

TE OGH 1987/11/5 80b588/87

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.11.1987

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Stix als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kralik, Dr. Vogel, Dr. Kropfitsch und Dr. Zehetner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei B***- UND M*** Gesellschaft mbH, 1120 Wien, Rosenhügelstraße 10, vertreten durch Dr. Klaus Krebs, Rechtsanwalt in Wien, Nebenintervenientin auf Seiten der klagenden Partei Ing. Werner S*** Baugesellschaft mbH & Co KG, 2500 Baden, Welzergasse 27, vertreten durch Dr. Norbert Kosch, Rechtsanwalt in Wiener Neustadt, wider die beklagte Partei Ing. Joachim S***, 2435 Ebergassing, Wienerherberg-Industriezentrum, vertreten durch Dr. Harald Bisanz, Rechtsanwalt in Wien, wegen 4,709.892,52 S sA, infolge Rekurses der beklagten Partei gegen den Beschuß des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 2. Februar 1987, GZ 4 R 253/86-74, womit das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 9. Juni 1986, GZ 15 Cg 237/82-67, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

Text

Begründung:

Die Klägerin begehrte vom Beklagten die Zahlung von 4,709.892,52 S sA und brachte im wesentlichen vor, der Beklagte habe ihr am 22. Oktober 1980 den Auftrag zur Errichtung einer Lagerhalle mit Bürohaus um ein vereinbartes Entgelt von 4,712.920 S erteilt. Am 20. Jänner 1981 habe sie auf Grund verschiedener Wünsche des Beklagten ein Nachtragsangebot erstellt, die Parteien hätten sich auf die Durchführung von Nachtragsarbeiten um einen Gesamtbetrag von 380.000 S zuzüglich Umsatzsteuer geeinigt. Der Gesamtbetrag sollte vereinbarungsgemäß in acht Teilzahlungen und einer Schlußzahlung beglichen werden. Am 10. März 1982 habe die Klägerin die Schlußrechnung über insgesamt 6,428.892,52 S gelegt. Abzüglich der geleisteten Teilzahlungen hafte der Klägerin der Beklagte unberichtigt aus. Der Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und führte im wesentlichen aus, daß der von der Klägerin geforderte Rest des Entgelts nicht fällig sei, weil der Werkvertrag nicht ordnungsgemäß erfüllt worden sei. Wegen grober Mängel in der Ausführung sei es dem Beklagten bis heute nicht gelungen, eine behördliche Benützungsbewilligung für die Lagerhalle mit Bürohaus zu erhalten. Abgesehen von einer Reihe anderer Mängel seien die Fundamente von der Klägerin nicht auftragsgemäß und nicht den Anforderungen des Zivilingenieurs für Statik entsprechend ausgeführt worden. Betonprüfungen hätten teilweise die Verwendung von Beton nicht mit der vorgeschriebenen Druckfestigkeit B 160, sondern von geringerer ergeben, nämlich mit B 80. Dies sei von wichtiger

Bedeutung, weil weitere Prüfungen das Grundwasser als stark angreifend "bei Verwendung eines nicht sulfatbeständigen Zementes" angegeben hätten. An diesem Mangel treffe die Klägerin das alleinige Verschulden. Dem Beklagten seien hiedurch noch weitere Schäden in der Höhe von bisher 8,750.000 S erwachsen, die der Klagsforderung kompensando eingewendet werden. Überdies habe die Klägerin anläßlich der Verhandlung über die Auftragserteilung zugesagt, dem Beklagten Gegengeschäfte im Umfang von 7,000.000 S bis 8,000.000 S zukommen zu lassen, die auf einen Zeitraum von 2 1/2 bis 3 Jahren aufzuteilen seien. Die Klägerin habe jedoch trotz laufender Urgenzen keinen einzigen Auftrag erteilt. Diese Geschäfte seien aus Verschulden der Klägerin nicht zustandegekommen, wodurch dem Beklagten ein Schaden in Höhe des Klagsbetrages entstanden sei. Die Klägerin bestritt dieses Vorbringen und brachte im Laufe des Verfahrens noch vor, zu einer Warnung des Beklagten wegen eines allfälligen aggressiven Grundwassers habe kein Grund bestanden, weil keine entsprechenden Verdachtsmomente hervorgekommen seien. Der Beklagte habe hingegen die Klägerin erst nach Abschluß der Fundamentarbeiten auf eine mögliche Aggressivität des Grundwassers hingewiesen. Die Verweigerung der Benützungsbewilligung für die Lagerhalle sei darauf zurückzuführen, daß der Beklagte bei der Einreichung unrichtige Angaben gemacht habe. Die Klägerin habe überdies in der Folge ein Gutachten des Dr. N*** eingeholt, welches ergeben habe, daß das Grundwasser keinen gefährlichen Sulfatgehalt aufweise. Die weiteren vom Beklagten gerügten Mängel seien von der Klägerin behoben worden, sie seien im übrigen so geringfügig, daß die Fälligkeit des restlichen Entgelts nicht hinausgeschoben werde.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, wobei es von folgenden, im derzeitigen Verfahrensstand wesentlichen Feststellungen ausging:

