



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Danzl als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Hurch und Dr. Lovrek sowie die Hofräte Dr. Höllwerth und Mag. Wurzer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei G\*\*\*\*\* AG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Julius Brändle, Rechtsanwalt in Dornbirn, gegen die beklagte Partei H\*\*\*\*\* GmbH & Co KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Rechtsanwälte tusch.flatz.dejaco.kasseroler.gmbH in Feldkirch, wegen 24.449,43 EUR sA, über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 26. September 2012, GZ 10 R 62/12m-29, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Zwischenurteil des Landesgerichts Feldkirch vom 22. Mai 2012, GZ 56 Cg 99/11f-24, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision der beklagten Partei wird teilweise Folge gegeben; die Zwischenurteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass sie zu lauten haben:

„Das Klagebegehren, die beklagte Partei sei schuldig, der klagenden Partei 24.449,43 EUR samt 4 % Zinsen seit 19. 11. 2010 zu bezahlen, besteht dem Grunde nach mit 2/3 (zwei Drittel) zu Recht.“

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

### **E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :**

Die Klägerin war im Jahr 2007 Versicherer der ARGE A\*\*\*\*\* (im Folgenden kurz: ARGE), welche Arbeitsgemeinschaft aus den Firmen G\*\*\*\*\* GmbH und R\*\*\*\*\* GmbH bestand. Diese ARGE trat als Bauherrin und

ausschreibende Stelle betreffend das Gewerk „Spezialgründung“ hinsichtlich des Bauvorhabens A\*\*\*\*\* in \*\*\*\*\* auf. Sie hatte davor bereits die Produktionshalle 4 und das Hochregallager (Objekt PPL 3) errichten lassen. Letzteres wurde ebenfalls in Pfahlbauweise errichtet, ist 18 m hoch und mit einem automatisierten Hochregallagerbedienungsgerät ausgestattet.

Eine geotechnische Untersuchung bzw ein Bodengutachten hinsichtlich des Untergrundes, auf dem die Halle 5 errichtet werden sollte, wurde vor Durchführung der Pfahlarbeiten nicht in Auftrag gegeben und lag daher nicht vor. Allerdings lagen ein geotechnisches Gutachten aus dem Jahr 2001 bezüglich die Produktionshalle 4 unmittelbar neben dem Hochregallager vor sowie ein Kurzbericht des DI A\*\*\*\*\* (A\*\*\*\*\* Geotechnik AG). Aufgrund dessen waren die Bodenverhältnisse so weit bekannt, dass das Erfordernis einer Pfahlgründung für die Errichtung der Halle 5 als gegeben erachtet wurde.

In Anlehnung an die Gegebenheiten bei der Errichtung (Gründung) des Hochregallagers PPL 3 wurde in mündlichen Absprachen zwischen dem Geotechniker DI A\*\*\*\*\* und der ARGE A\*\*\*\*\* die Bauweise durch Pfahlgründung festgelegt, wobei auf die Setzungsempfindlichkeit des 18 m hohen, unmittelbar angrenzenden Hochregallagers mit seiner Ausstattung nicht eingegangen wurde.

Aufgrund der Vorgaben in der Ausschreibung/Leistungsverzeichnis wurde im Rahmen mündlicher Besprechungen, woran die Beklagte nicht beteiligt wurde, in der Folge von der Firma M\*\*\*\*\* Baustatik/Ziviltechniker GmbH ein Pfahlplan erstellt, nach dem insgesamt 282 Pfähle mit einem Durchmesser von 40 cm bis in eine Tiefe von 12 m unter Geländeoberkante

eingbracht werden sollten, wobei diese Pfähle entlang des bestehenden Hochregallagers PPL 3, in einem Abstand von nur 1 m, mit einem Pfahlabstand von 1,2 m zueinander eingerammt werden sollten. Damit sollte der Abstand der neugeramnten Pfähle zu den bestehenden Pfählen des Hochregallagers 2,1 m betragen.

Die beklagte Partei ist ein Spezialtiefbauunternehmen mit Erfahrung bei der Herstellung von Vibrationsortbetonpfählen.

In der von der ARGE veranlassten Ausschreibung waren die Art der Gründung und bereits die Pfahllänge und der Pfahltyp mit Vibrationspfählen festgelegt.

