

# MASTERARBEIT



## **„STREITURSACHEN AM BAU“ EINE ANALYSE BAUWIRTSCHAFTLICHER AUSEINANDERSETZUNGEN UNTER EINBEZIEHUNG RELEVANTER OGH-URTEILE**

Steven Alexander Heidenreich, BSc

Vorgelegt am  
Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft

Betreuer  
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck

Mitbetreuende Assistentin  
Mag.iur. Dipl.-Ing. Lena Paar

Graz am 23. Mai 2018



## EIDESSTATTLICHE ERKLÄRUNG

Ich erkläre an Eides statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen/Hilfsmittel nicht benutzt, und die den benutzten Quellen wörtlich und inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

Graz, 23.05.2018

.....

## STATUTORY DECLARATION

I declare that I have authored this thesis independently, that I have not used other than the declared sources / resources, and that I have explicitly marked all material which has been quoted either literally or by content from the used sources.

Graz, 23.05.2018

.....

### Anmerkung

In der vorliegenden Masterarbeit wird auf eine Aufzählung beider Geschlechter oder die Verbindung beider Geschlechter in einem Wort zugunsten einer leichteren Lesbarkeit des Textes verzichtet. Es soll an dieser Stelle jedoch ausdrücklich festgehalten werden, dass allgemeine Personenbezeichnungen für beide Geschlechter gleichermaßen zu verstehen sind.

## Danksagung

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

Für die Betreuung von universitärer Seite bedanke ich mich bei Herrn Univ.-Prof. Dr.-Ing. Detlef Heck und Frau Mag.iur. Dipl.-Ing. Lena Paar.

Besonderer Dank gebührt meiner Familie, meiner Freundin Julia sowie ihrer Familie, die mich die gesamte Ausbildungszeit hindurch unterstützten.

Graz, 23.05.2018

---

## Kurzfassung

Laut der Insolvenzstatistik des KSV1870 zählt die Bauwirtschaft zu den riskantesten Branchen in Österreich. Bauwerke sind einzigartig und werden kein zweites Mal unter denselben Bedingungen am selben Ort hergestellt. Diese Tatsache bewirkt, dass die Bautätigkeit mit Unsicherheiten hinsichtlich den Umständen der Leistungserbringung verbunden ist. Deshalb sollte darauf geachtet werden, weiteres Risiko in Form von Auseinandersetzungen während des Bauprojektlaufes zu vermeiden, denn diese können hohe Kosten und langwierige Gerichtsverfahren zum Resultat haben.

Konflikte entstehen typischerweise dort, wo Regelungen missverstanden werden oder gänzlich fehlen. Das Ziel dieser Arbeit ist es, Rechtsgrundlagen zu den häufigsten Streitursachen zu erläutern und Handlungsempfehlungen aufzuzeigen, um so die Anzahl der Auseinandersetzungen in der Bauwirtschaft zu verringern.

Ausgangspunkt dieser Arbeit waren die empirischen Untersuchungen von *Haghsheno/Kaben (2005)* und *Werkl (2012)* zu den häufigsten Streitursachen am Bau. Anhand der Untersuchungsergebnisse wurden relevante OGH-Urteile zu den häufigsten Streitursachen recherchiert, sowie die Sachverhalte dieser Entscheidungen verständlich aufbereitet und die rechtliche Beurteilung durch den Obersten Gerichtshof ausführlich analysiert. Aus den analysierten Urteilen wurden Empfehlungen abgeleitet, wie der gegenständliche Konflikt möglicherweise hätte vermieden werden können.

Diese Arbeit zeigt, dass der Bauvertrag den Leistungsumfang klar, vollständig und widerspruchsfrei, zu einem eindeutig bestimmten Preis und unter festgelegten Umständen der Leistungserbringung definieren muss. Abweichungen vom ursprünglichen Leistungsumfang, entweder durch Leistungsänderungen oder geänderte Umstände der Leistungserbringung, müssen durch eine klare Vorgehensweise und Aufgabenverteilung geregelt werden. Der Bauvertrag muss so detailliert sein, dass die Pflichten der Vertragspartner zweifelsfrei daraus hervorgehen, allerdings die nötige Flexibilität erlauben, da unvorhergesehene Abweichungen von den ursprünglich angenommenen Umständen den Bauablauf jederzeit beeinflussen können.

## Abstract

According to the insolvency statistics of the KSV1870 (Credit Protection Agency), the construction industry is one of the riskiest fields of trade in Austria. Projects in this area are unique insofar as they are only built once in the same place and under the exact same conditions. This leads to inevitable uncertainties arising when attempting to forecast circumstances under which projects are undertaken. For this reason, contracting parties should make an effort to mitigate risk in the form of disagreements during the execution of a building project, as not doing so can lead to spiralling costs and otherwise unnecessary legal disputes.

Conflicts between contracting parties tend to arise when a contract is either unclear or incomplete. The aim of this master thesis is to elucidate the legal basis of the most common conflicts in the building industry and to give recommendations on how to avoid litigation of the same kind and by doing so, attempt to reduce the amount of legal disputes in the construction industry.

The foundation of this master thesis were the empiric surveys conducted by *Haghsheno/Kaben (2005)* and *Werkl (2012)* on the most common disputes in the construction area. The results delivered the basis to find judicial decisions by the Austrian Supreme Court and analyse the courts judgements. Recommendations that may have avoided the disputes were then derived from the courts decisions.

The results of this master thesis show that a construction contract must fulfil the requirements of defining the scope of service clearly, completely and without contradiction for a set price and under pre-determined conditions of construction. Deviation from the defined scope of service, either by client specified changes or unforeseen issues, must be met with clear methods of approach and allocation of responsibilities. The building contract must be detailed enough to clearly designate the obligations of the contracting parties, but still allow flexibility, as unforeseeable circumstances can influence the course of a construction project at any time.

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung</b>	<b>1</b>
1.1	Thema und Ziel der Arbeit.....	2
1.2	Rechtfertigung der Themenwahl.....	2
1.3	Methodik.....	6
<b>2</b>	<b>Leistungsänderung</b>	<b>8</b>
2.1	Eckdaten zum Urteil.....	8
2.2	Sachverhaltsdarstellung.....	9
2.2.1	Zusammenfassung / Fragestellungen.....	12
2.3	Rechtliche Beurteilung des OGH.....	13
2.3.1	Zusammenfassung / Ergebnisse.....	18
2.4	Analyse des Konflikts.....	19
2.4.1	Überblick.....	19
2.4.2	Zur Leistungsfrist und Pönale.....	21
2.4.3	Zum Einbehalt des Entgelts.....	36
2.4.4	Zum Skontoabzug.....	39
2.5	Fazit / Handlungsempfehlungen.....	42
2.5.1	Eine klare vertragliche Regelung zu Leistungsänderungen.....	42
2.5.2	Lösungsvorschläge von <i>Oberndorfer</i> .....	43
2.5.3	Generelle Praxistipps im Umgang mit Pönalen.....	44
<b>3</b>	<b>Leistungsabbestellung</b>	<b>45</b>
3.1	Eckdaten zum Urteil.....	45
3.2	Sachverhaltsdarstellung.....	46
3.2.1	Zusammenfassung / Fragestellungen.....	48
3.3	Rechtliche Beurteilung des OGH.....	49
3.3.1	Zusammenfassung / Ergebnisse.....	51
3.4	Analyse des Konflikts.....	52
3.4.1	Überblick.....	52
3.4.2	Zur Werksabbestellung.....	54
3.4.3	Zur Verwendung mangelhafter Pläne.....	68
3.5	Fazit / Handlungsempfehlungen.....	73
3.5.1	Klar definierter Leistungsumfang.....	73
3.5.2	Zeitliche Trennung der Planungsleistungen.....	75
3.5.3	Grundsätzlicher Ablauf der Planfreigabe.....	75
3.5.4	Verwendung von Vorleistungen durch „neuen“ AN.....	76
<b>4</b>	<b>Fehlende Vorleistung</b>	<b>78</b>
4.1	Eckdaten zum Urteil.....	78
4.2	Sachverhaltsdarstellung.....	79
4.2.1	Zusammenfassung / Fragestellungen.....	81
4.3	Rechtliche Beurteilung des OGH.....	82
4.3.1	Zusammenfassung / Ergebnisse.....	86
4.4	Analyse des Konflikts.....	87
4.4.1	Überblick.....	87
4.4.2	Zur Art des Anspruches.....	89
4.4.3	Zur Haftung dem Grunde nach.....	98
4.4.4	Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters.....	103
4.5	Fazit / Handlungsempfehlungen.....	106
4.5.1	Änderungsvorschlag in der Ausschreibungsphase.....	106

4.5.2	Eigener Zusatz- oder Änderungsauftrag .....	107
4.5.3	Value Engineering .....	107
4.5.4	Koordinierung der Bauüberwachung und Ausführung .....	108
<b>5</b>	<b>Schlussfazit</b>	<b>110</b>
5.1	Ausgangssituation in der Bauwirtschaft .....	110
5.2	Schlussfolgerung der Analysen.....	112
5.3	Detaillierte Erkenntnisse aus den Analysen.....	114
5.3.1	Urteil 1: Leistungsänderung.....	114
5.3.2	Urteil 2: Leistungsabbestellung .....	119
5.3.3	Urteil 3: Fehlende Vorleistungen .....	123
5.4	Zusammenfassung und Ausblick .....	127
	<b>Rechtsprechungsverzeichnis</b>	<b>128</b>
	<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>130</b>
<b>A.1</b>	<b>Anhang</b>	<b>133</b>
A.1.1	Urteil 1: Entscheidungstext „1 Ob 58/98f“ vom 23.02.1999.....	134
A.1.2	Urteil 2: Entscheidungstext „7 Ob 43/14w“ vom 04.06.2014 .....	165
A.1.3	Urteil 3: Entscheidungstext „7 Ob 515/91“ vom 18.04.1991.....	177



## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Die häufigsten Streitursachen am Bau .....	3
Abbildung 2: Die häufigsten Streitgegenstände am Bau.....	4
Abbildung 3: Relevante Projektrisiken .....	5
Abbildung 4: Grafische Darstellung des Sachverhaltes .....	9
Abbildung 5: Grafische Darstellung des Sachverhaltes .....	46
Abbildung 6: Grafische Darstellung des Sachverhaltes .....	79
Abbildung 7: Übersicht der Haftungsfolgen für AN .....	89

## Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Eckdaten zum Urteil "1 Ob 58/98f" .....	9
Tabelle 2: Eckdaten zum Urteil "7 Ob 43/14w" .....	46
Tabelle 3: Eckdaten zum Urteil "7 Ob 515/91" .....	79

## Abkürzungsverzeichnis

<b>ABGB</b>	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
<b>Abs</b>	Absatz
<b>AG</b>	Auftraggeber
<b>AGB</b>	Allgemeine Geschäftsbedingungen
<b>AN</b>	Auftragnehmer
<b>Anm</b>	Anmerkung
<b>BGB</b>	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BVergG</b>	Bundesvergabe-gesetz
<b>bzw.</b>	Beziehungsweise
<b>d. h.</b>	das heißt
<b>ecolex</b>	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
<b>ff</b>	fortfolgend
<b>gem.</b>	gemäß
<b>GZ</b>	Geschäftszahl
<b>i. d. g. F.</b>	in der geltenden Fassung
<b>JBI</b>	Juristische Blätter
<b>KSchG</b>	Konsumentenschutzgesetz
<b>KW</b>	Kalenderwoche
<b>LB</b>	Leistungsbeschreibung
<b>lit</b>	litera
<b>LV</b>	Leistungsverzeichnis
<b>MKF</b>	Mehr- oder Minderkostenforderung
<b>mwN</b>	mit weiteren Nachweisen
<b>ÖBA</b>	Örtliche Bauaufsicht
<b>OGH</b>	Oberster Gerichtshof
<b>ÖJZ</b>	Österreichische Juristenzeitung
<b>Pkt</b>	Punkt
<b>RdW</b>	Recht der Wirtschaft
<b>RS</b>	Rechtssatz
<b>Rz</b>	Randziffer
<b>TU</b>	Technische Universität
<b>Vgl.</b>	Vergleiche
<b>VOB</b>	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
<b>ÖNORM</b>	Österreichische Norm
<b>WBI</b>	Wirtschaftsrechtliche Blätter
<b>Z</b>	Ziffer
<b>z. B.</b>	zum Beispiel

## 1 Einleitung

Der Konkurrenzkampf in der österreichischen Baubranche ist groß. Durch das Billigstbieterprinzip kamen bisher nur jene Firmen zum Zug, die das günstigste Angebot abgaben. Diese Tatsache konnte durch die Einführung des Bestbieterprinzips nicht gänzlich entschärft werden.<sup>1</sup> Der durch die Ausschreibungsvergabe entstehende Preisdruck schafft zwangsweise eine Situation, die Gewinnspannen und Wagniszuschläge verschmälert, was in weiterer Folge wenig Spielraum für Kalkulationsfehler lässt.

Bauwerke sind einzigartig, denn kein Bauwerk wird ein zweites Mal an demselben Ort unter denselben Bedingungen hergestellt. Dieser Umstand bewirkt, dass die Unsicherheiten hinsichtlich den Umständen der Leistungserbringung im Bauwesen vergleichsweise hoch sind. Große Unsicherheiten in Kombination mit geringen Wagniszuschlägen und Gewinnspannen können grundsätzlich fatale Folgen für ein ausführendes Unternehmen haben.

Laut der Insolvenz-Statistik des KSV1870 für 2017 war die Bauwirtschaft in Österreich erneut unter den Top 3 Branchen bei der Anzahl der Insolvenzen und der Schuldenhöhe. *Dr. Hans-Georg Kantner*, Insolvenzleiter des KSV1870, erläutert diese Problematik wie folgt:

*„Oft sind es Großaufträge, die zu nur marginalen Preisen hereingenommen werden, wobei auch nicht immer eine positive Marge einkalkuliert worden sein mag. Die Langfristigkeit der Projekte und die Höhe der dabei bewegten Geldsummen erzeugt nicht selten eine fatale Dynamik.*

[...]

