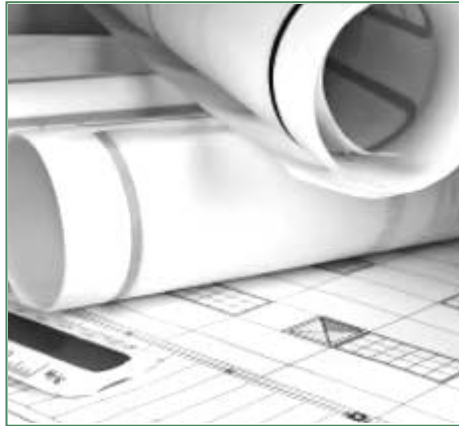


DIPLOMARBEIT



PRÜF- UND WARNPFLICHT DER PLANER

institut für baubetrieb + bauwirtschaft
projektentwicklung + projektmanagement

Mario Payer

Vorgelegt am
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft
Projektentwicklung und Projektmanagement

Betreuer
Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Hans Lechner

Mitbetreuender Assistent
Dipl.-Ing. Andreas Ledl

Graz, am 10. Jänner 2010

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich erkläre hiermit ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegt und auch noch nicht veröffentlicht. Die vorliegende Fassung entspricht der eingereichten elektronischen Version.

Graz, am 10.01.2010



(Unterschrift)

Danksagung

An dieser Stelle möchte ich allen Personen danken, die mir während meiner Diplomarbeit mit Rat und Tat zur Seite standen.

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich bei Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Hans Lechner, der mir schon während meiner Studienzeit über seine fachliche Kompetenz hinaus Inspiration war.

Meinem betreuenden Assistenten Dipl.-Ing. Andreas Ledl möchte ich für seine Unterstützung und kollegiale Betreuung Dank sagen. Die Gespräche mit ihm waren stets eine Bereicherung.

Auch darf ich meinen Gesprächspartnern für die Zeit danken, die sie mir für anregende Diskussionen zur Verfügung gestellt haben. Dipl.-Ing. Herfried Peyker, Geschäftsführer der Architektur Consult ZT GmbH, rief in mir erste ungeklärte Fragen auf. Dipl.-Ing. Dr. tech. Dr. jur. Nikolaus Thaller, Geschäftsführer der Arch+Ing Akademie, gebührt außerordentlicher Dank für ein mehr als angenehmes Gespräch und weiterführende Erörterungen. Mag. Peter Fassl und Mag. Markus Busta, Partner und Rechtsanwalt bei Hasberger_Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH, führten mir durch einen kritischen Meinungs austausch, die Brisanz der vorliegenden Thematik eingehend vor Augen.

Mein besonderer Dank gilt meiner Familie, die mich die gesamte Ausbildungszeit hindurch unterstützt hat. Meine Eltern, Maria und Karl, und mein Bruder, Pierre, waren während meiner Studienzeit stets an meiner Seite und gaben mir bedingungslos jede Unterstützung in liebevoller Weise. Meiner Frau, Martina, danke ich für ihre Liebe, Geduld, Unterstützung und Motivation. Meiner Tochter, Lili, danke ich für ihr Sein und für ihr Nachsehen meiner körperlichen Abwesenheit in Lernphasen.

Graz, am 10.01.2010. Mario Paver

Kurzfassung

Die Prüf- und Warnpflicht der Planer ist in der Bauwirtschaft ein immer wiederkehrendes Schlagwort bei der Auseinandersetzung zwischen den am Bauprozess Beteiligten. Mangels eines eigenständigen Planervertrages, der die Verpflichtungen der Planer im Einzelnen darlegt, ist die Rechtsunsicherheit im Groben groß und im Detail sogar strittig. Ob die Prüf- und Warnpflicht den einzelnen Planer überhaupt trifft, wird durch die vertragliche Beziehung zwischen Planer und Auftraggeber entschieden und erstreckt sich nicht auf jedes Aufgabengebiet der Planer.

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch legt die Prüf- und Warnpflicht für den Werkunternehmer fest, so auch für den Planer mit Werkvertrag. Teilfragen zu dieser Thematik, wie etwa auch zu gleichartigen Verpflichtungen in einem vorvertraglichen Stadium, sind mit Hilfe der Rechtsanalogie zu beantworten.

Diese Diplomarbeit hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtliche Situation und gängige Meinung in Literatur zur vorliegenden Themenstellung darzulegen, strittige Teilfragen aufzuwerfen und einen strukturierten Einblick in die Prüf- und Warnpflicht der Planer zu geben.

Abstract

The planner's duty to test and warn is a recurrent keyword during a conflict between involved people in the building industry. In default of a self-contained contract for planner which could show the planner's duty in detail, legal uncertainty overall is big and in detail even controversial. For which type of planner the planner's duty to test and warn is up to, at all, depends on the kind of contract that is concluded between planner and owner and is not related to any specific field the planner is working at.

The General Civil Code regulates the duty to test and warn for the contractor as well as for the planner with a contract to produce a work. Subquestions to this topic plus similar duties in a pre-contractual phase get answered with the help of law analogy.

The aim of this diploma thesis is to point at the judicial situation and majority view of literature of the selected topic, to raise controversial subquestions and to deliver a structured insight into the planner's duty to test and warn.

Inhaltsverzeichnis

1	Allgemeiner Teil	9
1.1	Einleitung	9
1.1.1	Zieldefinition	9
1.1.2	Methodik der Arbeit	10
1.2	Planer	11
1.2.1	sonstige vertragliche Nebenpflichten	12
1.2.2	örtliche Bauaufsicht	15
1.2.2.1	Koordinierung versus örtliche Bauaufsicht	19
2	Rechtliche Grundlage	20
2.1	Allgemeines zu dem Planervertrag	20
2.2	Planervertrag als Werkvertrag	20
2.3	ÖNORM B 2110	22
2.4	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	22
2.4.1	§ 1168a Satz 3 ABGB	23
3	Vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht	24
3.1	ABGB	25
3.2	Prüfung	27
3.2.1	grobe Fehler	28
3.2.2	Gründe für Einschränkungen	29
3.3	Warnung	30
3.4	Verletzung	32
3.4.1	culpa in contrahendo	33
4	Vertragliche Prüf- und Warnpflicht	35
4.1	§1168a ABGB	35
4.1.1	nachgiebiges Recht (Erweiterung, Einschränkung)	37
4.1.2	offenbar, bzw. offenbare Untauglichkeit und offenbar unrichtige Anweisung	38
4.2	Inhalt und Zweck der Prüf- und Warnpflicht	40
4.3	Entfall der Prüf- und Warnpflicht	43
4.4	Prüfung	44
4.4.1	Umfang der Prüfung	45
4.4.2	wirtschaftlicher Aspekt bei Ausübung der Prüfpflicht	46
4.4.3	Teile der Prüfpflicht	48
4.4.4	Vorliegen eines Gutachtens	48
4.4.5	Baugrund, Baugrundrisiko	49
4.4.6	Neuartige Baumethoden, Pilotprojekte oder Forschungsvorhaben ...	51
4.4.7	Umfang bei kleinem oder großem Planungsbüro	52
4.4.8	Erweiterung der Prüf- und Warnpflicht	52
4.4.8.1	Auslegung und Vertragsinterpretation	54
4.4.8.2	Irrtum und Irrtumsanfechtung	55
4.4.9	sachkundiger bzw. sachkundig beratener Auftraggeber	56
4.5	Warnung	58
4.5.1	Adressat der Warnung	59
4.5.1.1	Warnung gegenüber dem Vertreter	60
4.5.2	Form der Warnung	61
4.5.2.1	Baubuch und Bautagesbericht	62
4.5.3	Zeitraum der Warnung	62
4.5.4	Verbesserungsvorschlag	63

4.5.4.1	Überwarnung.....	65
4.5.5	(Sub)Subunternehmer.....	65
4.5.6	Zusammenwirken mehrer Werkunternehmer.....	68
4.5.7	Mitwirkungs- und Entscheidungspflichten des Werkbestellers	69
4.5.7.1	Entscheidungen des Werkbestellers (Leistungsweigerungsrecht der Werkunternehmer)	70
4.5.7.2	verspätete oder keine Entscheidung des Werkbestellers	72
4.6	Verletzung	74
4.6.1	Schadenersatzanspruch	77
4.6.1.1	Voraussetzung	78
4.6.1.2	Sowiesokosten	79
4.6.2	Werklohnanspruchverlust des Werkunternehmers	79
4.6.2.1	Verjährungsfrist	80
4.6.3	Schadensminderungspflicht	81
4.6.4	Beweislast	82
4.6.5	Haftungseinschränkungen	83
4.6.5.1	vertragliche Haftungseinschränkungen.....	83
4.6.6	Betriebs- bzw. Berufshaftpflichtversicherung	84
5	Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	86
5.1	Allgemeines.....	86
5.2	Empfehlungen für den Planer	87
6	Anhang	88
6.1	vernetzte Visualisierung	88
6.2	Musterbriefe	89
6.2.1	Allgemeines.....	89
6.2.2	Formulare	90
6.2.2.1	Formular 1: <i>Warnung / Äußerung von Bedenken, Angebotsstadium</i> ..	91
6.2.2.2	Formular 2: <i>Warnung / Entfall der Prüf- und Warnpflicht</i>	92
6.2.2.3	Formular 3a: <i>Warnung / Äußerung von Bedenken</i>	93
6.2.2.4	Formular 3b: <i>Warnung / Äußerung von Bedenken, Werkbesteller direkt</i>	94
6.2.2.5	Formular 4: <i>Warnung / Verbesserungsvorschlag</i>	95
6.2.2.6	Formular 5: <i>Warnung / Urgenz von Entscheidung</i>	96
6.2.2.7	Formular 6: <i>Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungsumstellung</i>	97
6.2.2.8	Formular 7: <i>Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungseinstellung</i>	98
6.3	Fragenkatalog für den Planer.....	99
6.4	§§ ABGB	102
6.5	Literatur	123

Abbildungsverzeichnis

Bild 1.1	Skizze: vernetzte Visualisierung.....	10
Bild 1.2	Planer	11
Bild 3.1	Formular 1: <i>Warnung / Äußerung von Bedenken, Angebotsstadium</i> .	32
Bild 4.1	Formular 1: <i>Warnung / Entfall der Prüf- und Warnpflicht</i>	47
Bild 4.2	Formular 3a: <i>Warnung / Äußerung von Bedenken</i>	60
Bild 4.3	Formular 3b: <i>Warnung / Äußerung von Bedenken, Werkbesteller direkt</i>	61
Bild 4.4	Formular 3b: <i>Warnung / Verbesserungsvorschlag</i>	65
Bild 4.5	Formular 5: <i>Warnung / Urgenz von Entscheidung</i>	72
Bild 4.6	Formular 6: <i>Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungsumstellung</i>	73
Bild 4.7	Formular 7: <i>Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungseinstellung</i>	74
Bild 4.8	Werklohn- und Schadenersatzanspruch.....	76

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1.1	Projektphasen und Tätigkeiten der ÖBA	16
-------------	---------------------------------------------	----

1 Allgemeiner Teil

1.1 Einleitung

Die Prüf- und Warnpflicht der Planer ist in der Bauwirtschaft ein immer wiederkehrendes Schlagwort bei der Auseinandersetzung zwischen den am Bauprozess Beteiligten. Nicht selten enden solche Streitigkeiten zwischen den Vertragspartnern vor Gericht mit Schadenersatzforderungen. Mangels eines eigenständigen Planervertrages, der die Verpflichtungen der Planer im Einzelnen darlegt, ist die Rechtsunsicherheit im Groben groß und im Detail sogar strittig.

Tritt der Schaden erst während der Ausführungsphase auf, wird die ausführende Unternehmung aus Eigeninteresse und nach Möglichkeit versuchen, das Verschulden oder zumindest ein Mitverschulden an diesem Schaden weiter zu reichen. Dies kann dann den Planer des Bauherrn treffen, der die Pläne zu dem betreffenden Werk geliefert hat. Im Rahmen seiner Prüf- und Warnpflicht hätte er somit den Fehler erkennen müssen. Da er das nicht tat, hat er den Schaden vermeintlich (mit)verursacht. Auch der Planer, der die Örtliche Bauaufsicht auf der Baustelle übernommen hat und im Auftrag des Bauherrn koordiniert, organisiert und überwacht hat, kann unter Umständen im Fokus der ausführenden Unternehmung bei der Schadensüberwälzung sein. Eine etwaige Verletzung der Prüf- und Warnpflicht gewinnt schließlich zusehends an Brisanz, da die Konsequenzen weit reichen - bis hin zum Entgeltverlust.

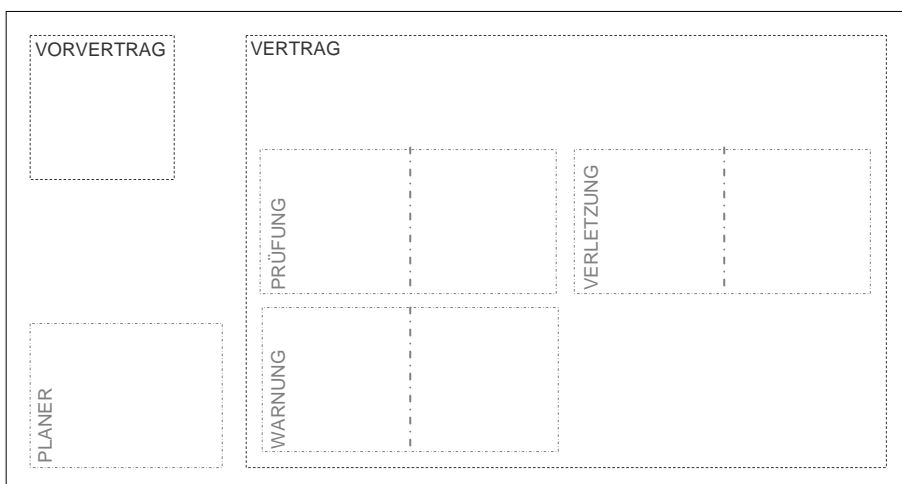
1.1.1 Zieldefinition

In Ausarbeitung dieser Diplomarbeit soll untersucht werden, ob jeden Planer – unabhängig seiner Rolle im Bauprozess – die Verpflichtung zur Warn- und Prüfpflicht trifft. Die Prüf- und Warnpflicht der Planer soll in Inhalt, Umfang, Grenzen und Auswirkung strukturiert erörtert werden, sowohl im vertraglichen als auch im vorvertraglichen Stadium. Strittige Teilfragen in Abhandlung der Prüf- und Warnpflicht der Planer sollen aufgeworfen und diskutiert werden.

1.1.2 Methodik der Arbeit

Die Arbeitsweise der Diplomarbeit ist durch die Aufgliederung des Themas Prüf- und Warnpflicht der Planer in die Gebiete Planer einerseits und Prüf- und Warnpflicht andererseits zu beschreiben. Diese sind soweit im Detail untersucht, wie sie Ungewissheit für die vorliegende Thematik darstellen. Um die Ungewissheiten besser zu erfassen, sind im ersten Schritt Fragenstellungen in deren Zusammenhang – wie unter 6.3 festgehalten - formuliert worden, um diese aus rechtlicher Sicht und nach Meinung von Experten aus Recht und Bauwirtschaft stichwortartig beantworten zu können. In einem zweiten Schritt ist diese Beantwortung der Fragen in einem Plan vernetzt visualisiert worden, um einen besseren Überblick über die Hauptbereiche Vorvertrag und Vertrag sowie deren Unterbereiche Prüfung, Warnung und Verletzung - mit entsprechender Vernetzung untereinander - zu gewähren. Diese vernetzte Visualisierung ist nachstehend skizzenhaft dargestellt und findet sich als Plan im Anhang dieser Diplomarbeit als Orientierungshilfe zur Abhandlung dieses Themas vor. Um die Orientierungshilfe zu vereinfachen, ist die Skizze der vernetzten Visualisierung immer bei dem jeweilig diskutierten Hauptkapitel am rechten Rand dieser Diplomarbeit zu finden, wobei der entsprechende Bereich schwarz eingefärbt ist.

Bild 1.1 Skizze: vernetzte Visualisierung



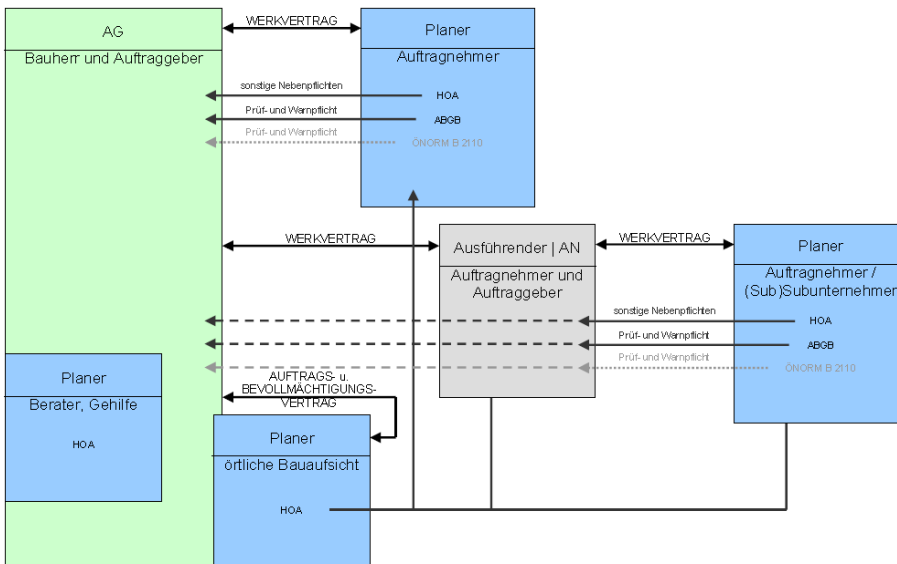
1.2 Planer

Unter einem Planer ist der Baubeteiligte zu verstehen, der sich im Bauwesen mit der Planung künftiger Bauprojekte beschäftigt und umfasst vor allem die Berufsgruppe der Architekten und Ingenieurkonsulenten, die über eine Ziviltechnikerbefugnis verfügen. Die Leistungspalette der Planer reicht somit von der Verfassung von Plänen - Vorentwurf bis Detailplanung -, Leistungsverzeichnissen und Vorschlägen sowie Erstellung von Ausschreibungsunterlagen, über die Konzeption von Projekten, Projektsteuerung und Projektmanagement, bis hin zur bevollmächtigten Vertretung des Werkbestellers vor Behörden und zur Ausübung der örtlichen Bauaufsicht.



In Frage der Prüf- und Warnpflicht der Planer spielt jedoch nicht oder nur indirekt das Aufgabengebiet des Planers, sondern die Beziehung zwischen Planer und Auftraggeber die entscheidende Rolle. Mögliche Varianten, die aus diesen unterschiedlichen Beziehungen entstehen, sind unter Bild 1.1 nachfolgend dargestellt.

Bild 1.2 Planer



Wie der Grafik zu entnehmen ist, nimmt der Planer entsprechend seiner vertraglichen Situation und Beziehung zum Augeber verschiedene Positionen innerhalb des Planungs- und Bauprozesses ein:

So löst erst ein Werkvertrag zwischen Planer und Auftraggeber – Werkbesteller - eine vertragliche Prüf- und Warnpflicht des Planers – Werkunternehmer - nach ABGB und unter Umständen nach ÖNORM B

2110 aus. Sonstige vertragliche Nebenpflichten erwachsen unter anderem dem Leistungskatalog entsprechend der Honorar Information Architektur (HIA) 2008-07, deren Inhalt aus dem Modul 1 – Leistungskatalog - mit jenem der HOA 2004 weitgehend übereinstimmt. Dieser Leistungskatalog findet in dieser Diplomarbeit jedoch nur soweit Betrachtung, wie er Nebenpflichten anführt, die mit den hier zu untersuchenden Prüf- und Warnpflicht irrtümlich verwechselt werden könnte.

Auf mögliche divergierende Auswirkungen auf Pflichten der Planer als (Sub)Subunternehmer wird in weiterer Folge unter 4.5.5 Stellung genommen. Dem ungeachtet offenbart die grafische Darstellung in Bild 1.1 bereits, dass bei der Frage, wem gegenüber Pflichten erwachsen, entscheidend ist, zwischen welchen Vertragspartnern ein Werkvertrag besteht.

Der Planer in der Ausübung der örtlichen Bauaufsicht findet im Planungs- und Bauprozess eine andere vertragliche Situation vor und geht keinen Werkvertrag ein.¹ Diese vertragliche Sachlage ist für die örtliche Bauaufsicht als eine Mischung aus Auftrags- und Bevollmächtigungsvertrag zu klassifizieren. Auswirkungen auf die Prüf- und Warnpflicht daraus sind unter 1.2.2 dargelegt.

Der grafisch dargestellte, rein beratende Planer übt seine Beratungstätigkeit als vertragliche Hauptpflicht aus. Er kann in seiner Stellung als Erfüllungsgehilfe des Werkbestellers kritische Sachverhalte auslösen, die einem Werkbesteller mit dem Status eines sachkundigen bzw. sachkundig beratenen Auftraggebers zugeordnet werden können - wie nachfolgend in dem Kapitel 4.4.8 erörtert.

1.2.1 sonstige vertragliche Nebenpflichten

Wichtigster Zweck, der laut § 1168a ABGB oder in der ÖNORM B 2110 geregelten Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, ist die ordnungsgemäße Erfüllung der geschuldeten Leistung und damit das Gelingen des Werkes sicher zu stellen. Der Werkbesteller ist vor möglichen Auswirkungen der von ihm beigestellten untauglichen Stoffe oder unrichtigen Anweisungen zu bewahren. Die Warnpflicht soll dabei dem Werkbesteller die Möglichkeit geben, Gefahren abzuwägen und ihm eine Entscheidungshilfe über weitere Vorgangsweisen bieten. Von dieser

¹ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid November 2007, 36.

Prüf- und Warnpflicht sind alle sonstigen vertraglichen Nebenpflichten des Werkunternehmers streng zu unterscheiden, die nicht den Zweck des Gelingens des Werkes verfolgen. Vielmehr sollen sie – im Gegensatz zu der nebenvertraglichen Prüf- und Warnpflicht – den Werkbesteller vor Mehrkosten schützen.²

Als eine solche sonstige vertragliche Nebenpflicht ist speziell für den Planer als Werkunternehmer die Beratungspflicht zu nennen. So führt die Honorar Information Architektur (HIA) 2008-07 im Modul 1 – Leistungskatalog – neben optionalen Beratungstätigkeiten – wie etwa bei einem Liegenschaftsankauf – die folgenden wesentlichen Beratungsaufgaben an:

- Beratung in sicherheitstechnischen Belangen, insbesondere in der Umsetzung von Grundsätzen in der Gefahrenverhütung gemäß ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) in der Planung³
- Beratung des Werkbestellers über funktionelle, betriebliche, rechtliche, normative und organisatorische Erfordernisse für die Aufstellung eines Raum- und Funktionsprogramms bei der Projektkonzeption⁴

Planer sind auf Grund ihrer qualifizierten Ausbildung und des hohen Leistungsstandards gemäß §1299 ABGB als Sachverständige einzuordnen. Der erhöhte Sorgfaltsmaßstab, der ihnen daraus erwächst, begründet keine weiteren Pflichten, sondern hebt im Vergleich zur durchschnittlichen Sorgfalt im Sinne von §1297 ABGB bei bestehenden Pflichten den Verschuldensmaßstab an. Dies bedeutet für den Planer als Sachverständiger, dass er nach §1300 ABGB bereits verantwortlich wird, wenn er "gegen Belohnung" aus Versehen – also fahrlässig – einen falschen Rat erteilt. Bei einer so genannten Gefälligkeitsäußerung – also "ohne Belohnung" – gilt dies nur bei wissentlich falscher Beratung. Jedoch ist grundsätzlich von einer Beratung "gegen Belohnung" und damit von einer Haftung gemäß §1300 ABGB auszugehen. Dies begründet sich darin, dass im vorliegenden Fall die Beratungspflicht – sei sie auch nur vorvertraglich oder eine Nebenpflicht – im Rahmen eines Verpflichtungsverhältnisses auszuüben ist. So ist auch eine fehlende Entgeltlichkeit nicht entscheidend, solange der Rat nicht selbstlos erteilt wird.⁵

² vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 44.

³ vgl. Honorar Information Architektur 2008-07, Modul 1 (Leistungskatalog), 46.

⁴ vgl. Honorar Information Architektur 2008-07, Modul 1 (Leistungskatalog), 20.

⁵ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.11.2.

Nach Straube⁶ erstreckt sich eine sachverständige Beratungspflicht inhaltlich nicht nur auf den vorliegenden Leistungsbedarf, sondern beispielsweise auch auf Entscheidungshilfen für die Auswahl von beizuziehenden Spezialisten. Wird ein Planer im vorvertraglichen Stadium, so beispielsweise für die Auswahl eines für das Bauprojekt geeigneten Grundstückes hinzugezogen, sieht Straube die Beratungspflicht auch bereits in sämtlichen entscheidungsrelevanten Bereichen - wie Bebaubarkeit, Altbestand etc. - gegeben.

Dort wo das Gelingen des Werkes in Gefahr ist, tritt die Prüf- und Warnpflicht an Stelle der Beratungspflicht.⁷

Die Aufklärungspflicht des Planers geht Hand in Hand mit der Beratungspflicht. Sie soll dem Werkbesteller beispielsweise Auswirkungen aus der Umsetzung der Planung und Beratung des Planers vor Augen führen. So kann diese Aufklärungspflicht von finanziellen Gesichtspunkten bis zur Nutzungsseite reichen.⁸

Eine weitere sonstige vertragliche Nebenpflicht des Planers ist die Informationspflicht. Eine umfangreiche Information ist bei gleichzeitiger Dokumentation ein wichtiger Garant für einen problemfreien Ablauf des Planungs- und Bauprojektes. Je komplexer das Bauvorhaben ist und je mehr Personen und Personengruppen an diesem Planungs- und Bauprojekt beteiligt sind, desto größer wird der Stellenwert, den ein gegenseitiger Informationsaustausch einnimmt.

Diese Informationspflicht ist aber keine Einbahnstraße und so hat die Information zunächst von Werkbesteller zu Planer zu erfolgen, indem er seine Wünsche zu dem Bauprojekt darlegt. Der Planer seinerseits hat den Werkbesteller und alle am Planungsprozess beteiligten Personen, wie etwa Fachplaner, zu informieren - sofern diese Pflicht nicht dem Werkbesteller selbst obliegt. Auf diese Weise hat ein Austausch aller relevanten Ereignisse stattzufinden. Was relevant ist und wie der Informationsaustausch durchgeführt werden soll, ist im Einzelfall unterschiedlich und folgt grundsätzlich dem vorliegenden Planervertrag.⁹

Erwähnt seien an dieser Stelle noch das Baubuch und der Bautagesbericht, die die ÖNORM B 2110 als Dokumentationssysteme anführt. Für den Planer, der vertraglich nicht an die ÖNORM B 2110

⁶ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.11.2.

⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 44.

⁸ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.8.1.

⁹ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.8.6.

gebunden ist, sollte - als Empfehlung - die Form der Dokumentation von Informationen an die Form der Warnung nach 4.5.2 angelehnt sein.

Die Hinweispflicht stellt eine andere sonstige vertragliche Nebenpflicht des Planers dar und bezieht sich auf geltende einschlägige Vorschriften und Bebauungsbestimmungen, die entsprechend der Planung tangiert werden. Damit soll ein genehmigungsfähiges Projekt sichergestellt werden.¹⁰

Sollten Hinderungsgründe eintreten, die beispielsweise einer Bewilligung - und somit einem Gelingen des Werkes – im Wege stehen, wird die Hinweispflicht von der Prüf – und Warnpflicht formell abgelöst.

Hingewiesen sei an dieser Stelle noch, dass im deutschsprachigen Raum die Hinweispflicht anstelle der Warnpflicht sprachliche – wenn auch für den Zweck der Mitteilung untreffliche, da entschärfte – Anwendung findet.

1.2.2 örtliche Bauaufsicht

Die örtliche Bauaufsicht umfasst die Leistungen der Bauüberwachung und Koordination, die Termin- und Kostenverfolgung, die Qualitätskontrolle, die Rechnungsprüfung, Bearbeitung von Mehr- und Minderkostenforderungen, Übernahme und Abnahmen, Mängelfeststellung und -bearbeitung sowie die Dokumentation vor und während der Ausführung und bis zum Ende der Gewährleistungsphase.¹¹

Zusammengefasst fällt die Überwachung, Koordination und Kontrolle des Bauablaufes in den Anwendungsbereich der örtlichen Bauaufsicht. Die Projektvorbereitungs- und die Planungsphase sind demnach für die örtliche Bauaufsicht nicht relevant.

¹⁰ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.8.1.

¹¹ vgl. WKO Bundesinnung Bau, Band 3 Örtliche Bauaufsicht.

Tabelle 1.1 Projektphasen und Tätigkeiten der ÖBA¹²

Phase	Tätigkeit
1 Projektvorbereitung	für ÖBA nicht relevant
2 Planung	für ÖBA nicht relevant
3 Ausführungsvorbereitung	Bauüberwachung und Koordination Termin- und Kostenverfolgung Qualitätskontrolle Dokumentation
4 Ausführung	Bauüberwachung und Koordination Termin- und Kostenverfolgung Qualitätskontrolle Rechnungsprüfung Bearbeitung von Mehr- und Minderkostenforderungen Übernahme und Abnahme Mängelfeststellung und -bearbeitung Dokumentation
5 Projektabschluss	Übernahme und Abnahme Mängelfeststellung und -bearbeitung Dokumentation

Aus Tabelle 1.1 geht hervor, dass eine wesentliche Leistung der örtlichen Bauaufsicht die Prüfung der Ausführung auf Übereinstimmung mit der Planung, das heißt ein Soll-Ist Vergleich der Planung mit der Ausführung, ist. Damit ist es für die örtliche Bauaufsicht notwendig, die Planung, die das Soll darstellt, zu kennen, um einen rein mechanischen Vergleich mit der planerischen Ausführung durchführen zu können.

Die Frage, ob die örtliche Bauaufsicht auch eine inhaltliche Prüfung über die Richtigkeit der Planung vornehmen muss, soll nachstehend durchleuchtet werden:

Die Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a Satz 3 ABGB verlangt von dem Auftragnehmer, die ihm vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Anweisungen und Ausführungsunterlagen zu prüfen und vor erkennbaren Mängeln darin zu warnen. Dies umfasst somit auch Pläne. Jedoch gilt die Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB nur für Werkverträge, das heißt für Verträge, die auf die Erbringung einer Werkleistung, mit anderen Worten eines "Erfolgs" gerichtet sind.¹³ Da nach Rechtsprechung die örtliche Bauaufsicht mit dem Auftraggeber keinen Werkvertrag, sondern eine Mischung aus Auftrags- und

¹² WKO Bundesinnung Bau, Band 3 Örtliche Bauaufsicht, 6.

¹³ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid November 2007, 35f.

