

*bau*aktuell

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Detlef Heck / Georg Karasek / Arnold Tautschnig

Schwerpunkt:
Planlieferverzug – Folgekosten

Interview mit Hubert Rhomberg

„Trend zu mehrgeschoßigen Holz-Hybridgebäuden nicht mehr aufzuhalten“

Arnold Tautschnig/Martin Mösl

Ein bauwirtschaftliches Modell zur kalkulatorischen Ermittlung von Folgekosten aufgrund von Planlieferverzug

Irene Welser/Alexandra Stoffl

Der hinreichend qualifizierte Verstoß im Vergaberecht

Konstantin Pochmarski/Christina Kober

Feststellungsklage für Gewährleistung und Schadenersatz

Christoph Wiesinger

Barzahlung von Bauleistungen

Wolfgang Hussian

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos



Linde

Feststellungsklage für Gewährleistung und Schadenersatz – Option oder Notwendigkeit?

Konstantin Pochmarski / Christina Kober

Sowohl für Gewährleistungsansprüche als auch für Schadenersatzansprüche sind Feststellungsklagen in bestimmten Konstellationen notwendig und nützlich. Der folgende Beitrag soll aufzeigen, welche Voraussetzungen für die Feststellungsklage vorliegen müssen und welche Wirkungen diese hat. Einleitend sollen kurz gewisse Grundsätze wiederholend festgehalten werden.



Dr. Konstantin Pochmarski ist Rechtsanwalt in Graz mit dem Schwerpunkt ziviles Baurecht.



Mag. Christina Kober, Bakk. ist Rechtsanwaltsanwärtlerin in Graz.

1. Subsidiarität der Feststellungsklage

In der ZPO gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber der Leistungsklage.¹ Von Ausnahmen² abgesehen, verdrängt eine mögliche Leistungsklage eine Feststellungsklage.³ Anders formuliert: Ist schon eine vollumfängliche Leistungsklage möglich, besteht kein rechtliches Interesse an einer Feststellungsklage.⁴

Wenn daher eine Feststellungsklage erhoben werden soll, muss in unserem Zusammenhang geprüft werden, ob im Sinne des § 228 ZPO ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht.

2. Gemäßigte Einheitsschadens- theorie

Seit der Entscheidung des verstärkten Senats vom 19. 12. 1995, 1 Ob 621/95, vertritt der OGH in ständiger Rechtsprechung die sogenannte gemäßigte Einheitsschadens-**theorie**.⁵ Für unseren Problemkreis ist daraus hervorzuheben, dass nach dieser Theorie und der ihr folgenden Rechtsprechung sämtliche Schadenersatzansprüche verjährungsrechtlich eine Einheit bilden, auch wenn die Schäden erst später – unter Umständen erst nach Jahren – auftreten und dem Geschädigten bekannt werden.

Beispiel 1

Ein gewerbliches Bauwerk wird mangelhaft errichtet. Der Werkunternehmer hat den Mangel verschuldet, sodass er auch nach Schadenersatzrecht für Mangel-**folgeschäden** haftet. Eine Verbesserung des Mangels ist gemäß § 932 Abs 4 ABGB technisch und wirtschaftlich nicht möglich, sodass der Werkunternehmer auf den sekundären Gewährleistungsanspruch der Preisminderung verwiesen ist. Dadurch, dass der Mangel aber solcherart bestehen bleibt, ist es – vorhersehbar – notwendig, jährlich eine Gesamtwartung der betroffenen Bauteile durchzuführen. Dies bedeutet Beeinträchtigungen der Nutzer, welche daraus Mietzinsminderungsansprüche geltend machen können. Diese vorhersehbaren zukünftigen jährlichen Mangel**folgeschäden** würden ohne Feststellungsurteil zeitlich mit dem ursprünglichen Mangel bzw Mangel**schaden** verjähren.

1 Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetz², § 228 ZPO Rz 107.
2 Vgl zum Fall der materiell-rechtlichen Feststellungsklage *Memmer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 523 Rz 6 und 11.
3 Vgl RIS-Justiz RS0038849.
4 Vgl RIS-Justiz RS0038817.
5 Vgl *Dehn* in *Koztol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ (2014) § 1497 Rz 10 mwN.