*Die Preise aber sind so kalkuliert, dass Änderungen oder Reparaturen kaum mehr Platz finden. Die [...] Usance eines z. B. 10%igen Zuschlages für „Unvorhergesehenes“ ist bei Großprojekten weder üblich noch möglich. Nur zeigt die Erfahrung, dass diese 10 % nicht selten wirklich gebraucht würden.“<sup>2</sup>*

Bauunternehmen können auf lange Sicht nur bestehen, wenn sie ihren Bauablauf optimieren und ihre Kapazitäten wirtschaftlich einsetzen. Auseinandersetzungen während dem Projektablauf, welche in die Ressourcenplanung eines Bauunternehmens eingreifen, können schnell zu kostenintensiven Stehzeiten führen. Die Folgen sind oft hohe Mehrkostenforderungen. Uneinigkeiten zwischen den Vertragspartnern können langwierige Gerichtsverfahren zum Resultat haben.

Der „moderne“ Bauingenieur muss wesentlich mehr beherrschen als die bautechnische Abwicklung eines Bauprojektes. Immer häufiger werden

<sup>1</sup> Vgl. Österreich ist Schlusslicht beim Bestbieterprinzip (2017, 31. Jänner). <https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5162933/Oesterreich-ist-Schlusslicht-beim-Bestbieterprinzip>. Datum des Zugriffs: 03.04.2018.

<sup>2</sup> KANTNER, H-G. in KSV1870: Vollständige Analyse der Unternehmensinsolvenzen 2017. S. 2. [https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231\\_ksv1870\\_insolvenzstatistik-unternehmen\\_2017.pdf](https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231_ksv1870_insolvenzstatistik-unternehmen_2017.pdf). Datum des Zugriffs: 02.04.2018.

(bau-)rechtliche Fragestellungen zum Tagesgeschäft im Umgang mit Auftraggebern, Auftragnehmern, Subunternehmern, Behörden, Anrainern und weiteren Projektbeteiligten. Im Rahmen des Zieles, eine Baustelle möglichst rentabel abzuwickeln, muss er sich gewissen wirtschaftlichen und rechtlichen Gesetzmäßigkeiten unterwerfen. Der „Kampf um die Margen“ bewirkt, dass er eine wirtschaftliche Affinität sowie ein fundiertes rechtliches Grundwissen im Bauwesen vorweisen muss.

## 1.1 Thema und Ziel der Arbeit

Diese Arbeit bereitet bauwirtschaftliche Fragestellungen anhand von tatsächlichen Auseinandersetzungen und dazugehörigen Urteilen des Obersten Gerichtshofes auf. Mit Hilfe von Expertenmeinungen aus der Literatur sollen häufig auftretende bauwirtschaftliche Streitgegenstände aus der Sicht eines Bauingenieurs analysiert und praxisnah erläutert werden.

Das Ziel dieser Arbeit ist es, ein rechtliches Basiswissen zu relevanten bauwirtschaftlichen Themenbereichen zu vermitteln und die notwendigen Kenntnisse aufzubereiten, um gleichartige Auseinandersetzungen möglichst zu vermeiden. Dies erfolgt in Form von Handlungsempfehlungen aus der Sicht der Experten und des Autors.

## 1.2 Rechtfertigung der Themenwahl

Ausgangspunkt dieser Arbeit waren die empirischen Erhebungen von *Haghsheno/Kaben (2005)*<sup>3</sup> und *Werkl (2012)*<sup>4</sup> zu Konfliktursachen am Bau.

Diese Arbeit hätte den größtmöglichen Nutzen, wenn sich Streitursachen in gleichartige Gruppen mit möglichst hohen Häufigkeiten einteilen lassen. Den Beweis hierfür lieferten die angeführten Untersuchungen.

Ausgehend von den Erhebungen von *Haghsheno/Kaben* und *Werkl*, gab es in den folgenden Bereichen am häufigsten Auseinandersetzungen zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern:

- **Leistungsänderungen und zusätzliche Leistungen,**
- **fehlende Vorleistungen oder Planunterlagen sowie unklare oder fehlerhafte Leistungsverzeichnisse und Verträge.**

Die folgende Grafik (Abbildung 1) zeigt das Ergebnis der empirischen Untersuchungen von *Werkl* zu den Häufigkeiten der Streitursachen am Bau:

<sup>3</sup> HAGHSHENO, S.; KABEN, T.: Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten - Eine empirische Untersuchung, 2005. Zitiert bei: WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation, 2013.

<sup>4</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation, 2013.

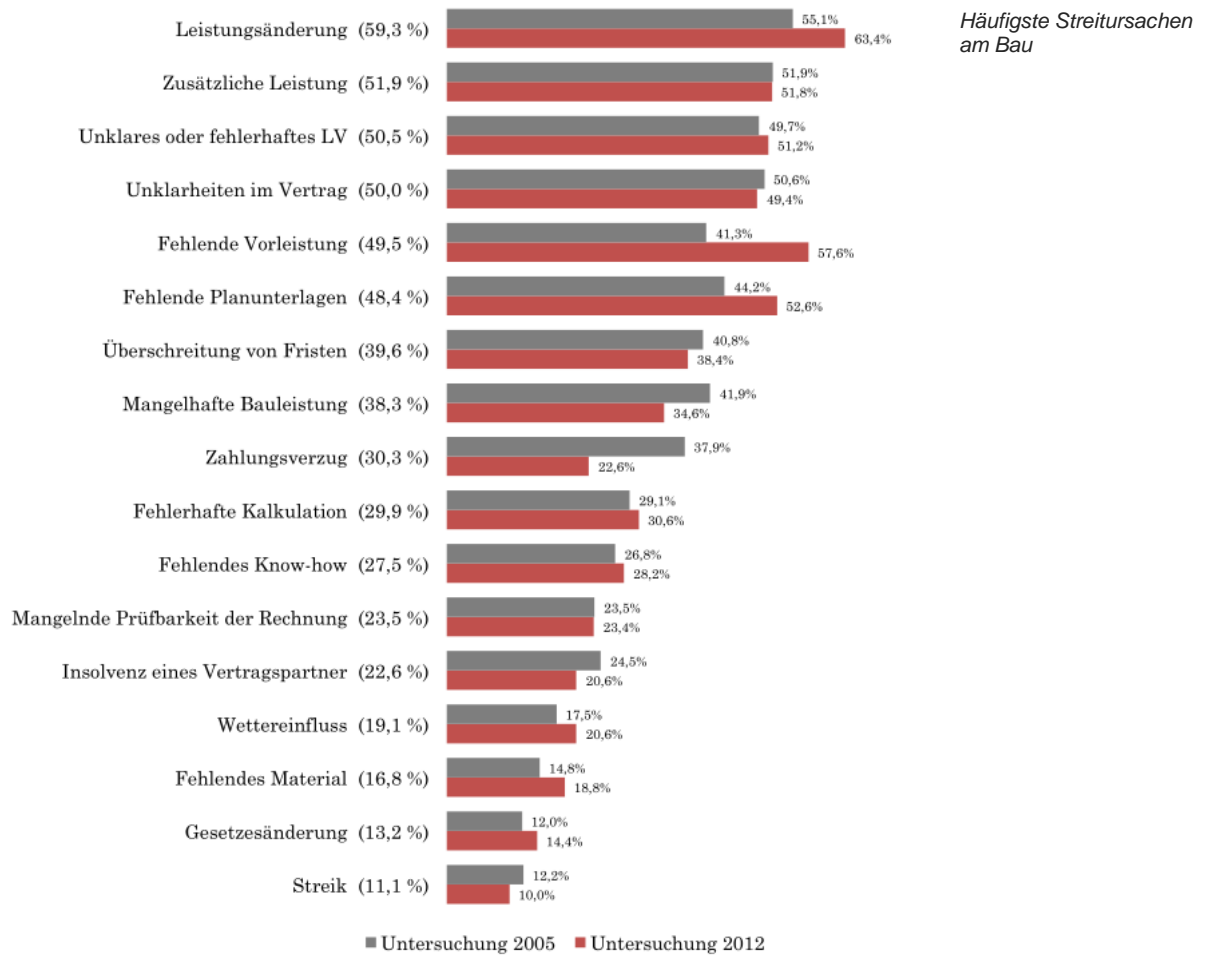


Abbildung 1: Die häufigsten Streitursachen am Bau<sup>5</sup>

Werkl fasst in seiner Dissertation die Streitursachen am Bau wie folgt zusammen:

*„Häufigste Konfliktursachen stellen demnach geänderte und zusätzliche Leistungen, unklare oder fehlerhafte Leistungsverzeichnisse bzw Verträge sowie fehlende Vorleistungen, Planunterlagen und Informationen dar.“<sup>6</sup>*

Die häufigsten Folgen der Konfliktursachen sind Streitigkeiten über die Vergütung der Leistung, Mängel und Bauzeitverzögerungen (Abbildung 2). Letztere zählen ebenso zu den häufigsten Konsequenzen der Konflikte.

<sup>5</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 13.

<sup>6</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 14.

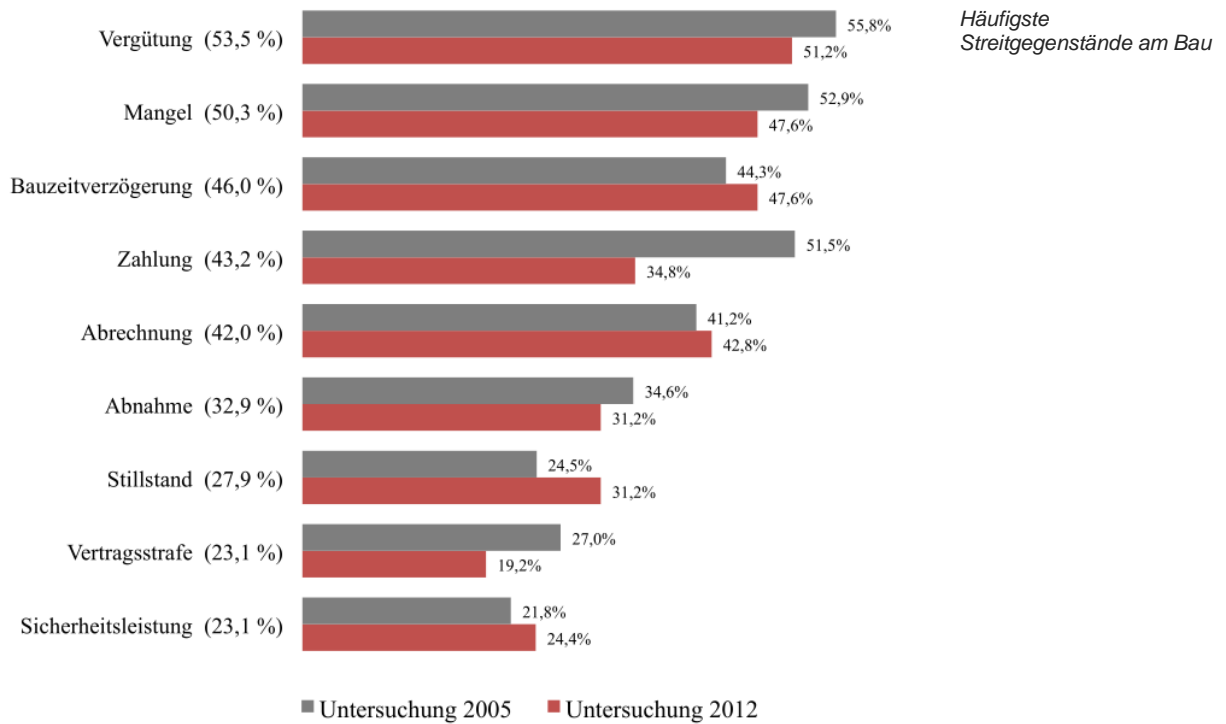


Abbildung 2: Die häufigsten Streitgegenstände am Bau<sup>7</sup>

Werkl fasst die Ergebnisse seiner Erhebungen wie folgt zusammen:

*„Leistungsänderungen, zusätzliche Leistungen, fehlende oder unzureichende Planung und vertragliche Unklarheiten führen vornehmlich zu Streitigkeiten über die Vergütung der Bauleistung, über Mängel und die Bauzeit.“*

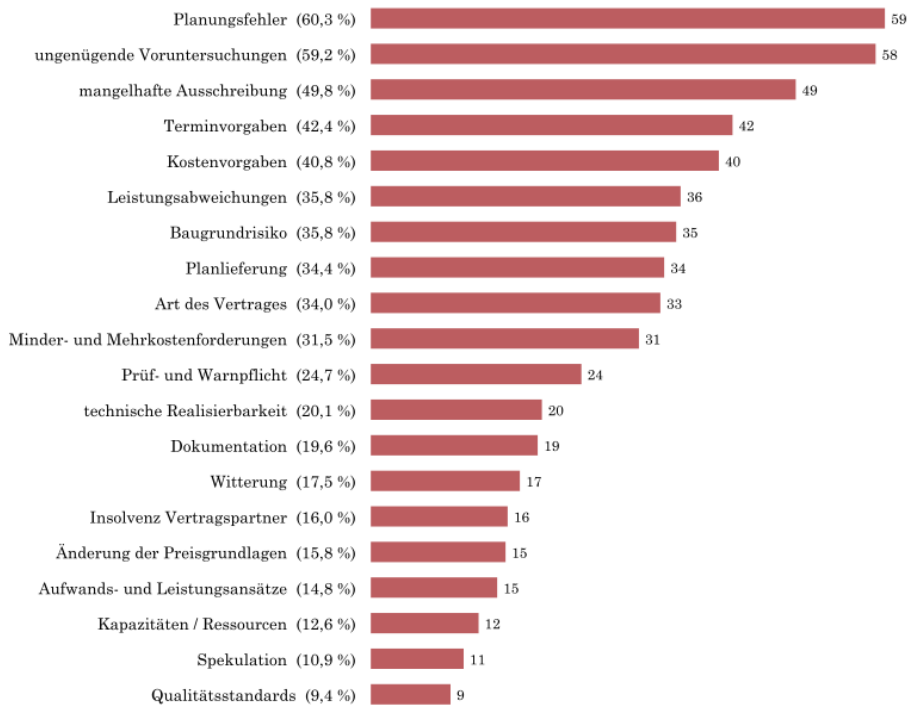
*Bauzeitliche Auswirkungen (Bauzeitverzögerungen) bilden auch die häufigste Konsequenz aus den Konflikten. Die Vertragsparteien arbeiten zukünftig häufig nicht mehr zusammen oder bestreiten gerichtliche Auseinandersetzungen.“<sup>8</sup>*

Die Untersuchungen zeigen deutlich, dass es häufig zu ähnlichen Streitursachen in der Baupraxis kommt und dass diese Auseinandersetzungen zu langwierigen Gerichtsverfahren führen können.

