

## Und wieder einmal: Warnpflicht oder Prüfpflicht

1. Das Ausmaß der Pflicht zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben und Weisungen des Werkbestellers richtet sich nach den Fachkenntnissen, die der Werkunternehmer zu vertreten hat und nach der Zumutbarkeit der Durchführung solcher Prüfungsmaßnahmen.
2. „Offenbar“ im Sinn des § 1168a ABGB ist der Mangel eines Stoffs nicht nur dann, wenn er in die Augen fällt und jedermann sogleich erkennbar ist, sondern auch dann, wenn der Mangel bei der auf Seite des Unternehmers vorausgesetzten Fachkenntnis bei sachgemäßer Behandlung des Stoffs und Ausführung der Arbeit von diesem erkannt werden muss.

OGH 4.9.2013, 7 Ob 119/13w

Deskriptoren: Gewährleistung, Warnpflicht(verletzung), Werklohn-fälligkeit; §§ 922–933b, 1168a, 1170 ABGB.

---

### Sachverhalt

Das Erstgericht traf (verkürzt) folgende Feststellungen<sup>1</sup>: Der Beklagte bestellte bei der Klägerin die Lieferung und Montage einer thermisch nicht getrennten Aluminium/Glas-Überdachung für sein Haus. Er wollte dessen Terrasse deshalb überdachen, weil sie undicht war und die darunterliegende Garage und Nebenräumlichkeiten beeinträchtigt waren.

Der Beklagte wollte zunächst, dass die Konstruktion auf der bestehenden Terrassenbrüstung aufsetzt. Aus statischen Gründen – bei der Terrassenbrüstung handelt es sich um vorgehängte Betonteile – kamen die Streitteile nach dem ursprünglichen Vertragsabschluss überein, die Überdachungskonstruktion nicht auf die Brüstung, sondern unmittelbar dahinter auf den Boden aufzusetzen.

Vor der Montage der Konstruktion überprüfte seitens der Klägerin niemand den Bodenaufbau der Terrasse, auf der Natursteinfliesen gelegt waren, auf die Art der

Beschaffenheit. Der Beklagte hat Mitarbeiter der Klägerin zwar darüber informiert, dass auf der Stahlbetondecke grundsätzlich eine Schüttung und darauf mehrere Zentimeter Estrich angebracht seien, ihnen aber auch mitgeteilt, dass die Steher nach unten verankert werden können, weil der Randbereich durchgehend betoniert und dort keine Schüttung sei.

Die Mitarbeiter der Klägerin haben keine Nachschau unter den Gesteinsmatten im relevanten Bereich vorgenommen.

Anlässlich der Montage bemerkten die Monteure der Klägerin, dass die bereits zuvor eingepassten Steher mangels festen Untergrundes nicht am Boden fixiert werden konnten, weil sich im Bereich der geplanten Aufstellung der Steher doch kein betonierter Bereich mehr, sondern bereits Schüttung befand.

Mangels anderer Alternativen und um einen Abbau der bereits montierten Dachteile der Konstruktion zu verhindern, befestigten die Monteure der Klägerin die Steher mit Schrauben seitlich an die Terrassenbrüstung.

Die klagende Partei wies den Beklagten in weiterer Folge darauf hin, dass die Steherbefestigung in der Brüstung nur provisorisch sei und dass sämtliche Steher, die in der Brüstung befestigt wurden, mit speziellen Verschraubungen bzw mit einer Druckverteilerplatte nachgerüstet werden müssten, womit Mehrkosten entstehen würden. Eine Befestigung der Druckverteilungsplatte auf der Stahlbetondecke war seitens der Klägerin zu die-

---

1 Die Entscheidungen des Erst- und des Berufungsgerichts wurden dankenswerterweise vom verfahrensbeteiligten RA Mag. *Dieter Koch*, Bruck an der Mur, zur Verfügung gestellt.

sem Zeitpunkt jedoch nicht geplant. Der Beklagte war nicht bereit, die Mehrkosten dieser Maßnahmen zu tragen und die Arbeiten unterblieben daher schließlich auch.

Letztlich legte die klagende Partei die Schlussrechnung. Sie klagt schließlich diesen Betrag unter Abzug der bereits geleisteten Zahlungen ein.

Unter Berücksichtigung des Terrassenaufbaues ist die Standsicherheit des Werks der Klägerin nicht ausreichend gewährleistet. Auch sind die Brüstungselemente nicht dazu geeignet, irgendwelche zusätzlichen Lasten aufzunehmen.