Dem Vertragsabschluß zwischen den Streitteilen gingen Gespräche voran, in denen der Beklagte Gegengeschäfte (Materialbestellungen der Klägerin bei ihm) als wesentlich für den Vertragsabschluß erklärte. Mehrere Mitarbeiter der Klägerin teilten ihm dazu aber mit, solche Gegengeschäfte seien nur bei Preisgleichheit (zwischen dem Beklagten und anderen Mitbewerbern) bzw. dann möglicherweise, wenn der Beklagte Bestbieter sei, weil sonst ja die Klägerin - zumindest für jenen Bereich, für den sie Material des Beklagten hätte einsetzen wollen - auch nicht Bestbieter werden könne. Bindende Zugaben gab seitens der Klägerin mündlich niemand, auch nicht ihre Mitarbeiter B*** und V***. In den vorliegenden Urkunden ist von keiner Seite der bereits erfolgte Abschluß eines Rahmenvertrages erwähnt. Tatsächlich wurden die Bestrebungen der Klägerin, Material beim Beklagten zu bestellen, im September 1981 ziemlich konkret, ohne aber tatsächlich zu solchen Bestellungen zu führen. Mit Schreiben vom 7. Oktober 1981 (./A4) verwies die Klägerin gegenüber dem Beklagten ebenfalls darauf, daß eine Vereinbarung in der Richtung eines Rahmenliefervertrages niemals zustande gekommen sei. Die Leistungsbeschreibung, welche Baumeister T*** namens des Beklagten verfaßte, enthält unter den Vertragsbedingungen u.a. folgende Punkte:

3.5 Der Bieter ist verpflichtet, sich vor Abgabe des Angebotes über alle die Preisbildung und Ausführung bestimmenden Umstände, die örtlichen Verhältnisse und Eigenheiten der Baustelle, die Durchführungsmöglichkeit der Leistungen in technischer und baurechtlicher Hinsicht, insbesondere durch Augenschein und Einsichtnahme in die Planungsunterlagen Klarheit zu verschaffen, so daß aus dem Titel Unkenntnis der Situation keinerlei Nachforderungen abgeleitet werden können und der Auftragnehmer in jedem Fall die volle Haftung für seine Leistungen übernimmt.

9. A***, G***, H*** UND S***

9.1. Alle Leistungen werden erst nach Fertigstellung der vertraglichen Gesamtleistung und aller im Zuge der Baudurchführung sich ergebenden Nachtragsleistungen abgenommen. Die Abnahme erfolgt ausschließlich durch eine schriftliche Bescheinigung der Bauaufsicht. Sie wird weder durch eine frühere Benützung, Inbetriebnahme oder behördliche Abnahme sowie Teilzahlungen noch durch die Mitteilung des Auftragnehmers über die Fertigstellung ersetzt, ausgenommen Fälle besonderer Vereinbarung. Mit Schreiben vom 22. Oktober 1980 erteilte T*** namens des Beklagten der Klägerin den Auftrag ./B mit den unbestrittenen Pauschal-Vertragssummen und u.a. folgendem weiteren Inhalt: Auftrag für 02 Erd-, Baumeister-, Stahlbeton- und Kanalisierungs-Arbeiten.

§ 2 Die dem Anbot und in Ihren Händen befindlichen Vertragsbedingungen und Vorbemerkungen haben, sofern nachstehend nicht anders vereinbart wird, vollinhaltlich Gültigkeit.

§ 5 Die komplette, schlüsselfertige Herstellung des gesamten Bauvorhabens erfolgt in der Zeit vom 20. Oktober 1980 bis 29. Mai 1981 und ist die Einhaltung der vereinbarten bzw. im Bauzeitenplan ersichtlichen Termine unbedingt notwendig.

§ 12 Die Schlußrechnung ist längstens 4 Wochen nach Beendigung der Arbeiten vom Ersteher der örtlichen Bauleitung

vorzulegen. Bei Nichteinhaltung dieser Frist und nach fruchtlosem Ablauf einer von der örtlichen Bauleitung gestellten Nachfrist ist die örtliche Bauleitung ermächtigt und berechtigt, Ihre letzte Teilrechnung als Schlußrechnung zu verwenden.

§ 19 Die berichtigte Anbotssumme setzt sich wie folgt zusammen:

Pauschal-Anbotssumme S 4,019.000,--

abzüglich Statikerhonorar S 25.000,--

S 3,994.000,--

netto ohne MWSt.

§ 21 Folgender Zahlungsplan wird vereinbart (Summen ohne Abzug

Deckungsrücklaß)