Interessanterweise zeigen die Untersuchungsergebnisse von Werkl, dass die Wahrnehmung der häufigsten Projektrisiken (Abbildung 3) teilweise unterschiedlich ausfällt und von den tatsächlichen Streitursachen abweicht:

<sup>7</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 14.

<sup>8</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 15.



Wahrnehmung der häufigsten Projektrisiken

Abbildung 3: Relevante Projektrisiken<sup>9</sup>

Die Punkte „Planungsfehler“ und „ungenügende Voruntersuchen“, als am häufigsten wahrgenommene Projektrisiken, stimmen grundsätzlich mit den häufigsten Streitursachen überein. Allerdings zeigen die Untersuchungen, dass die häufigsten Streitursachen „Leistungsänderungen“ (Platz 1) und „zusätzliche Leistungen“ (Platz 2) als weniger risikoreich wahrgenommen werden („Leistungsabweichungen“ – Platz 6).

Der im Bauauftrag enthaltene Leistungsumfang sowie die Änderung dessen während der Ausführungsphase besitzen hohes Streitpotenzial. Die Unklarheiten zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer über den enthaltenen Leistungsumfang zeigen, dass die Vertragsinterpretation in diesem Punkt durchaus unterschiedlich ausfallen kann. Ein fehlendes (bau-)rechtliches Grundwissen der Vertragspartner könnte die Ursache für ein mangelhaftes Verständnis des Vertrages sein.

Enthaltener Leistungsumfang

Im Falle eines Konfliktes würden sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer von folgender Situation profitieren:

- Beide Vertragsparteien verfügen über ein klares Verständnis der eigenen Aufgaben und Haupt- und Nebenpflichten. Eine gerichtliche Auseinandersetzung wird möglicherweise dadurch vermieden, dass sich beide Parteien über den enthaltenen Leistungsumfang und die Vergütung einig sind und bei Störungen gemeinsam Lösungskonzepte erarbeiten.

<sup>9</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 17.

- Beide Vertragsparteien kennen die eigenen Mitteilungspflichten und Dokumentationsobliegenheiten. Ein unvermeidbares Aufeinandertreffen vor Gericht wird durch eine lückenlose Dokumentation möglicherweise beschleunigt, welches Kosten in Form von Baustellenstillständen und Gerichtskosten reduzieren kann.

Die oben angeführte Idealsituation führt zum Ziel dieser Arbeit, ein Nachschlagewerk für Auftraggeber und Auftragnehmer zu kreieren, welches auf tatsächlichen Auseinandersetzungen aus dem Bauwesen beruht und die häufigsten Streitursachen verständlich aufbereitet. Diese Arbeit soll nach Konflikten und den dazugehörigen Themenbereichen gegliedert sein, um eine praktische Anwendung zu erleichtern.

### 1.3 Methodik

#### ▪ Schritt 1: Themensuche

Zu den in Kapitel 1.2 aufgezählten, häufigsten Streitursachen am Bau wurden Urteile des Obersten Gerichtshofes ausgeforscht, welche die zu untersuchenden Themenbereiche zum Inhalt haben.

Über die Schlagwortsuche des Rechtsinformationssystems des Bundes (ris.bka.gv.at) und die Rechtsdatenbank von Manz (rdb.manz.at) wurden Beiträge, Rechtssätze und Entscheidungen recherchiert, die das jeweilige Thema behandeln. Bei Vorliegen mehrerer Urteile zu einem Streitgegenstand wurde überprüft, welche relevanten Themenbereiche zusätzlich in den Entscheidungen vorkommen.

Es wurde ältere sowie aktuelle Judikatur analysiert, wobei bewusst ältere Grundsatzentscheidungen bevorzugt wurden, wenn die aktuelle Rechtsprechung häufig auf diese verweist. Anhand dieser Grundsatzentscheidungen wurden die zugrundeliegenden Überlegungen des Gerichts herausgearbeitet.

Die Analyse der Urteile erfolgte nach einer einheitlichen und strukturierten Vorgehensweise, welche folgend dargelegt wird.

#### ▪ Schritt 2: Analyse

Zu Beginn jedes Kapitels wurden zu den häufigsten Konfliktursachen OGH-Entscheidungen ausgewählt und die Wahl der Urteile begründet. Die Vertragsparteien und der Streitgegenstand wurden anhand eines knappen Fließtextes und einer Grafik übersichtlich dargestellt. Es folgt eine Kurzfassung des Sachverhaltes sowie eine Zusammenfassung der konkreten Fragestellungen zum Sachverhalt. Anschließend folgt eine Kurzfassung der rechtlichen Beurteilung des Obersten Gerichtshofes. Die Ergebnisse der rechtlichen Beurteilung wurden übersichtlich zusammengefasst.



Die darauffolgende Analyse beginnt mit einem Überblick über die behandelten Themen. Anschließend wurden die jeweiligen Themenbereiche anhand verschiedener Expertenmeinungen aus der Literatur erörtert sowie die jeweiligen Rechtsgrundlagen aus dem ABGB und den relevanten ÖNORMEN beschrieben.

Im letzten Abschnitt wurden empfehlenswerte Vorgangsweisen beschrieben, wie derartige Konflikte möglicherweise vermieden werden können. Die Empfehlungen der Experten und des Autors werden als Vorgangsweisen betrachtet, die für einen reibungslosen Bauprojektlauf üblicherweise förderlich sind.

### ▪ **Schritt 3: Fazit**

Diese Arbeit endet mit einem Schlussfazit, welches die erkannten Problemfelder beschreibt und erneut kurz auf die einzelnen Streitursachen und OGH-Urteile eingeht. Anschließend folgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse dieser Arbeit.

Der Autor führt an, dass keine Haftung dafür übernommen wird, ob Konflikte durch die beschriebenen Vorgangsweisen und Empfehlungen vermieden oder beseitigt werden können. Jeder Konflikt ist ein Unikat mit unterschiedlichen Einflussfaktoren. Nur eine Gesamtbetrachtung des Einzelfalles kann Aufschluss darüber geben, welche Schritte zur Konfliktlösung notwendig sind.

*Haftungsausschluss*

Es wird keine Vollständigkeitsgarantie für die enthaltenen Empfehlungen gegeben. Es werden lediglich empfehlenswerte Maßnahmen aufgezählt, die für einen reibungslosen Bauablauf förderlich sein können.

Es wird festgehalten, dass der Autor dieser Arbeit über keine juristische, sondern über eine bauwirtschaftliche Ausbildung verfügt. Diese Arbeit hat grundsätzlich einen bauwirtschaftlichen Hintergrund und die enthaltenen Themenbereiche wurden, unter Einbeziehung notwendiger Rechtsgrundlagen, aus der Sicht eines Bauingenieurs praxisnah aufbereitet.

## 2 Leistungsänderung

Betrachtet man die Ergebnisse der empirischen Untersuchungen von *Haghsheno/Kaben* und *Werkl*, lässt sich leicht erkennen, dass Leistungsänderungen sowie zusätzliche Leistungen die häufigsten Konfliktursachen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer darstellen. *Werkl* fasst die Ergebnisse seiner Erhebungen wie folgt zusammen:

*„Leistungsänderungen, zusätzliche Leistungen, fehlende oder unzureichende Planung und vertragliche Unklarheiten führen vornehmlich zu Streitigkeiten über die Vergütung der Bauleistung, über Mängel und die Bauzeit.“<sup>10</sup>*

Sowohl Auftraggeber als auch Auftragnehmer müssen sich über ihre Rechte und Pflichten im Umgang mit Leistungsänderungen im Klaren sein, um diesbezügliche Auseinandersetzungen zu vermeiden. Eine Erläuterung dessen soll im folgenden Abschnitt auf Basis des OGH-Urteils „1 Ob 58/98f“ vom 23.02.1999 erfolgen.

Es finden sich weitere, durchaus aktuellere Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes, die das Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers behandeln, beispielsweise „2 Ob 248/05t“ aus dem Jahre 2006, „9 Ob 41/04a“ von 2004, „1 Ob 44/00b“ von 2000 oder „1 Ob 251/99i“ von 1999. Letzteres wird, wie das gegenständliche Urteil, in der aktuellen Rechtsprechung zitiert. Die Wahl fiel auf das Urteil „1 Ob 58/98f“, da die Themen, die darin zusätzlich zum Leistungsänderungsrecht behandelt werden, ebenfalls Streitpotenzial besitzen. Hierzu zählen die Überschreitung von pönalisierten Fertigstellungsterminen, was im aktuellen Fall „6 Ob 101/17x“ erneut behandelt wurde. Weiters enthält die vorliegende Entscheidung den Einbehalt des gesamten Entgelts durch den Bauherrn, den Umgang mit Skontovereinbarungen nach Mangelverbesserung und den Skontoabzug aufgrund einer Gegenforderung.

### 2.1 Eckdaten zum Urteil

Im gegenständlichen Urteil beauftragte ein privater Bauherr<sup>11</sup> (Konsument) ein Bauunternehmen mit der Errichtung eines Doppelhauses. Wegen Leistungsänderungen des Bauherrn kam es zu Verzögerungen, wodurch der pönalisierte Fertigstellungstermin vom Bauunternehmen nicht eingehalten werden konnte. Aufgrund der Verzögerungen versuchte der Bauherr eine Pönalforderung gegenüber dem Bauunternehmen geltend zu machen und bezahlte die Schlussrechnung nicht. Der Unternehmer klagte den Bauherrn anschließend auf die Zahlung des Werklohns. Eine mangelhafte Ausführung des Unternehmers sowie ein Skontoabzug

<sup>10</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 15.

<sup>11</sup> Im Urteil „1 Ob 58/98f“ handelte es sich um eine zweiköpfige Bauherrngemeinschaft, die das Bauunternehmen beauftragte. Beklagter war ein Bauherr der Bauherrngemeinschaft. Zur leichteren Lesbarkeit wird im Folgenden die Bezeichnung „Bauherr“ verwendet.

des Bauherrn nach Mangelverbesserung verkomplizierten diese Auseinandersetzung zusätzlich.

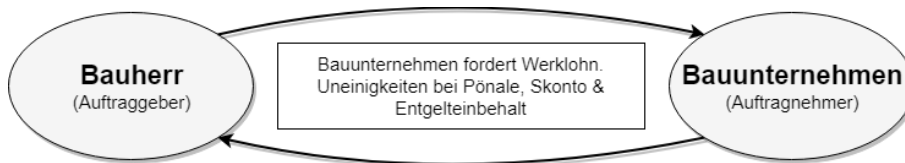


Abbildung 4: Grafische Darstellung des Sachverhaltes

<b>OGH-Urteil / GZ.:</b>	1 Ob 58/98f
<b>Datum:</b>	23. Februar 1999
<b>Beklagter:</b>	Ein Bauherr der zweiköpfigen „Bauherrengemeinschaft“
<b>Kläger:</b>	Bauunternehmer
<b>Streitgegenstand:</b>	Der Bauunternehmer forderte den ausstehenden Werklohn. Der Bauherr bestand auf die Bezahlung der Vertragsstrafe aufgrund der verspäteten Fertigstellung.

Tabelle 1: Eckdaten zum Urteil "1 Ob 58/98f"

## 2.2 Sachverhaltsdarstellung

Ein Bauunternehmen wurde mit der Errichtung eines Doppelhauses beauftragt. Der Starttermin war ursprünglich für Herbst 1989 und die Übergabe für April 1990 vorgesehen.

Folgende Punkte wurden vom Bauherrn ausgeschrieben bzw. mit dem Bauunternehmen vereinbart:

- ♦ In der Ausschreibung wurde die ÖNORM B 2110 vereinbart.
- ♦ Vom Auftragnehmer war ein Grobterminplan als Balkenplan dem Angebot beizufügen.
- ♦ Abweichend von der damals gültigen ÖNORM B 2110 wurden drei Jahre Gewährleistungsfrist und 5 % Haftungsrücklass vereinbart.
- ♦ Es wurde eine Pönale von 0,5 % der Auftragssumme je Kalendertag Terminüberschreitung festgelegt.
- ♦ Vom beauftragten Unternehmen wurde ein Skontoabzug von 4 % (Skontofrist 8 Tage) gewährt.

Der Starttermin verschob sich nach hinten und der Bauunternehmer schlug vor, den pönalisierten Fertigstellungstermin auf den 15. Juni 1990

(KW 24) zu verschieben. Diese Änderung wurde vom Bauherrn bestätigt. Durch einen Arbeitsunfall während der Estricharbeiten kam es zu einer weiteren einvernehmlichen Änderung des Fertigstellungstermins auf den 22. Juni 1990 (KW 25).

