

JUDIKATUR

Wieder einmal: Zur Warnpflicht des Werkunternehmers

1. Eine unrichtige Wiedergabe, eine unzutreffende Auslegung oder ein gänzlichcs Übergehen von Tatsachenbehauptungen oder sonstigem Parteivorbringen im Urteil des Berufungsgerichts kann einen wesentlichen Verfahrensmangel oder eine unrichtige rechtliche Beurteilung begründen.
2. Die Behauptung des Alleinverschuldens der Gegenseite beinhaltet einen Mitverschuldenseinwand.
3. Ein Werkbesteller muss sich nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen. Ein Mitverschulden kommt aber dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat.
4. Bei Vereinbarung einer bestimmten Konstruktion auf einer Liegenschaft schuldet der Werkunternehmer keinen funktionalen Erfolg.
5. Einem Werkbesteller kann durch die in eine Anweisung gekleidete Methoden- und Ausführungswahl, die durch die Mitwirkung von Sachverständigen überdies den Anschein der Richtigkeit erweckte, ein Mitverschulden an der Warnpflichtverletzung der Beklagten zuzumessen sein.

OGH 21.3.2013, 5 Ob 16/13h

Deskriptoren: Werkvertrag, Warnpflichtverletzung, Mitverschulden, sachverständige Gehilfen, (offenbar) unrichtige Anweisungen des Werkbestellers, Untauglichkeit des Stoffes, Baugrundrisiko, wesentlicher Verfahrensmangel, unrichtige rechtliche Beurteilung; §§ 1168a, 1299, 1302, 1313a ABGB, §§ 182, 182a, 482 ZPO.

Sachverhalt

Nachdem die Rechtsvorgängerin der Klägerin – der Einfachheit halber Klägerin genannt – bereits ein Hochregallager hergestellt hatte, bestellte sie als Generalunternehmer bei der Beklagten am daran angrenzenden Grundstück Pfahlgründungen, um darauf eine Halle zu errichten. Eine geotechnische Untersuchung bzw ein Bodengutachten hinsichtlich des Untergrundes, auf dem diese Halle errichtet werden sollte, wurde vor Durchführung der Pfahlarbeiten nicht bestellt und lag daher nicht vor. Allerdings lagen ein geotechnisches Gutachten bezüglich einer weiteren zuvor errichteten Halle unmittelbar neben dem Hochregallager sowie ein Kurzbericht eines Geotechnikers vor. In Anlehnung an die Gegebenheiten bei der Errichtung (Gründung) des Hochregallagers wurde in Absprachen zwischen dem Geotechniker und der Klägerin die Bauweise durch Pfahlgründung festgelegt, wobei auf die Setzungsempfindlichkeit des 18 m hohen, unmittelbar angrenzenden Hochregallagers mit seiner Ausstattung nicht eingegangen wurde.

In der Ausschreibung der Klägerin waren die Art der Gründung, die Pfahllänge und der Pfahltyp mit Vibrationspfählen bereits festgelegt.

Aufgrund der Vorgaben im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung wurde von einer Baustatiker GmbH ein Pfahlplan erstellt, nach dem insgesamt 282 Pfähle mit einem Durchmesser von 40 cm bis in eine Tiefe von 12 m unter Geländeoberkante eingebracht werden sollten, wobei diese Pfähle entlang des bestehenden Hochregallagers PPL 3, in einem Abstand von nur 1 m, mit einem Pfahlabstand von 1,2 m zueinander eingerammt werden sollten. Damit sollte der Abstand der neugerammten Pfähle zu den bestehenden Pfählen des Hochregallagers 2,1 m betragen.

Die beklagte Partei, die an diesen Vorarbeiten nicht beteiligt war, ist ein Spezialtiefbauunternehmen mit Erfahrung bei der Herstellung von Vibrationsortbetonpfählen.

In der Bestellung wurden zwischen den Streitteilen folgende Vertragsgrundlagen festgelegt:

- „1. Auftragschreiben [gemeint: Bestellung]
2. Das Verhandlungsprotokoll [...]
3. Die Vergabebestimmungen der Ausschreibung bzw des Leistungsverzeichnisses [...]