1. Teilzahlung nach Baustelleneinrichtung

250.000,-- S Humusaushub und Rodung

Fudament und Rohrgrabenauhub-Bauteil B

Fundamente Bauteil B

2. Teilzahlung nach U-Beton Bauteil B

500.000,-- S EG-Mauerwerk und Decke im EG Bauteil B

1. OG-Mauerwerk Bauteil B

Fundamentaushub Bauteil A teilweise

Fundamente Bauteil A teilweise

Kanalaushub Bauteil A teilweise

3. Teilzahlung nach Decke im 1. OG-Bauteil B

600.000,-- S 2. OG-Mauerwerk und Decke über 2.0G Bauteil B

Fundamentaushub Bauteil A Rest

Fundamente Bauteil A Rest

Kanalaushub Bauteil A Rest

4. Teilzahlung nach Gefällsbeton Bauteil B

650.000,-- S Zwischenwände Bauteil B

Innenwandverputz 2. OG Bauteil B

U-Beton Bauteil A

5. Teilzahlung nach Innenwandverputz 1. OG und EG

525.000,-- S Bauteil B

Hallenfußboden Bauteil A

6. Teilzahlung nach Fassadenvorsatz Bauteil B

520.000,-- S Versetzarbeiten Bauteil A + B teilweise

7. Teilzahlung nach Außenanlagen

500.000,-- S Versetzarbeiten Rest

8. Teilzahlung nach Restarbeiten

249.000,-- S Reinigung

Räumung

Schlußrechnung nach Übergabe und Benützungsbewilligungsverhandlung

200.000,-- S

3,994.000,-- S Gesamtpauschalsumme

Der Auftrag ist von T*** sowie firmenmäßig von beiden Streitteilen gezeichnet (von der Klägerin unter dem 8. November 1980). Eine Feststellung, daß die Parteien ausdrücklich vom beschriebenen Zahlungsplan - selbst für den Fall, als Teilleistungen mangelhaft wären - abwichen, läßt sich nicht treffen. Hinweise gegenüber Mitarbeitern der Klägerin auf mögliche Probleme mit dem Grundwasser erfolgten vor bzw. um den Arbeitsbeginn, der im übrigen dem schriftlichen Vertragsabschluß kurz voranging, wie folgt:

Anfang November 1980 wies T*** bei einer Besprechung zwischen seinem Mitarbeiter S***, dem Mitarbeiter Ing. S*** des Statikerbüros H***, dem Beklagten und Leuten der Klägerin diese (G***, Ing. T***) darauf hin, daß man noch vor Beginn der Fundamentierung im Wasser arbeiten und daß sie das Grundwasser untersuchen lassen sollten. Der bei der Klägerin in Wien mit kaufmännischen Aufgaben befaßte Dietmar V*** wies bei einer firmeninternen Bauleiterbesprechung der Klägerin am 29. Oktober 1980 auf die Möglichkeit aggressiven Grundwassers hin und bestand auf dessen Untersuchung. In dem von ihm selbst diktierten Protokoll (./III) über diese Besprechung scheint die Grundwasseruntersuchung nicht auf. Es heißt dort unter P16 "Halle Schwadorf Im Zuge des Humusabhubes stellte sich heraus, daß der Grundwasserspiegel sehr hoch ist. Da es sich beim Untergrund nicht um die Bodenklasse handelt, die angenommen wurde (Schotter), muß bezüglich der Fundamente ein Gespräch mit dem Statiker geführt werden. Sein Hinweis auf die Grundwasseruntersuchung wurde von der Klägerin nicht weiter verfolgt, von ihm deshalb nicht urgier, weil ab November 1980 schwere Auseinandersetzungen zwischen ihm und der Klägerin begannen und er durch die Klägerin von allen Obliegenheiten (ausgenommen Akquisition) entbunden wurde. Danach stellte die Klägerin die Fundamente her. Erst nach deren Fertigstellung liegen jene Hinweise auf möglicherweise aggressives Grundwasser, welche auch von ihren Mitarbeitern zugestanden werden. Die Unterlassung der Grundwasseruntersuchung nach dem beschriebenen deutlichen Hinweis auf deren Notwendigkeit durch den für den Beklagten auftretenden Baumeister T*** durch die Klägerin war ein fachlicher Fehler. Zu Verdachtsmomenten, welche ebenfalls eine Wasseranalyse fachlich erfordert hätten, zählen auch Hinweise von Nachbarn auf irgendwelche Merkwürdigkeiten bei einem von ihnen durchgeführten Bau, also im Ergebnis auch der Hinweis des I***-Mitarbeiters S*** noch zu Beginn der Fundamentierungsarbeiten in Gegenwart (auch) mehrerer Mitarbeiter der Klägerin, daß I*** in Wiener Neudorf etwa 1 1/2 Jahre früher alte Fundamente deshalb habe wegschrämmen müssen, weil sie im Wasser gestanden, weiß (also ausgeschwemmt) gewesen und beim Schrämmen regelrecht zerfallen seien sowie seine Frage, ob man hier schon eine Wasseruntersuchung gemacht habe. Nach dem Hinweis T*** auf die Notwendigkeit einer Wasseruntersuchung (wohl auch nach dem gleichartigen Hinweis V***) hätte die Klägerin die Arbeiten sofort unterbrechen und vom Beklagten vor ihrer Fortsetzung eine Grundwasseruntersuchung verlangen müssen. Nach den Ergebnissen einer solchen Untersuchung, wie sie schließlich im Verfahren bekannt waren, hätte man die Fundamente sanieren müssen - und relativ billig - auch können. Unter Berücksichtigung des besonders aggressiven Grundwassers (hoher Sulfatgehalt) hätte man bei Kenntnis von dieser Aggressivität für alle Bereiche sulfatbeständigen Zement vorsehen müssen. Es ist nicht zu erwarten, daß das Gebäude die 20jährige Abschreibungszeit überdauern wird. Eine fünfjährige Bestanddauer ist sicher (das wäre bis etwa 1985 gewesen), eine weitere Prognose selbst nach einem weiteren Augenschein durch den Sachverständigen nicht verlässlich möglich. Der Bau war im Dezember 1981 abgeschlossen. Die Halle ist seit Sommer 1981 eingerichtet und wird seither benutzt, das Betriebsgebäude seit Dezember 1981. Der Beklagte versprach J*** in einem Gespräch am 21. Juli 1981 die Zahlung der Teilrechnungen 4 und 5. Er hatte wegen Ausbleibens der von ihm erwarteten Gegengeschäfte nur die Teilrechnungen bis einschließlich 3 bezahlt. Die weiteren Zahlungszusagen machte der Beklagte, weil J*** erklärte, Gegengeschäfte würden ab September 1981 für ihn realisierbar sein. Tatsächlich zahlte er aber nur die TR 4, nicht mehr auch die TR 5, weil es einerseits auf der Baustelle zu einer - vom Beklagten auch als Formulierung von T*** und S*** übernommenen, nicht näher definierten - "Verhärtung des Standpunktes in technischer Hinsicht" gekommen war und andererseits bis zum vorgesehenen Zahlungszeitpunkt 31. August 1981 noch gar keine Anstalten seitens der Klägerin für Gegengeschäfte getroffen worden waren.

