

Warnpflicht bei sachverständig beratenem Bauherrn

1. Die Warnpflicht des Unternehmers besteht grundsätzlich auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller.
2. Verletzt der Werkunternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliert er einerseits den Anspruch auf das Entgelt und der Besteller ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte.
3. Ein Werkbesteller muss sich nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen. Ein Mitverschulden kommt vielmehr nur 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.

OGH 26.09.2017, 5 Ob 60/17k

Deskriptoren: Warnpflicht, Warnpflichtverletzung, sachverständig beratener Besteller, Pflichten des Bauherrn, Schadensteilung; § 1168a ABGB.

Sachverhalt

Die Klägerin bestellte bei der Beklagten den Neubau eines Gebäudes. Den Einreichplan für dieses Bauprojekt verfasste ein von der Klägerin beschäftigter Archi-

tekt. Eine Ausschreibung erfolgte nicht, vielmehr stellte die Beklagte im Hinblick auf ein bestehendes Vertrauensverhältnis zur Klägerin ein Angebot. Der Teil-Generalunternehmervertrag der Beklagten umfasste unter anderem auch die Statik. Eine vertragliche Überwälzung des Bodenrisikos auf die Beklagte erfolgte aber nicht.

Weder der Erstellung des Einreichplans (durch den Architekten der Klägerin) noch der Berechnung der Statik (durch den von der Beklagten beigezogenen Zivilingenieur für Bauwesen) lag ein Bodengutachten zu Grunde. Anlässlich einer gemeinsamen Besichtigung des Bauplatzes besprachen die Streitparteien unter anderem auch die Bodenverhältnisse. Dabei gingen sie – obwohl die Klägerin davor keine Baugrunduntersuchungen vorgenommen hatte und die Beklagte über diesen Umstand informiert war – davon aus, dass „keine schlechten Bodenverhältnisse“ vorliegen. Auf Basis dieser Annahme berechnete der Statiker der Beklagten die zulässige Fundamentbelastung.

Die angenommenen Baugrundbedingungen entsprachen nicht den tatsächlichen Bedingungen. Die sehr locker gelagerten Bodenschichten führten nach Fertigstellung des Gebäudes zu Setzungen, die die Gebrauchstauglichkeit des Gebäudes beeinträchtigten.

Die Klägerin begehrte von der Beklagten – gestützt auf Schadenersatz – (zuletzt) die Zahlung von 62.159,13 EUR an Kosten für die Sanierung des Gebäudes. Die Bestellung an die Beklagte habe auch die Statik enthalten, diese habe jedoch keine geeignete Gründung gewählt. Um ein stand-sicheres Gebäude herzustellen, wären andere Gründungsmaßnahmen notwendig gewesen. Ein Mitverschulden des Architekten oder der Nebenintervenientin scheidet aus. Der Architekt habe nur den Einreichplan gezeichnet und in diesem ausdrücklich festgehalten: „Fundamente laut Statik“. Bei der Nebenintervenientin seien von der Klägerin lediglich die Erdaushubarbeiten und nicht die Untersuchung der Bodenverhältnisse bestellt worden.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und beantragte Klagsabweisung. Das Bodenrisiko habe nicht sie zu verantworten. Die schlechten Bodenverhältnisse seien nicht erkennbar gewesen, sodass die Berechnung der Statik dem Stand der Technik entsprochen habe und auch keine Warnpflichtverletzung vorliege. Jedenfalls müsse sich die Klägerin die Warnpflichtverletzung des Architekten als Mitverschulden anrechnen lassen, da der Architekt weder eine Baugrunduntersuchung veranlasst noch auf die Notwendigkeit einer solchen hingewiesen habe. Die Klägerin müsse sich aber auch das Fachwissen der Nebenintervenientin zurechnen lassen.

Die Nebenintervenientin auf Seiten der Beklagten bestritt das Klagebegehren und beantragte Klagsabweisung. Die schlechten Bodenverhältnisse seien ihr als Baggerunternehmen nicht erkennbar gewesen.