Bevollmächtigungsvertrag eingeht, ist die Prüf- und Warnpflicht im engeren Sinn nach § 1168a ABGB für die örtliche Bauaufsicht nicht von Interesse. Dieser Meinung schließt sich Müller, Rechtsanwalt bei Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, an:

Die "reine" ÖBA-Leistung ist nach der Rechtsprechung kein Werkvertrag, sondern - je nach konkreter vertraglicher Ausgestaltung - eine Mischung aus Auftrags- und Bevollmächtigungsvertrag. Der Auftragnehmer schuldet bei der reinen ÖBA also grundsätzlich keinen "Erfolg" im obigen Sinne, sondern nur ein "Bemühen". Die Prüf- und Warnpflicht kommt also gar nicht zur Anwendung.¹⁴

Auch wenn die Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB für die örtliche Bauaufsicht nicht zur Anwendung kommt, kann die örtliche Bauaufsicht trotzdem eine eingeschränkte Prüf- und Warnpflicht treffen. Diese eingeschränkte Prüf- und Warnpflicht erwächst der örtlichen Bauaufsicht durch nebenvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten, die ein Auftragnehmer seinem Vertragspartner gegenüber zu erfüllen hat. Diese nebenvertraglichen Schutzpflichten, den Auftragnehmer vor offenbaren Mängeln der Planung zu warnen, gehen sicher nicht in die gleiche Tiefe, wie die „technisch geprägte“ Prüf- und Warnpflicht des Werkvertrages nach § 1168a ABGB.¹⁵ Vergleichbar ist diese mit einer vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht, wie sie im Angebots- bzw. Ausschreibungsstadium gegeben ist. Da in dieser Diplomarbeit der Prüf- und Warnpflicht im vorvertraglichem Stadium ein eigenes Kapitel gewidmet ist, in dem diese näher beschrieben wird, sei an dieser Stelle auf Kapitel 3 verwiesen.

Natürlich herrscht auf Grund von § 879 ABGB der Grundsatz der Vertragsfreiheit, womit es auch zulässig und möglich ist, der örtlichen Bauaufsicht tiefer gehende Prüf- und Warnpflichten aufzuerlegen, als sie ihr durch die oben erwähnten nebenvertraglichen Schutzpflichten erwachsen.

Unabhängig davon, welche vertragliche Leistung bei der örtlichen Bauaufsicht besteht bzw. welche Tiefe bei der Ausübung der Prüf- und Warnpflicht anzuwenden ist, gilt für die örtliche Bauaufsicht zusätzlich der erhöhte Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen nach § 1299 ABGB:¹⁶

¹⁴ Müller, Fachzeitschrift Solid November 2007, 36.

¹⁵ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid November 2007, 36.

¹⁶ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid November 2007, 36.

§ 1299. *Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last.*¹⁷

Dies bedeutet, dass jedweder Professionist auf eben seinem Fachgebiet als Sachverständiger anzusehen ist und ihm die durchschnittlichen Fähigkeiten seines Berufstandes anzurechnen sind. § 1299 ABGB objektiviert und verschärft damit den Fähigkeitsmaßstab zu Lasten von Sachverständigen, gemessen am „gewöhnlichen“ Menschen. Somit hat der Planer bei Ausübung der örtlichen Bauaufsicht-Tätigkeiten mit fachkundiger Sorgfalt vorzugehen und jene Aufmerksamkeit an den Tag zu legen, die redlicherweise nach Treu und Glauben üblich ist. Die Grenze der Sorgfaltspflicht der örtlichen Bauaufsicht stellt das durchschnittliche Wissen und damit die theoretische Ausbildung ihrer Berufsgruppe und das Können sowie die Erfahrung eines Fachmannes auf dem Gebiet der örtlichen Bauaufsicht und nicht das individuell vorhandenen Wissens des Planers dar.¹⁸

Ergänzend noch ein OGH Urteil:

*Zur örtlichen Bauaufsicht gehöre grundsätzlich die Überwachung der Herstellung des Werks auf Übereinstimmung mit den Plänen; auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplans; die Abnahme von Teilleistungen; die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen; die Führung des Baubuches etc., also jene Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden könnten. Alle anderen zur Bauüberwachung gehörenden Tätigkeiten seien nicht örtliche Bauaufsicht (RIS-Justiz RS0058803). Die Bauaufsicht diene jedoch nicht dazu, die einzelnen Unternehmer von ihrer persönlichen, sie als „Fachmann“ treffenden Verpflichtung zur mängelfreien Werkherstellung zu entlasten. Der Bauaufsichtsführende dürfe daher wie der Bauherr selbst auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten vertrauen und habe nur dort einzuschreiten, wo für ihn Fehler erkennbar werden. Der Werkunternehmer könne daher aus einer ungenügenden Bauüberwachung kein seine Haftung minderndes Verschulden ableiten (SZ 70/198; 9 Ob 33/99i).*¹⁹

¹⁷ Müller, Fachzeitschrift Solid November 2007, 36.

¹⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 61.

¹⁹ OGH 21.06.2007, 2Ob82/06g.

1.2.2.1 Koordinierung versus örtliche Bauaufsicht

Eine in der Praxis gängige Situation, nämlich die Beauftragung eines Planers nach seiner Planungstätigkeit mit der örtlichen Bauaufsicht und der Koordinierung in der Phase der Bauausführung, gilt es aus rechtlicher Sicht zu trennen.

Der Bauherr hat im Rahmen seiner Koordinierungspflicht für ein funktionierendes Zusammenwirken aller am Bau beteiligten Bauunternehmer Sorge zu tragen. Die Erfüllung dieser Pflicht kann er einem Planer als Erfüllungsgehilfen übertragen, hat jedoch die Fehler dieses koordinierenden Planers als seine eigenen anzurechnen.

Im Unterschied zur Koordinierung hat die Bauaufsicht bzw. „Bauüberwachung“ nicht die Organisation des Zusammenwirkens der Baubeteiligten zu bewerkstelligen, sondern – wie schon unter 1.2.2 ausgeführt – zu überwachen, sodass die Ausführung plangerecht, frei von Mängeln und in Übereinstimmung mit den Ausführungsunterlagen umgesetzt wird. Da diese Überwachung der Bauausführung keine Tätigkeit ist, die der Bauherr einem Bauunternehmer schuldet, muss sich der Bauherr ein Verschulden der örtlichen Bauaufsicht nicht anrechnen lassen. Schließlich wird die örtliche Bauaufsicht im Interesse des Bauherrn tätig und nicht, um den Bauunternehmer zu unterstützen. Die örtliche Bauaufsicht ist kein Erfüllungsgehilfe des Bauherrn.²⁰

²⁰ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid März 2006, 18f.

2 Rechtliche Grundlage

2.1 Allgemeines zu dem Planervertrag



Die Problematik bei Planerverträgen mit Architekten oder Ingenieuren ist, dass für diese Art von Vertrag – im Unterschied zu Vertragstypen wie etwa Kauf-, Werk- oder Mietvertrag – keine gesetzliche Regelung existiert. So ist anhand der konkreten Vereinbarung und der vom Planer geschuldeten Leistung abzuklären, welche Art von Vertrag vorliegt. Erst damit wird bei Streitigkeiten zwischen Vertragspartnern klar, welchen juristischen Regeln die Beurteilung von strittigen Fragen folgt.

Die vom Planer übernommene Leistung kann, wie bereits unter 1.2 dargelegt, unterschiedlich sein. In der Regel besteht sie in der Planungstätigkeit sowie in Überwachungs-, Koordinierungs- und Verhandlungstätigkeiten. Im Einzelfall kommen - entsprechend der vertraglich geschuldeten Leistung – die Regeln des Werkvertrages, des Dienstvertrages oder jene des Bevollmächtigungsvertrages zur Anwendung. Ist der Planer jedoch für sämtliche Leistungen beauftragt, geht die Rechtsprechung von einem so genannten „gemischten Vertrag“ aus und wendet die juristischen Regeln der Vertragsart an, deren Elemente überwiegen und deren Anwendung somit die sachgerechteste ist.²¹

2.2 Planervertrag als Werkvertrag

Die Bestimmungen über den Werkvertrag finden sich in nur 12 Paragraphen des ABGBs vor und sind bis auf § 1170b ABGB nachgiebiges Recht:

- § 1151 ABGB
- § 1152 ABGB
- §§ 1165 bis 1171 ABGB

Ergänzend sind einschlägige Bestimmungen über entgeltliche Verträge in §§ 859 bis 937 ABGB zu beachten.

²¹ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid Februar 2006, 40.

Bei einem Werkvertrag geht der Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller die vertragliche Verpflichtung ein, gegen vereinbartes Entgelt ein Werk nach den Vorstellungen und Anweisungen des Werkbestellers herzustellen. Der Werkunternehmer kann entweder persönlich selbständig oder unter seiner persönlichen Verantwortung durch Dritte, so genannte Subunternehmer, tätig werden. Gegenstand des Werkvertrages können neben körperlichen Leistungen auch geistige Leistungen sein und der Werkunternehmer verpflichtet sich mit dem Werkvertrag zur Herstellung eines bestimmten Erfolges bzw. eines funktionstüchtigen Werkes.²² Somit ist der klassische Planervertrag, der geistig-schöpferische Leistungen zum Gegenstand hat, wie etwa die Erstellung von Plänen, nach Lehre und ständiger Rechtsprechung als Werkvertrag zu beurteilen.²³

An dieser Stelle muss noch eine typische Konstellation in der Bauwirtschaft erwähnt werden, bei der ein Architekt zuerst Pläne herzustellen hat und anschließend die Oberleitung des Baues und die örtliche Bauaufsicht übernimmt. Diese vertragliche Situation führt zu einem Mischvertrag, das heißt, Elemente des Werkvertrags und des Bevollmächtigungsvertrags sind anzufinden. Da Rechtsprechung und Lehre kein einheitliches Bild in der Beurteilung der Frage, welchen Rechtsvorschriften ein derartiger gemischter Vertrag unterliegt, bietet²⁴, regelt die Judikatur einen solchen Fall und trennt die vertragliche Vermischung. Damit unterliegt der Planer bei Ausarbeitung der Pläne grundsätzlich einem Werkvertrag. Sobald er jedoch mit der Wahrnehmung der Interessen des Bauherrn gegenüber Behörden und Professionisten betraut ist und damit auch die Aufgaben der örtlichen Bauaufsicht übernimmt, überwiegen die Elemente des Bevollmächtigungsvertrages²⁵.

Die Frage, welcher Vertragstypus bei einem Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vorliegt, beeinflusst die Tiefe einer etwaigen Prüf- und Warnpflicht. Dies ist bereits in dem Kapitel „örtliche Bauaufsicht“ dieser Diplomarbeit dargelegt, worauf an dieser Stelle verwiesen sei.

²² vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 21.

²³ OGH 27.03.2008, 2 Ob 90/07k.

²⁴ vgl. OGH 27.03.2008, 2 Ob 90/07k.

²⁵ vgl. OGH 27.03.2008, 2Ob90/07k..

2.3 ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 beschreibt die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen, wobei die Bauleistungen unter 3.1 wie folgt definiert sind:

*Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken und Bauteilen, Landschaftsbau und sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken sowie Leistungen der Haustechnik.*²⁶

Obwohl für die Errichtung von Bauwerken Planungs- und Entwurfsleistungen erforderlich sind, fallen diese nicht in den Anwendungsbereich der ÖNORM B 2110.²⁷ Aus diesem Grund findet die ÖNORM B 2110 keine weitere Berücksichtigung in der vorliegenden Diplomarbeit.

2.4 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

In Mangelung eines Regelwerkes für den Planervertrag, mit Erörterungen zur Prüf- und Warnpflicht des Planers, bildet das ABGB den Grundstein dieser Diplomarbeit. Paragraphen des ABGB, die das Thema der Diplomarbeit Prüf- und Warnpflicht der Planer tangieren, sind entsprechend den Auslegungskriterien des ABGB betrachtet und trotz Fehlens einer tief greifend juristischen Ausbildung, mit Hilfe von Rücksprache bei Juristen und unter Zuhilfenahme des „Hausverständes“ interpretiert worden.

*§ 6. Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.*²⁸

²⁶ ÖNORM B 2110, 2009, Pkt. 3.1.

²⁷ vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110, 19.

²⁸ § 6 ABGB.

2.4.1 § 1168a Satz 3 ABGB

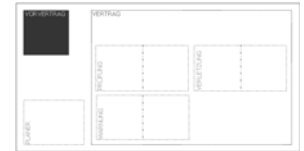
In § 1168a Satz 3 ABGB wird die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers beschrieben, dessen Inhalt unter Kapitel 4 erörtert wird.

§ 1168a. Mißlingt aber das Werk infolge offenerer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.²⁹

²⁹ § 1168a Satz 3 ABGB,

3 Vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht

Geschäftspartner treten schon mit der Aufnahme eines Kontaktes zu geschäftlichen Zwecken von Gesetzes wegen (§ 859) in ein beiderseitiges Schuldverhältnis, das sie zu gegenseitiger Rücksicht bei der Vorbereitung und beim Abschluß eines Vertrages verpflichtet, von dessen Zustandekommen es aber unabhängig ist.³⁰



Solange Vertragspartner miteinander verhandeln, besteht zwischen diesen kein (Werk-) Vertrag nach § 861 ABGB, der eine Prüf- und Warnpflicht für den Auftragnehmer nach § 1168a ABGB nach sich ziehen würde. Jedoch sind nach herrschender Lehre Loyalitätsbeziehungen der Vertragspartner schon mit Aufnahme eines Geschäftskontaktes und damit im Verhandlungsstadium zu beachten. Aus diesen Loyalitätsbeziehungen entstehen beiderseitige Nebenpflichten wie Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die auf Seite des Werkunternehmers eine vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht im Ausschreibungs- und Angebotsstadium erwachsen lassen, unabhängig davon, ob es zwischen den Verhandlungspartner zu einem Vertragsverhältnis kommt. Diese vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers ist jedoch eine, im Vergleich zur vertraglichen Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB, erheblich eingeschränkte und beschränkt sich grundsätzlich nur auf grobe Fehler der Beiträge des Auftraggebers.³¹

Die schuldhafte Verletzung dieser vorvertraglicher Pflichten nennt man „culpa in contrahendo“, die nach allgemeinen Regeln zum Ersatz des Vertrauensschadens, des so genannten negativen Vertragsinteresses, verpflichtet. Dies stellt jenen Schaden dar, der nicht entstanden wäre, wenn der geschädigte Verhandlungspartner nicht auf ein mögliches Zustandekommen des Vertrages vertraut hätte.³²

Es darf nicht übersehen werden, dass ein solches vorvertragliches Stadium nicht nur durch Verhandlungsgespräche offenkundig wird, sondern beispielsweise bereits mit Zusendung der Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen an einen Interessenten, der diese bei einem offenen Verfahren angefordert hat, gegeben ist. Jegliche Art der Einladung zur Angebotslegung durch den Werkbesteller ist der erste Schritt zu einer Vertragsanbahnung, die, wenn der kontaktierte Werkunternehmer auf diese rechtsgeschäftliche Kontaktaufnahme mit Interesse reagiert,

³⁰ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 15.

³¹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 132ff.

³² vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.11.3.

dieses vertragsähnliche Schuldverhältnis in contrahendo entstehen lässt. Anforderung der Ausschreibungs- bzw. Angebotsunterlagen oder Auswahlbeteiligung an einem Wettbewerb, das heißt ein „aufeinander zugehen“ in der Phase einer rechtsgeschäftlichen Kontaktaufnahme, führt bereits in dieses vorvertragliche Stadium.³³

3.1 ABGB

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine ausdrücklichen Bestimmungen über vorvertragliche Pflichten, wie die hier zu untersuchende Prüf- und Warnpflicht im vorvertraglichen Stadium. Jedoch werden Bestimmungen hierüber aus anderen Rechtssätzen abgeleitet, die einen rechtsähnlichen Grundgedanken innehaben. Diese Rechtssätze werden gemäß der so genannten Lückenschließung nach § 7 ABGB mit Hilfe der Rechtsanalogie sinngemäß auf den vorliegenden Sachverhalt umgelegt.

§ 7. Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.

Somit werden die Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, die zu einer vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht führen, zum Beispiel in den nachstehenden §§ 869, 874 und 878, anerkannt.

§ 869. Die Einwilligung in einen Vertrag muß frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich; ganz unbestimmt; oder erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht kein Vertrag. Wer sich, um einen andern zu bevorteilen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugtuung.

§ 874. In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirkt hat, für die nachteiligen Folgen Genugtuung leisten.

³³ vgl. Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B2110, 34.

§ 878. Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Verträge nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne. Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.

Um das vorvertragliche Schuldverhältnis zu konkretisieren, haben Lehre und Rechtsprechung Falltypen ausgearbeitet. So stehen die Verhandlungspartner einander in der Pflicht - vor Geschäftsabschluss – sich über die Beschaffenheit des künftigen Leistungsgegenstandes oder über eine etwaige Gefährdung bei dessen Erfüllung in Kenntnis zu setzen. Auch sind rechtliche Hindernisse zu nennen, die einem Vertragsabschluss widersprechen. Diese Pflichten sollen einen redlichen Geschäftsverkehr zwischen Verhandlungspartnern sicherstellen.³⁴

Der Vollständigkeit wegen sind nachstehende Judikaturen angeführt, die sich auf vorvertragliche Pflichten beziehen:

Aus den §§ 248, 866, 869, 874, 878 Satz 3, 932 Abs 1 letzter Satz ABGB wird von Lehre und Rechtsprechung das Bestehen vorvertraglicher Verpflichtungen abgeleitet (1 Ob 269/72). Das vorvertragliche Schuldverhältnis besteht unabhängig davon, ob es später zu einem Vertragsabschluß kommt. Es handelt sich, wenn der in Aussicht genommene Vertrag nicht zustandekommt oder als nicht zustande gekommen gilt, um ein Schuldverhältnis ohne Hauptleistungspflicht, das vor allem in Aufklärungspflichten und Sorgfaltspflichten besteht.³⁵

Mögliche Geschäftspartner treten schon mit der Kontaktaufnahme in ein beiderseitiges vorvertragliches Schuldverhältnis, das die Beteiligten insbesondere verpflichtet, einander über die Beschaffenheit der in Aussicht genommenen Leistungsgegenstände aufzuklären und Umstände mitzuteilen, die einem gültigen Vertragsabschluss entgegenstehen. Eine Verletzung dieser Verpflichtungen macht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1295 ABGB schadenersatzpflichtig.³⁶

³⁴ vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 16f.

³⁵ OGH 08.10.1975, 1Ob191/75.

³⁶ OGH 08.10.1975, 1Ob191/75.

3.2 Prüfung

Im vorvertraglichem Stadium besteht eine beschränkte Prüf- und Warnpflicht des potentiellen Werkunternehmers. Diese geht nicht in die gleiche Tiefe wie die Prüf- und Warnpflicht im vertraglichen Stadium und bezieht sich nur auf grobe Fehler der Beiträge des Werkbestellers, wie sie unter 3.2.1 näher dargestellt sind. Somit ist eine Plausibilitätsprüfung der Beiträge des Werkbestellers, wie zum Beispiel der Ausschreibungsunterlagen, als ausreichend anzusehen. Diese Prüfung ist kalkulationsbezogen durchzuführen.³⁷ Das heißt, nur soweit für den potentiellen Werkunternehmer im Rahmen seiner ordentlichen Kalkulation Fehler oder Widersprüche erkennbar werden, ist er verpflichtet, den Werkbesteller darauf hinzuweisen.

Der Bieter kann sich grundsätzlich auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Anweisungen oder Ausschreibungsunterlagen des Werkbestellers verlassen. Jedoch darf auch der Werkbesteller darauf vertrauen, dass der Bieter als „mitdenkender Fachmann“ den Werkbesteller über erkennbare Fehler oder Widersprüche nicht seinen Vorteil ziehen möchte, sondern nach Aufklärung trachtet.³⁸

Wie schon unter 1.2.1 *Sonstige vertragliche Nebenpflichten* dargelegt, treffen den Werkunternehmer in dieser vorvertraglichen Zeitspanne besonders Hinweis- und Erkundigungspflichten, wenn das Werk im Gelingen gefährdet scheint. Auf erkannte Fehler oder Widersprüche muss der Werkbesteller hingewiesen werden. Ein bewusstes Unterlassen stünde ebenso gegen die Pflichten aus Loyalitätsbeziehung der Verhandlungspartner. Schon ein Zweifel über Inhalte der Anweisungen oder Ausschreibungsunterlagen des Werkbestellers verpflichtet den Bieter zum Rückfragen - das heißt, sich zu überzeugen - , dem die Auskunftspflicht des Werkbestellers – das heißt die Pflicht zum Klarstellen – gegenübersteht.³⁹

³⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 148ff.

³⁸ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 2.6.4.

³⁹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 150f.

3.2.1 grobe Fehler

Wie bereits ausgeführt, ist die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht eng begrenzt, gegenüber der vertraglichen erheblich eingeschränkt und bezieht sich lediglich auf grobe Fehler der Beiträge des Werkbestellers.

Die Prüf- und Warnpflicht des Bieters dient somit dem Erkennen von groben Fehlern bzw. Mängeln der Beiträge des Werkbestellers, die

- bei entsprechendem Fachwissen erkennbar und erkennbar das Gelingen des Werkes gefährden,
- dem Bieter bei Würdigung jener Beiträge des Werkbestellers, die er bei seiner ordnungsgemäßen Kalkulation benötigt, offenbar auffallen müssen.⁴⁰

Zusätzlich dieser eingeschränkten Pflichten des Bieters wird eine Empfehlung ausgesprochen, die Beiträge des Werkbestellers in technischer, rechtlicher und kaufmännischer Hinsicht zu überprüfen.⁴¹

- Die technische Überprüfung soll dabei die Frage beantworten, ob das gewünschte Werk des Werkbestellers auf Grund der Vorgaben realisierbar ist.
- Die rechtliche Überprüfung dient dem Schutz des Bieters vor vertraglichen Risiken.
- Die kaufmännische oder wirtschaftliche Überprüfung zielt auf die Sicherstellung der Entgeltansprüche als Werkunternehmer ab.

Es besteht aber keinerlei rechtliche Verpflichtung, den Verhandlungspartner über alle Umstände aufzuklären, die einen Einfluss auf dessen Entscheidung bewirken könnten. Nur wenn nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung zu erwarten ist, tritt eine solche Pflicht in Kraft.⁴²

⁴⁰ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 2.6.4..

⁴¹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 151.

⁴² vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 16.

3.2.2 Gründe für Einschränkungen

Die "in contrahendo" anerkannte Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers darf in Bezug auf die Prüfung der Anweisungen und Ausschreibungsunterlagen des Werkbestellers nicht überspannt werden.

Hier spielen die wirtschaftlichen Aspekte eine besondere Rolle, denn jeder Werkunternehmer hat sich in der Regel unentgeltlich an einer Vielzahl von Verhandlungsgesprächen, Wettbewerben und Ausschreibungen zu beteiligen, damit er eine Chance auf einen Auftrag erhält. Da nur durchschnittlich 5 bis 10% der kostenlosen Angebote auch tatsächlich zu einem Auftrag führen, ist es dem Bieter nicht zumutbar, bei mehr als 90% der Angebote ohne Gegenleistung – Entgelt oder Auftrag mit Werklohn – umfangreiche Prüfungen durchzuführen.⁴³

Einer gegenteiligen Meinung von Fassl, Partner bei Hasberger_Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH, dass eine fehlende Entgeltlichkeit zu keiner Minderung der Prüf- und Warnpflichten im vorvertraglichen Stadium führe, kann hier nicht gefolgt werden, da im fortlaufenden Gespräch mit Fassl eine widersprüchliche Auslegung bei fehlender Entgeltlichkeit zum Themengebiet Verbesserungsvorschlag – wie unter 4.5.4 Verbesserungsvorschlag dargelegt – geäußert wurde. Der Vollständigkeit halber sei hier aber festgehalten, dass laut Fassl schon alleine der redliche Geschäftsverkehr zwischen Verhandlungspartnern - auch ohne Entgeltlichkeit - vom Bieter die gleiche Tiefe in Ausübung der vorvertraglichen Prüfpflicht fordert, wie bei einem vertraglichen und damit entgeltlichen Verhältnis.

Zudem lösen die in der Praxis vorhandenen knappen Angebotsfristen für den Bieter einen erheblichen Zeitdruck aus, sodass für eine tief greifende Prüfung der Anweisungen und Ausschreibungsunterlagen oft nicht ausreichend Zeit gegeben ist.⁴⁴

Zusätzlich führt die kurze Zeitspanne, innerhalb derer sich ein Bieter mit dem Projekt auseinander zusetzen hat, zu einer weiteren Begründung für die Einschränkung des Umfangs der Prüfpflicht im vorvertraglichen Stadium. Denn dieser Zeitraum ist in der Regel ein viel kürzerer als jener, den der Werkbesteller zur Verfügung hat, um sich mit seinem Bauvorhaben zu beschäftigen. Auch wenn das ABGB in einem Werkbesteller einen Laien sieht, entspricht diese Situation unter

⁴³ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 113f.

⁴⁴ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 2.6.4.

Umständen nicht der heutigen Zeit und meist nicht der Konstellation im Baugewerbe, wo der Werkbesteller vorwiegend selbst vom Fach ist oder von seinen hinzugezogenen Beratern fachlich unterstützt wird. Der Werkbesteller trifft somit in der Regel die Wahl, von wem er Pläne, Gutachten oder Materialien bezieht. Demnach sind seine Erkundungsmöglichkeiten besser und er kann etwaige Fehlerquellen eher einschätzen und darauf Einfluss nehmen, als ein in das Bauvorhaben neu einsteigender Bieter. Damit sind ein Informations- und Beherrschbarkeitsvorsprung und die Formulierungsdominanz des Werkbestellers zu berücksichtigen, die den im Angebotsstadium anzulegende objektive Maßstab nicht so eng schnüren lassen, wie im Ausführungsstadium.⁴⁵

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in der Phase der Angebotslegung das Engagement eines Bieters naturgemäß auf die Preisfindung ausgerichtet ist und nicht vorrangig darauf – unter Zeitdruck und ohne Gegenleistung – Mängel in den Ausschreibungsunterlagen zu finden. Es kann nicht vom Bieter verlangt werden, sein Eigeninteresse – nämlich die Erlangung des Auftrages – hinter die Interessen des Werkbestellers zu stellen. Schließlich hat die Warnpflicht des Werkunternehmers im vorvertraglichen Stadium nicht den Zweck, den Ausschreibenden vor Ausschreibungsfehlern abzusichern. So stellt auch Schopf⁴⁶ klar fest, dass das bloße Übersehen eines Fehlers durch den Bieter weit weniger schwer wiegt, als das Setzen eines Fehlers durch den Werkbesteller. Es ist nicht statthaft, sich die eigenen Fehlleistungen zu seinem Vorteil anrechnen zu lassen. Jedoch muss ein Werkunternehmer als „mitdenkender Fachmann“, die im Rahmen seiner Kalkulation erkennbaren Fehler und Widersprüche dem – auch sachkundigen oder sachkundig beratenen – Werkbesteller mitteilen.

3.3 Warnung

Wird zum Zeitpunkt des vertraglichen Verhältnisses eine Warnung durch den Werkunternehmer ausgesprochen, stehen manche Werkbesteller auf dem Standpunkt, der Werkunternehmer hätte diese Warnung bereits im Angebotsstadium aussprechen müssen. In Folge erkennt der Werkbesteller Mehrkosten nicht an und der Werkunternehmer wird

⁴⁵ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 115.

⁴⁶ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 150.

schadenersatzpflichtig, wenn der Aufwand für die Fehlerbeseitigung bei früherer Warnung nicht angefallen wäre.⁴⁷ In jedem Fall ist das Geschäftsverhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer angespannt und die ungestörte Erbringung der vertraglich geschuldeten Hauptleistung ist erschwert.

Darum ist eine extensive Pflichtausübung der vorvertraglichen Warnpflicht empfehlenswert. Sie ist nicht nur als reine Pflichterfüllung zu sehen, sondern bietet auch einen Spielraum in der Wettbewerbsfähigkeit. Einerseits erkennt ein Werkbesteller in einer ordentlichen Warnung eines Vertragspartners in einem vorvertraglichen Stadium einen „mitdenkenden Fachmann“, der sich um einen Auftrag bemüht und einen reibungslosen Ablauf bereits im Vorfeld in Aussicht stellt. Andererseits stärkt es das Vertrauen des Werkbestellers in die fachliche Kompetenz des warnenden Werkunternehmers vor der Auftragsvergabe, da das Wissen der Werkunternehmer, die sich um den gleichen Auftrag bemühen, in Frage gestellt wird, soweit diese den selben Irrtum oder Fehler durch deren fehlende Warnung nicht erkannt haben.

Form, Adressat und Inhalt der vorvertraglichen Warnung entspricht der Warnung im vertraglichen Stadium. Da diese unter 4.5 detailliert behandelt sind, wird hier auf dieses Kapitel verwiesen.

Hinsichtlich der Frage wann im vorvertraglichen Stadium zu warnen ist, findet sich im ABGB keine Aussage an. Jedoch ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Zeitpunkt der Warnung innerhalb angemessener Frist, bei Gefahr im Verzug unverzüglich zu verstehen. Dabei beginnt die angemessene Frist mit Erkennbarkeit der groben Fehler und endet zumindest vor Vertragsabschluss. Damit ist eine Warnung als rechtzeitig zu verstehen, wenn der Werkunternehmer noch Dispositionen zur Vermeidung des Mangels oder Schadens durchführen kann. Zu beachten ist, dass eine zu späte Warnung vom säumigen Werkunternehmer nachträglich nicht aufgeholt werden kann.⁴⁸

Zudem ist das Prinzip der Beweislastumkehr zu beachten, das hier – üblich bei Haftungsregelungen für Vertragsverletzungen – gemäß § 1298 ABGB im Streitfall Anwendung findet.

§ 1298. *Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob. ...*

⁴⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 150f.

⁴⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 69f.

Damit hat der Schädiger zu beweisen, dass ihn an der Verletzung seiner Pflicht kein Verschulden trifft.

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.1 verwiesen, der eine ordentliche Warnung im vorvertraglichen Stadium darzustellen versucht.

Bild 3.1 Formular 1: *Warnung / Äußerung von Bedenken, Angebotsstadium*

Formular 1	
Einschreiben	
An den Auftraggeber (Werbekäufer) / bevollmächtigten Vertreter am
Bauvorhaben	
Angebotsstadium	
WARNUNG / AUSSERUNG VON BEDENKEN, ANGEBOTSTADIUM	
Sehr geehrter Herr	
Sehr geehrte Frau	
In Erfüllung unserer Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten geben wir Ihnen nach unserer technischen, rechtlichen und kaufmännischen Plausibilitätsprüfung Ihrer zur Verfügung gestellten Anweisungen/ Stoffe unsere Bedenken wie folgt bekannt:	
.....	
Wir ersuchen um Überprüfung und Stellungnahme, um ein Verschulden bei Vertragsabschluss nach § 1295 ABGB auszuschließen.	
.....	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

3.4 Verletzung

Die schuldhafte Verletzung der zuvor beschriebenen, vorvertraglichen Pflichten nennt man „culpa in contrahendo“ – Verschulden bei Vertragsabschluss. Diese Verletzung des vorvertraglichen Schuldverhältnisses mündet in Schadenersatzansprüchen.⁴⁹

Ebenso kann in seltenen Fällen ein so genanntes grundloses Abstehen von laufenden Vertragsverhandlungen oder vom Vertragsabschluss ersatzpflichtig machen. Jedoch setzt dies die Herbeiführung der Überzeugung des einen Verhandlungspartners bei dem anderen voraus, dass der Abschluss des Vertrages nur noch reine Formsache wäre und mit Sicherheit zustande kommen werde. Verschärft wird diese

⁴⁹ vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 15.