Zur Rechtsfrage führte das Erstgericht aus, der unbestrittene und festgestellte Sachverhalt sei dahin zu würdigen, daß der als Einheit zu betrachtende Werkvertrag von der Klägerin als Unternehmerin noch nicht erfüllt sei, die allenfalls restlich aushaltende Werklohnforderung sei daher noch nicht fällig. Die Vereinbarung und Nichtrealisierung von Gegengeschäften durch die Klägerin stehe deren Ansprüchen nicht entgegen, weil derartige Vereinbarungen nicht

getroffen worden seien. Der Einwand der Klägerin, es habe fixe Teilzahlungstermine gegeben, sei nicht berechtigt, weil die Streitteile zwar über den Inhalt des schriftlichen Vertrages hinaus nichts vereinbart hätten, jedoch der Parteiwille nur auf die Zahlung eines Entgeltes für ein brauchbares Werk unterstellt werden könne. Das Werk sei aber wegen der Fundamente von äußerst eingeschränkter und zweifelhafter Bestanddauer, demnach nicht ordentlich erbracht. Mangels Fälligkeit der Klagsforderung sei auf die weiteren, vom Beklagten eingewendeten kleineren Mängel nicht einzugehen. Dies gelte auch für die vom Beklagten eingewendeten Gegenforderungen.

Infolge Berufung der Klägerin hob das Gericht zweiter Instanz das Urteil des Erstgerichtes unter Beisetzung eines Rechtskraftvorbehaltes auf und wies die Rechtssache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurück. Das Rekursgericht führte aus, das Erstgericht sei bei einer rechtlichen Beurteilung davon ausgegangen, daß die Klägerin den Werkvertrag im Hinblick auf das Vorliegen von Mängeln nicht erfüllt habe, weshalb das restliche Entgelt nicht fällig sei. Ein Werk im Sinne des § 1167 ABGB habe grundsätzlich die ausdrückliche oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungenen Eigenschaften aufzuweisen, sodaß der Hersteller des Werkes für dessen Brauchbarkeit Gewähr zu leisten habe. Daß die von der Klägerin herzustellenden Fundamente der Lagerhalle die als selbstverständlich vorauszusetzende übliche Standfestigkeit für eine von solchen Bauwerken zu erwartende Dauer gewährleisten, könne zweifellos als stillschweigend bedungene Eigenschaft dem zwischen den Streitteilen geschlossenen Werkvertrag zugrundegelegt werden. Eine Ausnahme der Gewährleistungspflicht ergebe sich jedoch aus der Gefahrtragungsregel des § 1168 a ABGB. Danach sei der Unternehmer, wenn das Werk zufolge offensichtlicher Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers mißlinge, für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt habe. Treffe den Unternehmer dann, wenn er seine Warnpflicht nicht verletzt habe, nicht einmal die Gefahr bis zur Übernahme des Werkes, sodaß er den Anspruch auf das volle Entgelt behalte, möge auch das Werk mangelhaft oder überhaupt nicht zustandegekommen oder zugrundegegangen sein, so scheide im gleichen Umfang auch jede Gewährleistungspflicht des Unternehmers aus. Wenn nämlich der Besteller dadurch, daß er einen ungeeigneten Stoff lieferte oder unrichtige Anweisungen über die Ausführung des Werkes erteilte, selbst den Erfolg vereitelt oder den mangelhaften Erfolg herbeigeführt habe, könne er den Unternehmer dafür nicht verantwortlich machen, außer der Unternehmer hätte die offensichtliche Untauglichkeit des Stoffes oder die offensichtliche Unrichtigkeit der Anweisung nicht erkannt oder sie zwar erkannt, aber trotzdem den Besteller nicht gewarnt. Die Klägerin habe die Lagerhalle mit Bürohaus entsprechend den Anweisungen des Beklagten laut der Leistungsbeschreibung Beilage ./T errichtet. Daß hiebei die Verwendung eines "sulfatbeständigen" Zements vorgeschrieben gewesen sei, sei weder von den Parteien vorgebracht worden, noch sei im Beweisverfahren ein entsprechender Hinweis hervorgekommen. Die Klägerin habe das Werk demnach entsprechend der ihr erteilten Anweisungen des Beklagten erstellt. Zu prüfen bleibe demnach, ob sie ihre Warnpflicht im Sinne des § 1168 a ABGB verletzt habe, wie der Beklagte unter anderem vorgebracht habe. Nach Lehre und Rechtsprechung sei der Unternehmer in der Regel nicht verpflichtet, im Rahmen der ihn nach § 1168 a ABGB treffenden Verpflichtung besondere, sonst nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen. Mängel, die nur ein branchenfremder Sachverständiger erkennen könne, seien nicht offenkundig. Der Maßstab hiebei sei die nach § 1299 ABGB erforderliche branchenübliche Berufserfahrung und das vom übernommenen Auftrag her bestimmte objektiv zu erwartende fachtechnische Wissen. Nach dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen habe von der Klägerin auf Grund der gegebenen Umstände nicht verlangt werden können, eine mögliche Aggressivität des Grundwassers zu erkennen und dem Bauherrn zur Kenntnis zu bringen. Für eine entsprechende Warnung des Bauherrn hätten keine Verdachtsmomente bestanden. Schließlich gehe aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing.Prof.Dr. O*** hervor, daß er trotz der bei ihm als gerichtlich beeideten Sachverständigen für Bauwesen vorauszusetzenden Kenntnisse die Beziehung von "Spezialisten" an der Fakultät für Bauingenieurwesen der technischen Universität Wien für erforderlich erachtete, um wegen der zur Beurteilung stehenden Frage der Aggressivität des Grundwassers ein Gutachten erstellen zu können. Bezeichnend sei auch, daß das von der Klägerin eingeholte Gutachten des Sachverständigen Dipl.Ing.Dr. N*** vom 4. Mai 1981 ergeben habe, daß die untersuchten Wasserproben als "nicht bis schwach angreifend zu bezeichnen sind". Berücksichtigte man, daß die Untauglichkeit des verwendeten Materials im Hinblick auf eine mangels entsprechender Verdachtsmomente (abgesehen von Hinweisen gegenüber Mitarbeitern der Klägerin) nicht zu erwartende Aggressivität des Grundwassers für die Klägerin nicht vorhersehbar gewesen sei und insbesondere eine hinreichende Untersuchung in diese Richtung die Einholung eines branchenfremden Sachverständigengutachtens erfordert hätte, so sei der Klägerin im Sinne der oben angeführten Lehre und Rechtsprechung eine Verletzung der Warnpflicht im Sinne des § 1168 a ABGB nicht anzulasten, zumal - vgl.

