

Hermann Wenusch

DIE WARNPFLICHT DES UNTERNEHMERS BEI SACHVERSTÄNDIG BERATENEM WERKBESTELLER

Unter Berufung auf die Warnpflicht wird oft der Unternehmer für Mehrkosten verantwortlich gemacht, obwohl die „erste“ Ursache gar nicht von ihm gesetzt wurde. Dabei führt eine extensive Auslegung der Warnpflicht dazu, daß der Besteller für verschiedene Leistungen doppelt zahlen muß. Abgesehen davon wird der Wortlaut des Gesetzes, das von „offenbarer“ Untauglichkeit spricht, überstrapaziert.

1. Der Wortlaut des Gesetzes

§ 1168 a ABGB bestimmt, daß das Mißlingen eines Werkes den Unternehmer trifft, wenn er den Besteller nicht warnte, daß von diesem beigelegter Stoff untauglich ist oder daß von diesem erteilte Anweisungen unrichtig sind, sofern die Untauglichkeit oder die Unrichtigkeit offenbar ist.

Die Bedeutung des Begriffes „offenbar“ wird dabei sowohl von der Lehre als auch Rsp weit über das hinaus ausgedehnt, was gemeinhin darunter verstanden wird,¹⁾ nämlich jedermann klar ersichtlich, offensichtlich, augenscheinlich und offen zutage tretend.²⁾ Es wird vielmehr eine besondere Prüf- und Untersuchungspflicht des Unternehmers angenommen.³⁾ Begründet wird diese Pflicht vor allem durch die Haftung des Sachverständigen gemäß § 1299 ABGB. Dabei wird kaum unterschieden, ob der Besteller (zB Bauherr) sachverständig⁴⁾ (zB durch einen Architekten, Statiker und dgl) beraten wurde oder nicht.⁵⁾

Es erscheint zunächst höchst fraglich, ob es zulässig ist, die rechtliche Bedeutung eines Begriffes so weit von dessen umgangssprachlicher Bedeutung entfernt anzuordnen. Hätte der Gesetzgeber nämlich auf den Sachverstand des Unternehmers abstellen wollen, so hätte er statt „offenbar“ wohl recht einfach die Formulierung „dem Unternehmer erkennbar“ verwenden können.⁶⁾ Eine solche Auslegung des Begriffes kann aber darüber hinaus auch aus einem anderen, nicht so „kleinlichen“ Grund nicht richtig sein, wenn der Besteller sachverständig vertreten wird.⁷⁾ Es würde dadurch nämlich (in der weit überwiegenden Mehrzahl der Fälle) der Wille der Parteien nicht berücksichtigt, der wohl ohne Zweifel von deren wirtschaftlichen Interessen beeinflusst ist.⁸⁾

2. Doppelte Bezahlung für verschiedene Einzelleistungen?

Das Entgelt, das beispielsweise ein Bauherr seinem Architekten⁹⁾ bezahlt, gebührt bei analytischer Betrachtung für viele einzelne Teilleistungen (wobei

der Begriff „Leistung“ hier äußerst weit aufzufassen ist), nämlich für dessen Kenntnisse (auf den verschiedensten Gebieten, wie Bautechnik, Baustofflehre, Raumordnung, Baurecht usw) und Fähigkeiten (beispielsweise Kreativität und künstlerischer Ausdrucks- und Gestaltungsfähigkeit), Verrichtungen (wie Erstellen von Plänen und Ausschreibungen, Behördenwege usw) sowie die Übernahme des Risikos bei Fehlleistungen Schadenersatz leisten zu müssen.

Entfällt irgendeine dieser Leistungen, so entfällt naturgemäß auch der darauf entfallende Anteil des Entgelts; kommen Leistungen hinzu, so erhöht sich das gebührende Entgelt dementsprechend.

Gleich wie beim Architekten kann man auch die vom Bauunternehmer geschuldete Leistung in „finite Elemente“ teilen. Besonders dann, wenn man eine umfangreiche Prüf- und Untersuchungspflicht des Bauunternehmers unterstellt, wird man feststellen, daß sich Elemente der Leistung des Bauunternehmers mit solchen der Leistung des Architekten decken. Das bedeutet nichts anderes, als daß der Bauherr für eben diese Elemente doppelt bezahlt; jedes Element hat nämlich seinen Preis.

Es dürfte oft übersehen werden, daß jede übernommene Pflicht auch Kosten verursacht. Entweder direkt oder offensichtlich dadurch, daß Leistungen erbracht werden müssen. Oder indirekt – quasi als Ver-

1) Vgl dazu beispielsweise *Wermke*, DUDEN Deutsches Universal Wörterbuch³, 1095.