Die Konsequenz für den Geschädigten daraus ist, dass dieser innerhalb der ursprünglichen Verjährungsfrist von drei Jahren Feststellungsklage für die Feststellung der Haftung für zukünftige Schäden erheben muss, um eben die Verjährung zukünftiger Schäden auszuschließen.⁶

Dies bedeutet, dass der Geschädigte bei vorhersehbaren zukünftigen Folgeschäden – zur Vermeidung der Verjährung – ein **Feststellungsbegehren erheben muss**.⁷ Darüber hinausgehend **kann** der Geschädigte – zur Klarstellung der Haftungsfrage dem Grunde nach – schon, wenn zukünftige Folgeschäden **nicht mit völliger Sicherheit auszuschließen** sind,⁸ ein Feststellungsbegehren hinsichtlich zukünftiger Schäden erheben.⁹

3. Feststellung der Gewährleistungspflicht bzw der Schadenersatzpflicht

Bezüglich des Gegenstands unserer Untersuchung ist zu unterscheiden:

Die **Gewährleistungspflicht** (und damit die Feststellung derselben) bezieht sich auf **aktuell bereits vorliegende Mängel**. Solchen „Mängeln“ im Sinne des Gewährleistungsrechts sind „Mangelschäden“ im Sinne des speziellen Schadenersatzrechts nach § 933a ABGB gleichzuhalten.¹⁰ Dabei – „Mangel“ und „Mangelschaden“ – handelt es sich um verschiedene Bezeichnungen desselben Fehlers des Werks, der einmal aus der Sichtweise des Gewährleistungsrechts als „Mangel“ und aus der Sicht des Schadenersatzrechtes (nach § 933a ABGB) als „Mangelschaden“¹¹ bezeichnet wird.¹²

6 Vgl RIS-Justiz RS0087613. Sonderprobleme sind etwa die Fragen, was zu gelten hat, wenn der Primärschaden ohne Prozess abgegolten wird oder sich der Geschädigte entschließt, diesen – zB wegen Geringfügigkeit – nicht geltend zu machen; vgl *Vollmaier* in *Klang*, ABGB³, § 1489 Rz 23.
7 Vgl RIS-Justiz RS0087613; *Vollmaier* in *Klang*, ABGB³, § 1489 Rz 23.
8 Ausführlich zu den Voraussetzungen des Feststellungsinteresses in den Formulierungen der Sachverständigengutachten *Greiter*, Zukünftige Schäden bei einem Unfall – Wann hat eine Feststellungsklage Aussicht auf Erfolg? AnwBl 2011, 368.
9 Vgl RIS-Justiz RS0039018; *Vollmaier* in *Klang*, ABGB³, § 1489 Rz 24.
10 Konkret zur Feststellungsklage OGH 2. 9. 2015, 10 Ob 51/15w.
11 In der Folge wird daher der Begriff des Mangels (im Sinne des Gewährleistungsrechts) mit jenem des Mangelschadens (im Sinne des § 933a ABGB) synonym verwendet und auf Fälle der notwendigen Differenzierung gesondert hingewiesen.
12 Auch die primären Ansprüche des Übergebers aus Verbesserung im weiteren Sinn und erst sekundär auch Preisminderung bzw Wertminderung bzw (schadenersatzrechtliche oder gewährleistungsrechtliche) Wandlung laufen prinzipiell parallel; vgl OGH 2. 9. 2015, 10 Ob 51/15w.

Daneben stellt sich das Problem der **Schadenersatzpflicht** (und deren Feststellung) für **künftig auftretende**¹³ oder **künftig bezifferbare**¹⁴ Schäden. Dabei wird es sich im Zusammenhang mit einem Bauvorhaben regelmäßig um **Mangelfolgeschäden**¹⁵ handeln.

Zu dieser Problemstellung sollen im Folgenden einige praktische Beispiele gebracht werden.

Beispiel 2

Der Werkbesteller muss mit Übergabe des Bauwerks erkennen, dass der Werkunternehmer nur mangelhaft gebaut hat.

