Fällen und auf die dort genannte Art eingeschränkt werden können.

Die Verkürzung der Gewährleistungsfrist zählt nicht zu den nach dieser Gesetzesbestimmung zulässigen Einschränkungen.

Die Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Gewährleistungsfrist in einem Vertrag mit einem Verbraucher ist daher ohne Ausnahme unzulässig !

6) DER BEGINN DER GEWÄHRLEISTUNGSFRIST BEI SOGENANTEN VERDECKTEN MÄNGELN:

Zu beachten ist die Grundsatzentscheidung des **OGH 7.3.1990, 1 Ob 536/90 (SZ. 63/37)**

Gemäß § 933 Abs. 1 ABGB sind Gewährleistungsansprüche, betreffen sie unbewegliche Sachen, binnen drei Jahren, sonst hingegen binnen sechs Monaten gerichtlich geltend zu machen. Die

Frist beginnt vom Tage der Ablieferung an zu laufen, nur bei Rechtsmängeln ab dem Tag, an welchem der von einem Dritten auf die Sache erhobene Anspruch dem Erwerber bekannt wurde. Für geheime, also bei der Ablieferung und nicht erkennbare Mängel sieht das Gesetz keine abweichende Regelung für den Beginn des Fristenlaufes vor. Bei Arbeiten an unbeweglichen Sachen - wie jenen des Beklagten - beträgt die Frist drei Jahre; sie ist vom Zeitpunkt der Übernahme durch den Besteller an zu berechnen.

Auch für verborgene Mängel unbeweglicher Sachen oder von Leistungen an solchen beginnt der Lauf der Gewährleistungsfrist mit Übergabe (Abnahme des Werks) und nicht erst sobald der Mangel erkannt werden konnte.

7) WIE WERDEN GEWÄHRLEISTUNGANSPRÜCHE GELTEND GEMACHT:

Einerseits durch Klage des zur Gewährleistung Berechtigten

oder

durch Einrede

Z u b e a c h t e n !

Die außergerichtliche Anzeige des Mangels innerhalb der Gewährleistungsfrist bewirkt (mangels - unüblicher - Vereinbarung im Vertrag) nur, daß dem Käufer oder Auftraggeber die

Einredemöglichkeit über die „normale“ Frist hinaus erhalten bleibt, sofern er noch Kaufpreis oder Werklohn schuldet.

Die bloße Mängelrüge bewirkt daher weder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist noch der Frist zur Einbringung einer Klage.

Ist die Gewährleistung abgelaufen, so kann der Bauherr zwar selbst nicht mehr auf Gewährleistung klagen, wird er aber vom Unternehmer auf Zahlung des restlichen Werklohnes geklagt, kann er die Einrede der mangelhaften Leistungserbringung erheben und die Klagsabweisung erreichen, sofern das Vorhandensein des Mangels bewiesen wird.

III.) DAS RECHT DES SCHADENERSATZES:

§ 933a ABGB:

§ 933a. (1) *Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.*

(2) Wegen des Mangels selbst kann der Übernehmer auch als Schadenersatz zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen.

Er kann jedoch Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.

Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

(3) *Nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.*

Streng von der Gewährleistung zu unterscheiden, ist der Schadenersatz.

Wie bereits ausgeführt, ist Zweck der Gewährleistung das objektive „Einstehenmüssen“ des Unternehmers für das bloße Vorhandensein eines Mangels. Ist der Mangel objektiv vorhanden und ist die Klage innerhalb Gewährleistungsfrist bei Gericht eingelangt, so treten die oben genannten Folgen der Gewährleistung ein.

Grundsätzlich betrifft aber die Gewährleistung nur die Behebung des Mangels selbst, sonstige Folgen des aufgetretenen Mangels sind grundsätzlich von der Pflicht zur Gewährleistung nicht umfaßt.

Im Unterschied zur Gewährleistung, bezweckt das Recht des Schadenersatzes die Beseitigung sämtlicher Folgen eines Fehlers.