Sachverständigengutachten N*** - auch nicht gewährleistet gewesen wäre, daß hiedurch eine entsprechende Aufklärung über die Anfälligkeit des verwendeten Materials auf die Einwirkung des Grundwassers hervorgekommen wäre. Zu prüfen sei demnach, ob die Klägerin auf Grund der erfolgten "Hinweise" zu einer Warnung des Beklagten in Richtung einer allenfalls notwendigen Untersuchung des Grundwassers verpflichtet gewesen wäre. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes habe der bei der Klägerin in Wien mit kaufmännischen Aufgaben befaßte Mitarbeiter Dietmar V*** bei einer firmeninternen Bauleiterbesprechung am 29. Oktober 1980 auf die Möglichkeit aggressiven Grundwassers hingewiesen und habe auf dessen Untersuchung bestanden. Dieser Hinweis sei von der Klägerin nicht weiter verfolgt worden. Berücksichtige man, daß objektiv gesehen keine Verdachtsmomente für das Vorhandensein eines aggressiven Grundwassers vorlagen und die Klägerin ein branchenfremdes Sachverständigengutachten zur Untersuchung des Grundwassers in Richtung einer möglichen schädlichen Einwirkung auf das verwendete Material einzuholen gehabt hätte, könne in der Unterlassung einer entsprechenden "Warnung" des Beklagten kein Verschulden der Klägerin erblickt werden, zumal Dietmar V*** im Gegensatz zu den anderen Mitarbeitern der Klägerin keine technische Ausbildung hinter sich hatte. Diese, von einem technisch nicht qualifizierten Mitarbeiter ausgesprochenen Bedenken könnten bei objektiver Beurteilung der gegebenen Umstände nicht als hinreichender Anlaß gewertet werden, der eine Verpflichtung der Klägerin zur entsprechenden "Warnung" des Beklagten begründen könnte. Soweit sich der Beklagte darauf berufen habe, daß die Klägerin auf Grund von entsprechenden Hinweisen des Ing. T*** verpflichtet gewesen wäre, ihrer "Warnpflicht" nachzukommen, sei davon auszugehen, daß auch den Beklagten als Besteller, wie bei jedem Vertrag, auch beim Werkvertrag Nebenpflichten treffen. Darunter falle auch die Verpflichtung zur Aufklärung und Mitwirkung im Zusammenhang mit den Besonderheiten des zu erbringenden Werkes. Die Unterlassung einer entsprechenden Aufklärung und Mitwirkung werde dem Besteller häufig schon deshalb nicht als Verschulden anzulasten sein, weil ihm die entsprechenden Fachkenntnisse fehlten. Er habe jedoch für ein Verschulden desjenigen Erfüllungsgehilfen einzustehen (z.B. Architekten, Statiker), der dem Besteller auf Grund seiner eigenen vertraglichen Pflichten dabei behilflich sei, die diesem obliegenden Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Ing. T*** sei vom Beklagten mit der Planung und Überwachung der Bauausführung betraut worden. Er habe nach den Feststellungen des Erstgerichtes Anfang November 1980 bei einer Besprechung, an der (auch) Leute der Klägerin teilnahmen, darauf hingewiesen, da man noch vor Beginn der Fundamentierung im Wasser arbeite und daß das Grundwasser untersucht werden sollte. Bei dieser Besprechung sei auch Ing. S***, ein Mitarbeiter des Dipl.Ing. H*** anwesend gewesen, welcher über Auftrag des Beklagten statische Berechnungen und Ausführungspläne für das entsprechende Projekt verfaßt hatte. Gehe man davon aus, daß die Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, besondere Untersuchungen vorzunehmen, bzw. einen branchenfremden Sachverständigen beizuziehen, um ihrer Warnpflicht im Sinne des § 1168 a ABGB nachzukommen, so hätte sie allenfalls die Pflicht getroffen, den Besteller darauf hinzuweisen, daß "Bedenken wegen des Grundwassers" aufgetaucht seien (ein konkreter Verdacht auf eine Aggressivität des Grundwassers sei aber auch von Ing. T*** nicht ausgesprochen worden). Dieser Hinweis wäre jedoch zweckmäßig ebenfalls dem vom Beklagten mit der Planung und Bauüberwachung betrauten Ing. T*** zu erteilen gewesen, was im gegebenen Falle ja sinnlos gewesen wäre, weil gerade von diesem die entsprechenden Bedenken geäußert worden seien. Erweise sich jedoch eine Warnpflicht des Unternehmers im konkreten Fall als nicht notwendig, dann entfalle seine entsprechende Verpflichtung im Sinne des § 1168 a ABGB. Auch hätte für die besonderen Kosten, die durch die Vornahme unüblicher Untersuchungen bzw. die Beziehung eines branchenfremden Sachverständigen aufgelaufen wären, ohnedies der Beklagte als Besteller aufzukommen gehabt. Eine Verletzung der Warnpflicht könne der Klägerin nicht mit der Begründung angelastet werden, daß sie es unterlassen habe, eine nicht in ihren Aufgabenbereich fallende Untersuchung an einen branchenfremden Spezialisten in Auftrag zu geben (nach dem Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen wäre es - wenn überhaupt - Sache des Planers gewesen, eine mögliche Aggressivität des Grundwassers schon im Entwurfstadium durch entsprechende Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen). Die Untersuchung des Grundwassers auf allfällige schädliche Einwirkungen auf das verwendete Material beim Fundament sei demnach in der "Sphäre" des Beklagten als Besteller gelegen. Soweit das Erstgericht - dem Sachverständigengutachten folgend - festgestellt habe, daß "die Unterlassung der Grundwasseruntersuchung nach dem Hinweis auf deren Notwendigkeit durch den für den Beklagten auftretenden Baumeister T*** ein fachlicher Fehler war" lasse sich daraus für den Standpunkt des Beklagten nichts gewinnen. Abgesehen davon, daß es der rechtlichen Beurteilung unterliege, wem die entsprechende Unterlassung anzulasten sei, habe auch der Sachverständige (zu Recht) nicht näher angeführt, wen die Verpflichtung getroffen hätte, eine entsprechende Untersuchung zu veranlassen. Der Hinweis des Ing. Hans S*** auf andere mangelhafte Bauprojekte und die Frage, ob