Ist die Verbesserung technisch möglich,¹⁶ steht eben ein Verbesserungsanspruch gemäß § 932 Abs 2 ABGB zu. Ist die Verbesserung technisch unmöglich, bleiben dem Werkbesteller nur die Wandlung oder der Preisminderungsanspruch gemäß § 932 Abs 4 ABGB.

Der Werkbesteller kann aber noch nicht sagen, ob der Mangel überhaupt technisch behebbar ist, weil dazu noch umfassende technische Beurteilungen notwendig sind. Der Werkbesteller will nun möglichst rasch die Gewährleistungspflicht des Werkunternehmers gerichtlich klären.

Der Werkbesteller kann nun **mit Feststellungsklage die Gewährleistungspflicht des Werkunternehmers für die aktuell vorliegenden Mängel**¹⁷ feststellen lassen, bevor er noch den konkreten Gewährleistungsbefehl wählen kann.

Beispiel 3

Der Werkbesteller macht vom Werkunternehmer aus dem Titel des Schadenersatzrechts vorschussweise die Kosten der Ersatzvornahme durch ein Drittunternehmen geltend. Wenn und sobald diese Kosten vorschussweise vom Werkunternehmer eingebracht sind, wird der Werkbesteller die Ersatzvornahme tatsächlich in Auftrag geben und vornehmen lassen.¹⁸

Im Zuge der Ersatzvornahme wird es freilich zu Nutzungseinschränkungen der Mieter in den vermieteten Wohnungen kommen. Es ist daher „nicht auszuschließen“, ja sogar vorhersehbar, dass diese Mieter Mietzinsminderungsansprüche (gemäß § 1096 ABGB) erheben werden. Wie hoch diese **künftigen Schadenersatzansprüche** aus Mietzinsminderung freilich sein werden, kann aktuell nicht beziffert werden, da diesen eben von den tatsächlichen Bauarbeiten bzw der Entscheidung der Mieter, ihre Mietzinsminderungsansprüche zu erheben, abhängig sind.

Der Werkbesteller kann nun **mittels Feststellungsurteil die Haftpflicht des Werkunternehmer für künftige Schäden (= Mangelfolgeschäden) feststellen lassen**.

¹³ Vgl RIS-Justiz RS0038865.

¹⁴ Vgl RIS-Justiz RS0127761.

¹⁵ Bzw man müsste den schwerfälligen Begriff „Mangelschaden-Folgeschaden“ kreieren.

¹⁶ Die näheren Voraussetzungen der Gewährleistung (wie etwa die Mangelhaftigkeit an sich, die Verhältnismäßigkeit der Verbesserung usw) werden als gegeben vorausgesetzt.

¹⁷ Bzw Mangelschäden im Sinne des § 933a ABGB.

¹⁸ Es stellt sich also nicht das Problem fiktiver Reparaturkosten, welche der Werkbesteller begehrt, obwohl er keine Verbesserung vornehmen will; vgl dazu zB OGH 23. 2. 1999, 1 Ob 331/98b; Huber in Schwimann, ABGB-Taschenkommentar² (2013) § 1323 Rz 36 bis 39.

4. Feststellung der „aktuellen“ Gewährleistungspflicht

4.1. Allgemeines

Die „klassische“ Feststellungsklage dient neben dem Ausschluss der Verjährungsgefahr auch der Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten sowie der Klarstellung der Haftungsfragen dem Grunde nach, wenn ein eingetretener Schaden (noch) nicht bezifferbar ist. Die Rechtsprechung lässt solche Feststellungsklagen auch dann zu, wenn der Gewährleistungsgläubiger aufgrund seiner mangelnden Kenntnis der Ursachen einer unzureichenden Leistungsqualität und deren technischen bzw wirtschaftlichen Behebbarkeit **nicht in der Lage ist, die daraus ableitbare Rechtsfolge (Wandlung, Preisminderung, Verbesserung, Nachtrag des Fehlenden oder Ersatz des Mangelschadens) mittels Leistungsklage geltend zu machen**. So weit soll daher über das Vorliegen (oder Nichtvorliegen) eines Gewährleistungstatbestands – unabhängig von der daraus durch Leistungsklage ableitbaren Rechtsfolge – rasch Klarheit geschaffen werden.¹⁹ Steht noch nicht fest, **welche einklagbare Rechtswirkung der Leistungsstörung entspringt**, dann muss dem Gewährleistungsberechtigten das Feststellungsinteresse zuerkannt werden.²⁰

Kann der Gewährleistungsberechtigte im Moment die ihm zustehenden Ansprüche aus einem aktuell vorliegenden Mangel bzw Mangelschaden nicht zumutbar ihrer Art nach benennen und auswählen, so kann er **ausnahmsweise bloße Feststellungsklage nach § 228 ZPO anstelle der Leistungsklage** erheben.