Laut Auftragschreiben vom 13. 11. 2007 wurden zwischen der beklagten Partei und der ARGE folgende Auftragsgrundlagen festgelegt:

- „1. Auftragschreiben
2. Das Verhandlungsprotokoll inklusive Vermerke vom 8. 11. 2007
3. Die Vergabebestimmungen der Ausschreibung bzw des Leistungsverzeichnisses der R\*\*\*\*\*-Gruppe
4. Die 'Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Übertragung von Aufträgen' der R\*\*\*\*\*-Gruppe
5. Die Bau- und Konstruktionspläne samt technischen Unterlagen
6. Die vorliegenden und noch zu beschaffenden behördlichen Bewilligungen
7. Das Angebot vom 30. 10. 2007
8. Alle einschlägigen technischen Ö-Normen
9. Die vereinbarten Leistungs- (Lieferungs-)Fristen bzw der Bauzeitplan gemäß Punkt II“.

Bei allfälligen Widersprüchen sollten die angeführten Auftragsgrundlagen gemäß ihrer Reihenfolge gelten. Im Auftragschreiben erfolgte hinsichtlich der

Haftung bzw der die Beklagte betreffende Prüf- und Warnpflicht keine nähere Festlegung. Im Protokoll über die Vergabeverhandlungen wurde keine Einschränkung dieser Pflichten vorgenommen.

In den „Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Übertragung von Aufträgen“ wurde in Punkt 17 (Prüf- und Warnpflicht) festgehalten, dass *„der Auftragnehmer alle Arbeitsunterlagen (Pläne, Beschreibungen usw) und die Situation auf der Baustelle unverzüglich genau zu prüfen und R\*\*\*\*\* auf Mängel, Bedenken und Risiken schriftlich hinzuweisen hat“*.

Der zweite Absatz dieses Punkts mit dem Inhalt *„Der Auftragnehmer hat sich rechtzeitig über Risiken zu informieren, die durch seine Leistungen für benachbarte Grundstücke und Bauten entstehen können. Er hat geeignete Maßnahmen zur Verhinderung oder Beseitigung derartiger Schäden vorzukehren. Er hält den Auftraggeber diesbezüglich schad- und klaglos. Diese Maßnahmen sind durch das vereinbarte Entgelt abgegolten“*, wurde durch die Beklagte gestrichen. Die unterfertigte Retournierung dieses Auftragsschreibens an die ARGE samt den „Allgemeinen Vertragsbedingungen“ und dem Hinweis auf die erfolgte Streichung erfolgte zu einem Zeitpunkt, zu welchem die Setzungen am Hochregallager bereits aufgetreten waren. Ob die Korrektur durch die Beklagte dem Willen der Auftraggeberin entsprach, steht nicht fest.

Ein Anbot der Beklagten, zu einem Preis von 217.817,29 EUR die Arbeiten durchzuführen, wurde in der Folge auf 157.498 EUR korrigiert, wobei die Beklagte noch den Auftrag erhielt, vor Beginn der Gründungsarbeiten Rammsondierungen auszuführen.

Der Pfahlplan der Baustatikfirma M\*\*\*\*\* Baustatistik/Ziviltechniker GmbH wurde durch den

Geotechniker DI A\*\*\*\*\* freigegeben und der Beklagten zur Vornahme der Pfahlarbeiten weitergeleitet. Diese ließ durch ein Vermessungsbüro auf der Baustelle die Positionen zur Pfählung markieren.

Die Beklagte erkannte kein Gefährdungspotential wegen des geringen Abstands der einzubringenden Pfähle zum Hochregallager, obwohl sie wusste, dass es durch das Einvibrieren der Pfähle zu einer Untergrundverdichtung kommt. Es erfolgte seitens der Beklagten kein Hinweis, dass die vorgegebene dichte Anordnung von Pfählen mit großem Rammquerschnitt und geringem Abstand zum Hochregallager Setzungen des Hochregallagers erwarten lasse. Die Beklagte hat auch keine Einholung eines geotechnischen Gutachtens verlangt.

Die Beklagte ging davon aus, dass die gewählte Methode zur Einbringung der Pfähle sehr erschütterungsarm sei, was auch aus ihrem Angebot hervorgeht. Das entsprach allerdings nicht den Tatsachen. Die Beklagte wies nicht darauf hin, dass Erschütterungen am Hochregallager kontrolliert werden müssten.

Es ist nicht erwiesen, dass entsprechende Warnungen durch die Beklagte erfolglos geblieben wären. Vielmehr hätte die ARGE entsprechende geotechnische Bodenuntersuchungen bzw Erschütterungsmessungen beim Nachbargebäude vornehmen lassen.