Anschließend änderte der Bauherr den ursprünglich vereinbarten Leistungsumfang wie folgt ab:

*Leistungsänderungen des Bauherrn*

#### ▪ **Änderung 1: Fußboden- und Stiegenbelag**

Der Holzfußboden hätte in der KW 23 verlegt werden sollen. Der Bauherr änderte den Leistungsumfang auf einen verklebten Fußboden, wegen der von ihm angenommenen besseren Wärmeleitfähigkeit. Zudem wünschte er sich eine andere Holzart. In der KW 20 hatte der Bauherr noch keine Entscheidung über die Art des Fußboden- und Stiegenbelags getroffen. In der KW 22 teilte das Bauunternehmen dem Bauherrn mit, dass die Lieferzeit für die gewünschte Holzart sechs Wochen betragen würde und die Anfertigung der Stiege ebenfalls sechs Wochen in Anspruch nehmen würde. Die Entscheidung zur Holzart traf der Bauherr erst in der KW 23. Das Bauunternehmen hielt daraufhin fest, dass eine Fertigstellung bis zur KW 25 aufgrund der langen Lieferzeiten unmöglich geworden war. Das Bauunternehmen erklärte den Terminplan aus den genannten Gründen für ungültig.

#### ▪ **Änderung 2: Fensterbeschichtung**

Der Fenstereinbau war für die KW 22 vorgesehen. Abgehend von der ursprünglich einmaligen und farblosen Imprägnierung, wünschte sich der Bauherr eine vollständig beschichtete Oberfläche. Die diesbezügliche Entscheidung des Bauherrn fiel erst in der KW 20. Mit den Streicharbeiten konnte in der KW 20 begonnen werden und der Fenstereinbau erfolgte nach Fertigstellung der Streicharbeiten. Mit den Trockenbauarbeiten konnte, wegen einem möglichen Feuchtigkeitseintritt, erst nach Fenstereinbau begonnen werden. Im ursprünglichen Bauzeitplan war die Montage der Gipskartonplatten vor Einbau der Fenster vorgesehen, was technisch nicht möglich war.

#### ▪ **Änderung 3: Elektroinstallation**

Der Bauherr hatte zahlreiche Änderungen hinsichtlich der Elektroinstallation, die direkt mit dem ausführenden Elekrounternehmen abgewickelt wurden. Die Elektroinstallationsarbeiten waren für die KW 13 vorgesehen, die Änderungen des Bauherrn verursachten einen Mehraufwand von 17 Stunden.

In der KW 25 hielt das Bauunternehmen in einem Schreiben an den Bauherrn fest, dass sich der Einbau der Gipskartonplatten wegen der verspäteten Entscheidung des Bauherrn zur Fensterbeschichtung verzögert hatte. Weiters würde die Lieferung der Holzstiege in der KW 29 erfolgen

*Fortsetzung des Sachverhaltes*

und es fehlte noch immer eine Freigabe des Bauherrn zum Bodenverlegenplan. Die Erstellung eines genauen Terminplans wäre erst nach Erhalt der Freigabe des Bauherrn möglich. Der alte Terminplan wurde aufgrund der Umstände wiederholt vom Bauunternehmen für ungültig erklärt.

Zwei Tage nach dem ersten Schreiben verschickte das Bauunternehmen ein weiteres Schreiben an den Bauherrn und begründete erneut sämtliche Terminverzögerungen bis zur KW 29. Zudem teilte er dem Bauherrn mit, dass er die weiteren Arbeiten unmöglich rechtzeitig fertigstellen könnte. Infolge Undurchführbarkeit würden die weiteren Arbeiten somit aus seinem Leistungsumfang ausscheiden.

Der Bauherr antwortete, dass das Bauunternehmen die Arbeiten weiterhin ausführen und bis zum Einzugstermin (KW 33 / 34) fertigstellen sollte. Der Bauherr zog in der KW 33 in die unfertige Doppelhaushälfte ein. Die Verlegung der Fliesen fand in der KW 36 statt, der Außenputz in der KW 39. Das Übergabeprotokoll war mit 12. Oktober 1990 (KW 41) datiert.

Am 25. Oktober 1990 (KW 43) bat der Bauherr (nach Erhalt einer Rechnung) um eine ordentliche Schlussrechnung inkl. sämtlichen Mehrleistungen gemäß ÖNORM B 2110. Er bemängelte, dass die Skontofrist auf der ersten Rechnung nicht vertragskonform war und bat um die Verbesserung festgehaltener Ausführungsmängel bis zur KW 46. Der Bauherr bekräftigte, dass er die Bezahlung erst nach Eingang der Schlussrechnung vornehmen würde. Die Mängelbehebung wurde einvernehmlich für Ende November 1990 (KW 47/48) angesetzt.

*Ordentliche  
Schlussrechnung*

Das Bauunternehmen stellte die Schlussrechnung am 8. November 1990 (KW 45) mit dem Beisatz „8 Tage 4 % Skonto, 30 Tage netto“ und der Bitte, die geleisteten Abschlagszahlungen von dieser Summe abzuziehen.

Der Bauherr antwortete auf die Schlussrechnung am 16. November 1990 (KW 46) und bemängelte einige Positionen. Er akzeptierte einen etwas geringeren Betrag, zog hiervon 4 % Skonto sowie seine Abschlagszahlungen ab und nannte erstmals in diesem Schreiben einen **Abzug einer Pönale** durch eine Zeitverzögerung von 112 Tagen (Übergabe am 12. Oktober 1990 statt am 22. Juni 1990). Aufgrund dieser Gegenforderung leistete der Bauherr keine weiteren Zahlungen.

*Erstmalige Nennung  
der Pönale*

Die gerügten Mängel im Fußboden wurden erst in Juli 1993 vom Bauunternehmen ausgebessert. Bis zum erstinstanzlichen Gerichtsurteil wurde der Werklohn aufgrund der Gegenforderung vom Bauherrn einbehalten. Den Haftrücklass entrichtete der Bauherr rechtzeitig nach Ablauf der Gewährleistungsfrist.

*Mangelverbesserung und  
Entgelteinbehalt*

### 2.2.1 Zusammenfassung / Fragestellungen

Aus dem oben angeführten Sachverhalt ergeben sich folgende Fragestellungen, die in der anschließenden Beurteilung des Obersten Gerichtshofes erläutert wurden:

- **Zur Leistungsfrist und Pönale**
  - ♦ Wie werden die Leistungsänderungen und die fehlende Mitwirkung des Bauherrn im Bauzeitplan berücksichtigt und wie wirkt sich dies auf die Pönalvereinbarung aus?
- **Zum Einbehalt des Entgelts**
  - ♦ Handelte der Bauherr rechtmäßig, als er das Entgelt aufgrund der Gegenforderung einbehält? Durfte er den gesamten Werklohn oder nur einen Teil einbehalten?
  - ♦ Wirkt sich der Haftungsrücklass auf den Entgelteinbehalt des Bauherrn aus?
- **Die Skontovereinbarung**
  - ♦ Hatte der Bauherr nach Mangelverbesserung Anspruch auf den Skontoabzug oder bestand dieser nur ab Datum der Schlussrechnung?
  - ♦ Konnte die Gegenforderung des Bauherrn überhaupt als „Zahlung“ innerhalb der Skontofrist gewertet werden?

## 2.3 Rechtliche Beurteilung des OGH

Die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes wurde vom Obersten Gerichtshofes in mehrere Abschnitte gegliedert. Diese Gliederung soll in der folgenden Analyse beibehalten werden. Zunächst wurde das Thema des berechtigten oder unberechtigten Skontoabzuges nach Mängelanie- rung behandelt. Anschließend wurde die Frage der Pönalvereinbarung unter der Berücksichtigung der Leistungsänderungen und fehlende Mitwirkung des Bauherrn erörtert. Letztlich wurde der Einbehalt des Entgelts durch den Bauherrn untersucht.

### ▪ Zum Skontoabzug

Der Oberste Gerichtshof befasste sich zunächst mit der Frage, ob der Skontoabzug des Bauherrn nach Mangelverbesserung des Unternehmers rechtmäßig war. Der Begriff des Skontos wurde folgendermaßen definiert:

*„Unter einem "Skonto" wird ein Barzahlungsrabatt, ein prozentueller Preisnachlaß für den Fall der unverzüglichen Regulierung einer Lieferantenverbindlichkeit verstanden, der auf den Fakturenbetrag bei Barzahlung binnen einer bestimmten Frist gewährt wird. [...]“<sup>12</sup>*

*Skonto (Definition)*

Der Sinn eines Skontos beim Werkvertrag liegt darin, eine schnellere Abwicklung des Vertrages zu gewährleisten. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn der Auftragnehmer besondere Aufwendungen, wie Mahnungen schreiben oder Gerichtsverfahren einleiten muss, um zu seinem Entgelt zu kommen. Somit kann im Zweifel angenommen werden, dass ein Abzug des Skontobetrages nur bei rechtzeitiger Bezahlung des gesamten Rechnungsbetrages rechtmäßig ist.<sup>13</sup>

Die Frage, die jedoch in der bisherigen Rechtsprechung nicht erläutert wurde, ist, wie mit dem Skontoabzug und der Skontofrist umgegangen werden soll, wenn der Bauherr einen Gewährleistungsanspruch auf Mangelverbesserung hat. Kann ein Bauherr, der von seinem Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 1052 ABGB Gebrauch macht, d. h. einen Teil des Entgelts zurückbehält, auch nach Verbesserung des Mangels die um den Skontoabzug verminderte Summe überweisen, wenn dies innerhalb der Skontofrist passiert? Beginnt die Skontofrist nach der Sanierung überhaupt nochmal zu laufen?

*Skonto beim Gewährleistungsanspruch*

Der OGH erläuterte in diesem Fall, dass der Werklohn grundsätzlich erst nach Verbesserung des mangelhaften Werkes fällig wird und vorher seitens des Werkbestellers keine Zahlungspflicht besteht. Bei fehlender vertraglicher Regelung ist somit im Zweifel davon auszugehen, dass die Skontofrist **nicht von der Fälligkeit des Werklohns abzukoppeln ist**

*Fälligkeit des Werklohns*

<sup>12</sup> OGH 31.10.1989, 5 Ob 630/89, RIS-Justiz RS0018147.

<sup>13</sup> Vgl. OGH 31.10.1989, 5 Ob 630/89, RIS-Justiz RS0018147.

und ebenfalls nach der Verbesserung zu laufen beginnt. Eine andere Betrachtungsweise hätte zur Folge, dass der Werkbesteller in einem solchen Fall vor der Wahl stünde, entweder vom Skonto Gebrauch zu machen oder auf die Verbesserung durch den Einbehalt des Entgelts zu drängen.<sup>14</sup> Durch die Tatsache, dass die Mängelfreiheit bei Bauverträgen gemäß dem OGH „im ersten Anlauf“<sup>15</sup> oft nicht gegeben ist, würde dies zu einer deutlich benachteiligenden Position des Auftraggebers führen. Der Auftragnehmer könnte bewusst mangelhaft ausführen, um eine Leistungsverweigerung seitens des Auftraggebers zu provozieren, welches zu einem Verlust seines Skontoanspruches führen würde.<sup>16</sup> Das Bestehen eines Verbesserungsanspruches ändert somit nichts an der Tatsache, dass der Bauherr erst nach Sanierung des Mangels, den um den Skonto verminderten Betrag fristgerecht entrichten darf.

In den seltensten Fällen wird ein Bauvertrag mit einer einzelnen Gesamtrechnung beglichen. Die übliche Vorgehensweise<sup>17</sup> bildet das Stellen von regelmäßigen Teilrechnungen, sogenannte Abschlagsrechnungen, um den erheblichen Vorfinanzierungsaufwand von Bauprojekten für den Auftragnehmer abzuschwächen. Der OGH erläuterte in diesem Fall, dass auf Teilrechnungen gewährte Skontoabzüge nicht wieder vom Auftragnehmer zurückgefordert werden können, weil spätere Skontofristen überschritten werden.<sup>18</sup> Ein einmal gewährter Skontoabzug bei einer Abschlagsrechnung kann somit nicht zurückverlangt werden. Den Beweis für die fristgerechte Zahlung von Teilbeträgen muss jedoch der Begünstigte liefern, also in diesem Fall der Bauherr.<sup>19</sup>

*Skonto bei  
Abschlagsrechnungen*

Letztlich wurde noch die Frage erörtert, ob der Auftraggeber durch eine Gegenforderung zum Skontoabzug berechtigt war. Der OGH erläuterte, dass hier grundsätzlich nach dem Inhalt der Skontovereinbarung vorzugehen ist. Wird im Vertrag eine „Barzahlung“ vereinbart, dann kann auch nur eine Barzahlung zum Skontoabzug berechtigen. Wird jedoch keine Einschränkung bei der Zahlungsart vereinbart, beispielsweise bei Vereinbarung fristgerechter „Zahlung“, dann kann eine Gegenforderung ebenfalls zum Skontoabzug berechtigen.<sup>20</sup>

*Skontoabzug durch  
Gegenforderung*

<sup>14</sup> Vgl. REBHAN, Glosse in JBl 1990, 253. Zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>15</sup> OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>16</sup> Vgl. REBHAN, Glosse in JBl 1990, 253. Zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>17</sup> Vgl. Pkt 8.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>18</sup> Vgl. OGH 15.05.1997, 1 Ob 2127/96t, RIS-Justiz RS0018147 (T2).

<sup>19</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0043705 (T1).

<sup>20</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111947.



