DER SACHVERSTÄNDIGE

Heft 4a/84

Sonderausgabe

8. Jahrgang

Herausgeber: Hauptverband der allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen Österreichs, 1010 Wien, Dobihoffgasse 3/5, Tel. (02 22) 42 45 46.
Medieninhaber (Verleger): Österreichischer Wirtschaftsverlag, Druck- und Verlagsgesellschaft m.b.H., 1051 Wien, Nikolsdorfer Gasse 7–11, Telefon 55 55 85, FS 1-11669.
Redaktion: 1051 Wien, Nikolsdorfer Gasse 7–11, Telefon 55 55 85, FS 1-11669.
Chefredakteur des Österreichischen Wirtschaftsverlages: Karl Pisa.
Leitender Redakteur: Prof. Dr. Richard Jäger, Senatspräsident des OLG Wien.
Redakteur: Erhard Zagler.
Anzeigenkontakt: Christine Sekava
Hersteller: Ungar-Druckerei Gesellschaft m. b. H., 1051 Wien, Nikolsdorfer Gasse 7–11.
Verwaltung und Anzeigenannahme: 1051 Wien, Nikolsdorfer Gasse 7–11, Telefon 55 55 85, FS 1-11669.
Buchhandlung: 1010 Wien, Stubenring 14, Telefon 52 58 53.
Zweigstelle Graz: 8011 Graz, Hamerlinggasse 6, Telefon (03 16) 7 62 86, FS 03-1371.
Zweigstelle Linz: 4020 Linz, Hafferlstraße 7, 6. Stock, Telefon (07 32) 27 40 42.
Jahresbezugspreis: S 168,–.
Erscheinungsweise: viermal im Jahr.
Anzeigentarif: Nr. 5, gültig ab 1. Juli 1983.
PSK-Konto Nr. 1892.396, Volksbank Wien-Mitte, Wr. Genossenschaftsbank Nr. 0077572709.

...

Zuschriften und redaktionelle Beiträge sind an den Hauptverband der allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen Österreichs, 1010 Wien, Dobihoffgasse 3/5, zu richten.

Den 1941 geborenen Autor Dr. Walter Meinhart des Artikels „Die Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers im Bauwesen" – heute Richter des Oberlandesgerichtes Wien – führte der Weg von der Universität unmittelbar zur Justiz. Bald nach der Ernennung zum Richter erfolgte ein Wechsel in die Sektion Sozialpolitik des Bundesministeriums für soziale Verwaltung. Unter Sozialminister Grete Rehor arbeitete Dr. Meinhart in der Legistik. Zwei der von ihm mitbearbeiteten Gesetze führten zu seinen ersten größeren Veröffentlichungen (AZG, HGB). Ab 1970 war Dr. Meinhart als Richter im Evidenzbüro mit allgemeinem Zivilrecht, Exekutions-, Arbeits-, Wettbewerbs- und Wohnrecht befaßt. In diesen bis 1980 dauernden Abschnitt seiner Berufslaufbahn fällt ein vorübergehender Wechsel in die Position des Leiters der Rechtsabteilung der P.S.K., aber auch die Gesetzwerdung des Konsumentenschutzgesetzes sowie des Wohnungseigentums- und Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes. Die Teilnahme an den Gesetzesberatungen und eine intensive Vortragstätigkeit schlug sich in weiteren Veröffentlichungen nieder. 1976 trat Syndikus Prof. SenPräs Dr. Jäger mit der Idee an Dr. Meinhart heran, die bauwesenbezogene Rechtsprechung zu referieren. Ein Ergebnis dieser Tätigkeit ist die vorliegende Veröffentlichung. Mit Präsident Arch. Dipl.-Ing. Rollwagen und den Mitautoren und Sachverständigen Dipl.-Ing. Eckharter und Dipl.-Ing. Hauswirth veröffentlichte Dr. Meinhart „Die Nutzfläche im Wohnrecht" 1983. Damals waren erst 18 Nutzflächenbestimmungen auf bundesgesetzlicher Ebene zu beachten. Jetzt sind es seit dem WGF 1984 und WSG bereits 22. Der vorwiegend Rechtsprechung verarbeitende Artikel über die Warnpflicht fußt auf mehreren Vorträgen zur Haftung und Warnpflicht von Baubeteiligten im Rahmen der vom Hauptverband veranstalteten Seminare in Bad Gastein bis 1984.

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen!

Der Vorstand des Hauptverbandes der allgemein beeideten gerichtlichen Sachverständigen Österreichs hat in seiner Sitzung am 18. Oktober 1984 beschlossen, das beiliegende Heft als Jahresgabe allen Mitgliedern zu widmen, weil das darin behandelte Thema über die Haftung des Sachverständigen von allgemeinem Interesse ist.
Wir hoffen, daß Ihnen dieses Sonderheft ein wertvoller Arbeitsbehelf sein wird und nehmen die Gelegenheit wahr, Ihnen, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen und Ihren geschätzten Familien für die kommenden Festtage die besten Wünsche auszusprechen.

Mit vorzüglicher kollegialer Hochachtung

Der Präsident:
BR hc Dipl.-Ing. Friedrich ROLLWAGEN

Präs. BR h. c. Dipl.-Ing. Friedrich Rollwagen

Die Nutzfläche als Bemessungsgrundlage der angemessenen Gesamtbaukosten nach § 4 (1) WFG 1984

Das eben beschlossene Wohnbauförderungsgesetz 1984 – WFG 1984 enthält im § 4 (1) die Bestimmung, daß die Länder die für die Errichtung von Gebäuden angemessenen Gesamtbaukosten je Quadratmeter Nutzfläche einschließlich sämtlicher Wandstärken unter Bedachtnahme auf § 6 durch Verordnung festzusetzen haben. (Der § 6 beschreibt jene Kosten, welche zu den Gesamtbaukosten gehören.)

Die oben angeführte Bestimmung entspricht einer von Fachleuten wiederholt vorgebrachten Anregung, als Bemessungsgrundlage für die Festsetzung der angemessenen Gesamtkosten nicht die Nettonutzfläche heranzuziehen, weil hierdurch die Anordnung von möglichst dünnen Wänden begünstigt wurde. Die Problematik, welche durch die dünnen Wände hervorgerufen wurde, ist wiederholt dargelegt worden.* Durch die nunmehrige gesetzliche Bestimmung ist also gewährleistet, daß bei gleichem Umriß stärkere Mauern nicht zu einer geringeren Förderung führen.

Bei näherer Betrachtung dieser neuen Bestimmung ergeben sich aber in der Praxis eine Reihe von Problemen. Es sind von der unscharfen Formulierung dieser Bestimmung erst einmal abgesehen, in die Nutzfläche die Wandstärken einzubeziehen, wobei die Nutzfläche in Flächenmaßen, die Wandstärke aber in Längenmaßen ausgedrückt wird. Zweifellos aber ist gemeint, daß jene Querschnittsflächen der Wände zur Bemessungsgrundlage einbezogen werden sollen, welche sich in Deckenebene auf diese projizieren. Bei technischer Betrachtungsweise werden als äußere Begrenzungslinien dieser Flächen die äußeren Kanten der fertigen Wände anzusehen sein, also einschließlich Putz oder aller sonstigen Wandverkleidungen, welche aus bautechnischen, bauphysikalischen oder baurechtlichen Gründen als konstruktiver Bestandteil anzusehen sind.

Offen bleibt die Frage vorerst, was mit dem Ausdruck „sämtliche Wandstärken" gemeint ist.

Unter Bedachtnahme auf den Sinn dieser Bestimmung wird wohl die Auffassung zu verwerfen sein, daß alle Wandstärken eines Geschoßes zu berücksichtigen sind, auch dann, wenn durch diese Wände ausschließlich „Nichtnutzflächen" umschlossen sind oder Wandstärken in Geschoßen, in welchen keine Nutzflächen vorkommen.

Nach meiner Auffassung kann die Bestimmung sinnvoll nur so aufgefaßt werden, daß alle jene Wandstärken zur Berechnungsgrundlage zu rechnen sind, die aus Wänden resultieren, welche die Nutzflächen umschließen. Wandstärken, welche ausschließlich Nichtnutzflächen umschließen, wie etwa die Außenwände außenliegender Stiegenhäuser oder außenliegender allgemeiner Teile, werden nicht zu berücksichtigen sein.

Eine offene Frage sind noch Kamine, Lüftungspfeiler und dergleichen. Der Einfachheit halber wird hier vorgeschlagen, daß der gesamte Lüftungspfeiler als Wandstärke zu betrachten ist, unabhängig davon, daß etwa innerhalb des Lüftungs- oder Kaminpfeilers Ausnehmungen für die Kaminschläuche oder Lüftungsleitungen sich befinden.

Es erscheint mir wichtig, einen Konsens über die Ermittlung der Berechnungsgrundlage so rasch als möglich zu finden, weil ja die Länder den Gesetzesauftrag haben, die Gesamtbaukosten pro Quadratmeter festzulegen.

Zweifellos ist es im Interesse der wohnungssuchenden Bevölkerung gelegen und daher auch eine Maxime für die Förderungsstellen der Länder, daß die Neuregelung § 4 (1) zu keiner Verteuerung für die Wohnbauten führt. Ist die Bemessungsgrundlage gegenüber dem früheren Zustand eine größere, wird der Quadratmeterpreis ein geringerer sein müssen, um die Bestimmung wertneutral zu halten.

Anerkennt man das Prinzip der Kostenneutralität und auch die oben beschriebenen Grundsätze für die Ermittlung der Bemessungsgrundlage, gem. § 4 (1) WFG 1984, wird sich das Maß der Verringerung der angemessenen Quadratmeterpreise nach dem Einfluß richten, welchen die Einbeziehung der Wandstärken bewirkt.

Theoretische Berechnungen führen hier meiner Auffassung nach nicht zum Ziel, sondern es sind Erfahrungswerte aus einer Zahl von Projekten zu ermitteln, bei welchen die Nutzfläche nach den früheren Bestimmungen und die Bemessungsgrundlage nach den neuen Bestimmungen berechnet und die Differenz ermittelt wird.

Nach einer von mir angestellten Untersuchung, bei welcher ich eine Reihe von Projekten durchgerechnet habe, hat sich ergeben, daß eine Verringerung der Quadratmeterpreise zwischen 13,8 und 16,7 Prozent erforderlich sein dürfte, um das Gebot der Kostenneutralität zu erfüllen.

Es wäre aber auch denkbar, daß die Länder bei der Gelegenheit der erforderlichen Neufestsetzung der Quadratmeterpreise die notwendige Verringerung nicht in vollem Maß ausschöpfen, um es den Projektanten zu ermöglichen, in Hinkunft auch stärkere Mauern zu projektieren, ohne die Quadratmeterbelastung der Wohnungseigentümer, Mieter oder Nutzungsberechtigten spürbar zu erhöhen. Verfolgt man ein solches politisches Ziel, wäre es denkbar, etwa die Verringerung mit 15 Prozent anzusetzen.

Hierüber könnten Beratungen in den entsprechenden Gremien der Länder angestellt werden, die Vorgangsweise müßte durchaus nicht bundeseinheitlich erfolgen. Nach meiner Auffassung aber wäre es höchst zweckmäßig, wenn die Ermittlung der Bemessungsgrundlage einheitlich erfolgen und hierüber ein Konsens gefunden werden könnte. Ein Beitrag hierzu soll dieser Artikel sein.

Friedrich Rollwagen

* Der Sachverständige, Nummer 1/83

Dr. Walter Meinhart

Die Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers im Bauwesen

Inhalt

1. **Allgemeiner Teil**
1.1 Warnen und Prüfen geht über § 1168a ABGB hinaus
1.2 Prüfen und Warnen in und außerhalb des Werkvertragsrechtes
1.2.1 §§ 377, 378, 381 Abs 2 HGB
1.2.2 Kaufmann und andere Unternehmen
1.2.3 KSchG und Wohnrecht zur Warn- und Prüfpflicht
1.2.4 ÖNORM und andere Rechtsvorschriften zum Prüfen und Warnen
1.2.4.1 Nebenleistungen ÖNORM A 2060 Pkt 1.2.5 und B 2110 Pkt 1.2.2
1.2.4.2 Einzelne warn-, prüf-, untersuchungs-, überwachungs-, aufklärungs-, hinweis- und rügepflichtbezogene ÖNORM-Bestimmungen
1.2.4.3 Weitere Rechtsvorschriften
1.2.4.4 Überwachung, Überprüfung, Zulassung zusätzlich zur Warn- und Prüfpflicht
1.2.4.5 Die Prüfungs- oder Hinweisverpflichtung nach BGB
1.3 Sinn des Warnens und Rügens nach § 1168a ABGB und §§ 377 f HGB
1.3.1 Sinn der Unternehmerpflicht nach § 1168a Satz 3 ABGB
1.3.2 Sinn der Rügeobliegenheit und des Prüfens nach §§ 377 f HGB
1.4 Prüfen und Untersuchen
1.4.1 § 1168a ABGB
1.4.1.1 Anlaß und Gegenstand
1.4.1.2 Zeitpunkt(e)
1.4.1.3 Umfang und Methode
1.4.1.4 Entlastung
1.4.2 §§ 377 f HGB
1.4.2.1 Anlaß und Gegenstand
1.4.2.2 Zeitpunkt(e)
1.4.2.3 Umfang und Methode
1.4.2.4 Entlastung
1.5 Warnen und Rügen
1.5.1 Warnen iS § 1168a ABGB
1.5.1.1 Gegenstand und Anlaß
1.5.1.2 Zeitpunkt(e)
1.5.1.3 Inhaltsanforderungen
1.5.1.4 Beweislast
1.5.2 Rügen iS §§ 377 f HGB
1.6 Schlußbemerkungen

2. **Entscheidungsteil**
2.1 Unzureichende Warnung vor Wassereinbruch und Hinweis auf erforderliche Drainagierung 1 Ob 583, 584/76
2.3 Bauherr muß sich Fehlverhalten seines Planungsarchitekten, dessen Aufklärungspflichtverletzung anrechnen lassen, bei Vermessungsfehler des unmittelbar vom Bauherrn bestellten Ingenieurkonsulenten 1 Ob 769/83
2.2 Beweislast der Warnpflichterfüllung; Umfang der Untersuchungspflicht eines Fliesenlegers bei Fließspuren nach Probefüllung 1 Ob 579/80
2.4 Kein Mitverschulden einer Gemeinde als Bauherr, wenn sie den beauftragten Schotterfrächter nicht gesondert warnt, die Gewichtsbeschränkung der Brücke zu beachten 2 Ob 204/78
2.5 Warnpflicht eines Bauunternehmers gegenüber sachkundigem Bauherrn (Stadtwerk) – Einsinken eines Fertigbetonsonderfahrzeuges nach Grabungsarbeiten in wieder zugeschütteter Gasse; geschädigter Dritter 2 Ob 102/79
2.6 Dachstuhllieferung ist keine bewegliche Sache, sodaß keine Rügepflicht nach § 377 HGB besteht. Übersehen des Fehlens ordnungsgemäßer Dachverankerung durch übernehmenden Angestellten des Bauherrn, kein Mitverschulden, wenn Begehung erst nach Eindeckung erfolgte 2 Ob 580/79
2.7 Grenzen der Warnpflicht des Baumeisters bei bestelltem Architekten bzgl erst nach den Baumeisterarbeiten durchzuführenden Ausführungsarbeiten 5 Ob 581/80
2.8 Schwitzwasserbildung bei Aluminiumfenster – konkrete Warnpflicht bei Anwendung neuer Methoden und neuer Werkstoffe 5 Ob 510/83
2.9 Gleichteiliges Mitverschulden bei Falschauskunft eines Brandschutzmittellieferanten einerseits und Unterlassen der gebotenen Verträglichkeitsprüfung laut Merkblatt durch Käufer und Verwender andererseits 5 Ob 533/83
2.10 Einvernehmlich beigezogener Statiker ist Erfüllungsgehilfe des Werkherstellers; keine Rügepflicht nach § 377 HGB bei unbeweglichen Sachen; keine Pflicht zur Überprüfung durch Besteller durch zusätzlichen Statiker 5 Ob 690/83
2.11 Warnpflicht der Bauausführenden gegenüber dem von einem Architekten beratenen und überdies über eine eigene technische Abteilung verfügenden Besteller 8 Ob 516/79
2.12 Versäumte Untersuchungs- und Anzeigeobliegenheit eines Steinmetz gegenüber Marmorlieferanten 8 Ob 513/80
2.13 Gewährleistungsanspruchsverlust bei Versäumung der Rüge bei Lieferbeton 8 Ob 524/81

Dr. Walter Meinhart

Die Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers im Bauwesen

Im Bauwesen ist das Zusammenwirken von Bauherrn, -führern, -ausführenden, -schaffenden, -handwerkern, -materiallenhändlern und Werklieferanten, sowie Sonderfachleuten (Architekten, Statiker usw.), die hauptsächlich oder teilweise mit Koordinierungs-, Überwachungs- und Kontrollfunktionen zugunsten eines Partners (Bauherrn) eingesetzt sind, typisch. Die Formen des Unternehmereinsatzes, die vertragliche Ausgestaltung der Beziehungen der Baubeteiligten lösen eine Fülle von Haupt- und Nebenpflichten aus, bei denen Prüf- und Warnpflichten in unterschiedlicher Intensität auftauchen. Geschäftszweck und Parteienvereinbarung, aufbauend auf Handelsbrauch, Verkehrssitte, mehrstufigen ÖNORMen, Prinzipien des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, eingegliedert in nachgiebiges oder gar zwingendes Gesetzesrecht sind bestimmend für Hauptpflichten wie Werkerstellung, -lieferung oder Entgeltzahlungspflicht aber auch Nebenrechte und -pflichten. Die Kooperationspflicht zwischen Werkbesteller und dem allein oder zusammen mit anderen ausführenden Werkunternehmern, die gegenseitigen Rechte, Pflichten, Obliegenheiten der Kontrolle, Prüfung, Überwachung, Untersuchung, des Untersuchens, der Rüge, spezielle Aufklärungs-, Warn- und Hinweispflichten des Werkunternehmers über allgemeine Loyalitätsbeziehungen hinaus, sind der Rahmen, aus dem sich Umfang, Intensität, Prüflast und Untersuchungslast, Mindestumfang, Höchstumfang, Methode, Zeit und Zahl der Prüfungen und Untersuchungen, der Ort ergeben, schließlich in welcher Form und bis zu bzw. in welchem Zeitpunkt die Prüf- und Untersuchungsergebnisse als Warnung, Rüge usw. weiterzugeben sind. Die Prüf- und Warnpflicht für den Unternehmer im Bauwesen ist daher von mehr als der bloß werkvertraglichen nach § 1168a ABGB bestimmt. Pflichten und Rechte zur Prüfung, zum Untersuchen, zum Warnen sind weder klar antipodisch noch deckungsgleich. Unterschiedlich scharf sind die Rechtsfolgen wie Vergütungsverlust, erwachsende Schadenersatzpflichten, Beweislastverschiebungen nach § 1298 auch iVm § 1168a ABGB, die Verlagerung von Risiko und Gefahrentragung in die Sphäre des einen Unternehmers, Preisminderung, volle oder gar höhere Entgeltzahlung im Falle des § 378 HGB, Rücktritts- und Wandlungsrechte einerseits bzw. Aufhebung oder Verlust der Gewährleistung bei Eintritt eines Mangels, worauf der Warnpflichtige den Partner rechtzeitig und ausreichend unter Klarlegung von Folgen und Möglichkeiten der Vermeidung hinwies.

In gerichtlichen Verfahren spielt die Prüf- und Warnpflicht bei Streitigkeiten zwischen Baubeteiligten eine zentrale Rolle[1]. Leistungsstörungen zufolge neuer Baustoffe, neuer Verfahren der Werksherstellung, oder fehlerhafter Standardware, Fertigteile sind nach sachbedingt verschieden hohen Anforderungen an die Prüf- und Warnpflicht zu beurteilen. Entscheidungshilfe für die Lösung der dem bautechnischen Sachverständigen, dem kautelarjuristisch wie zur Streitentscheidung eingesetzten Juristen gestellten Fragen war die Vorgabe für die erweiterte Vortragsfassung.

1. Allgemeiner Teil

1.1 Obwohl die gesetzlichen Regeln für das Warnen, Prüfen, Aufklären, Kontrollieren, Rechnungslegen im Gesetz einfach umschrieben sind, gibt die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen ständig Probleme auf. Ab wann wird durch eine zu strenge Auslegung der Pflichtige überfordert, verliert der vom Gesetzgeber als schutzwürdig Gestellte bei zu einschränkender Auslegung den Schutz. Die neugefaßten ÖNORMen A 2060, B 2110[2] versuchen den strittigen Standard, die Überforderungsgrenze für den Untersuchungspflichtigen innerhalb des nachgiebigen Rechts zu umschreiben. Zwingendes Sonderrecht (KSchG, § 24 WEG 1975 und § 21 WGG) wird teils ausdrücklich, teils stillschweigend einer entsprechenden ÖNORM-Anpassung der Anwender überlassen. Die ÖNORMen werden aber vom Bauherrn, der ohnehin vom Gesetzgeber als schutzbedürftig angesehen ist, gleich ob Eigenheimbauer – beraten durch einen Erfahrungen der Großbauvorhaben schematisch übertragenden Vertragsverfasser – oder Großbauträger einseitig bis über die Grenze des § 879 ABGB zu Lasten des Werkunternehmers verschärft.
Eine Betrachtung der Unternehmerpflichten oder -obliegenheiten des Warnens und Prüfens muß über § 1168a ABGB hinausgehen, dessen Umfang jüngst *Iro*[3] auslotete.

1.2 Prüfen und Warnen in und außerhalb des Werkvertragsrechtes

Eine Prüfpflicht besteht nicht nur als Funktion der werkvertraglichen Warnpflicht nach § 1168a ABGB. Sie ist eine Obliegenheit im Rahmen der handelsrechtlichen Rügepflicht. Warn- und Prüfpflichtige sind nicht nur der baubeteiligte Werksunternehmer, gleich ob das Werk durch ihn allein oder kooperativ mit anderen entsprechend den Unternehmereinsatzformen (Haupt-, Nebenunternehmers usw.) zu erstellen ist.

1.2.1 §§ 377, 378, 381 Abs 2 HGB

Zur Offenhaltung ihrer Rechte aus dem Titel der Gewährleistung, des Schadenersatzes, der Falschlieferung, zur Vermeidung der Genehmigungsfiktion haben Baubeteiligte die Pflicht, richtig Obliegenheit, zu prüfen und zu rügen, wenn es sich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft handelt, der Kauf oder die Werklieferung (§ 381 Abs 2 HGB) für beide Teile kraft der Kaufmannseigenschaft ein Handelsgeschäft darstellt. Werklieferungsverträge[4] haben die Schaffung einer nicht vertretbaren, beweglichen Sache zum Gegenstand, die Fertigung aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff. Das sind die unterscheidenden, den schlichten Werkvertrag ausklammernden Merkmale für einen den §§ 377, 378 HGB gleich dem Kauf unterliegenden Werklieferungsvertrag im handelsrechtlichen Sinn.

1.2.2 Kaufmann und andere Unternehmer

Unternehmer mit Kaufmannseigenschaft sind Baubeteiligte dann, wenn sie kraft Tätigkeit, Umfang und Organisation des Betriebes, Rechtsform Ist-, Soll-, Formkaufmann sind, wobei es für die §§ 377 ff HGB keinen Unterschied macht, ob die Baubeteiligten Voll- oder Minderkaufleute sind. Ist der Baubeteiligte nicht schon kraft seiner Rechtsform als Ges. m. b. H., Aktiengesellschaft Kaufmann, so wird der Baubeteiligte überwiegend im Wege des Betriebes eines Grundhandelsgewerbes iS § 1 Abs 2 Z 1 oder 2 HBG eine Istkaufmannseigenschaft erlangen und zwar besonders dann, wenn außer der typischen Bauunternehmertätigkeit der Handel mit Waren, wie Baumaterialien, Möbel, Holzwaren, Sanitärgeräten usw ohne besondere wirtschaftliche und organisatorische Unternehmenstrennung geführt betrieben wird[6]. Denn der Bauunternehmer ist grundsätzlich verpflichtet, ein Bauwerk, somit eine unbewegliche Sache herzustellen. Liefern Bauhandwerker jedoch bewegliche Sachen, die allenfalls zum Einbau in unbewegliche Sache bestimmt sein mögen, sind sie Istkaufleute nach § 1 HGB. Bauhandwerker fallen idR nicht unter § 1 Abs 2 Z 1 HGB, weil sie die angeschafften Waren nicht als solche veräußern, sondern als Mittel zur Herstellung ihres Werkes beim Bau verwenden. Nur wenn sie mit Baumaterialien auch zusätzlich Handel betrieben, liegt ein gemischter Betrieb, der Kaufmannseigenschaft auslöst, vor[6]. Sonderfachleute wie Architekten usw werden hingegen schon kraft der zu erbringenden Leistung, die auf die Errichtung einer unbeweglichen Sache, eines Bauwerkes gerichtet sind, keine Kaufleute sein[7].

Der Unternehmerbegriff des Zivilrechtes ist jedoch nicht nur durch das HGB mit dem Begriff Kaufmann sondern auch mit den in Sondergesetzen enthaltenen Regeln, wie KSchG[8] unterschiedlich gefaßt. HGB, KSchG und ABGB verwenden keinen identen Unternehmerbegriff. Das WEG 1975 und WGG gibt weiters Nichtunternehmern wie Unternehmern als Wohnungseigentumsbewerbern, Wohnungsinteressenten, Mietern, Nutzungsberechtigten und Eigenheimwerbern eine Schutzstellung gegen die im Bauträgersonderrecht formulierten gemeinnützigen Bauvereinigungen iS WGG bzw Wohnungseigentumsorganisatoren iS § 23 Abs 1 WEG 1975.

1.2.3 KSchG und Wohnrecht zur Warn- und Prüfpflicht

Der sondergesetzliche Ausbau des Gewährleistungsrechtes zugunsten als schutzwürdig gewerteter Vertragspartner hat weder im KSchG noch WEG 1975 noch WGG zur Substantiierung der für das Bauwesen interessierenden Prüf- und Warnpflichten geführt, wenn von der Prüfberechtigung von Rechnungslegungen abgesehen wird. Warn- und Prüfpflichten sind nach Maßgabe des nachgiebigen Rechtes einengbar; nur Zustimmungsfiktionen, Offenhaltungsobliegenheiten und Kürzung der Fristen sind durch §§ 6 u 9 KSchG eingeschränkt, sonst sind die Inhaltskontrollen über § 879 ABGB, § 6 Abs 1 Z 9 u Abs 2 Z 5 KSchG sowie § 24 Abs 1 WEG 1975 bzw § 21 Abs 1 Z 4 WGG nicht bedeutsam, weil der Regelfall der Leistungsstörungen nicht auf vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Pflichtenverletzungen beruht[9]. Stärkere Sondervorschriften des Bestandrechts in § 1096 ABGB und weitergehend in § 16 Abs 3 MRG[10] haben für das Bauwesen keine unmittelbare Bedeutung. Freilich kann der Vermieter als Auftraggeber eine Übertragung dieses Mietentgeltrisikos zufolge aufgetretener Mängel auf die baubeteiligten Werkunternehmer vertraglich überwälzen. Ebenso verliert sein Gewährleistungsrecht für einen Mangel, wer als Besteller die ausreichende Warnung des Unternehmers in den Wind schlägt[11], wie der Berechtigte nach den allgemeinen Gewährleistungsregeln des § 928 ABGB diesen Schutz verliert, wenn mangels ausdrücklicher Zusicherung der Fehlerfreiheit augenfällige, mit normaler Sorgfalt erkennbare Mängel nicht aufgezeigt werden. Daran haben die Sondervorschriften von KSchG, WEG 1975 und WGG nichts geändert.

1.2.4 Önorm und andere Rechtsvorschriften zum Prüfen und Warnen

§ 1168a dritter Satz ABGB bestimmt, daß der Unternehmer für den Schaden des Mißlingens des Werkes infolge offenbarer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers dann verantwortlich ist, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat. § 1168a ABGB bringt die allgemeine Schutz- und Sorgfaltspflicht in der speziell auf den Werkvertrag zugeschnittenen Warnpflicht zum Ausdruck[12], die von den besonderen Sachverständigenkenntnissen (§ 1299 ABGB) des Unternehmers ausgeht[13]. Denn allgemein hat sich jeder Vertragspartner so zu verhalten, wie es der andere in der gegebenen Situation mit Rücksicht auf den konkreten Vertragszweck, die besondere Art der Leistung und die Erfordernisse eines loyalen Zusammenwirkens erwarten darf, damit die Erreichung des Vertragszweckes nicht vereitelt, sondern erleichtert und Schaden verhütet wird[14].

§ 1299 ABGB, der als Maßstab der haftungsrelevanten Fahrlässigkeit und gewisse Konkretisierung des berufsgruppenbezogenen Standards für die anzuwendende Sorgfalt an Aufmerksamkeit und Fleiß die vorzitierte Rolle als Übertretung einer Vertragspflicht, in § 1168a ABGB spielt, lautet: „Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerk öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last."

§ 377 Abs 1 HGB verlangt, daß der rügepflichtige Baubeteiligte mit Kaufmannseigenschaft unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange tunlich ist, die Ware (bewegliche Sache) untersucht und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer bzw Werklieferanten (§ 381 Abs 2 HGB) unverzüglich Anzeige macht. § 377 Abs 3 HGB erweitert diese Obliegenheit klar dahin, daß auch dann unverzüglich, und zwar nach der Entdeckung Anzeige gemacht werden muß, wenn sich später ein Mangel zeigt.

Aus diesen zentralen zivilgesetzlichen Vorschriften über Prüfen, Untersuchen, Warnen und Rügen haben Lehre und Rechtsprechung primäre Anhaltspunkte für Prüf-, Untersuchungs-, Warn- und Rüge-

lasten gewonnen, worauf unter 1.4 u 1.5 noch näher eingegangen wird. Aber wie *Iro*[15] zutreffend hervorhebt, kommen dabei der Parteienvereinbarung, dem Geschäftszweck besondere Bedeutung zu. Für das Bauwesen geben dabei die ÖNORMen, besonders die 1983 neu gefaßten Verdingungsnormen ÖNORM A 2060 und B 2110 als Vertragsmuster[16], wenn sie den Vertragsverhältnissen zugrunde gelegt wurden, die primäre Entscheidungsbasis ab, weil das gesetzliche Recht des Warnens, Prüfens, Rügens usw nachgiebig ist. Den zur Vertragsgrundlage erhobenen ÖNORMen gehen zusätzliche individuelle Vereinbarungen vor.[17] Ebenso wie die verbraucherschutzbezogenen Vorschriften (§§ 24 WEG 1975, § 21 WGG, §§ 6 u 9 KSchG) gehen mit einer anderen Stoßrichtung die ÖNORMen A 2060 und B 2110 auch in der Neufassung 1983 nur auf Teilbereiche des Warnens und Prüfens als Recht bzw Pflicht ein. Gewährleistungsanspruchsverlust und Gefahrentragungsbereich des Werkunternehmers stehen im Zentrum der die Regelungsbereiche Schadenersatz, Gewährleistung, Warnpflicht, Rügeobliegenheit ansprechenden Bestimmungen über vorvertragliche Warn- und Aufklärungspflicht, Kooperationspflicht, Zustimmungsfiktionen und Offenhaltungsbegrenzung für Auftraggeberpositionen, seine Überwachungs- und Kontrollrechte bis zur prüffähigen Rechnung.

An Bestimmungen der allgemeineren Werkvertragsregeln der **A 2060** und der besonderen Anordnungen für den Bauwerkvertrag in der **B 2110** sind zu nennen:

1.2.4.1 Nebenleistungen ÖNORM A 1.2.5 u B 1.2.2

Mit der Nebenleistungsdefinition („Leistungen, als sie zur vollständigen sach- und fachgemäßen Ausführung der vertraglichen Leistung unerläßlich sind. . . .") werden unselbständige Nebenpflichten[18], welche als Vorbereitungs-, Begleit- und Beendigungsarbeiten im Zuge der Hauptleistungsverrichtung auftreten, nicht aber Warnen, Aufklären und das dazu erforderliche Prüfen als Schutz- und Sorgfaltspflicht besonders erfaßt, weil deren Einhaltung keiner besonderen Entlohnung bedarf[19].

1.2.4.2 Einzelne warn-, prüf-, untersuchungs-, überwachungs-, aufklärungs-, hinweis- u rügepflichtbezogene ÖNORM-Bestimmungen.

Warnpflichtbezogen[20] sind vor allem in A 2060: 2.10.1.4 [„Hat der Auftragnehmer Bedenken gegen Weisungen und/oder Beistellungen (Stoffe, Materialien, Gegenstände) oder gegen Leistungen anderer Unternehmer, so muß er diese Bedenken dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitteilen. Innerhalb einer zumutbaren Frist hat der Auftragnehmer nach Möglichkeit Verbesserungsvorschläge zu machen. Der Auftraggeber hat seine Entscheidung zu den Bedenken rechtzeitig bekannt zu geben. Unterläßt der Auftraggeber die Mitteilung oder trifft der Auftraggeber keine Entscheidung, so haftet jeder für seine Unterlassung."][21] und 2.23.2 (Gewährleistungseinschränkung bzw -verlust). Diese Warnpflicht setzt eine Prüfung voraus. Sie wird weiters vorausgesetzt in A 2060: 1.3.4 (Hinweise für die Ausschreibung), 2.6.1 u 2.6.3 (Ausführungsunterlagen einschließlich einer Prüfpflichtbefreiung . . . „Sind Ausführungsunterlagen, für deren Ausarbeitung langfristige Vorarbeiten oder die Heranziehung von Spezialfachleuten erforderlich waren, innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit oder mit den dem Auftragnehmer vernünftigerweise zumutbaren Mitteln bei Aufwendung pflichtgemäßer Sorgfalt nicht prüfbar, so hat der Auftragnehmer dies unverzüglich dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen.") Für den Anlagenbau bedeutsam ist in A 2060: 2.20 u 2.21 (Güte- und Funktionsprüfungen und Probebetrieb). Überprüfbar bzw prüffähig ist die Rechnungslegung (A 2060 Pkt 2.12.2 u 2.12.9.3). Ein Prüfen und Wahrnehmen setzen die zahlreichen Mitteilungs- und Verständigungspflichten voraus zB in A 2060: 2.10.6.2, 2.13.1.3, 2.15.1.2, 2.15.2.3, 2.15.3, 2.15.4.3, 2.18.5, 2.20.3, 2.20.4, 2.22.3, 2.22.9, 2.23.4.2; in B 2110: 2.5, 2.7.3.1, 2.12, 2.18. Gleiches gilt für das Führen von Aufzeichnungen in A 2060: 2.10.4 (Aufzeichnungen über wichtige Vorkommnisse), 2.21.7 (Probebetrieb); in B 2110: 2.7; weiters das Bestätigen in B 2110: 2.3 u 2.7.2, das gemeinsame Feststellen in A 2060: 2.12.2.1 (Ausmaßfeststellung), 2.22.5 (Übernahme); in B 2110: außer der Schlußfeststellung nach 2.25, 2.21.3 (Schadenfeststellung), das Überwachen, das freilich den Überwachten nicht freizeichnet[22] in A 2060: 2.10.3 (wobei 2.10.3.3 hervorhebt, daß der Auftragnehmer durch die Überwachungstätigkeit des Auftraggebers nicht der Verantwortung für die vertragsgemäße Ausführung der Leistung enthoben wird, 2.10.3 sonst eingeht auf die Zumutbarkeit und Interessen des zu Überwachenden bezüglich Geschäfts- und Betriebsgeheimnis, die ausnahmsweise zulässige unvermutete Überprüfung). Zur Erfüllung der Kooperationspflichten (A 2060 Pkt 2.8 u 2.10.1.4 u 5) ist ebenfalls ein Prüfen und Eingehen auf die Auftragsunterlagen und Erfüllung auch anderer Unternehmer erforderlich[23]. Schließlich kommt dem Prüfen und Wahrnehmen für die Rügeobliegenheiten, das Offenhalten von Schadenersatz, Gewährleistung usw eine dienende Funktion zu und zwar in A 2060 (2.10.1.4 u 5, 2.10.3.3, 2.23.3 – Geltendmachung von Mängeln; 2.13.2 – für die Geltendmachung von begründungspflichtigen Vorbehalten zur Rechnungslegung).

1.2.4.3 Weitere Rechtsvorschriften

Die Warn- und Prüfpflicht als Teil des Werkvertragsrechtes wird analog für die Beziehungen Verkäufer – Käufer etwa im Bereich der Verträge zwischen Verkäufern und Bauschaffenden als Werkunternehmer angewandt[24], gilt auch für den Bereich der verwandten Verträge, wie dem freien Dienstvertrag über die Schutz- und Sorgfaltspflicht nach den §§ 1169, 1157 ABGB hinaus[24], deckt sich durchaus mit der Pflicht des Machthabers nach § 1009 ABGB, insbesondere von Bedeutung beim Architektenvertrag, der sowohl Werkvertrags- wie Bevollmächtigungsvertragselemente enthält[25], hat eine ausdrückliche Ausformung in § 2 HVG und § 4 ImmMV erhalten, wonach der Makler zwar auch dann seine Provision erhält, wenn das Geschäft für den Geschäftsherrn nicht lohnend war, jedoch anderseits nach § 4 ImmMV eine sehr umfassende, den Geschäftsabschluß damit auch nachteilig beeinflussende Informationspflicht mit unstreitiger Warnfunktion auf Grund einer sehr intensiven Untersuchung trifft. § 4 Abs 1 Z 5, 13 und Abs 4 ImmMV verlangt die Erkundung aller für das zu vermittelnde Rechtsgeschäft oder die Umstände, die für die Beurteilung wesentlich sind, somit eine sorgfältige Erhebung. Das Sorgfaltsmaß richtet sich iVm § 2 ImmMV letztlich wieder nach § 1299 ABGB. Weiters gehört der Produzentenhaftungsbereich hierher. Erkundungs- und Wahrnehmungspflichten jedoch ohne eine umfassende Untersuchungspflicht bezogen auf die bloße Erkennbarkeit enthalten weiters § 1489 ABGB[26] und § 928 ABGB[27].