Zwischen dem 27. 11. und dem 4. 12. 2007 brachte die Beklagte nach vorherigen Rammsondierungen die vorgegebenen 282 Pfähle entsprechend dem Pfahlplan und den Vorgaben durch DI A\*\*\*\*\* bzw des Leistungsverzeichnisses in den Untergrund ein. Im Zuge der Ausführung der Pfahlgründung wurde nicht auf wesentliche Erschütterungen beim Hochregallager durch Setzungsmessungen und Erschütterungsmessungen reagiert, solche Maßnahmen seitens

der Beklagten auch nicht vorgeschlagen. Bereits am 29. 11. 2007 war eine Erschütterungsbelastung am Nachbargebäude bekannt.

Unmittelbar nach Abschluss der Pfahlarbeiten wurden aufgrund von Messungen die Setzungen am Hochregallager bestätigt. Diese sowie die dadurch erfolgte Schiefstellung des Hochregallagers sind eindeutig auf die Einbringung der Pfähle zurückzuführen. Durch die Anbringung einer Vielzahl von Pfählen in zu engem Abstand zum Hochregallager bzw dem dortigen Pfahlbestand kam es zur Verdichtung der locker bis mitteldicht gelagerten Sand- und Kiesschichten um die Pfähle, aber auch zu einem Nachsacken des Bodens unterhalb des Hochregallagers und damit zu den Setzungen. Die größte Setzung des Bodens und der Bauwerksfuge beträgt ca 5 cm. Die Schiefstellung des Hochregallagers beträgt 1 : 180.

Nach Feststellung dieser Mängel wurde DI A\*\*\*\*\* durch die Auftraggeberin mit der Erarbeitung einer geotechnischen Stellungnahme beauftragt. Darin führte er zusammenfassend aus, dass zwar mit einer gewissen Beeinflussung des Bestands durch die neuen Pfähle zu rechnen gewesen sei, allerdings keine maßgebende Einschränkung der Funktionstauglichkeit des Hochregallagers zu erwarten gewesen sei. Dass Setzungen im aktuellen Ausmaß auftreten würden, sei klar als nicht vorhersehbar einzustufen.

Die Klägerin hat als Versicherer der Werkbestellerin die Schäden am bezeichneten Hochregallager liquidiert und macht infolge Übergangs der Ansprüche der ARGE A\*\*\*\*\* deren Schadenersatz- und Gewährleistungsansprüche gegenüber der Beklagten geltend.

Mit der vorliegenden **Klage** begehrt sie - „aus prozessökonomischen Gründen vorbehaltlich einer späteren

Ausdehnung“ - ein Drittel des Gesamtschadens, nämlich 24.449,43 EUR von der Beklagten. Als anspruchsbegründend wurde vorgebracht:

Die Beklagte hätte als Fachfirma wissen und ihre Auftraggeberin darüber aufklären müssen, dass es bei den gegebenen Bodenverhältnissen durch die vorgenommene Spezialgründung zu Setzungen kommen könne, die eine Schiefstellung des benachbarten Hochregallagers provozieren würden. Hätte die Beklagte auf diese Situation hingewiesen und allenfalls weitere Bodenuntersuchungen oder sonstige geeignete Maßnahmen zur Verhinderung von Schäden gefordert, wäre die Auftraggeberin auch bereit gewesen, derartige Maßnahmen zu treffen. Die Beklagte hätte insbesondere auch auf die Problematik der massiven Anordnung von Pfählen im unmittelbaren Anschluss an das Hochregallager und die damit verbundene Gefahr hinweisen müssen. Die Beklagte hafte daher für den eingetretenen Schaden.

Soweit sich die Beklagte auf die Streichung einer Passage in Punkt 17 der AGB berufe, führte die Klägerin aus, dass diese Streichung nicht Vertragsinhalt geworden sei. Vor Beginn der Pfahlarbeiten sei jedenfalls kein schriftliches geotechnisches Gutachten zur Verfügung gestanden, was durch die vereinbarten Ö-Normen verpflichtend gewesen wäre.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren und führte aus, sie habe die ihr aufgetragenen Arbeiten sach- und fachgerecht erbracht, und zwar entsprechend den ihr übergebenen Plänen, Berechnungen und Vorgaben. Die Versicherungsnehmerin der Klägerin habe als ARGE bereits die Produktionshalle 4 und das Hochregal PPL 3 errichtet und sei hinsichtlich der Baugrundbeschaffenheit sachverständig durch die A\*\*\*\*\* Geotechnik AG beraten gewesen. Die Art