Konstellation, sollte der Vertragspartner bereits wirtschaftliche Dispositionen - im Vertrauen auf den Vertragsabschluss - setzen.⁵⁰

Die Folgen der schuldhaften Verletzung von vorvertraglichen Pflichten sind denen von vertraglichen Pflichten gleich zu setzen und nachstehend unter 4.6 zu entnehmen.

3.4.1 culpa in contrahendo

Wie schon ausgeführt nennt man die schuldhafte Verletzung von vorvertraglicher Pflichten „culpa in contrahendo“, das ein Entstehen aus „Verschulden bei Vertragsabschluss“ ausdrückt. Dabei gelten die allgemeinen Voraussetzungen für Schadenersatz, nämlich Schaden, Kausalität (Verursachung), Rechtswidrigkeit und Verschulden. Näheres siehe unter 4.6.1.1.

Nach allgemeinen Regeln führt dieses Rechtsinstitut zum Ersatz des Vertrauensschadens, des so genannten negativen Vertragsinteresses. Dabei handelt es sich um jenen Schaden, der nicht entstanden wäre, hätte der geschädigte Verhandlungspartner nicht auf ein mögliches Zustandekommen des Vertrages vertraut.⁵¹

Culpa in contrahendo ist heute bereits Gewohnheitsrecht und hat durch Anwendung der bereits erwähnten Rechtsanalogie – nicht ausdrücklich im ABGB niedergeschrieben – und aus bestehender Judikatur breiten Gebrauch gefunden.

Nachstehend sind Judikaturen zu dem Rechtsinstitut culpa in contrahendo angeführt

Bei Schadenersatzverpflichtungen aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (culpa in contrahendo) ist der Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse) zu ersetzen. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Pflichtverletzung nicht begangen worden wäre. Nach dem Grad des Verschuldens ist entweder eigentliche Schadloshaltung oder auch der entgangene Gewinn zu ersetzen.⁵²

⁵⁰ vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 17.

⁵¹ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 2.6.3.1.

⁵² OGH 08.10.1975, 1Ob191/75;

Das in der Verletzung vorvertraglicher Verpflichtungen zu erblickende sogenannte Verschulden beim Vertragsabschluß (culpa in contrahendo) macht den pflichtwidrig handelnden Teil unabhängig davon, ob es später zum Vertrag kommt oder der formell abgeschlossene Vertrag ungültig ist, seinem Partner gegenüber schadenersatzpflichtig.⁵³

⁵³ OGH 08.10.1975, 1Ob191/75;

4 Vertragliche Prüf- und Warnpflicht

Der Werkunternehmer sieht sich in Ausübung seiner vertraglichen Leistungen oft damit konfrontiert, dass die für sein Werk erforderlichen Stoffe durch den Werkbesteller gestellt werden. Zusätzlich erteilt der Werkbesteller auch Anweisungen entsprechend seiner Vorstellungen zu dem Vertragsgegenstand, die Berücksichtigung bei der Werkerstellung durch den Werkunternehmer finden müssen.

Ist der Stoff untauglich und sind die Anweisungen falsch, kann sich dies nachteilig auf die Beschaffenheit des Werkes auswirken. Den Werkunternehmer trifft deshalb die Pflicht, die vom Werkbesteller stammenden Beiträge im Rahmen der vertraglichen Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB zu prüfen und den Werkbesteller vor erkennbaren Fehlern zu warnen.⁵⁴ Bei schuldhafter Verletzung dieser Prüf- und Warnpflicht hat der Werkbesteller für die Folgen einzustehen.



4.1 §1168a ABGB

*Mißlingt aber das Werk infolge offenbarer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.*⁵⁵

Dieser dritte Satz des § 1168a ABGB modifiziert die Risikoverteilung der Gefahrentragung des Werkunternehmers.

Nach allgemeinen Grundsätzen, entsprechend § 1447 ABGB, ist der Schuldner – hier der Planer - bei einem nicht zu vertretenden Unmöglichwerden der Leistungserbringung seiner vertraglichen Verpflichtungen enthoben und der Gläubiger – hier der Auftraggeber - hat keinen Anspruch auf Erfüllung. Der Schuldner verliert seinerseits den Anspruch auf die vereinbarten Entgeltzahlungen und hat somit die so genannte Preisgefahr zu tragen.

Bereits in § 1168 ABGB differenziert das Gesetz bei Vorliegen des Werkvertragsrechts die Risikoverteilung für das Unterbleiben der Werkausführung entsprechend der Herkunft der Ursache, die für das

⁵⁴ vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 239.

⁵⁵ § 1168a ABGB, 3. Satz.

Unterbleiben verantwortlich ist. Man spricht von der „Sphärentheorie“. Demnach hat der Werkunternehmer auch bei Unmöglichwerden bzw. Unterbleiben der Werkserbringung Anspruch auf das vereinbarte Entgelt, wenn die Umstände, die ihn an der Leistungserstellung gehindert haben, der Sphäre des Werkbestellers zuzurechnen sind. Ein Verschulden des Werkbestellers ist nicht nötig. Sollten jedoch die Hinderungsgründe für die Werksausführung der Sphäre des Werkunternehmers entstammen oder weder dem Werkbesteller noch dem Werkunternehmer anrechenbar sein, verliert Letzterer seinen Entgeltanspruch.

Nun gibt § 1168a Satz 3 ABGB mit der dem Werkunternehmer auferlegten Warnpflicht eine abgewandelte Risikoverteilung an. Der Werkunternehmer ist verpflichtet, den Werkbesteller vor stammenden Beiträgen – Stoffe und Anweisungen – zu warnen, sollten diese fehlerhaft sein. Ansonsten wird er für den entstandenen Schaden verantwortlich, der aus der Unterlassung der Warnung erfolgt. Zusätzlich verliert er den Anspruch auf seinen Werklohnanspruch. Im Umkehrschluss bedeutet dies aber auch, dass der Werkunternehmer Anspruch auf Vergütung seines Werklohns hat, wenn er ordnungsgemäß gewarnt hat und der Werkbesteller dieser Warnung keine Beachtung geschenkt hat.

Die in § 1168a ABGB normierte Warnpflicht ist somit eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht des Werkunternehmers, bei deren Erfüllung dem Werkbesteller weder Schadenersatzansprüche gegen den Werkunternehmer bei Misslingen des Werkes zustehen, noch Gewährleistungsansprüche bei Mängel des Werkes - sofern diese auf offenbar untaugliche Stoffe und offenbar unrichtige Anweisungen zurückzuführen sind und die Warnpflicht ausgeübt wurde.⁵⁶

So gibt die Judikatur den Sachverhalt dieser Preisgefahrentragung ebenso wieder:

Bei ausreichender Erfüllung seiner Warnpflicht trägt der Werkunternehmer die Gefahr der (offenbaren) Untauglichkeit des beigegebenen Stoffes nicht einmal bis zur Übernahme des Werkes; er behält vielmehr den Anspruch auf das volle Entgelt, auch wenn das Werk aus diesem Grund mangelhaft oder überhaupt nicht zustande gekommen ist.⁵⁷

Was unter offenbar zu verstehen ist, was man unter Stoffe und Anweisungen zu verstehen hat, wie man ordnungsgemäß warnt und wie Schadenersatzansprüche geregelt sind, wird in den nachstehenden Kapiteln dargelegt.

⁵⁶ vgl. Pflaum/Karlberger/Wiener/Opetnik/Rindler, Handbuch des Ziviltechnikerrechts, 67.

⁵⁷ OGH 27.02.1990, 4Ob582/89.

In § 1168a ABGB ist explizit nur die Warnpflicht genannt, jedoch ist die Pflicht zur Untersuchung – die Prüfpflicht – der Beiträge des Werkbestellers in Lehre und Rechtsprechung unbestritten. Schließlich steht der Vorgang der Warnung in direkter Abhängigkeit mit der Prüfung eines Stoffes oder Anweisung und kann demgemäß nur nach getaner Überprüfung erfolgen. Somit findet die Prüf- und Warnpflicht in § 1168a ABGB Anwendung.⁵⁸ Der Umfang dieser normierten Prüf- und Warnpflicht ist unter 4.4.1 dargestellt.

4.1.1 nachgiebiges Recht (Erweiterung, Einschränkung)

Die Bestimmungen in § 1168a ABGB stellen nachgiebiges Recht dar. Die Werkvertragspartner können über den Umfang der Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers disponieren und den Umfang sowohl erweitern als auch einschränken.⁵⁹

Eine häufig anzutreffende Variante in Ausübung dieses dispositiven Rechts stellt die Erweiterung des Umfangs und damit eine Vertiefung der Prüf- und Warnpflicht dar. Der Werkbesteller kann dabei versuchen, schwer kalkulierbare Risiken auf den Werkunternehmer abzuwälzen. Unter 4.4.7 wird diesem brisanten Thema Rechnung getragen und näher durchleuchtet. Auch werden die Grenzen in der Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit nach § 879 ABGB aufgezeigt.

Eine vertragliche Einschränkung des Umfangs der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB trifft man in der Praxis naturgemäß seltener an, da sie das Risiko der Gefahrentragung zugunsten des Werkunternehmers verteilt. Beispiele für eine mögliche Anwendung mit Erfolgsaussichten in der Durchsetzung sind unter 4.4.4 zu entnehmen.

Exkurs nachgiebiges (dispositives) Recht:

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch denkt generell an gleichwertige und gleichberechtigte Vertragspartner, die auch bei individuellen Vertragsvereinbarungen eine beiderseits ausgewogene Regelung

⁵⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 44.

⁵⁹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 41.

schließen. Diesem Grundgedanken folgend hat der Gesetzgeber ein dispositives Gesetzesrecht geschaffen und weitgehend auf zwingende gesetzliche Regelungen – zu Gunsten einer Vertragsfreiheit – verzichtet. Somit können im Speziellen bestimmte Nebenpunkte eine Regelung finden. Um jedoch unrechten Vereinbarungen vorzubeugen, hat der Gesetzgeber sittenwidrige und ungewöhnliche Vertragsbestimmungen normiert, die unter 4.6.5.1 angeführt sind und einem wirtschaftlich schwächeren Vertragspartner Schutz bieten.⁶⁰

4.1.2 offenbar, bzw. offenbare Untauglichkeit und offenbar unrichtige Anweisung

§ 1168a ABGB spricht explizit von offenerer Untauglichkeit beigestellter Stoffe und offener unrichtigen Anweisungen des Werkbestellers. Was dabei unter offener zu verstehen ist, gibt das OGH wider:

"Offener" im Sinne der Gesetzesstelle ist alles, was vom Unternehmer bei der von ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muss.⁶¹

Weiters spricht das OGH von offener im Sinne § 1168a ABGB nicht nur dann, wenn der Mangel eines Stoffes ins Auge fällt und jedem sogleich erkennbar ist, sondern auch dann, wenn der Mangel bei der beim Werkunternehmer vorausgesetzten Fachkenntnis und sachgemäßer Behandlung des Stoffes oder Ausführung der Arbeit erkannt werden muss.⁶²

Gleichermaßen muss der Werkunternehmer die Anweisungen bei der ihm zumutbaren Fachkenntnis durchdenken.

Dabei hat er mit jener Aufmerksamkeit vorzugehen, die redlicherweise nach Treu und Glauben für seinen Berufsstand in Ausübung werkvertraglicher Pflichten an den Tag zu legen ist.

Die Untauglichkeit oder Unrichtigkeit wird daran gemessen, ob die Verwendung des Stoffes oder die Befolgung der Anweisung das Gelingen des vertraglichen Werkes gefährdet und dadurch ein Schaden

⁶⁰ vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B2110, 63..

⁶¹ OGH 01.10.2003, 7Ob159/03p.

⁶² vgl. OGH 06.03.1973, 4Ob510/73;

für den Werkbesteller entsteht. Das heißt, die Herstellung des Werkes scheint unmöglich oder ein Untergang oder zumindest eine Mangelhaftigkeit wird befürchtet.⁶³

Somit sind all die Mängel und Bedenken offenbar, die der Werkunternehmer

- auf Grund seiner zumutbaren Fachkenntnis und
- bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt

erkennen muss.

Daher ist nicht jede Untauglichkeit des Stoffes oder jede Unrichtigkeit der Anweisung aufzuspüren, sondern nur jene, die der Werkunternehmer nach oben genannten Kriterien erkennen muss. Es sind nicht alle Eventualitäten zu untersuchen. Soweit die Sachkunde – das Wissen und die Erfahrung – des Werkunternehmers und die dem Werkunternehmer zur Verfügung stehenden Untersuchungsmethoden zur Feststellung von Fehlern objektiv nicht ausreichen, liegen keine offenbar erkennbaren Fehler vor. Sollten jedoch weiterhin Zweifel über die „nicht offenbare“ Fehlerfreiheit der Beiträge des Werkbestellers bestehen und unübliche und aufwendige Untersuchungsmethoden zur Überprüfung notwendig sein, sind diese dem Werkbesteller mitzuteilen.⁶⁴

Zu beachten gilt es auch, dass sich der Planer bei Überprüfung der Beiträge auf offenbare Fehler den erhöhten Fähigkeitsmaßstab des Sachverständigen nach § 1299 ABGB – wie schon unter 2.1.1 dargelegt – anrechnen zu lassen hat. Das bedeutet für offenbare Fehler weiterhin eine leichte Feststellbarkeit, jedoch gemessen an dem Fachmann mit den durchschnittlichen Fähigkeiten auf seinem Fachgebiet.

Das OGH stellt in Ergänzung zu den offenbaren Mängeln noch nachstehende Erweiterung fest:

§ 1168 a ABGB spricht nur von offenbaren Mängeln. Nur wenn der Unternehmer den Mangel erkannt hat, wenn auch auf Grund besonderer Sachkenntnis oder über das übliche hinausgehender besonders sorgfältiger Prüfung, muß er gleichfalls den Besteller warnen, mag es sich auch nicht um einen offenbaren Mangel gehandelt haben.⁶⁵

⁶³ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 59f.

⁶⁴ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 61ff

⁶⁵ OGH 08.07.1980, 5Ob581/80.

Damit hat der Werkunternehmer die Pflicht vor allen Fehler zu warnen, die er erkennt. Dies ist unabhängig davon, ob der erkannte Fehler nach Definition offenbar ist und dieser von dem Werkunternehmer nur auf Grund seiner besonderen individuellen Erfahrung oder von nicht üblichen Prüfungen erkannt wurde. Ein Fehlen dieser über die objektiv zumutbaren Kenntnis und Fähigkeiten seines Berufsstandes und über übliche Prüfungen hinaus, kann dem Werkunternehmer aber nicht zum Schaden angerechnet werden.⁶⁶

4.2 Inhalt und Zweck der Prüf- und Warnpflicht

Der Werkunternehmer hat die vom Werkbesteller erteilten Anweisungen und zur Verfügung gestellten Stoffe im Rahmen der Prüf- und Warnpflicht zu prüfen und den Werkbesteller vor erkennbaren Fehlern zu warnen. Damit soll der Werkbesteller die Möglichkeit erhalten etwaige Gefahren abzuwägen, um eine Entscheidung treffen zu können. Verletzt der Werkunternehmer diese Verpflichtung, wird er für den daraus resultierenden Schaden verantwortlich und verliert zudem den Anspruch auf seinen Werklohn.⁶⁷

Inhaltlich erstreckt sich die Prüf- und Warnpflicht somit auf alle Beiträge des Werkbestellers, die grob in zwei Bereiche einzuteilen sind:

- Stoffe und
- Anweisungen

Der Begriff Stoff ist im Sinne § 1168a ABGB und nach Rechtsprechung weit auszulegen. Unter Stoff ist all das zu verstehen, aus dem, an dem oder mit dessen Hilfe – seien es körperliche Sachen oder immaterielle Güter - das vertragliche Werk zu erbringen ist. Speziell für den Planer als Werkunternehmer sind beigestellte immaterielle Güter, wie Erfindungen, Patente oder Urheberrechte und Materialien, wie Baugrund oder bestehende Gebäude(teile) zu nennen.

Auch können nach Welser⁶⁸ mehrere Fallgruppen auftreten, wie der Stoff dem Werkunternehmer zugetragen wird:



⁶⁶ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 61ff.

⁶⁷ vgl. Pflaum/Karlberger/Wiener/Opetnik/Rindler, Handbuch des Ziviltechnikerrechts, 67.

⁶⁸ vgl. Welser, Fachzeitschrift ZfRV, Dezember 2006, 204.

- Der Werkbesteller stellt den Stoff selbst bei.
- Der Werkbesteller schreibt den Stoff verbindlich vor.
- Der Werkbesteller wählt den Stoff aus Vorschlägen des Werkunternehmers aus.
- Der Stoff entstammt aus Vorleistungen anderer Unternehmer.

Im ersten Fall handelt es sich um den klassischen, im Gesetz geregelten Fall der Stoffbeistellung. Der Werkbesteller selbst übergibt dem Werkunternehmer den Stoff und der Werkunternehmer hat diesen auf offenbare Untauglichkeit zu überprüfen und bei Bedenken gegen die Tauglichkeit zu warnen. Erkennt der Werkunternehmer trotz Sorgfalt und Sachkunde die Untauglichkeit nicht, gehen die daraus entstandenen Schäden zu Lasten des Werkbestellers.

Der zweite Fall zeigt nicht die Stoffbeistellung im klassischen Sinn - wie unter Fall eins - auf. Hier handelt es sich nach herrschender Meinung um eine Anweisung des Werkbestellers, die aber rechtlich ebenso behandelt wird, wie eine gewöhnliche Stoffbeistellung. Jedoch ist nicht jede Äußerung gleichbedeutend mit einer Anweisung nach § 1168a ABGB. Mehr dazu nachstehend.

Im dritten Fall stellt sich die Frage, ob es sich wiederum um Stoffbeistellung durch den Besteller handelt, da der Werkbesteller die Wahl aus unterbreiteten Vorschlägen des Werkunternehmers trifft. Dies gilt es zu verneinen. Die Tatsache, dass ein Werkunternehmer von seiner Haftung von Mängeln befreit ist, die aus einem Stoff resultieren, gilt nur für Stoffe die der Sphäre des Werkbestellers zuordenbar ist. Da der Werkunternehmer die Eigenschaften dieses beigeestellten – das heißt für ihn fremden – Stoff nicht im Detail kennen muss, sind nach Gesetz nur offenbare Fehler zu erkennen. Das kann aber nicht zutreffend sein, wenn ein Stoff – und sei er auch unter einer Auswahl von mehreren – von dem Werkunternehmer empfohlen wird und damit aus seiner Sphäre stammt. Vor einem solchen Stoff nach § 1168a ABGB bei Untauglichkeit zu warnen, den der Werkunternehmer selbst anbietet und damit dessen Eigenschaften kennen muss, ist überdies absurd.

Die vierte Fallvariante besteht, wenn das (Folge-)Werk des Werkunternehmers auf Vorleistungen anderer Unternehmer aufbaut. Hier sind die Vorleistungen als Stoff anzusehen, die nicht der Sphäre des Werkunternehmers anzurechnen sind. Somit sind auch diese Stoffe auf Tauglichkeit für die weitere Werkerstellung zu prüfen und bei Bedarf vor deren negativen Auswirkungen auf das Gesamtwerk zu warnen.

Gibt der Werkbesteller dem Werkunternehmer nicht nur das Ziel – das Werk selbst – sondern auch den Weg dorthin – die Art der Durchführung – verbindlich vor, spricht man von einer Anweisung nach § 1168a ABGB. Damit findet der Werkunternehmer Ausführungsvorschriften bei

Erstellung des Werkes vor, die sein eigenständiges Handeln mehr oder weniger einschränken. Allerdings darf man nicht jeden Wunsch oder jede Anregung des Werkbestellers als eine solche Anweisung verstehen, da es sich um sehr präzise Wünsche oder sogar Bedingungen handeln muss. Ob diese Weisung des Werkbestellers vor oder nach Vertragsabschluss vorliegt, ändert nichts an der Definition einer Anweisung. Jedoch ist stets zu beachten, dass im Streitfall der Werkunternehmer den Beweis für das Vorliegen einer Anweisung zu erbringen hat.⁶⁹ Ausführungsunterlagen, wie Planunterlagen von Vorarbeiten, Gutachten oder Maßangaben des Werkbestellers, eine in der Planung unbedingt zu berücksichtigende Baumaterialwahl des Werkbestellers wären beispielhaft als Anweisung zu verstehen.

Wie schon erwähnt, spielt es keine Rolle, ob der Werkbesteller seine Anweisungen nach Vertragsabschluss erteilt. Dasselbe gilt für beigestellte Stoffe. Der Werkunternehmer hat diese Beiträge in der gleichen Art und Weise nach § 1168a ABGB zu behandeln, wie Beiträge, die bereits vor Abschluss des Werkvertrages vorgelegen sind. Auch obliegen Beiträge des Werkbestellers, die nicht vollständig zum vertraglich vereinbarten Zeitpunkt oder vollständig aber nicht rechtzeitig vorliegen, der Prüf- und Warnpflicht. In diesem Fall verletzt der Werkbesteller seine Mitwirkungspflicht nach § 1168 Absatz 2 ABGB und hat für die Folgen und den damit verbundenen Nachteilen der Behinderung einzustehen. Bei erheblichem Verzug oder bei Ad-hoc Beistellungen von Beiträgen kann dies neben nachzuweisenden Mehrkostenforderungen zu erheblichen Haftungseinschränkungen und einem Rücktrittsrecht des Werkunternehmers nach § 918 ABGB führen. Auch hier ist eine penible Beweisführung – Warnung mit Dokumentation – zu beachten.⁷⁰

Der Zweck der in § 1168a ABGB normierten Prüf- und Warnpflicht liegt vor allem in der ordnungsgemäßen Erbringung der vom Werkunternehmer geschuldeten Leistung und damit das Gelingen des herzustellenden Werkes sicher zu stellen. Die Warnung des Werkunternehmers soll den Werkbesteller vor mögliche Nachteilen, die ihm aus seinen beigestellten untauglichen Stoffen oder seinen unrichtigen Anweisungen erwachsen könnten, bewahren. Es soll dem Werkbesteller aber auch die Möglichkeit geben, etwaige Gefahren abzuschätzen und ihm zudem eine Entscheidungsgrundlage bieten, ob er weiter auf ursprüngliche Ausführung beharrt oder von Verwendung

⁶⁹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 47.

⁷⁰ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 48f.

seiner Beiträge abgeht. Da es zur Schaffung von Entscheidungsmöglichkeiten unabdingbar ist, dem Werkbesteller – der nach ABGB als Laie angesehen wird – Vorschläge zur Behebung oder Verbesserung der Mängel, die es nach Warnung vor den beigegebenen Beiträgen zu vereiteln gilt, zu unterbreiten, besteht in Ausübung der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB auch die grundsätzliche Pflicht zu Verbesserungsvorschlägen.⁷¹ Näheres zu Verbesserungsvorschlägen unter 4.5.4.

Damit kann nachstehend der Inhalt der Prüf- und Warnpflicht zusammengefasst werden:

- Prüfpflicht (Untersuchungspflicht)
- Warnpflicht
- Pflicht zu Verbesserungsvorschlägen

Gänzlich von dieser Prüf- und Warnpflicht im Sinne von § 1168a ABGB sind alle sonstigen vertraglichen Nebenpflichten zu unterscheiden. Diese finden bereits in 1.2.1 eigens Betrachtung, da sie in der täglichen Praxis zu Verwechslungen führen. Zusammenfassend ist zu erkennen, dass diese andere Zwecke verfolgen, als das Gelingen des Werkes. Die Prüf- und Warnpflicht jedoch soll den Werkbesteller nicht vor Mehrkosten, sondern ausschließlich vor dem Misslingen des vertraglichen Werkes schützen.⁷²

4.3 Entfall der Prüf- und Warnpflicht

Ist die Untauglichkeit des Stoffes oder die unrichtige Anweisung laut § 1168a ABGB nicht offenbar, so besteht bei Vorliegen eines aus diesem Beitrag resultierenden Mangels keine Verletzung der Prüf- und Warnpflicht, wenn der Werkunternehmer diesen fehlerhaften Beitrag nicht erkannt und nicht gewarnt hat. Die Prüf- und Warnpflicht entfällt.

Erlangt der Bauherr (Werkbesteller) die erforderlichen Kenntnisse (Hier: Über die Bodenbeschaffenheit) bereits durch Dritte, dann entfällt die Warnpflicht des Werkunternehmers.⁷³

⁷¹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 44.

⁷² vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 44.

⁷³ OGH 25.08.1998, 7Ob140/98h.



Hier spricht das OGH den zweiten Fall an, der zum Entfall der Prüf- und Warnpflicht führt.

Folgt der Werkbesteller nicht der Warnung über Bedenken eines bestimmten Beitrages, die bereits von einem Werkunternehmer ausgeübt worden ist, besteht die Prüf- und Warnpflicht für gleiche Bedenken dieses Beitrages auch nicht mehr für andere Werkunternehmer. Als problematisch sei hier aber erwähnt, dass der Werkbesteller einerseits nachweislich Kenntnis über die getätigte Warnung durch Dritte erhalten muss und ihm auch die Beweisspflicht hierüber obliegt.

Ähnlich verhält es sich, wenn der – vor allem sachkundige oder sachkundig beratene – Werkbesteller selbst die offenkundige Fehlerhaftigkeit seines Beitrages erkennt. Aber auch diese Konstellation ist mit Vorsicht zu genießen, schließlich darf der Werkbesteller auf den Werkunternehmer als Fachmann vertrauen, der auch nicht damit rechnen darf, dass der Werkbesteller – und sei er auch als sachkundig einzustufen – alle negativen Effekte und Risiken, die mit dem fehlerhaften Beitrag einhergehen, erkennt.

Weiters führt ein ausdrücklicher Verzicht über die vertraglich festgelegten Eigenschaften bestimmter Teile des Werkes – wie etwa normierte Qualitätsanforderungen – während deren Erstellung zum Entfall der Prüf- und Warnpflicht.⁷⁴

Der Autor dieser Diplomarbeit empfiehlt jedoch eine extensive Ausübung der Warnpflicht, auch wenn der Fehler des Beitrages für den Werkbesteller offenkundig ist oder wenn die Warnpflicht bereits von anderen Werkunternehmern ausgeübt worden ist.

4.4 Prüfung

Wie schon unter 4.1, letzter Absatz, beschrieben, ist in § 1168a ABGB lediglich die Verpflichtung zur Warnung angeführt. Unabdingbar für diese ist nach gängiger Lehre und Rechtsprechung, dass zuvor der Werkunternehmer Beiträge des Werkbestellers untersuchen muss. Diese Pflicht zur Untersuchung – das heißt Prüfung – gilt es nachfolgend im Umfang zu untersuchen.



⁷⁴ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 66.

4.4.1 Umfang der Prüfung

Da es sich bei § 1168a ABGB um dispositives Recht handelt, kann der Umfang der Prüf- und Warnpflicht von den Vertragspartnern erweitert oder eingeschränkt werde. Der Umfang der Prüfpflicht richtet sich demgemäß nach dem vorliegenden Werkvertrag, mangels weiterer Vereinbarung gilt die gesetzliche Regelung. Hier sieht der Gesetzgeber⁷⁵ vor allem die Wirtschaftlichkeit als eine zu beachtende Grenze, inwieweit ein bestimmter Umfang der Prüfpflicht zumutbar ist. In fachlicher Hinsicht ist der Stand der Technik zum Zeitpunkt der Werkerstellung heranzuziehen, wobei die Vorschriften und Vorgangsweisen der technischen Werkvertragsnormen – Serien B 22xx und H 22xx – als Kriterium für die anzulegenden Sorgfaltskriterien dienen.⁷⁶

Exkurs Stand der Technik:⁷⁷

In Lehre und Rechtsprechung finden sich nachstehende Begriffe vor:

- Allgemein anerkannte Regeln der Technik
- Stand der Technik
- Stand der Wissenschaft

Die allgemein anerkannten Regeln der Technik sind die Regeln, die in der Wissenschaft als richtig angesehen werden, bei der Mehrheit der Fachleute des zugehörigen Gebietes bekannt und anerkannt sind, sowie praktische Anwendung finden.

Der Stand der Technik und der Stand der Wissenschaft stellen Abweichungen von den allgemein anerkannten Regeln der Technik dar. Der Stand der Technik gibt die Erkenntnisse der Wissenschaft sowie der Fachleute wider und der Stand der Wissenschaft ist auf einen zeitlichen Punkt bezogen und schränkt sich mit den neuesten wissenschaftlichen Erkenntnissen vorrangig auf die Zielgruppe der Forscher ein.

Wird beispielhaft die Einhaltung der Regeln der Technik nicht eigens mit dem Werkvertrag vereinbart, so gilt es, das Werk entsprechend dem Vertrag zu entnehmenden oder den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften zu erstellen. Ist also die Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik nicht explizit mit Werkvertrag vereinbart, besteht bei Nichteinhaltung auch kein Anspruch auf Gewährleistung.

⁷⁵ OGH 12.12.1984, 1Ob647/84.

⁷⁶ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 58.

⁷⁷ vgl. Müller, Fachzeitschrift Solid, Oktober 2008, 39ff.

Bei der Frage, auf welchen Zeitpunkt sich einer der oben genannten Begriffe zu beziehen hat, kommen nach Rechtsprechung zwei maßgebende Beurteilungszeitpunkte zum Zug:

- Zeitpunkt der Werkerstellung, oder
- Zeitpunkt der schädigenden Handlung, wie zum Beispiel Nichterfüllung der Warnpflicht

Im Sinne eines Konfliktmanagement ist es empfehlenswert, schon im Vertrag einzuhaltende Standards mit entsprechenden Beurteilungszeitpunkten festzuhalten. Dabei sollte aber auf den durchschnittlichen Kenntnis- und Wissensstand der Berufsgruppe des Werkunternehmers Bedacht genommen werden. Dieser sollte und darf nicht überspannt werden.

Wie schon aus obigen Erörterungen über den fachlichen Umfang der Prüfpflicht erkennbar, sieht auch Schopf⁷⁸ den Umfang der Prüfpflicht auf die technische Durchführbarkeit und nicht – ohne besondere Vertragsvereinbarungen – auf die Wirtschaftlichkeit des fertigen Werkes erstreckt. Es sind nur die Sach- und Rechtsmängel zu prüfen, die der vertragsgemäßen Werkerstellung entgegen wirken.