## ▪ Zur Leistungsfrist und Pönale

In weiterer Folge wurde vom OGH erörtert, ob die Pönalforderung des Bauherrn aufgrund der Übertretung der Leistungsfrist rechtmäßig war. Es wurde zunächst die Rechtsgrundlage genannt, welche sich im § 1336 Abs 1 Satz 1 ABGB finden lässt:

*„Die vertragschließenden Teile können eine besondere Übereinkunft treffen, daß auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art oder zu spät erfüllten Versprechens ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle [...]“<sup>21</sup>*

*Pönale gemäß ABGB*

Die Pönale, auch Konventionalstrafe genannt, ist eine Pauschalierung zukünftig möglichen Schadens und hat den Sinn, komplizierte Schadensberechnungen zu vermeiden und die Einhaltung des Vertrages zu bewirken.<sup>22</sup> Dadurch, dass die Pönale eine Vorpauschalierung des Schadenersatzes ist, wird sie auch dann fällig, wenn kein Schaden eintritt.<sup>23</sup>

Die Frage, die vom OGH geklärt werden musste, war, wie mit der Vertragsstrafe umzugehen war, wenn eine fehlende Mitwirkung oder eine Leistungsänderung des Auftraggebers dazu geführt hatte, dass der pönalisierte Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden konnte. Der OGH führte zunächst eine ähnliche Entscheidung<sup>24</sup> des deutschen Bundesgerichtshofes an, in der eine Verlängerung der pönalisierten Leistungsfrist aus der Sphäre des Werkbestellers, nur gerechtfertigt war, **wenn die Verzögerung nicht sonderlich ins Gewicht fällt**. Eine schwerwiegende Verzögerung, die den Zeitplan förmlich „über den Haufen“ wirft, konnte mit der ursprünglichen Vereinbarung eines pönalisierten Fertigstellungstermins nicht gemeint gewesen sein. Laut dem deutschen BGH würde dies jedenfalls nicht den „Grundsätzen von Treu und Glauben“ entsprechen. Der OGH bestätigte, dass die Ergebnisse dieser BGH-Entscheidung auch für das österreichische Recht<sup>25</sup> übernommen werden konnten.

*Pönale bei Verzögerungen aus der Sphäre des AG*

Der OGH hatte bereits in der Entscheidung „8 Ob 336, 337/67“ bestätigt, dass eine erhebliche Verzögerung durch eine fehlende Mitwirkung des Bestellers dazu führt, dass der Auftragnehmer keine Konventionalstrafe entrichten muss.<sup>26</sup> Die Überlegungen der damaligen Entscheidung wurden mit dem gegenständlichen Urteil um das Thema der Leistungsänderungen des Auftraggebers ergänzt.

Dem ursprünglichen Vertrag wurden „sämtliche zum Zeitpunkt der Angebotslegung gültigen ÖNORMEN“ zugrunde gelegt. Gemäß Pkt 2.10.5.1 der ÖNORM A 2060:1983 (inhaltlich übereinstimmend mit Pkt 2.23.1 der

*Leistungsänderungsrecht des AG*

<sup>21</sup> § 1336 Abs 1 Satz 1 ABGB.

<sup>22</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>23</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111949.

<sup>24</sup> Vgl. WM 1974, 206; NJW 1966, 971 = LM § 339 BGB Nr 11, zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>25</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111948.

<sup>26</sup> Vgl. OGH 19.12.1967, 8 Ob 336/67, RIS-Justiz RS0032040.

ÖNORM B 2110:1995) war der Auftraggeber berechtigt, Leistungsänderungen anzuordnen, sofern diese Leistungen für den Auftragnehmer zumutbar waren. Sollten Änderungen, die aus der Sphäre des Auftraggebers stammen, zu einer Verzögerung der Leistungsfrist führen, dann hatte der Auftragnehmer Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist und Anpassung des Entgelts, wenn er den Auftraggeber ehestens verständigt hat. Etwaige pönalisierte Termine würden erst nach Verstreichen der verlängerten Frist eintreten. Die Ermittlung der Dauer der Leistungsstörung und neuen Leistungsfrist musste sich an dem bestehenden Auftrag (Bauzeitplan) orientieren.

Die Zumutbarkeit von Leistungsänderungen durch den Auftraggeber kann, gemäß dem OGH, nur im Einzelfall entschieden werden. Als Richtwert des Obersten Gerichtshofes wurde eine 15-prozentige Überschreitung der bestehenden Auftragssumme genannt, wenn es sich für den Unternehmer um die ungeplante Bindung von Kapazitäten oder um nicht kostendeckende Mehrpreise handelt.<sup>27</sup>

*Zumutbarkeit von Leistungsänderungen*

Der OGH musste anschließend die Frage erörtern, ob die Handlungen der Vertragspartner darauf schließen ließen, dass sie definitiv vom zweiten Bauzeitplan (Anpassung auf KW25 aufgrund von Verzögerungen bei den Estricharbeiten) abgegangen sind. Als diesbezügliche Rechtsgrundlage führte der OGH den § 863 Abs 1 ABGB an, in dem der Wille auch stillschweigend ausgedrückt werden kann, wenn es keine Gründe gibt, daran zu zweifeln. Hierbei seien gemäß Abs 2 auch die Gebräuche und Gewohnheiten des redlichen Verkehrs zu berücksichtigen.

*Stillschweigende Willenserklärung*

*„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.“<sup>28</sup>*

Durch die Leistungsänderungen des Bauherrn, die verlängerten Lieferfristen und die fehlende Mitwirkung bei Materialentscheidungen, war schlüssig nachvollziehbar, dass der vereinbarte Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden konnte. Das Schreiben des Auftragnehmers, dass der Terminplan ungültig geworden war, ließ der Auftraggeber unkommentiert und somit unwidersprochen, welches laut dem Gericht als **stillschweigende Annahme** dieser Tatsache galt. Es wurden in weiterer Folge keine weiteren Fertigstellungstermine vereinbart, welches die vertraglichen Regelungen zur Pönale außer Kraft setzte. Die weiteren Leistungen mussten aufgrund einer fehlenden Regelung innerhalb angemessener Zeit erfolgen.

*Aufhebung des Fertigstellungstermins*

Der Bauherr hätte einen tatsächlichen Verzögerungsschaden geltend machen können, ein solcher sei in diesem Fall aber nicht eingetreten. Die

<sup>27</sup> Vgl. JURECKA, W. et al.: Kommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen. 2. Auflage. B 2110 Anm. 23.1. S. 43.

<sup>28</sup> § 863 Abs 1 ABGB.

Pönalforderungen des Bauherrn wurden aus den genannten Gründen für nichtig erklärt.

▪ **Zum Einbehalt des Entgelts**

Die abschließende Frage, die der OGH zu klären hatte, war ob der Einbehalt des Entgelts durch den Bauherrn aufgrund der vorhandenen Mängel, rechtmäßig war. Als Rechtsgrundlage des Leistungsverweigerungsrechts nannte der OGH § 1052 ABGB:

*„Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein. Auch der zur Vorausleistung Verpflichtete kann seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn diese durch schlechte Vermögensverhältnisse des anderen Teiles gefährdet ist, die ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht bekannt sein mußten.“<sup>29</sup>*

*Leistungsverweigerungsrecht gemäß ABGB*

Der Bauherr hatte, unter Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts, die Möglichkeit das Entgelt einzubehalten, um den Auftragnehmer zur Verbesserung anzuspornen.<sup>30</sup> Der Bauherr war nach der ständigen Rechtsprechung<sup>31</sup> des OGH dazu berechtigt, den gesamten Werklohn bis zur ordentlichen Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer zurückzubehalten. Die Grundlage hierfür bildet § 1170 Satz 1 ABGB, welches besagt, dass das Entgelt erst nach Vollendung des Werkes zu entrichten ist.<sup>32</sup>

*Höhe des Entgelteinhalts*

Ein Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers besteht jedoch nach Rechtsprechung nicht für unbedeutende Mängel bzw. wenn die Ausübung dieses Rechts zur „Schikane“ des Auftragnehmers führt.<sup>33</sup> Im vorliegenden Fall konnte jedoch von unbedeutenden Mängel keine Rede sein.

*Leistungsverweigerung bei unbedeutenden Mängeln*

Ein vereinbarter Haftungsrücklass dient dem Auftraggeber als Druckmittel gegenüber seinem Auftragnehmer zur Verbesserung zunächst verborgener Mängel, die während der Gewährleistungsfrist auffallen und bei Übergabe vorhanden waren. Das Bestehen eines Haftungsrücklasses führt nicht zu einem Verzicht des Leistungsverweigerungsrechts des Auftraggebers.<sup>34</sup>

*Haftungsrücklass und Entgelteinbehalt*

Aufgrund der Tatsache, dass der Bauherr als Konsument einzustufen war, galt im gegenständlichen Fall auch das Konsumentenschutzgesetz. In den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauunternehmens gab es eine Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts des Bauherrn auf die nur für die Mängelbehebung notwendigen Kosten. Der OGH betrachtete diese

*Einschränkung des Einbehaltungsrechts beim Konsumenten*

<sup>29</sup> § 1052 ABGB.

<sup>30</sup> Vgl. OGH 05.12.1979, 6 Ob 740/79, RIS-Justiz RS0021925.

<sup>31</sup> Vgl. OGH 08.02.1966, 8 Ob 24/66, RIS-Justiz RS0021730.

<sup>32</sup> Vgl. § 1170 Satz 1 ABGB.

<sup>33</sup> Vgl. OGH 21.02.1979, 1 Ob 542/79, RIS-Justiz RS0018637.

<sup>34</sup> Vgl. OGH 31.01.1991, 8 Ob 628/90, RIS-Justiz RS0018128.

Klausel jedoch als nichtig, da sie gegen § 6 Abs 1 Z6 und Z7 KSchG verstoße:

*„Für den Verbraucher sind besonders solche Vertragsbestimmungen im Sinn des § 879 ABGB jedenfalls nicht verbindlich, nach denen ein dem Verbraucher nach dem Gesetz zustehendes Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen oder eingeschränkt wird.“<sup>35</sup>*

Der Bauherr hatte gemäß der Entscheidung des OGH das Recht, das Entgelt in voller Höhe zurückbehalten bis zur vollständigen Verbesserung des nicht unbedeutenden Mangels.

### 2.3.1 Zusammenfassung / Ergebnisse

Die rechtliche Beurteilung des Obersten Gerichtshofes hatte folgende Bedeutung für den Bauherrn und für das Bauunternehmen:

#### ▪ Zum Skontoabzug

Der Skontoabzug des Bauherrn war berechtigt, obwohl die Zahlung erst nach der Verbesserung des Mangels stattfand. Den Skontoabzug auf die Schlussrechnung zu beschränken wäre bei Vorhandensein von bedeutenden Mängel für den Auftraggeber benachteiligend. Eine Gegenforderung kann grundsätzlich auch als „Zahlung“ innerhalb der Skontofrist gewertet werden, wenn die vertraglichen Regelungen diese Möglichkeit nicht einschränken.

#### ▪ Zur Leistungsfrist und Pönale

Der Abzug der Konventionalstrafe durch den Bauherrn war nicht rechtmäßig, da das Bauunternehmen diese Leistungsfrist schlüssig für ungültig erklärte und der Bauherr diese Tatsache stillschweigend akzeptierte. Eine weitere Anpassung der Leistungsfrist wurde nicht vorgenommen, womit ein Abzug von Pönalgebühren keine Rechtfertigung hatte. Die Ausführung musste nur innerhalb einer angemessenen Frist erfolgen.

#### ▪ Zum Einbehalt des Entgelts

Der Entgelteinbehalt des gesamten Werklohns durch den Bauherrn bis zur Verbesserung war gerechtfertigt. Eine Leistung muss nach den Regelungen des ABGB grundsätzlich erst nach Vollendung des Werkes bezahlt werden. Eine Einschränkung dieses Leistungsverweigerungsrechts in den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Bauunternehmens wurde für ungültig erklärt, da der Bauherr Konsument war und dies gegen das Konsumentenschutzgesetz verstößt.

<sup>35</sup> § 6 Abs 1 Z7 KSchG.

## 2.4 Analyse des Konflikts

Im folgenden Abschnitt folgt die Analyse der Konfliktursachen aus dem Sachverhalt anhand von Expertenbeiträgen aus der Literatur. Zunächst folgt ein Überblick, über die behandelten Fragestellungen, der sich an die Gliederung der rechtlichen Beurteilung hält.

### 2.4.1 Überblick

#### 2.4.2 Zur Leistungsfrist und Pönale 21

2.4.2.1 Grundlagen zum Bauvertrag .....	21
2.4.2.2 Aufgabe des Bauvertrages .....	23
2.4.2.3 Leistungsziel vs. Bau-Soll .....	24
2.4.2.4 Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers .....	25
2.4.2.5 Zumutbarkeit von Leistungsänderungen .....	26
2.4.2.6 Folgen einer Leistungsänderung .....	26
2.4.2.7 Nebenleistungen .....	28
2.4.2.8 Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen .....	28
2.4.2.9 Pönale gemäß ABGB .....	29
2.4.2.10 Pönale gemäß ÖNORM B 2110 .....	29
2.4.2.11 Höhe einer Pönale .....	30
2.4.2.12 Pönale bei Verlängerung der Leistungsfrist .....	31
2.4.2.13 Stillschweigende Außerkraftsetzung der Fertigstellungstermine .....	32
2.4.2.14 Die Meinung <i>Oberndorfers</i> zu den Grenzen einer Pönalvereinbarung .....	33
2.4.2.15 Zusammenfassung der Überlegungen von <i>Oberndorfer</i> .....	35

#### 2.4.3 Zum Einbehalt des Entgelts 36

2.4.3.1 Leistungsverweigerungsrecht gemäß ABGB .....	36
2.4.3.2 Zurückbehaltungsrecht gemäß ÖNORM B 2110 .....	37
2.4.3.3 Vergleich des Einhalts gemäß ABGB und ÖNORM B 2110 .....	38

#### 2.4.4 Zum Skontoabzug 39

2.4.4.1 Skontoabzug bei Abschlagsrechnungen .....	40
2.4.4.2 Skontoabzug durch eine Gegenforderung .....	40

#### ▪ Zur Leistungsfrist und Pönale

Im folgenden Abschnitt wird auf die Leistungsänderungen des Bauherrn, die Pönalvereinbarung und die Verlängerung der Leistungsfrist eingegangen. Es wird aufgezeigt, wann sich eine Leistungsänderung auf die pönalisierte Fertigstellungstermine auswirken kann und Lösungsansätze von *Oberndorfer* zu dieser Problematik erläutert. Des Weiteren wird auf die folgenden Fragestellungen eingegangen:

- ◆ Worauf gründet das Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers? Welche Rechtsgrundlagen gibt es generell neben dem Bauvertrag und was ist die wichtigste Aufgabe des Bauvertrages?
- ◆ Was ist das Bau-Soll und wo besteht der Unterschied zum Leistungsziel des Auftraggebers?
- ◆ Welche Voraussetzungen bestehen für eine Leistungsänderung des Auftraggebers und wo liegen die Grenzen für den Auftragnehmer? Welche Folgen, sowohl zeitlich als auch monetär, hat eine Leistungsänderung des Bauherrn?
- ◆ Auf welchen Rechtsgrundlagen im ABGB beruht die Vertragsstrafe? Wie sind die Regelungen der ÖNORM B 2110 zur Pönale? Welche Begrenzungen hinsichtlich der Höhe einer Pönale gibt es?
- ◆ Wurde der vereinbarte Bauzeitplan tatsächlich schlüssig aufgehoben? Wie konnte das Schweigen des Bauherrn als Annahme dieser Tatsache gelten?

