

# TE OGH 1986/11/6 70b686/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.11.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr.Flick als Vorsitzenden und durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof.Dr.Petrasch und die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr.Wurz, Dr.Warta und Dr.Egermann als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Simon W\*\*\*, Spenglerei, Kundl, Haus Nr.362, vertreten durch Dr.Anton Schiessling, Rechtsanwalt in Rattenberg, wider die beklagte Partei Josef S\*\*\*, Hotelier, Ischgl, Hotel S\*\*\*, vertreten durch Dr.Alois Fuchs, Rechtsanwalt in Landeck, wegen 166.336,27 S s. A., infolge Rekurses der klagenden Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgerichtes vom 30. Juli 1986, GZ.1 R 169/86-35, womit das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 24.Februar 1986, GZ.16 Cg 461/84-30, aufgehoben wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Verfahrens vor dem Obersten Gerichtshof sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Der Beklagte hat die Planung und Bauleitung für einen Wohnungs- und Hotelbau dem Architektenbüro W\*\*\* & Partner übertragen. Dieses Büro beauftragte die Klägerin mit der Durchführung der Spengler- und Isolierarbeiten zu einer Auftragssumme von 413.700 S. Im Zuge der Erfüllung dieses Auftrages waren auch die Isolierarbeiten am Zubau für die Privatwohnung des Beklagten auszuführen. Anschließend war vorgesehen, daß eine Firma L\*\*\* die von der Klägerin isolierte Stahlbetondecke mit Erdmaterial zur Gänze überschüttet. Bei der Überschüttung hat ein Vorarbeiter der Klägerin den Beklagten darauf hingewiesen, daß bei einer Beschüttung in dieser Form die Isolierung beschädigt werden könne und die Beschüttung daher nicht auf diese Weise vorgenommen werden solle. Da die Beschüttung doch vorgenommen wurde, traten Mängel an der Isolierung auf. Es kam daher zwischen der Klägerin und Architekt W\*\*\* zu einer Besprechung über die Art der Sanierung, die zu einer Vereinbarung mit dem Inhalt führte, daß die Schüttung wieder entfernt und dann eine verbesserte Isolierung aufgebracht werde. Bei Abschluß dieser Vereinbarung war allen Beteiligten bekannt, daß die Isolierung dann wiederum mit Erdmaterial überschüttet wird.

Im Oktober 1981 wurde von der Klägerin nach der Entfernung der Beschüttung die Isolierung nach der neuen Vereinbarung angebracht. Diese Arbeiten führte die Klägerin mängelfrei durch. Nach Fertigstellung der zweiten Isolierarbeiten wurde über Anordnung der Bauleitung auf die ebene Dachfläche ein Schutzbeton aufgebracht und schließlich der gesamte Zubau wieder von der Firma L\*\*\* maschinell überschüttet. Auf Grund dieser Beschüttung

traten im Laufe der Zeit Setzungen auf, die schließlich Einrisse der Dachfolie bewirkten. Diese Einrisse hätten durch die Anbringung eines entsprechend armierten und aufgehängten Schutzbetons verhindert werden können. Die zweite Isolierung war von der Klägerin zwischen dem 27.10. und 29.10.1981 ausgeführt und am 30.12.1981 mit 84.392,60 S in Rechnung gestellt worden. Für die später entfernte Erstisolierung dieser Fläche hatte die Klägerin 44.262,79 S verrechnet.

Im Zuge der von der Klägerin ebenfalls ausgeführten Dachdeckerarbeiten war es zu einem Mangel gekommen, für dessen Beseitigung der Beklagte 10.000 S aufwenden mußte.

Im Februar 1982 kam es im Haus des Beklagten zu einer Abrechnungsbesprechung, an der Vertreter der Firma W\*\*\* & Partner sowie der Klägerin und der Beklagte teilnahmen. Bei dieser Besprechung wurden 7 Teilrechnungen der Klägerin, darunter auch die oben erwähnte über 84.392,60 S für die Anbringung der zweiten Isolierung, überprüft. Einvernehmlich wurden für die Mängel bei der ersten Isolierung von Architekt W\*\*\* 33.500 S abgezogen. Weiter zog Architekt W\*\*\* 6.000 S für Inseratkosten, 3.158,40 S für Essen und Getränke ab, sodaß eine Nettosumme von 404.011 S verblieb. Unter Abzug eines 2 %-igen Nachlasses und 3 % Skonto ergab sich ein Betrag von 384.052,86 S zuzüglich 18 % Mehrwertsteuer, sohin eine Endsumme von 453.181,27 S. Auf diesen Betrag hatte der Beklagte bereits 101.845 S geleistet. Als noch offene Restsumme verblieben 351.336,27 S. Durch einen weiteren Nachlaß bei sofortiger Bezahlung verminderte sich der offene Restbetrag auf 340.000 S. Der Beklagte übergab dem Vertreter der Klägerin einen Scheck in dieser Höhe. Die Klägerin war mit allen hier angeführten Abzügen und mit dem gemeinsam ermittelten, noch offenen Endpreis einverstanden. Am nächsten Tag ließ der Beklagte jedoch den Scheck sperren, sodaß der Klägerin der Betrag von 340.000 S nicht ausbezahlt wurde. Im Zuge des erstgerichtlichen Verfahrens leistete der Beklagte eine weitere Zahlung von 175.000 S.