Die Aufständigung eines tragenden Bauteils auf der Fußbodenkonstruktion entspricht in keinem Fall dem Stand der Technik. Die Fußbodenkonstruktion hätte im Bereich der Steher zur Gänze entfernt werden müssen und die Konstruktion unmittelbar auf die Rohdecke aufgelagert werden müssen (dies mit den geeigneten Nebenarbeiten wie Rücksichtnahme auf Abdichtung bzw auf die eventuell notwendige Ausschaltung von Wärmebrücken). Auch Druckverteilungsplatten hätten unmittelbar auf der Stahlbetondecke aufgelagert werden müssen.

Lediglich als kurzzeitiges Provisorium ist die von der Klägerin errichtete Konstruktion akzeptabel.

Für die Mängelbehebung wären die Krafeinleitungen der vertikalen Steher in den Boden zu ändern. Hierfür wären teilweise Verschiebungen der Steher notwendig, teilweise wären Öffnungen des Terrassenbodens mit sämtlichen Nebenarbeiten, wie zusätzlichen Abdichtungsarbeiten etc notwendig.

Die Klägerin bot im Verfahren an, auf Kosten des Beklagten die Steherverlängerung auf die Stahlbetondecke durchzuführen – dieser ist jedoch nicht bereit, den Mehraufwand, der durch eine Verlängerung der Steher auf die Betonplatte entstehen würde, zu bezahlen.

### Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Rechtlich urteilt das Erstgericht, dass die klagende Partei aufgrund des Werkvertrages mit dem Beklagten eine ordnungsgemäß montierte Überdachkonstruktion schuldet. Da die klagende Partei ihrer Verpflichtung zur Behebung von vorliegenden Mängel bisher nicht nachgekommen sei, sei der Werklohnanspruch der klagenden Partei auch noch nicht fällig, sodass das Klagebegehren abzuweisen sei.

Es führt weiters aus, dass die Klägerin im konkreten Fall den Terrassenboden überhaupt nicht überprüft hat. Dabei sei freilich zu prüfen, inwieweit die Informationen des Beklagten über den Bodenaufbau die Klägerin von eigenen Nachforschungen befreit haben. Der Beklagte hatte zum Bodenaufbau zunächst mitgeteilt, dass dieser eine Schüttung und einen Estrich aufweise, und später

dann, dass rundum ein „Betonkranz“ sei, auf den aufgelagert werden könnte. In einer Zusammenschau dieser Informationen ergebe sich, dass diese Informationen – wenn schon nicht widersprüchlich – dann doch nachforschungsbedürftig seien, weil beispielsweise irgendwo eben auch ein Übergangsbereich zwischen Betonkranz und Schüttung sein müsse. Dabei sei natürlich das Wissens- und Erfahrungspotential der Streitparteien zu berücksichtigen. Der Beklagte, als Laie auf der einen Seite, auf der anderen die klagende Partei als Sachverständige für den gegenständlichen Bereich. Der Werkunternehmer habe in diesem Punkt nicht mit der erforderlichen Gründlichkeit die Untergrundsituation ermittelt.

Das von der klagenden Partei angerufene Berufungsgericht urteilt zur Rechtsrüge:

Misslingt das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer gemäß § 1168a letzter Satz ABGB für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.

Erteilt ein Besteller eine Anweisung, so hat ihn der Werkunternehmer davor zu warnen, wenn er erkennen musste, dass diese Weisung offenbar unrichtig ist. Der Unternehmer ist im Rahmen seiner Warnpflicht grundsätzlich nicht gehalten, besondere, sonst nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen. Er hat auch grundsätzlich nur jene Ausführungsunterlagen bzw Weisungen zu überprüfen, die Grundlage für das Gelingen des von ihm herzustellenden Werkes sind. Der Unternehmer muss die Anweisung des Auftraggebers aber „durchdenken“. Es genügt, wenn er dabei jene Aufmerksamkeit an den Tag legt, die bei der Übernahme von Werkaufträgen für Fachleute seiner Art redlicherweise nach Treu und Glauben üblich ist. Der Werkunternehmer muss die von einem fachentsprechenden Sachverständigen zu erwartenden Kenntnisse und Fähigkeiten bei der Untersuchung einsetzen. Muss der Unternehmer annehmen, dass dem Besteller die Umstände zum Entfall seiner weitergehenden Prüfpflicht nicht bekannt sind oder bekannt sein müssen, so hat er ihn auf jeden Fall schon allein aufgrund seiner vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflicht darauf aufmerksam zu machen, dass er von einer weiteren Prüfung absieht. Die Warnpflicht des Unternehmers besteht auch gegenüber dem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller. Sie entfällt nur dann, wenn sich der Besteller selbst von der Untauglichkeit der von ihm erteilten Weisung überzeugen kann. Der Unternehmer wird aber nur entlastet, wenn er davon ausgehen darf, dass der Besteller über Mängel seiner Sphäre durchaus Bescheid weiß und das Risiko der Werkerstellung dennoch übernimmt (vgl RIS-Justiz RS0021744; 7 Ob 517/96 mwN ua).