#### ▪ **Zum Einbehalt des Entgelts**

In diesem Abschnitt werden die Grundlagen zum Einbehalt des Entgelts erläutert. Die unterschiedlichen Regelungen des ABGB und der ÖNORM B 2110 werden aufgezeigt. Weiters werden folgende Fragestellungen behandelt:

- ◆ Unter welchen Voraussetzungen darf ein Bauherr das Entgelt einbehalten? Welche Rechtsgrundlagen beinhaltet das ABGB diesbezüglich?
- ◆ Wie regelt die ÖNORM B 2110 das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers und wie unterscheiden sich die Regelungen zum ABGB?
- ◆ Welche Rolle spielt die Übernahme der Leistung beim Entgelteinbehalt? Unter welchen Voraussetzungen darf der Auftraggeber die Übernahme nach ABGB bzw. ÖNORM B 2110 verweigern?

#### ▪ **Zum Skontoabzug**

Letztlich wird auf die Frage eingegangen, wann ein Skontoabzug tatsächlich berechtigt ist. Die Details zum Skontoabzug bei Abschlagsrechnungen werden erläutert und es wird die Frage beantwortet, warum eine Gegenforderung als "Zahlung" innerhalb der Skontofrist gewertet werden kann.

## 2.4.2 Zur Leistungsfrist und Pönale

Die Leistungsänderung oder -mehrung stellt ein häufiges Problem im Bauwesen dar. Grundsätzlich schreibt ein Auftraggeber eine bestimmte Leistung aus, woraufhin der Bestbieter seinen Preis für die ausgeschriebene Leistung kalkuliert und den Auftrag zu diesen Bedingungen erhält.

In seine Kalkulation hat der Auftragnehmer die ausgeschriebene Leistung zu den angegebenen und den objektiv zu erwartenden Umständen einzu beziehen. Sollte es dem Unternehmer in der Ausschreibungsphase auffallen, dass die Ausschreibung des Auftraggebers zur Erreichung seines Leistungszieles ungenügend ist, dann muss der Unternehmer im Rahmen seiner vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht den Auftraggeber diesbezüglich aufklären, also warnen.

Ein Leistungsänderungsrecht nach Vertragsabschluss hat der Auftraggeber (nach der derzeit gültigen ÖNORM B 2110:2013) nur, wenn die Leistungsänderung zur Erreichung des Leistungszieles notwendig und dem Auftragnehmer zumutbar ist. Dies ist grundsätzlich nur möglich, wenn das vereinbarte Bau-Soll nicht mit dem Leistungsziel des Bauherrn übereinstimmt.

Eine gesetzliche Grundlage für das Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers besteht nicht, welches bedeutet, dass der Auftraggeber auch kein Leistungsänderungsrecht hat, wenn dies nicht vertraglich vereinbart wurde.<sup>36</sup> Der Auftragnehmer ist nach ABGB nicht dazu verpflichtet, andere als im Vertrag vorgesehene Leistungen zu erbringen.<sup>37</sup>

Grundsätzlich wird bei jeder Leistungsstörung mit Hilfe der Sphärentheorie ermittelt, in welchen Verantwortungsbereich die Störung fällt, um die Auswirkungen hinsichtlich Bauzeitverlängerung / -verkürzung und Mehr- / Minderkosten zuzuordnen. Leistungsänderungen werden grundsätzlich dem Auftraggeber zugeordnet, da sie einseitige Vertragsänderungen des Auftraggebers darstellen.

Eine Leistungsänderung kann sinngemäß nur bei Änderung eines bereits vereinbarten Leistungsumfangs erfolgen. Grundlage dieses Leistungsumfangs bildet der Bauvertrag, welcher folgend näher erläutert wird.

### 2.4.2.1 Grundlagen zum Bauvertrag

Der Bauvertrag bildet die Grundlage einer jeden Bautätigkeit, da er das wichtigste Element eines Bauvorhabens definiert, das gemeinsam vereinbarte **Bau-Soll**. Der Bau-Soll ist grundsätzlich die Summe aller Leistungen, die der Auftragnehmer aufgrund der Vertragsunterlagen unter den objektiv zu erwartenden Umständen zu erbringen hat.

*Bau-Soll*

<sup>36</sup> Vgl. MÜLLER, K.; STEMPKOWSKI, R.: Handbuch Claim-Management. 2. Auflage. S. 351.

<sup>37</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1133.

Der Bauvertrag wird rechtlich als Werkvertrag behandelt und unterliegt somit dem Werkvertragsrecht des ABGB. Dies wird damit begründet, dass der Fokus im Bauvertrag auf die Herstellung eines Werkes liegt und nicht, wie bei einem Kaufvertrag, auf die bloße Lieferung des Werkes oder Produktes.

*Rechtliche Einteilung*

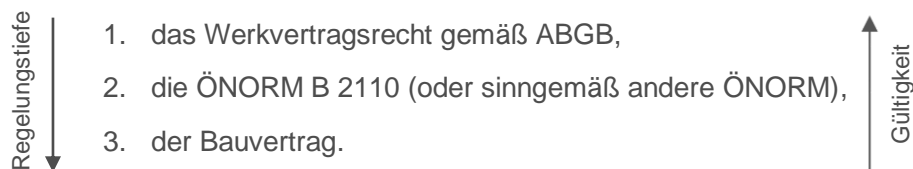
Der Bauvertrag ist gemäß § 883 ABGB nicht zwingend an die Schriftform gebunden. Mündlich abgeschlossene Bauverträge sind für alle Vertragspartner ebenso bindend, sind aber aufgrund der Nachweisbarkeit für lange, komplexe oder voraussichtlich problematische Bauvorhaben nicht zu empfehlen. Obwohl es im Werkvertragsrecht keine Pflicht zu schriftlichen Verträgen gibt, sieht die ÖNORM B 2110 aufgrund der Beweisbarkeit unter Pkt 5.7 die Pflicht zur Schriftform vor.<sup>38</sup>

*Formvorschriften beim Bauvertrag*

Oft wird die, für öffentliche Auftraggeber zwingende und für private Auftraggeber optionale, ÖNORM B 2110 dem Bauvertrag zu Grunde gelegt. Sie dient als Vertragsschablone für Bauvorhaben und regelt einige Punkte des Werkvertragsrechts spezifischer für das Bauwesen.

*Normative Grundlagen*

Die Hierarchie der normativen Grundlagen lautet somit wie folgt: jede weitere Stufe definiert die Inhalte der oberen Stufe für das Bauwesen genauer.



Wie einleitend beschrieben, wird die beabsichtigte Bauleistung ausgeschrieben, woraufhin der Bauvertrag zwischen Bauherr und Bestbieter abgeschlossen wird. Die Ausschreibung des Bauherrn bildet somit die Grundlage der beinhaltenen Leistungen und hat sich im Idealfall an die Bestimmungen von Pkt 4.2.1 der ÖNORM B 2110 zu orientieren.

Die Ausschreibung des Auftraggebers muss die Bauleistung vollständig beschreiben<sup>39</sup>, sowie sämtliche Umstände, die für die Ausführung der Leistung von Bedeutung sind, zu beinhalten. Hierzu zählen u. a. besondere Erschwernisse oder Erleichterungen<sup>40</sup>, welche die Kalkulation des Bieters wesentlich beeinflussen können. Der Bieter hat auch die Pflicht, die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen und diese in seine Kalkulation zu berücksichtigen.<sup>41</sup>

*Leistungsbeschreibung*

<sup>38</sup> Vgl. Pkt 5.7 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>39</sup> Vgl. Pkt 4.2.1.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>40</sup> Vgl. Pkt 4.2.1.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>41</sup> Vgl. Pkt 4.2.1.4 ÖNORM B 2110:2013.



Zusätzlich zum Leistungsumfang, wird in der Ausschreibung bzw. im Bauvertrag die Risikoübertragung festgelegt. Hier ist anzumerken, dass die Haftung gemäß Pkt 4.2.5 der ÖNORM B 2110 nur überwältigt werden kann, wenn das Risiko für den Auftragnehmer kalkulierbar ist.<sup>42</sup>

*Risikoübertragung*

#### 2.4.2.2 Aufgabe des Bauvertrages

Die wichtigste Aufgabe des Bauvertrages ist die vollständige, widerspruchsfreie und klare Festlegung des Bau-Solls, im Sprachgebrauch, der Bauleistung oder des Leistungsumfangs.

Im Einklang mit § 918 Abs 1 ABGB müssen folgende Inhalte vertraglich geregelt und festgehalten werden:

*Inhalte des Bauvertrags*

- ◆ die Art der Leistung unter den genannten und den **objektiv zu erwartenden Umständen** der Leistungserbringung,
- ◆ der Ort der Leistungserfüllung,
- ◆ die geforderte (Mindest-)Qualität der Leistung,
- ◆ die Leistungsfrist in Form von fixierten Terminen
- ◆ und der Preis der Leistung.

Um diese Voraussetzungen vollständig erfüllen zu können, müssen vor Angebotserstellung sämtliche für die Ausführung benötigten Informationen zur Verfügung stehen, die sogenannten „**Umstände der Leistungserbringung**“, denn diese bilden die Grundlage für die vom Auftragnehmer abzugebende Kalkulation.

Da sämtliche Umstände der Leistungserbringung unmöglich im Vorhinein erfasst werden können, besteht die Regelung des § 1168 ABGB, welches dem Auftragnehmer das Recht einräumt, bei Abweichungen von den genannten oder objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung auch vom vereinbarten Preis bzw. der vereinbarten Leistungsfrist abzuweichen. Die Forderung eines Vertragspartners auf terminliche oder preisliche Vertragsanpassung wird als Mehr- oder Minderkostenforderung (MKF) gemäß Pkt 3.10 der ÖNORM B 2110 bezeichnet.<sup>43</sup>

*Umstände der Leistungserbringung*

Durch den oft großen Umfang eines Bauvertrages kann es zu Vertragsbestimmungen kommen, die sich inhaltlich widersprechen. Dieser Umstand kann zu Unklarheiten im Vertrag führen, welche laut den Untersuchungen von *Werkl* eine sehr häufige Streitursache darstellen.<sup>44</sup> Aus diesem Grund

*Reihenfolge der Vertragsbestandteile*

<sup>42</sup> Vgl. Pkt 4.2.5 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>43</sup> Vgl. Pkt 3.10 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>44</sup> Vgl. WERKL, M.: Risiko- und Nutzerverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 13.

nennt die ÖNORM B 2110 unter Pkt 5.1.3 eine empfehlenswerte Reihenfolge der Gültigkeit von Vertragsbestandteilen.<sup>45</sup> Die Regelungen der ÖNORM B 2110 stellen eine Möglichkeit dar, wie die Reihenfolge der Vertragsbestandteile vereinbart werden kann, die Vertragspartner können diese Reihenfolge jedoch abändern. Sollte eine abweichende Reihenfolge von den Vertragsparteien vereinbart werden, dann ist darauf zu achten, dass zumindest die vorrangigen Vertragsbestandteile die Leistung korrekt abbilden.

### 2.4.2.3 Leistungsziel vs. Bau-Soll

Durch den Bauvertrag verpflichtet sich der Auftragnehmer dazu, eine bestimmte Leistung zu bestimmten Bedingungen und unter bestimmten Umständen zu erfüllen. Der Auftragnehmer wird so davor bewahrt, über die vereinbarte Leistung hinaus zusätzliche Leistungen erfüllen zu müssen, ohne eine zusätzliche Entlohnung dafür zu erhalten. Unter Pkt 3.8 der ÖNORM B 2110:2013 wird der Begriff des Bau-Solls folgendermaßen definiert:

*„Leistungsumfang; Bau-Soll*

*alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z. B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden“<sup>46</sup>*

*Bau-Soll (Definition)*

Der Auftraggeber trägt in seiner Ausschreibung das Vollständigkeitsrisiko sowie die Verantwortung, alle erkennbaren Umstände und kalkulierbare Risiken dem Bieter im Vorhinein zu nennen. Dies stellt grundsätzlich ein großes Risiko für den Auftraggeber dar. Unter Pkt 3.9 der ÖNORM B 2110:2013 wird das Leistungsziel des Auftraggebers definiert, welches das objektiv ableitbare Ziel des Bauvorhabens darstellt:

*„Leistungsziel*

*der aus dem Vertrag objektiv ableitbare vom Auftraggeber (AG) angestrebte Erfolg der Leistungen des Auftragnehmers (AN)“<sup>47</sup>*

*Leistungsziel (Definition)*

Das Leistungsziel stimmt bei einer vollständigen und fehlerfreien Ausschreibung mit dem vereinbarten Bau-Soll überein. Sollten die Ausschreibungsunterlagen zur Erreichung des Leistungszieles erkennbar ungenügend oder widersprüchlich sein, dann trifft dem Bieter eine vorvertragliche Warnpflicht gegenüber dem Auftraggeber. Der Bauherr wird durch die Warnpflicht des Bieters davor bewahrt, ein Werk zu erhalten, das nicht

*Abweichungen  
Bau-Soll & Leistungsziel*

<sup>45</sup> Vgl. Pkt 5.1.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>46</sup> Pkt 3.8 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>47</sup> Pkt 3.9 ÖNORM B 2110:2013.

seinem Leistungsziel, also dem ursprünglich angedachten Zweck des Werkes, entspricht.