1.2.4.4 Überwachung, Überprüfung, Zulassung zusätzlich zur Warn- und Prüfpflicht

Im Baurecht[28] und Förderungsrecht[29] finden sich ebenso wie in Auflagen von Kreditgebern Überwachungs-, Prüf- und Kontrollrechte oder Zulassungs- und Bewilligungsberechtigungen, denen eine Untersuchung, Prüfung usw immanent ist. Darunter fällt der gesamte Bereich der BauO der Baukontrolle, der sämtliche Bauanforderungen überprüfbar stellt; es werden die Baumaterialien und die Baudurchführung oder die Sicherheit der Bauarbeiter durch Bau-, Gewerbebehörden, Arbeitsinspektorate usw überwacht. Die Überwachung und Kontrolle, aufbauend auf einer Prüf- und Untersuchungstätigkeit durch qualifizierte Personen (Amtssachverständige, Prüfingenieure usw) führt zu keiner Aufhebung oder Minderung der Warn- und Prüflast der Unternehmer iS § 1168a ABGB bzw § 377 ff HGB[30]. Denn die Kontrolle ist nicht alternierend, richtet sich gegen den rechtsgeschäftlich zusätzlich Warn- und Prüfpflichtigen, liegt nicht nur in seinem Interesse, sondern in einem höchstens überschneidenden, öffentlichen oder sonstigen privaten Interesse. Auch zugelassene Baustoffe oder genehmigte Bauverfahren erfordern, daß der Prüf- und Warnpflichtige im Einzelfall die Eignung des Baustoffes, des Bauverfahrens für die Werkerstellung zu überprüfen hat und mit den branchenüblichen, berufsbezogenen Sachverstandsanforderungen seine Prüf- und Warnpflicht erfüllt. Dennoch lassen sich aus den Anforderungen an Überprüfungs- und Kontrollvorschriften, etwa im Bereich der Amtshaftung[31] oder des Verkehrsrechtes (§§ 58 ff StVO, § 102 KFG), oder sonstige Überzeugungspflichten unabhängig von rechtsgeschäftlichen Beziehungen (zB § 95 Abs 1 StGB – die Unterlassung der offensichtlich erforderlichen Hilfeleistung), Schlüsse auf Untersuchungs-, Prüf- und Warnlastumfang ziehen. Die Warn- und Prüflast nach ABGB und HGB erfordert mehr als Überzeugungspflichten nach § 928 ABGB die Erkennbarkeit und Kenntnis nach § 1489 ABGB, die nachprüfende überprüfende Aufgabe einer Baubehörde oder eines Förderungsträgers.

1.2.4.5 Die Prüfungs- oder Hinweisverpflichtung nach BGB

§ 1168a Satz ABGB hat mit der Warnpflichtregel, auszuführen nicht mit großer Gesetzeskenntnis, sondern nur mit dem natürlichen Verstand des gewissenhaften Geschäftsmannes[32], eine Konkretisierung der allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten vorgenommen. Im BGB fehlt eine solche Regel. Es gilt in erster Linie § 242 BGB, wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Die Gefahrentragungsregeln der Leistungsgefahr bei nachträglicher Unmöglichkeit oder Unvermögen, gelöst nach der Sphärentheorie, belassen dem Unternehmer nach § 645 BGB einen Vergütungsanspruch, wenn er seiner Hinweis- oder Prüfungsverpflichtung nachgekommen ist; das BGB trifft eine weitergehende Risikoverteilung zu Lasten des Bestellers, anders als das ABGB. Der Vergütung begehrende Unternehmer muß beweisen, daß der Untergang bzw Verschlechterung oder Unausführbarkeit nicht seine Ursache in Umständen hat, die in der Sphäre des Unternehmers liegen. Die Hinweis- oder Prüfungspflichten sind Nebenpflichten, die sich aus dem Vertragszweck und den Treuepflichten nach § 242 BGB ergeben. § 3 Nr 3 VOB/B nennt als solche Nebenpflichten die Überprüfung der übergebenen Unterlagen, § 4 Nr 1 Abs IV verlangt einen Hinweis auf Bedenken gegen unberechtigte oder unzweckmäßige Anordnungen des Bestellers, § 4 Nr 3 einen Hinweis auf Bedenken gegen die Art der Ausführung, Güte der vom Besteller gelieferten Stoffe oder gegen Leistungen anderer Unternehmer.[33] Es entspricht der herrschenden Meinung, daß der Unternehmer die Verpflichtung hat, die Güte der vom Besteller gelieferten Materialien sowie die Leistungen von Vorunternehmern zu prüfen, und dem Besteller Mitteilung zu machen, wenn er Bedenken gegen die vorgesehene Art der Werkserstellung hat. Nach *Soergel* wird Prüfungs- und Mitteilungspflicht zur Hauptpflicht, wenn die Mangelfreiheit der Werkleistung diese Pflichtenerfüllung erfordert.[34] Die Abstützung der Hinweis-, Mitteilungs- und Prüfpflichten über § 242 BGB führt bei Fehlen konkreter Vereinbarungen oder Anwendbarkeit des VOB/B bisweilen zu einer weniger schematisch strengen Annahme der Prüf- und Warnpflichtverletzung als nach § 1168a ABGB, der dem Besteller grundsätzlich – ausgenommen erforderliche Warnung – nicht zumutet, Gefahren zu übernehmen, solange er nicht in der Lage gewesen ist, die Vertragsgemäßheit des Werkes zu prüfen, also nicht vor Abnahme bzw Übergabe.[35]

1.3 Sinn des Warnens und Rügens nach § 1168a ABGB u §§ 377 f HGB

1.3.1 Sinn der Unternehmerpflicht nach § 1168a Satz 3 ABGB

Das Zivilrecht sieht den Wissenden, den Fachmann, allgemein gegenüber dem seinen Rat, sein Fachwissen, sein berufliches Können in Anspruch Nehmenden als weniger schutzbedürftig an, wenn es um die Verteilung des Risikos geht, Leistungspflichten des Fachmannes reduziert werden sollen. Die Regeln des ABGB über die Preisgefahr beim Werkvertrag ordnen grundsätzlich dem Werkunternehmer die Gefahr aus der Vereitlung des Werkes zu, sofern es sich nicht um Umstände handelt, die in der Sphäre des Bestellers liegen. Der Besteller wird selbst dann grundsätzlich als schutzwürdig angesehen, wenn er selbst sachverständig beraten ist. Um das vom Gesetzgeber hier besonders ausgeformte Schutzbedürfnis zu verneinen, müssen jene Nachteile, vor denen nach § 1168a ABGB zu warnen ist, für jedermann sofort und ohne besondere Kenntnis einsichtig sein. Die dem Werkunternehmer auferlegten Schutzpflichten sollen erst wegfallen, wenn das Mißlingen des Werkes für jedermann offenkundig und sogleich erkennbar ist.[36] Denn der Besteller soll nach den Motiven[37] zu § 1168a ABGB Gefahren nicht übernehmen müssen, solange er nicht in der Lage gewesen ist, die Vertragsgemäßheit des Werkes zu überprüfen. Der dennoch im unzweifelhaften Einverständnis des Bestellers mit dem Risiko des Mißlingens in den Fällen der Offenkundigkeit das Werk übernehmende oder vollendende Werkunternehmer hat jedoch über § 1168a ABGB hinaus, über seine hier wegfallende Warnpflicht hinaus, zu beachten, daß er nicht gegen das allgemeine Gefährdungsverbot verstößt, sodaß Dritte zu Schaden kommen.[38] Gemäß der § 1168a ABGB zugrundeliegenden Risikoverteilung belastet Rechtsprechung und Lehre[39] den vorausleistungspflichtigen Werkunternehmer mit der Beweislast dafür, daß er der Warnpflicht entsprach, bzw eine solche ohnedies vom Besteller nicht befolgt worden wäre oder am eingetretenen Schaden ein entsprechendes Verschulden träfe. Denn für den

ohne Beweislastumkehr sonst beweispflichtigen Besteller sind die Lebensverhältnisse in der Sphäre des Unternehmers nicht durchschaubar. Selbst bei Ebenbürtigkeit in der Sachkunde auf Besteller- und Unternehmerseite in der Einsicht in den Ablauf der Werkherstellung und den beabsichtigten Erfolg trifft den Werkunternehmer bei Bedenken besonders im vorvertraglichen Bereich eine Warnpflicht. Jedoch kann auch schlüssig kraft der Parteienvereinbarung bei Sachkundigkeit des Bestellers oder gemeinsamem Wissen um das Risiko des Einsatzes eines neuen Verfahrens oder eines neuen Baustoffes eine zusätzliche Erkundungspflicht dem Werkunternehmer für das Gelingen oder Mißlingen des Werkes, die Tauglichkeit oder Untauglichkeit des Stoffes ausgeschlossen sein. Für § 1168a ABGB gilt noch mehr als für das Gewährleistungsrecht (§ 928 ABGB), daß das Prinzip, daß derjenige, der den Mangel kannte oder leicht hätte erkennen können, nicht schutzwürdig ist, dann nicht zum Tragen kommt, wenn sich der Besteller (Käufer) als Ratsuchender zum Unternehmer (Verkäufer) begibt, der vom Beratungspflichtigen gegebenen Leistungszusage vertrauensvoll verlassen darf und deshalb nicht zu besonderer Aufmerksamkeit technischen Detailangaben usw gegenüber und zur Prüfung der Richtigkeit der unter Zugrundelegung dieser technischen Detailangaben vom beratenden Unternehmer (Verkäufer) gezogenen Schlußfolgerungen, daß die zugesagte Leistung erbracht werden könne, verpflichtet ist. Der Besteller darf annehmen, daß dem Werkhersteller doch auf irgendeine Weise gelingen werde, den zugesagten Erfolg herbeizuführen.[40] Ihm offenbar auffallenden oder von ihm veranlaßten Irrtum muß der ebenbürtige Besteller jedoch aufklären (unten 1.4.1.1).

1.3.2 Sinn der Rügeobliegenheit und des Prüfens nach §§ 377 f HGB

Anders als bei der Anwendung des § 1168a ABGB ist für die Auslegung der Handelskauf- und Werklieferungsbestimmungen (§§ 377, 378, 381 Abs 2 HGB) Lehre und Rechtsprechung zu den gleichlautenden Bestimmungen in der BRD heranziehbar und wird von der Praxis zufolge größerer Aktualität und ausführlicherer Kommentierung stets zitiert. *Brüggemann*[41] hebt als Zweck des Rechtsinstitutes des § 377 HGB hervor, daß unter Kaufleuten der Käufer einer Ware deren Mängel gegenüber seinem Verkäufer unverzüglich zu rügen hat, um der besonderen Interessenlage in der Abwicklung von Handelskäufen und gleichgestellten Werklieferungsverträgen gerecht zu werden. Gegenüber dem allgemeinen Kaufrecht verlangt der Handelsverkehr schnelle Klarheit darüber, ob eine Lieferung „in Ordnung" geht. Der Verkäufer will davor geschützt werden, daß innerhalb der Verjährungsfrist nicht beliebig lang irgendwelche Mängelbehauptungen nachgeschoben werden, zu einem Zeitpunkt, in welchem sichere Feststellungen unter Umständen gar nicht mehr möglich sind. Das ist um so notwendiger, als Verkäufe für den damit befaßten Kaufmann ein Massengeschäft darstellen. Nicht zuletzt deshalb muß er baldmöglichste Klarheit darüber haben können, was er an zu erwartenden Eingängen auf demnächst fällige Kaufpreise in seine Bücher einzustellen hat oder ob Rückstellungen aus Anlaß von Reklamationen notwendig sind. Darum verschärfte Rügenormen, die gelten, wenn beide Teile Kaufmann sind.

Allgemein ist zu sagen, daß der Zweck von Rügenobliegenheiten, Mängelanzeigen mit Ausschlußfristen darin liegt, dem Übergeber, Gewährleistungs-, Schadenersatzpflichtigen die Möglichkeit zu geben, die Ursache der Mängel in möglichst kurzer Zeit festzustellen, den Umfang der Schäden zu erkennen, für unverzügliche Abhilfe zu sorgen und auf diese Weise den ihm selbst und dem Erwerber drohenden Schaden zu vermeiden und zu verringern. Auf den Gläubiger soll ein Druck ausgeübt werden, die Mangelfrage rasch zu klären.[42] Ist keine Untersuchungspflicht vereinbart, ergibt sich aus dem HGB nur eine Untersuchungs- und Prüflast. Die Untersuchung hat als Hilfsfunktion die Grundlage für eine etwaige Rüge zu schaffen, kann sogar ein Recht des Käufers darstellen, wenn es darum geht, daß er grundsätzlich vor Beendigung der Untersuchung die Ware nicht als Erfüllung anzunehmen, geschweige denn abzunehmen braucht.[43]

1.4 Prüfen und Untersuchen

1.4.1 § 1168a ABGB

Anders als § 377 HGB setzt § 1168a ABGB das Untersuchen, Prüfen als Hilfsfunktion für das Warnen voraus, ohne dafür einen Termin, etwa Unverzüglichkeit wie im HGB, oder Tunlichkeit bezogen auf den Geschäftsgang als weiteres Kriterium für die Rechtzeitigkeit zu nennen. Das Maß für Umfang und Methode eines gegebenenfalls erforderlichen Prüfens und Untersuchens ergibt sich überhaupt aus der Fachkenntnis iS § 1299 ABGB.

1.4.1.1 Anlaß und Gegenstand

Prüfen und Untersuchen sind, von den Fällen einer ausschließlich darauf gerichteten Hauptleistungsvereinbarung abgesehen, Hilfsfunktionen für die Erfüllung der Warnpflicht, der vertraglichen oder vorvertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten. Weicht der beigestellte Stoff, die erteilte Weisung, der angestrebte Werkerfolg von der Norm ab, fehlt zufolge des unbekannten Standards des beigestellten Stoffes (zB neuartige Fenster, ungeprüfter Boden) ein klares Wissen über die Deckung von Ist- und für die Werkerstellung erforderlichem Sollzustand, wird Untersuchen und Prüfen zur Pflicht. Das gilt nur dann nicht, wenn nicht schon kraft branchenüblichem Erfahrungswissen, dem objektiv erforderlichen fachtechnischen Wissen und Können, auch ohne Prüfen und Untersuchen ein Gelingen des Werkes mit dem beigestellten Stoff im weiten Sinn, mit der erteilten Ausführungsanweisung, den Vorgaben im Auftrag, den Auftragsunterlagen, besonders bei Anschluß- oder Nachbesserungsarbeiten, der Werkerfolg kraft der vereinbarten Eigenleistung mit oder ohne Zusammenspiel mit anderen Fremdleistungen dem Werkunternehmer gesichert erscheinen darf. Stellt sich später eine Abweichung vom angenommenen Standard heraus, die sich bei ordnungsgemäßer Untersuchung nicht hätte feststellen lassen, so richtet sich Maß und Pflicht für eine Untersuchung nach der Art des aufgetretenen, die Werktauglichkeit gefährdenden Mangels. Anlaß zum Prüfen und Untersuchen ist somit die Auftragserteilung, auch schon die vorvertragliche Phase der Geschäftsabschlußvorbereitung und -anbahnung, das spätere Auftreten von die Werktauglichkeit beeinträchtigenden Umständen (zB Änderung des technischen Standards, sofern dieser zufolge bauordnungsgemäßer strengerer und jüngerer Anforderungen berücksichtigt werden muß),

das Erkennen eines bei der Werkausführung hervorgekommenen Mangels, schließlich die Übergabe im Rahmen der Schlußfeststellung, insbesondere bei einer übernommenen Funktionstauglichkeitsprüfungspflicht im Anlagenbau.
Gegenstand des Prüfens und Untersuchens sind der vom Unternehmer beigestellte Stoff, die in den Auftragsunterlagen zum Ausdruck kommende Weisung oder spätere Weisungen, insbesondere bei Auftragsänderungen (-erweiterungen oder -einschränkungen zufolge angestrebter Kostenreduktionen usw), und zwar in Richtung der Werktauglichkeit aus fachtechnischer und damit zusammenhängender rechtlicher Sicht, wie Erlangbarkeit der Baubewilligung, Vorliegen dieser usw, soweit dies in den beim Auftrag übernommenen Verantwortungsbereich fällt.[43a] Unter Stoff ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dem das Werk herzustellen ist, auch der Grund und Boden, auf dem der Bau auszuführen oder das Gebäude, an dem Arbeiten zu verrichten sind.[43b u 44] Anweisung iS § 1168a ABGB liegt nach *Iro*[45] vor, wenn der Auftraggeber (Besteller, Bauherr usw) nicht nur das Ziel, also das herzustellende Werk, vorgibt, sondern wenn er außer der für jedes Werk erforderlichen Beschreibung des Erfolges auch die Art der Durchführung in der einen oder anderen Richtung konkret und verbindlich vorschreibt. Dem Unternehmer wird die Durchführung der zum Werkerfolg führenden Arbeiten nicht überlassen, sondern es werden durch die Auftragsunterlagen, die vorgenommene Planung, dem Unternehmer Ausführungsvorschriften gemacht. Im Zweifel sind die Angaben des Auftraggebers, Bestellers jedoch nicht als konkludente Risikoübernahme, als Entlastung des Unternehmers von seinen Pflichten zu verstehen. Besonders die ÖNORM A 2060 Pkt 2.6.3 und die Bestätigungserklärung in ÖNORM B 2110 Pkt 2.3 sprechen dafür, daß selbst genaue Vorgaben den Unternehmer nicht von seiner Untersuchungs- und Prüfpflicht entlasten, die Ausführungsunterlagen somit nur präzise Zielvorgaben sein wollen. Dem steht nicht entgegen, daß es trotz Prüfpflicht zu einem Irrtum kommen kann[46], der sowohl in der Anbotsausschreibung wie in der Anbotsstellung des später den Auftrag erhaltenden Werkunternehmers, somit beiden Vertragspartnern, unterläuft. Bei Ebenbürtigkeit führt auch § 1168a ABGB nicht zur Aufhebung der Irrtumsregeln, der sich aus den Loyalitätspflichten allgemein ergebenden Prüf- und Hinweispflichten des Bestellers.

1.4.1.2 Zeitpunkt(e)

Zu prüfen und untersuchen ist nicht bloß aus Anlaß der Übernahme des Auftrages[47], sondern auch während der Ausführung, wenn sich im Zuge der Arbeit herausstellt, daß ein zunächst unbekannter Fehler tatsächlich vorliegt[48], zu dessen Abwendung eine Kostenüberschreitung notwendig ist[49], weiters bei Anschluß- oder Nachbesserungsarbeiten[50], sowie erforderlichenfalls bei der Abnahme des Werkes, der Schlußfeststellung, etwa bei Überlassung der Ausführung an einen Dritten, obwohl die Werkerstellung in den eigenen Verantwortungsbereich fällt[51].

1.4.1.3 Umfang und Methode

Die Untersuchung und das Prüfen hat in solchem Umfang und auf solche Art vorgenommen zu werden, wie es erforderlich ist, um einen der Warnpflicht unterliegenden Sach- oder auch Rechtsmangel (behördliche Genehmigungen) so abzuklären, daß der Besteller über den Mangel, eine allfällige Abhilfe und die Gefahr des Scheiterns des Werkes derart unterrichtet werden kann, daß er eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für das weitere Vorgehen hat, nämlich Durchführung der vorgeschlagenen Behebungsmethode, allenfalls unter Beiziehung eines weiteren Fachmannes, oder Abstandnahme von der Werkerstellung oder Weisung der Werkherstellung trotz des Mangels. Für das Prüfschema erarbeitet *Iro*[52] in einer für das HGB vergleichbaren Weise[53] folgende Grundsätze: Der Unternehmer ist in der Regel nicht verpflichtet, im Rahmen der ihn nach § 1168a ABGB treffenden Verpflichtungen besondere, sonst nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen[54]. Soweit sich bei der Prüfung und Untersuchung zufolge Fremdleistungen fachüberschreitende Spezialkenntnisse des Unternehmers technisch schwierige und kostenintensive Untersuchungen als erforderlich herausstellen, wird nach Verhältnis zwischen Prüfaufwand und Werklohn dem Besteller dies mitzuteilen sein und eine besondere Vereinbarung zu treffen sein. Mangels besonderer Prüfpflichtvereinbarungen gilt nur das zumutbare Maß. Zur Beiziehung eines Sachverständigen zur Prüfung der Fremdleistungen ist der Werkunternehmer nicht verpflichtet. Insoweit greift die Grenze der „Offenbarkeit". Das ist alles nur dann, wenn diese Mängel auch bei Aufwendung des gehörigen Fleißes, der Aufmerksamkeit, die im Rahmen der Fähigkeiten iS § 1299 ABGB liegen, also nur bei ordnungsgemäßer Untersuchung zu Tage gefördert werden können. Mängel, die nur ein branchenfremder, auf den Prüfpflichtigen bezogen, leistungsfremder Sachverständiger erkennen kann, sind nicht offenkundig.[55]

Der Maßstab ist somit die nach § 1299 ABGB erforderliche branchenübliche Berufserfahrung und das vom übernommenen Auftrag her bestimmte objektiv zu prästierende fachtechnische Wissen.[56] Die Überprüfung des beigestellten Stoffes wird sich in der Regel auf eine dem Material gemäße (Massenware) äußerliche Probe wie Besehen, Befühlen und andere leicht vorzunehmende Untersuchungen beschränken, besonders wenn es sich um Markenware handelt. Bezüglich der Auftragsunterlagen ist auf das zu 1.4.1.1 u 1.4.1.2 Ausgeführte zu verweisen. Dabei ist nicht nur eine oberflächliche Rundumuntersuchung, sondern eine gezielte, welche in Richtung vermuteter Mängel, vermuteter „wunder Punkte" geht, vorzunehmen. Es ist nach möglichen Gefahrenquellen, Mehraufwandserfordernissen im Umfang des nach § 1299 ABGB einzusetzenden Fachwissens nachzuforschen. Dem wird besondere Bedeutung bei übertragenen Aushubarbeiten mit Gefährdungsneigung für Nachbarbauten, Einbauten usw zukommen. Auf die Einbauten nimmt die ÖNORM B 2110 Pkt 2.5 soweit Bedacht, als es sich um Hinweispflichten des Bauherrn handelt, die aus seiner Koordinationspflicht erwachsen. Der Umfang des Prüfens geht zufolge des Maßstabes des § 1299 ABGB über sonstige Erkundungspflichten und Überzeugungspflichten etwa nach § 1489 ABGB, § 928 ABGB oder auch § 871 ABGB bezüglich der Irrtumsaufklärung hinaus, weil zufolge der Hilfsfunktion der Warnpflicht auch Mängelursachen über die allgemeinen Loyalitätspflichten hinaus aufgezeigt werden müssen. Die Untersuchung hat daher mit fachkundiger Sorgfalt vorgenommen zu werden, muß aber nicht peinlich genau sein[57]. Sie hat sich von Fällen einer erkennbaren allgemeinen Gefähr-

dungssituation abgesehen grundsätzlich nur im Rahmen der eigenen Leistungspflichten und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten zu halten.[58] Wo die Aufklärungs-, Hinweis- und Warnpflicht jedoch den Hauptinhalt des übernommenen Auftrages darstellt oder durch die besondere Natur des Rechtsverhältnisses (Architekt) bestimmt ist, gilt wie überhaupt für die Abgrenzung der Prüf- und Untersuchungslast die Parteienvereinbarung oder zusätzliche Gesetzesregelung, wie § 1009 ABGB.

1.4.1.4 Entlastung

Die Prüf- und Untersuchungspflicht kann zugunsten des Pflichtigen entlastet und für die Rechtsfolgen im Rahmen eines Mitverschuldenseinwandes gemildert oder gar aufgehoben werden. Maßgebend ist, ob das sonst vom Werkunternehmer zu tragende Risiko durch die Parteienvereinbarung vom Besteller, Bauherrn, übernommen wurde. In der Regel obliegt die Prüfungspflicht voll dem Werkunternehmer und nicht dem Besteller, weil er nach der gesetzlich unterstellten Interessenlage mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln und mangels entsprechender Sachkunde dazu gar nicht in der Lage ist oder unbeschadet vorhandener oder gar größerer Sachkunde ausdrücklich oder schlüssig ausbedingt, daß es bei der vollen Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers verbleiben soll. Kann der Besteller kraft eigener Sachkunde, Beiziehung eines sachkundigen Beraters augenscheinlich in ausreichender Weise sich von der Tauglichkeit des Stoffes oder seiner Ausführung überzeugen und hat er dies nach Art der Auftragsunterlagen auch getan, wird die konkrete Beherrschbarkeit des Stoff- und Anweisungsrisikos dem Werkunternehmer insoweit abgenommen.[59] Das Ausbedingen von Überwachungsbefugnissen, die Einschaltung eines Architekten, Baumeisters usw als Bauführer allein bringt jedoch die Pflicht des Unternehmers, sich über den Stoff und die Ausführbarkeit des Werkes zu informieren, zu untersuchen nicht in Wegfall.[60] Wohl aber ist das Maß der anzuwendenden Intensität des Prüfens und Untersuchens durch die Koordinations- und Kooperationspflichten sowohl des Bauherrn bzw Bestellers einerseits und der anderen Unternehmer andererseits im Rahmen des Zusammenwirkens für die gemeinsame Werkherstellung bestimmt bzw begrenzt. Soweit es sich um das Überprüfen von Vorarbeiten, die Fortsetzung einer unfertig gebliebenen, nachbesserungsbedürftigen Arbeit eines Vorunternehmers und nicht Repräsentanten des Bestellers handelt, bleibt die werkspezifische Prüfpflicht des Werkunternehmers voll bestehen.[61]

1.4.2 §§ 377 f HGB

Die handelsrechtliche Untersuchungs- und Prüflast ist ohne besondere Vereinbarung keine echte Pflicht, sondern schafft durch ihre Hilfsfunktion die Grundlage für etwaige Rügen[62]. Die Vornahme der Untersuchung ist keine Voraussetzung der Wirksamkeit der Rüge[63]. Der mit Kaufmannseigenschaft ausgestattete Bauherr, Bauschaffende, Käufer (Abnehmer einer Ware der Werklieferung), der bewegliche Waren, also Baumaterialien, einzubauende Geräte, Anlageteile für den Bau kauft oder geliefert erhält, sollte untersuchen, um sich über ein peius (Mangel) oder ein aliud (Falschlieferung) ein minus oder maius (Mengenabweichung) Klarheit zu verschaffen. Die Kaufmannseigenschaft[64] muß bei Geschäftsabschluß und bei Ablieferung der Ware gegeben sein.[65]

1.4.2.1 Anlaß und Gegenstand

Bei beiderseitigen Handelsgeschäften trifft den Bauherrn, Bauunternehmer als Käufer oder Werklieferungsempfänger die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 Abs 1 HGB, wenn es sich um eine Schlechtlieferung handelt, die abgelieferte Ware mit einem Mangel behaftet ist, und, wenn es sich um eine Falsch-, Zuviel- oder Zuweniglieferung, die Lieferung einer an sich mängelfreien, aber nicht der Bestellung entsprechenden falschen anderen oder in der Menge unstimmigen Ware handelt (§ 378 HGB: wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten mußte).[66] Die Schlechtlieferung betrifft offene und verdeckte Mängel. Ihrer Erfassung dient die Untersuchung nach § 377 HGB[67]. Offen sind Mängel, deren Bekanntwerden einer Untersuchung es von vorneherein nicht bedarf, von denen der Käufer (Abnehmer) schon Kenntnis vorher oder bei Ablieferung der Ware hatte; weiters solche, die offen zu Tage liegen, also im Sinne des § 928 ABGB[68] sich ohne Probe und Untersuchung durch schlichte sinnliche Wahrnehmung auf den ersten Blick feststellen lassen, sowie vor allem solche, die durch die unverzügliche, ordnungsmäßige Untersuchung zu Tage gefördert werden oder bei ordnungsmäßiger Untersuchung hätten zu Tage gefördert werden können[69]. Alles, was nicht offener Mangel ist, hat als verdeckt zu gelten[70]. Anlaß ist die mit Ablieferung der Ware oder binnen vertraglich längerer Frist erfolgte Wahrnehmung von Schlecht- oder Falschlieferung und Mengenabweichung, um sich die gesetzlichen oder vertraglich darüber hinausgehenden oder eingeschränkten Rechte wie Gewährleistung, Schadenersatz offen zu halten bzw eine Genehmigung auszuschließen. Anlaß kann weiters das Entdecken oder Vermuten von verborgenen Mängeln sein, eines Mehr oder Weniger, einer Quantitätsdifferenz, eines Identitäts- oder Qualifikations-aliud. Nach § 378 HGB soll die genehmigungsfähige Lieferungsunstimmigkeit[71] durch die Untersuchung gegenüber der absolut genehmigungsunfähigen Lieferungsunstimmigkeit ausgeschieden und gerügt werden.

1.4.2.2 Zeitpunkt(e)

Gemäß § 377 Abs 1 HGB ist die Ware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist. Abs 3 verlangt, daß die Rüge eines verborgenen Mangels unverzüglich nach dessen Entdeckung erhoben werden muß. Damit stellt das HGB Anforderungen für die Rechtzeitigkeit der Untersuchung auf[72]. Ihre unverzügliche Inanspruchnahme hat ab der Beendigung des Ablieferungsvorganges zu erfolgen[73]. Ablieferung[74] ist der faktische Vorgang, durch den der Käufer (Abnehmer) in eine solche räumliche Beziehung zur Ware kommt, daß er kraft dieser Verfügungsgewalt die Warenbeschaffenheit prüfen kann. Alles was zur Entäußerung der tatsächlichen Herrschaftsgewalt des Verkäufers (Lieferanten) zu dem Zweck geschieht, die Untersuchung durch den Käufer (Abnehmer) in dessen Machtbereich zu ermöglichen, ist deshalb Abliefe-

rung[75]. Entdeckt ist gemäß § 377 Abs 3 HGB der bis dahin verdeckte Mangel, sobald er, ohne daß hiezu vorsorglich andere Vorkehrungen getroffen werden müssen, offenbar wird. Er muß wie der offene Mangel bis zur Gewißheit feststehen. Weiters ist eine Nachuntersuchung auf verdächtige Anzeichen vorzunehmen, wobei der Käufer (Abnehmer) nicht abwarten darf, bis sich der Verdacht erhärtet, sondern auch erforderlichenfalls zur unverzüglichen sachdienlichen Nachuntersuchung schreiten muß[76]. Die Untersuchung ist solange auszuführen, bis der Käufer (Abnehmer) sich ein verläßliches Urteil über die Warenbeschaffenheit machen kann[77]. Die Ausführung hat ohne vermeidbare Nachlässigkeit nach Tunlichkeit im Verhältnis zu einem objektiv, an der kaufmännischen Sorgfalt gemessenen ordnungsmäßigen Geschäftsgang des Käufers (Abnehmers) zu erfolgen. Neben der im Geschäftszweig herrschenden Übung, Sistierung durch Feiertage usw werden für die Tunlichkeit Art und Umfang der Untersuchung maßgebend sein. Dies wird bei Lieferung einer zur Weiterveräußerung, den Hauptgegenstand der Tätigkeit des Käufers, zur Verarbeitung bestimmten Ware, rascher und unter praktisch völliger Vernachlässigung des übrigen Geschäftsganges zu erfolgen haben. Bei der Ablieferung einer im Betrieb eingesetzten neuen Anlage usw, einem erst erforderlichen Probelauf usw, ist eine stärkere Berücksichtigung der Zumutbarkeit zulassen. Die Anforderungen an die Tunlichkeit sollen nicht überspannt werden, um das Risiko eines Vertragsverstoßes nicht zu stark auf den Käufer (Abnehmer) zu überwälzen. Doch muß die Untersuchung ohne schuldhaftes Zögern erfolgen, für ihre Durchführung in der Betriebsorganisation vorgesorgt werden[78], oder in den Bestellbedingungen des Käufers (Abnehmers) eine vertragliche Absicherung vorgenommen werden, etwa dahin, daß nicht der Ablieferungstermin, sondern ein späterer maßgebend ist, oder daß dann ein Untersuchungs- und Prüftermin vereinbart wird. Die Art und das Mindest- bzw Höchstmaß der Untersuchung bringt damit eine weitere zeitliche Dimension für die Untersuchung. Gleiches gilt sinngemäß für die Untersuchung nach § 378 HGB[79].

1.4.2.3 Umfang und Methode

Zur Methode und zum Umfang gilt das zu § 1168a ABGB ausgeführte Prüfungsschema (1.4.1.3) sinngemäß. Die Untersuchung darf nicht oberflächlich sein, muß mit fachkundiger Sorgfalt vorgenommen werden. Sie braucht aber nicht peinlich genau zu sein. Die Übung des Geschäftszweiges des Abnehmers, Käufers ist ergänzend maßgebend, so nicht insbesondere in den Bestellbedingungen besonders vereinbart wurde. Der Umstand, daß Fehler selten vorzukommen pflegen, entbindet nicht von der Untersuchung[80].

Die Zuziehung eines Sachverständigen wird dann erforderlich, wenn dies eine sachgemäße Untersuchung voraussetzt, und der Käufer (Abnehmer) für die seiner Werkleistung zugrunde gelegte Ware nicht die erforderlichen Sachkenntnisse hat. Ist die Untersuchung durch ein Labor erforderlich, muß der Käufer (Abnehmer) vorsorgen, daß dies ohne längeren Zeitaufwand (Zuwarten) möglich ist. Es ist die rascheste, einfachste und zuverlässigste Untersuchungsmethode zu wählen. Sieht sich der Untersuchungspflichtige schon vor der Anlieferung der Ware dazu fristgemäß nicht imstande, ist eine abweichende Regelung mit dem Verkäufer, Lieferanten zu treffen. Vor allem die Terminplanerstellung für das Werk, für das der Käufer (Abnehmer) die Ware erwirbt, ist mit diesen Untersuchungsanforderungen zu harmonisieren, vgl ÖNORM A 2060 Pkt 2.6.3. An die Untersuchung, das Erfordernis der Beiziehung eines Sachverständigen, werden dort keine so strengen Anforderungen gestellt, wo laufende Kontrollen durch Behörden udgl erfolgen, durch Originalverpackung, Markenware usw die Qualität standardisiert ist. Der Käufer (Abnehmer) erhält auch nach HGB keine Oberprüferstellung. Mangels abweichender Übung, Vereinbarung usw ist das Zurückbleiben der Istbeschaffenheit, der Sachbeschaffenheit in Qualität und Quantität, in der Tauglichkeit zum vorausgesetzten Gebrauch unter Aufopferung eines Teiles der Ware auf Kosten des Käufers (Abnehmers) durchzuführen, wenn die Überprüfung nicht bloß in einem Besehen, einem teilweisen oder gänzlichen Gebrauch, sondern einem Verbrauch erfolgen kann. Die gezielte Untersuchung hat in Stufen zu erfolgen, um jene Mängel, die keiner Untersuchung bedürfen (Offenkundigkeit usw) sofort zu erfassen. Nach der Untersuchung auf Vollständigkeit, Zustand, zugesicherte wie allgemein erwartete Eigenschaften folgt die gegebenenfalls erforderliche Untersuchung auf Funktionstüchtigkeit.

1.4.2.4 Entlastung

Eine Entlastung vom vorsorglichen Prüfen und Untersuchen, um die Rüge erheben zu können, wird im wesentlichen durch den Geschäftszweck, Handelsbrauch bestimmt. Bei Bauunternehmen mit standardisierten Ausführungs-, Liefer- und Abnahmebedingungen wird hier das in der Rügeobliegenheit niedergeschriebene Käufer-(Abnehmer-) Risiko zu verschieben versucht. Der Lieferant, Verkäufer arbeitet im Wege seiner AGB in der umgekehrten Richtung. Es kommt zu Geltungsproblemen der AGB.

1.5 Warnen und Rügen

Gegenüber dem Verkäufer, Lieferanten, Werkbesteller ist zu rügen durch den Käufer, Abnehmer beim Werklieferungsvertrag iS § 381 Abs 2 HGB, bzw gegenüber dem Werkbesteller ist zu warnen nach § 1168a ABGB durch den warnpflichtigen oder dem seine Obliegenheit erfüllenden Vertragspartner. Darüber hinaus sind die der Warnpflicht oft gleichkommenden Hinweis- und Aufklärungspflichten des Verkäufers, Lieferanten, Werkbestellers insbesondere im Rahmen ausdrücklich übernommener Kooperationspflichten zu beachten. Zu warnen und zu rügen ist grundsätzlich nach Vorliegen der Ergebnisse des Prüfens und Untersuchens, dem Erkennen der allfälligen, die Werksausführung, den Vertragszweck beeinträchtigenden Fehler etwa der Werktauglichkeit des beigestellten Stoffes, der gewünschten Ware. Warnen, Aufklären und Hinweisen ist somit schon ein Erfordernis der vorvertraglichen Phase, Rügen hingegen, allein zur Offenhaltung der Rechte des Käufers (Abnehmers) bestimmt, grundsätzlich erst nach den bereits für die Untersuchung genannten Zeitpunkten (1.4.1.2 bzw 1.4.2.2). Warnen ist eine Verpflichtung dessen, der auf diese Weise die Interessen seines Partners zu wahren hat. Rügen ist eine Obliegenheit zur Offenhaltung eigener Rechte (oben 1.3.1 u 1.3.2). Das Unterlassen der Warnung führt nicht nur zu Rechtsverlusten gegenüber dem Besteller, sondern bringt zusätzliche Haftungen für diese Vertragsverletzung, und zwar nicht nur gegenüber dem Werkbesteller, sondern bei Verletzung des allgemeinen Gefährdungs-

gebotes auch gegenüber Dritten, wenn insbesondere die Ausführung einer unrichtigen Weisung trotz ausdrücklicher, inhaltlich ausreichender Warnung verweigert werden muß.