der Herstellung des Werks sei durch das von der ARGE beauftragte Statikbüro M\*\*\*\*\* erfolgt. Die Beklagte habe lediglich den Auftrag übernommen, nach dem vorgegebenen Bohrungspfahlplan die Bohrpfähle einzubringen. Sie habe sich auf die Angaben der sachverständig beratenen ARGE verlassen dürfen. Zu besonderen Prüfungen oder Untersuchungen sei sie nicht verpflichtet gewesen. Die Abklärungen und Vorgaben durch die A\*\*\*\*\* Geotechnik AG seien schlüssig gewesen, es habe kein Warnbedarf bestanden. Risiken seien für die Beklagte nicht erkennbar gewesen. Eine Fehleinschätzung der A\*\*\*\*\* Geotechnik AG wäre nur durch ein weiteres Gutachten zu widerlegen gewesen, wozu kein Anlass bestanden habe. Die Beklagte habe keine vertragliche Verpflichtung zur Abklärung des Risikos betreffend das Nebengebäude übernommen.

Im Weiteren berief sich die Beklagte auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten. Hätte sie die Auftraggeberin gewarnt, hätte diese die Firma A\*\*\*\*\* Geotechnik AG beauftragt, die erwiesenermaßen ein unrichtiges Gutachten erstellt habe.

Aus der Tatsache, dass weder die Auftraggeberin noch die von ihr beigezogenen Unternehmen eine Überwachung des Nebengebäudes angeordnet hätten, hätte die Beklagte darauf vertrauen dürfen, dass dies nicht notwendig sei.

Selbst wenn sie eine Warnpflicht getroffen hätte, trete ihr Verschulden in Relation zu jenem der Auftraggeberin bzw der Firma A\*\*\*\*\* Geotechnik AG derart in den Hintergrund, dass es zu vernachlässigen sei.

Ausgehend von den eingangs wiedergegebenen Feststellungen erkannte das **Erstgericht** mit Zwischenurteil, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe.

Die Beklagte treffe als Werkunternehmerin

zufolge § 1168a ABGB die Verpflichtung, die Bestellerin hinsichtlich der Untauglichkeit des gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen zu warnen. Eine solche Warnpflicht bestehe auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Werkbesteller. Wenn auch das Baugrundrisiko grundsätzlich in die Zurechnungssphäre des Bestellers falle, könne doch daneben auch eine Warnpflicht des Werkunternehmers bestehen. Er habe auf zumutbare Weise im gebotenen Ausmaß die Voraussetzungen für die Erfüllbarkeit seiner Leistungspflicht zu prüfen.

Im konkreten Fall habe die Beklagte ihre Warnpflichten insofern verletzt, als sie vor Baubeginn kein Bodengutachten oder eine geotechnische Stellungnahme hinsichtlich des Untergrundes der neu zu errichtenden Halle verlangt habe. Die Beklagte habe auch gewusst, dass die Anzahl, das Ausmaß und der Abstand der Pfähle untereinander und zum Hochregallager zu einer Untergrundverdichtung führen werde und dennoch keine Kontrollmaßnahmen angeraten oder durchgeführt. Über diese Gefahr hätte die Beklagte die Auftraggeberin aufklären müssen. Dazu habe sie sich auch in Punkt 17 der Allgemeinen Vertragsbedingungen verpflichtet.

Der Beklagten sei auch anzulasten, dass sie keine Kontrolle der bei Einbringung der Pfähle hervorgerufenen Erschütterungen durchgeführt habe.

Ihr Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens sei durch die getroffenen Feststellungen widerlegt.

Der dagegen von der Beklagten erhobenen Berufung gab das **Gericht zweiter Instanz** nicht Folge.

Das Berufungsgericht verneinte das Vorliegen einer Mangelhaftigkeit des Verfahrens erster Instanz. Das Erstgericht habe die richterlichen Anleitungspflichten der

§§ 182 Abs 1, 182a ZPO nicht verletzt. Eine Belehrung der Beklagten über die Möglichkeit der Erhebung eines Mitverschuldenseinwands wäre nur dann geboten gewesen, wenn die Beklagte entsprechende Tatsachen behauptet hätte. Die Beklagte habe es unterlassen, im erstinstanzlichen Verfahren ein Vorbringen dahin zu erstatten, dass sich die Anteile mehrerer Schädiger iSd § 1302 Satz 1 ABGB bestimmen ließen.

In rechtlicher Hinsicht teilte das Berufungsgericht die Ansicht des Erstgerichts. Die Verpflichtung zur Durchführung erforderlicher Bodenuntersuchungen treffe - mangels anderer Vereinbarungen - den Bauherrn. Dass nicht dieser, sondern der Bauunternehmer die Bodenverhältnisse zu prüfen habe, müsste mit hinlänglicher Deutlichkeit vereinbart werden, da den Besteller im Rahmen seiner eigenen vertraglichen Nebenpflichten die sich aus den Besonderheiten des zu erbringenden Werks jeweils ergebende Verpflichtung zur Aufklärung und Mitwirkung treffe.