4.4.2 wirtschaftlicher Aspekt bei Ausübung der Prüfpflicht

Bei der Frage des Ausmaßes der Warnpflicht darf der wirtschaftliche Aspekt nicht vernachlässigt werden; umfangreiche, technische schwierige und kostenintensive Untersuchungen, die zur eigentlichen Werkleistung und der Höhe des Werklohns nicht in einem vernünftigen Verhältnis stehen, muß der Unternehmer nur anstellen, wenn dies besonders vereinbart ist.⁷⁹

Im Rahmen der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB muss der Werkunternehmer nur im Rahmen der Zumutbarkeit übliche Überprüfungen durchführen. Dabei sind als übliche Prüfungen solche Untersuchungsmethoden zu verstehen, die:

- nicht umfangreich,
- nicht technisch schwierig, oder

⁷⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 64.

⁷⁹ OGH 12.12.1984, 1Ob647/84.

- nicht kostenintensiv sowie
- in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe des Werklohnes stehen.

Weiters ist der Werkunternehmer nicht verpflichtet, Sonderfachleute hinzuzuziehen.⁸⁰

§ 1168a ABGB spricht explizit von der Verpflichtung zur Warnung bei offenkundiger Untauglichkeit des Stoffes und offenbar unrichtigen Anweisungen, die durch übliche Prüfungsmethoden aufgedeckt werden können.⁸¹

Die Warnpflicht des Werkunternehmers darf nicht überspannt werden. Das heißt, dass auch die zur Ausübung der Prüfpflicht verfügbare Zeit und Mittel berücksichtigt werden müssen. Der Werkbesteller darf vom Werkunternehmer nur verlangen, was diesem zumutbar ist und von diesem redlicherweise nach Treu und Glauben erwartet werden darf.

Bestehen jedoch Zweifel über die fehlerfreie Beschaffenheit der Beiträge und können diese nicht mit üblichen Prüfungen oder ohne Beiziehung von Sonderfachleuten aus dem Weg geräumt werden, ist hierüber dem Werkbesteller eine Warnung auszusprechen.

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.2 verwiesen, der eine ordentliche Warnung über den Entfall der Prüf- und Warnpflicht darzustellen versucht.

Bild 4.1 Formular 1: Warnung / Entfall der Prüf- und Warnpflicht

Formular 2

Einstrichen

An den Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter am

Bauort haben
 Vertrag vom

WARNUNG / ENTFALL DER PRÜF- UND WARNPFLICHT

Sehr geehrter Herr,
 Sehr geehrte Frau

unter Hinweis auf unser Angebot vom teilen wir Ihnen höflich mit, dass hinsichtlich folgender Anweisungen/ Stoffe die Prüf- und Warnpflicht im Sinne § 1168a ABGB entfällt:

.....

Gleichzeitig geben wir Ihnen die Umstände, die zum Entfall der Prüfpflicht führen, wie folgt bekannt:

.....

Diese Anweisungen/ Stoffe könnten nur durch umfangreiche, technisch schwierige oder kostenintensive Untersuchungen und/ oder durch Beiziehung von Sonderfachleuten geprüft werden; insbesondere wäre

.....

erforderlich.

Mit freundlichen Grüßen

.....

⁸⁰ vgl. OGH 18.05.1998, 8Ob63/98t.

⁸¹ vgl. OGH 18.06.1980, 10b579/80.

4.4.3 Teile der Prüfpflicht

In § 1168a ABGB sind die vom Werkbesteller beigestellten Beiträge genannt. Die Prüfung bezieht sich damit grundsätzlich auf die Beiträge des Werkbestellers, die sich auf die eigenen Leistungen laut Werkvertrag und die dadurch gegebenen Schutz- und Sorgfaltspflichten erstrecken.

Unter Umständen kann die Prüfpflicht auch andere Teile⁸² erfassen, nämlich

- wenn das Gelingen des Gesamtwerkes offenbar gefährdet ist, wie zum Beispiel bei fehlerhaften Beiträgen anderer Werkunternehmer, oder
- bei Gefahr für absolute Rechte Dritter, wie bei Gefahr für Leib und Leben, Eigentum oder Freiheit.

4.4.4 Vorliegen eines Gutachtens

Der Werkunternehmer ist nicht gehalten, besondere nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen oder gar einen Fachmann auf diesem Gebiet beizuziehen. Hat der Besteller den Werkunternehmer angewiesen, einen bestimmten Werkstoff zu verwenden und diesem vorher ein unbedenkliches Gutachten über die Tauglichkeit dieses Stoffes für den geplanten Einsatz vorgewiesen, trifft den Werkunternehmer keine Pflicht zur Überprüfung des Stoffes (der Anweisung) und zur Warnung.⁸³

Gutachten stellen im Sinne von § 1168a ABGB Anweisungen des Werkbestellers dar und sind der Sphäre des Werkbestellers zuzuordnen. Liegen Bedingungen vor, die den Werkbesteller eine Prüfanstalt zur Erstellung eines Gutachtens einschalten lassen, wird die Prüfpflicht über den Inhalt dieses Gutachtens für den Werkunternehmer eingeschränkt. Ein Gutachten führt nämlich Sonderwissen an, das nicht mit üblichen Prüfverfahren untersucht werden kann. Grundsätzlich darf somit der Werkunternehmer darauf vertrauen, dass bis zum Vorliegen gegenteiliger Anzeichen Gutachten unbedenklich und richtig sind, wenn diese von einer anerkannten Prüfanstalt stammen.⁸⁴

Bei Vorliegen eines Gutachtens einer anerkannten Prüfanstalt ist die Prüfpflicht des Werkunternehmers auf Überprüfung offenkundiger Fehler

⁸² vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 58.

⁸³ vgl. OGH 16.01.1985, 1Ob690/84.

⁸⁴ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 67.

und Widersprüche des Gutachtens eingeschränkt. Gleiches gilt für Gutachten anderer anerkannter Institutionen und anerkannter Sonderfachleuten.

Dieser Meinung folgt auch Karasek⁸⁵ und hält weiter fest, dass die Überprüfung eines Gutachtens – außer bei vertraglicher Vereinbarung – nur mit dem Sachverstand des Fachbereiches des Werkunternehmers statt finden muss.

4.4.5 Baugrund, Baugrundrisiko

Zur Frage des Bodenrisikos und der Warnpflicht des Baugrundes ist nach OGH⁸⁶ fest zu halten, dass das Grundstück, das einer Werkerstellung – wie etwa der Planerstellung eines Bauwerkes – zu Grunde liegt, im Sinne von § 1168a ABGB als Stoff in die Sphäre des Werkbestellers fällt. Damit hat der Werkbesteller das Baugrundrisiko zu tragen und notwendige Bodenprüfungen vorzunehmen. Tritt jedoch der Fall ein, dass das vertraglich vereinbarte Werk infolge offenerer Untauglichkeit des Baugrundes misslingt, so ist der Werkunternehmer für den Schaden zur Verantwortung zu ziehen, wenn er den Werkbesteller nicht gewarnt hat.

Der vom Werkbesteller zur Verfügung gestellte Stoff Baugrund ist für die Planung und Errichtung eines Bauwerkes von zentraler Bedeutung und birgt gleichzeitig eine große Anzahl an schwer einzuschätzenden Unsicherheiten in sich. Das Risiko, der für das Bauwerk notwendigen Baugrundeigenschaften, trägt der Werkbesteller gemäß der Sphärentheorie nach § 1168 ABGB, womit er alle notwendigen Voraussetzungen für die Werkerstellung zu schaffen hat. So können neben der Bodenqualität – mit ihrer geologischen und geotechnischen Zusammensetzung – auch Wasser- und Druckverhältnisse, Rutschungen und Geschiebe, Altlasten und Kontaminierungen und andere Risiken schwer abgeschätzt werden. In der Praxis führt dies zu einer Überprüfung des Baugrundes durch den Werkbesteller, in dem er ein Bodengutachten erstellen lässt und dem Werkunternehmer beistellt.⁸⁷

⁸⁵ vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B21110, 214.

⁸⁶ vgl. OGH 29.10.1997, 6Ob233/97a.

⁸⁷ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 1.11.3.4.

Die Pflicht zur Durchführung erforderlicher Bodenuntersuchungen trifft - mangels anderer Vereinbarungen - den Bauherrn.⁸⁸

Ein vorliegendes Bodengutachten entbindet den Werkunternehmer aber nicht vollkommen aus seiner Prüf- und Warnpflicht wie bereits unter 4.4.4 oder laut obiger Judikatur dargelegt.

Die Prüfpflicht des Werkunternehmers besteht bei Baugrund und Bodengutachten. So hat nach Schopf⁸⁹ der Werkunternehmer, in Ausübung seiner Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB, zumindest den Baugrund zu besichtigen, um etwaige Gefahrenpotentiale abschätzen zu können. Einsicht in geologische und geotechnische Kataster, Hydrographische Jahrbücher, Gefahrenzonenpläne und Grundbuch sind weitere Beispiele, wie der Werkunternehmer nachweislich offenbare Fehler in der technischen oder rechtlichen Tauglichkeit des Baugrundes ausschließen kann. Auch können Aussagen von Nachbarn nützliche Hinweise liefern. Zu besonderen Prüfungen ist der Werkunternehmer – wie schon ausgeführt – nicht verpflichtet. Verletzt der Werkunternehmer diese Verpflichtung schuldhaft wird er schadenersatzpflichtig.

Nachstehender Auszug eines OGH Urteils⁹⁰ soll einen Einblick in die Problematik der Prüf- und Warnpflicht geben:

Nach den vorinstanzlichen Feststellungen hat der Erstbeklagte die Gebäudekonstruktion ohne Rücksicht auf die Bodenverhältnisse geplant. Diese wurden nach dem Ausheben der Baugrube durch eine Methode („Schuhabdrucke“) geprüft, die nicht mehr dem damaligen Stand der Technik entsprach. Der Erstbeklagte hätte (ebenso wie der Zweitbeklagte) anhand des Aushubmaterials erkennen müssen, dass der Boden „setzungsanfällig“ ist. Da die mit unterschiedlichen Gründungstiefen und ohne Setzungsfugen zwischen den Gebäudeteilen geplante Konstruktion „setzungsempfindlich“ war, aber weder der Erstbeklagte noch der Zweitbeklagte wissen musste, wie man diesem für sie erkennbaren Problem begegnen konnte, wäre die Zuziehung eines (dritten) Fachmanns (Statiker, Bodenmechaniker) geboten gewesen. Die Rechtsansicht des Berufungsgerichts, der Erstbeklagte habe unter den gegebenen Umständen seine vertragliche Warnpflicht gegenüber dem Kläger verletzt, weil er ihn nicht entsprechend eindringlich und intensiv auf die möglichen Folgen der Nichtzuziehung eines Fachmanns aus dem Gebiet der Statik hingewiesen hat.

⁸⁸ OGH 06.09.1988, 5Ob582/88.

⁸⁹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 53.

⁹⁰ OGH 27.03.2008, 2Ob90/07k.

4.4.6 Neuartige Baumethoden, Pilotprojekte oder Forschungsvorhaben

Der Unternehmer hat den Besteller insbesondere auch vor den mit der Verwendung neuer Baustoffe verwendeten Risiken zu warnen.⁹¹

Bei Anwendung neuer Baumethoden, noch nicht genügend erprobter Baustoffe, Erstlingswerke oder Forschungsvorhaben ist das Risiko des Gelingens des Werkes mangels an Erfahrung und Kenntnis des Werkunternehmers erheblich erhöht. Der Werkbesteller muss von diesem Risiko des Fehlschlagens erschöpfend in Kenntnis gesetzt werden. Ist der Werkbesteller ordentlich gewarnt worden und besteht dieser weiterhin auf Ausführung, liegt die Gefahrentragung auf Seite des Werkbestellers. Da besonders hier die Prüf- und Warnpflicht nicht überspannt werden darf und kann, empfiehlt sich eine vertragliche Einschränkung dieser Pflichten.⁹²

Ist die Anwendung neuer Konstruktionsmethoden oder Verwendung neuer Baustoffe zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer vereinbart, ist die Warnpflicht besonders umfassend und intensiv zu betreiben. Diese Auffassung teilt auch das OGH⁹³ in einer aktuellen Entscheidung, bei der ein Werkunternehmer, das mit einer neuen Konstruktionsmethode verbundene Risiko – das in den vorhandenen Produktbeschreibungen ebenso geleugnet wurde – auf Grund fehlender Erfahrung und Kenntnis nicht erkannt hat. Jedoch hätte der Werkunternehmer dieses Risiko bei Objektivierung der üblichen und zumutbaren Fähigkeiten seines Berufsstandes nicht erkennen müssen. Er hat aber im vorliegenden Fall verabsäumt, den Werkbesteller davor zu warnen, dass er auf Grund fehlender eigener Erfahrung nur die vom Hersteller angegebene Eignung der vorgeschlagenen Ausführungsart kennt. Damit ist dem Werkbesteller nicht ausreichend deutlich vor Augen geführt worden, dass der Werkunternehmer die Eignung und das damit verbundene Risiko des vorliegenden Erstlingswerkes – eben dieser neuen Konstruktionsmethode – selbst nicht mit Gewissheit beurteilen kann. Der Werkunternehmer konnte im vorliegenden Fall nicht beweisen, dass der Werkbesteller bei einer vorliegenden Warnung sich gegen die Verwendung der neuen Konstruktionsmethode entschieden hätte. Somit hatte der Werkunternehmer jene Schäden des Werkbestellers zu tragen, die durch die neue – wenn auch vereinbarte - Konstruktionsmethode entstanden sind.

⁹¹ OGH 12.02.1987, 7Ob689/86.

⁹² vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B2110, 112f.

⁹³ OGH 0.12.2006, 9Ob98/06m.

4.4.7 Umfang bei kleinem oder großem Planungsbüro

Die Frage, ob sich der Umfang der Prüf- und Warnpflicht von zwei Werkunternehmern mit unterschiedlicher Größe ihrer Unternehmungen – hier Planungsbüros – verändert, sei auf Grund praktischer Relevanz an dieser Stelle aufgeworfen.

Die Frage gilt es zu verneinen. Beide erhalten den Auftrag nur als Bestbieter und erhalten für den Werkvertrag das gleiche Entgelt. Einwendungen, dass große Planungsbüros einen größeren Wissens- und Erfahrungsschatz aufweisen und dadurch eher Fehler erkennen können, wird hier nicht gefolgt. Auch Schopf⁹⁴ führt an, dass schon auf Grund des anzulegenden objektiven Maßstabs keine Unterschiede zwischen kleineren und größeren Planungsbüros entstehen, vielmehr stellt die Objektivierung alle Werkunternehmer gleich. Schließlich geben auch beide Werkunternehmer mit Bewerbung um einen Werkvertrag zu verstehen, dass sie über die Erfahrungen und Kenntnisse verfügen, die für die Werkerstellung mit all ihren Nebenpflichten – wie eben die Prüf- und Warnpflicht - notwendig sind. Sollte nun das große Planungsbüro tatsächlich einen größeren Wissens- und Erfahrungsschatz und auch ein Spezialwissen besitzen, so ist auch nicht ersichtlich, ob dieses Wissen in jedem Planer immanent ist, oder eben nur in der Summe aller dort tätigen Planer besteht. Auch kann nicht erkannt werden, warum ein Planer dieses Planungsbüros das - über den üblichen oder vertraglich geschuldeten Umfang der Prüf- und Warnpflicht hinausgehende - Wissen rückfragen sollte. Erkennt jedoch einer der beiden Werkunternehmer auf Grund besonderer Sachkenntnis, unüblicher Erfahrung oder vertiefter Prüfung einen Fehler, ist dieser schon alleine nach Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet, den Werkbesteller zu warnen.

4.4.8 Erweiterung der Prüf- und Warnpflicht

Ein erweiterter Umfang der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB kann zwischen den Vertragspartnern vereinbart werden. Jedoch erfordert dies ein gesondertes Entgelt, wobei das Entgelt in einem vernünftigen Verhältnis zu der geforderten Gegenleistung – der Erweiterung der Prüf- und Warnpflicht – stehen muss. Dieses gesondert vereinbarte Entgelt muss aus dem Vertrag ersichtlich sein, der bloße

⁹⁴ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 64.

allgemeine Hinweis ist nicht ausreichend. So führen auch Festlegungen in den Ausschreibungs- und Angebotsunterlagen über eine vertiefte und mit dem Werklohn abgegoltene Prüfungsverpflichtung des Werkunternehmers nicht zu einer Erweiterung der Prüf- und Warnpflicht. Mit dem Werklohn und bei fehlender zusätzlicher Entgeltlichkeit schuldet der Werkunternehmer nur die Prüf- und Warnpflicht im Umfang gemäß § 1168a ABGB.⁹⁵

Somit findet der allgemeine Grundsatz der Vertragsfreiheit nach § 879 Abs 1 ABGB Begrenzung:

*Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.*⁹⁶

Dabei ist unter guten Sitten zu verstehen, was innerhalb der Rechtsgemeinschaft – alle billig und gerecht Denkenden – das Rechtsgefühl trägt und – nicht explizit im Gesetz ausgesprochen – aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen folgt.

In diesem Zusammenhang führt Schopf beispielhaft rechtliche Begriffe von Benachteiligungen⁹⁷ an:

- Missbrauch von Übermacht, wie dies bei einem extremen Missverhältnis zwischen geschuldeter Werkerstellung - Leistung - und Entgelt - Gegenleistung – besteht
- Schikane, das heißt missbräuchliche Ausübung des Rechts
- Knebelungsverträge, die bei einem übermächtigen und sachverständigen Werkbesteller zu einer einseitigen Bindung des Werkunternehmers führen
- Geschäfte wider der Rechtsordnung

Zusätzlich ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder ein Vertragsformblatt jedenfalls nichtig, wenn deren enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen enthält, einen Vertragspartner gröblich benachteiligt.⁹⁸

Weiters hält § 864a ABGB zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern fest:

⁹⁵ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 84.

⁹⁶ § 879 Abs 1 ABGB.

⁹⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 141.

⁹⁸ vgl. § 879 Absatz 3 ABGB

*Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.*⁹⁹

Hier wird von einem Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt ausgegangen, bei denen überraschende Klauseln, die zu klein gedruckt oder versteckt angebracht sind, gesetzeswidrig sind.¹⁰⁰

Der Vollständigkeit halber sind noch § 870 ABGB – List und Furcht bei Vertragsabschluss – und § 878 ABGB – Unmöglichkeit der Leistungserbringung – erwähnt, die weiters die Freiheit der Vertragsgestaltung einschränken.

Aus diesen Begrenzungen der Vertragsfreiheit ergibt sich für eine Erweiterung der Prüf- und Warnpflichten, dass unkalkulierbare Risiken, die der Sphäre Werkbestellers zuzuordnen sind, nicht vertraglich übertragen werden dürfen. Dies verhindert eine gröbliche Benachteiligung des Werkunternehmers, der wirtschaftlich von einem in Aussicht gestellten Werkauftrag des Werkbestellers abhängig ist. Die dispositive Rechtslage darf nicht zur Ungleichstellung und Überwälzung von Nachteilen der Vertragspartner führen.

4.4.8.1 Auslegung und Vertragsinterpretation

§ 914 bis § 921 ABGB regelt die Auslegungsregeln bei Verträgen.

Nach § 914 ABGB ist bei Auslegung von Verträgen nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien – und damit der Geschäftszweck der Vertragspartner – zu erforschen. Der Vertrag ist entsprechend der Ausübung des redlichen Verkehrs zu verstehen.¹⁰¹

Bei Auslegung des Vertrages ist in erster Linie von dem Wortsinn auszugehen. Dabei muss jedoch bei der Vertragsinterpretation der Geschäftszweck des Vertragsgegenstandes berücksichtigt werden. Sollten Meinungsunterschiede über Bedeutung und Inhalt auftauchen, ist

⁹⁹ § 864a ABGB.

¹⁰⁰ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 142.

¹⁰¹ vgl. § 914 ABGB.

die Auslegung des Vertragsinhaltes an dem Empfängerhorizont zu orientieren. Das heißt die Formulierungen sind in ihrer Bedeutung so zu verstehen, wie sie der redliche Adressat der Äußerungen – unter Beachtung aller Umstände – zu verstehen hätte. Es gilt immer den Zusammenhang des Ganzen zu sehen, nicht bloß Teile des Vertrages oder einzelne Sätze zur Vertragsinterpretation heranzuziehen. Unter Berücksichtigung aller Umstände sind Verkehrssitte – die im Verkehr redlicherweise üblichen Gewohnheiten – und Handelsbrauch – die unter Unternehmern im Geschäftsverkehr üblichen Gewohnheiten – zu beachten.¹⁰²

Analoges Vorgehen gilt für Vertragslücken und Widersprüchen von Verträgen, wobei bei Widersprüchen vorrangig auf eine etwaige Reihenfolge der vorliegenden Vertragsunterlagen zu achten ist. Mangels fehlender Festlegung einer Reihung von Vertragsunterlagen ist allgemein den spezielleren gegenüber den generellen Regelungen mehr Bedeutung zu schenken.¹⁰³

§ 915 ABGB stellt als Unklarheitsregel auf, dass eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt wird, der sich derselben bedient hat. Dieser Paragraph ist zu verwenden, wenn nach den Auslegungskriterien gemäß § 914 ABGB der Inhalt der zu untersuchenden Vertragserklärung nicht aufklärbar – und damit uneindeutig – ist. Somit hat derjenige Vertragspartner für Unklarheiten einzustehen, der sie selbst geschaffen hat.¹⁰⁴

4.4.8.2 Irrtum und Irrtumsanfechtung

Es besteht nach § 871 ABGB¹⁰⁵ die Möglichkeit einen Vertrag aus Gründen des Irrtums anzufechten. Dabei sind folgende Fälle denkbar:

- der Irrtum wurde veranlasst
- der Irrtum musste offenbar auffallen
- der Irrtum wurde rechtzeitig aufgeklärt

¹⁰² vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B 2110, 39. oder Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 138f.

¹⁰³ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 140.

¹⁰⁴ vgl. § 915 ABGB.

¹⁰⁵ vgl. § 871 ABGB.

Im ersten Fall ist als relevantes Beispiel die Beilegung eines Bodengutachtens – Stoff im Sinne § 1168a ABGB – durch den Werkbesteller anzuführen. Stellt sich das Bodengutachten im Nachhinein als unrichtig heraus, gilt ein Irrtum durch den Vertragspartner veranlasst.

Im zweiten Fall hat der eine Vertragspartner den offenbar fehlerhaften Beitrag des anderen Vertragspartners nicht entdeckt, obwohl er diesen hätte entdecken müssen.

Im letzten denkbaren Fall des Irrtums gilt ein Irrtum als rechtzeitig aufgeklärt, wenn der Vertragspartner noch keine Leistungserstellungen vorgenommen hat.

Entscheidend für Vertragsauslegungen und im Speziellen im Zusammenhang mit der Erweiterung der Prüf- und Warnpflicht ist die Frage, ob eine Irrtumsanfechtung zu einer Vertragsanpassung oder Vertragsaufhebung führen kann. Im Falle entgeltlicher Geschäfte ist dies im Falle eines Erklärungsirrtums zu bejahen. Hier erklärt der Erklärende objektiv etwas anderes, als er subjektiv erklären will. Das heißt bei dieser besonderen Form des Geschäftsirrtums hat sich zum Beispiel der Erklärende verschrieben und einen Schreib- oder Rechenfehler im Angebot. Dies setzt natürlich voraus, dass der Irrtum offen gelegt und zum Inhalt des Vertrages gemacht wurde.

Liegt nun ein unwesentlicher Geschäftsirrtum vor, das bedeutet der Vertrag wäre trotz Irrtum von dem Irrenden – nur unter anderen Bedingungen – geschlossen worden, kann um Vertragsanpassung ersucht werden.

Liegt jedoch ein wesentlicher Geschäftsirrtum vor, das bedeutet, der Vertrag wäre ohne Irrtum von dem Irrenden nicht eingegangen worden, kann auch Vertragsaufhebung begehrt werden.

Dieser Geschäftsirrtum ist längstens innerhalb von 3 Jahren bei Gericht geltend zu machen, womit die Vertragsanpassung oder Vertragsaufhebung auch rückwirkend statthaft ist.¹⁰⁶

4.4.9 sachkundiger bzw. sachkundig beratener Auftraggeber

Das ABGB stammt aus dem Jahr 1811 und § 1168a ABGB wurde 1916 zum ABGB hinzugefügt. Das ABGB sieht in der nach § 1168a ABGB

¹⁰⁶ vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B2110, 63ff. oder Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 143ff.

normierten Prüf- und Warnpflicht einen erheblichen Ausbildungsunterschied zwischen Werkunternehmer und Werkbesteller. Demnach wird der Werkbesteller als Laie angesehen.

Dies entspricht aber in der Regel nicht der Konstellation im Baugewerbe, wo der Werkbesteller entweder selber „vom Fach“ – sachkundig - ist oder sich zumindest in fachlicher Hinsicht beraten – sachkundig beraten – lässt. Somit beschäftigen sich der sachkundige Werkbesteller und seine fachkundigen Gehilfen schon lange Zeit vor dem Werkunternehmer mit dem Werk bis ins Detail und erlangen dadurch einen Informations- und Beherrschbarkeitsvorsprung bei dem zu erstellenden Werk. Somit kann dieser Werkbesteller schon vor Abschluss des Vertrages tiefe Erkenntnisse mit den § 1168a ABGB zu Grunde liegenden Beiträgen erlangen.¹⁰⁷

Trotzdem. Auch ein sachkundiger oder sachkundig beratener Werkbesteller darf auf den Werkunternehmer als Fachmann vertrauen, der gegenüber jedem Werkbesteller zur Prüf- und Warnpflicht verpflichtet ist. Schließlich zwingt den Werkunternehmer schon alleine die Tatsache, dass auch vermeintlichen Sachverständigen – vergleiche auch 4.4.4 – Fehler unterlaufen können, zur pflichtgemäßen Untersuchung des entsprechenden Beitrages. Der Werkunternehmer darf nicht auf dem Standpunkt stehen, der sachkundige Werkbesteller erkennt die nachteiligen Auswirkungen seiner Beiträge und nimmt bewusst das damit einhergehende Risiko in Kauf.¹⁰⁸

Dazu das OGH:

Nach ständiger Judikatur trifft den Unternehmer auch gegenüber einem sachkundigen Besteller die Pflicht, in diesem Sinne aufzuklären und zu warnen, wobei die Aufklärungs- und Warnpflicht aber nicht überspannt werden darf.¹⁰⁹

Auch schränkt das OGH je nach Einzelfall den Umfang der Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers:

Gegenüber einem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller ist die Prüfungspflicht des Unternehmers herabgesetzt; "augenfällige" Mängel hat der Unternehmer aber auch in diesen Fällen mitzuteilen.¹¹⁰

¹⁰⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 64

¹⁰⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 92ff

¹⁰⁹ OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k.

¹¹⁰ OGH 26.06.1990, 5Ob580/90.

Zusätzlich kann den sachkundig oder sachkundig beratenen Werkbesteller ein Mitverschulden treffen, sofern er oder sein Gehilfe beispielsweise eine Verletzung seiner Koordinierungs- oder Informationspflicht begeht. Dazu wieder das OGH:

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass bei Verletzung der Warnpflicht durch den Werkunternehmer den sachkundigen Besteller ein Mitverschulden treffen kann (3 Ob 262/00a, 6 Ob 107/00b, 10 Ob 371/98a je mwN). Kann der Besteller bei der genügenden Sachkenntnis erkennen, dass die dem Unternehmer erteilte Anweisung oder die vereinbarte Arbeitsweise verfehlt ist, ist ihm ein Mitverschulden anzulasten (10 Ob 371/98a).¹¹¹

Zu beachten gilt jedoch, dass ein Mitverschulden des Werkbestellers oder seines Gehilfen von dem Werkunternehmer zu beweisen ist.¹¹²

4.5 Warnung

Wie bereits in den vorangegangenen Kapiteln dieser Diplomarbeit erörtert, hat der Werkunternehmer nach § 1168a ABGB die Verpflichtung den Werkbesteller zu warnen, wenn der zur Verfügung gestellte Stoff untauglich oder die Anweisung unrichtig ist.¹¹³

Die Warnung erfüllt dabei den Zweck, dass der Werkbesteller in der Lage ist, die Gefahren zu erkennen und abzuwägen. Damit soll dem Werkbesteller eine Entscheidungsgrundlage über die weitere Vorgehensweise geschaffen werden.

Die Warnung selbst hat klar, verständlich und begründet zu erfolgen. Da § 1186a ABGB von einem Werkbesteller als Laie ausgeht, muss auch der laienhafte Empfänger der Warnung das mögliche oder sichere Misslingen des Werkes – bei weiterer Verwendung des Stoffes oder weiteren Befolgung der Anweisung – unmissverständlich verstehen können. Dabei sind alle relevanten Informationen mit der konkreten und triftigen Warnung anzuführen, die eine Gefahrenbeurteilung und Risikoabschätzung zulassen. Es genügt kein allgemeiner Hinweis – eine so genannte Globalwarnung oder Alibiwarnung – oder das einfache Äußern von Zweifeln. Kommt der Werkunternehmer im Rahmen seiner



¹¹¹ § 1168a ABGB.

¹¹² vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 94.

¹¹³ OGH 26.06.1990, 5Ob580/90.

Prüfpflicht zu keinem eindeutigen Ergebnis über die Eignung des Beitrages oder ist der Entfall der Prüf- und Warnpflicht vorausgesetzt, hat der Werkunternehmer auch hierüber den Werkbesteller – unter Angabe möglicher Risiken – zu warnen. Dadurch erhält der Werkbesteller wiederum die Möglichkeit über weitere Vorgehensweisen – wie Hinzuziehen von Sonderfachleuten, Erstellen von Gutachten – zu entscheiden. Damit zeigt sich, dass nach § 1186a ABGB die Warnpflicht weiter zu spannen ist, als die Pflicht zur Prüfung.¹¹⁴

4.5.1 Adressat der Warnung

Adressat der Warnung ist gemäß § 1168a ABGB grundsätzlich der Werkbesteller selbst. Hat der Besteller einen ausreichend bevollmächtigten Vertreter, so kann eine Warnung diesem gegenüber ausgesprochen werden.¹¹⁵

Wie in dem OGH Urteil ersichtlich, ist der Werkbesteller selbst und direkt zu warnen und grundsätzlich nicht dessen Vertreter. Hat jedoch der Werkbesteller einen ausreichend bevollmächtigten Vertreter bestellt, kann die Warnung in der Regel auch diesem gegenüber ausgesprochen werden. Dabei gilt es aber zu beachten, dass Reichweite und Inhalt der Befugnisse eines vom Werkbesteller bevollmächtigten Erfüllungsgehilfen bekannt sein müssen. Bestehen Zweifel darüber, ist der Werkbesteller direkt zu warnen.¹¹⁶

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.3 verwiesen, der eine ordentliche Warnung gegenüber dem Werkbesteller und/oder bevollmächtigten Vertreter darzustellen versucht.

¹¹⁴ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 70.

¹¹⁵ OGH 29.04.2004, 2Ob80/04k.