Die Klägerin begehrte im erstgerichtlichen Verfahren schließlich den Zuspruch von 229.092,72 S samt Anhang.

Der Beklagte wendete unter anderem Gegenforderungen bis zur Höhe der Klagsforderung mit der Begründung ein, ihm sei durch die Beschädigungen der Isolierung ein Schaden in dieser Höhe erwachsen. Das Erstgericht hat ausgesprochen, daß die Klagsforderung mit 176.336,27 S, die eingewendete Gegenforderung mit 10.000 S zu Recht bestehe und demnach den Beklagten unter Abweisung des Mehrbegehrens zur Zahlung eines Betrages von 166.336,27 S samt Anhang verurteilt. Hierbei vertrat es die Rechtsansicht, die Schäden an der Isolierung seien nicht auf eine Verletzung der Warnpflicht der Klägerin zurückzuführen, weil die Klägerin vor Vornahme der ersten Beschüttung auf die Gefahr einer solchen Beschüttung hingewiesen habe und daher dem Beklagten auch vor der zweiten Beschüttung habe klar sein müssen, daß die Gefahr einer neuerlichen Beschädigung bestehe. Demnach sei die Klägerin vor Vornahme der zweiten Isolierarbeiten nicht zu einer Warnung verpflichtet gewesen. Der Zuspruch errechne sich aus dem bei der Besprechung im Februar 1982 anerkannten Betrag vom 351.336,27 S abzüglich der festgestellten geleisteten Zahlungen sowie des oben erwähnten Betrages von 10.000 S wegen einer Schlechtausführung. Ein weiterer Abzug von der noch offenen Restsumme von 351.336,27 S auf 340.000 S sei nicht vorzunehmen, weil diese Reduktion nur unter der Bedingung sofortiger Zahlung vereinbart gewesen sei. Durch die Sperrung des Schecks sei eine sofortige Zahlung verhindert worden.

Das Berufungsgericht hob das erstgerichtliche Urteil unter Rechtskraftvorbehalt auf. Es führte hiebei aus, grundsätzlich bestehe die Warnpflicht des Unternehmers auch gegenüber einem sachkundigen Besteller. Der Umstand, daß die Klägerin vor der ersten Beschüttung des Daches auf eine Gefahr verwiesen habe, hätte sie nicht von der Verpflichtung zu einer neuerlichen Warnung vor der zweiten Isolierung befreit, weil diese Isolierung anders ausgeführt worden sei als die erste, weshalb der Besteller allenfalls damit rechnen hätte können, daß die Art der nunmehrigen Isolierung einer Beschüttung eher standhalten werde als die frühere Isolierung. Im übrigen sei der Klägerin hier ein neuer Auftrag erteilt worden, für dessen Ausführung sämtliche Bestimmungen des Werkvertrages gelten, sohin auch die Regelung des § 1168 a ABGB. Daß die Warnpflicht im konkreten Fall nicht bestanden habe, müsse der Unternehmer behaupten und beweisen. Mangels eines solchen Beweises sei von einer Verletzung der Warnpflicht der Klägerin bezüglich der zweiten Isolierung auszugehen. Es müsse demnach der aus dieser Pflichtverletzung entstehende Schaden festgestellt werden. Ferner werde zu prüfen sein, ob und inwieweit den Beklagten ein Mitverschulden an dem eingetretenen Schaden treffe. In diesem Zusammenhang müsse auch das Vorbringen der Klägerin im Verfahren erster Instanz geprüft werden, wonach die Klagsforderung ausdrücklich auch auf den Rechtsgrund des Anerkenntnisses gestützt werde.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der von der Klägerin gegen die Entscheidung des Berufungsgerichtes erhobene Rekurs ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat die Rechtslage bezüglich der Warnpflicht des Unternehmers richtig dargestellt. Mißlingt das Werk infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist gemäß § 1168 a ABGB der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat. Diese Warnpflicht besteht auch gegenüber sachkundigen oder sachverständigen Bestellern (Krejci in Rummel, Rdz 32 zu § 1168 a, JBl.1984,556 ua). Der Unternehmer hat sowohl ein allfälliges Mitverschulden des Bestellers als auch den Umstand zu beweisen, daß die Warnung im Einzelfall nicht erforderlich gewesen wäre (Krejci in Rummel, Rdz 29 zu § 1168 a, SZ 45/75, SZ 54/179 ua).