1.5.1 Warnen iS § 1168a ABGB

1.5.1.1 Gegenstand und Anlaß

Zu Warnen ist nicht nur in den Fällen, wo es einer Prüfung und Untersuchung bedarf (dazu oben 1.4.1.1), sondern auch dann, wenn schon ohne nähere Untersuchung oder zusätzliches Prüfen die Warnung ausgesprochen werden kann bzw muß, zur Erfüllung der vertraglichen Hauptpflichten, der vor allem schon vor Vertragsabschluß beginnenden Schutz- und Sorgfaltspflichten. Anknüpfungspunkte sind der beigestellte Stoff, die erteilte Weisung im oben (1.4.1.1) ausgeführten Sinn. Ergänzend soll hier auf die sich aus dem Zusammenwirken mit anderen Unternehmern (Baubeteiligten) ergebende Warnpflicht hingewiesen werden.[81]

Die Warnpflicht erstreckt sich auf den durch übernommenen Werkauftrag umschriebenen Rahmen der zu erbringenden Leistungen[82], betrifft Sach- wie Rechtsmängel[83], die der Werkerfüllung entgegenstehen, die der Werkunternehmer auf Grund seiner Sachkenntnisse als den Werkerfolg beeinträchtigend erkannte oder erkennen mußte.[84] Die Warnpflicht betrifft besonders Fehler und vom Auftraggeber aufklärbare wie nicht aufklärbare Unklarheiten in den Auftragsunterlagen des Bestellers.[85] Der Warnpflichtige muß unter Einsatz seines Fachwissens das Werk erstellen bzw fachgerecht vervollständigen. Daher besteht die Warnpflicht auch gegenüber dem sachkundigen oder sachkundig beratenen Besteller nach Maßgabe der durch das Kriterium der Offenbarkeit und Offenkundigkeit bestimmten Grenze für den Wegfall des Schutzes nach § 1168a ABGB (vgl oben 1.4.1.4, 1.4.1.3 u 1.3.1). Ihre Hauptfunktion hat die Warnpflicht gegenüber dem unkundigen Besteller, besonders dann, wenn er erkennbar unkundig als Eigenheimbauer, in Eigenregie Tätiger Funktionen von Bauschaffenden übernimmt.[86] Die Warnpflicht besteht auch dann, wenn eine solche von einem anderen Vorunternehmer verschuldet nicht ausgeübt wurde oder über die Reaktion des zu Warnenden, also Beharren auf seiner Anweisung usw, keine gesicherte Kenntnis besteht, sich zB nicht ausdrücklich aus dem Bautagebuch ergibt. Aufklärungs- und Hinweispflichten hingegen bestehen bei erkennbarer Beeinträchtigungseignung der zu liefernden, verkaufenden Ware für deren Einsatz bei der Schaffung des Werkes.[87]

1.5.1.2 Zeitpunkt(e)

Zeitlich beginnt die Warnpflicht mit Aufnahme des Kontaktes zu geschäftlichen Zwecken für das Zustandekommen eines Werkvertrages, analog den Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten. Sie gewinnt an Wichtigkeit mit dem Erhalt der Auftragsunterlagen, besteht weiter für den Moment und danach der Beistellung des Stoffes und das Erhalten von Weisungen, wird ausgelöst durch das Hervorkommen, Erkennen oder Erfahren von zunächst unbekannten Fehlern und endet grundsätzlich mit der Abnahme, nicht der Vollendung des Werkes. Das zum Prüfen und Untersuchen angeführte 1.4.1.2 gilt hier noch mehr.

1.5.1.3 Inhaltsanforderungen

Die Warnung muß, wie *Iro* zusammenfaßt[88], den Besteller, gleich ob Laie oder Sachkundiger, in einer auf seinen Verständnishorizont abgestellten Art warnen, muß Ursache und Gewißheitsgrad des zu erwartenden Mißerfolges, soweit dies nach dem Fachwissen des Werkunternehmers erkennbar ist, enthalten. Die Warnung soll dem Besteller die Möglichkeit zur Abwägung der Gefahren und zur Entscheidung über Aufrechterhaltung oder Änderung seiner Dispositionen geben. Es sind durchaus auch plastische, gegebenenfalls sogar Kraftausdrücke[89] zulässig, allein es muß nicht nur gewarnt werden, sondern auch außer dem Risiko des Mißlingens die Alternative aufgezeigt werden. Für Zugang, Form gelten die Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechtes. Aus Gründen der Beweissicherung sollte – vgl ÖNORM A 2060 Pkt 2.10.4 u B 2110 Pkt 2.7 – gerade zufolge der den Warnpflichtigen treffenden Beweislast nicht bloß eine formfreie Warnung erfolgen, sondern diese zumindest ausreichend und nachprüfbar dokumentiert werden.

1.5.1.4 Beweislast

Der Unternehmer hat zu beweisen, daß er den Besteller gewarnt hat oder daß eine Warnung im konkreten Fall nicht erforderlich war – oben 1.3.1. Solange nicht Umstände geltend gemacht und auch erwiesen werden, aus denen zumindest berechtigte Zweifel daran ableitbar sind, daß der Besteller wie ein verständiger Besteller tatsächlich eine Warnung befolgt hätte, ist dies zu unterstellen[90]. Allgemein kann sich freilich der Warnpflichtige, dessen unterlassene Warnung erwiesen ist, dadurch seiner Beweislast entledigen, daß er eine andere Ursache, als seine Vertragsverletzung aufzeigt, welche zumindest ebenfalls und wahrscheinlicherweise den ihm zugeschriebenen Schaden auslöst.[91]

1.5.2 Rügen iS §§ 377 f HGB

Das Abgeben der Warnung, die Übermittlung der Rüge wird nicht nur unterlassen, weil die fristgemäße Erstattung aus organisatorischen Gründen, dem Vertrauen auf die guten Geschäftsbeziehungen zur berechtigten Hoffnung Anlaß geben mag, der Partner werde auch bei Verletzung der Rügepflicht, die auch im Streitfall nicht amtswegig wahrzunehmen ist, nicht bestehen. Kritischer ist vielmehr die Versuchung, zur Vermeidung einer Verschlechterung des Vertragsklimas usw erkannte, wahrgenommene Fehler, die zum Gegenstand einer Rüge, eine Warnung zu machen wären, hinauszuschieben. Noch strenger als das allgemeine Zivilrecht in § 1168a ABGB reagiert das Handelsrecht durch die Bestimmungen der §§ 377 f HGB; die ÖNORM A 2060 und B 2110 sehen zwischen diesen Warnpflichten nach § 1168a ABGB und Rügeobliegenheiten liegende zahlreiche Mitteilungs- und Verständigungspflichten vor – oben 1.2.4.2. Die Rüge nach dem Handelsrecht unterscheidet sich von der Warnpflicht vor allem dadurch, daß sie nur anzuzeigen braucht, daß Mängel vorhanden sind, nicht aber deren Ursachen, insbesondere die Abhilfe, aufzuzeigen hat. Die Mängelrüge hat alle Angaben darüber zu enthalten, welche Ware von dem Mangel betroffen ist, worin er im einzelnen besteht und unter welchen Begleitumständen er aufgetreten ist. Verkäufer, Lieferant müssen erkennen können, welcher Mangel angezeigt wird.

1.6 Schlußbemerkungen

Die vorliegende Übersicht hat grundsätzlich nur die Pflichten des Untersuchens, Prüfens und Warnens aus der Warte des baubeteiligten Unternehmers aufgezeigt. Die Erfüllung dieser Pflichten soll den Eintritt von Leistungsstörungen im weitesten Sinn vermeiden helfen. Die mit der Pflichtenverletzung verbundenen Rechtsfolgen wurden an sich nicht behandelt, sind jedoch fallsweise in den Wiedergaben der den Schwerpunkt der Darstellung bildenden Entscheidungen des OGH aufgenommen. Besonders im Bauwesen ist in der Praxis zu beobachten, daß das Mitteilen von erkannten, wahrgenommenen Mängeln, Fehlern usw vermieden wird. Dem versucht die ÖNORM insbesondere durch das Aufstellen zahlreicher Mitteilungs- und Verständigungspflichten, das Aufstellen von Zustimmungsfiktionen und die Bestimmungen über das Führen von Aufzeichnungen über wichtige Vorkommnisse, das gemeinsame Feststellen, Rechnung zu tragen. Warnen und Prüfen ist aber nicht nur Sache des Werkherstellers, sondern angesichts der fortschreitenden Spezialisierung Teil des Aufstellens der Auftragsbedingungen aus der Sicht des Bestellers. Warnen und Prüfen sind Bestandteil des Vertrauens im rechtsgeschäftlichen Verkehr.

2. Entscheidungsteil

Im folgenden werden unveröffentlichte Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes (OGHE) und eine zwischenzeitig teilweise veröffentlichte wiedergegeben. Nach Geschäftszahlen geordnet sind schließlich im Fußnotenteil noch folgende OGHE zu nennen:
1 Ob 209/75 FN 44, 1 Ob 628/77 FN 61, 1 Ob 621/78 FN 51, 1 Ob 671, 672/79 FN 85, 1 Ob 762/80 FN 44, 1 Ob 603/84 FN 18
3 Ob 529/77 FN 81, 3 Ob 530/78 FN 81, 3 Ob 511/80 FN 44, 3 Ob 515/81 FN 66, 3 Ob 651/82 FN 87
5 Ob 759/78 FN 49, 5 Ob 521, 5222/79 FN 12, 5 Ob 712/79 FN 50, 5 Ob 662/80 FN 14, 5 Ob 552, 553/81 FN 55, 5 Ob 592/81 FN 46, 5 Ob 691/82 FN 81, 5 Ob 679/82 FN 81, 5 Ob 607/83 FN 22
6 Ob 637/77 FN 81, 6 Ob 547, 548/78 FN 81, 6 Ob 672/80 FN 30, 6 Ob 881/82 FN 81
7 Ob 3/66 FN 51, 7 Ob 502/79 FN 44, 7 Ob 617/82 FN 83, 7 Ob 646/82 FN 44
8 Ob 553/82 FN 81

2.1. Unzureichende Warnung vor Wassereinbruch und Hinweis auf erforderliche Drainagierung (§§ 1168 a, 1299 ABGB – 6. 10. 1976, 1 Ob 583, 584/76)

Die klagenden Bauherren begehren vom bekl Baumeister Schadenersatz, weil er den Keller des Hauses, der im Lehmboden zu errichten gewesen sei, unzureichend isoliert habe. Der Bekl wandte unter anderem ein, die Kl seien nicht bereit gewesen, die unbedeutenden Mehrkosten für Grunderwerb (Nachbargrundstück) und Drainagierung zu übernehmen, hätten trotz Warnung nur eine Notlösung (Auffangschacht mit Absaugpumpe) errichten lassen, die Pumpe weder installiert noch angeschlossen.
Vor Auftragserteilung hatten die Streitteile das Grundstück besichtigt. Der Bekl wußte, daß der Grund aus Lehmboden bestand, nahm keine Bodenuntersuchung vor und erkannte, daß die Anbringung einer Ringdrainage und Isolierung unbedingt notwendig war, um das Bauwerk trocken zu halten. Während der Vertragsverhandlungen, die dem Kostenvoranschlag vorausgingen, war von der Drainagierung nie die Rede. Erst während der Rohbauerrichtung stellte der Bekl die Notwendigkeit der Errichtung einer Drainage fest. Der Bekl macht die Kl nicht auf die Gefahren aufmerksam, die sich aus der Unterlassung der Drainageerrichtung ergäben. Die Kl machten dem Bekl keine Vorschriften, wie er das Haus zu isolieren habe. Wohl forderte er die Kl auf, das Nachbargrundstück zu kaufen. Sie nahmen jedoch an, daß dies geschehen sollte, damit der Bekl eine Zufahrtsmöglichkeit für den Lkw zum Haus habe. Der Bekl erklärte nicht mit aller Deutlichkeit, daß der Zukauf erforderlich sei, um über den Grund das Wasser mit Drainagerohren abzuleiten.

Aus der Begründung:

Der Bekl bekämpfte die Ansicht, daß die Warnung unzureichend gewesen sei.
Gem § 1168 a ABGB trifft den Unternehmer die Verantwortlichkeit für den Schaden, wenn das Werk infolge offenbarer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes mißlingt und der Unternehmer den Besteller nicht gewarnt hat. Unter „Stoff" ist dabei alles zu verstehen, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk herzustellen ist, insb auch der Grund und Boden, auf dem ein Bau aufgeführt wird. „Offenbar" ist ein Mangel dann, wenn er bei der auf seiten des Unternehmers vorauszusetzenden Fachkunde (§ 1299 ABGB) erkannt werden mußte. Daß der Bekl die Notwendigkeit einer Drainagierung erkennen mußte, bezweifelt er nicht. Umstritten ist nur das Ausmaß der ihm obliegenden Warnpflicht. Da der Mangel des beigestellten Stoffes vielfach nur durch zusätzliche, mit beträchtlichem Kostenaufwand verbundene Vorkehrungen neutralisiert werden kann, ist vom Unternehmer zu fordern, daß er den Besteller nicht nur auf den Mangel hinweist, sondern ihm auch – insb wenn der Besteller sachkundig ist – die Folgen im einzelnen vor Augen führt, die mit einer Nichtbehebung des Mangels verbunden sind, um dem Besteller dergestalt eine sachgerechte Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob allenfalls die Ausführung des Werkes überhaupt unterbleiben oder zusätzliche Aufträge erteilt werden sollen. Der Bekl hat die kl Bauherren nicht auf die Gefahren der Unterlassung der Errichtung einer Drainage hingewiesen. Er hat ihnen auch nicht deutlich erklärt, daß sie den Nachbargrund deshalb kaufen sollen, damit über diesen Grund das Drainagewasser abgeleitet werden kann. Hätte der Bekl auf die Gefahrensituation hingewiesen, wären die Kl bereit gewesen, den Grund zu kaufen. Der bloße Hinweis auf die Drainage genügt dann nicht, wenn nicht zugleich die Notwendigkeit dieser Maßnahme aufgezeigt und damit dem sachkundigen Besteller eine der Sachlage angemessene Entscheidung ermöglicht wird. Im übrigen war die Empfehlung des Bekl, den Nachbargrund zur Ableitung der Drainagewässer zu kaufen, insofern unvollständig, als auch ohne Ankauf dieses Grundstückes die Drainage möglich ist. Die Ablehnung des Grundstückskaufes durch die Kl hätte die Errichtung der Drainage gar nicht gehindert. Bei sachkundiger Beratung hätte der Bekl die Kl auch und in erster Linie auf diese Möglichkeit hinzuweisen gehabt. Dies getan zu haben, behauptet der Bekl selbst nicht. Er hat seiner ihm obliegenden Warnpflicht (§§ 1299, 1168 a ABGB) nicht entsprochen."

2.2. Beweislast der Warnpflichterfüllung; Umfang der Untersuchungspflicht eines Fliesenlegers bei Fließspuren nach Probefüllung (§§ 1168 a, 1298 ABGB, § 266 ZPO – 18. 6. 1980, 1 Ob 579/80)

Ein Fliesenleger begehrt sein Entgelt vom Auftraggeber, dem Bauherrn. Der bekl Bauherr wandte mangelnde Fälligkeit ein, weil die Arbeiten zur Verfliesung des Hallenbades unsachgemäß durchgeführt worden sei, am Boden und den Wänden seien an zahlreichen Stellen Ausblühungen und Ablagerungen aufgetreten. Nach den Feststellungen war eine Prüfung der Wasserdichtheit des Beckens und eine Probefüllung vorgenommen worden. Als der Kl 1–2 Wochen danach mit der Verfliesung des Beckenbodens und der Beckenwand begann, zeigte sich eine Fließspur. Die Arbeiter des Kl wiesen auf die mögliche Undichtheit des Beckenbetons hin. Der vom Bekl beauftragte Architekt forderte die Arbeiter auf, mit der Verfliesung zu beginnen. Diese erfolgte mit keramischen Spaltplatten. Für die Verlegung der Platten stellte die Baufirma Sand und Zement bei. In diesem Rechtsgang fehlt eine Feststellung, ob der Kl, wie behauptet, die Grobkörnigkeit des beigestellten Sandes beanstandet habe, der Architekt jedoch die Arbeitsdurchführung dennoch angeordnet habe. Nach Inbetriebnahme des Schwimmbeckens traten Ausblühungen an den Wänden und am Beckenboden auf. Bei Abnahme von Beckenbodenplatten zeigte sich, daß unter den Platten sich schmutzig-graues Wasser angesammelt hatte. Mögliche Ursachen der Ausblühungen und Krustenbildungen sind:
1. Der beigestellte Verlegemörtel war zu porös. Bei etwas zu geringem Wasserzusatz oder bei Verwendung eines sperrigen Sandes ist der Mörtel nicht mehr ausreichend verdichtbar und gewährleistet eine vollsatte hohlraumfreie Verlegung nicht mehr. Dadurch kann Beckenwasser, das durch beschädigte und undichte Fugen und Anschlüsse von Einbauten in den Verlegemörtel eindringt, innerhalb der unverfüllten Nuten und des porösen Verlegemörtels frei zirkulieren. Durch die Porösität des Verlegemörtels wird der von der Baufirma angebrachte Spritzbewurf vom Wasser ausgelaugt. 2. In dem Spritzbewurf wurde das Dichtungsmittel Skalite überdosiert. Es ist aber Hauptlieferant für Natronlauge, die wiederum das Calciumcarbonat des Wassers als Kalk ausfällt. Da entgegen den allgemeinen Gepflogenheiten der Spritzbewurf nicht vom Fliesenleger angebracht wurde, konnte der Kl den Zustand der Betonwände nicht kontrollieren. 3. Es ist nicht ausschließbar, daß auch der Beckenboden undichte Stellen aufwies und dadurch einer gewissen Auswaschung unterlag (Kiesnester). Dafür sprach das Auftreten von Kalkfahnen anläßlich der Probefüllung. Das Berufungsgericht erachtete, daß von den möglichen Mängelursachen der kl Fliesenleger hier nur für die nicht vollsatte hohlraumfreie Verlegung des Mörtels verantwortlich sein könnte, weshalb es noch weiterer Feststellungen über die behauptete Rüge des beigestellten Sandes sowie des tatsächlich verwendeten Sandes bedürfe. Beide Streitteile erhoben gegen den Aufhebungsbeschluß Rekurs. Dazu führte der OGH unter anderem aus:

Aus der Begründung:

„Der Bekl führt in seinem Rek rechtlich aus, es sei keine solche Warnung ausgesprochen worden, die hätte erkennen lassen, daß die Befolgung der Anweisung des Bestellers das Mißlingen des Werkes zur Folge hätte haben können. Der Kl habe auch nie ausgesprochen, daß der Spritzbewurf ausgelaugt werden könnte. Dem kann nicht gefolgt werden. Unter Stoff iS des § 1168 a ABGB ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dem das Werk herzustellen ist, Haupt- und Nebensachen, Arbeitsmaterialien und -behelfe, Gerätschaften, der Grund und Boden, auf dem ein Haus aufzubauen ist, und somit auch ein von einem andern Unternehmer hergestelltes Schwimmbecken, an dem Verfliesungsarbeiten durchzuführen sind (Adler-Höller in Klang² V 408, SZ 45/75; JBl 1973, 151 ua). Eine den Unternehmer nach § 1168 a ABGB entlastende Warnung muß dem Besteller vor Augen führen, daß der von ihm beigestellte Stoff das Mißlingen des Werkes zur Folge haben könnte (SZ 27/292; RZ 1968, 107). Mit welcher Eindringlichkeit der Hinweis auf die Folgen des Mißlingens des Werkes im einzelnen zu erfolgen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalles, insbesondere von der Sachkenntnis des Bestellers oder seines Beauftragten ab (1 Ob 583, 584/76).

Der Bekl hat sich zur Herstellung seines Hauses eines Architekten bedient. Da selbst einem Laien klar sein müßte, daß die Verfliesung eines undichten Beckens das Mißlingen des Werkes zur Folge habe, genügt eine Warnung im oben festgestellten Umfang. Dieselbe rechtliche Beurteilung wäre zu treffen, wenn das ErstG im fortgesetzten Verfahren feststellte, der Kl habe vor einer Verwendung des bauseits beigestellten Sandes für den Verlegemörtel wegen seiner Grobkörnigkeit gewarnt. Der Umstand, daß der Kl keine Warnung hinsichtlich des Spritzbewurfes ausgesprochen hatte, kann dem Kl nicht schaden.

Die Verletzung der Warnpflicht setzt Verschulden voraus. Der Unternehmer ist in der Regel nicht verpflichtet, im Rahmen der ihn nach § 1168 a 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 Stoffes erkennen mußte (RZ 1977/133; JBl 1973, 151; JBl 1966, 562; SZ 37/163; Adler-Höller aaO). Die Mitursächlichkeit des vom Bekl beigestellten Spritzbewurfes für die Auslaugungen und Krustenbildungen konnte erst durch eine eingehende Untersuchung in einer technischen Versuchs- und Forschungsanstalt festgestellt werden. Zu einer labormäßigen Untersuchung des von einem Fachkundigen angebrachten Spritzbewurfes war aber der Kl vor Beginn der Verfliesungsarbeiten nicht verpflichtet.

Die allseitige Überprüfung der rechtlichen Beurteilung ergibt aber, daß den vom Berufungsgericht dargelegten Beweislastregeln, den Beweis für die Schlechterfüllung des Werkes durch nicht hohlraumsatte Verlegung der Fliesen oder Verletzung der Warnpflicht in bezug auf den hiefür verwendeten Sand treffe (mit Ausnahme eines allfälligen Verschuldens des Kl oder seiner Leute) den Bekl, in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden kann. Nach den getroffenen Feststellungen ist der vertraglich bedungene Erfolg nicht eingetreten. In einem solchen Fall ist der Kl zum Nachweis verpflichtet, ihn treffe an der Verletzung der im Werkvertrag übernommenen Verpflichtungen kein Verschulden (SZ 49/66). Nichts anderes gilt aber, wäre der Mißerfolg auf eine Verletzung der Warnpflicht zurückzuführen. Wie der OGH unter Berufung auf Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I 266 aussprach, wird dem Unternehmer auch für die Erfüllung der Warnpflicht oder für deren

Entfall mangels Schutzbedürfnisses des Bestellers die Beweislast zugewiesen (5 Ob 200/75); diese Beweislastverteilung findet ihre Rechtfertigung darin, daß die Lebensverhältnisse in der Sphäre des Schuldners für den Gläubiger nicht durchschaubar sind und er daher in einen Beweisnotstand geriete, wenn er das Verschulden beweisen müßte (SZ 49/66 u 52/15)."

2.3 Bauherr muß sich Fehlverhalten seines Planungsarchitekten, dessen Aufklärungspflichtverletzung als Kooperationspflichtverletzung anrechnen lassen – Vermessungsfehler des unmittelbar vom Bauherrn bestellten Ingenieurkonsulenten (§§ 1168 a, 1299 ABGB – 25. 1. 1984, 1 Ob 769/83) JBl 1984, 556

Der kl Bauherr begehrt von bekl Vermessungsingenieur Schadenersatz wegen Nichtberücksichtigung eines zu weit auskragenden Gebäudeteiles. Der Bekl wandte unter anderem ein, daß die ihm übergebenen Lage- und Polierpläne nicht ausgewiesen hätten, daß das erste Obergeschoß über das Untergeschoß hinausrage. Darauf sei der Bekl vom Planungsarchitekten nicht aufmerksam gemacht worden. OGH bejahte die Haftung des Bekl und ein Mitverschulden der Kl wegen Kooperationspflichtverletzung durch ihren Erfüllungsgehilfen, den Planungsarchitekten.

Aus der Begründung:

Dem Bekl waren vom Planungsbüro zwei Pläne übergeben worden, die insofern voneinander abwichen, als die Gesamtbreite des Gebäudes einmal mit 31,68 m und ein andermal mit 32 m kotiert war; nur im zweiten Plan war der Abstand zur nördlichen Grundgrenze mit 7 m angegeben, während eine solche Kote im ersten Plan (Polierplan) fehlte. Diese Divergenz mußte jedenfalls vor Einmessung des Gebäudes auf dem Grundstück geklärt werden, weil sie ihre Ursache in der verschiedenen Breite der einzelnen Geschosse haben konnte und zwangsläufig zu Vermessungsfehlern führen mußte, wenn der vom nächstgelegenen Gebäudeteil an zu berechnende Abstand zur nördlichen Grundgrenze – wie es in der Folge auch tatsächlich geschehen ist – vom zurückspringenden Erdgeschoß aus eingemessen wurde. Da der Vertrag über die Einmessung des geplanten Gebäudes als Werkvertrag zu beurteilen ist, war der Bekl gemäß § 1168 a ABGB verpflichtet, die klagende Partei zu warnen, wenn sie offenbar unrichtige Anweisungen erteilt hatte. Diese Warnpflicht besteht auch gegenüber dem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller (RZ 1982/49; SZ 52/15 uva). ‚Offenbar' im Sinne der zitierten Gesetzesstelle ist alles, was vom Unternehmer bei der von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muß (SZ 52/15 ua; Adler-Höller in Klang[2] V 408). Die Divergenz in den beiden zur Verfügung gestellten Plänen mußte dem Bekl – bei Aufwendung der in seinem Beruf üblichen Sorgfalt (§ 1299 ABGB) – auffallen, weil er vor Inangriffnahme der Vermessungsarbeiten die einzelnen Koten im Lage- und im Detailplan zu prüfen und miteinander zu vergleichen und fehlende oder widersprüchliche Koten durch Rücksprache mit der klagenden Partei oder deren Architekten aufzuklären hatte. Überdies lagen ihm alle Pläne, die auf der Baustelle auflagen, zur Einsicht vor; darauf war der Bekl von einem Angestellten des kl Bauherrn und von einem Mitarbeiter des mit der Planung betrauten Architekten ausdrücklich aufmerksam gemacht worden. Hätte der Bekl nach der erforderlichen Prüfung der ihm überlassenen Pläne in Entsprechung seiner Warnpflicht bei der Kl oder beim Planungsarchitekt rückgefragt, wäre die letztlich für die Fehlvermessung ursächliche Plandivergenz aufgeklärt worden. Von einer Überspannung der den Bekl treffenden Sorgfaltspflicht kann keine Rede sein. Der Bekl vermag die Haftung für die Folgen seiner Unterlassung auch nicht mit dem Hinweis abzuwehren, daß ihm kein einwandfreies, jedenfalls aber kein vollständiges Planmaterial zur Verfügung gestellt worden sei. Waren die überlassenen Pläne unvollständig und schon deshalb die Anweisungen des Kl offenbar untauglich, wäre es an ihm gelegen gewesen, die Kl darauf rechtzeitig aufmerksam zu machen (§ 1168 a ABGB; EvBl 1974/195 ua). Unterläßt der Werkunternehmer die erforderliche Warnung, ist er zum Ersatz des damit verbundenen Schadens verpflichtet (SZ 52/15 ua).

Der Bekl hat allerdings von Anfang an behauptet, daß das Verschulden an dem Vermessungsfehler die Kl treffe, weil sie ihn nicht auf die Auskragung der Obergeschosse aufmerksam gemacht habe und diese aus den ihm überlassenen Plänen nicht ersichtlich gewesen sei. Den Werkunternehmer trifft zwar – wie erwähnt – die Pflicht, den Besteller zu warnen, wenn dessen Anweisungen offenbar unrichtig sind; auch dem sachkundig oder sachverständig beratenen Besteller gegenüber, dem aber ein Mitverschulden zur Last fallen kann, wenn er ausreichende Sachkenntnis besitzt, um die Untauglichkeit oder Unvollständigkeit seiner Anweisungen zu erkennen (SZ 45/75 ua; Koziol-Welser[6] I 306).

Der Besteller hat nicht nur die Hauptpflicht, den Werklohn zu entrichten (§ 1170 ABGB), es treffen ihn, wie bei jedem Vertrag, auch Nebenpflichten.

Unter diesen Nebenpflichten ist vor allem die sich aus den Besonderheiten des zu erbringenden Werkes jeweils ergebende Verpflichtung zur Aufklärung und Mitwirkung hervorzuheben. So hat der Besteller den Werkunternehmer über alle Umstände zu informieren, aus welchen Gefahren für das Gelingen des Werks hervorgehen können. Er hat ihm, wenn das Werk unter Benützung vorhandener Pläne erstellt werden soll, brauchbare und zuverlässige Pläne zur Verfügung zu stellen und jene Anordnungen zu treffen, die zur reibungslosen Abwicklung des Vertrages erforderlich sind. Dem Bauherrn, der keinen Generalunternehmer beauftragt hat, obliegt es insbesondere, die einzelnen Leistungen der bei der Werkherstellung tätigen Unternehmer zeitlich und den Erfordernissen des technischen Ineinandergreifens der Werkleistungen entsprechend zu koordinieren (vgl BGH; NJW 1972, 447; Glanzmann in BGB-RGRK[12] § 631 Rdz 37, 46, 94 und Anh zu §§ 633–635 Rdz 31; Soergel in MünchKomm § 633 BGB Rdz 58, 78; Soergel-Mühl, BGB[11] Rdz 55 vor § 631).

Das bei der Beurteilung von Schadenersatzansprüchen zu berücksichtigende Mitverschulden des Bestellers ist häufig nicht in seinem eigenen Fehlverhalten zu erblicken; insbesondere bei Erfüllung der Pflichten zur Ausfolgung tauglicher Pläne und zur Aufklärung jener Umstände, deren Kenntnis für die reibungslose und mängelfreie Werkleistung im Rahmen von Bauvorhaben unentbehrlich ist, wird ein Eigenverschulden des Bestellers selten in Betracht kommen; das trifft auch im vorliegenden Fall zu, in dem der Kl die Divergenz der dem Bekl von dem durch sie mit der Ausfolgung betrauten Planungsarchitekten

überlassenen Pläne nicht bekannt sein mußte. Es kann jedoch ein Planungs- oder Anordnungsfehler des Architekten vorliegen, der jedoch in den Vertragsbeziehungen zwischen dem Besteller und dem Werkunternehmer insoweit die Stellung eines Erfüllungsgehilfen des ersteren einnimmt, als er dem Besteller auf Grund seiner eigenen vertraglichen Pflichten dabei behilflich ist, die diesem obliegenden Mitwirkungspflichten zu erfüllen (vgl BGH NJW 1975, 534; Soergel aaO Rdz 58, 78; Mühl aaO Rdz 55; Glanzmann aaO Anh zu §§ 633–635 Rdz 31, 32). Für ein Verschulden des Architekten bei Erstellung tauglicher Pläne hat der Besteller dem Unternehmer, der die Pläne bei Vermessungsarbeiten zu verwenden hat, einzustehen.

Der Mitarbeiter des planenden Architekten hat zwar den Bekl ausdrücklich darauf hingewiesen, daß der mit 7 m angegebene Abstand zur Grundgrenze eingehalten werden müsse und weitere Planunterlagen auf der Baustelle zur Einsicht auflagen, doch standen einzelne – und zwar gerade die für die Einmessung des Gebäudes zur nördlichen Grundgrenze hin wesentliche – Koten in den beiden dem Bekl übergebenen Plänen miteinander nicht im Einklang. Es ist üblich, daß der Planungsarchitekt dem Vermessungstechniker das Auskragen von Gebäudeteilen bei der Auftragserteilung bekanntgibt. Dazu kommt, daß in dem dem Bekl überlassenen Schnitt die Auskragung der Obergeschosse bloß strichliert eingezeichnet, statt – wie üblich – voll ausgezogen war und die im Schnitt eingetragene, bis zum Erdboden voll ausgezogene Linie an der nördlichen Begrenzung des auskragenden Teiles unter Technikern als Hinweis für das Fehlen auskragender Teile aufgefaßt wird. Es kann – soweit das auf Grund des bisher festgestellten Sachverhaltes beurteilt werden kann – keine Rede davon sei, daß der von der Kl mit der Ausfolgung der für die Einmessung erforderlichen Pläne beauftragte Architekt den Bekl über alle zur Vermeidung von Vermessungsfehlern erforderlichen Umstände aufgeklärt hätte (Glanzmann aaO § 631 Rdz 37, 46). Da die Einwendung des Alleinverschuldens auch jene des Mitverschuldens enthält (ZVR 1978/167; EvBl 1972/219 ua), ist noch zu klären, ob dem Planungsarchitekten ein gemäß § 1313 a ABGB der Kl als Mitverschulden zuzurechnendes Fehlverhalten zur Last liegt. Für die Gewichtung der dem Bekl und den Planungsarchitekten der Kl belastenen Zurechnungsmomente bedarf es noch an Feststellungen. Im fortgesetzten Verfahren wird ein Sachverständiger über das nach seinen Berufspflichten zu erwartende Verhalten des Architekten bei der Planübergabe an den Vermessungstechniker zu vernehmen sein."

2.4. Kein Mitverschulden einer Gemeinde als Bauherr, wenn sie den beauftragten Schotterfrächter nicht gesondert warnt, die Gewichtsbeschränkung der Brücke zu beachten (§§ 1157, 1168 a, 1169, 1295, 1304 ABGB, § 52 lit a Z 9 c StVO – 7. 12. 1978, 2 Ob 204/78)

Die kl Gemeinde beauftragte den Transportunternehmer, dessen Lkw bei der Bekl haftpflichtversichert war, Schotter zu einer Baustelle zu bringen. Die Brücke war wegen Überschreitung der Gewichtsbeschränkung unter dem Lkw zusammengebrochen. Dem Schadenersatzanspruch wurde Folge gegeben.

Aus den Entscheidungsgründen:

Der vom Frächter benützte Lkw hat ein Eigengewicht von 7260 kg und eine zulässige Nutzlast von 8670 kg; der zweite benützte Lkw hat ein Eigengewicht von 5 t und eine Nutzlast von 7 t. Der Unternehmer befuhr die Brücke wiederholt mit diesen Lkw. Den „Organen der Gemeinde" war bekannt, daß die Brücke unter Mißachtung der Gewichtsbeschränkung von 6 t immer wieder mit schwereren Fahrzeugen befahren wurde. Dies galt auch für die vom Frächter eingesetzten Lkw. Um die Brücke zu vermeiden, hätte er einen Umweg von rund 20 km zurücklegen und insgesamt 15 Brücken passieren müssen. Eine von ihnen besitzt eine Tragfähigkeit von kaum über 6 t, vier weitere haben eine geringe Tragfähigkeit.

Die 1961 von der kl Gemeinde errichtete Brücke befand sich in gutem Bauzustand. Das tragende Holz war gesund. Die Brücke war bei ihrer Tragfähigkeit gegen „außermittiges" Befahren sehr empfindlich. Bei Benützung mit einem 16 t schweren Lkw hat der Randträger beim Befahren der Brückenmitte die 1,9fache, beim Befahren am Rand die 3,6- bis 4,9fache Belastung zu tragen. Die Sicherheitsreserve betrug das 3fache der rechnerischen Belastbarkeit von maximal 6 t. Einsturzursache war die Überbelastung des Lkw, verbunden „offenbar" mit „außermittigem Befahren" und „möglicherweise" überhöhter Geschwindigkeit.

„Die bekl Revisionswerberin ist der Ansicht, daß die Kl ein 40prozentiges Mitverschulden an der Zerstörung ihrer Brücke zu verantworten habe, weil ihren Organen bekannt gewesen sei, daß der Transportunternehmer den bestellten Schotter nur unter Überschreitung der angeordneten Gewichtsbeschränkung liefern könne.

Dem kann nicht gefolgt werden. Der gegenüber der Allgemeinheit und daher auch gegenüber dem Frächter bestehenden Verkehrssicherungspflicht ist die kl Gemeinde als Halterin der im Zuge ihre Weges gelegenen Brücke durch Aufstellung des Verbotszeichens nach § 52 lit a Z 9 c StVO 1960 nachgekommen. Die Anrechnung eines Mitverschuldens könnte daher nur dann in Frage kommen, wenn sie als Bestellerin eines Werkes eine bei Abschluß des Vertrages bestehende Aufklärungs- oder Warnpflicht oder eine nach Abschluß bestehende Fürsorgepflicht (§§ 1157, 1169 ABGB, EvBl 1977/205 ua) verletzt hätte. Dies ist jedoch zu verneinen, weil die auf der Brücke bestehende Gewichtsbeschränkung dem beauftragten Unternehmer genauso wie dem bestellten Gemeindearbeiter bekannt war. Da dieser eine bestimmte Art der Auftragserfüllung nicht vorschrieb, konnte er auch nicht annehmen, daß der Frächter gerade sein schwereres Fahrzeug einsetzen und bis zu einem Gesamtgewicht von 16 t beladen werde, obwohl sich der Auftrag bei einer geringen Beladung des leichteren Lkw nahezu im Rahmen der angeordneten Gewichtsbeschränkung hätte durchführen lassen. Sollte dem Frächter dieses leichtere Fahrzeug gerade nicht zur Verfügung gestanden sein, so hätte er von sich aus den Gemeindearbeiter auf die mit der Ausführung des Auftrages vorhandene Gefahr aufmerksam machen müssen, zumal die Warnpflicht des Unternehmers auch gegenüber sachverständigen Bestellern besteht (SZ 35/73, 45/75 ua).

Bei dieser Sachlage kann im Verhalten des für die Kl tätig werdenden Gemeindearbeiters eine ins Gewicht fallende Sorglosigkeit, die zur Kürzung der auf der Kfz-Haftpflicht beruhenden Ansprüche gem § 7 EKHG, § 1304 ABGB führen müßte, nicht erkannt werden."