#### 2.4.2.4 Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers

Durch die Tatsache, dass sämtliche Umstände der Leistungserbringung im Vorhinein unmöglich erkennbar sind, können während der Ausführung Umstände auftreten, die die Erreichung des Leistungszieles in Gefahr bringen. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, dass der Auftraggeber während der Bauphase Kenntnisse gewinnt, die ihn zu einer Meinungsänderung hinsichtlich des ursprünglichen Leistungsumfangs bewegen.

Die ÖNORM B 2110 gewährt dem Auftraggeber ein Leistungsänderungsrecht, welches keine Grundlage im Werkvertragsrecht des ABGB findet, aber für das Bauwesen durchaus sinnvoll ist. Eine Leistungsänderung wird unter Pkt 3.7.1 der ÖNORM B 2110 wie folgt definiert:

*„Leistungsänderung:*

*Leistungsabweichung, die vom Auftraggeber (AG) angeordnet wird. Beispiele sind vom AG angeordnete Qualitätsänderungen.“<sup>48</sup>*

*Leistungsänderung  
(Definition)*

Die ÖNORM B 2110 definiert das Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers unter Pkt 7.1:

*„Der AG ist berechtigt den Leistungsumfang zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungszieles notwendig und dem AN zumutbar ist.“<sup>49</sup>*

*Leistungsänderungsrecht  
gemäß ÖNORM B 2110*

Der Begriff des Leistungszieles definiert den angestrebten Erfolg des Auftraggebers bzw. dem Nutzungszweck der Bautätigkeit. Allerdings lässt der obige Punkt der ÖNORM den Interpretationsspielraum, dass der Auftragnehmer zur Herstellung des Leistungszieles und nicht des Bau-Solls verpflichtet ist. Aus diesem Grund findet sich folgender Zusatz unter Pkt 7.1:

*„Mit dem vereinbarten Entgelt ist der Leistungsumfang, nicht jedoch das Erreichen des Leistungszieles abgegolten.“<sup>50</sup>*

*Vereinbarter  
Leistungsumfang*

Mit dem Leistungsumfang ist das Bau-Soll gemeint. Somit wird klargestellt, dass ein Werkunternehmer die Pflicht zur Herstellung des Bau-Solls übernimmt, jedoch aufgrund seiner vertraglichen Nebenpflicht den Auftraggeber warnen muss, falls das definierte Bau-Soll zur Erreichung des Leistungszieles (erkennbar) untauglich ist.

Der Auftraggeber hat gemäß der ÖNORM B 2110 das Recht, den Leistungsumfang, sprich das Bau-Soll, zu ändern, sofern dies zur Erreichung des Leistungszieles notwendig und für den Auftragnehmer zumutbar ist.

<sup>48</sup> Pkt 3.7.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>49</sup> Pkt 7.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>50</sup> Pkt 7.1 ÖNORM B 2110:2013.

Dementsprechend gebührt dem Auftragnehmer auch eine Anpassung des Entgelts und der Leistungsfrist in Fortschreibung des bestehenden Vertrages.<sup>51</sup>

Änderungen, die nicht zur Erreichung des Leistungszieles notwendig sind oder für den Auftragnehmer unzumutbar sind, unterliegen nicht dem Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers. Solche Änderungen stellen Vorschläge des Auftraggebers zur Änderung des vereinbarten Leistungsumfanges dar, die der Auftragnehmer ohne rechtliche Konsequenzen ablehnen kann.<sup>52</sup>

*Grenzen des Leistungsänderungsrechts*

#### 2.4.2.5 Zumutbarkeit von Leistungsänderungen

Ein wichtiger Zusatz der Regelung gemäß Pkt 7.1 der ÖNORM B 2110 ist, dass eine Leistungsänderung, die eine einseitige Änderung einer vertraglichen Vereinbarung darstellt, nur angeordnet werden kann, wenn die Änderung für den Auftragnehmer zumutbar ist. Doch wo liegen die Grenzen der Zumutbarkeit für den Auftragnehmer?

Der OGH beschreibt, dass die Zumutbarkeit einer Leistungsänderung durch den Auftraggeber nur im Einzelfall entschieden werden kann. *Jurecka et al.*<sup>53</sup> beschreiben, dass die Zumutbarkeitsgrenze bei etwa 15 % der ursprünglichen Auftragssumme liegt, sollte der Auftragnehmer ungeplante Kapazitäten binden oder zu nicht kostendeckenden Preisen erbringen müssen. Diese Grenze ist jedoch vom Einzelfall abhängig und kann, je nach Auftrag, höher oder tiefer liegen.

*Grenzen der Zumutbarkeit*

#### 2.4.2.6 Folgen einer Leistungsänderung

Der Auftraggeber hat das Recht, eine einseitige Änderung Leistungsumfanges zu bewirken, wenn die Änderung zur Erreichung des Leistungszieles notwendig und dem Auftragnehmer zumutbar ist. Dementsprechend logisch ist die Schlussfolgerung, dass Mehrkosten oder Bauzeitanpassungen, die durch diese Änderungen entstehen, auch dem Auftraggeber zuzuordnen sind.

Die ÖNORM B 2110 beschreibt unter Pkt 7.1, dass eine Leistungsänderung zur Anpassung des Entgelts und der Leistungsfrist führen kann.

*Vertragsanpassung*

<sup>51</sup> Vgl. Pkt 7.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>52</sup> Vgl. ANDERL, T.: Verteilung der Beweislast bei vom Auftraggeber angeordneten oder gewünschten Leistungsänderungen. In: bau aktuell 1/2018. S. 22.

<sup>53</sup> Vgl. JURECKA, W. et al.: Kommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen. 2. Auflage. B 2110 Anm. 23.1. S. 43.

Diese Anpassungen sind möglichst in Fortschreibung des bestehenden Vertrages durchzuführen.<sup>54</sup>

Der Anspruch des Auftragnehmers auf Vertragsanpassung entsteht jedoch nicht automatisch. Gemäß Pkt 7.3.1 der ÖNORM B 2110 hat der Auftragnehmer eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Auftraggeber, seinen Anpassungsanspruch vor Ausführung der Leistung dem Grunde nach nachweislich anzumelden.<sup>55</sup> Diese Mitteilungspflicht des Auftragnehmers entfällt grundsätzlich nur, wenn der Anspruch auf Vertragsanpassung offensichtlich ist.

*Meldung dem Grunde nach*

Man spricht von einem offensichtlichen Anspruch, wenn die monetären und zeitlichen Folgen dem Auftraggeber bekannt waren oder nach dem subjektiven Sorgfaltsmaßstab hätten bekannt sein müssen.<sup>56</sup> Allerdings behaupten *Anderl*<sup>57</sup> und weitere Experten<sup>58</sup>, dass ein Anspruch auf Anpassung des Vertrages **bei zusätzlichen Leistungen immer offensichtlich ist**, da ein Auftraggeber nicht erwarten kann, zusätzliche Leistungen kostenlos zu erhalten.

*Offensichtlicher Anspruch*

Unterlässt der Auftragnehmer die Meldung dem Grunde nach, dann verliert er den Anspruch auf Anpassung des Vertrages in dem Umfang, in dem die Unterlassung der Mitteilung zu einem Nachteil des Auftraggebers führt.<sup>59</sup> Diesbezüglich bleibt festzuhalten, dass die Entscheidungsfreiheit des Auftraggebers bei einer Leistungsänderung nicht eingeschränkt sein kann, wenn er über die monetären und zeitlichen Folgen der Änderung informiert war und keine vernünftigen Alternativen zum Zeitpunkt der Entscheidung hatte.<sup>60</sup>

Weiters hat der Auftragnehmer die Pflicht, die Anpassung des Vertrages der Höhe nach beim Auftraggeber anzumelden. Hierin soll ein Hinweis auf die Anordnung des Auftraggebers und die Beschreibung der Änderung erfolgen. Anschließend soll eine nachvollziehbare Darlegung der Auswirkungen gemäß Pkt 7.4.1 der ÖNORM B 2110 erfolgen.<sup>61</sup>

*Meldung der Höhe nach*

<sup>54</sup> Vgl. Pkt 7.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>55</sup> Vgl. Pkt 7.3.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>56</sup> Vgl. ANDERL, T.: Verteilung der Beweislast bei vom Auftraggeber angeordneten oder gewünschten Leistungsänderungen. In: bau aktuell 1/2018. S. 22.

<sup>57</sup> Vgl. ANDERL, T.: Verteilung der Beweislast bei vom Auftraggeber angeordneten oder gewünschten Leistungsänderungen. In: bau aktuell 1/2018. S. 22.

<sup>58</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1250 und 1477; KROPIK, A.; KRAMMER, P.: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag. S. 95.

<sup>59</sup> Vgl. Pkt 7.4.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>60</sup> Vgl. ANDERL, T.: Verteilung der Beweislast bei vom Auftraggeber angeordneten oder gewünschten Leistungsänderungen. In: bau aktuell 1/2018. S. 21.

<sup>61</sup> Vgl. Pkt 7.4.1 ÖNORM B 2110:2013.

### 2.4.2.7 Nebenleistungen

Im Gegensatz zu zusätzlichen Leistungen oder Leistungsänderungen, die vom Auftraggeber zu vergüten sind, sind Nebenleistungen bereits im angebotenen Preis enthalten, auch wenn sie nicht gesondert genannt werden.<sup>62</sup>

Die ÖNORM B 2110 regelt verschiedene Nebenleistungen unter Pkt 6.2.3 und definiert unter Pkt 3.15, dass sie geringfügige Leistungen darstellen, die zur Ausführung der Hauptleistung unerlässlich sind und damit im unmittelbaren Zusammenhang stehen.<sup>63</sup>

*Nebenleistungen  
(Definition)*

Für die Abgrenzung einer Nebenleistung sind wirtschaftliche, rechtliche und technische Überlegungen notwendig. Folgende Kriterien müssen vorhanden sein, damit es sich um eine Nebenleistung handelt:<sup>64</sup>

*Voraussetzungen*

- ◆ Es muss sich um eine (wirtschaftlich) geringfügige Leistung handeln.
- ◆ Ein „redlicher Vertragspartner“ darf üblicherweise keine Vergütung für die Leistung verlangen.
- ◆ Die Leistung muss für die Erstellung der Hauptleistung unerlässlich sein und damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

### 2.4.2.8 Außerhalb des Leistungsumfangs erbrachte Leistungen

Durch unvorhergesehene Umstände der Leistungserbringung kann es vorkommen, dass Leistungen notwendig werden, die im ursprünglichen Leistungsumfang nicht enthalten sind. Der Auftragnehmer darf jedoch nicht die erforderliche Leistung ohne Zustimmung des Auftraggebers durchführen, es sei denn es besteht Gefahr im Verzug.<sup>65</sup> In diesem Fall müssen die Leistungen vom Auftraggeber vergütet werden, wenn sie der Schadensminderung oder der Erreichung des Leistungszieles dienen. Der Auftragnehmer muss dies dem Bauherrn ehestens mitteilen.<sup>66</sup>

Erbringt der Auftragnehmer Leistungen ohne vorherige Zustimmung des Auftraggebers, dann werden diese nur vergütet, wenn sie der Auftraggeber nachträglich anerkennt.<sup>67</sup> Der Auftraggeber kann ggf. vom Auftragnehmer verlangen, dass er die erbrachte Leistung wieder beseitigt.

*Leistungen ohne  
Zustimmung des AG*

<sup>62</sup> Vgl. Pkt 6.2.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>63</sup> Vgl. Pkt 3.15 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>64</sup> Vgl. KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. S. 109.

<sup>65</sup> Vgl. Pkt 7.5.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>66</sup> Vgl. Pkt 7.5.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>67</sup> Vgl. Pkt 7.5.2 ÖNORM B 2110:2013.

### 2.4.2.9 Pönale gemäß ABGB

Rechtsgrundlage für die Konventionalstrafe bildet § 1336 ABGB, in dem geregelt wird, dass die Vertragspartner bei einer qualitativen oder zeitlichen Nichterfüllung des Vertrages, eine Vereinbarung zur Bezahlung eines Geldbetrages treffen können.<sup>68</sup> Die Bezahlung dieses Geldbetrages, auch Pönale, Konventionalstrafe oder Vertragsstrafe genannt, befreit den Auftragnehmer nicht von seiner Pflicht zur Herstellung des Werkes.<sup>69</sup>

Die Pönale wird auch als vorpauschalierter Schadenersatz bezeichnet, der bei Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen zu entrichten ist, unabhängig davon, ob ein tatsächlicher Schaden eintritt.<sup>70</sup> Bei Eintritt der vereinbarten Voraussetzungen wird es dem Auftraggeber vereinfacht, zu seinem „Ersatz des Schadens“ zu gelangen, da er erstens, keinen Schaden nachweisen muss und zweitens, keine komplizierten Schadensberechnungen durchführen muss.<sup>71</sup>

*Pauschalierter  
Schadenersatz*

Schadenersatzansprüche sind grundsätzlich vom Verschulden des Schädigers abhängig. Ebenso wird bei der Pönale ein Verschulden des Auftragnehmers an der Übertretung der Leistungsfrist oder an der mangelhaften Erfüllung verlangt.<sup>72</sup> Eine verschuldensunabhängige Pönale ist möglich, aber muss ausdrücklich im Vorfeld vereinbart werden.<sup>73</sup> Eine verschuldensunabhängige Pönale kann jedoch als unzulässig angesehen werden, da sie unkalkulierbares Risiko an den Auftragnehmer überwälzt.<sup>74</sup> Eine derartige Pönale könnte auch aufgrund einer Ungleichbehandlung der Vertragspartner als sittenwidrig betrachtet werden.<sup>75</sup>

*Verschulden*

### 2.4.2.10 Pönale gemäß ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 6.5.3 die Pönale oder Vertragsstrafe. Sie sieht grundsätzlich eine verschuldensabhängige Pönale vor, allerdings wird das Hauptaugenmerk auf den zeitlichen Verzug des Auftragnehmers gelegt<sup>76</sup> und nicht auf die gemäß § 1336 Abs 1 ABGB ebenfalls strafbare qualitative Nichterfüllung des Vertrages.<sup>77</sup> Die ÖNORM B 2110 enthält unter Pkt 6.5.3.1 folgende Regelung:

<sup>68</sup> Vgl. § 1336 Abs 1 Satz 1 ABGB.