Die Warnpflicht des Unternehmers dem Besteller gegenüber sei aber in der Regel höher zu veranschlagen als jene des Werkbestellers, der sich selbst bei Inanspruchnahme eines sachverständigen Beraters letztlich doch der Fachkunde des Unternehmers anvertraue. Müsse ein Werkunternehmer, der bei Ausführung eines qualifizierten Gewerbes auch als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB anzusehen sei, schon aufgrund des von ihm zu fordernden Fachwissens ohne besondere weitere Untersuchungen aus der Beschaffenheit der von anderen Werkunternehmern geleisteten Vorarbeiten erkennen, dass bei eigener vertragsgemäßer Werkleistung die Gefahr des Misslingens des Gesamtwerks und eines Schadens für den Besteller drohe und die anerkannten Regeln der Technik missachtet würden, denn habe er diesen „offenbar“

auf Bestellerseite liegenden Gefahrenumstand wahrzunehmen und den Besteller darüber aufzuklären. Regelwerke wie Ö-Normen stellten dabei eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den Werkunternehmer dar. Die in Ö-Norm B 2110 (P 6 2 4) und in § 1168a ABGB festgelegten Warnpflichten seien inhaltlich weitgehend identisch. Der Werkunternehmer müsse demnach warnen, wenn die Untauglichkeit des beigestellten Stoffes oder aber die Unrichtigkeit der Anweisung des Werkbestellers offenbar sei bzw wenn der Werkunternehmer aufgrund der zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt Mängel und Bedenken gegen die vorgesehene Art der Ausführung haben müsse.

Zusammengefasst ergebe sich, dass die Beklagte die Auftraggeberin darauf hinweisen hätte müssen, dass bei der Art der vorgeschriebenen Pfahlgründung mit Vibrationsortbetonpfählen Setzungen zu erwarten seien bzw ein geotechnisches Gutachten vorliegen müsste und die Erschütterungen am Hochregallager kontrolliert werden müssten. Außerdem hätte die Beklagte im Zeitpunkt der Erkennbarkeit der Erschütterungsbelastung am bestehenden Hochregallager bereits am 29. 11. 2007 ihre Auftraggeberin warnen müssen, weil ihr als Spezialunternehmen für Pfahlarbeiten die Möglichkeit eines Schadenseintritts zu diesen Zeitpunkt erkennbar sein musste.

Einen Mitverschuldenseinwand der Beklagten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht zu beachten unterließ das Berufungsgericht mit der Begründung, dass kein entsprechendes Vorbringen hiezu in erster Instanz erstattet worden sei und als unzulässige Neuerung daher unbeachtlich wäre.

Das Berufungsgericht sprach - erst über Antrag der Beklagten gemäß § 508 ZPO - aus, dass die ordentliche

Revision zulässig sei, weil keine höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Frage vorliege, „ob die Einwendung des Alleinverschuldens des Gegners auch als Vorbringen iSd § 1302 ABGB zu deuten sei“.

Gegen dieses Urteil richtet sich die **Revision der Beklagten** mit dem Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urteils im Sinn einer Abweisung des Klagebegehrens. Hilfsweise wird beantragt, die angefochtene Entscheidung aufzuheben und die Rechtssache an das Berufungsgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückzuverweisen.

Die klagende Partei beantragt, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision der Beklagten ist zulässig, weil das Berufungsgericht in unrichtiger rechtlicher Beurteilung einen Mitverschuldenseinwand nicht berücksichtigte, worüber bereits bei Fassung eines Zwischenurteils abzusprechen ist (2 Ob 332/00p ZVR 2002/23; RIS-Justiz RS0106185).

Die Revision der Beklagten ist auch teilweise berechtigt.

1. Die Auslegung des Inhalts von Prozessbehauptungen einer Partei, ob eine bestimmte Tatsache als vorgebracht anzusehen ist, begründet in der Regel keine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung, sofern nicht eine zur Wahrung der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung vorliegt (RIS-Justiz RS0042828 [T15, T23]).