2.5. Warnpflicht eines Bauunternehmers gegenüber sachkundigen Bauherrn (Stadtwerke) – Einsinken eines Fertigbetonsonderfahrzeugs nach Grabungsarbeiten in wieder zugeschütteter Gasse; geschädigter Dritter (§§ 1299, 1304, § 1168 a ABGB – 18. 9. 1979, 2 Ob 102/79)

Ein Sonderfahrzeug für Fertigbeton sank bei der Fahrt durch eine öffentliche Straße ein und saß auf. Die kl Halterin begehrte erfolgreich Schadenersatz von dem bekl Bauunternehmer, der im Auftrag der Stadtwerke einer Landeshauptstadt anläßlich der Verlegung einer Wasserleitung Grabungsarbeiten durchgeführt hatte. Der Bekl wandte ein, daß sich bei Auftragserteilung sowohl die Stadtwerke als auch er bewußt gewesen seien, daß die in Auftrag gegebene und auftragsgemäß ausgeführte Art der Zuschüttung der Künette nicht den strengsten Anforderungen entsprochen habe; derartige Ausführungen seien aber bei Straßen untergeordneter Bedeutung im Baugewerbe üblich, weil aus budgetären Gründen für eine teurere Ausführung des gesamten Straßennetzes zu wenig Geld zur Verfügung stehe. Eine Aufwandserhöhung, die erforderlich gewesen wäre, um auch extreme Gefahrenmomente auszuschalten, wäre vom Auftraggeber nicht bewilligt worden. Der Bekl sei entsprechend den Usancen bei Vergabe von Arbeiten durch die öffentliche Hand bzw ihrer Kommunalbetriebe verpflichtet gewesen, den Auftrag in der vom Projektanten des Auftraggebers vorgegebenen Art auszuführen. Hätte sich der Bekl nicht bereit erklärt, so wäre der Auftrag an ein anderes Unternehmen erteilt worden. Die Ursache für das Einsinken war nicht mangelhafte Verdichtung des Hinterfüllungsmaterials, sondern primär das unerwartete Eindringen von Wasser in die Rohrkünette in Verbindung mit dem Fehlen einer Entwässerungsmöglichkeit; sekundär auch die „bindige" Beschaffenheit des Hinterfüllungsmaterials. Das Risiko, eine Rohrkünette in bindigem Boden in einer ohne Gewichtsbeschränkung befahrbaren öffentlichen Straße mit bindigem Material zu hinterfüllen und auf eine Entwässerung des Rohrgrabens zu verzichten, habe allen Beteiligten bekannt gewesen sein müssen.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Der Bekl vermeint, ihn habe – zum Unterschied von dem der SZ 42/139 zugrunde liegenden Fall – keine Warnpflicht getroffen, weil die Gefahr ohnedies allen Beteiligten bekannt war und der Bauherr sicherlich keine Sicherheitsmaßnahmen getroffen hätte. Auch im Falle einer Warnung wäre ohne den Unfall bestimmt nichts geschehen; daher sei mangels Ursächlichkeit keine Haftung anzunehmen. Dem Bekl sei nicht zumutbar gewesen, die Drainagierung auf eigene Kosten vorzunehmen. Eine Warnung der Öffentlichkeit, etwa durch Absperrung, sei nach Beendigung der Arbeit ‚wohl mehr als sinnlos' gewesen.
Daß die Gefahr ‚allen Beteiligten bekannt' gewesen sei, wurde hinsichtlich der kl Halterin – und das ist entscheidend – nicht festgestellt. Im übrigen war der Bekl gem § 1299 ABGB verpflichtet, auf die sich aus Durchführung der aufgetragenen Arbeiten ergebenden Gefahren aufmerksam zu machen. Daß er dieser Verpflichtung nicht nachkam, bestreitet der Bekl nicht. Wie zu SZ 42/139 ausgeführt, haftet der Bauführer, der seiner Warnpflicht nicht nachkommt, dritten Personen gegenüber dann, wenn entweder mangels einer Warnung gegenüber dem Bauherrn Sicherungsmaßnahmen nicht getroffen worden sind oder der Bauführer auch ohne Warnung gegenüber dem Bauherrn schuldhafterweise zumutbare Sicherungsmaßnahmen im eigenen Wirkungsbereich nicht selbst getroffen hat und deshalb Dritte zu Schaden gekommen sind (vgl auch SZ 48/23 = EvBl 1976/3; JBl 1973, 35; ZVR 1975/94; EvBl 1967/112; SZ 37/97; 3 Ob 227/75 ua). Sowohl auf Grund seiner Sachkenntnis (§ 1299 ABGB), als auch auf Grund des allgemeinen Gefährdungsverbotes (§ 1295 ABGB) wäre es Aufgabe des Bekl, der die tatsächlich vorgenommene Art der Zuschüttung der Künette als nicht den strengsten Anforderungen der Technik entsprechend erkannt hat, gewesen, den Auftraggeber auf die gegenständliche Gefahr aufmerksam zu machen, und allenfalls, bei Erfolglosigkeit dieser Warnung, die Öffentlichkeit auf geeignete Weise, etwa durch eine Absperrung der Baustelle auch nach Beendigung der Arbeiten, zu warnen. Nur wenn der Beklagte die Baustelle mit einer derartigen Warneinrichtung versehen, nach Beendigung der Arbeiten an den Auftraggeber übergeben hätte, könnte ihm keine schuldhafte Unterlassung vorgeworfen werden."

2.6. Dachstuhllieferung ist keine bewegliche Sache, so daß keine Rügepflicht nach § 377 HGB besteht. Übersehen des Fehlens ordnungsgemäßer Dachverankerung durch übernehmenden Angestellten des Bauherrn, kein Mitverschulden, wenn Begehung erst nach Eindeckung erfolgte (§§ 1313 a, 1304 ABGB, §§ 377, 381 Abs 2 HGB – 2. 10. 1979, 2 Ob 580/79)

Eine gemeinnützige Bauvereinigung klagte einen Handwerker, der bei einer Wohnhausanlage der Kl einen Dachstuhl für die vorgesehenen blechgedeckten Flachdächer zu liefern und auf den bereits vorhandenen Schrauben zu befestigen hatte. Zufolge Unterlassung der vorgesehenen Verschraubung seien die Dächer später bei Sturm abgedeckt worden. Der Bekl bekämpfte das von allen Instanzen als berechtigt anerkannte Schadenersatzbegehren dahin, daß der herrschende Sturm höhere Gewalt gewesen sei. Die Kl hätte als Kaufmann die vorhandenen Mängel sofort rügen müssen. Die Art der Verschraubung des Dachstuhls sei für jeden Fachmann bei entsprechender Sorgfalt erkennbar gewesen. Die Kl habe sich zur Überwachung der Bauführung eines entsprechend entlohnten Architekten und eines entsprechend geschulten eigenen Personals bedient.
Nach den Feststellungen haben die Arbeiter des Bekl den Dachstuhl wohl auf die Mauer gesetzt, jedoch bei allen 6 Häusern keine Muttern auf die Schrauben aufgezogen, so daß der Dachstuhl bei ungünstigen Witterungsbedingungen aufgehoben und das Dach abgedeckt werden konnte; denn nur durch das Aufschrauben und Anziehen der Muttern wird der Dachstuhl an dem Haus ordnungsgemäß verankert. Das Fehlen der Muttern haben weder der an der Baustelle beschäftigt gewesene Baupolier des Bekl noch die Baubehörde noch der im Namen der Kl übernehmende Ingenieur wahrgenommen. Um das Fehlen der Muttern festzustellen, hätte man auf die letzte Geschoßdecke steigen und an einer Stelle nachschauen müssen, wo der Dachfirst etwa 80 cm und der Saum etwa 30 cm hoch ist. Diese Begehung hätte vor der Eindeckung erfolgen müssen. Am 2. Jänner 1976 kam es zur Abhebung eines Teiles des Daches dieser Wohnhausanlage. An diesem Tage herrschte im Raum Mödling eine Windstärke von maximal 130 km/h, wobei die hiedurch bewirkte Luftverdichtung oberhalb

des Daches dessen Anhebung nach sich zog, weil es nicht ordnungsgemäß befestigt war. Um unmittelbar nach der Abhebung des Dachstuhls weiteren Schaden zu verhindern, mußte die Kl notwendige Ersatzausführungen vornehmen lassen. Da sich in der Folge herausstellte, daß die Schraubenmuttern an sämtlichen Dächern der sechs Häuser fehlten, wurden weitere Arbeiten notwendig, um auch diese Dachstühle ordnungsgemäß zu befestigen. Trotz Aufforderung der Kl vom 26. November 1976 hat der Bekl die Dachstühle nicht ordnungsgemäß verankert, obwohl er dies mit dem Schreiben vom 22. Dezember 1976 der Kl mitgeteilt hatte. Daher mußte die Kl die Arbeiten selbst durchführen lassen.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Der Bekl bestreitet nicht mehr, daß er der von ihm auftragsgemäß ausdrücklich übernommenen Verpflichtung zur Verschraubung der Dachstühle an den sechs Wohnhäusern nicht nachgekommen ist. Soweit er die Auffassung vertritt, die Kl hätte durch Unterlassung der unverzüglichen Mängelrüge im Sinne des § 377 HGB die Ausführung des Werkes genehmigt und sich damit der Geltendmachung von Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüchen begeben, ist ihm entgegenzuhalten, daß die Vorschriften über den Handelskauf und damit auch § 377 HGB gemäß § 381 Abs 2 HGB auch dann Anwendung finden, wenn aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoff eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist. Selbst unter der Annahme, daß es sich beim vorliegenden Werkvertrag tatsächlich um ein beiderseitiges Handelsgeschäft gehandelt haben sollte – was nach den Feststellungen keineswegs mit Bestimmtheit gesagt werden kann –, wären die Dachstühle nach der Verbindung mit den Bauwerken, mag diese Verbindung durch Unterlassung der ordnungsgemäßen Sicherung durch Aufsetzen und Anziehen der Schraubenmuttern auch nicht ausreichend gewesen sein, doch nicht mehr als bewegliche Sache, sondern als Bestandteil der Häuser anzusehen. Auf die Bestimmung des § 377 HGB kann sich der Bekl daher schon aus diesem Grunde nicht stützen. Gegenüber dem schwerwiegenden Sorgfaltsverstoß des Bekl, der gemäß § 1313 a ABGB für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen einzustehen hat, tritt aber ein dem Ingenieur bei der Übernahme des Baues allenfalls anzulastendes geringfügiges Versehen unter Berücksichtigung aller Umstände des vorliegenden Falles jedenfalls so weit in den Hintergrund, daß es zu vernachlässigen ist."

2.7. Grenzen der Warnpflicht des Baumeisters bei bestelltem Architekten bezüglich erst nach den Baumeisterarbeiten durchzuführenden Ausführungsarbeiten (§ 1168 a ABGB – 8. 7. 1980, 5 Ob 581/80)

Bauherr klagt Baumeister aus einem 1970 abgeschlossenen Bauvertrag für Baumeisterarbeiten an einer Hotel-Pension wegen Feuchtigkeitsschäden in Zusammenhang mit der Sauna. Der bekl Baumeister wandte unter anderem ein, die Schäden beruhten auf Planungsfehlern, einer mangelhaften Konstruktion. Die Feuchtigkeitsisolierung gehöre nicht zum üblichen Aufgabenbereich eines Bauunternehmers und sei im Leistungsverzeichnis nicht enthalten gewesen. Der OGH bestätigte die Abweisung des Schadenersatzbegehrens.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Es trifft zu, daß der Unternehmer, wenn er einen Mangel, den er bei der erforderlichen Fachkenntnis und Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, nicht erkannt hat, schon aus seinem Verschulden für alle daraus entstehenden Schäden haftet. § 1168 a ABGB spricht allerdings nur von offenbaren Mängeln. Nur wenn der Unternehmer den Mangel erkannt hat, wenn auch auf Grund besonderer Sachkenntnis oder über das Übliche hinausgehender besonders sorgfältiger Prüfung, muß er gleichfalls den Besteller warnen; mag es sich auch nicht um einen offenbaren Mangel gehandelt haben (vgl. Adler-Höller in Klang² V, 409). Offenbar ist ein Mangel von Stoff und Anweisung im Sinne der angeführten Gesetzesstelle nicht nur dann, wenn er in die Augen fällt und jedermann sogleich erkennbar ist, sondern auch dann, wenn der Mangel bei der auf Seiten des Unternehmens vorauszusetzenden Fachkenntnis (§ 1299 ABGB) bei sachgemäßer Behandlung des Stoffes und Ausführung der Arbeit von diesen erkannt werden muß. Die Vorinstanzen sind nun zutreffend davon ausgegangen, daß der Bekl seine Leistungen im Rahmen des ihm erteilten Auftrages zur Durchführung von Baumeisterarbeiten gehörig erbracht hat und insoweit Deckendurchbrüche über dem Saunaraum nach Anbringung der durchführenden Rohrleitungen von ihm nicht verschlossen worden sind, der natürliche Kausalzusammenhang mit dem späteren Schadenseintritt zufolge von Feuchtigkeit nicht nachgewiesen wurde. Insoweit dem Bekl auch zur Last gelegt wurde, nicht in Wahrung seiner Berufspflichten als Bauunternehmer auf solche Mängel der Isolierung hingewiesen zu haben, muß dem entgegengehalten werden, daß dem Bekl, der nur den Bereich der Baumeisterarbeiten zu erledigen hatte, wobei die Gesamtplanung für die Errichtung des Hotels einem Architekten oblag, nicht erkennbar war, inwieweit nach Durchführung der ihm obliegenden Arbeiten seitens der für Isolierungsarbeiten zuständigen Spezialunternehmen eine entsprechende Isolierung der Kellerdecke vorgenommen werden würde. Daß nach herrschender Rechtsprechung die Warnpflicht des Unternehmers auch gegenüber dem fachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller besteht, ist im vorliegenden Falle nicht bedeutsam, weil hier im Hinblick auf die zeitliche Reihenfolge der durchzuführenden Arbeiten derartige Isolierungen erst nach den Baumeisterarbeiten durchzuführen waren. Ein diesbezüglicher Planungs- und Baumangel war als Schadensursache auch gar nicht erkennbar, weil ja hervorgekommen ist, daß es trotz der im Rahmen der im Jahr 1973 erfolgten Sanierung angebrachten Dampfsperre und Feuchtigkeitsisolierung einige Zeit später neuerlich zu einem Wasseraustritt gekommen ist, der zu ähnlichen Schäden geführt hat. Das Erstgericht hat in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hingewiesen, daß demnach nicht nur der unterbliebene Verschluß aller Deckenöffnungen, sondern auch das Nichtanbringen von Isolierungen offenbar nicht für den streitgegenständlichen früheren Schadenseintritt kausal waren.

Es würde auch eine Überspannung der dem Unternehmer im Sinne des § 1168 a ABGB auferlegten Aufklärungs- und Warnpflichten darstellen, wenn dem Bauunternehmer, der den Rohbau eines Hotels mit Hallenbad und ähnlichen Anlagen herzustellen hat, auferlegt würde, die gehörige Planung und Durchführung der weiteren Arbeiten, insbesondere spezieller Isolierungsarbeiten von vornherein durch entspre-

chende Hinweise an den Bauherrn oder im nachhinein durch eine abschließende Kontrolle, zu der ihn die getroffenen Vereinbarungen nicht verpflichteten, mit der Sanktion einer Haftung im Sinne der angeführten Gesetzesstelle zu gewährleisten."

2.8. Schwitzwasserbildung bei Aluminiumfenster, konkrete Warnpflicht bei Anwendung neuer Methoden und neuer Werkstoffe (§ 1168 a ABGB – 22. 2. 1983, 5 Ob 510/83)

Die Kl bestellte beim bekl Unternehmer im Rahmen eines Renovierungsvorhabens neue Fenster und verlangt nach Auftreten zu starker Schwitzwasserbildung die Anzahlung zurück. Der Bekl wandte ein, er habe die zu schwache Temperierung und zu hohe Luftfeuchtigkeit in den Räumen der Kl im Mai 1977 nicht erkennen können. Die Art der Temperierung liege außerhalb des Erfahrungsbereiches. Der Bekl habe bei Erfüllung des Werkvertrages der handwerklichen Sorgfaltspflicht und dem letzten technischen Stand entsprochen. Berufungsgericht und OGH gaben der Klage statt.

Der Bekl verrichtete am Haus der Kl diverse Schlosserarbeiten. Anläßlich dieser Arbeiten teilte sie ihm mit, daß sie als letztes Renovierungsvorhaben am Haus neue Fenster werde einbauen lassen und bereits ein Anbot hinsichtlich Kunststoffenstern eingeholt habe. Der Bekl erklärte, daß er Aluminiumfenster aus ihm gelieferten Profilen herstelle. Er zeigte der Kl die in seiner Wohnung eingebauten Fenster dieser Art. Der Bekl erklärte der Kl auch, daß die Aluminiumfenster beständiger als Kunststoffenster seien. Der Bekl besichtigte sodann das Haus der Kl und nahm für die Fenster Maß. Dann erstellte er ein Anbot, in welchem eine Anfertigung und Montage von Aluminiumfenstern und -türen aus Wicona-Profilen, kunststoffbeschichtet, ausgewiesen war. Die Kl nahm das Anbot an. Der Bekl lieferte die Aluminiumfenster und -türen am 19. September 1977.

In der Folge traten in der kalten Jahreszeit an den vom Bekl gelieferten Fenstern Kondenswasserbildungen am Fensterrahmen sowie am Isolierglas auf. Das Wasser ist die Rahmen heruntergeronnen und hat sich auf den Fensterbänken angesammelt. Um weiteres Herabrinnen des Wassers zu verhindern, mußte die Kl Tücher auflegen, die auch regelmäßig ausgewunden werden mußten. Die Kondenswasserbildung erfolgte in der Wohnung der Klägerin ab einer Außentemperatur von 0° Celsius und tiefer an den Fensterrahmen; an den Isolierglasscheiben gab es Schwitzwasserbildungen ab –5° Celsius. Ab etwa dieser Außentemperatur kam es auch vor, daß das Schwitzwasser an den Rahmen anzueisen begann. An den Fenstern einer auch im Haus der Kl befindlichen Wohnung erreichte die Schwitzwasserbildung bei weitem nicht den Umfang wie in der kl Wohnung. Der Bekl hatte für die umstrittenen Aluminiumfenster und -türen die Rahmenkonstruktion Wicona W 21.2 verwendet. Diese Rahmenkonstruktion gilt im europäischen Metallbau als führend und wird in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich im überwiegenden Umfang verwendet. Im Jahr 1977 wurde die Variante W 21.2 L für außergewöhnliche Fälle entwikkelt. Diese Type weist wärmedämmende Zwischenlagen aus glasfaserverstärktem Polyamid auf und war zur Zeit der Auftragserteilung noch in Erprobung. Der Preis dieser Profile liegt um etwa 50 Prozent höher. Eine Pulverbeschichtung ist bei diesen Profilen wegen der höheren Einbrenntemperaturen nicht anwendbar.

Bei Fenstern, die mit dem Rahmen Wicona 21.2 ausgestattet sind, beträgt die Wärmedurchgangszahl 3; hinsichtlich der Metallrahmen allein beträgt sie 5, während sie für die Glasscheibe 2,5 ausmacht. Da der Metallrahmen nur einen geringen Teil, und zwar 20 bis 30 Prozent, der Fensterfläche umfaßt, sinkt der K-Wert bei Holz- und Kunststoffrahmen nur wenig. Wegen des rascheren Absinkens der Temperatur des Metallrahmens infolge der besseren Wärmeleitfähigkeit beginnt die Schwitzwasserbildung am Rahmen früher als an dem sich langsamer abkühlenden Glas. Nach Überschreiten des Taupunktes schwitzen schließlich Metallrahmen und Glasscheiben. Der kältere Metallrahmen kann die Temperatur der Glasscheibe und damit auch deren Neigung zur Schwitzwasserbidlung nicht oder nur in einer schmalen anliegenden Zone beeinflussen, und zwar wegen der Isolation der Doppelglasscheibe und der Einkittung in den Rahmen sowie wegen der geringen Wärmeleitfähigkeit des Glases. Das Beschlagen der Fensterscheiben sowie der Rahmen bei niedriger Außentemperatur kann durch eine entsprechende Raumheizung, die das Absinken der Raumtemperatur unter den Taupunkt der Innenluft vermeidet, verhindert werden. Die im Haus der Kl vorgekommenen ungewöhnlichen Kondenswasserbildungen waren auf die besonders ungünstigen klimatischen Bedingungen der Innenräume zurückzuführen, und zwar auf unzureichende Heizung, fehlende Heizkörper in den Fensternischen, sich daraus ergebende geringere Luftzirkulation an den Fenstern sowie ungenügende Lüftung zur Senkung der Raumluftfeuchtigkeit. Die Kl beheizt das Haus mit Gaseinzelöfen, die jeweils zwei Räume heizen. Sie beheizt nicht sämtliche Räume. Gewisse Räume werden überhaupt nicht beheizt, andere werden im Winter mit Thermostat auf einer Raumtemperatur von 13 bis 15° Celsius gehalten. Die Rahmen und Fenster jener Räume, die beheizt oder temperiert werden, schwitzen weniger stark als jene in Räumen, die nicht beheizt werden. Die Räume der Klägerin werden auf einem relativ niedrigen Temperaturniveau gehalten („Dauerniedrigtemperatur"). Bei sehr tiefen Außentemperaturen ist es vorgekommen, daß die Rahmen und die Scheiben total belegt waren. Dies war insbesondere im Wirtschaftszimmer der Fall, welches, von Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich nicht beheizt wurde. In diesem Raum ist auch eine Heizmöglichkeit nicht vorhanden. In den tiefen Fensternischen sind keine Heizkörper eingebaut. Die Vergleichswohnung wird mit 5 Heizkörpern elektrisch beheizt. Die gelieferten Fenster stellen aus technischer Sicht keine Fehlkonstruktion dar. Es ist nicht branchenüblich, daß vor dem Einbau von Fenstern Luftfeuchtigkeitsmessungen durchgeführt werden. Genaue Messungen sind nämlich erst nach dem Einbau der Fenster möglich. Aluminiumfenster sind länger haltbar und stabiler als Kunststoff-Fenster. Die vom Bekl gelieferten Fenster sind auf Grund des technischen Standes im Zeitpunkt der Auftragserteilung im Jahr 1977 für das Haus der Kl unter normalen Bedingungen geeignet. Die Störungen durch Schwitzwasserbildung sind auf die klimatischen Verhältnisse des Hauses zurückzuführen.

Die im Jahr 1980 an Stelle der Aluminiumfenster eingebauten Kunststoffenster schwitzen in einem geringeren Ausmaß als die vom Bekl vorher gelieferten Aluminiumfenster.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Mit der Rechtsrüge wendet sich der Bekl gegen die Auffassung des

BerG, daß die gelieferten Türen und Fenster unbrauchbar seien. Dem BerG sei zwar zuzubilligen, daß es durchaus üblich und sinnvoll sei, in einem großen Wohnhaus, welches nur von wenigen Personen bewohnt werde, nur diejenigen Räume auf Wohntemperatur aufzuheizen, die auch tatsächlich zum Wohnen benützt würden; in unbewohnten Räumen trete nämlich nach dem Gutachten des Sachverständigen auch dann kein Schwitzwasser auf, wenn die Räume nicht beheizt würden. Die Klägerin habe aber bewohnte Räume nicht ausreichend beheizt. Zufolge der besonderen raumklimatischen Verhältnisse im Hause der Kl sei es zu ungewöhnlichen Kondenswasserbildungen auch auf den Glasscheiben gekommen; diese Tatsache sei der beste Beweis dafür, daß die Metallfensterrahmen, welche die Neigung der Glasscheiben zur Schwitzwasserbildung nicht oder nur in einer schmalen anliegenden Zone beeinflussen könnten, an diesem Phänomen nicht schuld gewesen seien. Im übrigen sei auch bei einem Kunststoffenster Schwitzwasserbildung festzustellen gewesen. Er habe unter Zugrundelegung des technischen Standards und auch des Umstandes, daß in den Fensternischen des Hauses der Klägerin keine Heizkörper vorhanden seien, keine Bedenken zu haben brauchen, die prozeßgegenständlichen Fenster einzubauen. Die Rechtsansicht des BerG, an der Unbrauchbarkeit der Fenster könne auch der Umstand nichts ändern, daß die Anfertigung und der Einbau der Fenster dem damaligen technischen Stand entsprochen hätten, sei unrichtig und käme einer Zufallshaftung gleich; die Frage der Tauglichkeit könne vom Stand der Technik nicht getrennt werden.

Diesen Ausführungen kann nicht beigetreten werden.
Das BerG hat den Begriff des einen Wandlungsanspruch des Bestellers begründenden wesentlichen Mangels eines Werkes in Übereinstimmung mit Lehre und Rechtsprechung zutreffend dargelegt. Daraus folgt, daß der ordentliche Gebrauch von Fenstern und Türen in einem zum ganzjährigen Bewohnen bestimmten Haus bei jedem den durchschnittlichen örtlichen Verhältnissen entsprechenden Wetter das ganze Jahr über ohne erhebliche Erschwerung gewährleistet sein muß.

Es ist üblich und sinnvoll, in einem großen Haus, das nur von wenigen Personen bewohnt wird, nur diejenigen Räume auf Wohntemperatur aufzuheizen, die auch tatsächlich zum Wohnen benützt werden. Dabei entspricht es durchaus der Verkehrsauffassung, daß die verschiedenen Räume je nach ihrem Verwendungszweck auf verschieden hohe Temperaturen aufgeheizt werden (etwa zum ständigen Aufenthalt tagsüber oder lediglich zum Schlafen benützte Räume), wobei es auch möglich sein muß, einen im Winter nicht zum ständigen Aufenthalt benützten Raum etwa kurz zwecks Holen oder Ablegen eines Gegenstandes zu betreten oder zwecks Erreichung eines anderen Raumes zu durchqueren. Es kommt darauf an, daß sich Türen und Fenster so verhalten, wie es nach der Verkehrsauffassung von ihnen erwartet wird, wobei die ihrer Zweckbestimmung entsprechende Benützung der Räume innerhalb des Üblichen auch variieren kann. Es ist dem Bekl zuzugeben, daß die Beheizung der Wohnung der Kl im Vergleich zum Verkehrsüblichen aber mäßig geschehen war, sie lag jedoch im Rahmen des durch die Verkehrsauffassung Gedeckten nicht unterschritten hat. Das BerG hat demnach richtig erkannt, daß die vom ErstG in bezug auf die Schwitzwasserbildung und Vereisung beschriebenen Erscheinungen zu dem rechtlichen Ergebnis führen, daß den vom Bekl hergestellten und montierten Türen und Fenstern ein wesentlicher, zumindest nicht leicht behebbarer Mangel anhaftet. Für diesen Mangel hat der Bekl ohne Rücksicht darauf einzustehen, ob ihn an diesem Mangel ein Verschulden trifft und ob sein Werk dem im Zeitpunkt der Bestellung oder Ausführung gegebenen Stand der Technik entsprach (vgl. zur insoweit ähnlichen Rechtslage in der BRD: Soergel im Münchener Kommentar zum BGB, RN 25 zu § 633; BGHZ 48, 310; NJW 1971, 92).
Eine Ausnahme von dieser Gewährleistungspflicht könnte sich aus der Gefahrtragungsregel des § 1168 a ABGB ergeben (siehe dazu EvBl 1982/2). Aus dieser Regel ist – wobei das Haus der Kl dem in § 1168 a ABGB genannten, vom Besteller gegebenen Stoff und die Bestellung der Kl der in § 1168 a ABGB angeführten unrichtigen Anweisung des Bestellers gleichzuhalten wäre – abzuleiten, daß der Bekl für den wesentlichen Mangel nicht einzustehen hätte, wenn er trotz Anwendung des Maßstabes des § 1299 ABGB entweder nicht erkennen hätte können, daß bei einem Einbau der klagegegenständlichen Türen und Fenster mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse die Gefahr einer außergewöhnlichen Schwitzwasserbildung besteht oder die Kl vor dieser Gefahr entsprechend gewarnt hätte. Beide Voraussetzungen sind zu verneinen. Der Bekl als sachverständiger Unternehmer hätte im Hinblick auf die im Haus der Kl herrschenden Verhältnisse, die für ihn bei gehöriger Sorgfalt auch im Sommer feststellbar waren, die erwähnte Gefahr erkennen können und sich darauf einzustellen gehabt. In diesem Zusammenhang sei auf die Parteiaussage des Bekl verwiesen, daß er bei der Wieland-Werke AG in Ulm, welche die zur Herstellung der gegenständlichen Türen und Fenster benötigten Aluminiumprofile erzeugt, zwei Seminare besucht habe und über die Gefahr minimaler Schwitzwasserbildung an den Rahmen bei zu wenig geheizten Räumen belehrt worden sei. Er habe der Kl vor der Bestellung mitgeteilt, die Aluminiumfenster seien beständiger als Kunststofffenster, hätten aber den Nachteil, daß sie zu schwitzen beginnen, wenn ein Raum schlecht beheizt sei; dieser Nachteil sei jedoch minimal. Die Kl hat eine Mitteilung des Bekl über den genannten Nachteil bestritten, die Vorinstanzen haben eine solche auch nicht als erwiesen angenommen. Die vom Bekl behauptete Mitteilung würde überdies mangels konkreter Angaben nicht ausreichen, um die Kl in die Lage zu versetzen, den Nachteil entsprechend einzuschätzen; damit hätte der Bekl demnach seiner in § 1168 a ABGB normierten Warnpflicht nicht genügt. Bei der Anwendung neuer Methoden und bei der Verwendung neuer Werkstoffe hat das damit verbundene Risiko des Fehlschlagens der Unternehmer zu tragen, es sei denn, der Besteller hätte eingewilligt; diese Einwilligung entlastet den Unternehmer nicht, wenn der Besteller zuvor nicht erschöpfend über diese Risken aufgeklärt worden ist (vgl Soergel aaO RN 36 zu § 633)."

2.9. Gleichteiliges Mitverschulden bei Falschauskunft eines Brandschutzmittelanstrichlieferanten einerseits und Unterlassen der gebotenen Verträglichkeitsprüfung laut Merkblatt durch Käufer und Verwender anderseits (§§ 1304, 1313 a, 1299 ABGB – 31. 1. 1984, 5 Ob 533/83)

Eine Brandschutzanstrichlieferantin begehrte vom fachkundigen Abnehmer das Entgelt. Der Bekl wandte ein, die gelieferte Ware sei

ungeeignet gewesen, mit dem vom Besteller des Werkes bereits versehenen Grundanstrich unvereinbar gewesen, so daß der gesamte Anstrich, welcher nach Zusicherung eines Angestellten der Kl mit der Grundierung vereinbar gewesen sei, sich abgelöst habe und zu erneuern gewesen sei. Der entstandene Schaden übersteige die Entgeltforderung der Kl.

Aus der Begründung:

„Auch den Verkäufern solcher Waren, die zu ihrer sachgemäßen Verwendung bestimmte Kenntnisse voraussetzen, die vom Käufer nicht erwartet werden können, obliegt als nebenvertragliche Warn- und Aufklärungspflicht die Verbindlichkeit, dem Käufer eine Anleitung zu erteilen (Koziol-Welser I[6], 255; Bydlinski in FS Hämmerle, 31; SZ 43/220). Die Kl meint, sie sei ihrer Pflicht durch Überlassung der Mappe mit dem Informationsmaterial über den Unitherm-Brandschutz und den Hinweis, daß bei der Anwendung diese technischen Vorschriften genau einzuhalten seinen, nachgekommen.
Auch das Ersuchen um weitere Aufklärung und Erläuterung der Anwendungsweise des von der Kl vertriebenen Brandschutzanstrichmittels fällt noch in den Rahmen der durch den Kaufvertrag begründeten vertraglichen Beziehungen zwischen Verkäufer und Käufer. Eine Haftung der Kl besteht, wenn sie sich nicht darauf beschränkt, auf die schriftlichen Unterlagen zu verweisen, sondern durch ihre für sie auftretenden Angestellten die durch Auffälligkeiten beim Probeanstrich begründeten Bedenken an der Verträglichkeit mit dem Grundanstrich zerstreuen und die falsche Behauptung aufstellen läßt, ein bestimmter Grundanstrich sei für die Aufbringung des Brandschutzanstriches bestens geeignet. Daß der Verkaufsvertreter zu einer anwendungstechnischen Kundenberatung nicht befugt war und auch nicht über die erforderlichen Kenntnisse verfügte, spielt selbst dann keine Rolle, wenn der Werkmeister der Bekl dies erkennen konnte, weil der nach dem Auftreten von Schwierigkeiten durch Auflösung der Grundfarbe beim Probeanstrich an die Baustelle berufene kl Kundenvertreter vor Erteilung der falschen Auskunft mit einem anderen Angestellten der Kl telefoniert hatte und auch dort nicht richtig unterrichtet worden war. Der Werkmeister der Bekl mußte daraus entnehmen, daß die Kl, wenn sie eine Betreuung ihrer Kaufkunden nach Lieferung der Ware auf sich nahm, auch vorsorgen werde, daß nur Fachleute Auskunft geben und diese über die Anwendung keine falschen Auskünfte erteilen. Daß er sich auf die Auskunft verließ, statt selbst die im Merkblatt angeratenen Verträglichkeitsprüfungen auszuführen, führt nur dazu, daß die Bekl nach § 1304 ABGB eine Kürzung ihrer Schadenersatzansprüche hinnehmen muß, nicht aber zur Entlastung der Klägerin überhaupt, die für das Verschulden ihrer Angestellten hier nach § 1313 a ABGB einzustehen hat, weil ihre Einschaltung im Zuge der von dem Kaufvertrag nicht loszulösenden Kundenberatung und -betreuung erfolgte.
Dabei ist hier beiden Teilen die besondere Fachkenntnis im Sinne des § 1299 ABGB abzuverlangen (SZ 46/79), ohne daß einem Teil die Unerfahrenheit des anderen erkennbar war. Jedenfalls durften sich die Leute der Kl nicht darauf verlassen, daß die Bekl im Bereich der Aufbringung von Brandschutzanstrich ausreichende Erfahrung zeigt, hatte sie doch sogleich nach Bedenken an der Eignung des von der Kl verkauften Materials zur Aufbringung auf dem an den Werkstücken schon vorhandenen Grundanstrich, auf dessen Beschaffenheit die Bekl nicht Einfluß nehmen konnte, den Vertreter der Kl um weitere Veranlassung gebeten. Hätte dieser nicht nach Rücksprache mit einem anderen Angestellten der Kl versichert, daß die Verträglichkeit gesichert sei, hätte die Bekl nicht den verlorenen Aufwand durch Aufbringung des ersten Brandschutzanstrichs getätigt und den durch die Kosten seiner Entfernung und neuerlichen Grundierung entstandenen Schaden erlitten, weil sie dem Besteller jedenfalls für ihre Fachkenntnisse nach § 1299 ABGB einzustehen hatte.
Dabei haben die Fehlleistungen beider Teile zum Eintritt des Schadens beigetragen. Da sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, weil kein Übergewicht im Verschulden des einen oder anderen Teils erkennbar ist, tritt nach dem § 1304 ABGB eine Haftung zu gleichen Teilen ein."

2.10. Einvernehmlich beigezogener Statiker ist Erfüllungsgehilfe des Werkherstellers; keine Rügepflicht nach § 377 HGB bei unbeweglichen Sachen; keine Pflicht zur Überprüfung durch Besteller durch zusätzlichen Statiker (§§ 1304, 1313 a, 1299 ABGB, §§ 377, 381 Abs 2 HGB – 28. 2. 1984, 5 Ob 690/83)

Die kl Bauherrin, eine GmbH, begehrt Schadenersatz für eine vom bekl Werksunternehmer, eine KG, errichtete und vier Jahre später nach Schneefall eingestürzte Nippellagerhalle. Der Bekl wandte unter anderem ein, die Kl habe die Bauunterlagen nicht geprüft, bei Werksübernahme keine Maßnahmen verlangt, die Schneeräumung vernachlässigt. Die Ansprüche seien verjährt. Die statistische Berechnung sei durch einen Dritten erfolgt. Der OGH bestätigte den Zuspruch des Schadenersatzbegehrens.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Zutreffend haben die Vorinstanzen Haftung der Bekl für den der Kl aus Anlaß der Herstellung der Lagerhalle zugefügten Schaden angenommen und sie zum Schadenersatz verhalten. Daß der Unternehmer, der die Herstellung eines Werkes übernimmt, für den Mangel der dazu nötigen besonderen Kenntnisse einzustehen hat, entspricht der im § 1299 ABGB ausgedrückten Regelung. Hat die Bekl als Stahlbauunternehmen statische Berechnungen einem Statiker übertragen, weil sie über die dazu nötigen Kenntnisse nicht verfügte, so bediente sie sich sehr wohl eines Gehilfen zur Erfüllung ihrer Vertragspflicht gegenüber der Kl, eine standfeste Halle zu errichten, weil die Wahl der Konstruktionsart, der verwendeten Bauteile und der Ausführung des Werkes weitgehend von der Erstbeklagten zu bestimmen waren. Es war nicht Sache der Kl, statische Berechnungen einzuholen oder diese einer Überprüfung zu unterziehen, es oblag vielmehr der Werkunternehmerin die Grundlagen für die Herstellung einer Halle zu schaffen, die dem gewöhnlich erwarteten Gebrauch dienen und die Anforderungen erfüllen konnte, die die Kl aus dem Werkvertrag heraus an die Herstellung durch die Erstbeklagte stellen durfte. Ob dem Statiker eine Fehlberechnung unterlief oder ob der ihm von der Bekl erteilte Auftrag unzureichend oder unvollständig war, macht ebensowenig einen Unterschied bei der Beurteilung der Haftung der Bekl, wie das Einverständnis der Kl mit der Betrauung eines Statikers. Ob die Beklagte erkennen konnte, daß die statische Berechnung unzureichend war, ändert nichts daran, daß sie zur Erfüllung ihrer vertragli-

chen Pflicht, das Werk statisch ordnungsgemäß auszuführen, nicht aber nur zur Lieferung einer zur Vorlage bei Behörden hinreichenden statischen Berechnung, einen Gehilfen beizog, für den sie nach § 1313 a ABGB dem Vertragspartner einzustehen hat. Die Bekl hat auch bereits versucht, von den Statikern nach § 1313 Satz 2 ABGB Rückersatz zu erlangen (3 Ob 657/82). Es kann daher tatsächlich ununtersucht bleiben, ob es der Bekl als Stahlbauunternehmung als eigenes Verschulden vorzuwerfen ist, daß sie eine nicht hinreichend tragfähige Konstruktion wählte, oder ob die fehlerhafte Werksausführung auf schuldhafte Unterlassungen oder Fehlberechnungen ihres Gehilfen – und dazu kann auch ein selbständig tätiger Statiker gezählt werden (Koziol, Haftpflichtrecht II², 340, mwH) – zurückzuführen ist, die der Bekl nicht bekannt oder auch nicht erkennbar waren. Auch der Beweislastverteilung durch die Vorschrift des § 1293 ABGB, wonach dem, der vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert wurde, der Beweis dafür obliegt, kommt schon deshalb hier keine Bedeutung zu, weil ein Verschulden auf Seite des Erstbeklagten oder ihres Erfüllungsgehilfen jedenfalls vorliegt. Dagegen kann nicht der Ansicht der Bekl beigetreten werden, ihre Haftung nach § 1313 a ABGB sei auf ein – nicht anzunehmendes – Auswahlverschulden einzuschränken, weil sie den Statiker mit Erlaubnis und Wissen der Kl zugezogen hätten. Ist die Leistungspflicht des Unternehmers nicht auf Auswahl des die Leistung Ausführenden beschränkt, sondern nur den Vertragteilen bewußt, daß die vertragliche Leistung nur unter Mithilfe anderer Personen erbracht werden kann, hat der Unternehmer das Werk unter Eigenverantwortlichkeit herzustellen, die von ihm beigezogenen Personen sind bloß Erfüllungsgehilfen (Koziol, Haftpflichtrecht II², 342).