Die Entscheidungen der Vorinstanzen

Das Erstgericht verpflichtete die Beklagte zur Zahlung von 28.035,50 samt Zinsen und wies das Mehrbegehren ab. Das Baugrundrisiko und die bauvertragliche Pflicht zur Baugrundprüfung treffe zwar grundsätzlich die Klägerin. Die Beklagte sei aber in Kenntnis darüber gewesen, dass die Klägerin kein Bodengutachten eingeholt habe, und wäre verpflichtet gewesen, auf das Erfordernis einer Baugrunduntersuchung hinzuweisen. Es sei zwar ein Architekt mit der Planung des Gebäudes befasst gewesen. Eine Ausschreibung sei aber nicht erfolgt, vielmehr habe die Beklagte ein Angebot aufgrund des Einreichplans und eigener Berechnungen gestellt. Der Statiker habe die zulässige Belastung trotz fehlenden Bodengutachtens und ohne Durchführung von Baugrunduntersuchungen gemäß der (eine Vertragsgrundlage bildenden) ÖNORM B 4430 angenommen. Den Regeln der Technik entsprechend hätte die Beklagte bereits vor Baubeginn bzw vor Berechnung der Statik das fehlende Bodengutachten bei der Klägerin urgieren müssen. Der Beklagten hätten aufgrund ihrer Fachkenntnisse als Bauunternehmen jedenfalls Zweifel an der Zuverlässigkeit des Bodens kommen müssen, zumal das Gebäude in einer alpinen Region gebaut worden sei und hier die Bodenverhältnisse kleinflächig variieren könnten. Da dem Vertrag schließlich auch keine Ausschreibung des Architekten, sondern lediglich ein Einreichplan mit dem Vermerk „Fundamente laut Statik“ zugrunde gelegen sei, habe die Beklagte eine schuldhaft Warnpflichtverletzung zu verantworten. Die Klägerin treffe aber ein Mitverschulden. Den Plan für das Gebäude habe ein der Klägerin zuzurechnender Architekt erstellt, der die Bodenverhältnisse als wesentliche Planungsgrundlage berücksichtigen hätte müssen. Auch er hätte für eine entsprechende Baugrunduntersuchung Sorge tragen und auf die Notwendigkeit der Einholung eines Bodengutachtens hinweisen müssen. Ein Mitverschulden der mit dem Erdaushub beschäftigten Nebenintervenientin liege hingegen nicht vor, da diese die schlechten Bodenverhältnisse ohne zusätzliche tiefer reichende Untersuchungen nicht hätte erkennen können. Für die Herstellung ihres Werks sei auch der Stoff nicht offenbar untauglich gewesen, sodass sie keine Warn- und Hinweispflichtverletzung zu verantworten habe. Im Ergebnis liege ein Verschulden beider Seiten vor, das gleichteilig zu bewerten sei. Ausgehend von einem Gesamtschaden von 56.071,- (Sanierungskosten abzüglich Sowieso-Kosten und Abzug „alt für neu“) und unter Berücksichtigung eines 50%-igen Mitverschuldens seien der Klägerin daher 28.035,50 zuzuerkennen.

Der Berufung der Klägerin, die sich (nur) gegen den Teil der Klagsabweisung richtete, der sich aus der Anrechnung eines Mitverschuldens ergab, gab das Berufungs-