Die Warnpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber besteht auch dann, wenn sich erst im Zuge der Ar-

beiten herausstellt, dass ein zunächst unbekannter Fehler tatsächlich vorliegt. Der Unternehmer muss alle Maßnahmen treffen, um den Fehler unwirksam zu machen oder, wenn das besondere Kosten verursacht oder nicht aussichtsreich ist, den Besteller von den Fehlern und dessen Folgen in Kenntnis setzen. Dem Besteller bleibt es überlassen, von der Ausführung des Werks abzusehen, seine Anweisungen abzuändern oder zurückzuziehen (vgl. RIS-Justiz RS0021741; 6 Ob 274/04v ua). Rechtsfolge der Warnpflichtverletzung ist der Verlust des Anspruches auf das Entgelt und die Verpflichtung, den weitergehenden Schaden zu ersetzen. Zum zu ersetzenden Schaden gehören auch die Verbesserungskosten. Lässt ein Werkbesteller einen „provisorischen“ Einbau zu und gibt er damit zu erkennen, dass er (weiterhin) auf Erfüllung seines Anspruchs besteht, dann darf aus dem Einbauenlassen nicht geschlossen werden, dass der Beklagte auf ordnungsgemäße Erfüllung verzichtet hat. In diesem Fall kommt der Einwand der mangelnden Fälligkeit zum Tragen (vgl. 7 Ob 517/96).

Der Beklagte informierte zwar die Klägerin dahingehend, dass die Steher nach unten verankert werden können, weil der Randbereich durchgehend (von ihm) betoniert worden sei (und dort eben keine für die Tragfähigkeit problematische Schüttung sei). Die Klägerin hätte aber diesen Angaben des Beklagten nicht vertrauen dürfen, sondern den Untergrund im fraglichen Bereich vor Anbringen der Steher selbst überprüfen müssen. Der Klägerin ist jedenfalls anzulasten, dass sie die Eignung des Untergrundes zur Verankerung der Steher nicht selbst überprüft hat.

Der Kläger (gemeint wohl: der Beklagte) kann im Rahmen des von ihm eingewendeten Verbesserungsanspruchs die nachträgliche Herstellung einer statisch ausreichenden Konstruktion verlangen, nachdem er sich für die Aufrechterhaltung des Werkvertrages und nicht für einen Vertragsrücktritt entschieden hat.

Die Beseitigung der von der Klägerin zu vertretenden Mängel steht noch aus. Mangels vollendeter Werkleistung ist der Werklohn also gemäß § 1170 ABGB noch nicht fällig und das Klagebegehren daher abzuweisen.

Die Revision ist zulässig, weil – soweit ersichtlich – eine oberstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage fehlt, ob die Nachforschungspflicht eines Werkunternehmers hinsichtlich der Eignung des Untergrundes für Bauwerke dann entfällt, wenn der Werkbesteller diesen selbst hergestellt und über dessen Beschaffenheit unrichtige bzw. ungenaue Angaben gemacht hat.

#### **Aus den Entscheidungsgründen:**

Die Revision wird vom OGH zurückgewiesen, weil die im Revisionsverfahren strittige Frage einer Warnpflichtverletzung der Klägerin auf Grundlage der bereits vor-

liegenden Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs geklärt werden kann.

[...]

2. Der Besteller eines Werks ist auch dann, wenn er die unvollständige Erfüllung angenommen hat und deren Verbesserung verlangt, berechtigt, die ganze Gegenleistung bis zur gehörigen Erfüllung des Vertrags, also bis zur Verbesserung des mangelhaften Werks zu verweigern. Denn die Einrede soll nicht nur den Leistungsberechtigten sichern, sondern auch auf den Willen des Gegners einen Druck ausüben, wobei dieses Recht auf Verweigerung der Gegenleistung lediglich durch das Verbot der schikanösen Rechtsausübung beschränkt ist (RIS-Justiz RS0021730, RS0021872). Hat der Besteller infolge Lieferung ungeeigneten Stoffs oder durch seine Anweisungen über die Ausführung des Werks selbst den Erfolg vereitelt oder den mangelhaften Erfolg herbeigeführt, scheidet im gleichen Umfang jede Gewährleistung des Werkunternehmers aus, wenn diesem eine schuldhaftige Verletzung der ihm obliegenden Warnpflicht nicht zur Last fällt (RIS-Justiz RS0021932, RS0022167).

3. Ob im Einzelfall das Unterbleiben der Aufklärung über einen – bei vor auszusetzender Sachkunde - erkennbaren Umstand eine schuldhaftige, haftungsbegründende Warnpflichtverletzung darstellt, bildet wegen der Kasuistik der Fallgestaltung keine allgemein bedeutsame Frage des materiellen Rechts, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukäme (RIS-Justiz RS0116074).

4. Der Unternehmer ist zwar in der Regel nicht gehalten, im Rahmen der ihn nach § 1168a ABGB treffenden Verpflichtung besondere, sonst nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen. Er hat den Besteller nur zu warnen, wenn er bei gehöriger, von ihm zu erwartender Sachkenntnis die Untauglichkeit des ihm zur Verfügung gestellten Stoffs erkennen musste. Das Ausmaß der Pflicht zur Überprüfung der Richtigkeit der Angaben und Weisungen des Werkbestellers richtet sich aber nach den Fachkenntnissen, die der Werkunternehmer zu vertreten hat und nach der Zumutbarkeit der Durchführung solcher Prüfungsmaßnahmen (RIS-Justiz RS0021744). Offenbar im Sinn des § 1168a ABGB ist der Mangel eines Stoffs nicht nur dann, wenn er in die Augen fällt und jedermann sogleich erkennbar ist, sondern auch dann, wenn der Mangel bei der auf Seite des Unternehmers vorausgesetzten Fachkenntnis bei sachgemäßer Behandlung des Stoffs und Ausführung der Arbeit von diesem erkannt werden muss (RIS-Justiz RS0022227). Dass das Gesetz auf das Misslingen wegen offener Untauglichkeit abstellt, bedeutet nicht, dass dem Werkunternehmer die Untauglichkeit des Stoffs oder die Unrichtigkeit der Angaben des Bestellers unabhängig von jeglicher Untersuchung „in die Augen fallen müssten“, und dass ihn keinerlei Untersuchungspflicht trifft; sorgfältig-

ges Vorgehen – und damit eine den üblichen Gepflogenheiten eines ordentlichen Unternehmens entsprechende Untersuchungspflicht – ist vielmehr geboten (RIS-Justiz RS0022216).

5. Die Klägerin war vom Beklagten mit der Lieferung und Montage einer thermisch nicht getrennten Aluminium/Glasüberdachung der Terrasse beauftragt. Bei einer – entsprechend den üblichen Gepflogenheiten eines ordentlichen Unternehmens – durchgeführten Überprüfung des Fußbodenaufbaus durch Vornahme einer Bohrung oder durch Öffnen mittels Trennscheibe wäre der Klägerin dessen fehlende Eignung zum Anbringen der Steher jedenfalls aufgefallen. Nach Ansicht der Vorinstanzen hätte die Klägerin den Beklagten vor dieser of-

fenbar fehlenden Eignung des Fußbodenaufbaus warnen müssen. Die Überprüfungs- und Warnpflicht sei auch nicht im Hinblick auf die vom Beklagten erteilten Auskünfte über den Fußbodenaufbau, die, wenn schon nicht ohnedies widersprüchlich, so doch auf jeden Fall aufklärungsbedürftig gewesen seien, entfallen. [...]

6. Im Übrigen weist das Werk der Klägerin weitere, nicht nur auf die Befestigung der Steher zurückzuführende Mängel auf. So wurde ein Steher über dem Abflussloch der Terrasse befestigt und die Holzabdeckung der Terrassenbrüstung mangelhaft ausgeschnitten, sodass dem Beklagten auch die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags zusteht.

## Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Zunächst ist zu bemerken, dass Punkt 6 der OGH-Entscheidung alle anderen Ausführungen entbehrlich erscheinen lässt: Wenn dem Beklagten aufgrund anderer – hier nicht thematisierten – Mängel die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags zusteht, so müssen die dargestellten Überlegungen eigentlich überflüssig sein.

Den weiteren Anmerkungen sei vorangestellt, dass nicht ganz klar ist, ob der abgeschlossene Werkvertrag ein funktionaler oder konstruktiver war: Hat der WU bloß eine Funktion geschuldet oder eine ganz bestimmte Konstruktion. Obwohl sich Anhaltspunkte für letzteres finden (etwa die Vereinbarung über die Anordnung der Steher) gehen die Gerichte scheinbar von ersterem aus.

Insgesamt ist jedenfalls festzuhalten, dass im gesamten Verfahren Fragen der Gewährleistung mit Fragen einer Warnpflichtverletzung vermengt werden, obwohl diese beiden Dinge eigentlich zu trennen sind (vgl zB OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y: „Die in § 1168a ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers ist kein Ausfluss der Gewährleistung“). Weist das zu errichtende Werk Mängel auf, dann ist – bei der hier vorliegenden Konstellation – das Entgelt einfach noch nicht fällig und die Klage wäre abzuweisen; die Frage nach einer allfälligen Warnpflichtverletzung stellt sich dann gar nicht mehr. Sie stellt sich nämlich nur dann, wenn der WU

genau das geliefert hat, was vereinbart war und das Ergebnis trotzdem nicht für seine Zwecke geeignet ist.

Jedenfalls überschießend ist sicher die Auffassung, dass der WU Angaben des WB selbst dann zu hinterfragen hat, wenn für Jedermann wahrnehmbare Tatsachen betroffen sind (hier: die Breite des Betonstreifens unter dem Natursteinbelag – für deren Feststellung ist keinerlei besondere Fachkenntnis erforderlich).

Gegenständlich, wird vom WU verlangt „durch Vornahme einer Bohrung oder durch Öffnen mittels Trennscheibe“ die eindeutigen Angaben des WB (der angebliche Widerspruch in den Angaben, den das Erstgericht andeutet, wird bereits vom Berufungsgericht nicht mehr gesehen) zu überprüfen – ob dazu auch eine Äußerung wie „Du Depp, Dir glaub ich sowieso nix und deswegen reiß’ ich jetzt Deine Terrasse auf“ erwartet wird, bleibt allerdings im Dunkeln ...

Die in § 1168a verwendete Formulierung, dass der Beitrag des Bestellers, der zum Misslingen des Werks führt, „offenbar“ untauglich bzw unrichtig sein muss, wird hier wohl über den äußerst möglichen Wortsinn hinaus interpretiert. Das drängt sich sofort auf, wenn man auch die Interpretation des wohl synonymen Begriffs „offensichtlich“ (OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k: „Der Ausdruck „offenbar“ bedeutet [...] soviel wie „offensichtlich““) durch den OGH betrachtet:

- „[...] wenn es offensichtlich, also für jedermann leicht und auf den ersten Blick erkennbar ist“ (OGH 3.7.1990, 13 Os 67/90)
- „Der Ausdruck „offenbar“ bedeutet[,] daß die Unsachlichkeit der Gründe für jeden verständigen Dritten einsichtig sein muß“ (OGH 28.4.1998, 1 Ob 294/97k);
- „Das Merkmal der Offensichtlichkeit erfordert einen derart deutlichen Verstoß, das er sich einem verständigen Anwender unmittelbar erschließt“ (OGH 17.3.2005, 8 Ob 135/04t);
- „[...] „offenbar“, somit, ohne dass dies einer näheren Untersuchung bedürfte“ (OGH 28.9.2006, 4 Ob 127/06i);

wobei es jeweils nicht um einen Werkvertrag gegangen ist.

Tatsächlich sollte aber die allfällige Warnpflichtverletzung nicht einmal dann zum Prozessverlust führen, wenn sie (ursprünglich) wirklich vorgelegen wäre: Die klagende WU hat – allenfalls zu spät – darauf hingewiesen, dass eine ursprünglich nicht vorgesehene Konstruktion notwendig würde und dass damit zusätzliche Kosten verbunden wären. Bei diesen Kosten handelt es sich um „Sowiesokosten“ – sie wären auch dann („sowieso“) angefallen, wenn die notwendige Konstruktion sogleich ins Auge gefasst worden wäre. Der beklagte WB hat dies aber zurückgewiesen ...