Richtig hat das Berufungsgericht erkannt, daß die Klägerin den ihr obliegenden Beweis der Entbehrlichkeit der Warnung nicht erbracht hat. Nach dem Rechtsstandpunkt der Klägerin soll im zweiten Fall die Warnpflicht deshalb nicht bestanden haben, weil der Beklagte anlässlich der ersten Beschüttung auf die Gefährlichkeit dieses Vorganges für die Isolierung hingewiesen hat. Demnach hätte dem Beklagten bekannt sein müssen, daß eine solche Beschüttung auch für die neue Isolierung mit denselben Gefahren verbunden gewesen wäre, wie die erste Beschüttung. Dies ist aber schon deshalb nicht zwingend, weil die durch die Beschüttung ausgelösten Beschädigungen der Isolierung Gegenstand einer Besprechung waren und der Klägerin im Zuge dieser Besprechung der Auftrag erteilt wurde, eine neue Isolierung auf eine andere Art als die erste Isolierung herzustellen. Hierbei war allen klar, daß nach Herstellung der zweiten Isolierung neuerlich eine Beschüttung folgen werde. Auf Grund dieses Sachverhaltes hätte der Beklagte ohne weiters der Annahme sein können, daß die Art der neuen Isolierung bereits im Hinblick auf die geplante Beschüttung gewählt worden sei und daß daher eine solche Beschüttung keine Gefahr für die neue Isolierung darstelle. Dies hätte auch die Klägerin in Betracht ziehen müssen, welcher Umstand ihre Warnpflicht ausgelöst hat. Daß allenfalls ein zu berücksichtigendes Mitverschulden des Beklagten vorliegen könnte, hat das Berufungsgericht ohnedies so ausgeführt und dem Erstgericht eine Prüfung dieser Frage aufgetragen. Die Ausführungen des Rekurses versuchen nun ein der Klägerin genehmes Ergebnis dieser dem Erstgericht aufgetragenen Prüfung vorwegzunehmen. Sie sind daher nicht geeignet, die Richtigkeit der berufungsgerichtlichen Entscheidung in Frage zu stellen.

Im Rekurs kommt die Klägerin auf die Behauptung eines Anerkenntnisses (allenfalls Vergleiches) ihrer Forderung nicht mehr zurück. Tatsächlich hat das Erstgericht eingehende Feststellungen über das Ergebnis der Besprechung vom Februar 1982 getroffen, die als ein rechtswirksamer Vergleich über die klägerische Forderung zu diesem Zeitpunkt zu werten sind. Dies führt dazu, daß die Höhe der klägerischen Restforderung als solche nicht mehr mit Erfolg bestritten werden kann. Davon geht aber auch das Berufungsgericht aus. Es erachtet lediglich die Gegenforderung des Beklagten wegen der an der zweiten Isolierung verursachten Schäden als klärungsbedürftig. Daß eine Gegenforderung wegen der Beschädigung der ersten Isolierung keinesfalls gerechtfertigt wäre, ergibt sich schon daraus, daß diese Schäden Gegenstand der Vereinbarung vom Februar 1982 waren, weil einvernehmlich 33.500 S für die diesbezüglichen Schäden abgezogen wurden. Ob die an der zweiten Isolierung entstandenen Schäden Gegenstand der damaligen Verhandlungen waren bzw. ob diese Verhandlungen derart verstanden werden mußten, kann den erstrichterlichen Feststellungen nicht entnommen werden. Es ist also richtig, daß diese Frage noch aufklärungsbedürftig ist.

Die Entscheidung des Berufungsgerichtes erweist sich sohin als richtig.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 52 ZPO.

## **Anmerkung**

E09640

## **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1986:0070OB00686.86.1106.000

## **Dokumentnummer**

JJT\_19861106\_OGH0002\_0070OB00686\_8600000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)