1.1. Nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung ist auf die Frage eines etwaigen eigenen Verschuldens des Geschädigten zwar nicht von Amts wegen einzugehen, es ist aber auch nicht erforderlich, dass ein Mitverschulden ausdrücklich geltend gemacht wird. Es genügt, wenn sich dem Vorbringen des Beklagten entnehmen lässt, dass damit ein Verschulden des Verletzten behauptet wird (RIS-Justiz RS0027103; zuletzt 7 Ob 111/08m;

7 Ob 198/08f; 5 Ob 35/11z; RIS-Justiz RS0027129 [T7]; 1 Ob 214/98x SZ 72/4).

**1.2.** Eine unrichtige Wiedergabe, eine unzutreffende Auslegung oder ein gänzlich übergehendes Übergehen von Tatsachenbehauptungen oder sonstigem Parteivorbringen im Urteil des Berufungsgerichts kann einen wesentlichen Verfahrensmangel oder eine unrichtige rechtliche Beurteilung begründen (3 Ob 280/06g Zak 2007/227, 132 mwN).

**1.3.** Entgegen der Rechtsansicht des Berufungsgerichts hat die Beklagte ein Alleinverschulden der Werkbestellerin bzw der von ihr beauftragten Unternehmen am Misslingen des Werks durch unrichtige Weisungen behauptet; eine eigene (bestrittene) Warnpflichtverletzung trete demgegenüber in den Hintergrund. Diese Behauptung wird vom Sachvorbringen der Beklagten in ON 3, ON 7 und ON 22, (oben wiedergegeben) unterstützt. Die Beklagte vertritt hierbei zusammengefasst den Standpunkt, dass die Auftraggeberin, eine aus Bauunternehmen bestehende ARGE, unmittelbar neben dem hier verfahrensgegenständlichen Bauplatz bereits eine Produktionshalle und das (durch die Pfahlarbeiten beschädigte) Hochregallager errichten hätte lassen, hinsichtlich der Baugrundbeschaffenheit und der statischen Gegebenheiten sohin informiert gewesen sei und daher keine diesbezügliche Aufklärungsbedürftigkeit bestanden habe. Auch die Beklagte habe sich auf die Angaben im Auftrag verlassen dürfen, ohne zu besonderen Prüfungen und Untersuchungen verpflichtet gewesen zu sein. Aufgrund der Abklärungen und Vorgaben eines Geotechnikers und Statikers habe keine besondere (weitergehende) Aufklärungsbedürftigkeit der Auftraggeberin bestanden. Fehleinschätzungen der Sachverständigen der Auftraggeberin wären nur durch Sachverständige zu widerlegen gewesen. Auch habe die Beklagte keine Verpflichtung übernommen,

allfällige Risiken für das Nebengebäude abzuklären. Das sei Sache der Auftraggeberin gewesen.

Bei dieser Behauptungslage wären die Vorinstanzen - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - gehalten gewesen, die festgestellten Tatsachen auch unter dem Aspekt eines Mitverschuldenseinwands der Beklagten zu beurteilen.

2. Einer Aufhebung der angefochtenen Entscheidung (im Sinne des eventualiter gestellten Berufungsantrags) bedarf es jedoch nicht. Die von der Revisionswerberin in den Vordergrund gestellte sekundäre Mangelhaftigkeit des Verfahrens liegt nämlich nicht vor. In Wahrheit handelt es sich bei den aufgeworfenen Fragen nämlich um Rechtsfragen. Die Sache ist daher zur abschließenden rechtlichen Beurteilung über den Grund des Anspruchs entscheidungsreif.

3. Voranzustellen ist der rechtlichen Beurteilung, dass die Werkbestellerin in ihrem Auftrag hinsichtlich der konkreten Ausführungsart am konkreten Ort detaillierte Anweisungen erteilte, die sich in der Folge als unrichtig erwiesen. Die Ursache der Unrichtigkeit lag zusammengefasst darin, dass bei Festlegung der Ausführungsmodalitäten am konkreten Standort auf die Setzungsgefährdung des angrenzenden Hochlagers, das die Bestellerin zuvor in derselben Ausführungsart hatte errichten lassen, nicht Bedacht genommen wurde. Die Beklagte wiederum hatte als Spezialtiefbauunternehmen Erfahrung bei der Herstellung von Vibrationsbetonpfählen und wusste, dass es dabei zu Bodenverdichtungen kommt.

3.1. Vom Werkbesteller dem Werkunternehmer zur Verfügung gestellte Pläne sind „Stoff“ iSd § 1168a ABGB (2 Ob 185/10k ZVB 2011/110, 390 [*Hiltz*]; RIS-Justiz RS0022045 [T17]; RS0022075 [T2, T3]). Gibt der Besteller

dem Unternehmer nicht nur das Ziel vor, sondern schreibt ihm auch die Art der Herstellung verbindlich vor, so liegt eine Anweisung vor (6 Ob 120/10f; *Iro* in ÖJZ 1983, 506; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer* ABGB-ON 1.01 § 1168a Rz 33; *M. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup> § 1168a ABGB Rz 6), mit der der Besteller die Festlegung des Herstellungsprozesses zu seiner Sache macht und damit eine Tätigkeit übernimmt, die üblicherweise dem Unternehmer zukommt (*Kletečka* aaO; 2 Ob 52/03s *ecolex* 2003/269; *Kurschel*, Gewährleistung 22).