Ist danach die Verpflichtung der Bekl zum Ersatz des aus Verschulden infolge fehlerhafter Werkherstellung zugefügten Schadens gegeben, ist ihren Einwänden zu begegnen, die auf einen Verlust des Anspruches der Kl gerichtet sind. Von einem Verzicht auf Schadenersatz kann ebensowenig die Rede sein, wie von einem Erlöschen infolge Unterlassung der Rüge des Mangels oder der Anspruchsverjährung. Die Erklärungen im Übernahmsprotokoll als Verzicht oder Einschränkung der Haftungszeit auch bei verschuldet zugefügten Schäden anzusehen hindert schon die Tatsachenfeststellung, daß sich die Haftungsübernahme für die Dauer von zwei Jahren nur darauf bezog, daß neuerdings Verformungen an den Z-Profilen und Ausreißen von Befestigungen der Eternitdeckung eintreten sollten, obwohl die Bekl diese Mängel durch Verschweißen behoben hatte. Die Genehmigungsfiktion des § 377 HGB (§ 381 Abs 2 HGB), die nach Lehre und Rechtsprechung auch den Ausschluß von Schadenersatzansprüchen beinhaltet, kommt, weil unter Waren nur bewegliche Sachen verstanden werden, keinesfalls zum Tragen. Auch eine analoge Anwendung des § 377 HGB auf die Herstellung unbeweglicher Sachen kommt nicht in Betracht (Brüggemann in RGRK-HGB³ IV 635, RdZ 56; SZ 41/133; zuletzt etwa auch 5 Ob 561/82). Daß die Konstruktion mangelhaft war, kam erst zutage, als die Halle mehr als vier Jahre später, in welcher Zeit die Bedenken nicht wieder bestärkt werden, zusammenbrach, worauf die Kl unverzüglich von der Erstbeklagten den Ersatz des Schadens begehrte. Hat die Bekl als Stahlbauunternehmen der Kl bei der Übernahme bedeutet, daß nach Korrektur der Ausführung im Zug der Errichtung der Hallenkonstruktion nun weitere Schäden auszuschließen seien, weil ‚die Statik in Ordnung sei', so bestand für die Kl kein Anlaß, die Erklärungen ihres Vertragspartners in Zweifel zu ziehen, eigene Untersuchungen anzustellen oder Sachverständige damit zu betrauen und daraus Kenntnis von der fehlerhaften Konstruktion zu erlangen, um sogleich auf Behebung des Mangels oder Feststellung der Schadenersatzpflicht zu dringen.

Die Verjährungsfrist des § 1489 ABGB begann nicht mit der Übergabe des fertiggestellten nicht fachgerecht hergestellten Bauwerkes zu laufen, weil zumindest die Kenntnis der drohenden Auswirkungen des schädigenden Ereignisses für den Beginn des Fristenlaufes vorausgesetzt wird, auch wenn der Schaden noch nicht eingetreten sein sollte (Koziol, Haftpflichtrecht I², 317; SZ 48/27; JBl 1979, 261 ua). Der Kl war aber bei Übernahme des Werkes weder die Unvollständigkeit der Statik, noch bekannt, daß sich die Erstbeklagte bei ihrer Zusicherung, es sei alles in Ordnung, ihrerseits darauf verlassen hatte, daß statisch keine Bedenken bestehen und die Standfestigkeit der Halle auch bei Wind und Schneelage gesichert sein werde. Der Schadenersatzanspruch war daher bei Erhebung der Klage nicht verjährt.

Da die Kl nicht voraussetzen mußte, die Bekl werde ihre Vertragspflichten ungenügend erfüllen, bestand keine Veranlassung der Bestellerin, Werk und Zusagen des Werkunternehmers überprüfen zu lassen, selbst wenn ein Schwingen der Hallenkonstruktion bis zu 10 cm zunächst Anlaß zu Besorgnis gegeben hatte. Da aber die Bekl sich auf die von ihr betrauten Statiker berief und versicherte, es sei nunmehr das Werk in Ordnung, kann sie der Kl nicht den Vorwurf eines Mitverschuldens entgegensetzen, weil das Vertrauen auf Zusagen des Vertragspartners nicht berechtigt gewesen sei. Die Unterlassung der Seitenverstrebung mag auch auf dem Wunsch der Bestellerin entsprochen haben, daß die Halle mit Transportgeräten allseitig befahrbar sein werde. Wäre dies aber auf Kosten der Standsicherheit gegangen, hätte die Erstbeklagte den Besteller warnen müssen. Eine andere Ausführung der Stützen hätte allenfalls auch den Schadenseintritt gehindert. Dies lag im Bereich der fachkundigen Unternehmerin. Sie hatte dafür zu sorgen, daß die Halle üblichen Einwirkungen standhalte. Da festgestellt ist, daß die Schneelast die Belastbarkeitsgrenze einer auftragsgemäß hergestellten Halle bei weitem nicht erreichte, liegt auch kein Verschulden der Kl oder eine Sorglosigkeit ihren eigenen Werten gegenüber vor, wenn sie nicht für eine laufende Schneeräumung des Hallendaches sorgte. Es steht daher dem von den Bekl zu vertretenden Verschulden kein die Kürzung der Schadenersatzansprüche nach § 1304 ABGB rechtfertigendes Fehlverhalten der Kl gegenüber."

2.11. Warnpflicht der Bauausführenden gegenüber dem von einem Architekten beratenen und überdies über eigene technische Abteilung verfügenden Besteller (§§ 1299, 1168 a ABGB – 18. 10. 1979, 8 Ob 516/79)

Die kl Bauherrin macht den Architekten als Erstbekl und die mit der Ausführung der Baumeisterarbeiten beauftragte Zweitbekl und den mit den Isolierarbeiten beauftragten Drittbekl für Mauerdurchfeuchtungsschäden eines Rasthauses haftbar. Der OGH war nur mit der Prüfung der Haftung der Zweit- und Drittbekl befaßt. Er bejahte diese.

Aus der Begründung:

„Der Umstand, daß der Erstbekl in seiner Eigenschaft als planender Architekt und Baustellenleiter der Kl Anweisungen der Zweit- und dem Drittbekl erteilen durfte, ändert nichts daran, daß Zweit- und Drittbekl auf Grund der von ihnen mit der Kl geschlossenen Verträge ihr als selbständige Vertragspartner gegenüberstanden und ihr gegenüber die aus diesen Werkverträgen erfließenden Verpflichtungen zu erfüllen hatten, zu denen auch die im § 1168 a ABGB normierte Warnpflicht gehört.

Wenn die Zweitbekl in ihrem Rekurs eine Warnpflicht für sie nur für den Fall bejaht, daß durch die Herstellung der vom Pächter verlangten, nachträglich einzubauenden Spülrinnen an sich also etwa durch das Aufschrämmen des Fußbodens die Gefahr des Mißlingens des Werkes etwa durch Einsturz der Decke zur Folge haben konnte, mißversteht die Zweitbekl das Wesen des § 1168 a ABGB. Die Zweitbekl war jedenfalls bekannt, welcher Art der von ihr angebrachte Feuchtigkeitsschutz unter der Großküche war und zu welchem Zweck er dienen konnte, so daß der Zweitbekl auf Grund ihrer erforderlichen Fachkenntnisse hätte bewußt werden müssen, daß durch die nachträgliche Anbringung der Spülrinne, die technisch verfehlt war, keine Gewähr mehr gegeben war, daß der von ihr abgebrachte Feuchtigkeitsschutz ausreichen könnte, um die unter der Großküche liegenden Räume vor Abwässern, die die Spülrinnen aufnehmen sollten, wirksam zu schützen. Mag auch die von der Zweitbekl errichtete Decke den ursprünglichen Anforderungen entsprochen haben, so war dies – wie dargelegt – infolge der nachträglichen Anbringung der Spülrinnen jedenfalls nicht mehr der Fall. Auch wenn sich erst im Laufe der Arbeit ein Mangel herausstellt, muß der Unternehmer den Besteller warnen. Die Zweitbekl hatte daher die Kl mit Nachdruck auf die von ihr als Fachmann (§ 1299 ABGB) erkennbaren Folgen dieser vom Pächter gewünschten Ergänzung aufmerksam zu machen. Diese gesetzliche (§ 1168 a ABGB) und im Vertrag mit der Zweitbekl durch Bezugnahme besonders ausgeformte (Punkt 1.3.3 und 2.1.3 der Önorm B 2110; 5 Ob 521, 522/79) Warnpflicht der Zweitbekl bestand der Kl gegenüber – und nicht dem Erstbekl gegenüber.

Der Rekurs des Drittbekl räumt zutreffend selbst ein, daß eine Pflicht zur Zusammenarbeit mehrerer Unternehmen dann anzunehmen ist, wenn die Arbeit des einen auf den Vorleistungen des anderen aufbauen müsse und auch die Warnpflicht des einen Unternehmers dem Besteller gegenüber zu bejahen ist, wenn die Vorarbeiten des anderen Unternehmers mangelhaft sind und die einwandfreie Vollendung des Werkes nicht mehr zulassen.

Der Drittbekl vertritt aber übereinstimmend mit der Zweitbekl die Auffassung, daß die Warnpflicht der Rekurswerber deshalb nicht zum Tragen komme, weil der Erstbekl der Kl gegenüber die Anbringung der Spülrinnen als ‚Blödsinn' und als technisch nicht durchführbar bezeichnet habe. Dem kann nicht gefolgt werden. Auch wenn man das von den Rekurswerbern herangezogene ‚harte Gespräch' zwischen dem Erstbekl und dem Direktor der Kl mitberücksichtigt, ist hieraus für den Standpunkt der Zweitbekl und des Drittbekl nichts gewonnen. Wenn der Erstbekl im Zuge dieses Gespräches schließlich tatsächlich erklärt haben sollte, er lehne die Verantwortung hiefür ab und die Kl gleichwohl auf der Anbringung der Spülrinnen bestanden haben sollte, so mag dies für das Vertrauensverhältnis zwischen der Kl und dem Erstbekl bedeutsam sein, aber nicht die der Zweitbekl und dem Drittbekl aus ihren selbständigen Verträgen mit der Kl als Bestellerin erfließende Warnpflicht aufzuheben. Die Warnpflicht des Unternehmers besteht auch gegenüber dem fachkundigen (SZ 35/73, RZ 1978/67 ua) oder – wie hier – sachverständig beratenen (5 Ob 506/77 ua) Besteller. Da weder die Zweitbekl noch der Drittbekl die Kl als Bestellerin vor der nachträglichen Anbringung der Spülrinnen samt Installationen warnten, hätten sie, um von der Haftung für die Schadensfolgen frei zu sein, beweisen müssen, daß eine Warnung der Kl im konkreten Fall nicht erforderlich war (SZ 45/75, 3 Ob 113/72, 3 Ob 120/75 ua). Weder die festgestellten noch die von den Rekurswerbern ins Treffen geführten Äußerungen des Erstbekl gegenüber der Kl, sollten sie erwiesen sein, würden die Warnung der Kl durch die Zweitbekl und den Drittbekl überflüssig machen. Denn hiedurch ist nicht dargetan, daß die Kl als Besteller in Kenntnis des Fehlers und dessen Folgen (3 Ob 120/75), der Zweit- und dem Drittbekl ergänzenden Aufträge erteilen ließ."

2.12. Versäumte Untersuchungs- und Anzeigeobliegenheit eines Steinmetz gegenüber Marmorplattenlieferanten (§§ 377, 378 HGB – 22. 5. 1980, 8 Ob 513/80)

Der Marmorplattenlieferant klagte die Kaufpreisforderung ein. Der bekl Steinmetz wandte Mängel ein, die wegen des plötzlichen Wintereinbruches erst im Februar des Folgejahres gerügt werden konnten. Der OGH erkannte gegen den Steinmetz.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Gemäß § 377 Abs 1 und 2 HGB hat der Käufer die Ware, wenn der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer zu untersuchen, soweit dies nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang tunlich ist. Er hat, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen. Unterläßt er die Anzeige, gilt die Ware als genehmigt, sofern es sich nicht um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war. Diese Untersuchungs- und Anzeigepflicht ist eine dem Vertragspartner gegenüber bestehende Obliegenheit (vgl Schlegelberger-Hefermehl, Handelsgesetzbuch[4], 2077). Ihr Sinn liegt in der möglichst raschen Unterrichtung des Verkäufers von der Mangelhaftigkeit der Ware. Dieser soll dadurch in die Lage versetzt werden, die zur Wahrung seiner Interessen nötigen Maßnahmen möglichst rasch zu ergreifen. Die Untersuchung der Ware dient dem Zweck, allfällige Mängel festzustellen. Sie ist unverzüglich nach der Ablieferung vorzunehmen. Das Ausmaß der für die Untersuchung zur Verfügung stehenden Zeitspanne hängt von der Art der Ware, den notwendigen Untersuchungsmaßnahmen (vgl Hämmerle, Handelsrecht[3] III, 179), aber auch dem Handelsbrauch und der im Geschäftszweig des Käufers herrschenden Übung ab (1 Ob 22/70). Die Untersuchung erfolgt immer dann rechtzeitig, wenn bei dem nach objektiven Maßstäben zu beurteilenden Geschäftsgang nicht einmal eine geringfügige, vermeidbare Nachlässigkeit vorlag (JBl 1974, 369; 4 Ob 653/75). Auf die persönliche Auffassung des Käufers über die erforderliche Untersuchung kommt es nicht an (Schlegelberger-Hefermehl, Handelsgesetzbuch[4], 2098). Bei grö-

ßeren Lieferungen, insbesondere Massenlieferungen, genügt die Vornahme ausreichender Stichproben (Schlegelberger-Hefermehl, aaO), dies möglichst an verschiedenen Stellen (Baumbach-Duden, Handelsgesetzbuch[23], 768). Die Folge nicht ordnungsgemäßer und rechtzeitiger Rüge besteht darin, daß die Ware als genehmigt gilt (§ 377 Abs 2 HGB) und dem Käufer demnach weder Gewährleistungsansprüche oder sonstige Ersatzansprüche zustehen (Schlegelberger-Hefermehl, Handelsgesetzbuch[4], 2101, 4 Ob 653/75). Der Käufer muß den vereinbarten Kaufpreis in voller Höhe zahlen; dies gilt nicht nur bei Schlecht- oder Falschlieferung, sondern auch bei sogenannter ‚Zuweniglieferung' (vgl § 378 HGB; Schlegelberger-Hefermehl, Handelsgesetzbuch[4], 2112).

Im vorliegenden Fall steht fest, daß die Lieferung der Steinplatten auf der Grundlage eines beiderseitigen Handelsgeschäftes erfolgte. Weiter blieb unbekämpft, daß das Fehlen der Platten bzw. ihre Beschädigung ohne weiteres bei der Vornahme der Untersuchung zu erkennen war. Schließlich ist unbestritten, daß sich der Beklagte an die zwei Monate Zeit ließ, die gelieferten Steinplatten zu untersuchen und vorher auch keine stichprobenartige Besichtigung der Lieferung vornahm. Damit verstieß er eindeutig gegen die oben dargelegten Grundsätze. Nicht nur seine Belange waren zu wahren, sondern auch jene der Verkäuferin, die ein berechtigtes Interesse daran hatte, alsbald zu erfahren, ob der Käufer mit der erhaltenen Lieferung einverstanden war. Gewiß wird nicht übersehen, daß der Bekl durch den Wintereinbruch und durch seine räumliche Beschränktheit auf seinem Betriebsgelände gewisse Schwierigkeiten hatte, seiner ihm obliegenden Untersuchungspflicht nachzukommen; beides waren aber Faktoren, die in Rechnung zu stellen er durchaus bereits bei der Erteilung des Großauftrages in der Lage war. Daß es ihm unmöglich gewesen wäre, die Lieferung auch nur stichprobenweise an verschiedenen Stellen zu untersuchen, behauptet er selbst nicht. Soweit er auf dem Standpunkt steht, eine solche Untersuchung wäre zumindest untunlich gewesen, übersieht er die nach den ausgeführten Grundsätzen unhaltbare Konsequenz dieser Ansicht, die darauf hinausliefe, die Kl als Verkäuferin von Handelsware monatelang im Ungewissen zu lassen, ob ihre Leistung unbeanstandet angenommen wurde oder nicht."

2.13. Gewährleistungsanspruchsverlust bei Versäumung der Rüge bei Lieferbeton (§§ 377, 378 HGB – 1. 10. 1981, 8 Ob 524/81)

Das Betonlieferwerk – eine GmbH, klagte mit Erfolg das Entgelt für gelieferten Beton gegen den Abnehmer ein, wiewohl der Zementgehalt zu gering war. Der bekl Auftraggeber – eine GmbH, hatte als Subunternehmer vom Generalunternehmer für den Bauherrn in der Halle eines Kfz-Reparaturwerkes einen Industriefußboden zu verlegen. Nach dem Subauftrag war eine Fußbodenkonstruktion von 5000 m² herzustellen. Sie war auf eine von einer Vorgängerfirma hergestellte Bodenkonstruktion aufzubringen. Die vom Bekl zu erbringenden Leistungen bestanden in der Herstellung einer Ausgleichsbetonschichte mit einer Stärke von 4 bis 8 cm, wobei der dafür verwendete Beton über Auftrag des Bekl von der Kl geliefert wurde. Auf diese Ausgleichsbetonschichte wurde vom Bekl noch eine Verschleißschichte aus Hartbeton aufgebracht, zu deren Lieferung die Kl nicht beauftragt war. Der Bekl hatte der Kl mündlich den Auftrag erteilt, Ausgleichsbeton in der Qualität B 300 zu liefern. Nach der Ö-Norm B 4200, Teil 10, Pt. 4.3, muß Beton der Festigkeitsklasse B 300 einen Mittelwert der Druckfestigkeit an 20-cm-Würfeln von mindestens 300 kp/cm² nach 28 Tagen aufweisen. Von der Kl wurde an die genannte Baustelle Beton der Güteklasse B – SM 330 Konsistenz K 2, Korn 0/8 mm, hergestellt aus PZ 275, geliefert. An der Baustelle erfolgte eine Wasserzugabe über Wunsch der bekl (Auftraggeberin), wobei dies auf den Gegenscheinen auch schriftlich bestätigt wurde. Bei der Betongüte SM 330 handelt es sich um eine Sondermischung, deren Zusammensetzung auf Grund besonderer Vereinbarungen nach Angaben des Auftraggebers erfolgt (Ö-Norm B 3307). In diesem Fall wird vom Lieferwerk nur für die Zusammensetzung, nicht aber für eine besondere Betongüteeigenschaft Gewähr geleistet. Im gegenständlichen Fall wurden von Ende Juli bis August 1978 158 m³ SM 330 K 2 Körnung 0/8 mm an die Baustelle zur Betonierung des Hallenbodens geliefert und von der Bekl verarbeitet. Nach Fertigstellung dieser Arbeiten wurden vom Generalunternehmer derart erhebliche Mängel am Betonboden festgestellt, daß dieser als unbrauchbar herausgerissen werden mußte. Der von der Bekl erstellte Betonboden wies nicht die erforderliche Druckfestigkeit auf. Überdies waren Hohlstellen und Risse vorhanden, die weit über das in der Norm vorgesehene Maß hinausgingen. Es fehlte an der nötigen Haftung mit dem Untergrund. Weiters wurde die vereinbarte Menge metallischer Einstreustoffe zur Erhöhung der Abriebfestigkeit nicht eingearbeitet. Die Mängel waren unbehebbar. Auf den Lieferscheinen war ein Zementgehalt des gelieferten Betons von 330 kg/m³ ausgewiesen. Die chemische Untersuchung des Zementgehaltes ergab bei einer mittleren Rohdichte von 1855 kg/m³ 238 kg/m³. Für eine übliche gute Verdichtung bei einer Rohdichte von 2250 bis 2400 kg/m³ würde der dazugehörige Zementgehalt 287 bis 308 kg/m³ betragen. Der Estrich zeigt mit einer mittleren Rohdichte von nur 1855 kg/m³ eine außerordentlich schlechte Verdichtung. Der von der Kl gelieferte Ausgleichsbeton hat daher die zugesicherte Zementmenge laut den Lieferscheinen von 330 kg/m³ stellenweise nicht erreicht. Dieser etwas geringere Zementgehalt spielt aber bei den aufgetretenen und beschriebenen Mängeln keine Rolle. Mit dem von der Kl gelieferten Beton hätte für die von der Bekl zu errichtende Ausgleichsschicht die von der Ö-Norm geforderte Druckfestigkeit, Bindung mit dem Untergrund und auch eine Bodenqualität ohne Risse und Hohlstellen erreicht werden können.

Aus den Entscheidungsgründen:

„Bei einem Vertrag, der wie hier ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, trifft den Käufer (hier die Bekl) in der Regel die Verpflichtung, die Ware unverzüglich nach der Ablieferung, soweit dies nach ordnungsgemäßem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer (Kl) unverzüglich Anzeige zu machen (§ 377 Abs 1 HGB). Unterläßt er dies, gilt die Ware als genehmigt (§ 377 Abs 2 und 3 HGB). Die gesetzliche Fiktion der Genehmigung tritt ohne Rücksicht auf den Parteiwillen in Kraft und bedeutet nicht nur den Verlust von Gewährleistungsansprüchen, sondern aller aus dem Mangel der Ware abgeleiteten Rechte, insbesondere also auch von Schadenersatzansprüchen, die sich auf die Verletzung des Vertrages und die Beschaffenheit der Ware gründen. Die Rügepflicht entfällt nicht

schon dadurch, daß eine bestimmte Eigenschaft der Sache im Vertrag zugesichert war. Bei der Bestimmung des § 377 HGB handelt es sich allerdings um nachgiebiges Recht, so daß auch die Verspätung oder Unterlassung der Mängelrüge einzuwenden ist (vgl SZ 50/93 ua). Die Bekl hat eine Rüge iS § 377 HGB unterlassen, die Kl hat die Unterlassung der Rüge eingewendet. Da gemäß § 378 HGB die Vorschriften des § 377 HGB auch auf die Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware anzuwenden sind, kann es dahingestellt bleiben, ob es sich bei dem von der Klägerin gelieferten Beton mit der Bezeichnung SM 330 K 2 Körnung 0/8 mm um eine mangelhafte Lieferung im Sinn des § 377 HGB oder um die Lieferung eines ‚aliud' im Sinn des § 378 HGB gehandelt hat.

Infolge der Unterlassung der Rüge iS des § 377 HGB hat die Lieferung des Betons SM 330 K 2 als durch den Bekl genehmigt zu gelten."

Fußnoten

[1] Siehe außer den OGHE, wiedergegeben unter 2.1–2.13 und den dort angeführten in den Fußnoten 12, 14, 18, 22, 30, 44, 46, 49–51, 55, 61, 66, 81, 83, 85, 87, auszugsweise abgedruckten weiters *Jelinek*, Judikatur zum Bauvertragsrecht, in Krejci-Korinek, Hd Bau- u Wohnungsrecht:

V, 3 Nr 1 (Sturmschäden an einem Dach infolge mangelhafter Verankerung der Dachsparren – Prüft das dachstuhlerrichtende Zimmermannsunternehmen nicht die übergebenen Unterlagen und warnt es nicht den Besteller davor, daß die vom Baumeister planmäßig vorgesehene Verankerung des Dachstuhls ungenügend ist, wäre bei sachgemäßer Verankerung der Stichsparren der Schaden vermeidbar gewesen, so ist die Verletzung der Warnpflicht für den Schaden kausal. – Mängel in der Planung durch den Baumeister und das Unterbleiben einer Beanstandung im Rahmen der Bauaufsicht begründen kein dem Besteller zurechenbares Mitverschulden §§ 1304, 1168a ABGB, ÖNORM B 21110 idF 1967 **6 Ob 545, 546/81**);

V, 23 Nr 5 (Untauglichkeit des Unterbodens zur Verlegung eines Fußbodenbelages bedingt durch nicht sichtbare Mängel des Unterbodens. – Den Unternehmer trifft nur dann eine Warnpflicht, wenn der Mangel des Stoffes bzw der Vorarbeiten, deren Kontrolle er vertraglich übernommen hatte, bei der ihm vorausgesetzten Kenntnis erkannt werden mußte; zu darüber hinausgehenden, nicht üblichen Prüfungen und Untersuchungen ist er nicht verpflichtet §§ 1168a, 1299 ABGB **8 Ob 504/81**);

V, 51 Nr 11 (Auch wenn ein Werkvertrag über die Herstellung des Estrichs in einer bestimmten Eigentumswohnung nur zwischen dem Generalunternehmer als Besteller und dem Subunternehmer abgeschlossen worden ist, müssen doch nach dem Subunternehmer erkennbaren Zweckbestimmung seiner Werkleistung Sorgfaltspflichten des ihm – durch die unmittelbare Bestellung eines Teppichbodens – bekannt gewordenen Wohnungseigentumsbewerbers als vereinbart geltend; der sondernutzungsberechtigte Wohnungseigentümer kann die Ersatzansprüche wegen des sein Objekt betreffenden Schadens geltend machen. Den Verleger eines Teppichbodens trifft gegenüber dem Wohnungseigentumsbewerber eine Warnpflicht, wenn der Estrich keine taugliche Grundlage für den zu verklebenden Teppichboden ist §§ 1168a, 1298 ABGB **6 Ob 693/81** MietSlg 33.228);

V, 56 Nr 12 (Durch Gebäudekonstruktion bedingte Mängel der „Dachhaut" – Kann der Unternehmer selbst mit dem Fachwissen eines Sachverständigen die Untauglichkeit des vom Besteller gelieferten Stoffes nicht erkennen, trifft ihn keine Warnpflicht; gleiches gilt, wenn der vom Besteller gelieferte Stoff für eine von mehreren gleich zweckmäßig erscheinenden Bearbeitungen ungeeignet ist, dies dem Unternehmer jedoch nicht erkennbar ist §§ 1167, 1168a, 1299 ABGB **7 Ob 596/81** SZ 54/128 = EvBl 1982/2 = JBl 1982, 603);

V, 61 Nr 13 (Honorar für Planungsarbeiten bei Nichterteilung der Baubewilligung – Die Warnpflichten des planenden Unternehmers erstrecken sich auf das Gebiet des Baubewilligungsrechts. Hat der Unternehmer gegen diese Warnpflicht verstoßen, so hat ihm der Besteller kein Entgelt zu leisten; ansonsten trägt der Besteller grundsätzlich das Risiko der Nichterteilung der für die Bauausführung nötigen Baubewilligung. Sieht die BauO keine bestimmte Anzahl und Größe von Parkplätzen vor, sondern verweist sie nur auf die „örtlichen Verhältnisse" und wird die Baubewilligung wegen zu wenig Parkplätzen nicht erteilt, so liegt eine Verletzung der Warnpflicht dann vor, wenn eine problemlose Baubewilligung nicht zu erwarten war. Die Erklärung des Bestellers, er werde sich bemühen, eine entsprechende Grundfläche zu pachten, kann nicht die Bedeutung beigemessen werden, er habe nunmehr das Risiko für das Fehlschlagen des Werkes übernommen § 1168a ABGB **1 Ob 569/81**);

V, 82 Nr 17 (Besteht bei unsachgemäßem Zusammenbau eines Schwimmbeckens mit den Zubehörteilen die Gefahr einer galvanischen Korrosion, so ist der Besteller auf diese hinzuweisen, wenn die Kenntnis dieser Gefahr nicht zum selbständigen Wissenstand jedes befugten Installateurs, sondern nur bestimmter Fachunternehmen gehört § 1168a ABGB **4 Ob 558/81** SZ 54/179 = RZ 1982/49);

V, 106 Nr 22 (Kabelbeschädigung bei Grabungsarbeiten – Umfang der Erkundungspflicht § 1299 ABGB **3 Ob 628/81**)

[2] *Krejci*, Über die neuen ÖNORMEN zum Bauwerkvertrag, in FS Wenger (1983), 607; *Larcher*, Die neuen ÖNORMEN des Verdingungswesens A 2060 u B 2110, RdW 1984, 166, 202, 237

[3] *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505; siehe auch *Krejci* in Rummel, ABGB § 1168a – die sich mit Iro und der vorliegenden Arbeit deckende Kommentierung erschien erst nach Drucklegung und mußte daher unberücksichtigt bleiben. *Krejci* bringt keine, in dieser Arbeit unberücksichtigte jüngere Rechtsprechung.

[4] 2 Ob 580/79 = unten Entscheidungsteil 2.6; 1 Ob 680/80 SZ 53, 164, 5 Ob 561/82; 7 Ob 626/82, SZ 55/79 = JBl 1983, 39; 1 Ob 617/83 RdW 1984, 41; 5 Ob 690/83 = Entscheidungsteil 2.10

[5] 7 Ob 617/80 (Tischlermeister, der als gemischter Betrieb auch Möbel- und Holzwarenhandel betreibt); 3 Ob 161/60 HS 10; 4 Ob 573/78 SZ 51/172 (nichtprotokollierter Baumeister; aus der Größenordnung des Auftrages kann eine Kaufmannseigenschaft nach § 2 HGB nicht abgeleitet werden)

[6] 2 Ob 552, 523/78 SZ 51/74 (Baumeister); 4 Ob 573/78 SZ 51/172, krit *Pfersmann*, ÖJZ 1983, 57, 93 (Baumeister siehe FN 4); 6 Ob 513/79 (Baumeister); 1 Ob 725/80 SZ 54/4 = EvBl 1982/38 = JBl 1982, 431 (Baumeister); 1 Ob 40/81 (Baumeister, der nicht zugleich auch Baumaterialienhändler ist); 5 Ob 561/82 (Fliesenleger, Parkettfußbodenleger, Installateur – so auch 1 Ob 306/71); 7 Ob 143/72 u 7 Ob 21/73 HS 8004 (Zimmermeister) – hingegen wurde Kaufmannseigenschaft bejaht: 1 Ob 680/80 SZ 53/164 (Bautischler, der die Herstellung aber nicht Einbau von Fenster und Türen übernahm); 1 Ob 1/58 HS 1015/139 (Spengler); 7 Ob 617/80 (Tischler siehe FN 4)

[7] 7 Ob 509/77 (Architekt)

[8] 7 Ob 515/82 SZ 55/157; 7 Ob 61/82 RZ 1984/59; 7 Ob 530/83

[9] Für den KSchG-Bereich ist die Haftungseinschränkung gesetzlich abgeklärt. *Iro* aaO (FN 3) hält einen Haftungsausschluß für grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Verbrauchergeschäftes für zulässig; bei der Warnpflicht, die sich mehr auf typische oder vorhersehbare Folgen bezieht, kann der Unterschied zwischen Rspr und Lehre (*Koziol*, Österr Haftpflichtrecht I^2 353) dahingestellt bleiben. Die bloße Ablehnung der Haftung durch den Werkunternehmer ohne ausdrücklichen Ausschluß einer Warnpflicht läßt jedoch diese gesetzliche Pflicht des § 1168 a ABGB weiter bestehen SZ 33/139, JBl 1978, 208; *Larcher* aaO (FN 2) 240 insb FN 55

[10] *Würth – Zingher*, MRG^2 Anm 33–36; *Fenyves*, 2 Probleme der Mietzinsbildung nach dem MRG, ImmZ 1983, 179 (182 f)

[11] *Krejci* aaO (FN 2) 628; *Larcher* aaO (FN 2) 239; 7 Ob 596/81 aaO (FN 1)

[12] Zur systematischen Einordnung *Iro* aaO (FN 3) 509; **5 Ob 200/75** (Warnpflicht und Beweislast des Schweißarbeiten verrichtenden Unternehmers, wenn ein Brand als Folge der Arbeiten nicht auszuschließen war);

5 Ob 521, 522/79 Werkunternehmer liefert einem Bauherrn Geräte, die später Schaden stifteten, wobei es noch an unbekämpften Feststellungen dahin fehlte, ob die Wasserzuflußsteuerung der von der Säuglingsbadewannenkombination sich selbst oder durch andere Umstände – unachtsame Betätigung durch Dritte usw – einschaltete bzw eingeschaltet wurde. Der Bauherr hatte das Säuglingspflegegerät bei dem Werkunternehmer nach erfolgter Erprobung im Spitalsbetrieb bestellt. Die Überlaufgefahr mangels Schutzeinrichtung war jedermann einsichtig. Ein Verstoß des mit Lieferung und betriebsbereiter Montage beauftragten Werkunternehmers gegen landesgesetzliche Schutzvorschriften betreffend die Wasserversorgung und den Geräteanschluß iS § 1311 ABGB wurde verneint. Einer Warnpflicht vor Schäden aus der Überlaufgefahr an sich zufolge Fehlens der Schutzeinrichtungen hat der OGH verneint, weil das bestellte Gerät vom Bauherrn nach Erprobung verlangt worden und die Überlaufgefahr insoweit jedermann einsichtig war. Die Wasserzuleitung der Geräte war durch die Wasserleitungsinstallationen anderer Installationsunternehmen ausgeführt worden. Auf eine möglicherweise unzweckmäßige, den bestimmungengemäßen Gebrauch der anzuschließenden Geräte aber nicht beeinträchtigende Gestaltung bereits verlegter Wasserinstallationen mußte der Unternehmer die fachkundig beratenen Bauherrn nicht besonders hinweisen JBl 1966, 562. Auch vor einer möglichen unachtsamen Betätigung des Einschaltmechanismus war nicht zu warnen, weil ein derartiges Fehlverhalten außerhalb der bestimmungsgemäßen Verwendung des Gerä-

tes für den Unternehmer nicht voraussehbar und die grundsätzliche Einschalttechnik der Geräte dem Bauherrn ohnehin bekannt war. Da der Unternehmer zum betriebsfertigen Einbau der Geräte vertraglich verpflichtet war und der Schadensfall sich nicht im Zusammenhang mit dem bestimmungsgemäßen Betrieb der Geräte, sondern vor der normalen Inbetriebnahme aber mehr als ein Jahr nach der Montage ereignete (Überflutung des in Spitalsbettentraktes), lag eine nicht betriebsbedingte Gefahr vor, wie sich aus der Fortführung des Krankenhausbaues ergab. Ob diesbezüglich eine Prüfpflicht bestand, ließ der OGH dahingestellt. Gem § 1298 ABGB wies der LGH dem warn- und haftpflichtigen Unternehmer die Beweislast zu, daß er unter Zugrundelegung seiner als Vertriebsgesellschaft solcher Geräte zu vertretenden besonderen Fachkenntnisse nicht mit einer Selbsteinschaltung eines der Geräte habe rechnen können – JBl 1963, 317, EvBl 1974/138, 1976/63 und 213. Sollte sich im fortgesetzten Verfahren ein Mitverschulden des Unternehmers am Wasserschaden zufolge Verletzung der Warnpflicht in dieser Richtung ergeben, könnte dieses Mitverschulden nicht größer als das des auftraggebenden Bauherrn angenommen werden); 4 Ob 558/81 aaO (FN 1) unsachgemäßer Schwimmbeckenzusammenbau; **1 Ob 732, 733/82** RZ 1984/15 (Ölaustritt zwischen Rohrleitung vom Öltank zum Gebäude zufolge unzureichendem Korrosionsschutz, da die im Leistungsverzeichnis vorgesehenen, von einem anderen selbständig verpflichteten Unternehmer auszuführenden Rohrkanäle aus Beton nicht errichtet worden waren. Der zufolge Warnpflichtverletzung später in Anspruch genommene Installateur hatte in seinem Anbot weder einen Korrosionsschutz der Ölleitungen noch die Verlegung in Betonkanälen aufgenommen und auch den Bescheid über die baubehördliche Baugenehmigung der Heizungsanlage nicht erhalten, in welchem Auflagen für eine Behälter- und Leitungsisolierung enthalten waren. Der Bescheid erging nur an den Bauherrn. Der OGH entschied, daß die Herstellung der Rohrkanäle nicht zum Fachbereich des bekl Installateurs gehörten, zufolge des Leistungsverzeichnisses weder in seinen Aufgaben und Verantwortungsbereich fielen noch eine Warnpflicht bestand, weil keine Anhaltspunkte dafür bestanden, daß der nicht in seinen Kompetenzbereich fallende Fehler erkannt hätte werden müssen, zumal keine Kontrollpflicht dahin bestand, nach Beendigung der Tätigkeit die Rohrkanäle vor Zuschüttung der Künette dahin zu prüfen, ob sie verzeichnisgemäß ausgeführt wurden. Der bekl Installateur hatte die Leitungen zwischen Tank und Gebäude in seinem Einreichplan in die Rohrkanäle eingezeichnet. Er durfte annehmen, daß sie vom beauftragten Baumeister errichtet werden).