gericht Folge. Es änderte das angefochtene Urteil dahin ab, dass die Beklagte schuldig sei, der Klägerin 56.071,-- sA zu zahlen. Das Baugrundrisiko treffe grundsätzlich den Werkbesteller. Nach den Feststellungen sei dieses auch nicht vertraglich auf die Beklagte überwält worden. Der Beklagten sei dadurch, dass der Vertrag auch die Statik umfasst habe, auch nicht die Pflicht zur Bodenprüfung wirksam übertragen worden. Vielmehr obliege die Durchführung von Bodenuntersuchungen einem Baugrundgutachter, wobei es sich um eine eigene von der Statik unterschiedliche Fachplanung handle. Auch wenn nach den Feststellungen in der ÖNORM B 4430 für die statischen Berechnungen auf die Notwendigkeit einer Baugrunduntersuchung hingewiesen werde und die vom Statiker der Beklagten angenommene zulässige Belastung ohne Berücksichtigung der tatsächlichen Untergrundverhältnisse nicht den Regeln der Technik entsprochen habe, sei damit die Durchführung einer Baugrundüberprüfung nicht wirksam der Beklagten oder dem Statiker übertragen worden. Trotz fehlender vertraglicher Pflicht zur Baugrundprüfung treffe den Werkunternehmer aber die vertragliche Kontrollpflicht nach den Grundsätzen des § 1168a ABGB; dies grundsätzlich auch gegenüber einem sachkundigen Besteller. Der Beklagten sei bekannt gewesen, dass keine Baugrunduntersuchung durchgeführt worden sei. Sie habe daher nicht annehmen können, dass die ihrer statischen Berechnung zugrunde gelegten zumindest durchschnittlichen Bodenverhältnisse das Ergebnis einer bauseits durchgeführten Fachprüfung seien. Die Beklagte habe daher nicht von einer Zusage der Klägerin bezüglich einer wie auch immer gearteten Beschaffenheit des Baugrundes ausgehen können. Sie hätte daher die Klägerin auf die Notwendigkeit einer Baugrunduntersuchung hinweisen und vor der Gefahr der fehlenden Gebrauchstauglichkeit des Gebäudes bei Ansatz einer Fundamentbelastung für „keine schlechten Bodenverhältnisse“ warnen müssen. Da die Beklagte trotz Kenntnis des Fehlens einer Baugrunduntersuchung die schlichte Annahme, dass keine schlechten Bodenverhältnisse vorliegen würden, ihren statischen Berechnungen zugrunde gelegt habe, ohne die Klägerin auf die Notwendigkeit einer entsprechenden Baugrunduntersuchung im Sinne der ÖNORM B 4430 hinzuweisen, sei ihr daher die schuldhaft Verletzung ihrer Warnpflicht anzulasten. Zu prüfen bleibe, ob der Klägerin ein Mitverschulden zur Last gelegt werden könne. Nach der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs müsse sich ein Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen. Ein Mitverschulden komme (nur) dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten oder Obliegenheiten verletze, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Ver-

kehrübung den Werkbesteller selbst treffen würden oder die er nachträglich übernommen habe. Die Beziehung eines fachkundigen Gehilfen führe daher für sich allein nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Bestellers. Entscheidend sei vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen hätten. Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Werkbesteller das Werk unter verbindlicher Festlegung der Herstellungsmethode – etwa durch Erstellung eines exakt ausgearbeiteten Ausführungsplans – bestellt habe, ohne dabei dem Werkunternehmer zu erkennen zu geben, an seiner fachlichen Ansicht oder Kritik an der Ausführungsart interessiert zu sein. Hier habe weder die Klägerin noch der ihr zurechenbare Architekt eine ausdrückliche Erklärung dahin abgegeben, dass eine Baugrunduntersuchung vorgenommen worden sei bzw der Baugrund für eine bestimmte Art von Gründungsmaßnahmen geeignet sei, noch sei eine bestimmte Art der Gründung vorgegeben worden; im Gegenteil sei der Beklagten bekannt gewesen, dass keine Bodenuntersuchung vorgenommen worden sei und die Einreichplanung habe keinerlei Ausführungsdetails bezüglich der zu errichtenden Fundamente bzw der Gründung enthalten. Die – wenn auch sachkundig beratene – Klägerin habe, da sie die fehlende Bodenuntersuchung gegenüber der Beklagten offengelegt habe, keine sie persönlich treffende Obliegenheit verletzt, sodass ihr die unterlassene Warnung durch den Architekten nicht als Mitverschulden angelastet werden könne. Der Klägerin gebühre daher der Ersatz des gesamten festgestellten Schadens.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es liege keine Rechtsprechung zur Frage vor, ob einem „sorglosen“ Besteller, der vom bauausführenden Werkunternehmer trotz vom Besteller bekanntgegebener fehlender Baugrundprüfung und fehlender Ausführungsplanung bezüglich Gründungsmaßnahmen nicht vor dem Baugrundrisiko gewarnt worden sei, eine ebenfalls unterbliebene Warnung des planenden Architekten als Mitverschulden angelastet werden könne. Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts richtet sich die Revision der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung. Die Beklagte beantragt, das Ersturteil wiederherzustellen.