2) Unverständlich ist daher beispielsweise *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers ÖJZ 1983, 505 ff, der die Verwendung des Wortes „offenbar“ als Stütze für die Verpflichtung zu sorgfältigem Vorgehen und zu einer Prüfpflicht sieht (obwohl die Bedeutung des Wortes später – dem umgangssprachlichen Gehalt nahekommend – dazu verwendet wird, den Umfang der Prüfpflicht zu beschränken).

3) Einen Überblick über Literatur und Judikatur in Österreich findet sich beispielsweise in *Schwarz*, Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht 36 ff.

Für die ähnliche Rechtslage in Deutschland vgl beispielsweise *Heiermann et al*, Handkommentar zur VOB⁹ B § 4 Rz 46 ff.

4) Als sachverständiger Berater kann nur jemand gelten, der (ausdrücklich) die Interessen des Bestellers vertritt (vgl dazu die Ausführungen zum „Repräsentanten“ in *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 513).

5) Siehe aber *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505 ff.

6) Dabei wäre sogar noch eine feine Abstimmung möglich gewesen, je nach dem, was tatsächlich gewünscht wird: „dem Unternehmer sofort erkennbar“, „dem Unternehmer leicht erkennbar“, „dem Unternehmer nicht schwer erkennbar“.

7) Die Leistungen des Sachverständigen wären als vom Bauherrn beigelegter Stoff oder erteilte Anweisung Gegenstand der Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers.

8) Rudimentäre Berücksichtigung beispielsweise in *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 507.

9) Weshalb weiters exemplarisch nur von Architekten gesprochen wird, ist ausschließlich in deren weitem Sachverstand begründet, der diese Berufsgruppe als Betrachtungsobjekt prädestiniert. Die Ausführungen gelten aber selbstverständlich für jeden Sachverständigen, wie insb Ziviltechniker (Statiker etc).

sicherungsprämie – für die Übernahme eines Risikos. Je mehr Pflichten man also einem Unternehmer aufbürdet, desto teurer wird das Werk.

Nun kann wohl nicht leicht unterstellt werden, daß jemand für ein und dieselbe Leistung zweimal zahlen möchte, da dies dem ökonomischen Prinzip vollkommen widerspricht, „ein bestimmtes Ziel mit minimalem Einsatz an Mitteln zu erreichen“.¹⁰⁾ Ein Bauunternehmer wird daher mit gutem Grund annehmen dürfen, daß ein Bauherr, der bereits einen Spezialisten bezahlt hat, nicht schon zuvor empfangene (und bezahlte!) Leistungen noch einmal bestellt, wofür er noch einmal zahlen müßte.¹¹⁾ Diese Feststellung wird noch dadurch untermauert, daß der Bauherr in einem Schadensfall, der vom Architekten und vom Bauunternehmer zu vertreten ist, nichts gewinnen würde:¹²⁾ Er würde (die imaginäre Versicherungsprämie) quasi doppelt bezahlen, erhält seinen Schaden aber nur einmal vergütet.¹³⁾

In Ausnahmefällen mag der Bauherr zwar durchaus wünschen, für eine Leistung doppelt zu bezahlen, wie er etwa auch zwei Architekten oder Statiker beschäftigen kann, doch ist dies nicht ohne weiteres zu erwarten und wäre daher besonders zu vereinbaren,¹⁴⁾ weil im allgemeinen wohl niemand von seinem Vertragspartner ein grundsätzlich unökonomisches Verhalten erwarten muß. Eine mögliche Prüf- und Untersuchungspflicht umfaßt also grundsätzlich keinesfalls solche Leistungen, für die schon jemand bezahlt wurde.

In diesem Zusammenhang wird klar, daß das Wort „offenbar“ auch rechtlich so verstanden werden kann, wie es allgemein zu verstehen ist: Der Unternehmer soll den Besteller vor beigelegten Stoffen und Anweisungen warnen, deren Untauglichkeit bzw. Unrichtigkeit ihm (ohne besondere Untersuchung!) sofort auffallen. Der Unternehmer darf den Besteller nicht „ins offene Messer laufen lassen“, etwa um sich dadurch Zusatzaufträge (zB zur Behebung von Schäden oder durch die Ausführung von Sanierungsarbeiten) zu sichern.

Wenn eine umfassende Prüf- und Untersuchungspflicht des Unternehmers überhaupt besteht, dann sicher nur bei einem nicht sachverständig beratenen Besteller,¹⁵⁾ da bei diesem das Argument der Doppelzahlung nicht gilt.¹⁶⁾