schon eine Wasseruntersuchung gemacht wurde, sei in Gegenwart des Beklagten und des Ing. T*** erfolgt. Eine Benachrichtigung des Beklagten bzw. des mit der Bauüberwachung betrauten Ing. T*** durch die Klägerin von diesen Verdachtsmomenten habe daher schon aus diesem Grunde unterbleiben können. Auch in diesem Zusammenhang sei davon auszugehen, daß die Klägerin keine Verpflichtung im Sinne des § 1168 a ABGB getroffen habe, entsprechende Untersuchungen vornehmen zu lassen. Aus diesen Erwägungen folgte jedoch auch, daß eine allfällige Verletzung der Warnpflicht der Klägerin auf Grund der Bedenken ihres kaufmännischen Mitarbeiters Dietmar V*** wegen einer möglichen Aggressivität des Grundwassers auch nicht kausal für die eingetretenen Mängeln sein könne, weil der Beklagte in der Folge rechtzeitig aufgetretene Verdachtsmomente nicht zum Anlaß genommen habe, um eine entsprechende Untersuchung des Grundwassers in Auftrag zu geben, obwohl diese Maßnahme in seiner Sphäre gelegen gewesen wäre. Da das Erstgericht, von seiner Rechtsansicht ausgehend, auf die weiteren vom Beklagten eingewendeten Mängel des Werkes nicht eingegangen sei, ebenso nicht auf die vom Beklagten eingewendeten Gegenforderungen, erweise sich die Rechtssache als nicht spruchreif. Gegen den Beschuß des Rekursgerichtes wendet sich der Rekurs der Beklagten aus dem Anfechtungsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag auf Abänderung im Sinne der Wiederherstellung des Urteiles des Erstgerichtes; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt in ihrer Rekursbeantwortung, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Beklagte führte in ihrem Rechtsmittel aus, sicherlich hätten weder der Besteller noch sein Planer und auch nicht der Unternehmer bei Abschluß des Bauwerkvertrages betonangreifendes Grundwasser an der Baustelle angenommen, sonst wäre es ja nicht zu der Leistungsbeschreibung Beilage ./T und zur Auftragerteilung auf dieser Basis vom 22. Oktober 1980 gekommen. Weiters unbestritten sei, daß auch erst im Zuge der Erdaushubarbeiten entsprechende Verdachtsmomente aufgetreten seien, über deren Tragweite allerdings nur ein Fachunternehmen mit entsprechenden Erfahrungswerten und Fachkenntnissen hätte urteilen können. Der Unternehmer sei aber bereits dann zu einer Warnung des Bestellers verpflichtet, wenn gewisse Umstände das Mißlingen des Werkes zur Folge haben könnten, wenn also die Gefahr des Mißlingens des Werkes bestehe. Das Erstgericht sei auf der Basis des Sachverständigengutachtens des Prof.O*** eindeutig zur Ansicht gelangt, daß die letztlich eingetretenen Schäden schon bei den Fundamentarbeiten für die Klägerin erkennbar gewesen wären. Bei den vorliegenden Verdachtsmomenten hätte eine allgemeine Sorgfaltspflicht der Klägerin bestanden, eine entsprechende Wasseranalyse zu verlangen und die erforderlichen Vorkehrungen zu treffen. Es könne keine Rede davon sein, daß im vorliegenden Fall die Klägerin als Bauführerin und Tiefbaufachunternehmen überfordert gewesen wäre und ihr die aufgetretenen Probleme mangels zumutbarer Fachkenntnisse bzw. mangels Vorliegens eines branchenfremden Spezialgutachtens nicht erkennbar und zurechenbar seien. Zu Unrecht habe das Berufungsgericht die Auffassung vertreten, daß eine Warnpflicht der Klägerin nur beschränkt bestanden habe, weil zum Teil geäußerte Bedenken ja auch in Anwesenheit des Beklagten und dessen Mitarbeiter gefallen seien, sodaß eine zusätzliche Warnung keine weiteren Effekte erzielt hätte. Vielmehr könne sich der Umfang einer Warnpflicht gemäß § 1168 a ABGB nicht darin erschöpfen, auf eine allfällige Untauglichkeit des Stoffes hinzuweisen, sondern es müsse der Unternehmer alle Maßnahmen treffen, um drohende Nachteile zu vermeiden. Sei das ohne zusätzliche Kosten und ohne unzumutbare Anstrengungen möglich, wären diese Maßnahmen auch ohne Mitteilung an den Besteller durchzuführen. Erwüchsen jedoch besondere Kosten oder Belastungen und sei eine Vermeidung der Nachteile unwahrscheinlich, müsse der Unternehmer den Besteller über die entstandene Situation in Kenntnis setzen. Dabei sei auch vorauszusetzen, daß der Unternehmer bereits bei der Möglichkeit eines Mißlingens, konkrete Maßnahmen zur Sanierung vorzuschlagen habe. Keineswegs sei die Verpflichtung zur Untersuchung des Grundwassers in die Sphäre des Beklagten als Bestellers gefallen. Gemäß den allgemeinen Vertragsbedingungen sei die Überprüfung der örtlichen Verhältnisse und Eigenheiten der Baustelle zwecks Durchführungsmöglichkeit der Leistungen in technischer und baurechtlicher Hinsicht der Klägerin übertragen worden, die bei begründeten Bedenken sofort schriftliche Mitteilungen zu machen gehabt hätte bzw. wären kommende Arbeiten diesfalls unverzüglich einzustellen gewesen. Sie hätte bei gewissenhafter Erfüllung ihrer Aufgaben und in Kenntnis der aufgetretenen Verdachtsmomente weitere Fundamentarbeiten mit dem vereinbarten Material sofort unterbrechen müssen und entweder selbst eine kostenneutrale und sulfatbeständige Bauweise zu wählen gehabt, oder andernfalls dem Besteller konkrete Maßnahmen samt Kostenbekanntgabe

