

# TE OGH 1986/9/3 3Ob548/86

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 03.09.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Kinzel als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Hule, Dr. Warta, Dr. Klinger und Mag. Engelmaier als Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Elisabeth von P\*\*\*, Eigentümerin von land- und forstwirtschaftlichen Liegenschaften, 8761 Pöls, Gusterheim, vertreten durch Dr. Herbert Richter, Dr. Franz Marschall, Rechtsanwälte in Wien, wider die beklagte Partei Republik Österreich (Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen) vertreten durch die Finanzprokuratur, 1011 Wien, Singerstraße 17-19, wegen S 600.000,-- s.A. infolge Revision der beklagten Partei gegen das Zwischenurteil des Oberlandesgerichtes Wien als Berufungsgerichtes vom 17.Jänner 1986, GZ 14 R 141/85-100, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Zwischenurteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Wien vom 14.Jänner 1985, GZ 40 c Cg 117/79-94, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

Die Zwischenurteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, daß sie als Zwischen- und Teilurteil zu lauten haben wie folgt:

"Der Klagsanspruch auf Zahlung von S 600.000,-- s.A. besteht dem Grunde nach zu 2/3 zu Recht.

Hinsichtlich eines weiteren Drittels besteht hingegen der Klagsanspruch nicht zu Recht und wird demgemäß das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig der klagenden Partei S 200.000,-- samt 9 % Zinsen seit 6.Juni 1979 zu zahlen, abgewiesen." Die Entscheidung über die Prozeßkosten aller Instanzen wird der Endentscheidung vorbehalten.

## Text

Entscheidungsgründe:

Am 28.Mai 1976 (Beilage 1) bestellte die klagende Partei unter Bezugnahme auf ein Anbot vom 2.April 1976 (Beilage B) beim Bundesamt für Eich- und Vermessungswesen zum Zwecke der Verwertung für Interpretationsaufgaben für fotografische Folgearbeiten und für die photogrammetrische Auswertung an Stereogeräten, die Herstellung und Lieferung von Luftmeßbildern aus Falschfarbfilm (Farbinfrarotluftbilder) zum Preis von S 51.500,-- bzw. reduzierten S 43.400,--. In den Vorbesprechungen zwischen den Streitteilen hatte die klagende Partei als besonderen Zweck ihres Auftrages die Neuerstellung einer Forstkarte der Liegenschaften ihres land- und forstwirtschaftlichen Betriebes genannt.

Das genannte Bundesamt teilte der klagenden Partei mit Schreiben vom 2. Juli 1976 (Beilage F) mit, daß die Befliegung voraussichtlich ab Mitte August 1976 durchgeführt werden werde, welcher Termin im Hinblick auf die Interpretation forstwirtschaftlicher Belange der günstigste sei. Mit Fernschreiben vom 3.September 1976 (Beilage 8) bat die klagende

Partei "nochmals" dringend um vorrangige Durchführung der Befliegung, weil sonst, wenn die Befliegung nicht in nächster Zeit erfolge, zu befürchten sei, daß die Auswertung für die Forstkarte keine befriedigenden Ergebnisse mehr bringe. Am 8.September 1976 wurde ein Teil des Besitzes der klagenden Partei überflogen. Die auf Grund dieser Befliegung hergestellten Luftmeßbilder entsprachen dem vereinbarten Verwendungszweck. Mit Fernschreiben vom 21.September 1976 (Beilage 9) ersuchte die klagende Partei um Durchführung der noch ausstehenden Befliegung und wies unter Berufung auf einen Dipl.Ing.Fladl darauf hin, daß die Witterungsvoraussetzungen derzeit optimal seien.

Mit Fernschreiben vom 4.Oktober 1976 (Beilage 7) ersuchte die klagende Partei "nochmals äußerst dringend", die ausstehende Befliegung unverzüglich durchzuführen, "sobald die Witterung in der Mittagszeit dies zuläßt" und wies einleitend darauf hin, daß Prof.H\*\*\* (Universitätsprofessor für Geodäsie und Fotogrammetrie an der Technischen Universität Graz, mit dem die klagende Partei Kontakt aufgenommen hatte) mit Rücksicht auf die geringen Laubholzanteile im Pusterwald (dem noch ausstehenden Gebiet) eine Befliegung noch für vertretbar halte, wenn sie in der Mittagszeit zur Zeit des höchsten Sonnenstandes vorgenommen werde. Am 6.Oktober 1976 führte darauf hin das genannte Bundesamt eine weitere Befliegung durch und stellte Luftmeßbilder des Gebietes Pusterwald, einer Hochgebirgsregion im Ausmaß von insgesamt 2730 ha her.