[13] 2 Ob 170/71 SZ 45/75 = JBl 1973, 207 = ZVR 1973/153, 5 Ob 2/74 EvBl 1974/195, 1 Ob 522/79 SZ 52/15, 5 Ob 521, 522/79 aaO (FN 12), 7 Ob 596/81 aaO (FN 1)

[14] **5 Ob 662/80** (kl Eigenheimbauer hatten den bekl Installateur mit der Installation der Wasserleitung im Neubau beauftragt. Der bekl Installateur wohnte gegenüber den das Haus bauenden Kl. An der Baustelle war nur die Tafel eines Baumeisters angebracht. Die Kl bauten das Haus selbst. Der bekl Installateur hatte die Kl nicht aufgeklärt, daß die ohne Dehnungsbögen oder Dehnungsgefäße verlegten Kupferrohre nur in Sand gebettet und nicht einbetoniert werden dürfen. In der Folge kam es zu Wasserschäden, weshalb der Installateur auf Schadenersatz geklagt wurde. Da der Bekl die auf dem Boden verlegten kupfernen Warmwasserleitungen nicht selbst einbetonierte, hätte er die Kl über die erforderliche fachgerechte Sandbettung der Leitungen aufklären und vor den schädlichen Folgen der satten Einbetonierung warnen müssen. Die Warnpflicht besteht nicht nur bezüglich der Erbringung der Hauptleistung sondern auch bei jedem weiteren Verhalten, das mit der Durchführung des Vertragsverhältnisses in einem mehr oder minder engen Zusammenhang steht – 1 Ob 522/79 SZ 52/15. Die Aufklärungs- und Warnpflicht besteht selbst gegenüber einem sachkundigen oder sachkundig beratenen Besteller. Umsomehr war der Bekl gegenüber den den Bau nur mit einer Tafel eines Baumeisters errichtenden Kl zur Warnung verpflichtet, weil die Unsachgemäßheit, ja Gefährlichkeit der Einbetonierung von auf dem Boden verlegten kupfernen Warmwasserleitungen nicht ohne weiters erkennbar ist. Dem Unternehmer steht es allerdings frei, zu behaupten und zu beweisen, daß seine Aufklärungs- und Warnpflicht im einzelnen Fall deshalb nicht zum Tragen kommt, weil der Besteller nicht schutzbedürftig ist – 5 Ob 200/75 oder daß den sachkundigen oder sachkundig beratenen Besteller ein Mitverschulden an dem Schaden trifft – SZ 45/75, ua)

[15] *Iro* aaO (FN 3) 509 ff

[16] *Larcher* aaO (FN 2) 167 ff; *Hartmann*, ONORMEN, ihr Zustandekommen, ihre Rechtsnatur, ihre Anwendung im technischen Recht, in Korinek–Krejci, HdB Bau- u Wohnungsrecht V Mon–1

[17] *Krejci* aaO (FN 2) 608–612

[18] *Koziol – Welser*, Grundriß d bürgerl Rechts I[6] 155; zur systematischen Einordnung der Warnpflicht siehe *Iro* aaO (FN 3) 509 insb FN 34 u 35; als Nebenpflicht ordnet die Rechtsprechung die Warn- u Prüfpflicht idR ein, sofern es sich nicht um die Übernahme etwa der technischen und geschäftlichen Oberleitung der Bauausführung und örtlichen Bauaufsicht gem GOA durch Architekten handelt – so etwa 5 Ob 200/75 aaO (FN 12), 5 Ob 662/80 aaO (FN 14), 4 Ob 558/81 (FN 1) oder

1 Ob 603/84 (Warnpflicht des Fertigbetonlieferanten gegenüber sachkundigem Bauschaffenden, der durch seinen Polier die Zusätze und den Zementgehalt des zu liefernden Betones bestellte – Die Warnpflicht des Verkäufers besteht ebenso wie die Warnpflicht des Unternehmers nach § 1168a ABGB grundsätzlich auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Käufer. Wenn der Verkäufer vernünftiger Weise erwarten darf, daß dem Käufer die mit dem Gebrauch des Gutes verbundenen Gefahren auf Grund der nach Lage des Falles vorauszusetzenden Sachkunde bekannt sind, braucht er nicht zu warnen. Der bauaufsichtführende Polier ließ sich vom Mischmeister der Fertigbetonverkäuferin nicht eine bestimmte Betonsorte für das Bauwerk empfehlen. Der Polier ging vielmehr davon aus, daß hiefür entsprechend den von einem Zivilingenieur für Bauwesen ersteliten Polierplänen ein Beton „B 300" zu verwenden sei. Im Gespräch mit dem Mischmeister war es nur darum gegangen, welche zusätzliche Sicherheiten in bezug auf Wasserdichte man erreichen könne. Der Mischmeister empfahl Plastocrete. Der Rat war richtig, weil dadurch die Wasserdichtheit gesichert wird. Da allerdings die Beigabe von Plastocrete bei Verwendung von Beton 300 mit 300 kg Zement pro m³ schon bei geringen Abweichungen von der Idealherstellung für eine Wasserundurchlässigkeit nicht ausreicht, war zu prüfen, ob der Fertigbetonlieferant die bauschaffende Abnehmerin darüber aufzuklären hatte. Da der Polier bei den Bestellungen immer entschied, welche Eigenschaften der zu liefernde Beton in bezug auf seine Klasse und den Zementgehalt pro m³ und allfällige Zusätze haben müsse, und auch Beton mit einem Zementgehalt von 350 kg/m³ bestellte, dem Lieferant somit nicht bekannt sein konnte, für welchen Teil der zu errichtenden Anlage der jeweils in verschiedener Qualität bestellte Fertigbeton bestimmt war, bestand für den Lieferanten kein Anlaß zur Aufklärung des Abnehmers über bestimmte Eigenschaften einzelner Betonqualitäten, zumal sich der Abnehmer als ein für die Herstellung derartiger Anlagen spezialisiertes Unternehmen bezeichnete, einen Zivilingenieur für Bauwesen beigezogen hatte. Der Abnehmer hat es daher selbst zu vertreten, wenn er die Frage der richtigen Auswahl der jeweils notwendigen Betonqualität dem bauaufsichtführenden Polier überließ, der den Polierplänen nur die Angabe „B 300" entnehmen konnte und zunächst keine Kenntnis hatte, daß für die Wasserdichtheit nicht nur die Betonklasse, sondern auch der Zementgehalt entscheidend ist. Der Abnehmer konnte nicht erwarten, daß sein Polier über die damit zusammenhängenden Fragen (zu deren exakter Lösung hier sogar ein Universitätsprofessor im Gerichtsverfahren als Sachverständiger herangezogen wurde) durch den Mischmeister eines Fertigbetonwerkes eine alle Eventualitäten berücksichtigende Aufklärung erhalten werde.

[19] *Krejci* aaO (FN 2) 621

[20] Dazu *Krejci* KSchG und Bauvertragsrecht, in Krejci HdB KSchG, 671 (727 f) = ders in Korinek–Krejci, HdB Bau- u Wohnungsrecht V Mon–2; ders aaO (FN 2) 620; *Larcher* aaO (FN 2) 204 u 239

[21] *Krejci* aaO (FN 2) 620 rügt mit Recht, daß der Auftragnehmer nicht nur eine Haftungsbefreiung in Anspruch nehmen kann, sondern auch die Verwendung des bemängelten Materials ablehnen kann. *Iro* aaO (FN 3) 508 sieht daher besonders dann, wenn bei Durchführung des Werkes erkennbare Gefahren für absolut geschützte Güter Dritter entstehen können, eine Pflicht zur Verweigerung als gegeben an

[22] *Krejci* aaO (FN 2) 615; anders *Larcher* aaO (FN 2) 204; dazu weiters allgemein zum allfälligen Mitverschuldenseinwand *Iro* aaO (FN 3) 514 zur Vernachlässigung des Architektenversehens; vgl 2 Ob 580/79 = unten Entscheidungsteil 2.6; 5 Ob 690/83 = siehe unten Entscheidungsteil 2.10; 6 Ob 545, 546/81 aaO (FN 1);
5 Ob 607/83 (Grundsätzlich hat der Unternehmer das bestellte Werk in voller und ausschließlich eigener Verantwortung herzustellen; eine Überwachungspflicht des Bestellers besteht nur dann, wenn sie ausdrücklich oder schlüssig vereinbart wurde. Der Umstand, daß der Besteller einen Zivilingenieur mit der Planung, Ausschreibung und örtlichen Bauaufsicht bzw -überwachung betraut hat, rechtfertigt nicht die Annahme, der Besteller sei dem Werkunternehmer gegenüber verpflichtet durch den Gehilfen – Zivilingenieur –, eine fortlaufende Qualitätskontrolle der Werkleistungen vorzunehmen und auf diese Weise die Verantwortung oder doch Mitverantwortung für die gehörige Vertragserfüllung durch den Werkunternehmer bei der Herstellung eines vertragsmäßigen Werkes zu tragen. Es ist völlig abwegig, anzunehmen, daß der Besteller dem Werkunternehmer dafür verantwortlich – oder mitverantwortlich – sein soll, wenn der von ihm in seinem ausschließlichen Interesse zur Wahrung seiner Rechte – mit der Bauaufsicht und -überwachung betraute Zivilingenieur seine vertragliche Pflicht nicht oder mangelhaft erfüllt haben sollte. Der Fall einer – bei Heranziehung mehrerer Werkunternehmer zur Herstellung eines gemeinsamen Werkes – allenfalls bestehenden Koordinierungspflicht, bei deren Vernachlässigung es gegebenenfalls zu einem Verschulden oder Mitverschulden des mit dieser Pflicht belasteten Werkbesteller oder des von ihm beigestellten Zivilingenieurs als Erfüllungsgehilfen iS § 1313a ABGB an einem dann eingetretenen Sachen kommen kann, liegt hier nicht vor)

[23] Dazu *Krejci* aaO (FN 2) 622; zur Entlastung von auftragnehmerseitigen Erkundungspflicht

durch ÖNORM B 2110 Pkt 2.5 bzgl Einbauten: *Larcher* aaO (FN 2) 204; 3 Ob 628/81 aaO (FN 1); SZ 52/15

[24] 1 Ob 603/84 aaO (FN 18)

[25] 3 Ob 547/81 – Zahnprothesenvertrag

[26] Nach ständiger Rechtsprechung Lehre bedarf es gem § 1489 ABGB für den Beginn der kurzen Schadenersatzanspruchsverjährung nur der Kenntnis des Schadens, der Person des Ersatzpflichtigen und des Ursachenzusammenhanges (vgl krit *Koziol*, Österr Haftpflichtrecht I[2] 317 f). Die Erkundungspflicht darf jedoch nicht überspannt werden (8 Ob 13/84). Bei einem Mangelfolgeschaden hat dabei der OGH jüngst (5 Ob 574/84) den Verjährungsfristbeginn dann noch nicht als eingetreten angesehen, wenn die alleinige Ursache für die Mangelhaftigkeit des Bauwerkes und die Unbehebbarkeit des Mangels mit wirtschaftlich vertretbaren Mitteln mit jenem Grad an Sicherheit erst offenkundig wurde, als ein Sachverständigengutachten eines Universitätsprofessors zum Betonmangel ergab, daß die Betonqualität bei der Bodenplatte grenzwertig sei und die Feuchtigkeit verursache.

[27] § 928 ABGB sieht einen Gewährleistungsverlust bei Nichtwahrnahme notorischer, augenfällig erkennbarer Mängel vor (zB Geräuschpegel beim Wohnungskauf bzgl Heizanlage und Kieslärm von Autoparkplatz MietSlg 31.115 = ImmZ 1979, 187). Es besteht keine Untersuchungsobliegenheit auf nicht augenfällige Mängel (*Reischauer* in Rummel, ABGB Rdz 3 u 5 zu § 928), denn Augenfälligkeit bedarf nicht einmal einer Untersuchung.

[28] Vgl *Mell–Schwimann*, Grundriß des Baurechts, 351 f

[29] Vgl § 33 Abs 4 WFG 1968, § 44 Abs 4 WFG 1984, § 36 Abs 4 WSG, letzteres deutlich eingeschränkt; der Förderungsträger Land hat die Bauaufsicht zur Wahrung des Förderungszweckes auf die Dauer der Förderungsmaßnahme, also praktisch bis zum Ende des letzten Anspruches auf Subjektförderung und die Rückzahlung der letzten Objektförderung in Form eines Hypothekardarlehens, dem Erlöschen einer übernommenen Bürgschaft oder eines Annuitätenzuschusses.

[30] Vgl **6 Ob 782/80** [Ein Wohnungseigentumsbewerber, Liegenschaftsmiteigentümer hatte als Förderungswerber ein Wohnbauförderungsdarlehen anteilig für die Errichtung einer Wohnungseigentumsanlage erhalten. Der Bauträger und Wohnungseigentumsorganisator wurde insolvent. Nach den Förderungsdarlehensbedingungen war für die widmungsgemäße Darlehensverwendung vom Amt der Landesregierung ein Bauaufsichtsorgan auf Kosten des Landes bestellt, das für Verfügungen über das Bankkonto, von dem das Darlehen abgehoben war, mitzeichnungsbefugt war. Für die Vernachlässigung der Bauaufsicht machte der Wohnungseigentumsbewerber den Prüfingenieur für die aus der Insolvenz des Bauträgers erwachsenen Vermögensnachteile haftbar. Der OGH verneinte die Haftung des Prüforganes. Das die Wohnbauförderungsmittel verwaltende Land beauftragte das Prüforgan durch Vertrag im Rahmen der dem Land gesetzlich iS § 33 Abs 4 WFG 1968 obliegenden Aufsicht. Diese Tätigkeit bestand, was die Flüssigmachung und Verwendung der Förderungsmittel anlangt, in einer Kontrolle der Förderungswerber also auch in einer Kontrolle des nunmehrigen Klägers, im unverkennbaren Interesse des Landes als dem Vertragspartner der Förderungswerber. Die im öffentlichen Interesse auszuübende Kontrolle der widmungsgemäßen Verwendung (auch wenn sie die sparsame und zweckmäßige Verwendung des Förderungsdarlehens umfaßte) erfolgte nicht im Interesse der zu überwachenden Förderungswerber und bewirkte für diese bestenfalls faktische Wirkungen. Ein Rechtsanspruch auf Kontrolle der in seiner Sphäre gelegenen Entscheidung über den Einsatz der Förderungsmittel erwuchs dem Förderungswerber gegen das vom Land bestellte Bauaufsichtsorgan nicht. Die Kontrolle, mit der der Bekl vom Land beauftragt wurde, richtete sich gegen die Förderungswerber und lag nicht in deren privaten, sondern im öffentlichen Interesse. Der Kl macht geltend, daß die Tätigkeit des Bekl eine zu weit gehende Verfügung der Förderungswerber über das ihnen zugesicherte Darlehen ermöglicht hätte. In dieser Hinsicht oblagen dem Bekl aus dem Vertrag mit dem Land keine zu wahrenden Schutzpflichten gegenüber dem Kl. Die Verfügungsbefugnisse und Verfügungsmöglichkeiten der insolvent gewordenen Gesellschaft über die auf das Sonderkonto eingezahlten Beträge an Förderungsmittel beruhten ausschließlich auf den Vertragsbeziehungen zwischen der Kl und der Gesellschaft. Der Bekl hatte für diese Kontos als Mitzeichnungsberechtigter nur eine im Interesse des Landes auszuübende Sperrfunktion, aber keine im Interesse der Förderungswerber auszuübenden bestimmenden Aufgaben. Der Umstand, daß vertragsgemäß die Abrufbarkeit des Kaufpreises zu Lasten des Kl durch die Gesellschaft von der Feststellung des Baufortschrittes durch das im Falle der Teilfinanzierung im Rahmen der Wohnbauförderung bestellte Prüforgan abhängig war, bedeutet, daß die Fälligkeit von der fachlichen Begutachtung des Baufortschrittes durch eine dritte Person, hier durch das Prüforgan des Landes, abhängig sein sollte. Die Wohnungseigentumsvertragsteile machten sich damit einen Prüfvorgang, von dem sie voraussetzen konnten, daß er im öffentlichen Interesse nach strengen Grundsätzen vorgenommen werden würde, zur Regelung ihrer eigenen vertraglichen Verpflichtungen nicht anders zunutze, als etwa ein Privatversicherer, der in der Krankenversicherung Taggelder für jeden Tag zusagt, den auch der Sozialversicherungsträger als Krankenstand anerkennt. In all diesen Fällen können aber dem dritten Sachverständigen, auf dessen Leistungen Bezug genommen wird, weder unmittelbare Vertragspflichten noch Nebenpflichten einseitig aufgebürdet werden.] Unbeschadet dieser OGHE hat der Gesetzgeber des § 44 WFG 1984 in den EB (RV WFG 1984, 246 BlgNR 16. GP, 34) nur bemerkt, daß die Bestellung eines Aufsichtsorganes, das insbesondere auch die zweckentsprechende Verwendung der Baugelder kontrolliert, sich in der Praxis bewährt habe und daher weiter gesetzlich verankert werden solle. Die klare Zuordnung des Zweckes (der Kontrolle als im Interesse des Landes gelegen) bedeutet, daß die Prüfbefugnisse des Landes keine Entlastung des Geprüften in seiner Prüf- und Interessenwahrungslast gegenüber Dritten (Bauherrn usw) bringen. Das zu ÖNORM A 2060 Pkt 2.10.3.3 oben (1.2.4.2 und FN 22) Ausgeführte gilt hier sinngemäß. Wohl aber kann ein Haftungsanspruch des die Prüfungsbefugnis Vernachlässigenden gegenüber dem bestehen, zu dessen Gunsten die Prüfung auszuüben ist.

[31] Vgl zB Amtshaftungsanspruch der Sparer gegenüber der Aufsichtsbehörde (BMF) nach Insolvenz der Kreditunternehmung wegen Venachlässigung der Aufsichtspflicht (1 Ob 36/79 ÖZW 1980, 85 *[Frotz]* = JBl 1980, 539 *[Koziol]* = Bank-Archiv 1980, 258 *[Schinnerer]* – zu § 25 KWG zu l etwa *Fremuth* in Fremuth–Laurer–Pöltzelberger, KWG Rdz 2 zu § 25)

[32] Materialien zur III. TN (Staatsdruckerei 1916), 366

[33] *Thomas* in Palandt, BGB[43] Anm 2 lit b u 4 zu § 631

[34] *Soergel* in MünchKomm BGB Rdz 14–16 zu § 645 u 111 u 117 zu § 631; vgl *Iro* aaO (FN3) 509

[35] Materialien zur III. TN (aaO [FN 32]

[36] *Adler–Höller* in Klang[2] V 408; 4 Ob 549/79 (Skibindungseinstellung über Auftrag des Bestellers ohne Anwesenheit des Läufers), 4 Ob 558/81 aao (FN 1)

[37] aaO FN 32

[38] *Adler–Höller* aaO (FN 36); 2 Ob 102/79 unten 2.5; *Iro* aaO (FN 3) 509–514 insb FN 38 und weiters Herausarbeitung des Kriteriums der konkreten Beherrschbarkeit des Stoff- und Anweisungsrisikos durch den Werkunternehmer

[39] *Koziol*, Österr Haftpflichtrecht I[2] 332; 5 Ob 200/75 aaO (FN 12); 1 Ob 522/79 SZ 52/15; 5 Ob 662/80 aaO (FN 14); 4 Ob 558/81 aaO (FN 1); 6 Ob 545, 546/81 aaO (FN 1)

[40] 5 Ob 659/81 (Computerkauf durch Vollkaufmann; unbehebbarer Mangel der Leistungsfähigkeit bezogen auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses)

[41] *Brüggemann* in Staub Großkommentar HGB[4] 4. Lfg (1983) Rdn 1 f zu § 377 HGB; 3 Ob 540/79 SZ 53/63 = EvBl 1980/202 (Rügepflicht des Käufers mit Kaufmanneigenschaften wegen Roststellen bei Schließfachgarderoben für eine Schule gegenüber dem den Kaufpreis begehrenden Produzenten)

[42] *Koziol–Welser* aaO (FN 18) 207

[43] *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 69–72 zu § 377 HGB bzw Untersuchungsobliegenheit Rdn 124 f zu § 377 HGB

[43a] 1 Ob 569/81 aaO (FN 1), 7 Ob 646/82 aaO FN 44; weiters unten 1.5.1.1

[43b] *Iro* aaO (FN 3) 506 f

[44] **1 Ob 209/75** [Architekt stellt als Stoff seinen in sechs Monaten hochgezogenen Neubau dem Bodenverleger für die Lieferung und Verlegung von Blind-, Parkettböden, Klebeparketten und Spannteppiche bei; zufolge der zu hohen Baufeuchtigkeit kam es später zu Quellungen der Hölzer. Der Parkettbodenverleger hatte den Architekten, der Auftraggeber war, vor einer frühzeitigen Parkettbodenverlegung gewarnt. Er fand die hohe Baufeuchtigkeit für bedenklich. Der Architekt wollte sein Haus binnen 6 Monaten fertigstellen. Trotz der geäußerten Bedenken führte der Bodenverleger den Auftrag durch, ohne eine Haftungsbefreiung zu vereinbaren. Zur Warnpflichtverletzung, die im späteren Werklohnprozeß eingewandt wurde, führte der OGH aus: Offenbar ist ein Mangel, eine Anweisung dann, wenn er bei der auf Seite des Unternehmers vorauszusetzenden Fachkenntnis (§ 1299 ABGB) erkannt werden mußte. Darüber hinaus besondere, nicht übliche Prüfungen anzustellen und Untersuchungen vorzunehmen, ist der Unternehmer nicht verpflichtet; er hat aber die zu sachgemäßen Ausführung des Werkes notwendige Sorgfalt und Fachkenntnis zu prästieren. Die Mängel waren darauf zurückzuführen, daß im Haus eine konstant hohe Luftfeuchtigkeit herrscht, und zwar 86% statt 40% Normalwert. Mit ihrem Vorhandensein – so der Sachverständige – mußte der Verleger nicht rechnen. Nicht die Feuchtigkeit im Untergrund, sondern die allgemein hohe Raumfeuchtigkeit waren für die aufgetretenen Mängel ursächlich. Es ist dann unerheblich, ob der Untergrund zwischen Holzboden und Estrich mit einfacher Dachpappe oder mittels Bitumen verlegter Dachpappe isoliert wurde und ob der Unternehmer den Architekten auf die hohe Baufeuchtigkeit hingewiesen und die Anbringung einer aufwendigen Unterkonstruktion vorgeschlagen hatte bzw nach Akzeptierung der Vorschläge noch weitere Bedenken äußerte. Die beständig hohe Raumfeuchtigkeit mußte der Unternehmer auch bei Anwendung der von ihm zu fordernden Sachkunde nicht erkennen. Die Raumfeuchtigkeit ist für die aufgetretenen Schäden kausal. Da

sich die Warnpflicht nur auf solche Umstände erstrecken kann, die vom Unternehmer auf Grund seiner Sachkenntnis als den Werkerfolg allenfalls beeinträchtigend erkannt werden müssen, kommt der Frage, ob der Unternehmer auch gegenüber dem sachkundigen Besteller, dem Architekten warnpflichtig war, keine Bedeutung zu, weil sich die Warnpflicht nicht auf den mangelkausalen Umstand erstreckte. Abgesehen davon hat der Unternehmer den Architekt ohnehin vor der hohen Baufeuchtigkeit gewarnt, deren Fortdauer für ihn nicht erkennbar war.]; 1 Ob 583, 584/76 = Entscheidungsteil 2.1; 1 Ob 522/79 SZ 52/15; 1 Ob 579/80 = Entscheidungsteil 2.2; 8 Ob 504/81 aaO (FN 1); 7 Ob 596/81 ooaO (FN 1); 1 Ob 569/81 aaO (FN 1);

7 Ob 646/82 (Auftrag zur Errichtung einer Stützmauer zur Herstellung einer mit behördlichem Auftrag vorgeschriebenen Höhenlage. Das Werk kam nicht zur Ausführung, weil der zweite Miteigentümer die Mitfertigung des Bauansuchens nach bereits erfolgter Aufhebung des Bauverbotes verweigerte. In dem noch während des Bauverbotes gefaßten Bescheid des Magistrates waren jedoch zwei Varianten zur Verwirklichung des Bauauftrages bestimmt, von denen die eine mit dem Werkauftrag an den Baumeister verwirklicht werden sollte. Unter diesen Umständen brauchte der Unternehmer trotz des bestehenden Bauverbotes weder damit zu rechnen, daß nicht auch die Baubehörde die vom gleichen Magistrat angeordnete Maßnahme bewilligen werde, noch den Bauherrn davor zu warnen. Er wäre vielmehr verpflichtet gewesen, eine allenfalls notwendige Ausnahmebewilligung zu beantragen, die sich in der Folge durch die Aufhebung des Bauverbotes sogar erübrigte. Überdies hätte der Auftraggeber unter Beweis stellen müssen, daß der Baumeister entgegen der dargestellten Wahrscheinlichkeit mit einer Bewilligung der Baubehörde für die Durchführung der von einer anderen Magistratsabteilung angeordneten Maßnahme zur Straßenverbreiterung nicht hätte rechnen dürfen und daß deshalb ungeachtet des vorhandenen Bescheides vor dem Hindernis des Bauverbotes gewarnt werden mußte. Die Aufrechterhaltung des Flächenwidmungsplanes war auch nicht geradezu Geschäftsgrundlage des Werkvertrages gewesen, denn der Unternehmer wurde zwar darüber informiert, daß die Stützmauer ausschließlich zur Erfüllung des behördlichen Auftrages errichtet werden sollte. Das Motiv des Vertragspartners wäre nur dann eine Bedingung iS § 901 ABGB gewesen, wenn die Parteien es ausdrücklich oder wenigstens durch schlüssiges Einverständnis dazu erhoben hätten);

7 Ob 502/79 [Der Bauherr übertrug einem Baumeister die Baumeister- und sonstigen Arbeiten zur Errichtung eines Filmstudios mit Betriebsgebäude und Wohnung. Durch die schlechte Beschaffenheit erwuchsen zufolge einer schließlich erforderlichen Bodenauswechslung erhebliche Mehrkosten, was zu einer Überschreitung des Kostenvoranschlages führte. Wird – wie hier – einem Werkvertrag ein Kostenvoranschlag ohne Gewährleistung zugrunde gelegt und erweist sich dessen beträchtliche Überschreitung als unvermeidlich, so kann der Besteller unter angemessener Vergütung der vom Unternehmer bereits geleisteten Arbeiten vom Vertrag zurücktreten. Sobald sich eine solche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt, hat sie der Unternehmer dem Besteller unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch für die Mehrarbeiten verliert (§ 1170a Abs 2 ABGB). Dem Gesetz, das nur die Anzeige einer beträchtlichen Überschreitung des Voranschlages anordnet, kann jedoch nicht entnommen werden, daß der Unternehmer dem Besteller auch die Höhe des Überschreitungsbetrages bekanntgeben muß. Die genaue Bekanntgabe der Mehrkosten wird dem Unternehmer, wie besonders der vorliegende Fall zeigt, oft gar nicht möglich sein. Hier stellte sich nämlich erst bei Beginn der Aushubarbeiten Anfang Juli 1974 heraus, daß die Bodenverhältnisse an der Baustelle die denkbar schlechtesten waren, weshalb schließlich bis 4 m tief gegraben werden mußte, um einen halbwegs tragfähigen Boden zu erreichen. Auch die Hoffnung des Werkunternehmers, daß das Gelände im Nordteil der Baustelle besser sein werde, erfüllte sich schließlich nicht. Es mußte daher, um das Bauwerk errichten zu können, eine völlige Bodenauswechslung vorgenommen werden. Zu Beginn der Bauarbeiten war daher dem Unternehmer eine auch nur annähernde Bekanntgabe der mit den umfangreicheren Aushub- und Bodenauswechslungsarbeiten verbundenen Mehrkosten gar nicht möglich. In einem solchen Falle genügt es aber, wenn der Unternehmer dem Besteller bekanntgibt, daß eine beträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlages erforderlich sein werde (EvBl 1963/145; JBl 1975, 322; zuletzt 8 Ob 508/77). Hier wurde der Geschäftsführer des Bestellers, der sich wiederholt auf der Baustelle aufhielt und dort das Baugeschehen und auch die Schwierigkeiten bei den Aushubarbeiten wahrnehmen konnte, von dem Unternehmer darauf aufmerksam gemacht, daß die umfangreichere Aushubmenge mit erheblichen Mehrkosten gegenüber dem Voranschlag verbunden sein werde. Damit hat aber der Unternehmer, der zu Beginn der Bauarbeiten genaue Angaben über die Höhe der Mehrkosten noch nicht machen konnte, seiner Anzeigepflicht iS § 1170a Abs 2 ABGB entsprochen. Außerdem wurden die im Voranschlag nicht vorgesehenen Kosten für die zusätzlichen Erdaushubarbeiten und für die Bodenauswechslung deshalb erforderlich, weil der vom Besteller mit der Planung betraute Baumeister die Leistungsverzeichnisse recht oberflächlich und ohne vorherige Untersuchung der Bodenverhältnisse an der Baustelle verfaßt hatte. Wenn daher der Besteller nach Bekanntgabe der erforderlich gewordenen beträchtlichen Überschreitung des Kostenvoranschlages vom Werkvertrag nicht zurücktrat, sondern die Bauarbeiten fortführen ließ, hat sie damit die umfangreicheren Erdaushub- und Bodenauswechslungsarbeiten und die damit verbundenen Kosten konkludent genehmigt. Dem Unternehmer kann auch keine Verletzung seiner Warnpflicht nach § 1168a ABGB angelastet werden. Die Warnpflicht des Unternehmers greift dann Platz, wenn das Werk infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbarer 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 Klang^2 V, 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. Stellen sich aber bei den Arbeiten unbekannte Mängel des Baugrundes heraus, so muß der Unternehmer den Besteller von ihnen und ihren Folgen in Kenntnis setzen (Adler–Höller aaO). Unterläßt der Unternehmer eine solche Warnung, so muß er die zur Beseitigung des aufgetretenen Mangels (hier: schlechte Bodenbeschaffenheit an der Baustelle) erforderlichen Mehrkosten selbst tragen (Adler–Höller in Klang^2 V, 409). Eine derartige Warnung ist jedoch hier erfolgt, weil der Unternehmer den Geschäftsführer des Bauherrn von der schlechten Bodenbeschaffenheit an der Baustelle in Kenntnis gesetzt und auf die dadurch bedingte beträchtliche Überschreitung des Kostenvoranschlages hingewiesen hat. Dem Unternehmer hätte die offenbare Unrichtigkeit der vom bestellerseitig beauftragten Baumeister in das Leistungsverzeichnis aufgenommenen Erdaushubmengen nicht auffallen müssen, weil die Mehrkosten nicht durch einen Fehler in der Berechnung der Aushubkubaturen, sondern durch die schlechten Bodenverhältnisse an der Baustelle verursacht worden sind. Darüber hinaus konnte der Unternehmer darauf vertrauen, daß der vom Bauherrn mit der Planung betraute Baumeister die im Leistungsverzeichnis angeführten Kubaturen richtig errechnet hatte.]; 5 Ob 510/83 = Entscheidungsteil 2.8;

3 Ob 511/80 [Wasserschaden nach Rohrgebrechen im Ortswassernetz, wodurch die gesamte Zuleitung zum Haus des Werkbestellers fallweise druckios war. Gerade damals funktionierte das vom Unternehmer seinerzeit eingebaute Rückstromventil des Wasserspeichers nicht, weil infolge einer Verunreinigung des Wassers der Ventilkegel verklemmt war, sodaß Warmwasser in die Kaltwasserleitung gelangte und zu einer Schrumpfung des vom Unternehmer mit Iso-Verbindung angeschlossenen Kunststoffrohres führte, die Iso-Verbindung wurde herausgezogen. Der Unternehmer hatte das Rückstromventil sachgemäß eingebaut, die Anlage in funktionsfähigem Zustand übergeben, für die jährliche Ventilkontrolle war der Haus- bzw Anlageeigentümer verantwortlich. Dem bei der Anlageerrichtung kein Fehler anzulastenden Unternehmer belangte der Besteller wegen des Wasserschadens auf Schadenersatz. Der OGH verneinte den Anspruch. Der Unternehmer hat nicht nur für die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Hauptleistung einzustehen. Mit jedem Vertrag sind auch ohne besondere Vereinbarung vertragliche Nebenpflichten, insbesondere in der Richtung verbunden, den Partner nicht durch die Erfüllungshandlungen in seinen geschützten Rechtsgütern zu schädigen. § 1168a Satz 3 ABGB bringt diese allgemeine Schutz- und Sorgfaltspflicht in der speziell auf den Werkvertrag zugeschnittenen Warnpflicht zum Ausdruck. Allerdings hat der Unternehmer nach dieser Bestimmung nur vor einer „offenbaren" Untauglichkeit des vom Besteller beigestellten Stoffes oder offenbar unrichtigen Anweisungen des Bestellers zu warnen (Ehrenzweig II/1, 519, Gschnitzer, Schuldrecht Besonderer Teil, 94 ua). Dabei ist unter Stoff alles zu verstehen, aus dem oder mit dessen Hilfe das Werk hergestellt wird, insbesondere auch das Gebäude, an dem oder in dem die aufgetragenen Arbeiten des Unternehmers zu verrichten sind (vgl Adler–Höller in Klang^2 V, 408, SZ 37/163, 45/75, EvBl 1971/308 ua). Offenbar ist ein Mangel des Stoffes bzw der Anweisung nicht nur, wenn die Unrichtigkeit in die Augen fällt und jedermann sogleich erkennbar ist, sondern auch dann, wenn der Mangel bei der auf Seite des Bestellers vorauszusetzenden Sachkenntnis (§ 1299 ABGB) bei sachgemäßer Ausführung der Arbeit erkannt werden muß (Adler–Höller aaO). Ein Handwerker haftet für jene Kenntnisse und den Fleiß, den seine Fachgenossen gewöhnlich haben. Darüber hinausgehende Überlegungen oder Prüfungen und Untersuchungen anzustellen, ist der Unternehmer nicht verpflichtet (vgl Adler–Hölle, aaO, Koziol, Haftpflichtrecht I, 101 f, SZ 48/42, JBl 1966, 562 ua). Unter Zugrundelegung dieses Beurteilungsmaßstabes kann aber im Nichterkennen einer trotz ordnungsgemäßer Ausführung der Arbeiten zwar bestehenden, aber derart minimalen Gefahr eines Schadensfalles von 1 : 999, also eines so geringen Schadensrisikos, daß es praktisch vernachlässigt werden kann, ein haftungsbegründendes Verschulden am eingetretenen Schaden nicht erblickt werden. Das Alter und der Zustand des Hauses waren nach den Feststellungen keine schadenserhöhenden Faktoren, weshalb sie bei der Beurteilung der Warnpflicht auch keine Rolle spielen können. Auch daß es sich bei der Bestellerin um eine hochbetagte und technisch überhaupt nicht ver-

sierte Frau handelte, ist für die Frage der Erkennbarkeit des festgestellten minimalen Schadensrisikos durch den Unternehmer ohne rechtliche Bedeutung. Ihm ist daher keine Verletzung der Warnpflicht oder sonstiger vertraglicher Pflichten anzulasten, sodaß er auch für den eingetretenen Schaden nicht einzustehen hat];

1 Ob 762/80 [Ein Architekt übertrug die Planung und Bauleitung einem Baumeister und den Einbau einer Warmluftheizung an den Installationsunternehmer. Dieser empfahl dem Architekten zunächst eine Warmwasserzentralheizung. Die von einer Firma N gelieferten Warmluftöfen, nach dem technischen Konzept des Installateurs eingebaut, sind Stoff iS § 1168a ABGB. Unter Stoff ist alles zu verstehen, aus dem oder mit dem das Werk herzustellen ist. Die Warnpflicht des Unternehmers nach § 1168a ABGB besteht grundsätzlich auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller. Dies gilt um so mehr, wenn ihm als Architekt die erforderlichen besonderen Kenntnisse über die Funktionstauglichkeit einer bestimmten Heizanlage fehlen. Zwar hat der fachkundige Besteller bei Verletzung der Warnpflicht durch den Unternehmer ein Mitverschulden zu vertreten (SZ 45/75 ua), hier bestehen aber keine Anhaltspunkte dafür. Das Einstehenmüssen des Unternehmers für Verletzungen seiner Warnpflicht ist unabhängig davon, ob der Erzeuger des Stoffes seinerseits für die Arbeiten des Unternehmers die volle Garantie übernahm, zumal nicht feststeht, daß der Unternehmer nur für durch seine Arbeit verursachte Mängel einzustehen habe. Die Heizungsanlagen in den einzelnen Ferienhäusern wurden vom Hersteller und Installationsunternehmer gemeinsam hergestellt. Der Hersteller lieferte die Öfen und erstattete das Grundkonzept, der Unternehmer stellte die Luftkanäle, die Ölleitung, den Einbau und den Anschluß der einzelnen Heizöfen her. Bei gemeinsamer Herstellung des Werkes trifft jeden Unternehmer die Pflicht, alles zu vermeiden, was das Gelingen des Werkes vereiteln könnte (8 Ob 516/79 = Entscheidungsteil 2.11; 8 Ob 262/75 ua). Für die unbrauchbare Heizungsanlage hat der Installationsunternehmer wegen Verletzung der Warnpflicht iS § 1168a ABGB den Werklohnanspruch verloren, weil er die Nachteile der übernommenen Warmluftheizung kannte und es wegen Funktionsstörungen und negativer Eigenschaften zu Schadenersatzansprüchen gegen den Architekten gekommen war. Dabei waren die vom Unternehmer-Installateur selbst durchgeführten Arbeiten nach Verbesserung kleiner Mängel ordnungsgemäß.]