vorschlagen müssen, die jedes Risiko einer nachträglichen Mängelhaftigkeit ausgeschlossen hätten. Hingegen habe der Beklagte durch seine entsprechenden Hinweise, die Klägerin möge eine Untersuchung des Grundwassers durchführen, die ihm obliegende Mitwirkungspflicht bei Erfüllung des Werkvertrages vollinhaltlich auch im Sinne der zitierten Judikatur erfüllt. Er hätte erwarten können, daß daraufhin von Seiten des Unternehmers die entsprechenden Maßnahmen erfolgen werden.

Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden.

Rechtliche Beurteilung

Wesentlich für die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites ist die Frage, ob der Klägerin als Unternehmerin eine Verletzung ihrer Warnpflicht (§ 1168a ABGB) im Zusammenhang mit der Aggressivität des Grundwassers gegen Beton gegenüber dem Beklagten als Besteller zur Last fällt oder nicht. Die Warnpflicht des Unternehmers greift dann Platz, wenn das Werk infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offensichtlicher Unrichtigkeit der Anweisungen des Bestellers mißlingt. Unter Stoff ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk herzustellen ist. Darunter fällt daher auch der vom Bauherrn zur Errichtung eines Gebäudes zur Verfügung gestellte Baugrund (Adler-Höller in Klang2, V, S 408). Allerdings muß der Unternehmer nicht annehmen, daß der Grund an der Baustelle schlechter oder gefährlicher ist, als dies seiner Lage entsprechen würde. Er muß daher nicht prüfen, ob der Grund an der Baustelle ausnahmsweise besondere Mängel aufweist und braucht daher nicht nach unbekannten Mängeln des Baugrundes zu suchen (vgl. SZ 57/197 u.a.). Unterläßt der Unternehmer die erforderliche Warnung des Bestellers, so hat er auch den aus dieser Unterlassung entstehenden Schaden zu ersetzen (SZ 45/75, SZ 52/15, SZ 55/67 ua). Die Aufklärungs- und Warnpflichten des Unternehmers dürfen allerdings nicht überspannt werden (vgl. SZ 37/163 ua). Die Warnpflichten bestehen auch immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers (RZ 1984/15; 2 Ob 614/86 ua).