Diese Aufnahmen waren für einen Bereich von 158,7 ha wegen der am 6. Oktober 1976 zu starken Schattenbildungen für den Zweck der forstlichen Interpretation und der fotogrammetrischen Auswertung nicht geeignet.

Auf Grund der Art der Bestellung mußte einem sachkundigen Auftragnehmer klar sein, daß der Besteller höchste Qualität verlange, die bei einem Flugdatum vom 6.Oktober in einem Gebirgsrevier nicht mehr mit Sicherheit zu erwarten ist. Das genannte Bundesamt unterließ vor dem Flug am 6.Oktober 1976 eine Warnung der klagenden Partei, daß dieser Flugtermin nicht mehr günstig sei.

Das genannte Bundesamt beging auf Grund eines Versehens darüber hinaus den Fehler, daß nicht der gesamte Besitz der klagenden Partei fotografiert wurde, da das Gebiet Schafberg und Teile des Gebietes der Eiskarspitze irrtümlich nicht in den Befliegungsplan aufgenommen wurden. Durch eine teilweise Neubefliegung wäre ein einheitliches Ergebnis nicht mehr zu erreichen.

Am 8.Juli 1977 erteilte die klagende Partei Univ.Prof.Dr.Kraus den Auftrag, die vom Bundesamt der beklagten Partei hergestellten Luftmeßbilder orthofotografisch auszuwerten und eine Orthofotokarte auszuarbeiten.

Nach Erhalt dieser Karte rügte die klagende Partei mit Fernschreiben vom 18.Mai 1978 (Beilage H), daß wesentliche Flächen des Besitzes der klagenden Partei nicht aufgenommen worden seien und die Abbildungen verschiedener Flächen so schlecht seien, daß sie faktisch keine Auswertung zuließen.

Daß die fotogrammetrische Auswertung der herzustellenden Luftaufnahmen durch Erstellung einer Orthofotokarte erfolgen sollte, wurde in den Verhandlungen der Streitteile nicht besprochen. Die klagende Partei benötigte die gewünschte Forstkarte dringend, um Dispositionen im Zusammenhang mit der Herstellung von Forststraßen treffen zu können und um Immissionsschäden feststellen zu können. Wenn der klagenden Partei klar gewesen wäre, wie das Ergebnis der Befliegung am 6.Oktober 1976 ausgefallen war, wäre sie mit einer Verschiebung der Aufnahme auf das Jahr 1977 einverstanden gewesen. Auf Grund dieses im Revisionsverfahren nicht mehr strittigen Sachverhaltes im Sinne der Tatsachenfeststellungen der Vorinstanzen begehrte die klagende Partei Schadenersatz in Höhe von S 600.000--, wobei im einzelnen die Kosten einer notwendig gewordenen neuerlichen Befliegung (allenfalls Rückersatz des an die beklagte Partei bezahlten Werklohnes) einer neuerlichen Auswertung der Aufnahmen und Betriebskosten im Zusammenhang mit der neuerlichen Durchführung von Flugaufnahmen geltend gemacht werden.

Die beklagte Partei machte teilweise Verfristung geltend (soweit es sich um Gewährleistungsansprüche handle) und bestritt vor allem jegliches Verschulden, weil sie nach den Anweisungen der klagenden Partei gehandelt habe, die sich eines Sachverständigen bedient habe, dessen Ansicht die beklagte Partei nicht mehr überprüfen habe müssen. Die beklagte Partei wies auch darauf hin, daß die klagende Partei den Schaden bei entsprechender sofortiger Überprüfung und Aufnahme weitgehend vermeiden hätte können. Die beklagte Partei beantragte die Abweisung der Klage.

Das Erstgericht erkannte mit Zwischenurteil, daß der Klagsanspruch dem Grunde nach zu Recht bestehe. Das Berufungsgericht bestätigte dieses Zwischenurteil.