3. Haftung des sachverständigen Beraters des Bestellers gegenüber dem Unternehmer

Ein weiterer Gedanke kann zur Unterstützung der Behauptung herangezogen werden, daß der Begriff „offenbar“ eine detaillierte sachverständige Prüfung und Untersuchung durch den Unternehmer – zumindest jedenfalls eine intensive Kontrolle vorgelagerter Arbeiten – nicht umfaßt: Die Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten.¹⁷⁾ So erkannte¹⁸⁾ der OGH richtig, daß ein Sachverständiger für sein Werk (in dem entschiedenen Fall zwar ein Schätzgutachten, doch ist der Unterschied unwesentlich) auch gegenüber Dritten haftet, wenn er damit rechnen muß, daß sein Werk maßgebliche Grundlage für die Entscheidung von Dritten sein wird.¹⁹⁾ Beispielsweise wird ein Architekt – der wohl ohne Zweifel als Sachverständi-

ger angesehen werden darf²⁰⁾ – im allgemeinen nicht damit rechnen dürfen, daß sein Auftraggeber, der Bauherr, selbst Schaufel, Kelle, Ziegel und Zement zur Hand nehmen wird. Er muß aber damit rechnen, daß ein Bauunternehmer aufgrund der gelieferten Pläne zunächst kalkuliert und dann baut. Er muß danach dem Bauunternehmer gegenüber haften, wenn diese vom Bauherrn in Anspruch genommen wird, weil er (der Bauunternehmer) einen Architektenfehler nicht erkannte. Der Architekt könnte dabei ebenso kein Mitverschulden des Bauunternehmers einwenden, wie er dies nicht kann, wenn sein Auftraggeber gleichzeitig Bauherr und Bauunternehmer ist (bestünde eine Prüfpflicht des Bauunternehmers, so bestünde diese ausschließlich gegenüber dem Bauherrn).²¹⁾

Bestünde eine weitgehende Prüfpflicht des Unternehmers, derzufolge er eigentlich (ursprünglich) vom Architekten zu verantwortende Fehler gegenüber dem Bauherrn zu tragen hätte, so könnte er dafür beim Architekten Regreß nehmen. Es ist nicht einzusehen, wieso eine solch komplizierte Konstruktion gewählt werden soll, wenn genau das gleiche Ergebnis auch auf einfachem Weg – sprich durch restriktive Auffassung des Begriffes der Prüfpflicht – zu erreichen ist.

In letzter Zeit erkannte auch die Rsp – zumindest in Ansätzen –, daß eine alleinige Verantwortung des Unternehmers für Fehlleistung eines anderen nicht sachgerecht sein kann. Die Haftung des Unternehmers wurde dementsprechend bei Verschulden des sachverständigen Beraters eingeschränkt, dessen Fehlleistung sich der Besteller zurechnen lassen muß.²²⁾ Im Ergebnis mag dies zumindest teilweise befriedigen, doch stellt sich die Frage, ob diese eher umständliche Konstruktion wirklich notwendig und sinnvoll ist und die Interessen der Beteiligten widerspiegelt.

10) Vgl dazu beispielsweise *Schierenbeck*, Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre⁷, 3.

11) Daß sich ein Bauherr vom ökonomischen Prinzip leiten läßt, ist besonders dort offensichtlich, wo dieser die Bauleistung öffentlich ausschreibt; er gibt damit eindeutig zu erkennen, daß er den niedrigsten Preis für das angestrebte Bauwerk zahlen will.

12) Nimmt man den Fall aus, daß der Bauherr fürchtet, daß nur Architekt und Bauunternehmer gemeinsam in der Lage sind, den Schaden zu ersetzen.

13) Vergleichbar wäre dies mit einer Person, die zwei Kaskoversicherungen für ihr Auto abschließt.

14) Vgl dazu etwa Pkt 2.8.2 der ÖNORM B 2110.

15) Oder auch dann, wenn der Architekt nur den künstlerischen Entwurf, der Bauunternehmer aber die gesamte Ausführungsplanung erstellte.

16) Bei einem selbst sachverständigen Besteller kommt es auf den konkreten Einzelfall an: Möchte der Besteller – etwa aufgrund beschränkter Kapazitäten – sich selbst mit dem Werk nicht beschäftigen, so kann eine Prüfpflicht denkbar sein. Beschäftigt sich der sachverständige Besteller jedoch selbst mit dem Werk, so ist seine Prüfpflicht nicht denkbar.

17) Vgl dazu auch *Wilhelm*, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, *ecolex* 1991, 87.

18) 7 Ob 513/96.

19) Eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten räumt der OGH übrigens bereits zumindest seit 4 Ob 111/34 ein.

20) Als Sachverständiger, der besondere Kenntnis und Verlässlichkeit verspricht, muß sicher jeder gelten, der das Bundeswappen führt.

21) Wird ein Architekt von einem Bauunternehmer beauftragt, der selbst ein Gebäude errichten will und dieses auch selbst herstellt, so kann der Architekt sich zur Abwendung von Schadenersatzansprüchen nicht darauf berufen, daß sein Auftraggeber sachkundig war.

22) Siehe beispielsweise zunächst 1 Ob 690/84 und 3 Ob 548/86 und zuletzt 6 Ob 2144/96 d.