Das Rekursgericht hat ergänzend festgestellt - ohne daß dies vom Beklagten in seinem Rekurs gerügt wurde - daß die Klägerin die Lagerhalle im Bürohaus entsprechend den Anweisungen des Beklagten gemäß der vom Baumeister Ing. T***, der vom Beklagten mit der Planung des Projektes und Überwachung der Bauführung betraut worden war, verfaßten Leistungsbeschreibung, Beilage ./T, deren Inhalt unbestritten ist, errichtet hat. In dieser Leistungsbeschreibung ist weder eine Verpflichtung zur Untersuchung des Grundwassers noch die Verwendung eines "sulfatbeständigen" Zements vorgeschrieben. Nach dem Gutachten des Gerichtssachverständigen konnte von der Klägerin auf Grund der gegebenen Umstände nicht verlangt werden, eine mögliche Aggressivität des Grundwassers zu erkennen und dem Bauherrn zur Kenntnis zu bringen. Für eine entsprechende Warnung des Bauherrn bestanden keine Verdachtsmomente. Es wäre, wenn überhaupt, Sache des Planers gewesen, eine mögliche Aggressivität des Grundwassers festzustellen und schon im Entwurfsstadium durch entsprechende Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen.

Werden die oben dargelegten Grundsätze auf den von den Tatsacheninstanzen für den Obersten Gerichtshof bindend festgestellten Sachverhalt angewendet, ist in der Auffassung des Berufungsgerichtes, daß der Klägerin keine Verletzung ihrer sich aus § 1168 a ABGB ergebenden Pflichten gegenüber dem Beklagten deshalb anzulasten sei, weil sie nicht vor Beginn der Arbeiten eine Untersuchung des Grundwassers hinsichtlich allfälliger möglicher schädigender Einwirkungen auf das für die Fundamente verwendete Material, wofür die Beziehung eines branchenfremdes Sachverständigen erforderlich gewesen wäre, veranlaßt hat, keine unrichtige rechtliche Beurteilung zu erblicken. Dem Berufungsgericht ist auch beizupflichten, daß der Klägerin eine Verletzung ihrer Warnpflicht auch nicht deshalb zur Last gelegt werden kann, weil sie den Hinweis ihres mit kaufmännischen Aufgaben befaßten Mitarbeiters Dietmar V***, der, ohne im Gegensatz zu anderen Mitarbeitern der Klägerin eine entsprechende technische Ausbildung zu haben, eine Untersuchung des Grundwassers angeregt hatte, mit Rücksicht auf das Fehlen von objektiven Verdachtsmomenten für die Möglichkeit schädlicher Einwirkungen des Grundwassers auf das für die Fundamente verwendete Material, nicht zum Anlaß für eine Warnung des Beklagten genommen hatte. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht auch eine Verletzung der Warnpflicht durch die Klägerin im Zusammenhang mit einer Äußerung des Ing. T*** verneint. Nach den Feststellungen des Erstgerichtes wies Ing. T*** bei einer Besprechung Anfang November 1980, an der sein Mitarbeiter S***, Ing. S*** vom Büro des Statikers Dipl.Ing. H***, der Beklagte sowie die Mitarbeiter der Klägerin G*** und Ing. T*** teilnahmen, darauf hin, daß man noch vor Beginn der Fundamentierung im Wasser arbeiten und daß sie das Grundwasser untersuchen lassen sollen. Ing. T*** war vom Beklagten nicht nur mit der Planung, sondern auch mit der Bauüberwachung betraut; die Veranlassung einer Grundwasseruntersuchung fiel, wie

vom Berufungsgericht festgestellt wurde, grundsätzlich in seinen Aufgabenbereich und nicht in jenen der Klägerin. Auf Grund seines Hinweises, der zudem in Gegenwart des Beklagten erfolgte, bestand daher für eine zusätzliche Warnung des Beklagten durch die Klägerin keinerlei Veranlassung. Weitere Hinweise auf eine allfällige mögliche Aggressivität des Grundwassers erfolgten nach den Feststellungen des Erstgerichtes der Klägerin gegenüber vor der Herstellung der Fundamente nicht. Die von Ing. T*** gesprächsweise gegenüber Mitarbeitern der Klägerin geäußerte Anregung, das Grundwasser untersuchen zu lassen, konnte im übrigen von dieser schon deshalb nicht als bindender Auftrag gewertet werden, eine nicht in ihren Aufgabenbereich fallende Untersuchung durch einen branchenfremden Spezialisten durchführen zu lassen, weil gemäß Punkt 6.8 der ihrem Inhalt nach außer Streit gestellten, dem Werkvertrag zugrunde gelegten Leistungsbeschreibung (Beilage .T), alle vom Auftragnehmer, also der Klägerin, zu erbringenden Leistungen vor der Durchführung von der Bauaufsicht des Bauherrn schriftlich freigegeben werden mußten. Ein solcher schriftlicher Auftrag an die Klägerin wurde jedoch weder behauptet noch festgestellt.

In der Auffassung des Berufungsgerichtes, daß der Klägerin keine Verletzung ihrer Warnpflicht gegenüber dem Beklagten im Zusammenhang mit der Untersuchung des Grundwassers angelastet werden kann, noch sie in dieser Richtung eine Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten zu vertreten hat, kann daher keine unrichtige rechtliche Beurteilung erblickt werden. Erachtet aber das Berufungsgericht, ausgehend von einer richtigen Rechtsansicht, eine Ergänzung der Sachverhaltsgrundlage für erforderlich, kann der Oberste Gerichtshof, der nicht Tatsacheninstanz ist, den von der zweiten Instanz dem Erstgericht erteilten Aufträgen nicht entgegentreten. Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 ZPO.

Anmerkung

E12626

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1987:0080OB00588.87.1105.000

Dokumentnummer

JJT_19871105_OGH0002_0080OB00588_8700000_000

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at