Beide Instanzen gingen in rechtlicher Hinsicht davon aus, daß die beklagte Partei schuldhaft ihre Warnpflicht gemäß § 1168 a ABGB verletzt habe. Sie habe die offenbar unrichtige Anweisung der klagenden Partei in ihrem Fernschreiben

vom 4.Oktober 1976 nur nach vorheriger Belehrung der klagenden Partei über die vermutlich schlechten Ergebnisse der jahreszeitlich so spät aufgenommenen Luftbilder befolgen dürfen, habe diese Warnung jedoch unterlassen. Daß von der klagenden Partei wegen der Zuziehung von sachkundigen Beratern selbst eine gewisse Sachkunde zu erwarten war, habe die beklagte Partei von der Warnpflicht nicht entbunden. Daß ein Teil der Luftbilder gelungen sei, ändere nichts an der Unbrauchbarkeit des als einheitlich zu beurteilenden Gesamtwerkes. Sowohl die Kosten der Neubefliegung (und damit allenfalls verbundener Betriebskosten der klagenden Partei) als auch die Kosten der bisher vorgenommenen aber im Ergebnis unbrauchbaren Auswertung der mangelhaften Luftbilder stellten einen von der beklagten Partei verschuldeten sogenannten Mangelfolgeschaden dar, für den die beklagte Partei nach den Regeln des Schadenersatzrechtes einzustehen habe. Die beklagte Partei bekämpft das Urteil des Berufungsgerichtes mit Revision wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung und beantragt, es im Sinne einer Klagsabweisung abzuändern.

Die klagende Partei beantragt, der Revision keine Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist teilweise berechtigt.

Entgegen der Auffassung der beklagten Partei hat diese im Zusammenhang mit den am 6.Oktober 1976 aufgenommenen Luftbildern ihre Warnpflicht als Werkunternehmer sehr wohl verletzt. Nach Auffassung des erkennenden Senates ist jedoch der klagenden Partei im Sinne der insoweit zutreffenden Ausführungen der Revisionswerberin ein Mitverschulden anzulasten.

Gemäß § 1168 a ABGB ist der Werkunternehmer für den Schaden verantwortlich, der aus dem Mißlingen des Werkes infolge offenbar unrichtiger Anweisungen des Werkbestellers entsteht, wenn er diesen nicht gewarnt hat.

Daß im vorliegenden Fall das von der beklagten Partei als Werkunternehmer herzustellende Werk mißlungen ist, wird in der Revision nicht mehr ernstlich in Zweifel gezogen und liegt nach den von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen auf der Hand. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß die klagende Partei den von ihr schließlich gewählten Auswertungsvorgang einer Herstellung einer Orthofotokarte im sogenannten Orthofotoverfahren der beklagten Partei zuvor nicht mitgeteilt hatte, sondern daß diese unter dem auf der Bestellung angegebenen Verwendungszweck einer "fotogrammetrischen Auswertung an Stereogeräten" nur an die Herstellung von topografischen Karten herkömmlicher Art, z.B. durch Verwendung eines Stereoautographen, gedacht haben mag (vgl. dazu ZV Hubeny S 432 d.A. wo einmal unrichtig "Stereoothograph" statt richtig "Stereoautograf" protokolliert wurde; zu den einzelnen Fachausdrücken siehe etwa Brockhaus Enzyklopädie 17 Band 23 Erg S 365 oder Meyers, Enzyklopädisches Lexikon 9 Band 18 S 613, jeweils unter dem Stichwort "Fotogrammetrie"). Nach den auf dem Gutachten des Sachverständigen fußenden Feststellungen sind nämlich die strittigen Luftbilder auch für den letzteren Zweck ebenso ungeeignet.

Zum Mißlingen des Werkes kam es abgesehen von der der beklagten Partei anzulastenden Unvollständigkeit der bestellten Luftbilder, weil die beklagte Partei dem Wunsch der klagenden Partei gemäß ihrem Fernschreiben vom 4.Oktober 1976 entsprach.