**3.2.** Unrichtig ist eine derartige Anweisung dann, wenn sie die vertragskonforme Herstellung des Werks verhindert. Ob sie offenbar unrichtig ist, ist für die Warnpflichtverletzung von Bedeutung (*Kletečka* aaO Rz 29).

**4.** Zufolge § 1168a ABGB ist der Werkunternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn das Werk infolge offenerer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffs oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers misslingt und er den Besteller nicht gewarnt hat.

**4.1.** „Offenbar“ im Sinn der zitierten Gesetzesstelle ist alles, was vom Unternehmer bei der von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muss (1 Ob 769/83 SZ 57/18 mwN, 10 Ob 205/01x SZ 2002/23, RIS-Justiz RS0022259), wobei der Unternehmer für die Anwendung der in seinem Beruf üblichen Sorgfalt regelmäßig als Sachverständiger (§§ 1299 f ABGB) anzusehen ist, sodass er die üblichen Branchenkenntnisse zu gewährleisten hat (9 Ob 98/06m; 2 Ob 277/08m ZVB 2010/38 [*Michl*]; *M. Bydlinski* in KBB<sup>3</sup> § 1168a Rz 7 mwN).

**4.2.** Die Beklagte hatte als Spezialunternehmen für Tiefbau jene Sorgfalt an den Tag zu legen, die man sich von einem Fachmann ihrer Profession nach dem Stand der Technik erwarten durfte (1 Ob 144/00h bbl 2001/41; 6 Ob 276/02k RdW 2004/52). Sie war nicht verpflichtet, auf



eigene Kosten Spezialisten beizuziehen oder Gutachten einzuholen (RIS-Justiz RS0021971; 2 Ob 52/03s). Sie wusste, dass es durch das Einvibrieren der Pfähle zu einer Untergrundverdichtung kommen werde. Dennoch erkannte sie nicht, dass infolge des geringen Abstands der einzubringenden Pfähle zum Hochregallager und die vorgegebene dichte Anordnung von Pfählen mit großem Rammquerschnitt die Gefahr von Setzungen im Bereich des Hochregallagers bestand. Diese Gefahr hätte ihr aber beim anzulegenden Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB aufgrund ihrer spezifischen Fachkenntnisse bewusst sein müssen. Insofern war die Untauglichkeit (Unrichtigkeit) der ihr erteilten Ausführungsanweisungen für sie „offenbar“ im Sinn des § 1168a ABGB. Deshalb unterblieb eine Abklärung der Risiken für das Nebengebäude.

**5.** Die Beklagte hat, wie oben dargestellt, den Einwand des Mitverschuldens der Werkbestellerin an der bewirkten Warnpflichtverletzung ohne Verletzung des Neuerungsverbots (§ 482 ZPO) erhoben:

**5.1.** Nach ständiger Rechtsprechung besteht eine Warnpflicht grundsätzlich auch gegenüber dem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller (*Krejci in Rummel*<sup>3</sup> § 1168a ABGB Rz 32 mwN; RIS-Justiz RS0021906 ua).

**5.2.** Ungeachtet der von einem Teil der Lehre geäußerten Bedenken, dass ein Besteller-Mitverschulden im Gefahrtragungssystem der §§ 1168, 1168a ABGB keinen Platz habe (vgl die Darstellung in: *Vollmaier*, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung - Zurechnung von Dritten, RdW 2010/77, 67 FN 9), wurde dem Besteller ein Fehlverhalten von Vorunternehmern, die Pläne, Gutachten und Beratung bereitgestellt haben, als Mitverschulden zugerechnet (RIS-Justiz RS0028751; RS0021646; 1 Ob 769/83 SZ 57/18). Das ist jedoch von jüngerer Rechtsprechung des Obersten

Gerichtshofs (RIS-Justiz RS0021766 [T3]; 4 Ob 283/98s ecolex 1999, 393; 6 Ob 658/94 ecolex 1995, 714; 4 Ob 137/11t ZVB 2012/37, 128 [Zörer]) dahin eingeschränkt worden, dass sich ein Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss. Ein Mitverschulden kommt aber dann in Betracht, wenn der Werkbesteller Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (RIS-Justiz RS0021766 [T3]; zuletzt 4 Ob 137/11t ZVB 2012/37, 128 [Zörer]).