Sind die Voraussetzungen für einen Gewährleistungsanspruch vergleichsweise leicht zu prüfen, so müssen für die erfolgreiche Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches verschiedene, nachfolgend genau beschriebene Voraussetzungen gegeben sein und von demjenigen, der einen Schadenersatzanspruch behauptet, auch bewiesen werden:

Für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen müssen nachstehende Voraussetzungen erfüllt sein:

1) Das Vorliegen eines **Schadens**

2) Die sogenannte **Kausalität**

3) Die **Rechtswidrigkeit**

4) Das **Verschulden** des Schädigers

1) DER SCHADEN IM RECHTLICHEN SINN :

ist entweder

a) Vermögensschaden:

= Nachteil an einem geldwerten Gut

Dieser Nachteil kann beurteilt werden als:

Realer Schaden:

= die Tatsächliche Veränderung an der Sache (Beispiel:
undichte Wasserleitung)

- Schadenersatz: Naturalherstellung, wenn sie tunlich ist

oder

Rechnerischer Schaden:

= Die in Geld ausgedrückte Minderung des Vermögens durch
den Mangel

Bei der Prüfung eines **Vermögensschadens** wird juristisch weiters unter den Begriffen

Positiver Schaden und

entgangener Gewinn

unterschieden.

Positiver Schaden bedeutet Verminderung von schon vorhandenem Vermögensgut (dazu zählen auch Aufwendungen zur Schadensbeseitigung, Eingehung von Verbindlichkeiten zu diesem Zweck etc.)

Entgangener Gewinn bedeutet die Verhinderung einer Erwerbschance, die sich aus einer (noch) nicht gesicherten Rechtsposition ergibt.

Die Unterscheidung in positiven Schaden und entgangenen Gewinn (zusammen „Interesseersatz“ genannt) ist deshalb wichtig, da entsprechende Forderungen jeweils nur abhängig vom Verschuldensgrad geltend gemacht werden können

b) Ideeller Schaden (immaterieller Schaden)

= Schaden der nicht in Geld meßbar ist (Gefühlsschaden) (z.B. Schmerzensgeld wegen Verletzung, seelischer Schmerz infolge des Vorliegens eines Sachmangels etc.)

Für solche Schäden wird nur gehaftet, wenn eine gesetzliche Bestimmung dies ausdrücklich vorsieht, (z.B. Schmerzensgeld für eine Körperverletzung)

c) Nichterfüllungsschaden:

Ein Nichterfüllungsschaden ist ein Schaden, der aufgrund der Nichteinhaltung eines Vertrages entsteht.

Es ist dabei die wirtschaftliche Lage des Geschädigten so zu beurteilen, wie sie wäre, wenn der Vertrag ordnungsgemäß erfüllt worden wäre,

- zum Unterschied von der realen Situation, die durch die Nichterfüllung des Vertrages tatsächlich besteht.

d) Vertrauensschaden:

Dieser Schaden entsteht dadurch, daß ein Vertragspartner fälschlich auf die Gültigkeit eines Vertrages oder eine Erklärung vertraut.

Es stellt sich im Nachhinein die durch den Vertragspartner verschuldete Ungültigkeit des Vertrages oder der Erklärung heraus.

Schadenersatz in diesem Fall:

Der Vertrauende ist so zu stellen, als hätte er auf die Gültigkeit nicht vertraut.

2) DIE KAUSALITÄT (VERURSACHUNG)

Hat der mögliche Schädiger durch sein Verhalten (Handlung oder Unterlassung) den Schaden herbeigeführt ?

Die grundlegende Prüfung erfolgt zunächst mit der sogenannten Äquivalenztheorie:

Man denkt sich das angeblich schadenauslösende Verhalten weg und prüft ob auch der Schaden entfällt. Ist dies der Fall, so war das Verhalten des Täters ursächlich für den Schaden.

Dem Schädiger werden aber nur jene Handlungen zugerechnet, die gewöhnlich geeignet sind, solche Erfolge auszulösen.

Beispiel: Eine schlampig ausgeführte Lötstelle ist typisch geeignet, einen Schaden durch austretendes Wasser zu bewirken, und werden daher die diesbezüglichen Nässeschäden zu ersetzen sein.