Dieses Fernschreiben ist als eine Anweisung des Werkbestellers gem. § 1168 a ABGB zu werten. Eine Anweisung im Sinne dieser Gesetzesbestimmung ist zwar noch nicht jeder Wunsch oder jede Anregung des Bestellers, wohl aber liegt sie vor, wenn der Werkbesteller dem Werkunternehmer nicht nur das eigentliche Ziel, nämlich das herzustellende Werk vorgibt, sondern wenn er auch die Art der Durchführung in der einen oder anderen Richtung konkret und verbindlich vorschreibt. Ob die Anweisung schon bei Vertragsabschluß oder erst nachträglich erteilt wird spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle (Iro ÖJZ 1983,505 dort 506).

Eine "offenbar" unrichtige Anweisung im Sinne der zitierten Gesetzesstelle ist alles, was vom Werkunternehmer bei der von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muß (Adler-Höller in Klang 2 V 408, SZ 52/15 ua). Diese Voraussetzungen lagen im vorliegenden Fall jedenfalls vor. Den verantwortlichen Personen der beklagten Partei war ja durchaus bekannt, daß jahreszeitlich zu spät aufgenommene Luftbilder unbrauchbar sein könnten (siehe besonders auch ihr eigenes Schreiben vom 2.Juli 1976 Beilage F). Im übrigen kann hier auf die ausführlichen Darlegungen des Sachverständigen (insbes. AS 319 und 355) verwiesen werden.

Die Warnpflicht des Werkunternehmers gemäß § 1168 a ABGB besteht auch gegenüber einem sachkundigen oder einem sachverständig beratenen Werkbesteller (Meinhart SV 1984, Heft 4a 3 dort 7, Krejci in Rummel Rz 32 zu § 1168 a ABGB, Entscheidungen wie SZ 52/15, RZ 1984/15, JBI 1984, 556, JBI 1985 622).

Daß der klagenden Partei einerseits schon durch die Mitteilung des Schreibens der beklagten Partei vom 2.Juli 1976 (Beilage F) aber auch auf Grund des Inhaltes ihres Fernschreibens vom 3.September 1976 (Beilage 8) offenbar durchaus bewußt war, daß der Zeitpunkt der Luftaufnahme von entscheidender Bedeutung sei, daß die klagende Partei also im Sinne der Ausführungen der Revisionswerberin Kenntnis "über das Risiko einer Befliegung nach dem 3.September 1976 - und in weiterer Folge das natürlich noch höhere bei einer Befliegung im Oktober - " haben konnte oder mußte, befreite die beklagte Partei daher nicht von ihrer Warnpflicht. Die klagende Partei ist kein Fachmann für die Herstellung von Luftbildern und deren fotogrammetrische Auswertung. Die beklagte Partei konnte daher nicht annehmen, daß die klagende Partei sich der Unbrauchbarkeit eines so späten Flugtermins wirklich bewußt war.

Selbst die Berufung auf einen an sich sicher kompetenten Univ.Prof. (im Fernschreiben vom 4.Oktober 1976 Beilagen 7) erlaubte nicht den Schluß, die klagende Partei habe sich wirklich in zutreffender Weise von einem Fachmann beraten lassen oder den Rat des Fachmanns richtig verstanden. Der beklagten Partei mußte vielmehr auf Grund des Fernschreibens vom 4.Oktober 1976 sofort auffallen, daß eine offenbar unzweckmäßige Anweisung erteilt werde, und hätte sich daher durch kurzen Anruf bei der beklagten Partei oder allenfalls auch bei Univ.Prof.Hubeny vergewissern müssen, ob allenfalls die Pläne der klagenden Partei hinsichtlich der Verwendung und Verwertung der Luftbilder geändert worden seien und ob es wirklich keine Rolle mehr spiele, daß Teile der Luftbilder durch zu große Schattenbildung nicht mehr alle im allgemeinen erwarteten Details wiedergeben würden. Die Warnpflicht der beklagten Partei entfiel daher nicht etwa deshalb, weil eine Warnung der klagenden Partei überflüssig war (Iro aaO 510, 511). Es lagen vielmehr keine solchen Umstände vor, die einen sicheren Schluß auf die richtige Gefahreneinschätzung durch die klagende Partei erlaubt hätten sondern die beklagte Partei mußte vielmehr davon ausgehen, daß die klagende Partei die negativen Auswirkungen ihrer Anweisung in ihrer vollen Tragweite nicht erkannt hatte (Iro aaO 511). Und alle diese Umstände waren für einen Fachmann ohne besondere zusätzliche Aufwendungen sofort erkennbar, so daß in diesem Zusammenhang auch keine Überspannung der Warnpflicht der beklagten Partei in Frage kommt (vgl. dazu SZ 57/1977).

Die beklagte Partei ist damit zum Schadenersatz verpflichtet. Die klagende Partei trifft jedoch ein Mitverschulden. Als Werkbesteller traf die klagende Partei im vorliegenden Fall nicht nur die Hauptpflicht zur Entrichtung des Werklohnes sondern es bestand auch insofern eine Mitwirkungspflicht, daß die klagende Partei mit der beklagten Partei eine zeitliche Abstimmung vornehmen mußte, da das aufzunehmende Gebiet von der klagenden Partei für die Luftbildaufnahmen entsprechend vorbereitet werden mußte (zB Anbringung von Markierungszeichen). Die klagende Partei mußte der beklagten Partei aber zum Beispiel auch mitteilen, ob die Vornahme der Aufnahmen auf jeden Fall im Jahr 1976 beendet werden müsse oder ob bei entsprechend schlechter Witterung auch eine Durchführung der Arbeiten im Jahr 1977 oder noch später in Betracht komme. Die Erteilung der Anweisung vom 4.Oktober 1976 fiel daher in den Rahmen dieser Mitwirkungspflichten. Die klagende Partei muß sich daher ein Verschulden des von ihr beigezogenen Fachmannes wie ein eigenes Verschulden anrechnen lassen (Iro aaO 513, JBI 1984, 556, JBI 1985, 622).

Dadurch, daß im vorliegenden Fall die klagende Partei der beklagten Partei in Kenntnis deren Schreiben vom 2.Juli 1976

Beilage F und des Fernschreibens der klagenden Partei vom 3. September 1976 Beilage 8 unter Berufung immerhin auf einen Universitätsprofessor der Geodäsie und Fotogrammetrie mit Fernschreiben vom 4.Oktober 1976 "äußerst dringend" und "unverzüglich" die Durchführung der noch ausstehenden Befliegung zur "Mittagszeit" nahelegte und noch ganz konkret auf den geringen Laubholzanteil im noch ausstehenden Gebiet hinwies, weshalb eine Befliegung "noch" für "vertretbar" zu halten sei, erweckte sie bei der beklagten Partei immerhin den Eindruck, die klagende Partei habe sich ausreichend und vollständig erkundigt und benötige keine zusätzliche Warnung. Wie schon gesagt wurde, befreite diese die beklagte Partei zwar nicht von ihrer Warnpflicht, wohl aber muß gesagt werden, daß das Verhalten der klagenden Partei ein ganz erhebliches Mitverschulden darstellt.

Nach den Umständen des vorliegenden Falles überwiegt das Verschulden der beklagten Partei gegenüber dem Mitverschulden der klagenden Partei im Verhältnis von 2:1. Grundsätzlich ist doch die Verantwortlichkeit des Werkunternehmers höher zu veranschlagen als jene des Werkbestellers, der sich auch bei Inanspruchnahme eines

sachverständigen Beraters letztlich doch der Fachkunde des Werkunternehmers anvertraut. Gegenüber dem Mißlingen der am 6. Oktober 1976 aufgenommenen Luftbilder spielt die von der beklagten Partei zusätzlich verschuldete relativ geringfügige Unvollständigkeit der Luftbilder und die hier als Mitverschuldenskomponente der klagenden Partei in Betracht kommende Unterlassung einer rechtzeitigen Prüfung der Luftbilder auf Vollständigkeit (allenfalls durch einen Fachmann) eine eher untergeordnete Rolle. Dieser Umstand bietet daher keinen Anlaß zu einer anderen Schadensteilung. Diese erscheint vielmehr insgesamt im Verhältnis von 2:1 zugunsten der klagenden Partei angemessen. Die Zwischenurteile der Vorinstanzen waren daher dahin abzuändern, daß der Klagsanspruch nur mit zwei Dritteln zu Recht besteht, während die Klage hinsichtlich des restlichen Drittels sofort abzuweisen ist.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf §§ 50, 393 Abs 4 (52 Abs 2) ZPO.

#### **Anmerkung**

E08741

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0030OB00548.86.0903.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860903\_OGH0002\_0030OB00548\_8600000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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