Freilich ist das Feststellungsinteresse **nicht zeitlich unbegrenzt** gegeben: Der Werkbesteller hat zumutbare Maßnahmen zu setzen, um die Grundlagen für die Wahl des einen oder anderen Gewährleistungsbefehls zu schaffen. Unterlässt er dies und wäre solcherart nach bereits möglicher Wahl des Gewährleistungsbefehls schon die Erhebung eines Leistungsbegehrens möglich, dann fällt mit diesem Moment sein – vorher gegebenes – rechtliches Interesse im Sinne des § 228 ZPO für das Feststellungsbegehren weg. Die Voraussetzungen dafür werden parallel zum schadenersatzrechtlichen Feststellungsbegehren für noch nicht bezifferbare (und damit zukünftige) Schäden zu sehen sein:²¹ In beiden Fällen geht es um das Feststellungsinteresse nach § 228 ZPO. Zu denken ist praktisch etwa an eine Obliegenheit des Werkbestellers, mittels eines Privatgutachtens die technische Behebbarkeit oder Unbehebbarkeit eines Mangels zu verifizieren.

4.2. Wirkung des gewährleistungsrechtlichen Feststellungsurteils

Wie zum **Feststellungsurteil für künftige Schadenersatzansprüche** anerkannt, **schließt ein solches bei Geltendmachung künftiger Ansprüche**

¹⁹ Vgl OGH 29. 3. 2006, 3 Ob 227/05m.

²⁰ Vgl RIS-Justiz RS0018668.

²¹ Vgl RIS-Justiz RS0118968.

che²² die Einrede der Verjährung für 30 Jahre ab Rechtskraft des Feststellungsurteils **aus**.

Umgelegt auf ein **gewährleistungsrechtliches Feststellungsurteil** bedeutet dies, dass nach Rechtskraft des Feststellungsurteils, welches die Gewährleistungspflicht des Beklagten dem Grunde nach feststellt, der Gewährleistungsberechtigte 30 Jahre (!) Zeit hat, den anzuwendenden Gewährleistungsbehelf zu erforschen und auszuwählen. Diese Konsequenz kritisiert schon *Frauenberger-Pfeiler*,²³ ohne freilich eine andere Lösung bei grundsätzlicher Zulässigkeit der Feststellungsklage aufzuzeigen. Verschärft wird diese Problematik zusätzlich dadurch, dass die bisherige Rechtsprechung den schadenersatzrechtlichen Vorteilsausgleich „neu für alt“ im Gewährleistungsrecht ablehnt.²⁴

Unseres Erachtens ist freilich diese 30-jährige Judikatsverjährung auch für Gewährleistungsansprüche zutreffend,²⁵ mag diese auf den ersten Blick – ausgehend von der regelmäßigen dreijährigen Gewährleistungsfrist – auch überraschend erscheinen. Das Feststellungsurteil hat ja gerade den Zweck, dem Werkbesteller, der die Mängel und daraus abzuleitende Ansprüche aktuell nicht beurteilen kann, eine längere Frist zu dieser Sachverhaltserhebung und -prüfung zur Verfügung zu stellen. Das einmal ergangene Feststellungsurteil hat auch die Hauptbegründungen für die (kurzen) Fristen des Verjährungsrechts – Schutz vor überraschender Inanspruchnahme bzw Vermeidung von Beweisschwierigkeiten – ausgeschaltet.²⁶ Solcherart ist von einer 30-jährigen (weiteren) Verjährungsfrist für das gewährleistungsrechtliche Leistungsbegehren auszugehen, ist einmal die Gewährleistungspflicht dem Grunde nach durch Feststellungsurteil bejaht.

Extremfällen, in denen der Gewährleistungsberechtigte **überlang ohne sachliche Rechtfertigung²⁷** zuwartet,²⁸ wird man mit einem schlüssigen

22 Ausgenommen sind wiederkehrende Ansprüche, welche trotz Feststellungsurteils binnen drei Jahren ab Fälligkeit verjähren; vgl *Dehn* in *Kozioł/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴, § 1478 Rz 4.
 23 Vgl *Frauenberger-Pfeiler*, Zur Feststellung „des Gewährleistungsanspruchs“, *ecolex* 2008, 500, wo eine Lösung dieses Problems freilich nicht geschuldet wird, da die Autorin die gesamte gewährleistungsrechtliche Feststellungsklage *in toto* ablehnt und diese Problematik als weiteres Argument für ihren ablehnenden Standpunkt anführt.
 24 Vgl *Zöchling-Jud* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰², § 932 Rz 73 mit zahlreichen Nachweisen; vgl auch ausführlich OGH 7. 7. 2008, 6 Ob 134/08m. Man wird hier freilich zu berücksichtigen haben, dass diese Judikatur heftiger Kritik aus der Lehre ausgesetzt ist.
 25 Eine detaillierte Behandlung dieses Spezialproblems würde freilich den vorliegenden Beitrag umfänglich sprengen.
 26 Vgl *Vollmaier* in *Klang*, ABGB³, § 1478 Rz 72.
 27 Eine Begründung für die Ablehnung des Vorteilsausgleichs im Gewährleistungsrecht ist ja, dass es dessen Ziel ist, dem Übernehmer – zumindest nachträglich – zu einem vertragsgemäßen Werk zu verhelfen, und zwar ohne zusätzliche Kosten und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die inzwischen ohne sein Zutun vergangene Zeit, welches Argument bei unbegründetem Zuwarten des Übernehmers mit der Wahl und Geltendmachung von Verbesserungsansprüchen eben doch den Abzug „neu für alt“ zulässig machen sollte.
 28 Tatsächlich mutet es seltsam an, wenn ein Gewährleistungsberechtigter 29 Jahre nach Rechtskraft des Feststellungsurteils auf Gewährleistung nun einen Austauschanspruch geltend machen könnte und eine neue Sache zum Austausch erhielte.

Verzicht²⁹ auf den Gewährleistungsanspruch, dem Schikaneverbot³⁰ oder aber dem sachlich gerade für solche Fälle zutreffenden Abzug „neu für alt“³¹ begegnen.

Die **Formulierung** des auf die Gewährleistungspflicht gestützten Klagebegehrens kann nach der Rechtsprechung durchaus weit gewählt werden. So lautete ein einschlägiges Teilurteil beispielsweise:

„Es wird festgestellt, dass die beklagte Partei der klagenden Partei für Schallschutzmängel deren Eigentumswohnung in Linz, Hölderlinstraße 20, Haus Nr 4, Wohnung Nr 4/1/4, Gewähr zu leisten hat.“³²

Derjenige Mangel, für welchen die Feststellung der Gewährleistungspflicht begehrt wird, muss jedenfalls bestimmt bezeichnet werden.³³

5. Feststellungsklage für zukünftige Schäden

Wie dargestellt, ist ein Feststellungsbegehren auf schadenersatzrechtlicher Grundlage nur zulässig für künftig fällig werdende Schäden. Mangels rechtlichen Interesses ist aber keine Feststellungsklage für solche fällige Schäden zulässig, für welche bei Einbringung der Klage schon die Erhebung eines Leistungsbegehrens möglich gewesen wäre.

Kurz:

- bei Klageeinbringung **fällige Schäden = Leistungsbegehren**;
- **zukünftige** (= zukünftig entstehende/bezifferbare/fällige) **Schäden = Feststellungsbegehren**.

Regelmäßig liegt ein **Primärschaden** vor, zu dem **künftige Folgeschäden** vorhersehbar sind, deren Verjährung schon jetzt verhindert werden soll. Daneben ist aber in bestimmten Fallkonstellationen eine Feststellungsklage auf **künftige Schäden ohne bisherigen Primärschaden** zulässig.³⁴ Fallgruppen, in denen ein Feststellungsbegehren für künftige Schäden schon vor Eintritt eines Primärschadens „zur Klarstellung der Haftungsfrage“ zulässig ist, liegen vor wenn

- ein Schaden ohne weiteres Zutun des Schädiger eintreten kann,³⁵
- 29 Nachdem freilich bereits der Gewährleistungsberechtigte einen (Feststellungs-)Prozess für seinen Gewährleistungsanspruch angestrengt hat, wird ein schlüssiger Verzicht nur in seltenen Fällen anzunehmen sein.
 30 So nimmt die Rechtsprechung nicht erst bei Schädigungsabsicht Schikane im Sinne des § 1295 Abs 2 ABGB an, sondern schon bei einem ganz krassen Missverhältnis zwischen den verfolgten und den beeinträchtigten Interessen; vgl RIS-Justiz RS0026265.
 31 Überhaupt ist zu bedenken, dass besonders unbillige und zu korrigierende Ergebnisse ohnehin vor allem bei zeitlich „später“ Wahl der Verbesserung im weiteren Sinn erfolgen. Ein „spät“ gewählter Preiserminderungsanspruch belastet den Übergeber wohl nicht, ebenso nicht eine „spät“ erklärte Wandlung, kommt es doch bei dieser zu bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung, bei der der Übergeber die lange Nutzung durch den Übernehmer ohnehin abgegolten erhält.
 32 Vgl OGH 25. 8. 1998, 1 Ob 166/98p.
 33 Vgl jüngst ausführlich OGH 27. 5. 2015, 6 Ob 81/15b.
 34 Ständige Rechtsprechung; vgl zB OGH 22. 12. 2011, 1 Ob 227/11f. In diesen Fällen stellt sich die drohende Verjährung ja mangels Primärschadens nicht.
 35 *Wilhelm*, Feststellung der Haftung für ganz und gar künftige Schäden, *ecolex* 2004, 757; OGH 16. 6. 2004, 7 Ob 245/03k; 14. 7. 2005, 6 Ob 295/03f; 16. 6. 2011, 6 Ob 83/11s.

- der (potenziell) Geschädigte Aufwendungen in Hinblick auf den Schaden erwägt,³⁶
- Rechtsunsicherheit durch Bestreitung der Haftung durch den Gegner besteht³⁷ oder
- zur Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten.³⁸

Wenn freilich während des Prozesses Schäden bezifferbar und damit „fällig“ werden, ist der Kläger zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, diese neu bezifferbaren Schäden nunmehr mit Leistungsklage geltend zu machen. Während des laufenden Verfahrens über die schadenersatzrechtliche Feststellungsklage fällig werdende Schäden sind nämlich auch solche „zukünftigen Schäden“, welche noch vom Feststellungsbegehren umfasst sind.³⁹

Das heißt: Der Kläger kann (in den Grenzen der zulässigen Klagsänderung nach § 235 ZPO) für während des Verfahrens fällig werdende Schäden ein (erstmaliges oder zusätzliches) Leistungsbegehren erheben, er muss aber nicht. Diese Wirkung dauert grundsätzlich bis zur Zustellung des Urteils erster Instanz; teilweise wird – unseres Erachtens zutreffend – vertreten, dass auf die Rechtskraft des Feststellungsurteils abzustellen sei.⁴⁰ Zusammengefasst hat der **Kläger wegen fällig werdender Schäden somit das Recht, nicht aber die Verpflichtung zur Ausdehnung des Klagebegehrens.**

Die **Formulierung** des auf Schadenersatzrecht gestützten Feststellungsbegehrens lautet beispielsweise wie folgt:

„Es wird festgestellt, dass die erstbeklagte Partei der klagenden Partei für die aus der unsachgemäßen Planung des Bauvorhabens auf der Liegenschaft EZ ... künftig entstehenden Schäden zu haften hat.“⁴¹

Bezüglich der **Wirkung des Feststellungsurteils** ist darauf hinzuweisen, dass dieses die Verjährung für den Zeitraum von 30 Jahren ausschließt, dies mit der wichtigen Ausnahme wiederkehrender Leistungen.⁴² Insoweit solcherart nach Ergehen des

rechtskräftigen Feststellungsurteils wiederkehrende Schadenspositionen fällig werden (man denke hier an Mietzinsminderungsansprüche zufolge Vornahme von Sanierungsarbeiten), beträgt die Verjährungsfrist hierfür ungeachtet des Feststellungsurteils bloß drei Jahre.

Noch strittig und letztlich nicht geklärt ist die Frage, was nach Ablauf des Zeitraums von 30 Jahren zu gelten hat. Hierzu hält die Rechtsprechung fest, dass die sich aus dem rechtskräftigen Feststellungsurteil ergebende Bindungswirkung auch nach 30 Jahren weiterhin Bestand hat, sodass im Rechtsverhältnis zwischen Geschädigtem und Schädiger weiterhin die Frage der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht des Schädigers geklärt ist. In welchem Zeitraum ab Fälligkeit aber hier Schäden geltend zu machen sind, ist noch nicht abschließend geklärt, sodass sicherheitshalber und durchaus praktisch innerhalb von drei Jahren ab Fälligkeit die Leistungsklage zu erheben sein wird.⁴³

Zusammenfassung

Ein schadenersatzrechtliches Feststellungsbegehren nach einem Primärschaden bei vorhersehbaren künftigen (Mangelfolge-)Schäden ist regelmäßig notwendig, um die Verjährung künftiger Schäden zu verhindern.

Daneben ermöglicht das Ziel der Klarstellung der Haftung dem Grunde nach auch dann ein schadenersatzrechtliches Feststellungsbegehren für künftige Schäden, wenn noch gar kein Primärschaden eingetreten ist.

Ausnahmsweise ist ein Feststellungsbegehren der Gewährleistungspflicht für aktuelle Mängel zulässig.

Ein solches Feststellungsbegehren setzt ein Feststellungsinteresse nach § 228 ZPO voraus, welches zB dann gegeben ist, wenn der Gewährleistungsberechtigte den ihm materiell-rechtlich zustehenden Gewährleistungsbefehl aktuell noch nicht wählen kann, da zB die Ursache des Mangels noch unbekannt ist.⁴⁴

Das Feststellungsinteresse für die aktuelle Gewährleistungspflicht fällt in dem Moment weg, in dem der Gewährleistungsberechtigte den möglichen Gewährleistungsbefehl wählen kann oder – nach zumutbaren Erkundigungen und Untersuchungen – wählen könnte.

36 Wilhelm, *ecolex* 2004, 757; OGH 29. 4. 1997, 1 Ob 2201/96z.

37 Wilhelm, *ecolex* 2004, 757; OGH 22. 2. 2001, 6 Ob 335/00h; 7. 6. 2006, 9 ObA 87/05t; 21. 9. 2006, 8 ObA 23/06z.

38 Wilhelm, *ecolex* 2004, 757; OGH 8. 10. 2003, 9 Ob 53/03i; 22. 12. 2011, 1 Ob 227/11f.

39 Vgl unter anderem OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 147/01a; 6. 11. 2007, 10 Ob 88/07z.

40 Zur Frage, ob die Wirkung der Feststellungsklage nun bis zur Zustellung des erstinstanzlichen Feststellungsurteils oder bis zu dessen Rechtskraft andauert, vgl OGH 25. 6. 2009, 2 Ob 33/09f; 29. 10. 2009, 2 Ob 129/09y; *Vollmaier in Klang*, ABGB³, § 1497 Rz 97.

41 Vgl OGH 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08m.

42 Vgl RIS-Justiz RS0034215.

43 Vgl RIS-Justiz RS0034358; vgl auch *Vollmaier in Klang*, ABGB³, § 1489 Rz 25.

44 Vgl OGH 27. 5. 2015, 6 Ob 81/15b.

Lindeonline

EINFACH ZU RECHT FINDEN

bau aktuell- **JAHRESABO**

**INKLUSIVE ONLINEZUGANG
UND APP ZUM HEFT-DOWNLOAD**



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

bau aktuell-Jahresabo 2016 inkl. Online Zugang und App

EUR 148,-

(7. Jahrgang 2016, Heft 1-6)

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma _____ Kundennummer _____

Straße/Hausnummer _____

PLZ/Ort _____ E-Mail _____

Telefon (Fax) _____ Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift _____

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356