Der schlampige Handwerker wird aber nicht für die Folgen einer Bombenexplosion haften, die der davon betroffene Bauherr aus lauter Ärger über einen ein Quadratmeter großen, leicht behebbaren Wasserfleck auslöst.

3) DIE RECHTSWIDRIGKEIT

Rechtswidrigkeit liegt im menschlichen Verhalten,

das **Verhaltensnormen** (entweder Gesetze, Verordnungen, Bescheide, gerichtliche Entscheidungen etc.) **verletzt**, oder

einen **Verstoß gegen die guten Sitten**, oder

einen **Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter** (Freiheit, körperliche Unversehrtheit, Eigentum, Ehre, etc.)

darstellt.

Rechtswidrigkeit liegt auch dann vor, wenn **rechtsgeschäftlich festgelegte Verhaltensnormen** verletzt werden:

wenn also beispielsweise

ein **Vertrag** und/oder

Vorvertragliche Schutz- und Aufklärungspflichten verletzt werden,

oder durch die Handlung eine **ungerechtfertigte Bereicherung** entsteht.

Die Rechtswidrigkeit wird durch den sogenannten Rechtswidrigkeitszusammenhang (Schutzzweck der Norm) begrenzt:

Jede gesetzliche oder vertragliche Bestimmung hat einen definierten erkennbaren Schutzbereich.

Derartige Regelungen wollen den Eintritt bestimmter Schäden verhindern. Liegt der Schaden außerhalb dieses Schutzbereiches,

so kann er nicht geltend gemacht werden, da er eben vom Schutzzweck der Norm nicht umfaßt ist.

4) DAS VERSCHULDEN

Das rechtswidrige Verhalten muß dem Täter vorwerfbar sein.

Bei der Vorwerfbarkeit werden verschiedene Stufen unterschieden:

a) Der Vorsatz:

Der Täter möchte den Erfolg herbeiführen

b) Die grobe Fahrlässigkeit (auffallende Sorglosigkeit):

Der Täter möchte den Schaden zwar nicht herbeiführen, begeht aber einen Fehler, der einem mit durchschnittlichen fachlichen und persönlichen Fähigkeiten ausgestatteten Täter niemals passiert.

Beispiel: Der Bauunternehmer vergißt, den vereinbarten Kanalanschluß herzustellen

c) Die leichte Fahrlässigkeit:

Der Täter begeht einen Fehler, der einem mit durchschnittlichen Fähigkeiten ausgestatteten Handelnden auch passieren kann.

Beispiel: Der Kanalanschluß weist geringe Undichtheiten auf.

5) BEWEISLASTREGELN BEIM SCHADENERSATZ:

Grundsätzlich gilt, daß der Geschädigte dem Schädiger ein Verschulden nachweisen muß (§ 1296 ABGB)

Allerdings gilt die sogenannte Beweislastumkehr im Falle der Verletzung eines Vertrages

§ 1298 ABGB lautet wörtlich:

Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob. Soweit er aufgrund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muß er auch beweisen, daß es an dieser Voraussetzung fehlt.

Die Beweislastumkehr soll allerdings nur bei leichter Fahrlässigkeit gelten, vorsätzliches bzw. grob fahrlässiges Verhalten hat weiterhin der Geschädigte zu beweisen.

Im Hinblick darauf hat, dass die schuldhafte Lieferung eines mit Mängeln behafteten Werks immer als Vertragsverletzung angesehen werden muss, kommt in der Praxis des Bauwerkvertrags die vorgenannte Beweislastumkehr regelmäßig zum Tragen. Es ist

daher Sache des Unternehmers bzw. Professionisten, zu beweisen, dass ihn an der Mangelhaftigkeit der Sache kein Verschulden trifft.

Gemäß § 933a Absatz 3 ABGB fällt diese normierte Umkehr der Beweislast weg, wenn ein Schadenersatzanspruch nach Ablauf von 10 Jahren ab der Übergabe der Sache gestellt wird. In diesem Fall hat - gesetzlich normiert - der Geschädigte sämtliche Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch zu beweisen.