¹¹⁶ vgl. OGH 29.04.2004, 2Ob80/04k.

Bild 4.2 Formular 3a: *Warnung / Äußerung von Bedenken*

Formular 1	
Einschreiben	
An den Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter am
Bauschreiben	
Angebotsdatum	
WARNUNG / AUSSERUNG VON BEDENKEN, ANGEBOTSTADILM	
Sehr geehrter Herr	
Sehr geehrte Frau	
In Erfüllung unserer Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten geben wir Ihnen nach unserer technischen, rechtlichen und kaufmännischen Plausibilitätsprüfung Ihrer zur Verfügung gestellten Anweisungen / Stoffe unsere Bedenken wie folgt bekannt:	
.....	
Wir ersuchen um Überprüfung und Stellungnahme, um ein Verschulden bei Vertragsabschluss nach § 1205 ABGB auszuschließen.	
.....	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

4.5.1.1 Warnung gegenüber dem Vertreter

Folgende Fälle bei Warnung gegenüber dem ausreichend bevollmächtigten Vertreter sind nach Schopf¹¹⁷ kritisch zu betrachten:

- der Vertreter verwirft die Bedenken der Warnung
- die Warnung richtet sich gegen die Leistung des Vertreters

Im ersten Fall ist nach Schopf die Warnung zusätzlich gegenüber dem Werkbesteller selbst auszusprechen, der dann endgültig die Entscheidung zu treffen hat.

Im zweiten Fall ist unbedingt der Werkbesteller selbst zu warnen.

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.4 verwiesen, der eine ordentliche Warnung gegenüber dem Werkbesteller und/oder bevollmächtigten Vertreter darzustellen versucht.

¹¹⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 68f.

Bild 4.3 Formular 3b: *Warnung / Äußerung von Bedenken, Werkbesteller direkt*

Formular 3b	
Einschreiben	
An den Auftraggeber (Werkbesteller), am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / AUSSERUNG VON BEDENKEN, WERKBESTELLER DIREKT	
Sehr geehrter Herr	
Sehr geehrte Frau	
da Ihr bevollmächtigter Vertreter, Herr/Frau, unsere Äußerung von Bedenken vom	
verworfen hat, sind wir verpflichtet auch Sie persönlich zu unterrichten:	
In Erfüllung unserer Prüf- und Warnpflicht gemäß § 1166a ABGB geben wir Ihnen unsere Bedenken gegen Ihre erteilten Anweisungen und/ oder beigestellten Stoffe wie folgt bekannt:	
.....	
Bei vertragsgemäßer Ausführung können folgende Nachteile (einschließlich Mängeln des Werkes) entstehen:	
.....	
Wir werden innerhalb zumutbarer Frist einen Verbesserungsvorschlag vorlegen.	
.....	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

4.5.2 Form der Warnung

Grundsätzlich besteht nach § 883 ABGB der Grundsatz der Formfreiheit. Somit obliegt es im eigenen Ermessen, ob der Werkunternehmer die Warnung mündlich ausspricht. Jedoch können durch mündliche Warnung erhebliche Beweisschwierigkeiten über getätigte Warnung und deren Inhalt auftreten. Diese Bedenken werden durch den OGH bestätigt:

*Daher ist zu prüfen, ob die von der beklagten Partei ausgesprochene mündliche Warnung als solche erkennbar und inhaltlich ausreichend (vgl 2 Ob 348/00s) war.*¹¹⁸

Aus diesen Gründen ist eine Schriftlichkeit der Warnpflicht – mittels eingeschriebenen Briefs, unter Umständen auch mittels Fax, oder empfangsbestätigter Email – dringend angeraten.

Jedoch ist auch bei vereinbarter schriftlicher Warnung eine mündliche Warnung – bei sonstigem Mitverschulden des Werkbestellers – zu berücksichtigen. Auch genügt eine mündliche Warnung, wenn für den Werkunternehmer beweisbar ist, keine nachteiligen Folgen aus Verletzung der schriftlich geforderten Warnung ausgelöst zu haben. Im

¹¹⁸ OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k.

Umkehrschluss bedeutet dies, dass eine mündliche Warnung als ausreichend anzusehen ist, wären bei Beachtung der verlangten Schriftlichkeit dieselben nachteiligen Folgen eingetreten. Schließlich dient ein vereinbartes Schriftformgebot primär der Beweissicherung und der Sicherstellung der ausreichenden Warnung.¹¹⁹

4.5.2.1 Baubuch und Bautagesbericht

Wie unter 4.5 dargestellt, muss eine Warnung unmissverständlich als eine solche zu verstehen sein. Damit genügen bloße Eintragungen in das Baubuch des Werkbestellers oder den Bautagesbericht des Werkunternehmers nicht aus, um der Warnpflicht nach § 1168a ABGB nachzukommen. Nur wenn eine Benachrichtigung des Werkbestellers über die eingetragene Warnung stattfinden würde, wäre die Warnpflicht erfüllt. Die ausdrückliche Warnung ist unbedingt erforderlich.¹²⁰

4.5.3 Zeitraum der Warnung

§ 1168a ABGB enthält keine Aussagen, wann die Warnpflicht zu erfolgen hat. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist als Zeitraum der Warnung innerhalb angemessener Frist zu verstehen. Diese beginnt ab Erkennbarkeit der auszuübenden Warnpflicht – wie zum Beispiel bei Vorliegen von Prüfungsergebnissen – zu laufen. Kann der gewarnte Werkbesteller noch Dispositionen zur Vermeidung des Mangels oder Schadens treffen und findet die Warnung noch vor Inangriffnahme der betroffenen Leistung statt, gilt die Warnung als rechtzeitig getätigt. Sollte Gefahr im Verzug bestehen, muss unverzüglich gewarnt werden.¹²¹

¹¹⁹ vgl. Welser, Fachzeitschrift ZFRV, 207.

¹²⁰ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 68.

¹²¹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 69f.

4.5.4 Verbesserungsvorschlag

Im Allgemeinen ist dem Werkbesteller – der unter Umständen Laie ist oder zumindest nach § 1168 ABGB als solcher gilt – mit der alleinigen Warnung nicht geholfen. Darüber hinaus besteht für seine Entscheidungsfindung die Notwendigkeit Alternativen aufgezeigt zu bekommen. Dieses Aufzeigen von alternativen Vorschlägen ist nicht dem ABGB zu entnehmen.¹²²

*Laut herrschender Lehre und Rechtsprechung hat der Werkunternehmer für den Werkbesteller (oft Laie) grundsätzlich eine Entscheidungsgrundlage zu schaffen;*¹²³

Zur Schaffung solcher tauglichen Entscheidungshilfen sind – soweit dem Werkunternehmer zumutbar – in der Regel Verbesserungsvorschläge notwendig. Mit zumutbar ist gemeint, dass die Möglichkeiten des Werkunternehmers nicht überspannt werden dürfen und als Maßstab das durchschnittliche Wissen und die durchschnittliche Erfahrung des Fachmannes auf dem vorliegendem Gebiet angesehen wird. Zusätzlich ist die bei der Erarbeitung des Verbesserungsvorschlages zur Verfügung stehenden Zeit zu berücksichtigen. Wie auch bei der Prüfpflicht, besteht auch hier keine Verpflichtung Sonderfachleuten hinzu zu ziehen.

Zusammengefasst ist der Werkunternehmer verpflichtet, in seinem Verbesserungsvorschlag die technischen Alternativen mit – zur Schaffung einer Entscheidungshilfe – deren zeitlichen und kostenseitigen Auswirkungen in groben Zügen anzuführen. Jedoch muss er mit dem Verbesserungsvorschlag nicht umfangreiche Unterlagen oder Studien erstellen. Als Anhaltspunkt solcher umfangreichen – nicht geforderten – Abhandlungen der Verbesserungsvorschläge kann der Vergleich zu eigenständigen und entgeltlichen Werkverträgen herangezogen werden. Mangels vertraglicher Vereinbarungen hat der Werkunternehmer nämlich keinen Anspruch auf ein Entgelt für seinen Verbesserungsvorschlag, schließlich stellt dieser einen Teilbereich der nebenvertraglichen und mit Werklohn entlohnten Prüf- und Warnpflicht dar.¹²⁴

Damit muss der Verbesserungsvorschlag Nachstehendes in groben Zügen enthalten:

- Aufzeigen von Alternativen

¹²² vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 7.5.

¹²³ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 72.

¹²⁴ vgl. Straube, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtsicher planen und Verträge schließen, Pkt. 7.5.

- Kostenschätzung, das heißt Mehr- oder Minderkosten
- terminliche Auswirkungen

Bei der Frage nach der Zeitspanne, innerhalb derer ein Verbesserungsvorschlag dem Werbesteller vorzulegen ist, ist innerhalb zumutbarer Frist zu verstehen. Im Vergleich dazu ist die Warnung selbst – wie unter 4.5.3 dargelegt – als rechtzeitig erfolgt zu verstehen, wenn diese innerhalb angemessener Frist oder unter Umständen unverzüglich geäußert wurde. Die Verpflichtung zu dem Verbesserungsvorschlag darf nicht dazu führen, dass erst gewarnt wird, wenn der Verbesserungsvorschlag erarbeitet wurde. Dies kann auf Grund von nötigen Kostenschätzungen oder Kostenvoranschlägen einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen, als für eine rechtzeitige Warnung nötig. Somit ist üblicherweise eine Warnung zeitlich vor eine Übermittlung des Verbesserungsvorschlages zu stellen und der Verbesserungsvorschlag nachzureichen.¹²⁵

Bei der Notwendigkeit eines Verbesserungsvorschlages vertritt Fassel – unter 3.2.2 vorgestellt – eine andere Meinung. Nach Fassel ist es dem Werkunternehmer schon alleine aus der Tatsache heraus, einen Verbesserungsvorschlag ohne Entgelt erstellen zu müssen, nicht zumutbar einen Verbesserungsvorschlag auszuarbeiten. Dieser Auffassung kann, begründet durch oben genannte Punkte einerseits und durch die im Gespräch mit Fassel geäußerte Widersprüchlichkeit bei Auslegung fehlender Entgeltlichkeit zum Themengebiet Prüf- und Warnpflichten im vorvertraglichen Stadium – nach 3.2.2 – andererseits, nicht gefolgt werden. Jedoch soll hier auch erwähnt sein, dass Karasek¹²⁶ und Kropik¹²⁷ ebenso keinen Verbesserungsvorschlag – ohne Angabe von Gründen – als Teil der ordentlichen Prüf- und Warnpflicht sehen.

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.5 verwiesen, der eine ordentliche Warnung mit nachgereichtem Verbesserungsvorschlag darzustellen versucht.

¹²⁵ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 72f.

¹²⁶ vgl. Karasek, Kommentar zur ÖNORM B2110, 129.

¹²⁷ vgl. Kropik, Der Bauvertrag und die ÖNORM B2110, 94.

Bild 4.4 Formular 3b: *Warnung / Verbesserungsvorschlag*

Formular 4	
Einschreiben	
An den Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / VERBESSERUNGSVORSCHLAG	
Sehr geehrter Herr	
Sehr geehrte Frau	
in Bezug auf unser Schreiben vom dürfen wir Ihnen hiermit folgenden Verbesserungsvorschlag unterbreiten:	
.....	
Bei Durchführung dieses Vorschlags werden Mehrkosten/ Minderkosten in Höhe von ca. € zuzü. 20% USt. anfallen.	
Weiteres ist dabei mit einer Zeitverlängerung/ Zeitverkürzung der Leistungserstellung von ca. Tagen zu rechnen.	
Wir ersuchen um Ihre umgehende Entscheidung über die weitere Vorgehensweise.	
.....	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

4.5.4.1 Überwarnung

Mit Überwarnung ist nach Schopf¹²⁸ das zusätzliche Risiko für den Werkunternehmer gemeint, das durch zwei Fälle auftreten kann:

- Die Warnung erfolgt, obwohl die beigestellten Beiträge – Stoff oder Anweisungen nach § 1168a ABGB – tauglich oder richtig sind.
- Die Ausübung der Warnpflicht ist berechtigt, aber die Verbesserungsvorschläge schießen über das Ziel hinaus.

Damit sind Warnungen gemeint, die einer tatsächlichen Grundlage entbehren. In beiden Fällen verliert der Werkunternehmer seinen Werklohnanspruch für die nicht erforderlichen Arbeiten und haftet für auftretende Schäden.

4.5.5 (Sub)Subunternehmer

*Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen.*¹²⁹

¹²⁸ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 105f.

Unter Subunternehmer versteht man einen Werkunternehmer – hier beispielsweise einen Sonderfachplaner – der Teile von Leistung ausführt, die an einen anderen Werkunternehmer übertragen wurden. In diesem Fall der Beauftragung eines Subunternehmers durch den Hauptauftragnehmer bestehen zwei rechtlich selbständige, hintereinander geschaltete Werkvertragsebenen. So stellt sich eine Vertragsbeziehung zwischen Werkbesteller – dem Bauherrn – und dem Hauptauftragnehmer – dem Werkunternehmer – und eine zwischen dem Hauptauftragnehmer – jetzt Werkbesteller – und dem Subunternehmer – dem Werkunternehmer – ein. Damit nimmt der Hauptauftragnehmer in der letzteren Vertragsbeziehung die Seite des Werkbestellers gegenüber dem Subunternehmer als seinen Werkunternehmer ein.¹³⁰

Siehe dazu auch Bild 1.1 unter 1.2.

Damit ist auf Grund dieser strikt getrennten Vertragssituationen der Subunternehmer als Werkunternehmer seinem Werkbesteller – dem Hauptauftragnehmer – zur Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB verpflichtet und nicht dem Bauherrn. Eine direkte Warnung des Bauherrn durch den Subunternehmer ist mangels vertraglicher Beziehung nicht zulässig, außer – wie unter 4.4.3 dargestellt – bei Gefahr für absolute Rechte Dritter.¹³¹

Inhalt und Umfang des Subunternehmers unterscheiden sich nicht, abgesehen davon, dass der Subunternehmer, der in der Regel als Sonderfachmann beauftragt wird, mit dem objektiv bedungenen Wissens- und Erfahrungsstand seines Spezialgebietes haftbar ist.

Es ist weiters anzunehmen, dass eine Verletzung der Prüf- und Warnpflicht des Subunternehmers auch in eine Verletzung der Prüf- und Warnpflicht des Hauptauftraggebers mündet. Darum wird üblicherweise die Warnung des Subunternehmers an den Hauptauftragnehmer direkt an den Bauherrn weiter gereicht. Jedoch nicht immer erfüllt diese Weiterreichung auch die Warnpflicht des Auftragnehmers gegenüber dem Bauherrn, wie Schopf nachstehend festhält.¹³²

Der Subunternehmer hat auf seinem Fachgebiet das Spezialwissen (er weiß von wenig viel), das dem Generalunternehmer in dieser Tiefe fehlt (er weiß von viel wenig); der Generalunternehmer hat die disziplinübergreifenden Grundkenntnisse.¹³³

¹²⁹ § 1165 ABGB.

¹³⁰ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 158.

¹³¹ Hirnsperger, Mit Recht bauen, 104.

¹³² vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 159ff.

¹³³ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 165.

Für weitergereichte Warnungen über Fehler der Beiträge, die der Subunternehmer durch sein Spezialwissen aufgedeckt und im Rahmen seiner Prüf- und Warnpflicht – inklusive der Verbesserungsvorschläge – dem Hauptauftragnehmer mitgeteilt hat, hat der Hauptauftragnehmer einzustehen. Er muss sich Fehler seines Werkunternehmers – des Subunternehmers – als Erfüllungsgehilfe anrechnen lassen. Dazu das ABGB:

*Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.*¹³⁴

Besondere Verantwortung obliegt dem Hauptauftragnehmer bei Einschaltung mehrerer Subunternehmer. Hier ist sein ganzes disziplinübergreifendes Wissen gefordert, wenn die Subunternehmer unabhängig voneinander gegensätzliche und widersprechende Warnungen – und Verbesserungsvorschläge – mitteilen. Der Hauptauftragnehmer hat mit seinem Blick über das Gesamtwerk über weitere Vorgehensweisen zu entscheiden. Wichtig zu erwähnen scheint außerdem, dass der Hauptauftragnehmer auf Grund seines Blickes in die Breite – im Gegensatz zu dem Blick des Subunternehmers in die Tiefe – Fehler in Beiträgen erblicken kann, die einem Subunternehmer nicht auffallen müssen. Darum darf sich der Hauptauftragnehmer auch nicht darauf verlassen, der Subunternehmer würde indirekt auch seine Verpflichtung zur Prüf- und Warnpflicht erfüllen, wenn er lediglich die Warnung an den Bauherrn durchreicht.¹³⁵

Auch das OGH bestätigt die Auffassung, wonach ein Subunternehmer auf Grund seiner vertraglichen Situation nur an seinen Werkbesteller gebunden ist. In einer Entscheidung¹³⁶ des Obersten Gerichtshofes wollte ein Bauherr direkt auf den vom Hauptauftragnehmer beauftragten Subunternehmer durchgreifen und bei diesem Ansprüche geltend machen. Mangels eines Vertragsverhältnisses zwischen Bauherr und Subunternehmer kann dies nicht statthaft sein, auch wenn die Ansprüche deckungsgleich sind. Der Bauherr hat sich nur an seinen vertraglichen Werkunternehmer – den Hauptauftragnehmer – zu wenden und nicht an den Subunternehmer – Werkunternehmer des Hauptauftragnehmers – , dessen Fehlverhalten als Erfüllungsgehilfe sich der Hauptauftragnehmer gegenüber dem Bauherrn anzurechnen hat.

¹³⁴ § 1313a ABGB.

¹³⁵ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 164ff.

¹³⁶ vgl. OGH 26.03.1997 3Ob71/97f.

4.5.6 Zusammenwirken mehrer Werkunternehmer

Mehrere Werkunternehmer, die an der Erstellung desselben Werkes tätig sind, sind auch ohne direkte vertragliche Beziehung untereinander zur Zusammenarbeit verpflichtet. Dabei sind die Werkunternehmer angehalten, alles zu unterlassen, was ein Gelingen des Werkes verhindern könnte und im Speziellen Informationen über Eigenschaften ihrer Teilbereiche des Gesamtwerkes weiter zu geben.¹³⁷ Dies entbindet jedoch den Werkbesteller nicht aus seiner Koordinierungspflicht. Im Mittelpunkt der Zusammenarbeit mehrerer Werkunternehmer stehen das Gelingen ihrer Teilaufgabe und das Gelingen des Gesamtwerkes.

Das Zusammenwirken mehrerer Werkunternehmer, die vertraglich an einen Werkbesteller gebunden sind, erfordert auch eine Koordinierungspflicht untereinander. Zu dem sind sie zum so genannten technischen Schulterchluss verpflichtet. Das heißt, alle Werkunternehmer haben, trotz ihrer voneinander unabhängig zu erstellenden Teilbereichen, die Obliegenheit das Gesamtwerk als Ganzes zu sehen. In Erfüllung ihrer Prüf- und Warnpflicht haben sie erkennbare Fehler bei Abstimmung ihrer Einzelleistungen – die der Werkbesteller zu leisten hat – dem Werkbesteller anzuzeigen.¹³⁸

Karasek¹³⁹ gibt sogar einen speziellen Anwendungsbereich für den technischen Schulterchluss an. Nämlich dort, wo Leistungen von Sonderfachleuten die Koordinierungstätigkeit des Werkbestellers oder seines fachkundigen Erfüllungsgehilfen nicht mehr möglich machen muss, besteht für diese fachspezifischen Werkunternehmer eine erhöhte Sorgfaltsverpflichtung. Sie müssen den technischen Schulterchluss suchen und haften gegenüber dem Werkbesteller für Schäden aus Verletzung dieser Koordinierungspflicht untereinander voll. Ein Mitverschulden des Werkbestellers ist in der Regel auszuschließen.

Bei der Haftung mehrerer Werkunternehmer ist § 1302 ABGB¹⁴⁰ zu folgen. Demnach haften Werkunternehmer – die gemeinsam einen Schaden verursachen – nur für den eigenen herbeiführten Schaden. Sollte sich der Anteil am Gesamtschaden nicht bestimmen lassen, kommt es zur Solidarhaftung und alle Werkunternehmer haften solidarisch für den Gesamtschaden.

¹³⁷ OGH, 13.07.1988, 3Ob526/88.

¹³⁸ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 163.

¹³⁹ Karasek, Kommentar zur ÖNORM B2110, 124f.

¹⁴⁰ vgl. § 1302 ABGB.

Auch Schopf¹⁴¹ unterscheidet diese beiden Fälle:

- Schadensteile sind bestimmbar und jeder Werkunternehmer haftet nur anteilig, das heißt jeder für den von ihm verursachten Schaden.
- Schadensteile sind nicht bestimmbar und alle Werkunternehmer haften solidarisch, das heißt alle von ihnen für den gesamten Schaden.

Wurde der Schaden von einem Werkunternehmer ersetzt, so erwächst ihm ein Regressrecht gegenüber den restlichen Werkunternehmern. Sind die Verschuldensanteile nicht erkennbar, so erfolgt der Regress – inklusive Prozesskosten und Verzugszinsen – zu gleichen Teilen. Die Verjährungsgrenze des Regressanspruches liegt bei 3 Jahren ab getätigter Zahlung.¹⁴²

Ergänzend noch ein OGH Urteil über die anteilige Schadensteilung mehrerer Werkunternehmer:

*Proportionale Verteilung des Schadens auf mehrere Verantwortliche einschließlich des mitschuldigen Geschädigten (nach neuerer Lehre) durch Einzelabwägung und Gesamtabwägung in der Verantwortlichkeit, wenn mehrere Täter nicht im einverständlichen Handeln (Mittäter), sondern unabhängig voneinander eine Bedingung für den eingetretenen Schaden gesetzt haben.*¹⁴³

4.5.7 Mitwirkungs- und Entscheidungspflichten des Werkbestellers

*Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zur Nachholung eine angemessene Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.*¹⁴⁴

Damit normiert § 1168 Abs 2 ABGB die Verpflichtung des Werkbestellers in dem Maße zur Mitwirkung bei der Werkerstellung, wie es hierfür notwendig ist. Eine Verletzung dieser Mitwirkungspflicht des Werkbestellers oder seines Erfüllungsgehilfen, kann – nach Setzung

¹⁴¹ Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 98.

¹⁴² vgl. § 896 ABGB.

¹⁴³ OGH 14.09.1977, 8Ob107/77.

¹⁴⁴ § 1168 ABGB, Absatz 2.

einer angemessenen Nachfrist – auch in einen Rücktritt des Werkunternehmers vom Vertrag münden.¹⁴⁵

Exemplarisch sind solchen Mitwirkungspflichten des Werkbestellers nach Schopf¹⁴⁶ aufgezählt:

- rechtzeitige und vollständige Übergabe der Beiträge
- Unterstützung des Werkunternehmers bei Erfüllung seiner Prüf- und Warnpflicht
- Auskunftserteilung im Rahmen der Aufklärungs- und Erkundigungspflicht des Werkunternehmers
- Koordinierung aller am Werk Beteiligten
- Erteilung von Anordnungen
- Treffen von Entscheidungen

Bei Verletzung der Mitwirkungspflicht hat sich der Werkbesteller die Folgen seiner Unterlassung anrechnen zu lassen und er haftet für die damit einhergehenden Nachteile. Auch kann diese Pflichtverletzung zu Haftungseinschränkungen oder Vertragsrücktritt des Werkunternehmers führen. So kann beispielsweise eine verspätete Übergabe von vereinbarten Beiträgen den Werkunternehmer soweit behindern, dass eine Prüfung dieser Beiträge objektiv nicht mehr oder nur eingeschränkt möglich ist. Darüber hat der Werkunternehmer den Werkbesteller zu warnen.

4.5.7.1 Entscheidungen des Werkbestellers (Leistungsweigerungsrecht der Werkunternehmer)

Insbesondere sind die Entscheidungspflichten des Werkbestellers im Rahmen der erfolgten Warnung nach § 1168a ABGB – inklusive der Verbesserungsvorschläge – hervorzuheben. Der Werkbesteller muss Entscheidungen zu den geäußerten Bedenken rechtzeitig treffen und bekannt geben. Im Unterlassungsfall hat der Werkbesteller die Konsequenzen zu tragen.¹⁴⁷

¹⁴⁵ vgl. § 1168 ABGB, Absatz 2.

¹⁴⁶ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 74ff.

¹⁴⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 76ff.

Denkbare Entscheidungen und deren vertragliche Auswirkungen sind demnach¹⁴⁸:

- Änderung des Vertrages

Der Werkbesteller genehmigt die vom Werkunternehmer unterbreiteten Verbesserungsvorschläge – mit den Kosten- und Terminauswirkungen – und ordnet deren Ausführung an.

Auch hat der Werkbesteller das Recht andere Vorschläge – vor allem bei einem sachkundig oder sachkundig beratenen Werkbesteller denkbar – zu machen und diese dem Werkunternehmer in Auftrag zu geben. Selbstverständlich würden auch wieder diese Vorschläge des Werkbestellers der Prüf- und Warnpflicht unterliegen.

- ursprüngliche Ausführungsart

Auch ist es denkbar, dass der Werkbesteller die vom Werkunternehmer genannten Bedenken verwirft, dessen Vorschläge ablehnt und weiter auf ursprüngliche Ausführung besteht.

- Aufhebung des Vertrages

§ 1170a ABGB folgend, ist – vor allem bei erheblicher Kostenüberschreitung – auch die Aufhebung des Vertrages möglich. Das Entgelt für bereits erstellte Leistungen ist aber zu entrichten.

Im Falle, dass der Werkbesteller auf die ursprüngliche Ausführungsart besteht und der begründeten Warnung des Werkunternehmers keine Achtung schenkt, gehen Ansprüche des Werkbestellers auf Gewährleistung oder Schadenersatz gegen den Werkunternehmer verloren. Da der Werkunternehmer hier nur das vereinbarte Werk schuldet, bleiben seine Entgeltansprüche auch bei einem untauglich erstellten Werk bestehen. Es ist empfehlenswert, den Werkbesteller darüber zu unterrichten.¹⁴⁹

Jedoch darf der Werkunternehmer in der Regel nicht blind gehorchen. Einerseits sind stets die absoluten Rechte Dritter – Gefahr für Leib und Leben, Eigentum und Freiheit – zu schützen und andererseits kann auch die Herstellung des Werkes unmöglich sein.¹⁵⁰

¹⁴⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 76ff.

¹⁴⁹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 76ff.

¹⁵⁰ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 76ff.

4.5.7.2 verspätete oder keine Entscheidung des Werkbestellers

Trifft der Werkbesteller seine Entscheidung sehr spät oder gar nicht, hat der Werkunternehmer vorerst mit der weiteren Ausführung des Werkes abzuwarten und eine Entscheidung schriftlich zu urgieren. Dabei ist es sinnvoll, dem Werkbesteller die Verpflichtung und Verletzung seiner Entscheidung vor Augen zu führen.¹⁵¹

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.6 verwiesen, der eine ordentliche Warnung mit Urgenz von Entscheidung darzustellen versucht.

Bild 4.5 Formular 5: *Warnung / Urgenz von Entscheidung*

Formular 5	
Entschreiben	
An den Auftraggeber (Werkbesteller) / beauftragten Vertreter, am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / URGENZ VON ENTSCHEIDUNG	
Sehr geehrter Herr	
Sehr geehrte Frau	
In Bezug auf unser Schreiben vom und vom halten wir fest, dass Sie noch keine Entscheidung getroffen haben.	
Wir fordern Sie erneut auf bis spätestens eine Entscheidung zu treffen, da Sie andernfalls Ihre Entscheidungspflicht gemäß § 1158 Abs 2 ABGB verletzen.	
Zusätzlich müssen wir Sie darauf hinweisen, dass eine Verletzung Ihrer Entscheidungspflicht zu einer Behinderung und damit zu Mehrkosten und einer Zerbewertung der Leistungserstellung führt, die Sie zu tragen haben. Weitere Ansprüche, insbesondere Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz, behalten wir uns ausdrücklich vor.	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

Reagiert der Werkbesteller weiterhin nicht, bestehen theoretisch – nach dem Gespräch mit Fassel und Busta – vier mögliche Verhaltensvarianten für den Werkunternehmer.

- Leistungsumstellung
- Leistungseinstellung
- Leistungserbringung gemäß Verbesserungsvorschlag
- Leistungserbringung gemäß ursprünglichem Vertrag

Der erste Fall der Leistungsumstellung erscheint als erster Schritt logisch. Der Werkunternehmer kann andere noch zu erstellende

¹⁵¹ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 78.

Leistung den strittigen Leistungen vorziehen. Dies entspricht der Schadensminderungspflicht abgeleitet nach § 1304 ABGB, wonach die Verpflichtung besteht, ein Weiterfressen des Schadens zu verhindern oder möglichst in Grenzen zu halten.

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.7 verwiesen, der eine ordentliche Warnung mit Leistungsumstellung bei wiederholter Urgenz von Entscheidung darzustellen versucht.

Bild 4.6 Formular 6: *Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungsumstellung*

Formular 6

Einschreiben

An den
 Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter am

Bauvorhaben
 Vertrag vom

WARNUNG / URGENZ VON ENTSCHEIDUNG, LEISTUNGSUMSTELLUNG

Sehr geehrter Herr
 Sehr geehrte Frau

In Bezug auf unser Schreiben vom und vom halten wir fest, dass Sie noch keine Entscheidung getroffen haben. Da Sie damit Ihre Entscheidungspflicht gemäß § 1168 Abs 2 ABGB verletzt haben, machen wir aus dieser Behinderung Mängelkosten und Sachschadensersatz dem Grunde nach geltend. Weitere Ansprüche, insbesondere Rücktritt vom Vertrag und Schadensersatz, behalten wir uns ausdrücklich vor.

Wir fordern Sie erneut auf bis spätestens eine Entscheidung treffen. Andernfalls werden wir anstelle der anstehenden Leistungen nun vorzeitig folgende Leistungen erbringen:

Alle damit verbundenen Nachteile gehen ausschließlich zu Ihren Lasten. Wir lehnen daher jede Haftung für die Leistungsumstellung und für alle damit verbundenen Nachteile ausdrücklich ab.

Mit freundlichen Grüßen

.....

Im nächsten Fall der Leistungseinstellung können entweder keine anderen Leistungen vorweg erstellt werden oder andere Gründe – wie etwa Eingriff in absolute Rechte Dritter – lassen nur ein Einstellen der Arbeiten zu.

An dieser Stelle wird auf einen Musterbrief im Anhang unter 6.2.2.7 verwiesen, der eine ordentliche Warnung mit Leistungseinstellung bei wiederholter Urgenz von Entscheidung darzustellen versucht.