**5.3.** Treffen also den Werkbesteller qualifizierte vertragliche Mitwirkungspflichten, muss er sich auch Fehler jener fachkundigen Vorunternehmer anrechnen lassen, die ihm untauglichen Stoff oder unrichtige Pläne und Gutachten geliefert haben (§ 1313a ABGB). Die Beiziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein noch nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Werkbestellers. Entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen haben.

**6.** Zur Klärung der Frage, ob die Werkbestellerin im gegenständlichen Fall verpflichtet war, ist - wie oben dargestellt - maßgeblich, dass sie der Beklagten den Auftrag unter verbindlicher Festlegung der Herstellungsmethode erteilt hat. Sie hat mit dieser Anweisung die Methodenauswahl und die Festlegung des Herstellungsprozesses zu ihrer Sache gemacht und damit eine Tätigkeit, die üblicherweise dem Werkunternehmer zukommt, übernommen (*Kletečka* aaO § 1168a Rz 33).

Dass sie zur Erstellung des exakt ausgearbeiteten Ausführungsplans Fachleute, nämlich Sachverständige aus

dem Bereich der Geotechnologie und der Baustatik heranzog und die Beklagte mit der Umsetzung beauftragte, ändert nichts daran, dass sie damit eine eigene vertragliche Mitwirkungspflicht übernommen hat. Sie hat die Art und den Umfang der Pfahleinbringung und die Örtlichkeit bindend festgelegt, ohne dem Werkunternehmer zu erkennen zu geben, an seiner fachlichen Ansicht oder Kritik an der Ausführungsart interessiert zu sein. Sie hat daher iSd § 1313a ABGB für die von ihren Gehilfen verschuldete Fehlerhaftigkeit ihrer Anweisung einzustehen.

7. Soweit der Beklagten von den Vorinstanzen vorgeworfen wurde, sie hätte eine geotechnologische Untersuchung verlangen müssen, ist Folgendes zu entgegnen: Der Boden, auf dem ein Gebäude errichtet werden soll, ist ein Werkbeitrag des Bestellers, also „Stoff“ iSd § 1168a ABGB, weshalb verkürzt das sogenannte „Baugrundrisiko“ allgemein dem Besteller zugeordnet wird. Bei Vereinbarung einer bestimmten Konstruktion auf einer Liegenschaft schuldet der Werkunternehmer keinen funktionalen Erfolg (vgl. *Wenusch*, Nochmals: Der Schuldinhalt bei einem Werkvertrag mit Leistungsverzeichnis, *ecolex* 2010, 841), muss aber vor einer ihm offenbaren Gefahr des Misslingens des Werks warnen (vgl. auch *Thunhart*, Das Baugrundrisiko, *bbl* 2006, 127 [134 ff]). Den für die rechtliche Beurteilung maßgeblichen Feststellungen ist nun keineswegs zu entnehmen, dass unerwartete oder unerkannte Beschaffenheiten der Bodenverhältnisse für die stattgefundenen Setzungen am Nachbarbauwerk kausal gewesen wären.

8. Eine Auseinaderersetzung mit dem Inhalt der AGB der Auftraggeberin und dem Umstand, dass die Beklagte sie vor Durchführung der Arbeiten offenbar nicht unterfertigt und danach Streichungen vorgenommen hat, kann unterbleiben, weil darin keine Abweichungen von der durch

§ 1168a ABGB gegebenen Rechtslage erkannt werden können.

9. Es ist daher dahin zusammenzufassen, dass der Werkbestellerin durch die in eine Anweisung gekleidete Methoden- und Ausführungswahl, die durch die Mitwirkung von Sachverständigen überdies den Anschein der Richtigkeit erweckte, ein Mitverschulden an der Warnpflichtverletzung der Beklagten zuzumessen ist.

Diesem Mitverschulden kommt allerdings im Verhältnis zur Warnpflichtverletzung durch die Beklagte geringere Bedeutung zu, weil letztere als Werkunternehmerin für besondere Kenntnisse in Fragen der Tiefbohrung einzustehen hat. Eine derart vorgenommene Abwägung führt zu einer Bemessung im Verhältnis von 2 : 1 zum Nachteil der Beklagten.

In diesem Sinn war eine Abänderung des angefochtenen Zwischenurteils vorzunehmen.

Der Kostenvorbehalt beruht auf § 393 Abs 4 ZPO iVm § 52 Abs 2 ZPO (*M. Bydlinski in Fasching<sup>2</sup> § 52 ZPO Rz 5, 7*).

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 21. März 2013  
Dr. D a n z l  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: