

# PRAKTISCHES

Wissenswertes und Aktuelles, Checklisten, Muster, Bau(rechts)lexikon: Rechtsbegriffe für Baupraktiker, Baubegriffe für Juristen

Geleitet von Hermann Wenusch

## WISSENSWERTES UND AKTUELLES

### Nachlese: OGH 29.6.2000, 8 Ob 97/00y

Eine einzige Entscheidung, die „Warnpflicht“, „Gewährleistung bzw Schadenersatz beim Werkvertrag“ und „Sowieso-Kosten“ erörtert.

#### Das Vorbringen der Parteien

Die Klägerin brachte im Wesentlichen vor, aufgrund eines mit dem Beklagten geschlossenen Werkvertrags für dessen Hotel ua einen Holzmosaikfußboden geliefert und verlegt zu haben.<sup>1</sup> Vom Rechnungsbetrag habe der Beklagte nur einen Teil gezahlt. Der Beklagte erwiderte, dass die von der Klägerin erbrachten Arbeiten mangelhaft seien; der verlegte Holzmosaikfußboden sei den Beanspruchungen nicht gewachsen.

#### Die Gerichte bis zum OGH

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab, wobei es folgenden Sachverhalt feststellte:

Die Klägerin hatte im Zuge des Um- bzw teilweisen Neubaues des Hotels des Beklagten die Generalplanung inne. Für den Bereich einer auch als Kellnerdurchgang verwendeten Tanzfläche hatte die Klägerin wegen der zu erwartenden starken Beanspruchung zunächst die Verlegung eines keramischen Bodens vorgeschlagen. Der Beklagte wünschte aber auch in diesem Bereich einen Parkettboden. Über die erhöhte Beanspruchung wurde gesprochen. Da sich unmittelbar neben dem Lokal eine Schüßungswiese befindet, musste damit gerechnet werden, dass Gäste das Lokal mit Schischuhen betreten.

Der Boden wurde normgerecht verlegt und dem Stand der Technik entsprechend versiegelt. Er wies jedoch bald nach der Lokaleröffnung derartig viele Kratzspu-

ren und Unebenheiten auf, dass er unansehnlich wurde. Dies war vor allem auf das Begehen des Bodens mit Bleistiftabsätzen und mit Schischuhen bzw dadurch mitgetragene Steinchen zurückzuführen.

Die Klägerin hat den Beklagten vor der Verlegung des Bodens nicht darauf hingewiesen, „dass die Gefahr besteht, dass der Boden durch die genannten mechanischen Einwirkungen innerhalb einiger Wochen unansehnlich wird“. Auch bei einer Neuverlegung könnte die Holzqualität und die Versiegelung nicht besser gewählt werden.

Das Erstgericht vertrat die Rechtsauffassung, dass der Besteller Verbesserung verlangen könne, falls diese nicht einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordere. Dem Verbesserungsbegehren habe die Klägerin nicht entsprochen, sodass dem Beklagten die Einrede des nicht erfüllten Vertrages zustehe. Hinsichtlich des Parkettbodens habe die Klägerin nicht ihrer Warnpflicht nach § 1168a ABGB entsprochen. Dass keine Warnpflicht bestanden habe bzw dass den Beklagten ein Mitverschulden treffe, sei nicht behauptet worden.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Es übernahm die erstgerichtlichen Feststellungen und billigte die Rechtsauffassung des Erstgerichtes, dass die Klägerin im Zusammenhang mit dem Parkettboden ihre Warnpflicht verletzt habe. Habe der Unternehmer seine Warnpflicht verletzt, verliere er seinen Anspruch auf das Entgelt, sofern der Besteller nicht die (mögliche) Verbesserung des Werkes verlange. Der Beklagte habe die Verbesserung der genannten Mängel bzw Schäden begehrt, sodass das Entgelt derzeit zumindest nicht fällig sei.

Es liege ein Werkvertrag vor. Demgemäß dürfe der Beklagte den Werklohn bis zur gehörigen Erfüllung (Verbesserung) zurückbehalten. Schikanöse Rechtsausübung könne dem Beklagten – abgesehen davon, dass

<sup>1</sup> Tatsächlich wurden viele verschiedene Leistungen erbracht und viele Mängel gerügt – die gegenständliche Darstellung beschränkt sich allerdings auf den Holzmosaikfußboden.

sich die Klägerin darauf gar nicht berufen habe – nicht vorgeworfen werden.

Die ordentliche Revision sei nicht zuzulassen, weil sich das Berufungsgericht an der herrschenden Judikatur orientiert habe.

Gegen dieses Urteil richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin.

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

Die Revision wird zugelassen, weil das Berufungsgericht die Rechtslage verkannt hat. Das Berufungsurteil wird aus prozessrechtlichen Gründen aufgehoben, zum betroffenen Parkettboden werden aber trotzdem Aussagen getroffen:

Es ist unbestritten, dass der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nach bürgerlich-rechtlicher Qualifizierung als Werkvertrag anzusehen ist. Schon jetzt kann aber gesagt werden, dass diese Frage für die Einwände des Beklagten betreffend den unansehnlich gewordenen Parkettboden nicht entscheidend ist. Dies sind jene Einwände, hinsichtlich derer die Vorinstanzen im Ergebnis davon ausgegangen sind, dass die Leistungen bzw. Lieferungen der Klägerin der Vereinbarung zwischen den Parteien entsprechen habe, dass allerdings diese Vereinbarungen nur deshalb zustande gekommen seien, weil die Klägerin insofern ihrer Warnpflicht nicht nachgekommen sei.

Die in § 1168a ABGB normierte Warnpflicht des Werkunternehmers ist kein Ausfluss der Gewährleistung. Sie ist eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht des Unternehmers, die auch schon vor Vertragsabschluss besteht. Sie besteht immer dann, wenn die Gefahr besteht, dass das Werk infolge dem Unternehmer bekannter Umstände misslingt und dem Besteller dadurch ein Schaden entsteht. Verletzt der Unternehmer schuldhaft seine Warnpflicht, verliert er nicht nur den Anspruch auf das Entgelt; er hat auch den weitergehenden Schaden des Bestellers zu ersetzen.

Dem von den Vorinstanzen angenommenen Verbesserungsanspruch des Beklagten, der mit entscheidend für die Annahme der mangelnden Fälligkeit des restlichen Werklohns war, fehlt es allerdings unter den gegebenen Umständen hinsichtlich der geltend gemachten Mängel bislang an einer rechtfertigenden Grundlage. Das Begehren des Beklagten auf Behebung dieser Mängel überschreitet nämlich die Grenzen des Vertrages, in dem ja die Parteien – wenn auch im Gefolge einer Warnpflichtverletzung durch die Klägerin – gerade das vereinbarten, was von der Klägerin hergestellt bzw. geliefert wurde. Ganz deutlich wird dies beim Parkettboden, der nach den Feststellungen in bester Qualität und Ausführung verlegt wurde, sodass klar ist, dass eine Verbesserung des Werkes nur in der Herstellung eines bislang nicht vereinbarten Bodens bestehen kann.

Daran muss der Verbesserungsanspruch nicht scheitern; doch bedarf die begehrte Änderung des Vertrags-

gegenstandes einer auf Rechtsgestaltung abzielenden irrtumsrechtlichen Erklärung des Beklagten, weil die in Verletzung der vorvertraglichen Warnpflicht unterlassene Aufklärung des Bestellers zu dessen Geschäftsirrtum führte, das der Bestellung entsprechende Werk werde auch mängelfrei sein. Der Besteller müsste geltend machen, er hätte, wäre ihm vom Werkunternehmer bei den Vertragsverhandlungen vor Augen gehalten worden, welche Folgen die Herstellung des Werkes unter den vereinbarten Gegebenheiten haben werde, den Vertrag mit jenem Inhalt geschlossen, der ihn des streitauslösenden Risikos – gegebenenfalls bei entsprechendem Mehraufwand (den „Sowieso“-Kosten) enthoben hätte. Hätte der Beklagte – wäre die Klägerin ihrer Warnpflicht nachgekommen – einen vom bestellten und auftragsgemäß hergestellten Werk abweichenden bzw. Zusatzauftrag erteilt, der zu einem einwandfreien Ergebnis geführt hätte, könnte er daher die Ergänzung des bestellten und auftragsgemäß hergestellten Weges im Wege irrtumsrechtlicher Vertragsanpassung (§ 872 ABGB), nicht aber im Wege der Gewährleistung (§ 1167 ABGB) erzwingen.

Eine solche Vertragsanpassung führt aber nicht nur zu einer Änderung der Werkleistung, sondern gegebenenfalls auch zu einer Erhöhung des Entgelts, die den sogenannten „Sowieso-Kosten“ entspricht. Eine entsprechende Prozessklärung hat aber der Beklagte, der sich in diesem Zusammenhang bislang auch nicht in nachvollziehbarer Weise auf den Wegfall des die in Rede stehenden Leistungen betreffenden Entgeltanspruchs berufen hat, nicht abgegeben. Überhaupt blieb die hier aufgezeigte Problematik im bisherigen Verfahren völlig unerörtert, sodass auch jegliches Vorbringen der Parteien dazu fehlt, welcher Teil des aushaftenden Werklohnes auf die in Rede stehenden Leistungen entfällt. Auch insoweit ist es daher zunächst erforderlich, die Sach- und Rechtslage mit den Parteien zu erörtern und ihnen Gelegenheit zu entsprechendem Vorbringen zu geben.

#### **Bemerkung**

Die Entscheidung ist nahezu ein „Bilderbuchbeispiel“ dafür, dass es bei einem Werkvertrag ausschlaggebend ist, ob die vom Unternehmer zu erbringende Leistung funktional oder konstruktiv beschrieben ist: Wird ein Parkettboden geschuldet, so liegt kein gewährleistungsrechtlicher Mangel vor, wenn er der Belastung nicht gewachsen ist, obwohl er einwandfrei geliefert und verlegt wurde – eine Mangelbehebung durch Austausch gegen einen keramischen Boden scheidet aus, weil ein solcher eben nicht geschuldet wurde (konstruktive Beschreibung). Ganz anders läge der Fall natürlich, wenn bloß die Verlegung eines geeigneten Belags geschuldet worden wäre (funktionale Beschreibung).

Die Entscheidung macht deutlich, dass bei der Auswahl der Begriffe Vorsicht walten sollte – der OGH selbst ist

diesbezüglich etwas schlampig, was bei in starren Definitionen denkenden Technikern häufig zu Verwirrung führt. Zunächst sollte man zwischen „mangelhaft“ und „ungeeignet“ unterscheiden. Gegenständlich ist der Parkettboden nicht mangelhaft, aber trotzdem ungeeignet. Weiters sollte der Begriff „Verbesserung“ mit Bedacht gewählt werden, weil er mehrdeutig ist. Keinesfalls sollte man davon sprechen, dass Mängel zu verbessern sind. Die Verbesserung eines Mangels würde nämlich

nur zu einem „besseren“ Mangel führen. Mängel sind also nicht zu verbessern, sondern zu beheben. Verbessert man das Werk, so kann dies aber entweder so verstanden werden, dass Mängel behoben werden, oder dass das Werk überhaupt mehr leistet als zuvor, also ertüchtigt wird. Der Fußboden wird zweifelsfrei verbessert, wenn der Holz- durch einen keramischen Belag ausgetauscht wird – der Parkettboden an sich wird aber dadurch natürlich nicht verbessert.

Hermann Wenusch