[45] *Iro* aaO (FN 3), 506

[46] **5 Ob 592/81** [Für die Herstellung eines Bauwerkes war eine Menge von 55.000 kg Rippentorstahl erforderlich. Dies war dem Bauherrn, dem das Wissen seines mit der Herstellung der Pläne und Leistungsverzeichnisse für die Ausschreibung der Bauarbeiten und mit der Bauleitung beauftragten und bevollmächtigten Architekten zuzurechnen ist – bereits im Zeitpunkt der Einladung des Bauunternehmens, das nunmehr seinen Werklohn begehrt, zur Anbotstellung (Anbotsausschreibung) bekannt. Das war dem Bauunternehmer (und ebenso den übrigen 8 Offerenten) zur Zeit der Überreichung seines Anbots an den Bauherrn jedoch ebenso wie zur Zeit des Vertragsabschlusses der Vertragsteile unbekannt, weshalb der Bauunternehmer seinem Anbot die vom Bauherrn im detaillierten Leistungsverzeichnis zur Anbotsausschreibung unrichtig mit 5.000 kg angegebene Stahlmenge zugrunde gelegt und für die Lieferung, das Biegen, das Schneiden und das Einbiegen des Materiales laut Biegeplan und Eisenliste pro kg 12 S (5 S Arbeit, 7 S Material) veranschlagte. Der Bauunternehmer kalkulierte so den Gesamtpreis für diese Werkleistung mit 60.000 S. Der Bauunternehmer ist durch den Bauherrn über die erforderliche Menge an Rippentorstahl in Irrtum geführt worden. Wohl war der Bauunternehmer nach dem Vertrag mit dem Bauherrn verpflichtet, die Richtigkeit der Angaben in dem vom Bauherrn zur Verfügung gestellten Leistungsverzeichnis zu überprüfen, doch es steht fest, daß der Bauunternehmer dem vom Bauherrn durch die unrichtige Mengenangabe veranlaßten Irrtum bei der Anbotstellung unterlag; es ist für die Beachtlichkeit des Irrtums des Bauunternehmers bei der Anbotstellung über die objektiv erforderliche Menge an Rippentorstahl bedeutungslos, ob den Bauunternehmer daran ein Verschulden trifft, denn schadenersatzrechtliche Konsequenzen wurden daraus nicht gezogen und sind nicht ersichtlich. Dagegen muß dem Bauherrn vorgeworfen werden, daß ihm der Geschäftsirrtum des Bauunternehmers (über die Menge des für die vereinbarte Bauführung notwendigen Rippentorstahls), den der Bauherr durch seine irrtümliche Erklärung in dem Leistungsverzeichnis veranlaßte (§ 871 1. Fall ABGB), hätte auffallen müssen (§ 871 2. Fall ABGB), denn der Bauherr war verpflichtet, das Anbot des Bauunternehmers zu überprüfen. Dabei wäre dem Bauherrn aufgefallen, daß der Bauunternehmer seinem Anbot die ihm unrichtig angegebene Menge an Rippentorstahl zugrunde gelegt hat. Da die Parteien ihrem Werkvertrag eine detaillierte Kalkulationsgrundlage gaben, begehrt der Bauunternehmer mit Recht die Anpassung des vereinbarten Preises nach Maßgabe der vereinbarten Berechnungsgrundlage entsprechend der zur Herstellung des Bauwerkes objektiv notwendigen und auch vom tatsächlichen Willen des Bauherrn erfaßten und vom Bauunternehmer in das Bauwerk eingebrachten Menge an Rippentorstahl. Ist die Gesamtmenge an Rippentorstahl, die für die Herstellung des Bauwerks durch den Bauunternehmer notwendig war, von vornherein dem Bauunternehmer als Besteller bekannt gewesen, muß der hypothetische Wille der Vertragsparteien angenommen werden, daß sie auch ohne den Irrtum des Bauunternehmers den Werkvertrag, wenngleich mit dem für die richtige Menge an Rippentorstahl berechneten Preis, geschlossen hätten. Für den Fall darf der irrende Bauunternehmer seinen Geschäftsirrtum als einen unwesentlichen ansehen und Vertragsanpassung nach der Anordnung des § 872 ABGB verlangen. Die Regel des § 1170a ABGB bezüglich der Verwirkung des Anspruches für Mehrleistung bei beträchtlicher Überschreitung eines ohne Gewähr gegebenen Kostenvoranschlages ist nicht heranziehbar.]

[47] Vgl SZ 33/139 u JBl 1978, 208, wonach eine vertragliche Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit nicht schon auf die im Zeitraum vertraglicher Vorverhandlungen beziehbar ist; 2 Ob 102/79 – Entscheidungsteil 2.5 (Unterlassen der Warnung vor unzureichender Art der Zuschüttung im ausgeschriebenen Projekt)

[48] 5 Ob 2/74 EvBl 1974/195, 3 Ob 120/75; 1 Ob 522/79 SZ/15; nach dieser Rechtsprechung besteht die Warnpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber auch dann, wenn sich erst im Zuge der Arbeit herausstellt, daß ein zunächst unbekannter Fehler tatsächlich vorliegt. Der Unternehmer muß alle Maßnahmen treffen, um den Fehler unwirksam zu machen oder, wenn dies besondere Kosten verursacht oder nicht aussichtsreich ist, den Besteller von dem Fehler und dessen Folgen in Kenntnis setzen. Dem Besteller bleibt es überlassen, von der Ausführung des Werkes abzusehen [so besonders 3 Ob 120/75 u 3 Ob 645/78 (zweiter Rechtsgang mit Feststellung der erhobenen, aber mißachteten Warnung) nachträglich zu errichtender Sickerschacht zufolge höher liegenden Grundwasserspiegels; Adler–Höller in Klang[2] V 408]; diese Warnpflicht mit Angabe der möglichen Kostenüberschreitung und Vorschlägen für die Mängelbehebung erfordert dieselbe Untersuchungspflicht wie die Warnpflicht bei Auftragsübernahme. Siehe auch 2 Ob 102/79 aaO (FN 48) zur unterlassenen Warnung vor erforderlicher Kostenüberschreitung zufolge zu geringer Art der Zuschüttung im ausgeschriebenen Projekt.

[49] 5 Ob 2/74 EvBl 1974/195; 3 Ob 120/75; 1 Ob 522/79 SZ 52/15;

5 Ob 759/78 (Nach der ursprünglichen Planung lag das künftige Fußbodenniveau des an Stelle eines abgerissenen Altbaues zu errichtenden Neubaues nur um 50 cm über jenem des Altbaues und noch immer 69 cm unter dem Niveau der alten Landstraße. Der Höhenunterschied wäre durch die Errichtung von drei Stufen oder eines entsprechenden Aufganges zu überwinden gewesen und das Eindringen von Hangwasser hätte durch die Errichtung einer Begrenzungsmauer zur Straße verhindert werden können. Diese Möglichkeiten waren in den Plänen des Baumeisters nicht ersichtlich gemacht worden und der vom Baumeister beigezogene Planer hat den Bauherrn darauf hingewiesen. Anläßlich einer späteren Baustellenbesichtigung verlangte der Bauherr, das Neubauniveau so zu erhöhen, daß der Fußboden über dem Niveau der alten Landstraße liege. Der. Bauherr nahm in Kauf, daß es dadurch zu gewissen Mehrkosten kommen werde. Der OGH beurteilte diesen Sachverhalt dahin, daß auf den Einwand des Bauherrn gegen die Werklohnforderung, daß die Mehrkosten der Umplanung – Höherziehung – durch eine Fehlplanung verursacht worden seien, der Bauunternehmer seine Warnpflicht nicht genügend erfüllt habe, nicht einzugehen gewesen sei. Denn das für den Mehraufwand in Rechnung gestellte Entgelt ist angemessen. Über die Entgeltlichkeit der Mehrarbeiten erzielten die Streitteile Einigkeit. Der Bauherr kann die Bezahlung der vertraglich übernommenen Mehrkosten nicht mit der Begründung verweigern, sie seien durch ein schutzwidriges Verhalten des Baumeisters veranlaßt worden, das dem Bauherrn schon zur Zeit der vertraglichen Übernahme der Tragung der Mehrkosten bekannt war.)

[50] Zur Warnpflicht bei Anschluß- und Verbesserungsarbeiten: SZ 36/41, 37/163; 6 Ob 545, 546/81 aaO (FN 1) – hier hätte nach dem Sachverhalt die die Dachdeckerarbeiten ausführende Zimmerei den Bauherrn darauf hinweisen müssen, daß der Baumeister im Plan nur die Verankerung der Mauerpfetten nicht auch der Stichsparren vorsah;

5 Ob 712/79 (Einen Gasthauszubau errichtete ein Baumeister. Von der ursprünglich in Aussicht genommenen Aufstockung des Zubaues wurde Abstand genommen und schließlich eine Blechabdeckung vorgesehen, für den der Baumeister bei der Hohlkörperdecke einen Betonvorsprung errichtete. Er wies den Bauherrn aber nicht darauf hin, daß vor einer Blechdeckung ein Gefällsbeton oder ein schräger Lattenrost angebracht werden müsse. Der Bauherr beauftragte den Spengler. Nach Rücksprache mit dem Baumeister sagte der Spengler dem Bauherrn nicht, daß ein Gefällsbeton oder ein schräger Lattenrost erforderlich sei, sondern riet, eine dreifache Teerpappe privat aufbringen zu lassen. Der OGH führte aus, daß der Spengler die erste Blechabdeckung auf der hiefür offenbar noch nicht in geeigneter Weise vorbereiteten Decke angebracht hat, ohne den Bauherrn vor der Möglichkeit des Mißlingens des Werkes zu warnen. Die Untauglichkeit der Vorbereitung der Decke hätte der Spengler bei den ihm zumutbaren Fachkenntnissen und bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit wahrnehmen müssen, weil der Spengler dem Bauherrn erklärte, daß er bei ebenem Dachabschluß für eine Wasserdichtheit des Blechdaches nicht einstehen könne. Selbst wenn die Mangelhaftigkeit der ersten Blechabdekkung in den Verantwortungsbereich des Vorunternehmers, des Baumeisters, gefallen sein sollte, so hat für die dadurch bedingte Mangelhaftigkeit seines Werkes der Spengler einzu-

stehen. Die Rechtsfolgen des § 1168a Satz 3 ABGB treten auch dann ein, wenn der Unternehmer den Besteller nicht vor einem Mangel der Vorarbeiten gewarnt hat – SZ 37/163; EvBl 1971/308; JBl 1973, 151. Unterläßt der Unternehmer schuldhaft die gebotene Warnung des Bestellers, dann hat er nicht nur dem Besteller den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, sondern verliert überdies auch seinen Anspruch auf Werklohn – SZ 45/75; 5 Ob 586/79. Verbessert aber der Unternehmer in einem solchen Fall sein mangelhaftes Werk über Verlangen des Bestellers, dann kann er auch nach den Grundsätzen der Gewährleistung – Adler–Höller in Klang[2] V 411 – den für das mängelfreie Werk vereinbarten oder angemessenen Werklohn iS § 1152 ABGB, nicht aber die Kosten der Mängelbehebung begehren.)

[51] **7 Ob 3/66** (Der Zimmermeister ist für eine ordnungsgemäße Verankerung des Daches verantwortlich – so auch EvBl 1971/308 und 1 Ob 621/78. Wenn er die Verankerung dem Bauherrn überließ, war er verpflichtet, die Ausführung zu überwachen und sich zu überzeugen, daß sie sofort unmittelbar nach Errichtung des Dachstuhles technisch einwandfrei durchgeführt wird, ohne darauf zu warten, vom Baumeister von der Beendigung der Maurerarbeiten verständigt zu werden.)

1 Ob 621/78 (Der Bauherr wollte ein Haus in „Eigenregie" ohne Zuhilfenahme des Personals des Bauunternehmers, der sich verpflichtet hatte, dafür Sorge zu tragen, daß die Bauführung den Regeln der Baukunst entsprechend erfolge, den Bauherrn zu beraten und ihn auf Mißstände, die dieser zu beheben hatte, aufmerksam zu machen. Der Bauherr verpflichtete sich, vor Fertigstellung jeder Art von Decken die Abnahme durch den Bauführer zu verlangen. Für die Bauleitung und Beistellung der Tafel erhielt der Bauführer als Baumeister 2000 S und wurde in der Folge auf 87.415,20 S zusammen mit dem Zimmermeister nach Abheben des Daches durch eine Sturmböe geklagt. Nach dem 1971 geltenden Baugewerbegesetz hätte der Zimmermeister seine Tätigkeit entweder unter der einheitlichen Tätigkeit des Bauführers oder in selbständiger Verantwortlichkeit so auszuüben gehabt, daß er sich vor der Errichtung des Dachstuhles davon überzeugt, daß die erforderlichen Voraussetzungen gegeben waren. Dazu war der Zimmermeister zufolge des äußeren Scheines – mangelnde Löcher in der Obergeschoßdecke und Fehlen der der Verankerung der Aufmauerung dienenden Eisen – verpflichtet. Der Zimmermeister kann sich nicht darauf berufen, daß das Versetzen der Ankerschrauben üblicherweise durch den Baumeister geschieht, wenn er weiß, daß der Bauherr diese Arbeiten selbst macht. Er hatte den Bauherrn Weisungen erteilt und unrichtige Informationen – 30-cm- statt 90-cm-Ankerschrauben – gegeben. Vom Zimmermeister wird überdies ganz allgemein verlangt, daß er das Fehlen der notwendigen Verankerung des Dachstuhles erkennt, sodaß er das Fehlen der Voraussetzungen als Verschulden zu verantworten hat. Ist weder aus dem Bauplan noch von außen erkennbar, wie die Aufmauerung verankert ist, werden üblicherweise Rücksprachen mit Bauführer oder Bauherrn gepflegt. Üblicherweise gibt der Zimmermeister dem Baumeister die Wünsche für die Verankerung bekannt und liefert die Ankerschrauben. Die Lage war hier für den Zimmermeister zumindest unklar. Er hätte mit dem Baumeister Kontakt nehmen müssen bzw den die Arbeiten selbst durchführenden Bauherrn entsprechend zu informieren oder zu verlangen gehabt, daß er einen Fachmann beizieht. Der Zimmermeister hätte auf die wahrgenommenen Mängel oder Zweifel Bedacht nehmen und den Bauherrn warnen müssen. Die Warnpflicht besteht auch gegenüber einem sachverständig beratenen Besteller. Ein eventuelles Eigenverschulden des Bauführers entband den Zimmermeister nicht von der Einhaltung der ihm obliegenden Verbindlichkeiten. Den Bauherrn trifft jedoch gegenüber den hier belangten Zimmermeister ein Mitverschulden von 1/5. Der Zimmermeister stand als Sachverständiger dem Bauherrn als Laien gegenüber und begnügte sich doch damit, nur mit dem Bauherrn, nicht mit dem Bauführer als Sachverständigen zu sprechen. Dies hätte vor allem der Zimmermeister verlangen müssen, sodaß der Bauherr aus der mangelnden Koordination kein ins Gewicht fallendes Mitverschulden zu vertreten hat. Zum Verschuldensanteil des Baumeisters kam es zu noch keiner endgültigen Beurteilung, doch wurde ausgeführt, daß er nicht die gesamten Aufgaben eines Baumeisters übernommen hatte, sondern nur einen Teil dieser und dafür nur einen Pauschalbetrag von 2.000 S erhielt, sodaß dem Bauherrn klar sein mußte, daß er ein erhebliches Maß an Eigenverantwortung zu tragen hatte und daher den Baumeister um konkrete Beratung zu ersuchen und in kritischen Phasen der Bauführung beizuziehen hatte. Dennoch war der Baumeister verpflichtet, den Bauherrn auf festgestellte Mißstände aufmerksam zu machen und auch über demnächst zu erwartende kritische Phasen der Bauführung zu beraten. Ob dieser letzte Fall hier eingetreten war, war noch ergänzend zu klären.)

[52] *Iro* aaO (FN 3) 507

[53] *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 81 ff

[54] 1 Ob 579/80 = Entscheidungsteil 2.2; 5 Ob 581/80 = Entscheidungsteil 2.7; 8 Ob 504/81 aaO (FN 1); 1 Ob 732, 733/82 RZ 1984/15;

[55] 3 Ob 540/79 SZ 53/63 = EvBl 1980/22 vgl FN 41; 7 Ob 612/83 EvBl 1984/41
5 Ob 552, 553/81 (zu § 928 ABGB betreffend Mängelwahrnahme des Bauherrn: Physische Fehler körperlicher Sachen fallen iS § 928 ABGB in die Augen, wenn sie bei Anwendung des Fleißes und der Aufmerksamkeit, die im Rahmen der gewöhnlichen Fähigkeit liegen (§ 1297 ABGB), im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses oder durch eine dem Geschäftsabschluß üblicherweise vorangehende Besichtigung wahrgenommen werden können. Mängel, die nur ein Sachverständiger erkennen kann, sind nicht augenfällig; doch genügt es, wenn die äußere Beschaffenheit auf innere Mängel schließen läßt, auch wenn deren Tragweise dahinsteht – vgl *Reischauer* in Rummel, ABGB Rdz 1–3. Beim Werkvertrag ist für die Beurteilung, ob die Mängel in die Augen fallen, nicht der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern jener der Ablieferung des Werkes maßgebend, da in ersterem das Werk noch nicht vorhanden ist. Der Besteller kann sich aber bei Übernahme des Werkes seine Ansprüche wegen solcher Mängel vorbehalten; im Streitfall war es zur Vollendung des Werkes nicht gekommen.)

[56] Vgl oben 1.2.4 und FN 13

[57] Vgl zu § 377 HGB 3 Ob 540/79 SZ 53/63 = EvBl 1980/202; 3 Ob 515/81; 3 Ob 542/82 RZ 1983/22

[58] 1 Ob 732, 733/82 RZ 1984/15

[59] *Iro* aaO (FN 3) 510 ff; siehe auch FN 36

[60] oben 1.2.4.2 und FN 22

[61] So hat der Bauführer nach den BauO dafür zu sorgen, daß die Bauarbeiten Gefährdungen vermeiden. Im Baubewilligungsbescheid wird dem Bauherrn oder Bauführer auferlegt, für die Sicherheit vorzusorgen, etwa für die Schadensfreiheit von Nachbarobjekten (1 Ob 26/74 Der Sachverständige, 1979, 24). Er hat auch mit dem Vorhandensein von gelegten Kabeln zu rechnen und entsprechend den Regeln im Baugewerbe vor Durchführung von Erdarbeiten Auskünfte über die Lage allfälliger Kabel einzuholen, insbesondere über die Trassenführung und Tiefe, in der die Kabeln verlaufen. Der Bauführer ist bei Beschädigungen den Kabeleignern ersatz- bzw ausgleichspflichtig (§§ 1311, 1295, 364a u 364b ABGB). Die dem Bauführer oder einem von ihm beauftragten örtlichen Bauleiter übertragene Verpflichtung zur Einholung von Auskünften bewirkt, daß sich andere beim Bau eingesetzte Unternehmen und deren Mitarbeiter auf die Auskünfte des Bauführers verlassen dürfen, sofern keine Anhaltspunkte vorhanden sind oder sich ergeben, daß die erteilte Auskunft unrichtig oder unvollständig ist. Grundsätzlich sind die anderen Bauunternehmer nicht verpflichtet, selbständige Erhebungen anzustellen **(1 Ob 628/77)**; vgl 1 Ob 522/79 SZ 52/15 – stellt sich die Weisung des Einbauteneigentümers und -auftraggebers als unrichtig heraus, so gilt die Prüf- und Warnpflicht. Hat hingegen Auftraggeber den Stoff beigestellt oder nach Erprobung für die Werkherstellung verlangt, besteht keine besondere Prüfpflicht, wenn der Besteller den Stoff für die Werktauglichkeit selbst fachmännisch prüfte (vgl Säuglingspflegegerät 5 Ob 521, 522/79 aaO (FN 12); ungeeignete Gebäudekonstruktion für Dachhaut – 7 Ob 596/81 aaO (FN 1). Wohl aber muß der Unternehmer prüfen und warnen, wenn seine veralteten technischen Einrichtungen zum Verlust des beigestellten Stoffes führen können (vgl SZ 43/120). Zum Zusammenwirken von Bauunternehmern und den daraus sich ergebenden Warnpflichten, woraus sich eine Prüfpflicht ergeben kann, siehe unten 1.5.1.1

[62] Siehe oben 1.3.2 und FN 41 u 43

[63] 3 Ob 540/79 aaO (FN 41); *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 70

[64] Siehe oben 1.2.2 und FN 5 u 5

[65] *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 14–23

[66] *Brüggemann*, in Staub Großkommentar HGB[4] 4. Lieferung (1983), Rdn 1 ff zu § 378 HGB
3 Ob 515/81 (Ein Bauunternehmer hatte Lichtkassetten samt der dazugehörigen Bestükkung an Leuchtstofflampen bzw -röhren bestellt. Der Verkäufer lieferte laut der Auftragsbestätigung diese Ware. Die am Bestellschein und der Auftragsbestätigung angegebenen Dimensionen der Ware waren ident. Sie war nicht vom Verkäufer hergestellt. Die Bestellung war laut Prospekt erfolgt. Die Ware war originalverpackt mit angeführter Typenbezeichnung und Dimensionsangabe. Zufolge Bauverzögerung lagerte der Bauunternehmer die gelieferte Ware zunächst ungeprüft in einer Garage und leistete in Unkenntnis der Mängel und Lieferunstimmigkeit (andere Typen und daher falsche Maße in Relation zur darunter gehängten Rasterdecke) Teilzahlung und sagte die Restzahlung zu. Der Bauherr bestand auf dem Austausch der nicht passenden Kassetten und Lampen. Die Untersuchung bzw Prüfung erfolgte erst aus Anlaß des Auspackens unmittelbar vor der Montage, etwa 7–8 Monate nach der Ablieferung. Zufolge der Rechtsfolgen gem den §§ 377 f HGB wandte der vom Verkäufer auf die Restzahlung geklagte Bauunternehmer ein, daß die gelieferte Dimension nicht entsprochen habe. Es sei eine gänzlich andere als die bestellte Ware geliefert worden. Die rechtzeitige Rüge sei nach dem Auspacken aus Anlaß der Montage und der dabei erfolgten Prüfung sofort erfolgt. Die Rechtzeitigkeit liege vor, weil die kl Lieferanten arglistig in den Rechnungen die bestellten und nicht die gelieferten Maße angeführt habe. Die Verpackung habe vorgetäuscht, daß die richtige Ware geliefert worden sei. Da die Ware zur Baustelle gebracht habe werden müssen, sei eine frühere Prüfung unzumutbar gewesen. Der OGH meinte zu diesen Einreden des bekl Bauunternehmers:

Wenn der Kauf ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist, trifft den Käufer gem § 378 HGB auch dann die Untersuchungs- und Rügepflicht nach § 377 Abs 1 HGB, wenn es sich nicht nur um eine Schlechtlieferung, nämlich die Lieferung einer mit einem Mangel behafteten Ware, sondern um eine Falschlieferung, nämlich die Lieferung einer an sich mängelfreien, aber nicht der Bestellung entsprechenden falschen Ware handelt. Nur dann, wenn die gelieferte Ware von der bestellten Ware so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten muß, finden gemäß § 378 (zweiter Halbsatz) HGB die Vorschriften des § 377 HGB keine Anwendung. Genehmigungsunfähig in diesem Sinne ist nach herrschender Auffassung eine gelieferte Ware nur, wenn sie mit der bestellten Ware gar nichts gemein hat und offensichtlich für den Zweck des Käufers ohne Bedeutung, d. h. untauglich, ist. Die Verschiedenheit der bestellten von der gelieferten Ware muß nach ihrer Beschaffenheit so erheblich sein, daß nach vernünftiger Auffassung ein Kaufmann mit dieser Ware einen Versuch, den Vertrag zu erfüllen, nicht machen würde, und vom Käufer ein Behalten der Ware als Vertragserfüllung nicht erwartet werden kann (HS 1796 oder HS 5355 und dort zitiertes Schrifttum). Bei den im vorliegenden Fall festgestellten verhältnismäßig geringen Maßdifferenzen ist im Sinne dieser Ausführungen eine erhebliche Abweichung gemäß § 378 HGB nicht anzunehmen. Zu prüfen ist, ob der vorhandene Mangel bzw die gegebene Abweichung von der Bestellung im Sinne des § 377 Abs 2 HGB bei der Untersuchung erkennbar war oder nicht.

Die Art der Untersuchung kann nicht allgemein bestimmt werden, sondern sie ergibt sich aus der Art der Ware, dem Handelsbrauch und der im Geschäftszweig des Kaufmannes herrschenden Übung. Die Untersuchung darf nicht oberflächlich sein, sondern sie muß mit der fachkundigen Sorgfalt vorgenommen werden, sie braucht aber andererseits auch nicht peinlich genau zu sein. Bei Lieferung eines standardisierten Massenartikels muß auch im allgemeinen kein Sachverständiger beigezogen werden, solange kein Grund für die Vermutung besteht, daß ein heimlicher Mangel vorhanden sein könnte (HS 7310 oder EvBl 1980/202). Auf einen vorliegenden Handelsbrauch oder eine bestehende Übung im Geschäftszweig von Bauunternehmern hat sich die Bekl nicht berufen. Daß die Eigenschaft der Ware sofort nach Lieferung auch ohne Zuziehung eines Sachverständigen und ohne peinlich genaues Vorgehen festgestellt werden konnte, liegt aber im vorliegenden Fall auf der Hand. Ein Nachmessen bereitet keine Schwierigkeiten, und daß die Leuchtstofflampen TL-U 40 W nicht zu den Lichtkassetten FP 5527 paßten, wäre durch ein probeweises Einpassen bei einem Stück zu erkennen gewesen. Ob man „nach ordnungsmäßigem Geschäftsgang" eine sofortige Öffnung der Originalverpackung dann als untunlich iS § 377 Abs 1 HGB ansehen müßte, falls die Ware unverzüglich oder kurzfristig nach der Anlieferung montiert wird, kann dabei dahingestellt bleiben; denn hier lagerte die Ware ja 7–8 Monate lang ungeöffnet und ungeprüft in einer Garage. In einem solchen Fall kann die bloße äußerliche Prüfung der Verpackung und der dort angeführten Maße jedenfalls nicht genügen, zumal bei den Lampen Maße gar nicht angegeben waren.]

67 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 67–124

68 Vgl FN 27 u 55

69 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 61–65

70 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 66

71 *Brüggemann* aaO (FN 66) Rdn 8 ff

72 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 77

73 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 66

74 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 24

75 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 25

76 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 124

77 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 88

78 *Brüggemann* Rdn 93–98; 8 Ob 513/80 = Entscheidungsteil 2.12 (Wintereinbruchsbedingte Unterlassung der Untersuchung der Marmorplattenlieferung);
5 Ob 675, 676/80 EvBl 1981/125 (Der Käufer kann sich nicht damit entschuldigen, daß die Ware an einer entfernten Baustelle zu liefern und dort eine unverzügliche Untersuchung und Beanstandung unmöglich ist. Für die Tunlichkeit ist nicht die individuelle Übung des Käufers, sondern der Brauch eines ordentlichen Kaufmannes, die objektiven Regeln, die im Geschäftszweck herrschende Übung maßgebend. Eine Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Käufers und des ihm Zumutbaren ist nicht ausgeschlossen. Grundsätzlich muß aber vom Käufer verlangt werden, daß er seinen Geschäftsbetrieb so organisiert, daß er der im § 377 Abs 1 HGB normierten Untersuchungsobliegenheit nachkommen kann; unterläßt er dies, geht dies zu seinen Lasten.)

79 *Brüggemann* aaO (FN 66) Rdn 38

80 *Brüggemann* aaO (FN 41) Rdn 81 ff; 3 Ob 540/79 aaO (FN 41); 3 Ob 515/81 aaO (FN 66); 3 Ob 542/82 RZ 1983/22

81 Beispiele für Ineinandergreifen von Zusammenwirkungspflichten von Vor- und Nachunternehmen: Dach: 7 Ob 569/81 aaO (FN 1), 6 Ob 545, 546/81 aaO (FN 1),
6 Ob 547, 548/76 (Die Warnpflicht ist auch dann gegeben, wenn ein Auftrag unzulänglich erteilt und eine Maßnahme nicht geplant wird, die zur Erzielung des angestrebten Erfolges erforderlich ist – Anlaß war das bei einem starken, orkanartigen Sturm abgehobene Dach, bei dem der Zimmermann das Dach nur auf die im Baumeisterplan vorgesehene notwendige Verankerung, von ihm geschaffene Verankerung aufsetzte. Die Warnpflicht bestand aber dennoch hinsichtlich der Verankerung der Stichsparren, weil unbeschadet der Leistungsübertragung an den Baumeister diese Maßnahme für den angestrebten Erfolg notwendig war. Was die Erkennbarkeit der aus der Unterlassung zu besorgenden Gefahr betrifft, gehört dazu auch die Prüfung der Wind- und Wetterverhältnisse. Es hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, wie weit eine diesbezügliche Erkundungspflicht des Unternehmers reicht); 1 Ob 692/77 aaO (FN 51); 1 Ob 621/78 aaO (FN 51); 2 Ob 580/79 = Entscheidungsteil 2.6;
6 Ob 637/77 (Es obliegt dem Unternehmer, das Werk so auszuführen, daß es alle Eigenschaften hat, die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind. Übernahm der Unternehmer die Eindeckung des Daches des Hauses, so hatte er dieses Werk nicht nur in der Weise auszuführen, daß das Dach seine Funktion (Schutz vor Niederschlägen) erfüllte, sondern mußte zumindest stillschweigend als bedungen gelten, daß die Dacheindeckung auch nach ihrer äußeren Form den Regeln des Dachdeckergewerbes zu entsprechen hatte. Soweit Unregelmäßigkeiten in der Dacheindeckung auf Fehler in der Unterkonstruktion zurückzuführen sein sollten, ist es Sache des Dachdeckers, den Besteller auf diese Mängel hinzuweisen und zu warnen; soweit er dies nicht getan hat, hat er auch den dadurch bedingten mangelnden Erfolg seiner Tätigkeit selbst zu vertreten). 5 Ob 712/79 aaO (FN 50); Baugrund: 7 Ob 502/79 aaO (FN 44); 1 Ob 583, 584/76 = Entscheidungsteil 2.1;
5 Ob 691/82 [Schäden an den Nachbarhäusern durch unsachgemäße Bauausführung – keine Haftung des Statikers. Mit der Erstellung der statischen Berechnung eines Neubaues wurde von zwei Bauherren der nun bekl Zivilingenieur für Bauwesen betraut. Sie wollten den Abbruch eines ihnen gehörigen Hauses und die Errichtung eines Neubaues. Mit Planung und Bauleitung war ein Architekt betraut. Anläßlich der Errichtung des Neubaues traten am Nachbarhaus Schäden auf. Die Werkbesteller (Bauherren) begehren für die Behebung der Schäden Schadenersatz vom Bekl, den sie beauftragt hatten, für die Abbruch-, Unterfangungs- und Neubauarbeiten die erforderlichen Berechnungen vorzunehmen und die Bauführung hinsichtlich der statischen Erfordernisse zu überwachen. Der Bekl hatte den Auftrag zur Durchführung der statischen Berechnung des Neubaues zur Erstellung des Fundamentes, die Armierungspläne sowie die Eisenlisten, ferner die zur Durchführung der Baukontrolle sowie Eisenabnahme sowie Bestandaufnahme der Nachbargebäude und Angabe der Unterfangungen an den benachbarten Häusern. Der Auftrag hinsichtlich der Baukontrolle erfaßte lediglich die Eisenkontrollen bzgl der Fundamentenplatte des Neubaues. Bei Probebohrungen war kein Grundwasser angetroffen worden. Eine Verschlechterung der Bodenqualität durch Wassereinwirkungen von der Oberfläche her berücksichtigte der Statiker nicht. Während der Abbrucharbeiten herrschte durch mehrere Tage Schlechtwetter. Es gelangte Wasser in die ungeschützte Baugrube. Von dem Bauunternehmen wurde keine Maßnahme getroffen, um den Zutritt von Oberflächenwasser zu verhindern; auch Schlammpumpen wurden nicht eingesetzt. Auch der bekl Statiker ordnete derartiges nicht an. In der Folge kam es zur Absetzung der Feuermauer des Nachbarhauses und den Schäden, die mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auf Erosionswirkung iS einer Einschlemmung des feinkörnigen Bodens unter den Fundamenten und dem darüberliegenden Kies durch Niederschlags- und Oberflächenwasser zurückzuführen ist. Der vom Statiker gemachte Vorschlag entsprach den anerkannten Regeln der Gründungstechnik. Eine Absetzung der Feuermauer hätte dadurch vermieden werden können, daß von der Bauleitung und von den ausführenden Bauunternehmen sämtliche Maßnahmen getroffen worden wären, um Oberflächenwasserzutritt zu verhindern. Es gehört zur selbstverständlichen Aufgabe jeder Bauausführung, das Wasser von einer Baugrube fernzuhalten. Der Statiker durfte auf Grund seiner Lebenserfahrung voraussetzen, daß diese Maßnahme auch ohne sein Zutun einwandfrei ausgeführt wird. Er war bei den starken Regenfällen nicht auf der Baustelle. Es gehörten weder die Ausführung der Bauarbeiten noch – abgesehen von der Kontrolle der vorgesehenen Eisenbewehrung der Fundamentplatte – deren Überwachung zu den Vertragspflichten des Bekl. Dazu kommt, daß die dem Unternehmer im Sinne des § 1168a ABGB auferlegten Aufklärungs- und Warnpflichten nicht überspannt werden dürfen (5 Ob 581/80 Entscheidungsteil 2.7). Wenn einem Unternehmer, dem die statische Berechnung eines Neubaues unter Bedachtnahme auf die auf Nachbarliegenschaften bestehenden Bauwerke, nicht jedoch auch die Bauüberwachung selbst übertragen wird, auferlegt würde, die gehörige Durchführung der Bauarbeiten zu überwachen und von vornherein durch entsprechende Hinweise an den Bauherrn oder den mit den Bauarbeiten betrauten Unternehmer auf allfällige Möglichkeiten des Eintrittes von auf unsachgemäße Bauausführung zurückzuführende Veränderungen der Grundlagen seiner statischen Berechnungen aufmerksam zu machen, und zwar mit der Sanktion einer Haftung im Sinne der angeführten Gesetzesstelle

für alle Folgen einer unsachgemäßen Bauführung, so läge eine solche Überspannung vor. Solche Anforderungen würden über den Gegenstand des abgeschlossenen Werkvertrages eindeutig hinausgehen und den Unternehmer bei Erfüllung seiner Haupt- und Nebenpflichten überfordern. In der Unterlassung des Bekl, die zur Hintanhaltung des Eintrittes des Schadens geeigneten Maßnahmen zu veranlassen, kann weder die Verletzung einer Hauptleistungspflicht noch ein Verstoß gegen Aufklärungs- und Warnpflichten erblickt werden.];

5 Ob 679/82 [Auf einer Liegenschaft des Bauherrn an einem See sollte an Stelle des abzutragenden Holzhaus, das 6,5 m in den See ragte, ein Massivbauwerk zum Wohnen errichtet werden. Mit der Projektierung war ein Architekt, mit den Baumeisterarbeiten eine Wasserbaugesellschaft betraut. Der Rohbau setzte sich nach Fertigstellung und Aufsetzen des Dachstuhles. Alle Stabilisierungsversuche erwiesen sich in der Folge als vergebens. Das Gebäude mußte abgerissen werden. In der Folge wurde das Bauunternehmen als Erstbekl und der Architekt als Zweitbekl vom Bauherrn auf Schadenersatz usw belangt. Die Unterinstanzen hatten das Verschulden beider Bekl, insb der 1. bekl Bauunternehmung, welche für das besondere Fachwissen nach § 1299 ABGB einzustehen hat, in der im wesentlichen sorglosen Vorgangsweise bei der Ersetzung des Holzbauwerkes durch das Massivbauwerk auf den unter Wasser vom Ufer in den See reichenden Fundamenten erblickt.

Tatsächlich ist das Werk mißglückt. Daß die Erstbekl daran kein Verschulden traf, konnte sie nicht nachweisen (§ 1298 ABGB). Sie wird weder dadurch entlastet, daß auch der zweitbekl Architekt die gleichen oder ähnlichen Versäumnisse zu verantworten hat, als er in Planung und Bauaufsicht auf die besondere Lage der Baustelle zu wenig Rücksicht nahm, noch durch die Tatsache, daß später auch andere Fachleute die Gefahr der Senkung des Bauwerks zu gering einschätzten und zum Weiterbau rieten, obwohl sich schließlich zeigte, daß alle Maßnahmen das weitere Abgleiten des Bauwerks in Richtung See nicht hintanhalten konnten und es deshalb zum behördlichen Abbruchauftrag kommen mußte. Wenn die Erstbekl über das besondere Fachwissen nicht verfügte und sich die erforderlichen Kenntnisse auch nicht zu beschaffen wußte oder besorgte, hätte sie den Vertrag mit der kl Bauherrschaft nicht schließen dürfen oder sich durch entsprechende Warnungen und Vorbehalte gegen den Zugriff der Klägerin bei Mißlingen des Werkes schützen müssen.

Daß es sich um einen Fall nicht vermeidbarer höherer Gewalt nach Art einer Naturkatastrophe handelte, kann nicht gesagt werden. Die mit der Situierung des Bauwerks unterhalb der Bundesstraße im Bereich eines steil abfallenden Hanges am Steilufer des Sees verbundenen Gefahren und die Notwendigkeit besonders aufwendiger Sicherungen der Fundamentierung mußte dem Fachmann erkennbar sein, selbst wenn zusätzliche Geländeerschwernisse in der Form einer verlandeten Wasserrinne nicht leicht feststellbar waren.

Die Erstbekl haftet für den der Kl aus der Verletzung der vertraglichen Pflichten zugefügten Schaden. Die besondere Lage der Baustelle hätte bei dem vorauszusetzenden Fachwissen der Erstbekl diese veranlassen müssen, mit der Herstellung des Werkes nicht früher zu beginnen, bis durch eingehende fachkundige Bodenuntersuchungen durch den Geologen, darauf aufbauende statische Berechnungen und aus der Tatsache der Fundamentierung unter Wasser zu fordernde Planung technischer Absicherungen gegen jede Senkung oder jeden Gleitvorgang der Moräne auf dem steilen Felsabfall jede mögliche Absicherung geschaffen ist, daß das bestellte Werk brauchbar errichtet werden könne und Bestand habe. Die Bauherrschaft hat unter anderem vorgetragen, daß ihr durch die schuldhafte Vertragsverletzung der Bekl Vermögensnachteile entstanden seien und dazu auch den Verlust der an die Erstbekl als Vorauszahlung von Werklohn entrichteten Gelder von S 800.000,– eingerechnet. Die Pflicht der Erstbekl, den erhaltenen Werklohn rückzuerstatten, ergibt sich schon aus der Bestimmung des § 1168a ABGB, weil sie für das mißlungene Werk keinen Werklohn verlangen kann und den bereits in Empfang genommenen Teil ihres Entgelts zurückzustellen hat. Wird das Werk durch Umstände vereitelt, die im Bereich des Unternehmers liegen, verliert er ebenso seinen Entgeltanspruch, wie dann, wenn der hindernde Umstand weder zu seiner noch zur Sphäre des Bestellers gehört (Koziol–Welser I[6], 308). Bei Verletzung seiner Warnpflicht haftet der Unternehmer darüber hinaus für den entstandenen Schaden. Da die rechtliche Einordnung ihrer Ansprüche der Kl nicht zum Nachteil gereichen kann, weil es allein auf das Vorbringen der zur Begründung des Anspruchs heranzuziehenden Tatsachen ankommt, hat die Erstbekl den Teilbetrag von 800.000 S nicht als Ersatz des Schadens, sondern in Rückstellung empfangenen Entgelts zu leisten. Ein Schaden entsteht den Kl erst, wenn der zunächst zustehende Anspruch auf Rückforderung des hingegebenen Werklohnes etwa wegen der Vermögenslage der Erstbekl nicht durchsetzbar ist.

Die Erstbekl hat nicht nur für die aus der ersten Bauetappe entsprungenen Schäden einzustehen, sondern den insgesamt der Klägerin durch die Erstellung des dann abzutragenden Bauwerks zugefügten Schaden zu ersetzen. Nach der in Lehre und Rechtsprechung herrschenden Adäquanztheorie hat der Schädiger auch für alle zufälligen Folgen seines schuldhaften Verhaltens zu haften, sofern es sich nicht um einen atypischen Erfolg handelt (Koziol, Haftpflichtrecht[2] I, 140; SZ 51/58 uva). Mit der Möglichkeit, daß durch die schuldhafte Unterlassung gewissenhafter Prüfung der Bauvoraussetzungen und der Erfüllung der Warn- und Aufklärungspflichten des Unternehmers die Notwendigkeit von Sanierungsversuchen eintritt und diese trotz Beiziehung von Fachleuten fehlschlägt, muß gerechnet werden. Daß leichtfertig vom Bemühen Abstand genommen werde, jede nur vorgeschlagene Maßnahme zur Rettung des bis dahin schon beträchtlichen Aufwandes einzuleiten, sofern sie nicht von vornherein untauglich erschien, war nach dem Stand der fortgeschrittenen Rohbautätigkeit nicht zu erwarten.

Die Bauherrschaft bediente sich des sachverständigen Architekten und Ziviltechnikers, um sicherzugehen, daß bei der Verwirklichung ihrer Baupläne alle Regeln der Technik eingehalten werden und so Gewähr besteht, daß ihr nicht durch mangelhafte Planung oder Ausführung Nachteile erwachsen. Auch dem Zweitbekl ist zuzumuten, daß schon eine Besichtigung der Beschaffenheit der Liegenschaft, auf der viele Jahre ein aus Holz errichtetes Gebäude gestanden hatte, nach ihrer örtlichen Beschaffenheit besondere Überlegungen gefordert hätte, ob das Holzbauwerk durch das Massivhaus ersetzt werden könne, ohne daß für dieses Gebäude Gefahr drohe. Dazu genügte es nicht, sich auf das Fachwissen der dann mit der Ausführung des Bauvorhabens betrauten Erstbekl zu verlassen und ohne Nachforschung zu unterstellen, diese werde alle nötigen Erkundungen einziehen und statische Berechnungen anstellen. Es reichte auch nicht aus, dem Beauftragten in der Kl die Beiziehung eines Statikers vorzuschlagen, ohne darauf und auf der Betrauung weiterer Fachleute zu bestehen und ausdrücklich hinzuweisen, daß die aus Kostengründen erwogene Unterlassung ihrer Betrauung die Gefahr bedeutender Vermögensschäden in sich birgt, wenn die Standfestigkeit der Fundamente nicht gegeben sein sollte. Wenn sich aber der Zweitbekl mit der Ablehnung der Heranziehung eines Statikers abfand und es nicht geboten fand, das Auftragsverhältnis zur Klägerin unter diesen Umständen zu beenden oder zumindest Absicherungen zu verlangen, daß er trotz der ihm erkennbaren Gefahr für ein Versagen nicht in Anspruch genommen werde, hat er für die nachteiligen Folgen seiner Planung und Bauüberwachung ebenso einzustehen wie die Erstbekl, weil die Kl sich darauf verlassen durfte, daß die sachverständigen Unternehmer ihr Wissen gegeneinander abstimmen und alles tun werden, damit das für die Kl geplante und errichtete Bauwerk zum bedungenen Gebrauch geeignet ist. Der Kl muß das von den Bekl zu fordernde Fachwissen nicht zur Verfügung gestanden sein, sie wandte sich gerade deshalb an die Bekl. Es kann daher entgegen der Ansicht des Zweitbekl kein Anlaß für eine Kürzung ihrer Ersatzansprüche wegen eines ihr vorwerfbaren Mitverschuldens oder einer Sorglosigkeit in eigenen Belangen gefunden werden. Der Zweitbekl hat die Kl nicht hinreichend gewarnt und sie aufgeklärt, daß die Ausführung ihres Bauvorhabens wegen der besonderen geologischen Bodenbeschaffenheit am Traunseeufer im Bereich eines in den See abfallenden Felshanges so schwierig und gefahrvoll ist, daß davon entweder grundsätzlich abzuraten und mit einem leichten Bauwerk das Auslangen zu finden ist, oder aber weit über sonst übliche statische Berechnungen oder Bodenuntersuchungen hinausgehende Vorkehrungen zu veranlassen sind, die nicht nur mit einem Kostenaufwand verbunden, sondern auch in der Sicherheit ihrer Ergebnisse unüberblickbar bleiben. Mit der bloßen Einholung von Unterlagen eines Statikers wäre es nicht getan gewesen.

Davon, daß wegen eines Grundbruches die vom Liegenschaftseigentümer betrauten Unternehmer für den Schaden nicht einzustehen hätten, weil der Besteller den untauglichen Baugrund beistellte, kann nicht die Rede sein. Es handelt sich nicht um höhere Gewalt, für die die Bekl nichts können, sondern um schwierige Bodenverhältnisse, die der Ausführung des Planes, das Holzhaus durch einen Massivbau auf gleicher Gründung zu ersetzen, entgegenstanden. Gerade das aber hätte vor der Erstbekl schon der Zweitbekl überschauen müssen und, wenn er schon wegen der Gefährlichkeit nicht den Auftrag ablehnte, entweder zu einer anderen Lösung raten oder eingehende, wenn auch mit hohen Kosten verbundene Prüfungen verlangen müssen. Daß er es dabei bewenden ließ, daß die Kl und ihr Ehemann sparen wollten und den Vorschlag verwarf, einen Statiker zu betrauen, dann aber die Planausführung einleitete, ohne selbst die ihm als Sachverständigen erkennbaren möglichen Gefahren zu bedenken und die Kl darüber aufzuklären, daß sie ein beträchtliches Risiko trage, macht den Zweitbekl für den eingetretenen Schaden mitverantwortlich. Davon wird er auch nicht enthoben, wenn später, als er die ersten Schäden bemerkte, ein Universitätslehrer auf Grund einer Bodenuntersuchung ebenfalls meinte, man könne den Bau – mit gewissen zusätzlichen Vorkehrungen – fortsetzen und beenden. Da steht fest, daß letztlich der gesamte Bauaufwand verloren war, weil die Behörde den Abbruch des Rohbaues wegen der Setzungen anordnete, und dem Bauherrn kein Vorwurf eines mitwirkenden eigenen schuldhaften Verhaltens zu machen ist, haben beide Bekl ihr den Schaden zur ungeteilten Hand zu ersetzen, und zwar, wie schon erwähnt, nicht bloß die Vermögensnachteile, die im Zuge der ersten Bauphase eintraten, sondern den ganzen auch durch den vergeblichen Rettungsaufwand entstandenen Schaden.

Der Zweitbekl darf auch nicht die Verantwortung auf die Erstbekl abwälzen. Er hatte im

Rahmen der Vertragsbeziehung zum Bauherrn dessen Interessen zu wahren und, wenn er schon die Gefahren nicht ausreichend bedacht und den Bauherrn davor gewarnt hatte, zumindest vorzukehren, daß die Erstbekl ihnen mit gewissenhafter Prüfung der Grundlagen des bestellten Werkes zu begegnen sucht. Dabei hätte er wahrnehmen müssen, daß auch die Erstbekl sich mit ihrem Erfahrungsschatz begnügte und ihrerseits trotz gebotener Bedenken der Planung des Zweitbekl vertraute.];

3 Ob 529/77 [Ein Bauunternehmer, dem Bauarbeiten übertragen wurden, nahm mit einem Spezialunternehmen Kontakt wegen einer Fundamentierung durch Niederbringen von Bohrpfählen auf. Die Bauunternehmung machte dem den Auftrag übernehmenden Unternehmen bis zum Ende der Bohrpfahlarbeiten keine Mitteilung von der bekannt gewordenen mangelnden Fundamentierung des Nachbarhauses. Der Bauherr machte in der Folge das Bauunternehmen für die Schäden am Nachbarhaus haftbar. Das Bauunternehmen regressierte sich am Spezialunternehmen. Gegenüber dem geschädigten Dritten besteht eine Solidarhaftung des Geschäftsherrn (Vertrag § 1313a ABGB) und seines Erfüllungsgehilfen (ex delictu §§ 1295 u 1299 ABGB). Im Falle des § 1302 letzter Satz ABGB ist § 896 ABGB analog anwendbar. Zufolge des besonderen Verhältnisses iS § 896 ABGB zwischen Geschäftsherrn und Erfüllungsgehilfen, der Verletzung einer Werkvertragsverpflichtung gilt die dreijährige Verjährungsfrist gem § 1489 ABGB. Eine Vereinbarung einer kürzeren als der gesetzlichen Verjährungsfrist ist zulässig. Solches war in den Vertragsbedingungen für diesen Fall nicht vereinbart. Der Werkvertrag über die Herstellung einer Bohrpfahlfundamentierung für den nun Regreß nehmenden Geschäftsherrn enthielt als den Schutzpflicht ergebend aus dem Interesse am Unterbleiben der Beschädigung der Nachbarhäuser die Nebenverpflichtung des Spezialunternehmens, weder der Kl noch ihren Vertragspartnern Schäden zuzufügen, die Nachbarhäuser zu beschädigen. Die Ablehnung der Garantieübernahme für die Erschütterungsfreiheit der Arbeit und Übernahme der Haftung für Schäden an Nachbarhäusern bedeutet einen Ausschluß für schuldhafte Schadenszufügung. Das bekl Unternehmen haftet, wenn es deliktisch handelt. Dafür ist das kl Bauunternehmen beweispflichtig, weil § 1298 ABGB nur im Innenverhältnis zur Anwendung kommt. Die Bekl handelte zufolge der Eingriffe ins Eigentum rechtswidrig, wobei es irrelevant ist, daß die Bekl nicht unmittelbar nach § 364 ABGB in Anspruch genommen werden könnte. Die grundsätzliche Haftung der Bekl für die dem Dritten schuldhaft zugefügten Schäden ist auch aus dem allgemeinen Gefährdungsgebot der §§ 1293 ff ABGB abzuleiten, wonach derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen hat, um eine Schädigung Dritter nach Tunlichkeit abzuwenden. Dabei hat die Bekl gem § 1299 ABGB der erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse sowie den Fleiß zu vertreten, den ihr Beruf verlangt. Ein Verschulden der Bekl liegt nahe, weil sie sich selbst der Tatsache bewußt war, bei Durchführung der Fundamentierungsarbeiten vorsichtig vorgehen zu müssen, um Erschütterungen zu vermeiden. Die Sachverhalte stehen aber noch nicht endgültig fest. Dem Berufungsgericht ist beizupflichten, daß ein Mitverschulden an der Nichterfüllung von Vertragspflichten durch die Bekl im Rahmen der ihr obliegenden Warnpflicht nach § 1168a ABGB nicht anzunehmen ist. Die Rechtsfolgen der der Regreßkl zuzuordnenden Mitursachen sind nach § 1302 zu beurteilen. Der Ansicht des Berufungsgerichtes, die Kl sei nicht verpflichtet gewesen, der Bekl den eines Fundamentes beim zu Schaden gekommenen Haus mitzuteilen, nicht beigetreten werden, denn die Bekl hat durch die Errichtung des Betonrostes die Erkennbarkeit dieses Mangels offenbar erschwert, wenn nicht sogar unmöglich gemacht]; 1 Ob 26/74 aaO (FN 61); Einbauten: 1 Ob 628/77 aaO (FN 61); 1 Ob 522/79 SZ 52/15; 3 Ob 628/81 aaO (FN 23); Fuß- u Teppichböden 1 Ob 209/75 aaO (FN 44); 6 Ob 693/81 aaO (FN 1); 8 Ob 504/81 aaO (FN 1); Schwimmbad, Sauna: 1 Ob 579/80 = Entscheidungsteil 2.2; 4 Ob 558/81 aaO (FN 1); 5 Ob 581/80 = Entscheidungsteil 2.7; Architekt: als Bauherr; 1 Ob 209/75 aaO (FN 44) – Fußbodenleger; 1 Ob 762/80 aaO (FN 44) – Installateur einer Heizungsanlage; als Planungsarchitekt ohne Bauausführung: 7 Ob 617/82 aaO (FN 83); als sachkundiger Berater des Bauherrn: 1 Ob 569/81 aaO (FN 1); 8 Ob 516/79 = Entscheidungsteil 2.11 – weiterer Bauunternehmer; 5 Ob 679/82 aaO (FN 81 – Baugrund) – weiterer Bauschaffender; 1 Ob 579/80 = Entscheidungsteil 2.2 – Fliesenleger; 1 Ob 769/83 = Entscheidungsteil 2.7 – Vermessungsingenieur; 5 Ob 581/80 = Entscheidungsteil 2.7 – Baumeister; Baumeister (Bauführer) – Bauherr: 5 Ob 759/78 aaO (FN 49); 7 Ob 502/79 aaO (FN 44); 1 Ob 583, 584/76 – Entscheidungsteil 2.1; 7 Ob 646/82 aaO (FN 44); 1 Ob 26/74 aaO (FN 61); 3 Ob 662/77 aaO (FN 83); 2 Ob 102/79 = Entscheidungsteil 2.5; 7 Ob 502/79 aaO (FN 44) – bestellerseitiger Baumeister – bauschaffender Baumeister; Bauherr – Baumeister – Bauhandwerker siehe Zimmermeister (Dach), Installateur 1 Ob 732, 733/82 aaO (FN 12); Installateur: 1 Ob 762/80 aaO (FN 44); 6 Ob 725/76 SZ 50/50 = JBl 1979, 261 = RZ 1977/133; 3 Ob 511/80 aaO (FN 44); 5 Ob 521, 522/79 aaO (FN 12); Zimmermeister: siehe Dach;

3 Ob 530/78 (Bauherr belangt nach Beanstandung und Versagung der Baubewilligung wegen unzureichendem Brandschutz den Bau- und Zimmermeister, der bei der Bau- und Gewerbebehörde eine Heraklithplattenverkleidung zur Baubewilligung für den Bauherrn eingereicht und bewilligt erhalten hatte, dann jedoch über Auftrag eine Deckenverkleidung aus beschichteten Weichholzfaserplatten herstellte, ohne den Eintritt der Rechtskraft einer dafür erforderlichen Baubewilligung abzuwarten. Der bekl Bauführer hätte den kl Bauherrn bei der Erteilung des dem Bauansuchen widersprechenden Auftrages auf die Bestimmungen und die Folgen ihrer Nichtbeachtung aufmerksam machen müssen und darüber hinaus auf die Einhaltung der Bestimmungen der BauO zu dringen gehabt. Da die Gewerbebehörde und die Baubehörde die Herstellung einer konsensmäßigen Ausführung der Deckenverkleidung begehrte, die Baubewilligung für die rechtswidrig abweichenden Bauarbeiten versagte, ist das Werk gem § 1168a ABGB mißlungen und hatte der bekl Bauschaffende für den Schaden zu haften); Spengler: 5 Ob 512/79 aaO (FN 50); Fenster: 5 Ob 510/83 = Entscheidungsteil 2.8 – Auftraggeber – Schlosser];

8 Ob 553/82 [Der ein Betriebsgebäude errichtende Bauherr klagte die mit der Durchführung von Metallbauarbeiten und Glaserarbeiten beauftragten Schlosser – 1. Bekl, Spengler und Glaser 2. Bekl auf Schadenersatz. Mehrere zur Herstellung desselben Werkes bestellte Unternehmer trifft die Pflicht zur Zusammenarbeit und jeder von ihnen ist verhalten, alles zu vermeiden, was das Gelingen des Werkes vereiteln könnte [8 Ob 516/79 = Entscheidungsteil 2.11; 1 Ob 762/80; 4 Ob 558/81 uva aaO (FN 1)]. Da die Herstellung von Fensterrahmen samt Fenstern auf die Möglichkeit entsprechender Verglasung abgestimmt sein muß, damit das Werk seine Zweckbestimmung erfüllen kann, ergibt sich schon aus der Natur der Sache die gegenseitige Pflicht des Erzeugers der Fenster und des mit der Lieferung und dem Einsetzen der Fenstergläser befaßten Professionisten zur Zusammenarbeit. Es bestand daher einerseits für den Erstbeklagten die Pflicht, sich selbst ein Bild von den damals gebräuchlichen Methoden der Verglasung von Isolierglas zu verschaffen, anderseits war aber auch der Zweitbeklagte verpflichtet, sich über die damals am Markt befindlichen Fensterrahmenkonstruktionen und die Art der vom Erstbeklagten erzeugten Rahmen zu informieren, um so bei pflichtgemäßer Obsorge – allenfalls gemeinsam – vorhandene Mängel der Ausführung des Werkes erkennen und ein Mißlingen desselben vermeiden zu können. Dem 2. Bekl war nämlich damals schon bekannt, daß Isolierglas vollsatt ausgekittet werden müsse, und hätte er bei gehöriger Aufmerksamkeit seinem Fachwissen als Glaser entsprechend erkennen können, daß die von seinen Leuten geleistete Arbeit den Richtlinien der Glashersteller, nämlich der Notwendigkeit vollsatten Auskittens nicht entsprach und ein vollsattes Auskitten bei den vom 1. Bekl angebrachten Fenstern nicht möglich war; er hätte weiters auch erkennen können, daß die Versiegelung nicht haften werde. Waren dem 2. Bekl aber bei der ihm tatsächlich zumutbaren Fachkenntnis und sachgemäßer Ausführung der Arbeiten die Mängel erkennbar (vgl Adler–Höller in Klang^2 V 408), so kann in der Annahme einer schuldhaften Verletzung der Warnpflicht des 2. Bekl dem Besteller gegenüber (§ 1168a ABGB) durch die Vorinstanzen ein Rechtsirrtum nicht erblickt werden. Der 2. Bekl wäre aber auch aus seiner Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit dem Erstbeklagten – wie bereits dargestellt – gehalten gewesen, diesen auf die Problematik der Konstruktion und der beabsichtigten Verkittungsmethode aufmerksam zu machen. Bei dieser Sach- und Rechtslage kann sich der 2. Bekl weder durch den Hinweis darauf, daß er die Fensterrahmen nicht selbst erzeugt habe, noch durch eine Berufung auf die Empfehlung eines namhaften Kitthersteller von seiner Haftung befreien, weil die von seinen Leuten ausgeführten Arbeiten – ihm erkennbar – dem Erfordernis des vollsatten Auskittens nicht gerecht wurden und dieser Mangel für den eingetretenen Schaden jedenfalls mitursächlich war.

Ausgehend von der beide Beklagten treffenden Pflicht zur Zusammenarbeit bei Ausführung des Werkes in seiner Gesamtheit erweist sich hingegen die Revision der Klägerin zur Frage der Haftung des Erstbeklagten dem Grunde nach als begründet. Der Erstbeklagte wußte, daß seine Erzeugnisse mit Isolierglas versehen werden sollten. Er war daher verpflichtet, sich Kenntnis von den damals gebräuchlichen Methoden der Verglasung von Isolierglas zu verschaffen, denn nur so bestand für ihn die Möglichkeit, die Konstruktion seiner Erzeugnisse auf ihre Tauglichkeit zur beabsichtigten Verglasung einzurichten. Wenn damals bereits zwei Verglasungsmethoden bekannt waren, so durfte er die Wahl der Methode nicht einfach dem Zweitbeklagten überlassen, ohne sich vorher zu vergewissern, daß seine Erzeugnisse für beide Verglasungsmethoden geeignet waren. Hätte der Erstbeklagte sich mit dem damaligen Fachwissen der Glaser vertraut gemacht, so hätte auch er bei gehöriger Aufmerksamkeit erkennen können, daß die eine der beiden gebräuchlichen Verglasungsarten wegen der auf die in den Fensterrahmen vorhandenen Federn zurückzuführenden Unmöglichkeit des vollsatten Ausspritzens des Falzgrundes nicht sachgemäß ausführbar ist, und nur die zweite Methode, nämlich jene der Falzentlüftung, in Frage käme. Bei Anwendung des ihm nach § 1299 ABGB obliegenden besonderen Grades der Aufmerksamkeit und des Fleißes wäre er dann auch in der Lage gewesen, die Untauglichkeit der von ihm hergestellten Fensterrahmen zur Verglasung mit Isolierglas zu erkennen. Es spielt daher keine Rolle und kann den 1. Bekl somit auch nicht entlasten, daß die Methode der Falzentlüftung in seiner Berufssparte damals noch nicht allgemein bekannt war. Unter den gegebenen Umständen durfte er sich jedenfalls nicht bloß darauf verlassen, daß ihn der 2. Bekl auf allfällige Mängel seiner Erzeugnisse aufmerksam machen werde. Der 1. Bekl

hat daher – entgegen der von den Vorinstanzen vertretenen Ansicht – für die Unterlassung dieses besonderen Fleißes und den bei ihm bestehenden Mangel der besonderen Kenntnisse der damals allgemein bekannten Verglasungsmethoden, die für die von ihm übernommene Anfertigung von Fensterrahmen und Fenstern zur Isolierverglasung erforderlich gewesen wären, einzustehen (Koziol-Welser I[6] 356; JBl 1982, 145). Da es nach § 1299 ABGB auf objektive Kriterien bei der Verschuldensprüfung ankommt (Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II 149), ist der 1. Bekl als Sachverständiger zur Haftung hier trotz des Umstandes heranzuziehen, daß er der Meinung war, die von ihm hergestellten Fensterrahmen seien für ein vollsattes Ausspritzen des Falzgrundes tauglich. Der Ansicht des Berufungsgerichtes, die sich aus einer nicht vollsatten Ausfüllung des Falzgrundes ergebenden Konsequenzen seien nicht in die Ingerenz des 1. Bekl gefallen, es wäre vielmehr Sache des mit der Verglasung befaßten 2. Bekl gewesen, die unter den vorliegenden Umständen in Betracht kommende Methode der Verglasung auszuwählen und anzuwenden, kann daher nicht gefolgt werden. Die Vorinstanzen haben somit zu Unrecht die Haftung des Erstbeklagten für die aufgetretenen Schäden abgelehnt.

Wenn ein Schaden durch fahrlässiges Verhalten mehrerer Personen herbeigeführt wird, so haften die Täter grundsätzlich nur für den von ihnen verursachten Anteil am Gesamtschaden. Ist dieser jedoch nicht bestimmbar oder hat jeder eine Bedingung für den gesamten Schaden gesetzt, so tritt nach § 1302 ABGB solidarische Haftung ein (Koziol-Welser I[6] 344). Da im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen werden konnte, daß einer der beiden Beklagten in zurechenbarer Weise einen Teil des Gesamtschadens verursacht hätte (vgl Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I[2] 298), haften die beiden Beklagten solidarisch für den der Klägerin entstandenen Schaden.];

Sonderfachleute: Statiker: 5 Ob 690/83 = Entscheidungsteil 2.10; 5 Ob 691/82 aaO (FN 81 – Baugrund); Prüfingenieur: 6 Ob 782/80 aaO (FN 30); Zivilingenieur: 5 Ob 607/83 aaO (FN 22); Überwachungstechniker:

6 Ob 881/82 (Baumeister klagt durch Wassereintritt verursachte Kosten bei Bürohauserrichtung gegen Spezialunternehmer, der Kellergeschoß nach System Zementol abzudichten hatte, ein. Die bekl Spezialunternehmung hatte sich zur ganzzeitigen Beaufsichtigung der Abdichtungsarbeiten verpflichtet und ihre beigestellten Fachleute waren in allen dichtungstechnischen Belangen weisungsberechtigt. Die Bekl hatte jedoch auf zeitliche Durchführung der Arbeiten keinen Einfluß; ebenso waren alle damit im Zusammenhang stehenden organisatorischen Vorkehrungen vom Kl zu treffen. Daraus erklärt sich die Vertragsbestimmung, daß der Kl verpflichtet war, die Bekl von allen „Betonterminen" mindestens zwei Tage vorher zu verständigen, um es der Bekl zu ermöglichen, ihren Überwachungsaufgaben nachzukommen. Dies muß auch für die Nachbehandlungsarbeiten an den Abstandhaltern gelten, konnte doch die Bekl nicht wissen, wann der Kl mit der Schließung der Schalungsankerlöcher beginnen werde. So wurden etwa bei den am 25. 4. 1977 betonierten Abschnitten die Schalungsankerlöcher erst am 20. 10. 1977, also ½ Jahr später und somit lange nach der Ausschalung verschlossen. Es hieße die Überwachungsverpflichtung der Bekl überspannen, wollte man ihr zumuten, in regelmäßigen Abständen beim Kl anzufragen, wann die Schalungsankerlöcher verschlossen werden. Die Bekl konnte sich vielmehr darauf verlassen, daß der Kl sie von dem Termin rechtzeitig verständigen und nichts unternehmen werde, ohne zuvor die Weisungen des Überwachungsbeauftragten über die Art der Durchführung der Nachbehandlung eingeholt zu haben. Die Bekl war auch nicht verpflichtet, laufend zu prüfen, ob der Kl das vereinbarungsgemäß zur Nachbehandlung zu verwendende Kunstharz Zemoplat-SH bereits bestellt und bezogen hat. Nur wenn der Überwachungsbeauftragte der Bekl bei seinem letzten Besuch auf der Baustelle hätte wahrnehmen können, daß die Arbeiter des Kl bereits Schalungsankerlöcher unsachgemäß verschlossen gehabt hätten oder gerade dabei gewesen wären, die Öffnung zu verschließen, wäre er verpflichtet gewesen, auf die unsachgemäße Ausführung der Arbeiten hinzuweisen und den Arbeitern des Kl nähere Anweisungen zu geben. Dafür wäre der Kl beweispflichtig gewesen. Die Bekl trifft daher am eingetretenen Schaden kein Verschulden. Vielmehr ist der Schaden ausschließlich darauf zurückzuführen, daß es der Kl unterlassen hat, seinen Baupolier über die Vereinbarungen mit der Bekl zu unterrichten, und eine Verständigung der Bekl vom Termin der Abdichtung der Abstandhalter unterblieben ist.)

[82] 1 Ob 732, 733/82 aaO (FN 12)

[83] 7 Ob 646/82 aaO (FN 44); 1 Ob 569/81 aaO (FN 1),

7 Ob 617/82 (Zum Einwand, der Architekt hafte für die Gesetzmäßigkeit der Baupläne: Selbst wenn man den Standpunkt vertritt, der mit der Planung eines Baues beauftragte Architekt habe sich vor der Ausführung über die Sach- und Rechtslage zu informieren, kann das nicht so weit gehen, daß der Architekt nach Abschluß der Planung im Zuge der Bauausführung laufend überprüfen muß, ob sich nicht eine Änderung der Sachlage ergeben hat, die vom rechtlichen Standpunkt aus eine andere Planung erfordert hätte, wenn der Architekt nicht auch mit der Bauausführung betraut ist); 3 Ob 662/77 (Baumeister erhielt Auftrag zu Planungs-, Bauleitungs- und Baumeisterarbeiten für Werkhallenerrichtung. Der Bauherr wußte, daß das Beginnen der Bauführung ohne Baubewilligung unzulässig war, beauftragte aber trotzdem den Baumeister und sagte zu, das damit verbundene Risiko zu übernehmen. Dem nach Mißlingen des Werkes entgegengesetzten Einwand des § 1168a ABGB gegen die Werklohnforderung verneinte der OGH. Der Baumeister hatte den Bauherrn auf wesentliche Folgen einer solchen Bauführung aufmerksam gemacht. Dieser Hinweis mußte dem Bauherrn – auch ohne ausdrückliche Belehrung dahin, daß die Baubehörde den Bauherrn im Falle der endgültigen Versagung der Baugenehmigung zum Abbruch des unerlaubten Bauwerkes verhalten könne – erkennen lassen, daß die Befolgung der Anweisung des Bauherrn auf Bauführung ohne Baugenehmigung das Mißlingen des Werkes zur Folge haben könnte. Eine Verletzung der Warnpflicht betreffend das Bauen ohne Baubewilligung liegt nicht vor).

[84] 1 Ob 209/75 aaO (FN 44)

[85] 1 Ob 769/83 = Entscheidungsteil 2.3;

1 Ob 671, 672/79 [Waren dem ausschreibenden Bauunternehmer die in seinen Ausschreibungsunterlagen verwendeten Symbole für eine Belüftungseinrichtung unbekannt, so hat der die Elektroinstallationen übernehmende Subunternehmer vor Erstellung seines Anbotes die Aufklärung von allfälligen Unklarheiten, die in den Plänen eines dritten Unternehmens vorhanden waren, zu verlangen, oder aber vor Durchführung der Arbeiten, sich rechtzeitig zu vergewissern, wie die Arbeiten durchzuführen waren. Wären die den Arbeiten zugrunde liegenden Pläne untauglich und damit die Anweisung des Bestellers offenbar unrichtig gewesen, wäre es Sache des Subunternehmers gewesen, den Besteller rechtzeitig darauf aufmerksam zu machen (§ 1168a ABGB). Die Warnpflicht besteht sogar gegenüber einem sachkundigen Besteller (RZ 1978/67; SZ 45/75; 35/73; 4 Ob 558/81 aaO (FN 1); 1 Ob 732, 733/82 RZ 1984/15). Als allein für die ordnungsgemäße Durchführung der vertragsmäßig übernommenen Arbeiten verantwortliche Unternehmerin kann sich diese nicht darauf berufen, daß der sie beauftragende Bauführer mehr Fachwissen besitzen hätte müssen]; fehlerhafte Anbotsausschreibungsunterlagen und Anbot: 6 Ob 592/81 aaO (FN 46): Wird nach Teilkündigung des Vorunternehmers vom Besteller ein weiterer Unternehmer mit der Vervollständigung des Werkes beauftragt, so darf er sich nicht auf die falschen Vertragsangebotsunterlagen verlassen (Ringdrainage – Bodenprobe) BGH 8. 7. 1982, VII ZR 314/81 MDR 1983, 392]

[86] Vgl 1 Ob 692/77 aaO (FN 51); 1 Ob 621/78 aaO (FN 51); 5 Ob 662/80 aaO (FN 14)

[87] Vgl 5 Ob 533/83 = Entscheidungsteil 2.9; 7 Ob 790/82 (Aufklärungspflicht über mangelnde Arretierbarkeit von Schiebefenstern – die Arretierbarkeit in geöffnetem Zustand ist sonst an sich nur zum Schutz vor Windeinwirkung erforderlich – besteht nur, wenn der Auftraggeber daran in für den Auftraggeber erkennbarer Weise ein Interesse hat);

3 Ob 651/82 [Bestellte ein Eigenheimbauer beim Holzhändler Holz zum Verschalen und zur Herstellung einer Auffahrtsrampe, war es dem Händler nur auferlegt, sich Gedanken über diese beiden Verwendungszwecke zu machen. Es würde die Verkäufernebenpflichten überspannen, wenn er auch bedenken hätte müssen, daß der Käufer das gelieferte Holz für ihm nicht angegebene weitere Zwecke verwenden werde (an und für sich ist dies bei einer Holzlieferung ohnedies nahezu selbstverständlich, wofür dann aber nicht mehr der Verkäufer einzustehen hat, wenn der Käufer das gelieferte Holz unsachgemäß verwendet). Der Käufer durfte, gerade weil er hier Laie war, aus der Eignung des gelieferten Bauholzes für den einen Zweck nicht schließen, daß dieses auch für einen ganz anderen Zweck geeignet sein müsse, zur Errichtung tragender Konstruktionen einer Auffahrtsrampe. Der Verkäufer haftet nicht dafür, daß er dem Käufer zu für die gegebene Qualität angemessenen Preisen Holz liefert, das für die Herstellung einer Auffahrtsrampe nur teilweise oder nur bei Beachtung einer gewissen Sorgfalt verwendungsfähig gewesen wäre, das dann der Käufer ohne Wissen des Verkäufers für einen eindeutig weitaus gefahrenträchtigeren anderen Zweck benützte (vgl Koziol, Haftpflichtrecht[2] I 170)]; 1 Ob 603/84 aaO (FN 18) – Betonlieferant;

8 Ob 605/78 (Plexiglasgewächshausdach eines Gärtners war nach Schweißarbeiten in Brand geraten. Der Gärtner begehrte vom Verkäufer und Lieferanten Schadenersatz wegen Verletzung der Aufklärungspflicht. Im ersten Rechtsgang führte dazu der OGH aus: Ob der Verkäufer sich pflichtwidrig verhält, ist danach zu beurteilen, ob und in welchem Umfang er nach Treu und Glauben und den bestehenden Handelsbräuchen verpflichtet ist, den Käufer über Mängel der Ware aufzuklären. Eine Aufklärungspflicht ist dann anzunehmen, wenn Umstände vorliegen, die für den Entschluß des Käufers von solcher Bedeutung sind, daß er bei Kenntnis derselben den Vertrag nicht abgeschlossen hätte (SZ 41/174 ua). Der Umstand, daß ein Plexiglashaus leichter brennbar ist als ein normales Glashaus, stellt für sich allein keinen mitteilungspflichtigen Mangel dar, zumal einem solchen Nachteil eines Kunststoffproduktes andererseits Vorteile gegenüberstehen und es ganz allgemein nicht Sache des Verkäufers ist, den Käufer auf alle Vor- und Nachteile seiner Erzeugnisse gegenüber anderen Produkten hinzuweisen. Soll aber ein Plexiglashaus auf ein Haus als Dach aufgesetzt werden, dann stellt die Brennbarkeit von Plexiglas einen wesentlichen Mangel dar, der den in Aussicht genommenen Gebrauch als Hausdach im Hinblick auf die dort geltende BauO verhindert. Hat die Verkäuferin davon Kenntnis gehabt, daß der Käufer

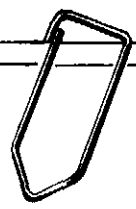
das zu bestellende Gewächshaus auf sein im Bau befindliches Haus als Dach aufsetzen wolle, traf sie die Aufklärungspflicht, daß ein Plexiglashaus wegen seiner Brennbarkeit nach den Bestimmungen der BauO nicht als Dach verwendet werden darf. Denn feuerpolizeiliche Vorschriften insb Verbote über die Verwendung bestimmter Dachdeckungsmaterialien sollen ganz allgemein dem Ausbruch und der Ausbreitung von Bränden (Schadensfeuern) entgegenwirken.]

[88] *Iro* aaO (FN 3), 507 f; 5 Ob 510/83 = Entscheidungsteil 2.8; 1 Ob 579/80 = Entscheidungsteil 2.2; SZ 55/48

[89] Der Warnpflichtige muß dem Besteller in einer für den Laien verständlichen Weise vor Augen führen, daß der Werkauftrag den gewünschten Erfolg nicht bewirken kann bzw welche Maßnahmen zusätzlich zur Erzielung des Erfolges getroffen werden müssen **(5 Ob 746, 747/81** – Wasserentkeimungsanlage). Besonders dann, wenn der Besteller sachunkundig ist, sind ihm die Folgen im einzelnen vor Augen zu führen, die mit einer Nichtbehebung des Mangels verbunden sind, um ihm dergestalt eine sachgerechte Entscheidung überhaupt darüber zu ermöglichen, ob allenfalls die Ausführung des Werkes überhaupt unterbleiben oder zusätzliche Aufträge erteilt werden sollen (1 Ob 583, 584/76 = Entscheidungsteil 2.1). Mit der Erklärung des Werkunternehmers, was vom Besteller zur Herstellung des Werkes benötigt wird, ist nicht notwendig schon gesagt, welche Folgen es für den Besteller haben kann, wenn ihm das Werk mangels Mitwirkung unvollständig übergeben wird und es von ihm in diesem Zustand in Gebrauch genommen wird. Eine Pflicht des Werkunternehmers zur Warnung des Bestellers vor dem Mißlingen oder der mit der unvollständigen Ausführung des Werkes verbundenen Gefahren kommt jedoch dort nicht in Betracht, wo diese offenkundig und für jedermann zugleich leicht erkennbar sind (4 Ob 549/79 Skibindungseinstellung ohne Mitwirkung des Läufers). Die Warnpflicht hat auch nachteilige, über das Werk hinaus wirkende Folgen zu umfassen.

[90] 6 Ob 545, 546/81 aaO (FN 1)

[91] 1 Ob 522/79 SZ 52/15; 4 Ob 558/81 aaO (FN 1)

Österreichischer Wirtschaftsverlag
Buchhandlung
1010 Wien, Stubenring 14
Telefon 52 58 53

Dr. Werner Leibacher
INVEST 1985
Der Ratgeber für Ihre Kapitalanlagen
250 Seiten **S 295,–**
Bestellen Sie bitte schriftlich oder telefonisch!