Bild 4.7 Formular 7: *Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungseinstellung*

Formular 7

Einschreiben

An den
 Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter am

Bauvorhaben
 Vertrag vom

WARNUNG / URGENZ VON ENTSCHEIDUNG, LEISTUNGS EINSTELLUNG

Sehr geehrter Herr,
 Sehr geehrte Frau,

in Bezug auf unser Schreiben vom und vom halten wir fest, dass Sie noch keine Entscheidung getroffen haben. Da Sie damit Ihre Entscheidungspflicht gemäß § 1208 Abs. 2 ABGB verletzt haben, machen wir aus dieser Behinderung Mehrkosten und Verzögerung der Leistungseinstellung dem Grunde nach geltend. Weitere Ansprüche, insbesondere Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz, behalten wir uns ausdrücklich vor.

Wir fordern Sie erneut auf bis spätestens eine Entscheidung treffen. Andernfalls werden wir unsere Leistungen einstellen, da Gefahr für absolute Rechte Dritter (z.B. Gefahr für Leib und Leben, Eigentum, Freiheit) besteht und anstelle der anstehenden Leistung keine Leistung vorzeitig erbracht werden kann.

Alle damit verbundenen Nachteile gehen ausschließlich zu Ihren Lasten. Wir lehnen daher jede Haftung für die Leistungseinstellung und für alle damit verbundenen Nachteile ausdrücklich ab.

Mit freundlichen Grüßen

Die dritte oder vierte – theoretische – Variante ist rechtlich nicht lupenrein. Es kann jedoch unter Umständen sinnvoll sein, eine dieser Varianten, je nach vorliegendem Sachverhalt, zu wählen. Sie unterliegen aber immer einem Restrisiko, denn im Falle der Ausführung gemäß Verbesserungsvorschlag erstellt der Werkunternehmer etwas vertraglich Fremdes ohne Beauftragung. Zudem ist der Werkunternehmer auch grundsätzlich nicht befugt, Leistungsänderungen vorzunehmen. Die Ausführung gemäß ursprünglichem Vertrag ist nicht zulässig, wenn sich die Ausführung auf absolut geschütztes Rechtsgut Dritter auswirkt. Auch ist diese letzte Variante grundsätzlich auszuschließen, da der Werkunternehmer ein fehlerhaftes Werk – wovon er gewarnt hat – ,ohne expliziten Wunsch des Werkbestellers dazu, herstellen würde. Im zu untersuchenden Einzelfall könnte aber bei sonstiger beträchtlicher Kostenüberschreitung eine der beiden Fallvarianten zur risikobehafteten Anwendung kommen.

4.6 Verletzung

Sind Stoffe untauglich oder Anweisungen unrichtig, kann sich dies nachteilig auf die Eigenschaft des Werkes auswirken. Wem diese Nachteile anzurechnen sind, ist davon abhängig, ob eine Verletzung der



Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB vorliegt. Denn der Werkunternehmer ist darin verpflichtet, den Werkbesteller vor dessen fehlerhaften Beiträgen zu warnen.¹⁵²

Die Prüf- und Warnpflicht gemäß § 1168a ABGB stellt eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht dar. Immer wenn das Gelingen durch bekannte Umstände gefährdet ist und dem Werkbesteller ein Schaden erwachsen könnte, ist diese Pflicht anzuwenden. Wird die Warnpflicht verletzt, verliert der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch und ist für den entstandenen Schaden haftbar.¹⁵³

Dazu das OGH:

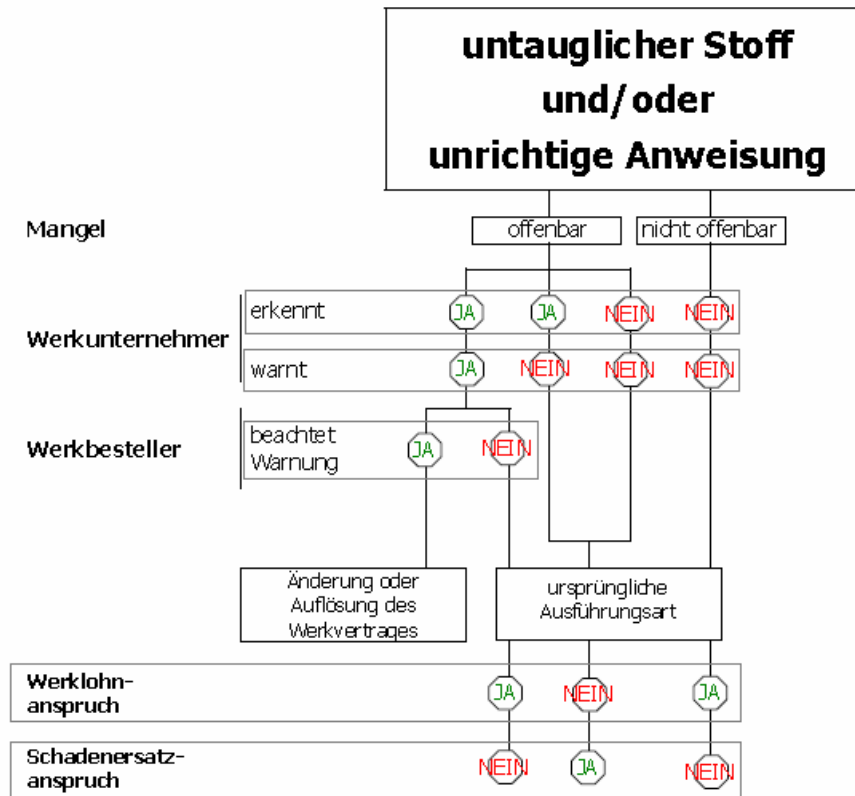
*Soweit der Unternehmer seiner Warnpflicht gegenüber dem Werkbesteller nachgekommen ist, scheidet auch jeder Gewährleistungsanspruch aus, mag auch das Werk aus diesem Grund mangelhaft oder überhaupt nicht zustande gekommen oder zugrunde gegangen sein.*¹⁵⁴

¹⁵² vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 239.

¹⁵³ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 41.

¹⁵⁴ OGH 15.12.1987, 4Ob606/87.

Bild 4.8 Werklohn- und Schadenersatzanspruch



Aus obiger Darstellung sind die verschiedenen Wege zu erkennen, die im Zusammenhang mit der Prüf- und Warnpflicht in Werklohnanspruchverlust und Schadenersatzpflichten münden oder nicht. Die Wege sind – von links nach rechts – nachstehend grob umrissen:

- Der Werkunternehmer erkennt – auf Grund der ihm zumutbaren Fachkenntnis und üblichen Sorgfalt – den offenbar fehlerhaften Beitrag des Werkbestellers und erfüllt seine Warnpflicht.

Wenn der Werkbesteller die Warnung beachtet, dann mündet dieser Weg in eine Änderung oder Auflösung des Vertrages. Der Werklohn für getane Teilleistungen ist dem Werkunternehmer zu bezahlen. Natürlich bestehen keine Schadenersatzansprüche, da schließlich kein Schaden vorliegt.

Wenn der Werkbesteller die Warnung nicht beachtet, dann kommt es zur ursprünglichen Ausführungsart. Der Werkunternehmer hat – auch wenn das vertragliche Werk mangelhaft ist – Anspruch auf seinen vollen Werklohn und der Werkbesteller hat keinen Anspruch auf Schadenersatz.

- Der Werkunternehmer erkennt den offenbar fehlerhaften Beitrag, aber warnt den Werkbesteller nicht. Es kommt zur ursprünglichen Ausführungsart. Bei einem durch den fehlerhaften Beitrag begründeten Mangel verliert der Werkunternehmer seinen Anspruch auf Werklohn und der Werkbesteller hat einen Schadenersatzanspruch.
- Der Werkunternehmer erkennt den offenbar fehlerhaften Beitrag nicht, und warnt deswegen den Werkbesteller auch nicht. Auch hier tritt der gleiche Fall wie bei dem Fall zuvor ein. Werklohnanspruchverlust des Werkunternehmers und Schadenersatzanspruch des Werkbestellers.
- Der Werkunternehmer erkennt den nicht offenbaren fehlerhaften Beitrag nicht und warnt darum auch nicht den Werkbesteller. Es kommt zur ursprünglichen Ausführungsart. Der Werkunternehmer hat – auch wenn das vertragliche Werk mangelhaft ist – Anspruch auf seinen vollen Werklohn und der Werkbesteller hat keinen Anspruch auf Schadenersatz.

4.6.1 Schadenersatzanspruch

Der Werkunternehmer ist für den Schaden verantwortlich, den er durch die rechtswidrige, schuldhafte Verletzung der ihm obliegenden Prüf- und Warnpflicht verursacht. Aus der Verletzung der Prüf- und Warnpflicht erwachsen somit dem Werkbesteller Schadenersatzansprüche gegenüber dem Werkunternehmer.¹⁵⁵

Verletzt der Werkunternehmer seine Prüf- und Warnpflicht, haftet der Werkunternehmer nur für den Vertrauensschaden, das heißt dafür, dass der Besteller nicht gleich ein zweckentsprechendes Werk anderer Beschaffenheit herstellen ließ. Das Interesse an diesem Werk als solches – das Erfüllungsinteresse – ist nicht zu ersetzen. Damit bezieht sich die Haftung des Werkunternehmers lediglich auf die Differenz aus tatsächlich vorhandenem Schaden und fiktivem Schaden, der sowieso – auch bei rechtskonformen Verhalten – eingetreten wäre. Es sind Überlegungen anzustellen, wie der geschädigte Werkbesteller bei erfüllter Warnpflicht stünde. Dem Vertrauensschaden sind damit auch Verbesserungskosten und Prozesskosten hinzuzurechnen. Zusammengefasst muss der Werkunternehmer den Schaden vertreten,

¹⁵⁵ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 102f.

der aus Verletzung der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB und der daraus in Zusammenhang stehenden Mangelhaftigkeit des Werkes entsprungen ist¹⁵⁶

Dazu das OGH:

Zu dem zu ersetzenden Schaden gehören auch die Verbesserungskosten, allerdings nur solche, die zur Verbesserung des Werkes iS der Herstellung des vertragsmäßig geschuldeten Zustandes aufzuwenden sind, sohin nicht jene Kosten, die sie auch bei entsprechender Warnung hätten tragen müssen. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn der Warnpflicht entsprochen worden.¹⁵⁷

4.6.1.1 Voraussetzung

Damit ein Schadenersatzanspruch vorliegt, sind folgende Voraussetzungen Bedingung:

- Schaden

Laut § 1293 ABGB ist Schaden, jener Nachteil, der jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon ist ein Gewinnentgang zu unterscheiden.
- Kausalität (Verursachung)

Stellt die Zurechenbarkeit eines Schadens an jemand anderes als den Geschädigten.
- Rechtswidrigkeit

Von einem rechtswidrigen Verhalten spricht man, wenn dieses gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung, gegen ein vertragliches Verhältnis oder gegen die guten Sitten verstößt.
- Verschulden

Sobald ein rechtswidriges Verhalten vorwerfbar ist, ist ein Verschulden gegeben. Damit muss die Handlung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt sein. In diesem Zusammenhang ist auch die erhöhte Sorgfaltspflicht des sachverständigen Werkunternehmers nach § 1299 ABGB zu erwähnen.

Bei Ausübung der Prüf- und Warnpflicht liegt somit ein Verschulden vor, wenn der Werkunternehmer die offenbaren Mängel der Beiträge des Werkbestellers bei gehöriger Sorgfalt und zumutbarer

¹⁵⁶ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 89f.

¹⁵⁷ vgl. OGH 19.09.2002, 3Ob274/01t.

Fachkenntnis nicht erkannt und den Werkbesteller nicht gewarnt hat.¹⁵⁸

4.6.1.2 Sowiesokosten

*"Sowieso-Kosten" sind Kosten, die zwar im Zuge der Mängelbehebung anfallen, aber die Herstellung eines mangelfreien Werks von vornherein - insbesondere auch ohne Warnpflichtverletzung - erfordern.*¹⁵⁹

Nach obigem OGH Urteil sind Schäden, die auch bei rechtmäßigem Verhalten – also auch bei erfolgter Warnpflicht – entstanden wären, als Sowiesokosten zu bezeichnen. Diese spielen – wie unter 4.6.1 dargelegt – eine erhebliche Rolle, bei der Frage nach der Höhe der Schadenshaftung. Der Werkunternehmer hat nur den Schaden zu tragen, der sich aus dem tatsächlich entstandenen Schaden abzüglich des Schadens der sowieso auch bei Pflichtausübung entstanden wäre – den Sowiesokosten – ergibt.

Begründet ist der Abzug der Sowiesokosten von dem Gesamtschaden durch § 921 Satz 2 ABGB, worin genormt wird, dass nicht aus dem Schaden eines anderen Gewinn gezogen werden darf.

4.6.2 Werklohnanspruchverlust des Werkunternehmers

Erfüllt der Werkunternehmer seine Prüf- und Warnpflicht, so bleibt dessen Anspruch auf seinen Werklohn bestehen, andernfalls führt dies zum Verlust.

Hinsichtlich des Werklohnanspruches ist nach Schopf¹⁶⁰ folgendes zu beachten:

- Werklohnanspruchverlust bezieht sich nur auf die Teile, die von der schuldhaft verletzten Prüf- und Warnpflicht betroffen sind
- gesamter Werklohnanspruchverlust nur bei Mislingen des gesamten Werkes

¹⁵⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 86f.

¹⁵⁹ OGH 17.05.2001, 7Ob110/01d.

¹⁶⁰ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 86f.

- Teilvergütung des Werklohnanspruches auch bei ausstehender Vollendung des Werkes, wenn das Restwerk für den Werkbesteller einen Wert darstellt
- Minderung des Werklohnverlustes bei Mitverschulden des Werkbestellers

4.6.2.1 Verjährungsfrist

Bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers laut § 1186a ABGB ist das Begehren des Werkbestellers ein Schadenersatzanspruch. Da die Warnpflicht kein Ausfluss der Gewährleistungspflicht ist, gelten für sie auch keine Gewährleistungsfristen.¹⁶¹

In § 1489 ABGB ist die Zeitspanne, innerhalb derer Schadenersatzansprüche zu stellen sind, angegeben. Die allgemeine Verjährungsfrist beträgt demnach 3 Jahre ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers sowie der schadenskausalen Zusammenhänge. Sollte jedoch der Schaden oder die Person, die den Schaden verursacht hat, nicht bekannt sein, oder sogar ein Verbrechen vorliegen, so liegt die absolute Frist zur Einbringung der Schadenersatzklage 30 Jahre, ausgehend vom Zeitpunkt der Schadensverursachung.

Das bedeutet nun für die Praxis, dass man 30 Jahre lang Schadenersatzansprüche stellen kann, wenn entweder Schaden oder Schädiger oder beide nicht bekannt sind. Sobald jedoch Schaden und auch Schädiger vorliegen, ist nicht mehr diese absolute Zeitspanne von 30 Jahren zu beachten, sondern die Verjährungsfrist von 3 Jahren ab diesem Zeitpunkt der Gewissheit über Schaden und Schädiger.

¹⁶¹ vgl. OGH 14.05.1987, 7Ob559/87.

Zur Vollständigkeit § 1489 ABGB:

*Jede Entschädigungsklage ist in drei Jahren von der Zeit an verjährt, zu welcher der Schade und die Person des Beschädigers dem Beschädigten bekannt wurde, der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Ist dem Beschädigten der Schade oder die Person des Beschädigers nicht bekannt geworden oder ist der Schade aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren Handlungen, die nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, entstanden, so erlischt das Klagerecht nur nach dreißig Jahren.*¹⁶²

Zusätzlich kann die Zeitspanne der Verjährung gehemmt oder unterbrochen werden. Unter Hemmung versteht man dabei, dass der Beginn der Verjährung oder auch die Fortsetzung der begonnenen Verjährungsfrist – beispielsweise durch das Führen von Vergleichsverhandlungen – hinausgezögert wird. Im Gegensatz dazu erhält die Verjährungsfrist durch die Unterbrechung wieder ihre volle Fristlänge. Ein Beispiel einer solchen Unterbrechung ist die Einbringung einer Klage.¹⁶³

Bezüglich des Zeitpunktes der Erkenntnis über Schaden und Schädiger – damit der Beginn der Verjährungsfrist – darf die Erkundigungspflicht des Geschädigten nicht überspannt werden. Es sind bloße Vermutungen über Umstände, die einen Schadenersatzanspruch begründen, genauso wenig ausreichend, wie umfangreiche Überprüfungen durch entgeltliche Sachverständigengutachtens verpflichtend sind. Jedenfalls ist der Geschädigte behauptungs- und beweispflichtig. Sollte hingegen der Schaden nicht abschätzbar sein, kann zur Vermeidung der Verjährungsfrist das Rechtsmittel der Feststellungsklage genutzt werden.¹⁶⁴

4.6.3 Schadensminderungspflicht

Dem Schadenersatzanspruch steht die Schadensminderungspflicht abgeleitet von § 1304 ABGB regulierend gegenüber. Somit hat auch der

¹⁶² § 1489 ABGB

¹⁶³ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 106f.

¹⁶⁴ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 106ff.

geschädigte Werkbesteller darauf zu achten, dass ein Schaden nicht weiter wächst und möglichst in Grenzen bleibt.

4.6.4 Beweislast

Kommt es zur Klage, hat der Werkunternehmer zu beweisen, dass

- er die ihm obliegende Warnpflicht erfüllt hat, oder
- eine Warnpflicht nicht erforderlich war, oder
- ein Mitverschulden des Werkbestellers bestanden hat.

Die ersten beiden Punkte zielen darauf ab, dass sich der Werkunternehmer von einem Verschulden an einem aufgetretenen Schaden – als Bedingung für Schadenersatzansprüche des Werkbestellers – freizubeweisen hat. Diese Beweislastumkehr ist in § 1298 ABGB festgelegt und gilt nur für leichtes Verschulden bei Vertragshaftung. Bezieht sich der geschädigte Werkbesteller auf Verschulden mit Vorsatz oder unter grober Fahrlässigkeit – siehe nachstehend unter 4.6.5.1 – , hat dies der Werkbesteller selbst zu beweisen. Gleiches gilt für die restlichen Voraussetzungen für Schadenersatz – wie unter 4.6.1.1 dargelegt – deren Beweislast der geschädigte Werkbesteller selbst trägt.¹⁶⁵

Die Beweise hierüber sollten zumindest 30 Jahre lang – absolute Verjährungsfrist bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht – aufbewahrt werden. Auf Grund beschränkter Ablagekapazitäten in den Unternehmungen bzw. in den Archiven kann als Kompromiss eine 10 jährige Aufbewahrung der originalen Schriftstücke und eine anschließende Speicherung der Korrespondenzen auf Datenträger bis zu 30 Jahre empfohlen werden.¹⁶⁶

¹⁶⁵ vgl. Karasek/Schopf, 77 Musterbriefe für die Bauwirtschaft, 295ff.

¹⁶⁶ vgl. Karasek/Schopf, 77 Musterbriefe für die Bauwirtschaft, 258f.

4.6.5 Haftungseinschränkungen

Wenn die Warnung den Schaden nicht verhindert hätte, ist der Werkunternehmer für den Schaden nicht haftbar. Begründet ist dies dadurch, dass die Unterlassung der Warnpflicht für den Schaden nicht kausal – mehr dazu unter 4.6.1.1 – ist. Den Beweis über den Schadenseintritt auch bei ordnungsgemäßer Warnung muss der Werkunternehmer führen. Üblicherweise wird der Werkunternehmer versuchen eine andere mögliche Schadensursache aufzuzeigen. Man spricht vom Entlastungsbeweis.¹⁶⁷

4.6.5.1 vertragliche Haftungseinschränkungen

Zusätzliche Haftungseinschränkungen sind auch vertraglich möglich. Dies setzt aber nach Lehre und Rechtsprechung leichte Fahrlässigkeit voraus. Haftungsausschluss ist bei grober Fahrlässigkeit strittig, bei Vorsatz nichtig. Jedoch unterliegt ein Haftungsausschluss weiteren Grenzen und ist beispielsweise nicht möglich bei:¹⁶⁸

- Verstoß gegen die guten Sitten, nach § 879 Abs 1 ABGB
- gröblicher Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB
- ungewöhnlichen Vertragsbedingungen nach § 864a ABGB
- atypischen und unvorhersehbaren Schäden
- bloßer Ablehnung der Haftung, etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen
- Personenschäden

Exkurs: Verschuldensgrad:¹⁶⁹

- leichte Fahrlässigkeit
- grobe Fahrlässigkeit
- Vorsatz

Unter Fahrlässigkeit versteht man das Handeln ohne gebotene Sorgfalt. Leichte Fahrlässigkeit – oder auch leichtes Verschulden – lässt Fehler zu, die gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen zuordenbar sind.

¹⁶⁷ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 78.

¹⁶⁸ vgl. Schopf, Die Prüf- und Warnpflicht der Werkunternehmer, 103f.

¹⁶⁹ vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II, 293f..

Hingegen ist ein Verhalten grob fahrlässig, wenn die vorliegende Sorgfaltswidrigkeit einem ordentlichen Menschen in der gleichen Situation nicht unterlaufen würde. Vorsatz führt den Schaden bewusst herbei.

Der Umfang der Haftung beziehungsweise des Ersatzes wird vom vorliegenden Verschuldensgrad bestimmt. Nach § 1323 ABGB ist zwischen Schadloshaltung und voller Genugtuung zu differenzieren. Unter Schadloshaltung versteht man dabei, dass nur der wirkliche bzw. erlittene Schaden – positiver Schaden –, das heißt, das was man hatte, ersetzt wird. Im Gegensatz dazu schließt die volle Genugtuung auch den entgangenen Gewinn – Interessenersatz –, das heißt, das was man hätte, mit ein.

Leichte Fahrlässigkeit – oder leichtes Verschulden – begründet nur Entstehen für den positiven Schaden. Grobe Fahrlässigkeit – oder auch grobes Verschulden – und Vorsatz begründen volle Genugtuung.

4.6.6 Betriebs- bzw. Berufshaftpflichtversicherung

*Versicherungsfall ist ein Schadenereignis, das dem versicherten Risiko entspringt und aus welchem dem Versicherungsnehmer Schadenersatzverpflichtungen (Pkt.2) erwachsen oder erwachsen könnten.*¹⁷⁰

Wie den Allgemeinen Bedingungen für Haftpflichtversicherung zu entnehmen, übernimmt der Versicherer die Erfüllung von Schadenersatzverpflichtungen. Denen muss ein Personenschaden, Sachschaden oder Vermögensschaden zu Grunde liegen und auf einen versicherten Personen- oder Sachschaden zurückzuführen sein.¹⁷¹ Zusätzlich werden auch die Kosten für Feststellung und Abwehr einer von Dritten behaupteten Schadenersatzverpflichtung vom Versicherer getragen.¹⁷²

Auch müssen die Voraussetzungen für einen geforderten Schadenersatzanspruch selbstredend – wie unter 4.6.1.1 angeführt – erfüllt sein. Damit ist eine Versicherungsleistung unabdingbar an ein Verschulden geknüpft.

Da es sich bei Ansprüchen des Werkbestellers aus Verletzung der Prüf- und Warnpflicht um einen Schadenersatzanspruch handelt, ist der

¹⁷⁰ Versicherungsverbund Österreich, AHVB, Artikel 1, Pkt. 1.1.

¹⁷¹ vgl. Versicherungsverbund Österreich, AHVB, Artikel 1, Pkt. 2.

¹⁷² vgl. Versicherungsverbund Österreich, AHVB, Artikel 5, Pkt 5.

gesetzliche Schadenersatzanspruch gegenüber dem versicherten Werkunternehmer durch die Haftpflichtversicherung gedeckt.

Etwaige Ausschlussbestimmungen des Versicherers, die im Einzelfall Anwendung finden könnten, sind nicht Bestandteil dieser Diplomarbeit.

5 Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

5.1 Allgemeines

Bei der Frage der Prüf- und Warnpflicht der Planer spielt die vertragliche Beziehung zwischen Planer und Auftraggeber die entscheidende Rolle. Liegt hier nämlich kein Werkvertrag zu Grunde, kommt diese Verpflichtung nach § 1168a ABGB erst gar nicht zur Anwendung. So schulden Planer, die nicht Pläne erstellen, sondern sich in der Rolle der örtlichen Bauaufsicht oder eines reinen Beraters befinden, lediglich ein Bemühen und nicht ein vertraglich bedungenes Werk. Diesen Planern obliegt somit keine Prüf- und Warnpflicht im engeren Sinn nach § 1168a ABGB. Jedoch gilt zu beachten, dass stets eine eingeschränkte Prüf- und Warnpflicht besteht. Diese begründet sich durch nebenvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Interessenwahrungspflichten, die ein Auftragnehmer seinem Vertragspartner gegenüber zu erfüllen hat. Sie ist jedoch eine im Vergleich zur Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB erhebliche eingeschränkte und bezieht sich nur auf grobe Fehler. Gleiches gilt für die vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht.

Weiters ist die Prüf- und Warnpflicht der Planer eine in der Praxis oft missverstandene Verpflichtung. Gerne findet sie mit sonstigen vertraglichen Nebenpflichten Verwechslung, die jedoch nicht das Gelingen des Werkes zum Zweck haben. Gemäß der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB ist der Werkbesteller vor möglichen Auswirkungen der von ihm beigestellten untauglichen Stoffe oder unrichtigen Anweisungen zu bewahren. Die Warnpflicht soll dabei dem Werkbesteller die Möglichkeit geben, Gefahren abzuwägen und ihm eine Entscheidungshilfe über weitere Vorgangsweisen bieten. Sonstige vertragliche Nebenpflichten, wie Aufklärungspflicht oder Informationspflicht der Planer, verfolgen andere Zwecke, könne jedoch – wenn das Werk im Gelingen gefährdet scheint – in eine Prüf- und Warnpflicht münden.

Im Zusammenhang mit der Prüf- und Warnpflicht muss vor allem einem Vorhandensein eines sachkundigen oder sachkundig beratenen Werkbestellers besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden. Das ABGB stammt ursprünglich aus dem Jahr 1811 und sieht in § 1168a ABGB einen Ausbildungs- und Wissensunterschied zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer. Das heißt konkret, dass der Werkbesteller ein Laie ist. Das entspricht jedoch in der Regel nicht mehr der Konstellation der heutigen Zeit im Baugewerbe. Der Werkbesteller ist meist selber fachkundig oder bedient sich eines Gehilfen, der ihn fachlich berät. Damit hat der sachkundige oder sachkundig beratene Werkbesteller vielmehr einen enormen Wissensvorsprung gegenüber

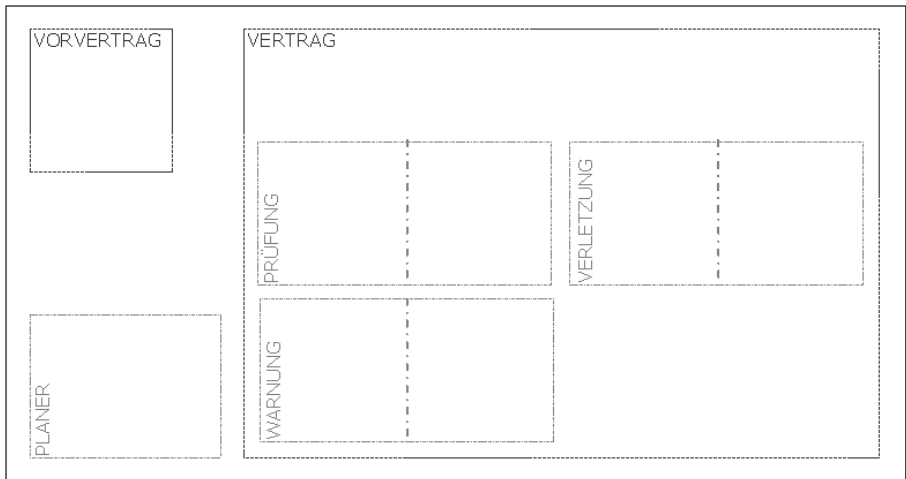
dem Werkunternehmer, der sich erst in die Materie einarbeiten muss. Selbstverständlich darf sich natürlich auch ein sachkundiger oder sachkundig beratener Werkbesteller auf den Werkunternehmer als Fachmann und auf Erfüllung dessen Pflichten – auch die der Prüf- und Warnpflicht – verlassen. Aber die Überlegung liegt nahe, ein Umdenken in Bezug auf ein Mitverschulden des nicht laienhaften Werkbestellers anzuregen. Andernfalls nimmt die Entwicklung zu einer stetig anwachsenden Erweiterung und Vertiefung der Prüf- und Warnpflicht nach § 1168a ABGB als nachgiebiges Recht weiter ihren Lauf. Dies jedoch geht einseitig zu Lasten des Werkunternehmers und führt weiterhin zu unbilliger Schlechterstellung des Werkunternehmers, der sich auf Grund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit von Vertragsabschlüssen meist nicht erwehren kann.

5.2 Empfehlungen für den Planer

- vorvertragliche Prüf- und Warnpflichten extensiv nutzen und nicht auf Nachforderungen setzen; die Absichten des Werkbestellers können so besser erforscht werden und durch Warnen vor Fehlern wird bereits in der dieser frühen Phase das Vertrauen des Werkbestellers in das Wissen des Planers gestärkt, welches gleichermaßen das Kooperationsklima verbessert
- sind Erweiterungen und Vertiefungen der Prüf- und Warnpflichten des Planers angedacht, immer auf die Verhältnismäßigkeit zum Entgelt achten; nie blind unterfertigen oder auf nachträgliche Anfechtung dieser Dispositionen hoffen
- Form und Übergabe einer Warnung gemeinsam festlegen; etwaige bevollmächtigte Vertreter bestimmen
- auch Einschränkungen der Prüf- und Warnpflicht mit dem Werkbesteller diskutieren; etwa bei neuartigen Baumethoden oder Pilotprojekten; jedenfalls bei Vorliegen solcher, den Werkbesteller davon informieren, das heißt vor deren möglichen und unter Umständen nicht abschätzbaren Konsequenzen warnen
- Verbesserungsvorschläge als Teil der ordentlichen Prüf- und Warnpflicht betrachten; auch bei Strittigkeit dieser Thematik; jedoch Zumutbarkeit im Umfang beachten
- nachträgliche Beweisbarkeit der Übermittlung der Warnung und deren Inhalt immer vor Augen haben
- verspätete Entscheidungen des Werkbestellers umgehend schriftlich urgieren und Pflicht zur Schadensminderung beachten

6 Anhang

6.1 vernetzte Visualisierung



Der Diplomarbeit liegt eine so genannte *vernetzte Visualisierung* bei, die eine Orientierungshilfe in Abhandlung der Prüf- und Warnpflicht der Planer bieten soll. Die obige Skizze soll dem schnellen und strukturierten Überblick dienen, um die Hauptbereiche und deren Untergliederung in der eigentlichen Visualisierung auf Anhieb erkennen zu können.

6.2 Musterbriefe

6.2.1 Allgemeines

Auch bei fehlender Verpflichtung der Schriftlichkeit in Ausübung der Prüf- und Warnpflicht – siehe Form der Warnung unter 4.5.2 – ist der schriftlichen Warnung und Dokumentation eine enorme Bedeutung beizumessen. Um diesem Umstand gerecht zu werden, ist dieser Diplomarbeit das Kapitel Musterbriefe gewidmet.