6) ART UND UMFANG DES SCHADENERSATZES:

a.) Der Schadenersatz **wegen des Mangels selbst** besteht gemäß § 933a Abs. 2 ABGB grundsätzlich in der Verbesserung, bzw. im Austausch der mangelhaften Sache. Insoweit gelten für den Schadenersatz dieselben Regeln, wie sie für die Gewährleistung gelten.

Der Geschädigte kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er ohne das schädigende Ereignis gestellt wäre.

b) Alternative: Geldersatz

Der Geschädigte kann wegen des Mangels selbst Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre.

Er kann auch dann Geldersatz verlangen, wenn der Übergeber in Verzug gerät, die Verbesserung verweigert oder wenn die Verbesserung oder der Austausch für den Schadenersatzberechtigten mit erheblichen Unannehmlichkeiten

verbunden wären oder sie ihm sonst aus in der Person des Übergebers gelegenen triftigen Gründen unzumutbar sind.

7) DIE VERJÄHRUNG DES SCHADENERSATZANSPRUCHS:

Ein Schadenersatzanspruch verjährt grundsätzlich in drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers: das bedeutet, dass ein Schadenersatzanspruch nach Ablauf dieser Frist gerichtlich mit Erfolg nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Für den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist ist daher anders als bei der Gewährleistung nicht die Übergabe des Bauwerkes oder des Gegenstands auslösend, sondern der Eintritt des Schadens und Kenntnis des Schädigers.

Die Verjährungsfrist beginnt jedenfalls nicht vor dem tatsächlichen Eintritt des Schadens zu laufen (OGH, verstärkter Senat, vom 19.12.1995, 1 Ob 621/95.).

Auch für die bei Kenntnis des eingetretenen Erstschadens vorhersehbaren späteren Folgeschäden läuft die Verjährung ab Kenntnis des eingetretenen Erstschadens.

IV.) DIE SOGENANNT „KONKURRENZ“ ZWISCHEN GEWÄHRLEISTUNG UND SCHADENERSATZ

1) Unterscheide: Mangelschaden - Mangelfolgeschaden

Unter **Mangelschaden** versteht man jenen Vermögensnachteil, den der Bauherr dadurch erleidet, dass das Werk selbst einen Mangel aufweist.

Beispiel: der defekte Heizkessel

Mangelfolgeschaden ist jener Nachteil am Vermögen oder sonstigen Rechtsgütern des Bauherrn, die als Folge der Mangelhaftigkeit der Sache entstehen.

Beispiel: durch den defekten Heizkessel erfrieren die tropischen Pflanzen in der unbeheizten Wohnung.

WICHTIG !: Solange sich die Schadensentwicklung in der Sache selbst abspielt und nicht nach außen greift (weiterfressende Schäden), liegt ein Mangelschaden vor.

Erst wenn Schäden im sonstigen Vermögen entstehen, liegen Mangelfolgeschäden vor.

OGH (verstärkter Senat) vom 07.03.1990 1 Ob 536/90 (63/37),:

„Jedenfalls im Werkvertragsrecht bestehen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche nebeneinander. Der Besteller kann wegen Mängel des Werkes innerhalb der Verjährungsfrist des § 1489 ABGB vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten des Unternehmers zurückzuführen sind.“

Zu beachten:

Gewährleistungsrechte und Schadenersatzansprüche bestehen nebeneinander (volle Konkurrenz).

Bei unbeweglichen Sachen bzw. Arbeiten beginnt die Gewährleistungsfrist auch bei verdeckten Mängeln immer mit der Übergabe.

2) Unterschiede zwischen Schadenersatz und Gewährleistung

a. Verschulden

Der Schadenersatzanspruch ist von einem Verschulden des Unternehmers abhängig. Die Gewährleistung ist verschuldensunabhängig.

b. Verjährung

Der Schadenersatzanspruch verjährt in 3 Jahren ab Kenntnis des Schadens und Schädigers. Dieser Zeitpunkt kann später eintreten, als jener des Beginns der Gewährleistungsfrist.

3) Sonderfrage: Gewährleistung und Schadenersatz bei Einhaltung der Regeln der Technik ?

Ausgangspunkt: Die Vertragsparteien vereinbaren, daß das Werk - natürlich - nach den anerkannten Regeln der Technik herzustellen sei.

Der Unternehmer beachtet bei der Herstellung des Bauwerkes die anerkannten Regeln der Technik, dennoch ist das Bauwerk mangelhaft, etwa weil ein nicht erkennbarer Materialfehler vorliegt.

Der Unternehmer haftet mangels Verschulden nicht aus dem Rechtsgrund des Schadenersatzes, hat jedoch volle Gewähr zu leisten.

V.) EIN BESONDERER HAFTUNGSGRUND:
DIE ANWEISUNGEN AUF DER BAUSTELLE UND
DIE VERLETZUNG DER WARNPFLICHT DURCH
DEN UNTERNEHMER:

Rechtsgrundlage § 1168a ABGB

Ausgangspunkt:

Wer haftet, wenn der Bauherr dem Unternehmer bestimmte Anweisungen erteilt, wie das Werk hergestellt werden soll, oder der Bauherr dem Unternehmer einen „Stoff“ zur Herstellung des Werkes beistellt.

a) ANWEISUNG = jede vertraglich vereinbarte Einmischung des Bauherrn in Bauführung, die sich

entweder auf das Werk, also das Ergebnis, oder

auf dessen Durchführungsarbeiten

bezieht.

Weiß der Unternehmer, daß der vereinbarte Erfolg unerreichbar ist, oder muß er davon wissen, dann muß er ebenfalls warnen.

(Ausnahme : der Erfolg ist „geradezu unmöglich“ i. S. des § 878 ABGB, dann kommt gar kein Werkvertrag zustande.)

ZU BEACHTEN: Die Anweisungen durch den Bauleiter bzw die Bauaufsicht

Besteht eine Haftung der Bauaufsicht gegenüber den ausführenden Unternehmen ?

OGH 15.7.1999, 6 Ob 136/99i

Die Bauaufsicht, **deren Aufgabe es unter anderem ist, die Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit der Planung und auf Einhaltung der technischen Regeln zu überwachen**, soll den Bauherrn (der hiefür das Organ der Bauaufsicht auch gesondert zu entlohn hat) vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen, **nicht aber letztere von deren Verantwortung entlasten oder deren Verantwortung mindern.**

Die Bauüberwachung erfolgt damit ausschließlich im Interesse des Auftraggebers und nicht in jenem der Werkunternehmer, so daß der bauausführende Werkunternehmer bei Verletzung einer damit verbundenen Verpflichtung mangels Rechtswidrigkeitszusammenhanges **kein seine Haftung minderndes Mitverschulden geltend machen kann** (SZ 70/198; ecolex 1998, 125; RdW 1997, 394; RIS-Justiz RS0108535 und RS0107245).

Muß die Befolgung seiner Anweisungen durch den Bauleiter überprüft werden ?

OGH 15.7.1999, 6 Ob 136/99i

Der Träger der **Bauaufsicht haftet weder für eine mangelfreie Ausführung des Werkes** noch für die **Einhaltung technischer Vorschriften im Zuge der Bauausführung**.

Er darf sich auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten verlassen und hat nur dort einzuschreiten, wo für ihn Fehler erkennbar werden (SZ 70/198; RIS-Justiz RS0108535).

Nach den Feststellungen der Vorinstanzen wurde die Beklagte (*Bauaufsicht*) durch ein Schreiben des Statikers auf die mangelhafte Pölzung aufmerksam gemacht und **ist ihrer Sorgfaltspflicht durch Weiterleitung dieser Beanstandung auch nachgekommen**.

Sie hat damit eine Veranlassung getroffen, die für sich gesehen geeignet war, den eingetretenen Schaden zu verhindern und durfte - mangels Erkennbarkeit des Gegenteils - **darauf vertrauen, daß die Baufirma ihre Pölzungsarbeiten der Anregung des Statikers folgend nunmehr fachgerecht ausführen werde**.

b) STOFF = alles, aus dem oder mit Hilfe dessen ein Werk herzustellen ist

z.B.: die Beschaffenheit eines Gebäudes, in dem die Arbeiten zu verrichten sind,

der Boden in dem Arbeiten zu verrichten sind

immaterielle Güter

die Person des Bestellers selbst

besonders wichtig. **die Vorarbeiten eines anderen Unternehmers, auf denen der Werkunternehmer mit seiner Leistung aufbauen muß**

Die Aufzählung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit !!

Tritt der die Warnpflicht auslösende Mangel erst im Zuge der Auftragsdurchführung zutage, so muß dann sofort gewarnt werden

c) Wie muß gewarnt werden?

Die Warnung muß dem Bauherrn zugehen !

Sie muß erkennen lassen, daß die beanstandeten Umstände das Mißlingen des Werkes zur Folge haben könnten.

Die Warnpflicht besteht auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller.

Die Warnpflicht erstreckt sich auch darauf, wenn dem Unternehmer erkennbar ist, daß nach den Umständen eine problemlose Baubewilligung nicht zu erwarten war

Der Unternehmer ist dann für den Schaden verantwortlich, wenn er den Bauherrn nicht gewarnt hat, obwohl er nach dem Vertrag und seinen Fähigkeiten, bzw. seinem Wissensstand den „Fehler“ erkennen hätte können.

Hat der Unternehmer gewarnt bzw. waren die Anweisungen oder der Stoff des Bauherrn nicht offenbar untauglich oder ungeeignet bzw. konnte er die Untauglichkeit nicht erkennen, so ist er für entstandene Mängel oder Schäden nicht verantwortlich.

Der Unternehmer muß daher:

- 1. prüfen**
- 2. warnen**

VI. DAS BEWEISSICHERUNGSVERFAHREN

Rechtsgrundlage : §§ 384 bis 389 ZPO

a) Voraussetzungen der Beweissicherung:

Beweissicherung kann in jeder Lage eines Rechtsstreits oder sogar vor Beginn eines solchen beantragt werden, wenn zu besorgen ist, daß das Beweismittel sonst verloren oder die Benützung desselben erschwert werde. (§ 384 Abs. 1 ZPO)

oder

zur Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache kann die Beweissicherung angeordnet werden, wenn der Antragsteller ein rechtliches Interesse an dieser Feststellung bescheinigt (§ 384 Abs. 2 ZPO)

Im Bau- und Werkvertragsrecht regelmäßig wird die Beweissicherung gemäß § 384 Abs. 2 ZPO sein.

Sie dient nur der Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer Sache, einer nicht aber zur Feststellung einer sonstigen, wenn auch rechtserheblichen Tatsache

(vgl. MietSlg. 218012, in welcher die Beweissicherung durch Vornahme eines Augenscheins darüber, dass Geschäftsräumlichkeiten deren Aufkündigung gemäß damals § 19 Abs. 2 Zif. 14 Mietengesetz beabsichtigt wurde, leerstehen und darin keine regelmäßige geschäftliche Tätigkeit ausgeübt wird, mit der Begründung abgelehnt wurde, dass die Feststellung der

Nichtbenützung der Bestandräume durch den Mieter über die Feststellung des gegenwärtigen Zustandes einer körperlichen Sache weit hinaus gehen und die Vorwegnahme des gesamten, für eine aussichtsreiche Prozessführung rechtlich relevanten Sachverhalts bedeuten würde.)

Dem vorstehend definierten Gedanken folgend, kann im Verfahren zur Beweissicherung durch Sachverständige ausschließlich die Befundaufnahme vorgenommen werden, die Erstattung eines Gutachtens über strittige Fragen ist nicht Gegenstand eines Beweissicherungsverfahrens.

Die Frage wie eine Sache aussieht oder beschaffen ist, ist Gegenstand des Beweissicherungsverfahrens, nicht jedoch, ob für dieses Aussehen oder diesen Zustand Gewähr oder Schadenersatz geleistet werden muss.