4. Die ‚Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Übertragung von Aufträgen‘ [...]
5. Die Bau- und Konstruktionspläne samt technischen Unterlagen
6. Die vorliegenden und noch zu beschaffenden behördlichen Bewilligungen
7. Das Angebot [...]
8. Alle einschlägigen technischen Ö-Normen
9. Die vereinbarten Leistungs-(Lieferungs-)Fristen bzw der Bauzeitplan [...]

Bei allfälligen Widersprüchen sollten die angeführten Vertragsgrundlagen gemäß ihrer Reihenfolge gelten. Hinsichtlich der die Beklagte betreffende Prüf- und Warnpflicht wurde keine nähere Festlegung getroffen. Im Protokoll über die Vergabeverhandlungen wurde keine Einschränkung dieser Pflichten vorgenommen.

In den „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Übertragung von Aufträgen“ wurde in Punkt 17 (Prüf- und Warnpflicht) festgehalten, dass „der Auftragnehmer alle Arbeitsunterlagen (Pläne, Beschreibungen usw) und die Situation auf der Baustelle unverzüglich genau zu prüfen und [...] auf Mängel, Bedenken und Risiken schriftlich hinzuweisen hat“. Der zweite Absatz dieses Punkts lautet „Der Auftragnehmer hat sich rechtzeitig über Risiken zu informieren, die durch seine Leistungen für benachbarte Grundstücke und Bauten entstehen können. Er hat geeignete Maßnahmen zur Verhinderung oder Beseitigung derartiger Schäden vorzukehren. Er hält den Auftraggeber diesbezüglich schad- und klaglos. Diese Maßnahmen sind durch das vereinbarte Entgelt abgegolten“.

Zusätzlich zu den ursprünglich ausgeschriebenen Leistungen bestellte die Klägerin noch, vor Beginn der Gründungsarbeiten auszuführende Rammsondierungen.

Der Pfahlplan des Baustatikers wurde durch den Geotechniker freigegeben und der Beklagten weitergeleitet. Diese ließ durch ein Vermessungsbüro auf der Baustelle die Positionen zur Pfählung markieren.

Die Beklagte erkannte kein Gefährdungspotential wegen des geringen Abstands der einzubringenden Pfähle zum Hochregallager, obwohl sie wusste, dass es durch das Einvibrieren der Pfähle zu einer Untergrundverdichtung kommt. Es erfolgte seitens der Beklagten kein Hinweis, dass die vorgegebene dichte Anordnung von Pfählen mit großem Rammquerschnitt und geringem Abstand zum Hochregallager Setzungen des Hochregallagers erwarten lasse. Die Beklagte hat auch keine Einholung eines geotechnischen Gutachtens verlangt.

Die Beklagte ging davon aus, dass die gewählte Methode zur Einbringung der Pfähle sehr erschütterungsarm sei, was allerdings nicht den Tatsachen entsprach. Sie wies nicht darauf hin, dass Erschütterungen am Hochregallager kontrolliert werden müssten. Es ist nicht er-

wiesen, dass entsprechende Warnungen durch die Beklagte erfolglos geblieben wären. Vielmehr hätte die Klägerin entsprechende geotechnische Bodenuntersuchungen bzw Erschütterungsmessungen beim Nachbargebäude vornehmen lassen.

Nach den vorherigen Rammsondierungen brachte die Beklagte die vorgegebenen 282 Pfähle entsprechend dem Pfahlplan und den Vorgaben durch den Geotechniker bzw des Leistungsverzeichnisses in den Untergrund ein. Im Zuge dessen wurde nicht auf wesentliche Erschütterungen beim Hochregallager durch Setzungsmessungen und Erschütterungsmessungen reagiert, solche Maßnahmen seitens der Beklagten auch nicht vorgeschlagen.

Bereits zwei Tage nach Beginn der Einbringung der Pfähle war eine Erschütterungsbelastung am Nachbargebäude bekannt.

Unmittelbar nach Abschluss der Pfahlarbeiten wurden aufgrund von Messungen die Setzungen am Hochregallager festgestellt, die zu einer Schiefstellung des Hochregallagers führten und die eindeutig auf die Einbringung der Pfähle zurückzuführen sind. Durch die Anbringung einer Vielzahl von Pfählen in zu engem Abstand zum Hochregallager bzw dem dortigen Pfahlbestand kam es zur Verdichtung der locker bis mitteldicht gelagerten Sand- und Kiesschichten um die Pfähle, aber auch zu einem Nachsacken des Bodens unterhalb des Hochregallagers und damit zu den Setzungen.

Nach Feststellung dieser Mängel wurde der Geotechniker durch die Klägerin mit der Erarbeitung einer geotechnischen Stellungnahme betraut. Darin führte er zusammenfassend aus, dass zwar mit einer gewissen Beeinflussung des Bestands durch die neuen Pfähle zu rechnen gewesen sei, allerdings keine maßgebende Einschränkung der Funktionstauglichkeit des Hochregallagers zu erwarten gewesen sei. Dass Setzungen im aktuellen Ausmaß auftreten würden, sei klar als nicht vorhersehbar einzustufen.

Die Klägerin begehrt ein Drittel des Schadens.

Als anspruchsbegründend wurde vorgebracht: Die Beklagte hätte als Fachfirma wissen und die Klägerin darüber aufklären müssen, dass es bei den gegebenen Bodenverhältnissen durch die vorgenommene Spezialgründung zu Setzungen kommen könne, die eine Schiefstellung des benachbarten Hochregallagers provozieren würden. Hätte die Beklagte auf diese Situation hingewiesen und allenfalls weitere Bodenuntersuchungen oder sonstige geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von Schäden gefordert, wäre die Bestellerin auch bereit gewesen, derartige Maßnahmen zu treffen. Die Beklagte hätte insbesondere auch auf die Problematik der massiven Anordnung von Pfählen im unmittelbaren Anschluss an das Hochregallager und die damit verbundene Gefahr hinweisen müssen. Die Beklagte hafte daher für den eingetretenen Schaden. Vor Beginn der Pfahlar-

beiten sei jedenfalls kein geotechnisches Gutachten zur Verfügung gestanden, was durch die vereinbarten Ö-Normen verpflichtend gewesen wäre.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und führte aus, sie habe die ihr aufgetragenen Arbeiten sach- und fachgerecht erbracht, und zwar entsprechend den ihr übergebenen Plänen, Berechnungen und Vorgaben. Die Klägerin habe bereits das Hochregal und eine weitere daran anschließende Halle errichtet und sei hinsichtlich der Baugrundbeschaffenheit sachverständig durch den Geotechniker beraten gewesen. Die Art der Herstellung des Werks sei durch den von der Klägerin beschäftigten Baustatiker erfolgt. Die Beklagte habe es lediglich übernommen, nach dem vorgegebenen Bohrungspfahlplan die Bohrpfähle einzubringen. Sie habe sich auf die Angaben der sachverständig beratenen Klägerin verlassen dürfen. Zu besonderen Prüfungen oder Untersuchungen sei sie nicht verpflichtet gewesen. Die Abklärungen und Vorgaben durch den Geotechniker seien schlüssig gewesen, es habe kein Warnbedarf bestanden. Risiken seien für die Beklagte nicht erkennbar gewesen. Eine Fehleinschätzung des Geotechnikers wäre nur durch ein weiteres Gutachten zu widerlegen gewesen, wozu kein Anlass bestanden habe. Die Beklagte habe keine vertragliche Verpflichtung zur Abklärung des Risikos betreffend das Nebengebäude übernommen. Im Weiteren berief sich die Beklagte auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten. Hätte sie die Klägerin gewarnt, hätte diese eben die Geotechnik AG betraut, die erwiesenermaßen ein unrichtiges Gutachten erstellt habe. Aus der Tatsache, dass weder die Klägerin noch die von ihr beigezogenen Unternehmen eine Überwachung des Nebengebäudes angeordnet hätten, hätte die Beklagte darauf vertrauen dürfen, dass dies nicht notwendig sei. Selbst wenn sie eine Warnpflicht getroffen hätte, trete ihr Verschulden in Relation zu jenem der Klägerin bzw des Geotechnikers derart in den Hintergrund, dass es zu vernachlässigen sei. Ein Vorbringen, dass sich die Anteile mehrerer Schädiger iSd § 1302 Satz 1 ABGB bestimmen ließen, wurde nicht erstatet.

Die Entscheidungen der Unterinstanzen

Das Erstgericht erkannte mit Zwischenurteil, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe.

Die Beklagte treffe als Werkunternehmerin zufolge § 1168a ABGB die Verpflichtung, die Bestellerin hinsichtlich der Untauglichkeit des gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen zu warnen. Eine solche Warnpflicht bestehe auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Werkbesteller. Wenn auch das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Zurechnungssphäre des Bestellers falle, könne doch daneben auch eine Warnpflicht

des Werkunternehmers bestehen. Er habe auf zumutbare Weise im gebotenen Ausmaß die Voraussetzungen für die Erfüllbarkeit seiner Leistungspflicht zu prüfen.

Im konkreten Fall habe die Beklagte ihre Warnpflichten insofern verletzt, als sie vor Baubeginn kein Bodengutachten oder eine geotechnische Stellungnahme hinsichtlich des Untergrundes der neu zu errichtenden Halle verlangt habe. Die Beklagte habe auch gewusst, dass die Anzahl, das Ausmaß und der Abstand der Pfähle untereinander und zum Hochregallager zu einer Untergrundverdichtung führen werde und dennoch keine Kontrollmaßnahmen angeraten oder durchgeführt. Über diese Gefahr hätte die Beklagte die Klägerin aufklären müssen. Dazu habe sie sich auch in Punkt 17 der Allgemeinen Vertragsbedingungen verpflichtet. Der Beklagten sei auch anzulasten, dass sie keine Kontrolle der bei Einbringung der Pfähle hervorgerufenen Erschütterungen durchgeführt habe. Ihr Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei durch die getroffenen Feststellungen widerlegt.

Der dagegen von der Beklagten erhobenen Berufung gab das Gericht zweiter Instanz nicht Folge.

Darin, dass das Erstgericht keine Anleitung zur Erhebung des Mitverschuldenseinwands erteilt hat, liege zunächst keine Mangelhaftigkeit des Verfahrens. Eine Belehrung der Beklagten über die Möglichkeit der Erhebung eines Mitverschuldenseinwands wäre nur dann geboten gewesen, wenn die Beklagte entsprechende Tatsachen behauptet hätte. Die Beklagte habe es unterlassen, im erstinstanzlichen Verfahren ein Vorbringen dahin zu erstatten, dass sich die Anteile mehrerer Schädiger iSd § 1302 Satz 1 ABGB bestimmen ließen.

In rechtlicher Hinsicht teilte das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichts. Die Verpflichtung zur Durchführung erforderlicher Bodenuntersuchungen treffe – mangels anderer Vereinbarungen – den Bauherrn. Dass nicht dieser, sondern der Bauunternehmer die Bodenverhältnisse zu prüfen habe, müsste mit hinlänglicher Deutlichkeit vereinbart werden, da den Besteller im Rahmen seiner eigenen vertraglichen Nebenpflichten die sich aus den Besonderheiten des zu erbringenden Werks jeweils ergebende Verpflichtung zur Aufklärung und Mitwirkung treffe.

Die Warnpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber sei aber in der Regel höher zu veranschlagen als jene des Werkbestellers, der sich selbst bei Inanspruchnahme eines sachverständigen Beraters letztlich doch der Fachkunde des Unternehmers anvertraue. Müsse ein Werkunternehmer, der bei Ausführung eines qualifizierten Gewerbes auch als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB anzusehen sei, schon aufgrund des von ihm zu fordernden Fachwissens ohne besondere weitere Untersuchungen aus der Beschaffenheit der von anderen Werkunternehmern geleisteten Vorarbeiten erkennen,

dass bei eigener vertragsgemäßer Werkleistung die Gefahr des Misslingens des Gesamtwerks und eines Schadens für den Besteller drohe und die anerkannten Regeln der Technik missachtet würden, denn habe er diesen „offenbar“ auf Bestellerseite liegenden Gefahrenumstand wahrzunehmen und den Besteller darüber aufzuklären. Regelwerke wie Ö-Normen stellten dabei eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den Werkunternehmer dar. Die in Ö-Norm B 2110 (P 6 2 4) und in § 1168a ABGB festgelegten Warnpflichten seien inhaltlich weitgehend identisch. Der Werkunternehmer müsse demnach warnen, wenn die Untauglichkeit des beigegebenen Stoffes oder aber die Unrichtigkeit der Anweisung des Werkbestellers offenbar sei bzw wenn der Werkunternehmer aufgrund der zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt Mängel und Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung haben müsse.

Zusammengefasst ergebe sich, dass die Beklagte die Klägerin darauf hinweisen hätte müssen, dass bei der Art der vorgeschriebenen Pfahlgründung mit Vibrationsortbetonpfählen Setzungen zu erwarten seien bzw ein geotechnisches Gutachten vorliegen müsste und die Erschütterungen am Hochregallager kontrolliert werden müssten. Außerdem hätte die Beklagte im Zeitpunkt der Erkennbarkeit der Erschütterungsbelastung am bestehenden Hochregallager ihren Besteller warnen müssen, weil ihr als Spezialunternehmen für Pfahlarbeiten die Möglichkeit eines Schadenseintritts zu diesen Zeitpunkt erkennbar sein musste.

Einen Mitverschuldenseinwand der Beklagten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht zu beachten unterließ das Berufungsgericht mit der Begründung, dass kein entsprechendes Vorbringen hiezu in erster Instanz erstattet worden sei und als unzulässige Neuerung daher unbeachtlich wäre.

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision der Beklagten ist teilweise berechtigt.

Aus den Entscheidungsgründen:

1.1. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist auf die Frage eines etwaigen eigenen Verschuldens des Geschädigten zwar nicht von Amts wegen einzugehen, es ist aber auch nicht erforderlich, dass ein Mitverschulden ausdrücklich geltend gemacht wird. Es genügt, wenn sich dem Vorbringen des Beklagten entnehmen lässt, dass damit ein Verschulden des Verletzten behauptet wird (RIS-Justiz RS0027103; zuletzt 7 Ob 111/08m; 7 Ob 198/08f; 5 Ob 35/11z; RIS-Justiz RS0027129 [T7]; 1 Ob 214/98x SZ 72/4).

1.2. Eine unrichtige Wiedergabe, eine unzutreffende Auslegung oder ein gänzlich übergehendes von Tatsachenbehauptungen oder sonstigem Parteivorbringen im

Urteil des Berufungsgerichts kann einen wesentlichen Verfahrensmangel oder eine unrichtige rechtliche Beurteilung begründen (3 Ob 280/06g Zak 2007/227, 132 mwN).

1.3. Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte ein Alleinverschulden der Werkbestellerin bzw der von ihr betrauten Unternehmen am Misslingen des Werks durch unrichtige Weisungen behauptet; eine eigene (bestrittene) Warnpflichtverletzung trete demgegenüber in den Hintergrund. Diese Behauptung wird vom Sachvorbringen der Beklagten [...] unterstützt. Die Beklagte vertritt hierbei zusammengefasst den Standpunkt, dass die [Bestellerin] [...] unmittelbar neben dem hier verfahrensgegenständlichen Bauplatz bereits eine Produktionshalle und das (durch die Pfahlarbeiten beschädigte) Hochregallager errichten hätte lassen, hinsichtlich der Baugrundbeschaffenheit und der statischen Gegebenheiten sohin informiert gewesen sei und daher keine diesbezügliche Aufklärungsbedürftigkeit bestanden habe. Auch die Beklagte habe sich auf die Angaben [der Bestellung] verlassen dürfen, ohne zu besonderen Prüfungen und Untersuchungen verpflichtet gewesen zu sein. Aufgrund der Abklärungen und Vorgaben eines Geotechnikers und Statikers habe keine besondere (weitergehende) Aufklärungsbedürftigkeit der [Bestellerin] bestanden. Fehleinschätzungen der Sachverständigen der [Bestellerin] wären nur durch Sachverständige zu widerlegen gewesen. Auch habe die Beklagte keine Verpflichtung übernommen, allfällige Risiken für das Nebengebäude abzuklären. Das sei Sache der [Bestellerin] gewesen.

Bei dieser Behauptungslage wären die Vorinstanzen – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – gehalten gewesen, die festgestellten Tatsachen auch unter dem Aspekt eines Mitverschuldenseinwands der Beklagten zu beurteilen.

2. Einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (im Sinne des eventualiter gestellten Berufungsantrags) bedarf es jedoch nicht. Die von der Revisionswerberin in den Vordergrund gestellte sekundäre Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt nämlich nicht vor. In Wahrheit handelt es sich bei den aufgeworfenen Fragen nämlich um Rechtsfragen. Die Sache ist daher zur abschließenden rechtlichen Beurteilung über den Grund des Anspruchs entscheidungsreif.

3. Voranzustellen ist der rechtlichen Beurteilung, dass die Werkbestellerin in [ihrer Bestellung] hinsichtlich der konkreten Ausführungsart am konkreten Ort detaillierte Anweisungen erteilte, die sich in der Folge als unrichtig erwiesen. Die Ursache der Unrichtigkeit lag zusammengefasst darin, dass bei Festlegung der Ausführungsmodalitäten am konkreten Standort auf die Setzungsfährdung des angrenzenden Hochlagers, das die Bestellerin zuvor in derselben Ausführungsart hatte errichten

lassen, nicht Bedacht genommen wurde. Die Beklagte wiederum hatte als Spezialtiefbauunternehmen Erfahrung bei der Herstellung von Vibrationsbetonpfählen und wusste, dass es dabei zu Bodenverdichtungen kommt.

3.1. Vom Werkbesteller dem Werkunternehmer zur Verfügung gestellte Pläne sind „Stoff“ iSd § 1168a ABGB (2 Ob 185/10k ZVB 2011/110, 390 [Hiltz]; RIS-Justiz RS0022045 [T17]; RS0022075 [T2, T3]). Gibt der Besteller dem Unternehmer nicht nur das Ziel vor, sondern schreibt ihm auch die Art der Herstellung verbindlich vor, so liegt eine Anweisung vor (6 Ob 120/10f; Iro in ÖJZ 1983, 506; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 1168a Rz 33; *M. Bydlinski* in *KBB3* § 1168a ABGB Rz 6), mit der der Besteller die Festlegung des Herstellungsprozesses zu seiner Sache macht und damit eine Tätigkeit übernimmt, die üblicherweise dem Unternehmer zukommt (*Kletečka* aaO; 2 Ob 52/03s *ecolex* 2003/269; *Kurschel*, Gewährleistung 22).

3.2. Unrichtig ist eine derartige Anweisung dann, wenn sie die vertragskonforme Herstellung des Werks verhindert. Ob sie offenbar unrichtig ist, ist für die Warnpflichtverletzung von Bedeutung (*Kletečka* aaO Rz 29).

4. Zufolge § 1168a ABGB ist der Werkunternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffs oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers misslingt und er den Besteller nicht gewarnt hat. 4.1. „Offenbar“ im Sinn der zitierten Gesetzesstelle ist alles, was vom Unternehmer bei der von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muss (1 Ob 769/83 SZ 57/18 mwN, 10 Ob 205/01x SZ 2002/23, RIS-Justiz RS0022259), wobei der Unternehmer für die Anwendung der in seinem Beruf üblichen Sorgfalt regelmäßig als Sachverständiger (§§ 1299 f ABGB) anzusehen ist, sodass er die üblichen Branchenkenntnisse zu gewährleisten hat (9 Ob 98/06m; 2 Ob 277/08m ZVB 2010/38 [Michl]; *M. Bydlinski* in *KBB3* § 1168a Rz 7 mwN).

4.2. Die Beklagte hatte als Spezialunternehmen für Tiefbau jene Sorgfalt an den Tag zu legen, die man sich von einem Fachmann ihrer Profession nach dem Stand der Technik erwarten durfte (1 Ob 144/00h bbl 2001/41; 6 Ob 276/02k RdW 2004/52). Sie war nicht verpflichtet, auf eigene Kosten Spezialisten beizuziehen oder Gutachten einzuholen (RIS-Justiz RS0021971; 2 Ob 52/03s). Sie wusste, dass es durch das Einvibrieren der Pfähle zu einer Untergrundverdichtung kommen werde. Dennoch erkannte sie nicht, dass infolge des geringen Abstands der einzubringenden Pfähle zum Hochregallager und die vorgegebene dichte Anordnung von Pfählen mit großem Rammquerschnitt die Gefahr von Setzungen im Bereich des Hochregallagers bestand. Diese Gefahr hätte ihr aber beim anzulegenden Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB aufgrund ihrer spezifischen Fachkennt-

nisse bewusst sein müssen. Insofern war die Untauglichkeit (Unrichtigkeit) der ihr erteilten Ausführungsanweisungen für sie „offenbar“ im Sinn des § 1168a ABGB. Deshalb unterblieb eine Abklärung der Risiken für das Nebengebäude.

5. Die Beklagte hat, wie oben dargestellt, den Einwand des Mitverschuldens der Werkbestellerin an der bewirkten Warnpflichtverletzung ohne Verletzung des Neuerrungsverbots (§ 482 ZPO) erhoben:

5.1. Nach ständiger Rechtsprechung besteht eine Warnpflicht grundsätzlich auch gegenüber dem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller (*Krejci* in Rumel³ § 1168a ABGB Rz 32 mwN; RIS-Justiz RS0021906 ua).

5.2. Ungeachtet der von einem Teil der Lehre geäußerten Bedenken, dass ein Besteller-Mitverschulden im Gefahrtragungssystem der §§ 1168, 1168a ABGB keinen Platz habe (vgl die Darstellung in: *Vollmaier*, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung – Zurechnung von Dritten, RdW 2010/77, 67 FN 9), wurde dem Besteller ein Fehlverhalten von Vorunternehmern, die Pläne, Gutachten und Beratung bereitgestellt haben, als Mitverschulden zugerechnet (RIS-Justiz RS0028751; RS0021646; 1 Ob 769/83 SZ 57/18).

Das ist jedoch von jüngerer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0021766 [T3]; 4 Ob 283/98s ecolex 1999, 393; 6 Ob 658/94 ecolex 1995, 714; 4 Ob 137/11t ZVB 2012/37, 128 [Zörer]) dahin eingeschränkt worden, dass sich ein Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss. Ein Mitverschulden kommt aber dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (RIS-Justiz RS0021766 [T3]; zuletzt 4 Ob 137/11t ZVB 2012/37, 128 [Zörer]).

5.3. Treffen also den Werkbesteller qualifizierte vertragliche Mitwirkungspflichten, muss er sich auch Fehler jener fachkundigen Vorunternehmer anrechnen lassen, die ihm untauglichen Stoff oder unrichtige Pläne und Gutachten geliefert haben (§ 1313a ABGB). Die Beziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein noch nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Werkbestellers. Entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen haben.

6. Zur Klärung der Frage, ob die Werkbestellerin im gegenständlichen Fall verpflichtet war, ist – wie oben dargestellt – maßgeblich, dass sie [bei] der Beklagten [...] [verbindlich die] Herstellungsmethode [bestellt] hat. Sie hat mit dieser Anweisung die Methodenauswahl und

die Festlegung des Herstellungsprozesses zu ihrer Sache gemacht und damit eine Tätigkeit, die üblicherweise dem Werkunternehmer zukommt, übernommen (*Kletečka* aaO § 1168a Rz 33).

Dass sie zur Erstellung des exakt ausgearbeiteten Ausführungsplans Fachleute, nämlich Sachverständige aus dem Bereich der Geotechnologie und der Baustatik heranzog und die Beklagte mit der Umsetzung [betrante], ändert nichts daran, dass sie damit eine eigene vertragliche Mitwirkungspflicht übernommen hat. Sie hat die Art und den Umfang der Pfahleinbringung und die Örtlichkeit bindend festgelegt, ohne dem Werkunternehmer zu erkennen zu geben, an seiner fachlichen Ansicht oder Kritik an der Ausführungsart interessiert zu sein. Sie hat daher iSd § 1313a ABGB für die von ihren Gehilfen verschuldete Fehlerhaftigkeit ihrer Anweisung einzustehen.

7. Soweit der Beklagten von den Vorinstanzen vorgeworfen wurde, sie hätte eine geotechnologische Untersuchung verlangen müssen, ist Folgendes zu entgegenen: Der Boden, auf dem ein Gebäude errichtet werden soll, ist ein Werkbeitrag des Bestellers, also „Stoff“ iSd § 1168a ABGB, weshalb verkürzt das sogenannte „Baugrundrisiko“ allgemein dem Besteller zugeordnet wird. Bei Vereinbarung einer bestimmten Konstruktion auf einer Liegenschaft schuldet der Werkunternehmer keinen funktionalen Erfolg (vgl *Wenusch*, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, ecolex 2010, 841), muss aber vor einer ihm offenbaren Gefahr des Misslingens des Werks warnen (vgl auch *Thunhart*, Das Baugrundrisiko, bbl 2006, 127 [134 ff]). Den für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Feststellungen ist nun keineswegs zu entnehmen, dass unerwartete oder unerkannte Beschaffenheiten der Bodenverhältnisse für die stattgefundenen Setzungen am Nachbarbauwerk kausal gewesen wären.

8. Eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt der AGB der [Bestellerin] [...] kann unterbleiben, weil darin keine Abweichungen von der durch § 1168a ABGB gegebenen Rechtslage erkannt werden können.

9. Es ist daher dahin zusammenzufassen, dass der Werkbestellerin durch die in eine Anweisung gekleidete Methoden- und Ausführungswahl, die durch die Mitwirkung von Sachverständigen überdies den Anschein der Richtigkeit erweckte, ein Mitverschulden an der Warnpflichtverletzung der Beklagten zuzumessen ist.

Diesem Mitverschulden kommt allerdings im Verhältnis zur Warnpflichtverletzung durch die Beklagte geringere Bedeutung zu, weil letztere als Werkunternehmerin für besondere Kenntnisse in Fragen der Tiefbohrung einzustehen hat. Eine derart vorgenommene Abwägung führt zu einer Bemessung im Verhältnis von 2 : 1 zum Nachteil der Beklagten.

In diesem Sinn war eine Abänderung des angefochtenen Zwischenurteils vorzunehmen.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Der OGH hält einen Passus, wonach sich der Werkunternehmer „über Risiken zu informieren“ (also aktiv zu werden) hat, als der Rechtslage gemäß § 1168a ABGB entsprechend, obwohl dort nur die Rede von „offenbaren“ Umständen ist. Das zu „offenbar“ wohl synonyme „offensichtlich“ erfordert aber nach einer – nicht einen Werkvertrag betreffenden Entscheidung – kein aktives Tun („Das Merkmal der Offensichtlichkeit erfordert einen derart deutlichen Verstoß, dass er sich einem verständigen Anwender unmittelbar erschließt“; 8 Ob 135/04t). Er setzt damit die strenge Judikaturlinie, die seit *Iro*, ÖJZ 1983, 506 aus der Warnpflicht auch eine Prüfpflicht macht, fort. In der gegenständlichen Entscheidung dürfte das aber ohne Belang sein, weil die betreffenden Umstände ohnehin (auch ohne Überprüfung) für die Werkunternehmerin „offensichtlich“ gewesen sind.

Der OGH stellt fest, dass eine Anweisung dann unrichtig ist, wenn sie die vertragskonforme Herstellung des Werks verhindert. Diese nur en passant getroffene Aussage, die ge-

genständlich nicht weiter problematisch ist, sollte nicht unreflektiert verallgemeinert werden: Oft ist eine Anweisung wohl ein Teil der Bestellung – nur ausnahmsweise besteht nämlich ein Recht, nachträglich (also nach Vertragsabschluss) Anordnungen zu treffen. Ist eine Anweisung Teil der Bestellung, so wird sie bei Annahme durch den Unternehmer zum Vertragsinhalt – insoweit kann sie eine vertragskonforme Herstellung nicht verhindern. Die Warnpflicht geht über die vertragskonforme Herstellung des zu errichtenden Werkes hinaus: Ein Fußboden, der in bester Qualität geliefert und verlegt wird, der also völlig vertragskonform ausgeführt wird, kann trotzdem ungeeignet sein, weil er der zu erwartenden Beanspruchung nicht gewachsen ist, und deshalb den Unternehmer zu einer entsprechenden Warnung verpflichten (vgl. OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y). Eine Anweisung ist also sicher unrichtig, wenn sie die vertragskonforme Herstellung des Werks verhindert, nur ist eine Unrichtigkeit nicht auf diesen Fall (der wohl eher selten anzutreffen sein dürfte) beschränkt.