Die schriftliche Warnung soll dabei nicht nur den Nachweis über die getätigte Warnung selbst erbringen, sondern auch den rechtsnotwendigen Inhalt einer unmissverständlichen Warnung beweisbar sicherstellen.

Die Musterbriefe sind in Anlehnung an Empfehlungen von Schopf/Karasek¹⁷³ und in Gesprächen mit Fasl und Busta, beide von Hasberger_Seitz & Partner Rechtsanwälte GmbH, entwickelt worden.

Im Mittelpunkt steht die praxisgerechte Anwendung im Geltungsbereich des ABGB. Da jedoch eine inhaltliche Anpassung im Einzelfall nötig sein kann, ist stets zu überprüfen, ob die konkreten Umstände einen unveränderten Gebrauch der Musterbriefe zulassen, oder diese eine Modifikation benötigen.

Die Musterbriefe müssen nachweislich übermittelt werden, wobei ein eingeschriebener Brief, ein Fax oder auch eine Email mit Lesebestätigung diese Forderung erfüllt.

¹⁷³ vgl. Schopf/Karasek, 77 Musterbriefe für die Bauwirtschaft, 28ff..

6.2.2 Formulare

- Formular 1: *Warnung / Äußerung von Bedenken, Angebotsstadium*
- Formular 2: *Warnung / Entfall der Prüf- und Warnpflicht*
- Formular 3a: *Warnung / Äußerung von Bedenken*
- Formular 3b: *Warnung / Äußerung von Bedenken, Werkbesteller direkt*
- Formular 4: *Warnung / Verbesserungsvorschlag*
- Formular 5: *Warnung / Urgenz von Entscheidung*
- Formular 6: *Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungsumstellung*
- Formular 7: *Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungseinstellung*

6.2.2.1 Formular 1: *Warnung / Äußerung von Bedenken, Angebotsstadium*

Formular 1
<u>Einschreiben</u>
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i> , am
Bauvorhaben Angebotsstadium
WARNUNG / ÄUSSERUNG VON BEDENKEN, ANGEBOTSTADIUM
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,
In Erfüllung unserer Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten geben wir Ihnen nach unserer technischen, rechtlichen und kaufmännischen Plausibilitätsprüfung Ihrer zur Verfügung gestellten Anweisungen/ Stoffe unsere Bedenken wie folgt bekannt:
Wir ersuchen um Überprüfung und Stellungnahme, um ein Verschulden bei Vertragsabschluss nach § 1295 ABGB auszuschließen.
Mit freundlichen Grüßen

6.2.2.2 Formular 2: *Warnung / Entfall der Prüf- und Warnpflicht*

Formular 2
<u>Einschreiben</u>
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i> , am
Bauvorhaben Vertrag vom
WARNUNG / ENTFALL DER PRÜF- UND WARNPFLICHT
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,
unter Hinweis auf unser Angebot vom teilen wir Ihnen höflich mit, dass hinsichtlich folgender Anweisungen/ Stoffe die Prüf- und Warnpflicht im Sinne § 1168a ABGB entfällt:
Gleichzeitig geben wir Ihnen die Umstände, die zum Entfall der Prüfpflicht führen, wie folgt bekannt:
Diese Anweisungen/ Stoffe könnten nur durch umfangreiche, technisch schwierige oder kostenintensive Untersuchungen und/ oder durch Beiziehung von Sonderfachleuten geprüft werden; insbesondere wäre erforderlich.
Mit freundlichen Grüßen

6.2.2.3 Formular 3a: *Warnung / Äußerung von Bedenken*

Formular 3a	
<u>Einschreiben</u>	
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i>, am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / ÄUSSERUNG VON BEDENKEN	
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,	
in Erfüllung unserer Prüf- und Warnpflicht gemäß § 1168a ABGB geben wir Ihnen unsere Bedenken gegen Ihre erteilten Anweisungen und/ oder beigestellten Stoffe wie folgt bekannt:	
Bei vertragsgemäßer Ausführung können folgende Nachteile eintreten:	
Wir werden innerhalb zumutbarer Frist einen Verbesserungsvorschlag vorlegen.	
Mit freundlichen Grüßen	

6.2.2.4 Formular 3b: *Warnung / Äußerung von Bedenken, Werkbesteller direkt*

Formular 3b	
Einschreiben	
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller)</i>, am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / ÄUSSERUNG VON BEDENKEN, WERKBESTELLER DIREKT	
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,	
da Ihr bevollmächtigter Vertreter, Herr/Frau, unsere Äußerung von Bedenken vom verworfen hat, sind wir verpflichtet auch Sie persönlich zu unterrichten:	
In Erfüllung unserer Prüf- und Warnpflicht gemäß § 1168a ABGB geben wir Ihnen unsere Bedenken gegen Ihre erteilten Anweisungen und/ oder beigestellten Stoffe wie folgt bekannt:	
Bei vertragsgemäßer Ausführung können folgende Nachteile (einschließlich Misslingen des Werkes) eintreten:	
Wir werden innerhalb zumutbarer Frist einen Verbesserungsvorschlag vorlegen.	
Mit freundlichen Grüßen	

Anmerkung:

Sollte sich die Warnpflicht gegen einen Beitrag des bevollmächtigten Vertreters - Erfüllengehilfe, Sphäre des Werkbestellers - richten, ist die Warnung sinngemäß zu modifizieren.

6.2.2.5 Formular 4: **Warnung / Verbesserungsvorschlag**

Formular 4
<u>Einschreiben</u>
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i> , am
Bauvorhaben Vertrag vom
WARNUNG / VERBESSERUNGSVORSCHLAG
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,
in Bezug auf unser Schreiben vom dürfen wir Ihnen hiermit folgenden Verbesserungsvorschlag unterbreiten:
Bei Durchführung dieses Vorschlages werden Mehrkosten/ Minderkosten in Höhe von ca. € zzgl. 20% Ust. anfallen.
Weiters ist dabei mit einer Zeitverlängerung/ Zeitverkürzung der Leistungserstellung von ca. Tage zu rechnen.
Wir ersuchen um Ihre umgehende Entscheidung über die weitere Vorgehensweise.
Mit freundlichen Grüßen

6.2.2.6 Formular 5: *Warnung / Urgenz von Entscheidung*

	Formular 5
<u>Einschreiben</u>	
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i>	
, am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / URGENZ VON ENTSCHEIDUNG	
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,	
in Bezug auf unser Schreiben vom und vom halten wir fest, dass Sie noch keine Entscheidung getroffen haben.	
Wir fordern Sie erneut auf bis spätestens eine Entscheidung zu treffen, da Sie andernfalls Ihre Entscheidungspflicht gemäß § 1168 Abs 2 ABGB verletzen.	
Zusätzlich müssen wir Sie darauf hinweisen, dass eine Verletzung Ihrer Entscheidungspflicht zu einer Behinderung und damit zu Mehrkosten und einer Zeitverlängerung der Leistungserstellung führt, die Sie zu tragen haben. Weitere Ansprüche, insbesondere Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz, behalten wir uns ausdrücklich vor.	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

6.2.2.7 Formular 6: *Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungsumstellung*

	Formular 6
<u>Einschreiben</u>	
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i>	
, am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / URGENZ VON ENTSCHEIDUNG, LEISTUNGSUMSTELLUNG	
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau,	
in Bezug auf unser Schreiben vom und vom halten wir fest, dass Sie noch keine Entscheidung getroffen haben. Da Sie damit Ihre Entscheidungspflicht gemäß § 1168 Abs 2 ABGB verletzt haben, machen wir aus dieser Behinderung Mehrkosten und Bauzeitverlängerung dem Grunde nach geltend. Weitere Ansprüche, insbesondere Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz, behalten wir uns ausdrücklich vor.	
Wir fordern Sie erneut auf bis spätestens eine Entscheidung treffen. Andernfalls werden wir anstelle der anstehenden Leistungen nun vorzeitig folgende Leistungen erbringen:	
Alle damit verbundenen Nachteile gehen ausschließlich zu Ihren Lasten. Wir lehnen daher jede Haftung für die Leistungseinstellung und für alle damit verbundenen Nachteile ausdrücklich ab.	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

6.2.2.8 Formular 7: *Warnung / Urgenz von Entscheidung, Leistungseinstellung*

	Formular 7
<u>Einschreiben</u>	
An den <i>Auftraggeber (Werkbesteller) / bevollmächtigten Vertreter</i>	
, am
Bauvorhaben	
Vertrag vom	
WARNUNG / URGENZ VON ENTSCHEIDUNG, LEISTUNGSEINSTELLUNG	
Sehr geehrter Herr, Sehr geehrte Frau	
in Bezug auf unser Schreiben vom und vom halten wir fest, dass Sie noch keine Entscheidung getroffen haben. Da Sie damit Ihre Entscheidungspflicht gemäß § 1168 Abs 2 ABGB verletzt haben, machen wir aus dieser Behinderung Mehrkosten und Zeitverlängerung der Leistungserstellung dem Grunde nach geltend. Weitere Ansprüche, insbesondere Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz, behalten wir uns ausdrücklich vor.	
Wir fordern Sie erneut auf bis spätestens eine Entscheidung treffen. Andernfalls werden wir unsere Leistungen einstellen, da Gefahr für absolute Rechte Dritter (z.B. Gefahr für Leib und Leben, Eigentum, Freiheit) besteht und anstelle der anstehenden Leistung keine Leistung vorzeitig erbracht werden kann.	
Alle damit verbundenen Nachteile gehen ausschließlich zu Ihren Lasten. Wir lehnen daher jede Haftung für die Leistungseinstellung und für alle damit verbundenen Nachteile ausdrücklich ab.	
Mit freundlichen Grüßen	
.....	

6.3 Fragenkatalog für den Planer

Kennen Sie den genauen Inhalt der Prüf- und Warnpflicht der AN lt. ABGB und ÖNORM B 2110?

Wie würden Sie die Beratungspflicht des Planers von der Prüfpflicht abgrenzen bzw. unterscheiden?

Denken Sie, dass die Prüf- und Warnpflicht der Planer zu kalkulierten Forderungen des AG führen kann?

Erwarten Sie, dass eher ein großes als ein kleineres Planungsbüro einen Mangel erkennt? Wenn ja, warum?

Erwarten Sie, dass eher ein „reiner“ Planer als ein Totalunternehmer (sämtliche Bauleistungen und Planung des Projektes) einen Mangel erkennt? Wenn ja, warum?

Erwarten Sie, dass eher ein Fachplaner einen Mangel erkennt? Wenn ja, warum?

Sehen Sie eine vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht im Ausschreibungs- bzw. Angebotsstadium als gegeben?

Muss auch geprüft und gewarnt werden, wenn ein Gutachten einer anerkannten Prüfanstalt vorliegt?

Gilt die Prüf- und Warnpflicht auch gegenüber einem sachkundigen Auftraggeber?

Ist die Warnpflicht auch bei neuartigen Baumethoden, Pilotprojekten oder Forschungsvorhaben gegeben?

Messen Sie dem wirtschaftlichen Aspekt bei Ausübung der Prüf- und Warnpflicht Bedeutung zu?

Ist bei der Prüfpflicht auch die Heranziehung von Spezialisten notwendig?

Bezieht sich die Prüfpflicht auch auf die Wirtschaftlichkeit des Projektes, oder nur auf die technische Durchführbarkeit?

Muss die Form der Warnpflicht schriftlich erfolgen?

In welchem Zeitraum und an wen ist die Warnung zu richten?

Muss ein Verbesserungsvorschlag die Warnung beinhalten, oder reicht eine Globalwarnung?

Wenn der AG die Warnung nicht beachtet, trifft ihn dann alleine das Risiko?

Kann unter gewissen Umständen die Prüf- und Warnpflicht auch entfallen? Wenn ja, wann?

Genügt, bei Zusammenarbeit mehrerer AN, die Warnung durch einen AN?

Geht der Werklohnanspruch des Planers bei Verletzung der Prüf- und Warnpflicht verloren?

Kennen Sie den Begriff der „Sowiesokosten“ in Bezug auf Streitigkeiten bei einer Verletzung der Prüf- und Warnpflicht?

Wissen Sie, wie lange sich der AG auf Verletzung der Prüf- und Warnpflicht berufen kann?

Ist auch ein Subunternehmer an eine Prüf- und Warnpflicht gebunden?

Obliegt auch der Baugrund einer Prüf- und Warnpflicht dem Planer?

Trägt bei einem Verfahren wegen Verletzung der Prüf- und Warnpflicht der AN oder der AG die Beweislast?

Sehen Sie beim Planer als örtliche Bauaufsicht (ÖBA) die Prüf- und Warnpflicht als gegeben?

6.4 §§ ABGB

Nachstehend sind Paragraphen des ABGB aufgelistet, die in dieser Diplomarbeit Anwendung finden:

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch

Einleitung

Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt

Auslegung

§ 6. *Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.*

§ 7. *Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

Siebzehntes Hauptstück

Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt

Grund der persönlichen Sachenrechte

§ 859. *Die persönlichen Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich unmittelbar auf ein Gesetz; oder auf ein Rechtsgeschäft; oder auf eine erlittene Beschädigung.*

Auslobung

§ 860. *Die nicht an bestimmte Personen gerichtete Zusage einer Belohnung für eine Leistung oder einen Erfolg (Auslobung) wird durch die öffentliche Bekanntmachung verbindlich. Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt ist.*

§ 860a. *Bis zur Vollendung der Leistung kann die Auslobung in derselben Form, in welcher sie bekannt gemacht war, oder einer gleich wirksamen Form, oder durch besondere Mitteilung widerrufen werden, wenn anders darauf in der Bekanntmachung nicht ausdrücklich oder durch Bestimmung einer Frist verzichtet ist. Der Widerruf ist aber unwirksam gegenüber demjenigen, der die Leistung im Hinblick auf die Auslobung vollbracht hat, wenn er dartut, daß der Widerruf ihm zu dieser Zeit ohne sein Verschulden nicht bekannt geworden war.*

§ 860b. Ist die Leistung von mehreren Personen vollbracht worden, so gebührt, falls nicht aus der Auslobung ein anderer Wille hervorgeht, die Belohnung demjenigen, der die Leistung zuerst vollbracht hat, und bei gleichzeitiger Vollendung allen zu gleichen Teilen.

Abschließung des Vertrages

§ 861. Wer sich erklärt, daß er jemandem sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas tun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. Solange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.

§ 862. Das Versprechen (Antrag) muß innerhalb der vom Antragsteller bestimmten Frist angenommen werden. In Ermanglung einer solchen muß der einem Anwesenden oder mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachte Antrag sogleich, der sonst einem Abwesenden gemachte Antrag längstens bis zu dem Zeitpunkte angenommen werden, in welchem der Antragsteller unter der Voraussetzung, daß sein Antrag rechtzeitig angekommen sei, bei rechtzeitiger und ordnungsmäßiger Absendung der Antwort deren Eintreffen erwarten darf; widrigenfalls ist der Antrag erloschen. Vor Ablauf der Annahmefrist kann der Antrag nicht zurückgenommen werden. Er erlischt auch nicht, wenn ein Teil während der Annahmefrist stirbt oder handlungsunfähig wird, sofern nicht ein anderer Wille des Antragstellers aus den Umständen hervorgeht.

§ 862a. Als rechtzeitig gilt die Annahme, wenn die Erklärung innerhalb der Annahmefrist dem Antragsteller zugekommen ist. Trotz ihrer Verspätung kommt jedoch der Vertrag zustande, wenn der Antragsteller erkennen mußte, daß die Annahmeerklärung rechtzeitig abgesendet wurde, und gleichwohl seinen Rücktritt dem andern nicht unverzüglich anzeigt.

§ 863.

(1) Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.

(2) In bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.

§ 864.

(1) Ist eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nach der Natur des Geschäftes oder der Verkehrssitte nicht zu erwarten, so kommt der Vertrag zustande, wenn dem Antrag innerhalb der hierfür bestimmten oder den Umständen angemessenen Frist tatsächlich entsprochen worden ist.

(2) Das Behalten, Verwenden oder Verbrauchen einer Sache, die dem Empfänger ohne seine Veranlassung übersandt worden ist, gilt nicht als Annahme eines Antrags. Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Sache zu verwahren oder zurückzuleiten, er darf sich ihrer auch entledigen. Muß ihm jedoch nach den Umständen auffallen, daß die Sache irrtümlich an ihn gelangt ist, so hat er in angemessener Frist dies dem Absender mitzuteilen oder die Sache an den Absender zurückzuleiten.

§ 864a. Bestimmungen ungewöhnlichen Inhaltes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil verwendet hat, werden nicht Vertragsbestandteil, wenn sie dem anderen Teil nachteilig sind und er mit ihnen auch nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn, der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.

Erfordernisse eines gültigen Vertrages:

1. Fähigkeiten der Personen

§ 865. Kinder unter sieben Jahren und Personen über sieben Jahre, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, sind – außer in den Fällen des § 151 Abs. 3 – unfähig, ein Versprechen zu machen oder es anzunehmen. Andere Minderjährige oder Personen, denen ein Sachwalter bestellt ist, können zwar ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen annehmen; wenn sie aber eine damit verknüpfte Last übernehmen oder selbst etwas versprechen, hängt – außer in den Fällen des § 151 Abs. 3 und des § 280 Abs. 2 – die Gültigkeit des Vertrages nach den in dem dritten und vierten Hauptstück des ersten Teiles gegebenen Vorschriften in der Regel von der Einwilligung des Vertreters oder zugleich des Gerichtes ab. Bis diese Einwilligung erfolgt, kann der andere Teil nicht zurücktreten, aber eine angemessene Frist zur Erklärung verlangen.

§ 866. aufgehoben

§ 867. Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besondern Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde (§ 27), oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 290).

§ 868. aufgehoben

2. Wahre Einwilligung

§ 869. Die Einwilligung in einen Vertrag muß frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich; ganz unbestimmt; oder erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht kein Vertrag. Wer sich, um einen andern zu bevorteilen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugtuung.

§ 870. Wer von dem anderen Teile durch List oder durch ungerechte und begründete Furcht (§ 55) zu einem Vertrage veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.

§ 871.

(1) War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen Erklärung in einem Irrtum befangen, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.

(2) Ein Irrtum eines Teiles über einen Umstand, über den ihn der andere nach geltenden Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, gilt immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages und nicht bloß als solcher über den Bewegungsgrund oder den Endzweck (§ 901).

§ 872. Betrifft aber der Irrtum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der Vertrag, insofern beide Teile in den Hauptgegenstand gewilligt, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig: allein dem Irreführten ist von dem Urheber des Irrtumes die angemessene Vergütung zu leisten.

§ 873. Ebendiese Grundsätze sind auch auf den Irrtum in der Person desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden; insofern ohne den Irrtum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre. Als Irrtum in der Person gilt jedenfalls der Irrtum über das Vorhandensein einer erforderlichen verwaltungsrechtlichen Befugnis zur Erbringung der Leistung.

§ 874. In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte Furcht bewirkt hat, für die nachteiligen Folgen Genugtuung leisten.

§ 875. Ist einer der Vertragschließenden von einem Dritten durch List oder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage bewogen; oder zu einer irrümlichen Erklärung veranlaßt worden; so ist der Vertrag gültig. Nur in dem Falle, daß der andere Teil an der Handlung des Dritten teilnahm oder von derselben offenbar wissen mußte, kommen die §§ 870 bis 874 zur Anwendung.

§ 876. Die vorstehenden Bestimmungen (§§ 869 bis 875) finden entsprechende Anwendung auf sonstige Willenserklärungen, welche einer anderen Person gegenüber abzugeben sind.

§ 877. Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt, muß dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Vertrage zu seinem Vorteile erhalten hat.

3. Möglichkeit und Erlaubtheit

§ 878. Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgesondert werden könne. Wer bei Abschließung des Vertrages die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.

§ 879.

(1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:

1. wenn etwas für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;

1a. wenn etwas für die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bedungen wird;

2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich löst oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird;

3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;

4. wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.

(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.

§ 880. Wird der Gegenstand, worüber ein Vertrag geschlossen worden, vor dessen Übergabe dem Verkehre entzogen; so ist es ebensoviel, als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte.

§ 880a. Hat jemand einem andern eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage seiner Verwendung bei dem Dritten; ist er aber für den Erfolg eingestanden, so haftet er für volle Genugtuung, wenn die Leistung des Dritten ausbleibt.

Verträge zugunsten Dritter

§ 881.

(1) Hat sich jemand eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den Dritten geleistet werde.

(2) Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zwecke des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.

(3) Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben.

§ 882.

(1) Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht zurück, so gilt das Recht als nicht erworben.

(2) Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegen den Dritten zu.

Form der Verträge

§ 883. Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich; vor Gerichte oder außerhalb desselben; mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetze bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied.

§ 884. Haben die Parteien für einen Vertrag die Anwendung einer bestimmten Form vorbehalten, so wird vermutet, daß sie vor Erfüllung dieser Form nicht gebunden sein wollen.

§ 885. Ist zwar noch nicht die förmliche Urkunde, aber doch ein Aufsatz über die Hauptpunkte errichtet und von den Parteien unterfertigt worden (Punktation), so gründet auch schon ein solcher Aufsatz diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche darin ausgedrückt sind.

§ 886. Ein Vertrag, für den Gesetz oder Parteiwille Schriftlichkeit bestimmt, kommt durch die Unterschrift der Parteien oder, falls sie des Schreibens unkundig oder wegen Gebrechens unfähig sind, durch Beisetzung ihres gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens oder Beisetzung des Handzeichens vor zwei Zeugen, deren einer den Namen der Partei unterfertigt, zustande. Der schriftliche Abschluß des Vertrages wird durch gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt. Eine Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege ist nur da genügend, wo sie im Geschäftsverkehr üblich ist.

§ 887. aufgehoben

Gemeinschaftliche Verbindlichkeit oder Berechtigung

§ 888. Wenn zwei oder mehrere Personen jemandem eben dasselbe Recht zu einer Sache versprechen, oder es von ihm annehmen; so wird sowohl die Forderung, als die Schuld nach den Grundsätzen der Gemeinschaft des Eigentumes geteilt.

§ 889. Außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen haftet also aus mehreren Mitschuldern einer teilbaren Sache jeder nur für seinen Anteil, und ebenso muß von mehreren Mitgenossen einer teilbaren Sache, jeder sich mit dem ihm gebührenden Teile begnügen.

§ 890. Betrifft es hingegen unteilbare Sachen; so kann ein Gläubiger, wenn er der einzige ist, solche von einem jeden Mitschuldner fordern. Wenn aber mehrere Gläubiger und nur ein Schuldner da sind; so ist dieser die Sache einem einzelnen Mitgläubiger, ohne Sicherstellung herauszugeben, nicht verpflichtet; er kann auf die Übereinkunft aller Mitgläubiger dringen, oder die gerichtliche Verwahrung der Sache verlangen.

Korrealität

§ 891. Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand dergestalt, daß sich einer für alle, und alle für einen ausdrücklich verbinden; so haftet jede einzelne Person für das Ganze. Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er von allen, oder von einigen Mitschuldern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Anteilen; oder ob er es von einem einzigen fordern wolle. Selbst nach erhobener Klage bleibt ihm, wenn er von derselben absteht, diese Wahl vorbehalten; und, wenn er von einem oder dem andern Mitschuldner nur zum Teile befriedigt wird; so kann er das Rückständige von den übrigen fordern.

§ 892. Hat hingegen einer mehreren Personen eben dasselbe Ganze zugesagt, und sind diese ausdrücklich berechtigt worden, es zur ungeteilten Hand fordern zu können; so muß der Schuldner das Ganze demjenigen dieser Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht.

§ 893. Sobald ein Mitschuldner dem Gläubiger das Ganze entrichtet hat, darf dieser von den übrigen Mitschuldnern nichts mehr fordern; und sobald ein Mitgläubiger von dem Schuldner ganz befriedigt worden ist, haben die übrigen Mitgläubiger keinen Anspruch mehr.

§ 894. Ein Mitschuldner kann dadurch, daß er mit dem Gläubiger lästigere Bedingungen eingeht, den übrigen keinen Nachteil zuziehen, und die Nachsicht oder Befreiung, welche ein Mitschuldner für seine Person erhält, kommt den übrigen nicht zustatten.

§ 895. Wie weit aus mehreren Mitgläubigern, welchen eben dasselbe Ganze zur ungeteilten Hand zugesagt worden ist, derjenige, welcher die ganze Forderung für sich erhalten hat, den übrigen Gläubigern hafte, muß aus den besondern, zwischen den Mitgläubigern bestehenden, rechtlichen Verhältnissen bestimmt werden. Besteht kein solches Verhältnis; so ist einer dem andern keine Rechenschaft schuldig.

§ 896. Ein Mitschuldner zur ungeteilten Hand, welcher die ganze Schuld aus dem Seinigen abgetragen hat, ist berechtigt, auch ohne geschehene Rechtsabtretung, von den übrigen den Ersatz, und zwar, wenn kein anderes besonderes Verhältnis unter ihnen besteht, zu gleichen Teilen zu fordern. War einer aus ihnen unfähig, sich zu verpflichten, oder ist er unvermögend, seiner Verpflichtung Genüge zu leisten; so muß ein solcher ausfallender Anteil ebenfalls von allen Mitverpflichteten übernommen werden. Die erhaltene Befreiung eines Mitverpflichteten kann den übrigen bei der Forderung des Ersatzes nicht nachteilig sein (§ 894).

Nebenbestimmungen bei Verträgen:

1. Bedingungen;

§ 897. In Ansehung der Bedingungen bei Verträgen gelten überhaupt die nämlichen Vorschriften, welche über die den Erklärungen des letzten Willens beigesetzten Bedingungen aufgestellt worden sind.

§ 898. Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche bei einem letzten Willen für nicht beigesetzt angesehen werden, sind ungültig.

§ 899. Ist die in einem Verträge vorgeschriebene Bedingung schon vor dem Verträge eingetroffen; so muß sie nach dem Verträge nur dann wiederholt werden, wenn sie in einer Handlung dessen, der das Recht erwerben soll, besteht, und von ihm wiederholt werden kann.

§ 900. Ein unter einer aufschiebenden Bedingung zugesagtes Recht geht auch auf die Erben über.

2. Bewegungsgrund;

§ 901. *Haben die Parteien den Bewegungsgrund, oder den Endzweck ihrer Einwilligung ausdrücklich zur Bedingung gemacht; so wird der Bewegungsgrund oder Endzweck wie eine andere Bedingung angesehen. Außerdem haben dergleichen Äußerungen auf die Gültigkeit entgeltlicher Verträge keinen Einfluß. Bei den unentgeltlichen aber sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.*

3. Zeit, Ort und Art der Erfüllung;

§ 902.

(1) *Eine durch Vertrag oder Gesetz bestimmte Frist ist vorbehaltlich anderer Festsetzung so zu berechnen, daß bei einer nach Tagen bestimmten Frist der Tag nicht mitgezählt wird, in welchen das Ereignis fällt, von dem der Fristenlauf beginnt.*

(2) *Das Ende einer nach Wochen, Monaten oder Jahren bestimmten Frist fällt auf denjenigen Tag der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher nach seiner Benennung oder Zahl dem Tage des Ereignisses entspricht, mit dem der Lauf der Frist beginnt, wenn aber dieser Tag in dem letzten Monat fehlt, auf den letzten Tag dieses Monats.*

(3) *Unter einem halben Monate sind fünfzehn Tage zu verstehen, unter der Mitte eines Monats der fünfzehnte dieses Monats.*

§ 903. *Ein Recht, dessen Erwerbung an einen bestimmten Tag gebunden ist, wird mit dem Anfang dieses Tages erworben. Die Rechtsfolgen der Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder eines Versäumnisses treten erst mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist ein. Fällt der für die Abgabe einer Erklärung oder für eine Leistung bestimmte letzte Tag auf einen Sonntag oder anerkannten Feiertag, so tritt an dessen Stelle, vorbehaltlich gegenteiliger Vereinbarung, der nächstfolgende Werktag.*

§ 904. *Ist keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden; so kann sie sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub, gefordert werden. Hat der Verpflichtete die Erfüllungszeit seiner Willkür vorbehalten; so muß man entweder seinen Tod abwarten, und sich an die Erben halten; oder, wenn es um eine bloß persönliche, nicht vererbliche, Pflicht zu tun ist, die Erfüllungszeit von dem Richter nach Billigkeit festsetzen lassen. Letzteres findet auch dann statt, wenn der Verpflichtete die Erfüllung, nach Möglichkeit, oder Tunlichkeit versprochen hat. Übrigens müssen die Vorschriften, welche oben (§§ 704 bis 706) in Rücksicht der den letzten Anordnungen beigetragenen Zeitbestimmung gegeben werden, auch hier angewendet werden.*

§ 905.

(1) *Kann der Erfüllungsort weder aus der Verabredung noch aus der Natur oder dem Zwecke des Geschäftes bestimmt werden, so ist an dem Orte zu leisten, wo der Schuldner zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hatte, oder, wenn die Verbindlichkeit im Betriebe des gewerblichen oder geschäftlichen Unternehmens des Schuldners entstand, am Orte der Niederlassung. In Ansehung des Maßes, des Gewichtes und der Geldsorten ist auf den Ort der Erfüllung zu sehen.*

(2) Geldzahlungen hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz (Niederlassung) zu übermachen. Hat sich dieser nach der Entstehung der Forderung geändert, so trägt der Gläubiger die dadurch bewirkte Erhöhung der Gefahr und der Kosten.

(3) 37) Aus der Übernahme der Kosten der Versendung durch den Schuldner allein folgt noch nicht, dass der Ort, an den die Versendung zu erfolgen hat, für den Schuldner als Erfüllungsort zu gelten hat.

§ 905a. 38)

(1) Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inland zu zahlen, so kann die Zahlung in inländischer Währung erfolgen, es sei denn, dass die Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen worden ist.

(2) Die Umrechnung erfolgt nach dem zur Zeit der Zahlung am Zahlungsort maßgeblichen Kurswert. Wenn der Schuldner die Zahlung verzögert, hat der Gläubiger die Wahl zwischen dem bei Fälligkeit und dem zur Zeit der Zahlung maßgeblichen Kurswert.

§ 905b. 39) Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so ist diese in mittlerer Art und Güte zu leisten.

§ 906. 40)

(1) Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden, so hat der Schuldner die Wahl. Er kann aber von der einmal getroffenen Wahl für sich allein nicht abgehen.

(2) Hat der Gläubiger die Wahl und ist er mit ihr in Verzug, so kann der Schuldner die Wahl an Stelle des Gläubigers treffen oder nach den §§ 918 und §§ 919 vorgehen. Wenn er die Wahl an Stelle des Gläubigers trifft, hat er diesen davon zu verständigen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderen Wahl zu setzen. Trifft der Gläubiger keine solche Wahl, so ist die Wahl des Schuldners maßgebend. In jedem Fall gebührt dem Schuldner der Ersatz des Schadens.

§ 907. Wird ein Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen, und dieselbe durch zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt; so ist der Teil, dem die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht gebunden. Unterläuft aber ein Verschulden des Verpflichteten; so muß er dem Berechtigten für die Vereitlung der Wahl haften.

4. Angeld;

§ 908. Was bei Abschließung eines Vertrages voraus gegeben wird, ist, außer dem Falle einer besondern Verabredung, nur als ein Zeichen der Abschließung, oder als eine Sicherstellung für die Erfüllung des Vertrages zu betrachten, und heißt Angeld. Wird der Vertrag durch Schuld einer Partei nicht erfüllt; so kann die schuldlose Partei das von ihr empfangene Angeld behalten, oder den doppelten Betrag des von ihr gegebenen Angeldes zurückfordern. Will sie sich aber damit nicht begnügen, so kann sie auf die Erfüllung; oder, wenn diese nicht mehr möglich ist, auf den Ersatz dringen.

5. Reugeld;

§ 909. Wird bei Schließung eines Vertrages ein Betrag bestimmt, welchen ein oder der andere Teil in dem Falle, daß er von dem Vertrage vor der Erfüllung zurücktreten will, entrichten muß; so wird der Vertrag gegen Reugeld geschlossen. In diesem Falle muß entweder der Vertrag erfüllt, oder das Reugeld bezahlt werden. Wer den Vertrag auch nur zum Teile erfüllt; oder das, was von dem andern auch nur zum Teile zur Erfüllung geleistet worden ist, angenommen hat, kann selbst gegen Entrichtung des Reugeldes nicht mehr zurücktreten.

§ 910. Wenn ein Angeld gegeben, und zugleich das Befugnis des Rücktrittes ohne Bestimmung eines besondern Reugeldes bedungen wird; so vertritt das Angeld die Stelle des Reugeldes. Im Falle des Rücktrittes verliert also der Geber das Angeld; oder der Empfänger stellt das Doppelte zurück.

§ 911. Wer nicht durch bloßen Zufall, sondern durch sein Verschulden an der Erfüllung des Vertrages verhindert wird, muß ebenfalls das Reugeld entrichten.

6. Nebengebühren

§ 912. Der Gläubiger ist von seinem Schuldner außer der Hauptschuld zuweilen auch Nebengebühren zu fordern berechtigt. Sie bestehen in dem Zuwachse, und in den Früchten der Hauptsache; in den bestimmten oder in den Zögerungszinsen; oder in dem Ersatze des verursachten Schadens; oder dessen, was dem andern daran liegt, daß die Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt worden; endlich in dem Betrage, welchen ein Teil sich auf diesen Fall bedungen hat.

§ 913. Inwieweit mit einem dinglichen Rechte das Recht auf den Zuwachs, oder auf die Früchte verbunden sei, ist in dem ersten und vierten Hauptstücke des zweiten Teiles bestimmt worden. Wegen eines bloß persönlichen Rechtes hat der Berechtigte noch keinen Anspruch auf Nebengebühren. Inwieweit dem Gläubiger ein Recht auf diese zukomme, ist teils aus den besondern Arten und Bestimmungen der Verträge; teils aus dem Hauptstücke von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugtuung zu entnehmen.

Auslegungsregeln bei Verträgen

§ 914. Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht.

§ 915. Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte; bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat (§ 869).

§ 916.

(1) Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber mit dessen Einverständnis zum Schein abgegeben wird, ist nichtig. Soll dadurch ein anderes Geschäft verborgen werden, so ist dieses nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen.

(2) Einem Dritten, der im Vertrauen auf die Erklärung Rechte erworben hat, kann die Einrede des Scheingeschäftes nicht entgegengesetzt werden.

Allgemeine Bestimmungen über entgeltliche Verträge und Geschäfte

§ 917. *Bei einem entgeltlichen Verträge werden entweder Sachen mit Sachen, oder Handlungen, worunter auch die Unterlassungen gehören, mit Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen und Handlungen mit Sachen vergolten.*

§ 917a. *Ist zum Schutz eines Vertragspartners gesetzlich bestimmt, daß kein höheres oder kein niedrigeres als ein bestimmtes Entgelt vereinbart werden darf, so ist eine Entgeltvereinbarung soweit unwirksam, als sie dieses Höchstmaß über- beziehungsweise dieses Mindestmaß unterschreitet. Im zweiten Fall gilt das festgelegte Mindestentgelt als vereinbart.*

§ 918.

(1) *Wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere entweder Erfüllung und Schadenersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Festsetzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrag erklären.*

(2) *Ist die Erfüllung für beide Seiten teilbar, so kann wegen Verzögerung einer Teilleistung der Rücktritt nur hinsichtlich der einzelnen oder auch aller noch ausstehenden Teilleistungen erklärt werden.*

§ 919. *Ist die Erfüllung zu einer bestimmten Zeit oder binnen einer festbestimmten Frist bei sonstigem Rücktritt bedungen, so muß der Rücktrittsberechtigte, wenn er auf der Erfüllung bestehen will, das nach Ablauf der Zeit dem andern ohne Verzug anzeigen; unterläßt er dies, so kann er später nicht mehr auf der Erfüllung bestehen. Dasselbe gilt, wenn die Natur des Geschäftes oder der dem Verpflichteten bekannte Zweck der Leistung entnehmen läßt, daß die verspätete Leistung oder, im Falle der Verspätung einer Teilleistung, die noch übrigen Leistungen für den Empfänger kein Interesse haben.*

§ 920. *Wird die Erfüllung durch Verschulden des Verpflichteten oder einen von ihm zu vertretenden Zufall vereitelt, so kann der andere Teil entweder Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Verträge zurücktreten. Bei teilweiser Vereitelung steht ihm der Rücktritt zu, falls die Natur des Geschäftes oder der dem Verpflichteten bekannte Zweck der Leistung entnehmen läßt, daß die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat.*

§ 921. *Der Rücktritt vom Verträge läßt den Anspruch auf Ersatz des durch verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens unberührt. Das bereits empfangene Entgelt ist auf solche Art zurückzustellen oder zu vergüten, daß kein Teil aus dem Schaden des anderen Gewinn zieht.*

Gewährleistung

§ 922.

(1) *Wer einem anderen eine Sache gegen Entgelt überläßt, leistet Gewähr, dass sie dem Vertrag entspricht. Er haftet also dafür, dass die Sache die bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften hat, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entspricht und dass sie der Natur des Geschäftes oder der getroffenen Verabredung gemäß verwendet werden kann.*

(2) Ob die Sache dem Vertrag entspricht, ist auch danach zu beurteilen, was der Übernehmer auf Grund der über sie gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in der Werbung und in den der Sache beigefügten Angaben, erwarten kann; das gilt auch für öffentliche Äußerungen einer Person, die die Sache in den Europäischen Wirtschaftsraum eingeführt hat oder die sich durch die Anbringung ihres Namens, ihrer Marke oder eines anderen Kennzeichens an der Sache als Hersteller bezeichnet. Solche öffentlichen Äußerungen binden den Übergeber jedoch nicht, wenn er sie weder kannte noch kennen konnte, wenn sie beim Abschluss des Vertrags berichtigt waren oder wenn sie den Vertragsabschluss nicht beeinflusst haben konnten.

Fälle der Gewährleistung

§ 923. Wer also der Sache Eigenschaften beilegt, die sie nicht hat und die ausdrücklich oder vermöge der Natur des Geschäftes stillschweigend bedungen worden sind; wer ungewöhnliche Mängel, oder Lasten derselben verschweigt; wer eine nicht mehr vorhandene, oder eine fremde Sache als die seinige veräußert; wer fälschlich vorgibt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich; oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frei sei; der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften.

Vermutung der Mangelhaftigkeit

§ 924. Der Übergeber leistet Gewähr für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind. Dies wird bis zum Beweis des Gegenteils vermutet, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

§ 925. Durch Verordnung wird bestimmt, inwiefern die Vermutung eintritt, daß ein Tier schon vor der Übergabe krank gewesen ist, wenn innerhalb bestimmter Fristen gewisse Krankheiten und Mängel hervorkommen.

§ 926. Von der rechtlichen Vermutung, daß der Mangel schon vor der Übergabe des Tieres vorhanden war, kann aber der Übernehmer nur dann Gebrauch machen, wenn er dem Übergeber oder in dessen Abwesenheit dem Gemeindevorsteher sogleich von dem bemerkten Fehler Nachricht gibt oder das Tier durch einen Sachverständigen untersuchen läßt oder die gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt.

§ 927. Vernachlässigt der Übernehmer diese Vorsicht, so liegt ihm der Beweis ob, daß das Tier schon vor der Übergabe mangelhaft war. Immer steht aber auch dem Übergeber der Beweis offen, daß der gerügte Mangel erst nach der Übergabe eingetreten sei.

§ 928. Fallen die Mängel einer Sache in die Augen oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so findet außer dem Falle arglistigen Verschweigens des Mangels oder einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt (§ 443). Schulden und Rückstände, welche auf der Sache haften, müssen stets vertreten werden.

§ 929. Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat ebensowenig Anspruch auf eine Gewährleistung, als derjenige, welcher ausdrücklich darauf Verzicht getan hat.

§ 930. *Werden Sachen in Pausch und Bogen, nämlich so, wie sie stehen und liegen, ohne Zahl, Maß und Gewicht übergeben; so ist der Übergeber, außer dem Falle, daß eine von ihm fälschlich vorgegebene, oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt, für die daran entdeckten Fehler nicht verantwortlich.*

Bedingung der Gewährleistung

§ 931. *Wenn der Übernehmer wegen eines von einem Dritten auf die Sache erhobenen Anspruches von der Gewährleistung Gebrauch machen will, so muß er seinem Vormann den Streit verkündigen. Unterläßt er dies, so verliert er zwar noch nicht das Recht der Schadloshaltung, aber sein Vormann kann ihm alle wider den Dritten unausgeführt gebliebenen Einwendungen entgegensetzen und sich dadurch von der Entschädigung in dem Maße befreien, als erkannt wird, daß diese Einwendungen, wenn von ihnen der gehörige Gebrauch gemacht worden wäre, eine andere Entscheidung gegen den Dritten veranlaßt haben würden.*

Rechte aus der Gewährleistung

§ 932.

(1) *Der Übernehmer kann wegen eines Mangels die Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden), den Austausch der Sache, eine angemessene Minderung des Entgelts (Preisminderung) oder die Aufhebung des Vertrags (Wandlung) fordern.*

(2) *Zunächst kann der Übernehmer nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich auch nach dem Wert der mangelfreien Sache, der Schwere des Mangels und den mit der anderen Abhilfe für den Übernehmer verbundenen Unannehmlichkeiten.*

(3) *Die Verbesserung oder der Austausch ist in angemessener Frist und mit möglichst geringen Unannehmlichkeiten für den Übernehmer zu bewirken, wobei die Art der Sache und der mit ihr verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind.*

(4) *Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, so hat der Übernehmer das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.*

§ 932a. *Während des Rechtsstreites über die Aufhebung des Vertrages wegen eines Viehmangels hat das Gericht auf Antrag einer der Parteien, sobald die Besichtigung nicht mehr erforderlich ist, durch einstweilige Verfügung den gerichtlichen Verkauf des Tieres und die gerichtliche Hinterlegung des Erlöses anzuordnen.*

Verjährung

§ 933.

(1) Das Recht auf die Gewährleistung muss, wenn es unbewegliche Sachen betrifft, binnen drei Jahren, wenn es bewegliche Sachen betrifft, binnen zwei Jahren gerichtlich geltend gemacht werden. Die Frist beginnt mit dem Tag der Ablieferung der Sache, bei Rechtsmängeln aber erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird. Die Parteien können eine Verkürzung oder Verlängerung dieser Frist vereinbaren.

(2) Bei Viehmängeln beträgt die Frist sechs Wochen. Sie beginnt bei Mängeln, für die eine Vermutungsfrist besteht, erst nach deren Ablauf.

(3) In jedem Fall bleibt dem Übernehmer die Geltendmachung durch Einrede vorbehalten, wenn er innerhalb der Frist dem Übergeber den Mangel anzeigt.

Schadenersatz

§ 933a.

(1) Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.

(2) Wegen des Mangels selbst kann der Übernehmer auch als Schadenersatz zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch verlangen. Er kann jedoch Geldersatz verlangen, wenn sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich ist oder für den Übergeber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Dasselbe gilt, wenn der Übergeber die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den Übernehmer mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des Übergebers liegenden Gründen unzumutbar sind.

(3) Nach Ablauf von zehn Jahren ab der Übergabe der Sache obliegt für einen Ersatzanspruch wegen der Mangelhaftigkeit selbst und wegen eines durch diese verursachten weiteren Schadens dem Übernehmer der Beweis des Verschuldens des Übergebers.

Besonderer Rückgriff

§ 933b.

(1) Hat ein Unternehmer einem Verbraucher Gewähr geleistet, so kann er von seinem Vormann, wenn auch dieser Unternehmer ist, auch nach Ablauf der Fristen des § 933 die Gewährleistung fordern. Dasselbe gilt für frühere Übergeber im Verhältnis zu ihren Vormännern, wenn sie selbst wegen der Gewährleistungsrechte des letzten Käufers ihrem Nachmann Gewähr geleistet haben. Der Anspruch ist mit der Höhe des eigenen Aufwandes beschränkt.

(2) Ansprüche nach Abs. 1 sind innerhalb von zwei Monaten ab Erfüllung der eigenen Gewährleistungspflicht gerichtlich geltend zu machen. Die Haftung eines Rückgriffspflichtigen verjährt jedenfalls in fünf Jahren nach Erbringung seiner Leistung. Die Frist wird durch eine Streitverkündung für die Dauer des Rechtsstreits gehemmt.

Schadloshaltung wegen Verkürzung über die Hälfte

§ 934. Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten; so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung, und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem andern Teile steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt.

§ 935. Die Anwendung des § 934 kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden; er ist jedoch dann nicht anzuwenden, wenn jemand erklärt hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Wert zu übernehmen; wenn er, obgleich ihm der wahre Wert bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnismäßigen Werte verstanden hat; ferner, wenn aus dem Verhältnisse der Personen zu vermuten ist, daß sie einen, aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten, Vertrag schließen wollten; wenn sich der eigentliche Wert nicht mehr erheben läßt; endlich, wenn die Sache von dem Gerichte versteigert worden ist.

Von der Verabredung eines künftigen Vertrages

§ 936. Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder andern Teiles verloren wird. Überhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen.

Von dem Verzicht auf Einwendungen

§ 937. Allgemeine, unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrages sind ohne Wirkung.

Sechszwanzigstes Hauptstück Von Verträgen über Dienstleistungen

Dienst- und Werkvertrag

§ 1151.

(1) Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.

(2) Insoweit damit eine Geschäftsbesorgung (§ 1002) verbunden ist, müssen auch die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag beobachtet werden.

§ 1152. Ist im Verträge kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen.

2. Werkvertrag

§ 1165. *Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen.*

§ 1166. *Hat derjenige, der die Verfertigung einer Sache übernommen hat, den Stoff dazu zu liefern, so ist der Vertrag im Zweifel als Kaufvertrag; liefert aber der Besteller den Stoff, im Zweifel als Werkvertrag zu betrachten.*

Gewährleistung

§ 1167. *Bei Mängeln des Werkes kommen die für entgeltliche Verträge überhaupt geltenden Bestimmungen (§§ 922 bis 933b) zur Anwendung.*

Vereitlung der Ausführung

§ 1168.

(1) *Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen, daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat. Wurde er infolge solcher Umstände durch Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes verkürzt, so gebührt ihm angemessene Entschädigung.*

(2) *Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zur Nachholung eine angemessene Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.*

§ 1168a. *Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigelegt hat. Mißlingt aber das Werk infolge offenerer Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.*

Fürsorgepflicht

§ 1169. *Die Bestimmungen des § 1157, mit Ausnahme der die Regelung der Dienstleistungen und die Arbeits- und Erholungszeit betreffenden, finden auf den Werkvertrag sinngemäße Anwendung.*

Entrichtung des Entgelts

§ 1170. *In der Regel ist das Entgelt nach vollendetem Werk zu entrichten. Wird aber das Werk in gewissen Abteilungen verrichtet oder sind Auslagen damit verbunden, die der Unternehmer nicht auf sich genommen hat, so ist dieser befugt, einen verhältnismäßigen Teil des Entgelts und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vorher zu fordern.*

§ 1170a.

(1) *Ist dem Vertrage ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung für seine Richtigkeit zugrunde gelegt, so kann der Unternehmer auch bei unvorhergesehener Größe oder Kostspieligkeit der veranschlagten Arbeiten keine Erhöhung des Entgelts fordern.*

(2) Ist ein Voranschlag ohne Gewährleistung zugrunde gelegt und erweist sich eine beträchtliche Überschreitung als unvermeidlich, so kann der Besteller unter angemessener Vergütung der vom Unternehmer geleisteten Arbeit vom Vertrage zurücktreten. Sobald sich eine solche Überschreitung als unvermeidlich herausstellt, hat der Unternehmer dies dem Besteller unverzüglich anzuzeigen, widrigenfalls er jeden Anspruch wegen der Mehrarbeiten verliert.

Sicherstellung bei Bauverträgen

§ 1170b. 47)

(1) Der Unternehmer eines Bauwerks, einer Außenanlage zu einem Bauwerk oder eines Teils hiervon kann vom Besteller ab Vertragsabschluss für das noch ausstehende Entgelt eine Sicherstellung bis zur Höhe eines Fünftels des vereinbarten Entgelts, bei Verträgen, die innerhalb von drei Monaten zu erfüllen sind, aber bis zur Höhe von zwei Fünfteln des vereinbarten Entgelts, verlangen. Dieses Recht kann nicht abbedungen werden. Als Sicherstellung können Bargeld, Bareinlagen, Sparbücher, Bankgarantien oder Versicherungen dienen. Die Kosten der Sicherstellung hat der Sicherungsnehmer zu tragen, soweit sie pro Jahr zwei von Hundert der Sicherungssumme nicht übersteigen. Die Kostentragungspflicht entfällt, wenn die Sicherheit nur mehr wegen Einwendungen des Bestellers gegen den Entgeltanspruch aufrechterhalten werden muss und die Einwendungen sich als unbegründet erweisen.

(2) Sicherstellungen nach Abs. 1 sind binnen angemessener, vom Unternehmer festzusetzender Frist zu leisten. Kommt der Besteller dem Verlangen des Unternehmers auf Leistung einer Sicherstellung nicht, nicht ausreichend oder nicht rechtzeitig nach, so kann der Unternehmer seine Leistung verweigern und unter Setzung einer angemessenen Nachfrist die Vertragsaufhebung erklären (§ 1168 Abs. 2).

(3) Abs. 1 und 2 gelten nicht, wenn der Werkbesteller eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein Verbraucher im Sinne des § 1 Abs. 1 Z 2 und Abs. 3 KSchG ist.

Erlöschen durch Tod

§ 1171. Ein Werkvertrag über Arbeiten, bei denen es auf die besonderen persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt, erlischt durch dessen Tod und seine Erben können nur den Preis für den zubereiteten brauchbaren Stoff und einen dem Werte der geleisteten Arbeit angemessenen Teil des Entgelts fordern. Stirbt der Besteller, so bleiben die Erben an den Vertrag gebunden.

Dreißigstes Hauptstück

Von dem Rechte des Schadensersatzes und der Genugtuung

Schade

§ 1293. Schade heißt jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.

Quellen der Beschädigung

§ 1294. Der Schade entspringt entweder aus einer widerrechtlichen Handlung, oder Unterlassung eines andern; oder aus einem Zufalle. Die widerrechtliche Beschädigung wird entweder willkürlich, oder unwillkürlich zugefügt. Die willkürliche Beschädigung aber gründet sich teils in einer bösen Absicht, wenn der Schade mit Wissen und Willen; teils in einem Versehen, wenn er aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist. Beides wird ein Verschulden genannt.

Von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz:

1. Von dem Schaden aus Verschulden;

§ 1295.

(1) Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

(2) Auch wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, ist dafür verantwortlich, jedoch falls dies in Ausübung eines Rechtes geschah, nur dann, wenn die Ausübung des Rechtes offenbar den Zweck hatte, den anderen zu schädigen.

§ 1296. Im Zweifel gilt die Vermutung, daß ein Schade ohne Verschulden eines andern entstanden sei.

§ 1297. Es wird aber auch vermutet, daß jeder, welcher den Verstandesgebrauch besitzt, eines solchen Grades des Fleißes und der Aufmerksamkeit fähig sei, welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann. Wer bei Handlungen, woraus eine Verkürzung der Rechte eines andern entsteht, diesen Grad des Fleißes oder der Aufmerksamkeit unterläßt, macht sich eines Versehens schuldig.

§ 1298. Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob. Soweit er auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muß er auch beweisen, daß es an dieser Voraussetzung fehlt.

insbesondere

a) der Sachverständigen,

§ 1299. Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, daß er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue; er muß daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewußt; oder, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last.

§ 1300. Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Falle haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem andern verursacht hat.

oder b) mehrerer Teilnehmer

§ 1301. Für einen widerrechtlich zugefügten Schaden können mehrere Personen verantwortlich werden, indem sie gemeinschaftlich, unmittelbarer oder mittelbarer Weise durch Verleiten, Drohen, Befehlen, Helfen, Verhehlen u. dgl.; oder, auch nur durch Unterlassung der besonderen Verbindlichkeit, das Übel zu verhindern, dazu beigetragen haben.

§ 1302. In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Anteile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Anteile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen; so haften alle für einen und einer für alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die übrigen vorbehalten.

§ 1303. Inwieweit mehrere Mitschuldner bloß aus der unterlassenen Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu haften haben, ist aus der Beschaffenheit des Vertrages zu beurteilen.

§ 1304. Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen.

2. aus dem Gebrauche des Rechtes;

§ 1305. Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken (§ 1295, Absatz 2) Gebrauch macht, hat den für einen anderen daraus entspringenden Nachteil nicht zu verantworten.

3. aus einer schuldlosen oder unwillkürlichen Handlung;

§ 1306. Den Schaden, welchen jemand ohne Verschulden oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig.

§ 1306a. Wenn jemand im Notstand einen Schaden verursacht, um eine unmittelbar drohende Gefahr von sich oder anderen abzuwenden, hat der Richter unter Erwägung, ob der Beschädigte die Abwehr aus Rücksicht auf die dem anderen drohende Gefahr unterlassen hat, sowie des Verhältnisses der Größe der Beschädigung zu dieser Gefahr oder endlich des Vermögens des Beschädigers und des Beschädigten zu erkennen, ob und in welchem Umfange der Schaden zu ersetzen ist.

§ 1307. Wenn sich jemand aus eigenem Verschulden in einen Zustand der Sinnesverwirrung oder in einen Notstand versetzt hat, so ist auch der in demselben verursachte Schade seinem Verschulden zuzuschreiben. Eben dieses gilt auch von einem Dritten, der durch sein Verschulden diese Lage bei dem Beschädiger veranlaßt hat.

§ 1308. Wenn Personen, die den Gebrauch der Vernunft nicht haben, oder Unmündige jemanden beschädigen, der durch irgendein Verschulden hierzu selbst Veranlassung gegeben hat, so kann er keinen Ersatz ansprechen.

§ 1309. Außer diesem Falle gebührt ihm der Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertrauten Obsorge beigemessen werden kann.

§ 1310. Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Verteidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Teil desselben erkennen.

4. durch Zufall;

§ 1311. Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Hat aber jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt; hat er ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten; oder, sich ohne Not in fremde Geschäfte gemengt; so haftet er für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.

§ 1312. Wer in einem Notfalle jemandem einen Dienst geleistet hat, dem wird der Schade, welchen er nicht verhütet hat, nicht zugerechnet; es wäre denn, daß er einen andern, der noch mehr geleistet haben würde, durch seine Schuld daran verhindert hätte. Aber auch in diesem Falle kann er den sicher verschafften Nutzen gegen den verursachten Schaden in Rechnung bringen.

5. durch fremde Handlungen;

§ 1313. Für fremde, widerrechtliche Handlungen, woran jemand keinen Teil genommen hat, ist er in der Regel auch nicht verantwortlich. Selbst in den Fällen, wo die Gesetze das Gegenteil anordnen, bleibt ihm der Rückersatz gegen den Schuldtragenden vorbehalten.

§ 1313a. Wer einem andern zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.

§ 1314. Wer eine Dienstperson ohne Zeugnis aufnimmt oder wissentlich eine durch ihre Leibes- oder Gemütsbeschaffenheit gefährliche Person im Dienste behält oder ihr Aufenthalt gibt, haftet dem Hausherrn und den Hausgenossen für den Ersatz des durch die gefährliche Beschaffenheit dieser Personen verursachten Schadens.

§ 1315. Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.

Arten des Schadenersatzes

§ 1323. Um den Ersatz eines verursachten Schadens zu leisten, muß alles in den vorigen Stand zurückversetzt, oder, wenn dieses nicht tunlich ist, der Schätzwert vergütet werden. Betrifft der Ersatz nur den erlittenen Schaden, so wird er eigentlich eine Schadloshaltung; wofem er sich aber auch auf den entgangenen Gewinn, und die Tilgung der verursachten Beleidigung erstreckt, volle Genugtuung genannt.

§ 1324. In dem Falle eines aus böser Absicht, oder aus einer auffallenden Sorglosigkeit verursachten Schadens ist der Beschädigte volle Genugtuung; in den übrigen Fällen aber nur die eigentliche Schadloshaltung zu fordern berechtigt. Hiernach ist in den Fällen, wo im Gesetze der allgemeine Ausdruck: Ersatz, vorkommt, zu beurteilen, welche Art des Ersatzes zu leisten sei.

Drittes Hauptstück Von Aufhebung der Rechte und Verbindlichkeiten

5. Untergang der Sache

§ 1447. Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Wert derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit, oder die Zahlung einer Schuld durch einen andern Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des andern keinen Gewinn zieht.

Viertes Hauptstück Von der Verjährung und Ersitzung

Besondere Verjährungszeit

§ 1487. Die Rechte, eine Erklärung des letzten Willens umzustoßen; den Pflichtteil oder dessen Ergänzung zu fordern; eine Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten zu widerrufen oder den Beschenkten wegen Verkürzung des Pflichtteils in Anspruch zu nehmen; einen entgeltlichen Vertrag wegen Verletzung über die Hälfte aufzuheben, oder die vorgenommene Teilung eines gemeinschaftlichen Gutes zu bestreiten; und die Forderung wegen einer bei dem Vertrage unterlaufenen Furcht oder eines Irrtums, wobei sich der andere vertragmachende Teil keiner List schuldig gemacht hat, müssen binnen drei Jahren geltend gemacht werden. Nach Verlauf dieser Zeit sind sie verjährt.

§ 1489. Jede Entschädigungsklage ist in drei Jahren von der Zeit an verjährt, zu welcher der Schade und die Person des Beschädigers dem Beschädigten bekannt wurde, der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein. Ist dem Beschädigten der Schade oder die Person des Beschädigers nicht bekannt geworden oder ist der Schade aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren Handlungen, die nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, entstanden, so erlischt das Klagerecht nur nach dreißig Jahren.

6.5 Literatur

Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten: HIA - Honorar Information Architektur, online Version, Fassung 2008

Republik Österreich: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, online Version, Fassung 2009

Hirnsperger, Franz: Mit Recht bauen, 1. Auflage, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien, 1999

Karasek, Georg: Kommentar zur ÖNORM B 2110, Manz Verlag, Wien, 2003

Koziol, Helmut / Welser, Rudolf: Grundriss des bürgerlichen Rechts – Band II, 12. neub. Auflage, Manz Verlag, Wien, 2001

Kropik, Andreas: Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2110, 1. Auflage, Österreichisches Normungsinstitut, Wien, 2002

Langer, Hans: Die Bauvertragsnorm B 2110/2000, 2. Auflage, Verlag Österreich, Wien, 2000

Oberndorfer, Wolfgang / Straube, Manfred: Kommentar zur ÖNORM B 2110, 3. Auflage, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien, 2003

Pflaum / Karlberger / Wiener / Opetnik / Rindler: Handbuch des Ziviltechnikerrechts, LexisNexis, Wien, 2007

Schopf, Adolf: Die Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers, 3. neub. Auflage, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien, 2007

Schopf, Adolf: Wichtige Rechtsfragen der Bauwirtschaft mit 70 Musterbriefen, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien, 2000

Schopf, Adolf / Karasek, Georg: 77 Musterbriefe für die Bauwirtschaft mit einem Grundriss des Bauvertragsrechtes für Praktiker, Österreichischer Wirtschaftsverlag, Wien, 2005

Solid – Wirtschaft und Technik am Bau: Fachzeitschrift, Industriemagazin Verlag, 2004-2008

Straube, Manfred: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, Rechtssicher planen und Verträge schließen – CD Ausgabe, Manz Verlag, Wien, 2003

Straube, Manfred: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II, Rechtssicher bauen – CD Ausgabe, Manz Verlag, Wien, 2002

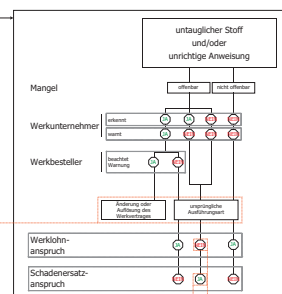
Versicherungsverband Österreich: Allgemeine und Ergänzende Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung, Fassung 2005

VORVERTRAG

Vorvertragliche Prof- und Wampflicht
Ist ein wesentlicher Bestandteil des Auftragsvertrages...
Gründe für Einschränkungen
grobe Fehler

VERTRAG

Vertragsstruktur: Auftraggeber, Werkbesteller, Werkvertrag, Werkunternehmer, § 1160a ABGB, offener Vertrag



PRÜFUNG

Prüfung: Gültigkeit, Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten, sachkundiger oder sachkundiger Berater Werkbesteller

PRÜFUNG

Prüfung: Umfang der Prüfpflicht, Baugrund, Erweiterung (Verlebung) der Prof- und Wampflicht, Intentionseinfachung, mehrere Werkunternehmer

VERLETZUNG

Verletzung: Schadensersatzanspruch, Voraussetzung, Beweislast, Werklohnanspruchverlust, Haftungseinschränkungen, vertragliche Einschränkungen, Sowiekosten, Unterbrechung der Verjährungsfrist, Schadensminderungsspflicht, Betriebshaftpflichtversicherung

PLANER

Planer: Ortliche Bauaufsicht (OBA), Schriftliche vertragliche Nebenpflichten, Entscheidungsbaum für die Rollen von AG, Planer, Auftragnehmer, Auftraggeber, Planer, Auftraggeber, Planer, Auftraggeber, Planer, Auftraggeber

WARNUNG

Warnung: Adressat der Wampflicht, Warnung gegenüber Vertreter, Zeitraum der Wampflicht, Form der Wampflicht, Baubuch des Werkbestellers oder Baugeschäfters des Werkunternehmers, Verbesserungsvorschlag, rechtzeitige Warnung, verspätete/keine Entscheidung des Werkbestellers, Überwarnung, Leistungsverweigerungsrecht des Werkunternehmers

Planer: Ortliche Bauaufsicht (OBA), Schriftliche vertragliche Nebenpflichten, Entscheidungsbaum für die Rollen von AG, Planer, Auftragnehmer, Auftraggeber, Planer, Auftraggeber, Planer, Auftraggeber, Planer, Auftraggeber