Die Klägerin beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Revision ist – entgegen dem den Obersten Gerichtshof nicht bindenden Ausspruch des Berufungsgerichts (§ 508a (1) ZPO) – nicht zulässig, sie wird zurückgewiesen.

1.1. Gemäß § 1168a Satz 3 ABGB ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers misslingt und der Unternehmer den Besteller nicht gewarnt hat. Diese Warnpflicht des Unternehmers besteht grundsätzlich auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller (RIS-Justiz RS0021906, RS0022243).

1.2. Verletzt der Werkunternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliert er einerseits den Anspruch auf das Entgelt und hat dem Besteller andererseits auch noch einen allfälligen weitergehenden Schaden zu ersetzen (RIS-Justiz RS0022124 [T10]). Der Besteller ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unternehmer seiner Warnpflicht entsprochen hätte (8 Ob 75/13g).

1.3. Die Beklagte wendet sich in ihrer Revision (substantiiert nur) gegen die Auffassung der Vorinstanzen, sie habe ungeachtet des bei der Klägerin liegenden Bodenrisikos eine Warnpflichtverletzung zu verantworten. Schon das Erstgericht hat eine Warnpflichtverletzung der Beklagten bejaht und der Klage aus diesem Grund – im Hinblick auf ein Mitverschulden der Klägerin teilweise – stattgegeben. Dessen Urteil hat die Beklagte nicht angefochten. Dieser Klagegrund ist daher abschließend erledigt und kann vom Obersten Gerichtshof nicht mehr aufgegriffen werden (vgl 1 Ob 52/15a, 3 Ob 194/04g). Abgesehen davon ist die Frage, ob eine schuldhaft, eine Haftung begründende Warnpflichtverletzung vorliegt, wegen der Kasuistik der Fallgestaltung eine solche des Einzelfalls und stellt daher grundsätzlich keine erhebliche Rechtsfrage dar (RIS-Justiz RS0116074 [T2, T3]).

2.1. Auf die vom Berufungsgericht in der Begründung seines Zulässigkeitsausspruchs aufgeworfene Frage des Mitverschuldens der Klägerin als einer „sorglosen“ Bestellerin nimmt die Beklagte in ihrer Revision zwar Bezug. Sie beschränkt sich dabei aber im Wesentlichen auf den Verweis der Unrichtigkeit der diesbezüglichen Beurteilung des Berufungsgerichts. Eine solche pauschale Bekämpfung der Rechtsansicht des Berufungsgerichts ohne Auseinandersetzung mit der – schon von diesem dargestellten – höchstgerichtlichen Rechtsprechung entspricht nicht den an eine Revision gestellten Anforderungen (vgl RIS-Justiz RS0043654). Die Revision wäre daher selbst dann zurückzuweisen, wenn das Berufungsgericht die Zulässigkeit der ordentlichen Revision aus diesem Grund – zu Recht – ausgesprochen hätte (RIS-Justiz RS0102059).

2.2. Die Frage des Mitverschuldens des Werkbestellers für das Verhalten eines (sachverständigen) Gehilfen wurde aber in der jüngeren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshof ohnedies wiederholt behandelt und einhellig beantwortet. Demnach muss sich ein Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen. Ein Mitverschulden kommt vielmehr nur 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 RS0021646 [T7], RS0021766 [T3]). Dies ist nach der Judikatur etwa dann der Fall, wenn der Werkbesteller dem Werkunternehmer den Auftrag unter verbindlicher Festlegung der Herstellungsmethode – etwa durch Erstellung eines exakt ausgearbeiteten Ausführungsplans – erteilt hat, ohne dabei dem Werkunternehmer zu erkennen zu geben, an seiner fachlichen Ansicht oder Kritik an der Ausführungsart interessiert zu sein (8 Ob 75/13g, 5 Ob 16/13h [„Baugrundrisiko“]).

2.3. Das Berufungsgericht hat diese Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zutreffend dargestellt und auf den vorliegenden Einzelfall angewandt. Allein das Fehlen höchstgerichtlicher Rechtsprechung zu dieser bestimmten Fallgestaltung begründet für sich noch nicht eine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO (RIS-Justiz RS0102181, RS0110702, RS0107773, RS0042656, RS0042742), insbesondere wenn – wie hier – der Streitfall bereits mit Hilfe vorhandener Leitlinien höchstgerichtlicher Rechtsprechung gelöst werden kann (RIS-Justiz RS0042656 [T48], RS0042742 [T13]; vgl auch RS0118640). Dem Berufungsgericht ist auch keine vom Obersten Gerichtshof aufzugreifende Fehlbeurteilung unterlaufen. Insbesondere wurden der Beklagten weder exakt ausgearbeitete Ausführungspläne übergeben, noch hat die Klägerin zu erkennen gegeben, dass sie an der fachlichen Ansicht der Beklagten über die Erfordernisse im Zusammenhang mit der Baugründung nicht interessiert wäre. Auch sonstige Anhaltspunkte für eine (möglicherweise ein Mitverschulden bedingende) Pflicht- oder Obliegenheitsverletzung der Klägerin bestehen nach dem festgestellten Sachverhalt nicht.

3. Die Revision erfüllt daher die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 502 Abs 1 ZPO nicht.

Anmerkung

Von Hermann Wenusch

Die Entscheidung ist für einen Zurückweisungsbeschluss relativ ausführlich begründet. Die jüngere Rechtsprechung, wonach ein untauglicher bzw unrichtiger Beitrag des Bestellers nicht gleichsam automatisch zu einer Schadensteilung führt, wird aufrecht gehalten. Dies ist wohl ganz richtig, weil eine Schadensteilung ein Mitverschulden (und nicht bloß eine Mitverursachung) erfordert. Der Besteller selbst wird nun häufig technisch ahnungslos sei, weshalb sein subjektives Verschulden ausscheidet. Das Verschulden eines Dritten, dessen er sich bedient, ist ihm aber nur dann zuzurechnen, wenn dafür ein besonderer Grund vorliegt. Dies ist dann der Fall, wenn der Dritte als Erfüllungsgehilfe iSd § 1313a ABGB der betroffenen Vertragspartei ist. Erfüllungsgehilfe ist jemand allerdings nur dann, wenn er zur Erfüllung der vertraglichen Pflichten herangezogen wird. Es ist also bei der Beantwortung der Frage, ob dem Besteller ein Verschulden eines von beschäftigten Fachmanns zuzurechnen ist, zunächst zu untersuchen, ob er durch diesen eine Pflicht gegenüber dem Werkunternehmer erfüllen lässt. Der OGH erwähnt die Erfüllungsgehilfenhaftung zwar nicht ausdrücklich, doch hält er fest: *„Ein Mitverschulden kommt [...] nur dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten [...] verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat.“*

Bemerkenswert ist, dass aber nicht nur Pflichten, sondern – ganz der bisherigen Judikatur entsprechend – auch Obliegenheiten genannt werden. Eine Obliegenheitsverletzung macht nun aber nach allgemeinem Verständnis nicht Schadenersatzpflichtig, weil sie nicht rechtswidrig ist – eine Teilung des Schadens nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten scheidet danach aus. Obliegenheitsverletzungen lassen aber „andere Rechtsnachteile“ entstehen – ein solcher könnte freilich eine „Selbstbeteiligung“ am eigenen Schaden sein.

Die Frage ist jedenfalls, welche Pflichten *„nach der Verkehrsübung“* – also ohne besondere Vereinbarung – den Besteller treffen. Muss ein Bauherr taugliche Pläne zur Verfügung stellen oder ein Bodengutachten? Je weiter man seine Pflichten absteckt, desto näher kommt man im Ergebnis zurück zur Rechtsprechung, die scheinbar jede Mitverursachung als ausreichend für eine Schadensteilung angesehen hat ...

Generell ist wieder einmal zu fragen, ob nicht der Fehler des Bestellers notwendiges Sachverhaltselement ist: Die Pflicht des Unternehmers zur Warnung entsteht erst mit dem untauglichen bzw unrichtigen Beitrag des Bestellers – dieser wird vorausgesetzt. Eine Beteiligung des Bestellers am eigenen Schaden würde danach bei einer Warnpflichtverletzung jedenfalls ausscheiden (siehe auch Anmerkung zu OGH 28.09.2017, 8 Ob 57/17s in diesem Heft).