Auf den Beweissicherungsantrag kann vom Antragsteller jederzeit verzichtet werden.

Der Antragsgegner kann keine Ergänzung des Beweissicherungsantrages begehren, er kann lediglich selbst einen eigenen Beweissicherungsantrag stellen (MietSlg. 34745).

Der gesicherte Beweis kann im Verfahren, wenn dies möglich ist, wiederholt oder ergänzt werden (JBl. 1931, 330).

b) Der Inhalt des Beweissicherungsantrages (§ 385 ABGB)

Die antragstellende Partei hat die

Tatsachen über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll
sowie

die Beweismittel unter Benennung bzw. Vorschlag eines
Sachverständigen
anzugeben.

Weiters sind die Umstände, die zur Notwendigkeit der
Beweissicherung Anlass geben, erforderlichenfalls zu bescheinigen.

Auch ist der Antragsgegner zu benennen, sofern dies möglich ist.

Eine auf die Herbeiführung eines Erkundungsbeweises gerichtete
Beweissicherung ist unzulässig (EFSlg. 8924).

Zuletzt muss der Beweissicherungsantrag auch Angaben zur
Dringlichkeit der Beweissicherung und der Gefährdung oder
Unmöglichkeit ihrer späteren Durchführung enthalten.

c) Das Verfahren selbst:

Das Beweissicherungsverfahren ist von weitestgehenden
Rechtsmittelausschlüssen und von der Pflicht zur raschen
Durchführung getragen.

Gemäß § 386 Abs. 1 ZPO ist über den Antrag ohne vorhergehende mündliche Verhandlung durch Beschluss zu entscheiden, sofern nicht Gefahr in Verzug ist, ist der Antragsgegner einzuvernehmen (Zustellung zur Äußerung binnen drei Tagen).

Der Beschluss, mit welchem dem Beweissicherungsantrag stattgegeben wird, kann nicht angefochten werden, der Beschluss hat die Tatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll sowie die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und/oder Bestellung des Sachverständigen zu bezeichnen.

Zum Verfahren, bzw. zur Beweisaufnahmetagsatzung ist der Gegner zu laden und ist ihm, sofern dies nicht schon vorher geschehen ist, eine Gleichschrift des Beweissicherungsantrags zu übermitteln. In besonderen Fällen kann vor der Zustellung bereits mit dem Beweissicherungsverfahren begonnen werden. Auch dagegen ist ein Rechtsmittel unzulässig (§ 387 Abs. 2 ZPO).

d) Die Kosten des Beweissicherungsverfahrens:

Gemäß § 388 Abs. 3 ZPO sind die Kosten der Beweisaufnahme von der antragstellenden Partei zunächst zu bestreiten, dem Gegner sind die notwendigen Kosten für seine Beteiligungen bei der Beweisaufnahme zu ersetzen.

Diese Kostentragungsregeln sollen jedoch einer endgültigen Kostentragungsentscheidung im Hauptverfahren nicht vorgreifen.

Dem Gegner sind die Kosten der Beteiligung bei der Beweisaufnahme zu ersetzen, nicht aber die Kosten der Äußerung zum Antrag auf Beweissicherung. (MietSlg. 37785, 39761, etc.)

Die Kosten der Beweissicherung können vom Beweisführer nur als Kosten des Hauptprozesses geltend gemacht werden und zwar nur in dem Ausmaß, in dem sie sich für den Hauptprozeß als notwendig erwiesen haben. (Stohanzl, JN/ZPO, MGA E 12 : 388 ZPO)

Wird ein Hauptprozess nicht eingeleitet, so kann, wenn dies feststeht, der Beweisführer die Kosten des Beweissicherungsverfahrens mit besonderer Klage geltend machen (MietSlg. 35784, 39761).

Die Benützung des Inhalts des Beweissicherungsverfahrens steht naturgemäß im Verfahren jeder Partei zu, das Beweissicherungsverfahren kann naturgemäß während des "Hauptverfahrens" in jeder Richtung ergänzt werden.