<sup>69</sup> Vgl. § 1336 Abs 1 Satz 2 ABGB.

<sup>70</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111949.

<sup>71</sup> Vgl. OPPEL, A.: Vertragsstrafe und Schadenersatz - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 9/2015. S. 359.

<sup>72</sup> Vgl. OPPEL, A.: Vertragsstrafe und Schadenersatz - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 9/2015. S. 360.

<sup>73</sup> Vgl. OGH 14.01.1981, 1 Ob 725/80, RIS-Justiz RS0017471.

<sup>74</sup> Vgl. KURZ, T.: Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz (Teil II). In: ZVB, 1/2009. S. 8.

<sup>75</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1112.

<sup>76</sup> Vgl. KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. S. 344.

<sup>77</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1095.

„Der Anspruch des AG auf Leistung einer vereinbarten Vertragsstrafe durch den AN entsteht, sobald der AN in Verzug gerät und nicht nachweisen kann, dass er oder seine Erfüllungsgehilfen den Verzug nicht verschuldet haben; der Nachweis eines Schadens ist nicht erforderlich.“<sup>78</sup>

Pönale gemäß  
ÖNORM B 2110

Der Auftragnehmer haftet für das schuldhafte Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen wie für sein eigenes Verhalten, was die Regelung des § 1313a ABGB entspricht.

#### 2.4.2.11 Höhe einer Pönale

Die Höhe der Pönale wird im ABGB und in der ÖNORM B 2110 unterschiedlich geregelt. § 1336 Abs 2 ABGB definiert, dass die Höhe der Konventionalstrafe frei vereinbart werden kann, allerdings ist dieser Betrag gegebenenfalls vom Richter oder vom Sachverständigen zu reduzieren, wenn er sich als übermäßig erweist.<sup>79</sup>

Richterliches  
Mäßigungsrecht

Die ÖNORM B 2110 sieht unter Pkt 6.5.3.1 Abs 2 vor, dass die Obergrenze der Vertragsstrafe bei 5 % der gesamten Auftragssumme liegt und führt unter Abs 3 an, dass das richterliche Mäßigungsrecht gemäß § 1336 Abs 2 ABGB weiterhin Geltung hat.<sup>80</sup> Das richterliche Mäßigungsrecht ist zwingend, also kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden.<sup>81</sup>

5 % Obergrenze

Bei einer akkumulierenden Pönale<sup>82</sup> wird grundsätzlich ein bestimmter Geldbetrag bzw. Prozentbetrag der Auftragssumme für jeden Tag verrechnet, der über den Fertigstellungstermin hinausgeht. Hier empfiehlt sich die Regelung, ob die Brutto- oder Nettoangebotssumme des ursprünglichen Angebotes oder der Schlussrechnungssumme als Berechnungsbasis herangezogen wird.<sup>83</sup> Die ÖNORM B 2110 sieht eine Berechnung nach Kalendertagen vor.<sup>84</sup> Eine vergleichbare Regelung des ABGB besteht nicht, was im Zweifel zu einer Orientierung an die ÖNORM B 2110 und zu einer Berechnung nach Kalendertagen führen würde.<sup>85</sup>

Berechnung der Pönale

Oppe<sup>86</sup> geht auf die Frage ein, ob die Höhe einer Pönale auf Grund der Sittenwidrigkeit nach oben hin begrenzt ist und erläutert, dass eine Vertragsstrafe sittenwidrig ist, wenn die Zahlung dessen die wirtschaftliche

Sittenwidrige  
Pönalvereinbarung

<sup>78</sup> Pkt 6.5.3.1 Abs 1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>79</sup> Vgl. § 1336 Abs 2 ABGB.

<sup>80</sup> Vgl. Pkt 6.5.3.1 Abs 2 & 3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>81</sup> Vgl. OPPEL, A.: Vertragsstrafe und Schadenersatz - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 9/2015. S. 359.

<sup>82</sup> Vgl. MÜLLER, K.; STEMPKOWSKI, R.: Handbuch Claim-Management. 2. Auflage. S. 631.

<sup>83</sup> Vgl. POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>84</sup> Vgl. Pkt 6.5.3.2 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>85</sup> Vgl. POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>86</sup> Vgl. OPPEL, A.: Vertragsstrafe und Schadenersatz - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 9/2015. S. 359.



Bewegungsfreiheit des Auftragnehmers übermäßig beeinträchtigt oder das wirtschaftliche Verderben des Auftragnehmers dadurch herbeigeführt wird.<sup>87</sup> Karasek erläutert, dass die Sittenwidrigkeit einer Vertragsstrafe erst vorhanden sein kann, „wenn der erlittene Schaden unverhältnismäßig kleiner ist als der vereinbarte Vergütungsbetrag“<sup>88</sup>.

Ein über die Höhe der Pönale hinausgehender, tatsächlicher Schaden kann nach Schadenersatzrecht grundsätzlich geltend gemacht werden, was sich von der Regelung der ÖNORM B 2110 unterscheidet.<sup>89</sup> Diese regelt unter Pkt 12.3.2, dass ein über die Vertragsstrafe hinausgehender Schaden ausschließlich bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz des Auftragnehmers eingeklagt werden kann.<sup>90</sup>

*Darüberhinausgehender Schaden*

#### 2.4.2.12 Pönale bei Verlängerung der Leistungsfrist

Der Oberste Gerichtshof erläuterte im gegenständlichen Urteil, dass der deutsche Bundesgerichtshof bereits eine Entscheidung<sup>91</sup> zu einem ähnlichen Sachverhalt getroffen hatte und meinte, dass die darin enthaltenen Grundsätze für die österreichische Judikatur „fruchtbar gemacht werden können“<sup>92</sup>:

Sollten **kurzfristige Verzögerungen**, die der Sphäre des Auftraggebers entstammen, beispielsweise Leistungsänderungen oder Unterlassung der Mitwirkungspflichten, zu einem zeitlichen Verzug führen, dann sind die pönalisierten Termine ebenfalls nach hinten zu verlagern. Sollten jedoch **schwerwiegende Verzögerungen**, die der Sphäre des Auftraggebers stammen und über das übliche Maß hinausgehen, wird der vereinbarte Zeitplan sprichwörtlich „über den Haufen geworfen“<sup>93</sup>. Vereinbarte Fristen und Fertigstellungstermine werden dadurch ungültig.<sup>94</sup> In diesem Fall gilt es, einvernehmlich einen neuen Terminplan und neue Fertigstellungsfristen zu vereinbaren. Werden keine neuen Fertigstellungstermine vereinbart, dann sind die Arbeiten innerhalb einer angemessenen Frist fertigzustellen.<sup>95</sup>

*Auswirkungen von Leistungsänderungen auf den Bauzeitplan*

<sup>87</sup> Vgl. OGH 22.06.1972, 3 Ob 66/72, RIS-Justiz RS0026259.

<sup>88</sup> KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 132.

<sup>89</sup> Vgl. POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>90</sup> Vgl. Pkt 12.3.2 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>91</sup> Vgl. WM 1974, 206; NJW 1966, 971 = LM § 339 BGB Nr 11, zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>92</sup> OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>93</sup> OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>94</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111948.

<sup>95</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 695.

Der Grund der Unterscheidung zwischen überschaubaren und schwerwiegenden Verzögerungen ist folgender: eine Verzögerung von derart großem Ausmaß, dass sie den vereinbarten Zeitplan „über den Hafen wirft“, kann bei Vertragsabschluss nicht von den Vertragsparteien gemeint gewesen sein.<sup>96</sup> Die Annahme, dass eine derartige Lage im Vorhinein erfasst werden sollte, entspricht nicht den „Grundsätzen von Treu und Glauben“<sup>97</sup>. Eine solche Verzögerung würde Folgen nach sich ziehen, die in das ursprüngliche Vertragsbild nicht hineinpassen und somit auch nicht in den dazugehörigen Zeitplan.<sup>98</sup>

Der soeben erläuterte Grundsatz stützt sich auf die bisherige Rechtsprechung<sup>99</sup> des OGH, dass eine erhebliche Verzögerung, die durch eine fehlende Mitwirkung des Auftraggebers verursacht wird, den Auftragnehmer von seiner Pflicht befreit eine vereinbarte Pönale zu entrichten. Durch die Tatsache, dass Leistungsänderungen in der Baubranche häufig auftreten, wurde die bestehende Rechtsprechung um das Thema der Leistungsänderungen des Auftraggebers ergänzt.

*Fehlende Mitwirkung*

Es stellt sich nun die Frage, welche Verzögerungen als „über das übliche Maß“ hinausgehend bezeichnet werden können. Hierfür finden sich in der Literatur verschiedene Angaben: *Karasek*<sup>100</sup> vertritt die Ansicht, dass bis zu zwei Wochen von kurzfristigen Verzögerungen ausgegangen werden kann. Der OGH hat bisher unterschiedliche Meinungen in Urteilen vertreten, 2006<sup>101</sup> wurden Verzögerungen ab etwa einem Monat nicht mehr zu den kurzfristigen Verzögerungen gezählt, 2008<sup>102</sup> lag diese Zahl bei etwa zwei Monaten und 2014<sup>103</sup> bei vier Monaten.

*Über das übliche Maß hinausgehende Verzögerungen*

#### 2.4.2.13 Stillschweigende Außerkraftsetzung der Fertigstellungstermine

Die Beurteilung des gegenständlichen Falles durch den OGH zeigt, dass eine Aneinanderreihung von Störungen und Leistungsänderungen dazu führen kann, dass eine Pönalvereinbarung ihre Gültigkeit verliert.

Der Bauherr bestätigte niemals die Außerkraftsetzung des Bauzeitplans, sondern ließ die Aussagen des Bauunternehmers unkommentiert. Der

*Stillschweigende Willenserklärung*

<sup>96</sup> Vgl. RIEBLE in Staudinger, BGB13 § 339 Rz 106 mwN, zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>97</sup> OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>98</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>99</sup> Vgl. OGH 19.12.1967, 8 Ob 336/67, RIS-Justiz RS0032040.

<sup>100</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1104.

<sup>101</sup> Vgl. OGH 18.12.2006, 8 Ob 156/06h, zitiert bei: KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1104.

<sup>102</sup> Vgl. OGH 05.06.2008, 6 Ob 95/08a, zitiert bei: KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1104.

<sup>103</sup> Vgl. OGH 27.11.2014, 2 Ob 176/14t, zitiert bei: KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1104.

OGH erläuterte, dass die (fehlende) Reaktion des Bauherrn als stillschweigende Annahme gewertet wurde. Die Rechtsgrundlage hierfür bildet § 863 Abs 1 ABGB:

*„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.“<sup>104</sup>*

Es ist somit grundsätzlich möglich, dass Stillschweigen als Willenserklärung gewertet werden kann, wenn es keine Gründe gibt, daran zu zweifeln.

Der Auftragnehmer teilte dem Bauherrn schlüssig mit, dass seine Leistungsänderungen und fehlenden Entscheidungen, sowie die verlängerten Lieferzeiten dazu führten, dass der Bauzeitplan nicht mehr eingehalten werden konnte. Auf diese Mitteilung des Auftragnehmers antwortete der Bauherr nicht, er ließ sie sowohl unwidersprochen als auch unbestätigt. Der OGH wertete das Schweigen des Auftraggebers als Zustimmung, da seine Reaktion nur so verstanden werden konnte, dass er ebenfalls vom ursprünglichen Zeitplan abgehen wollte.

*Schlüssige Aufhebung des Bauzeitplans*

Der Bauzeitplan wurde somit schlüssig aufgehoben und die Pönalvereinbarung außer Kraft gesetzt. In weiterer Folge wurden jedoch keine neuen Fertigstellungsfristen zwischen Bauherr und Bauunternehmen vereinbart. Der Auftragnehmer war somit nicht mehr verpflichtet, das Werk innerhalb einer bestimmten Frist fertigzustellen, sondern musste die Herstellung innerhalb angemessener Zeit vornehmen.<sup>105</sup>

*Fertigstellung innerhalb angemessener Frist*

#### **2.4.2.14 Die Meinung Oberndorfers zu den Grenzen einer Pönalvereinbarung**

In einem Versuch etwas mehr Klarheit in diese Angelegenheit zu bringen, hat sich *Oberndorfer*<sup>106</sup> mit den Grenzen einer Pönalvereinbarung beschäftigt. Er beschreibt, dass es im Kern um die Frage geht, ob sich aus den entstandenen Verzögerungen schlüssig fortgeschriebene, pönalisierte Fertigstellungstermine ableiten lassen und ob diese für den Auftragnehmer zumutbar sind. Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es einer bauwirtschaftlichen Analyse folgender Bereiche:

<sup>104</sup> § 863 Abs 1 ABGB.

<sup>105</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 695.

<sup>106</sup> Vgl. OBERNDORFER, W.: Wann ist ein Bauzeitplan "über den Haufen geworfen"? Grenzen einer Pönalvereinbarung. In: ZVB, 7-8/2011. S. 298 ff.

### ▪ Der kritische Weg

Liegt die Verzögerung am kritischen Weg, dann verlängert sich die Ausführungsfrist um die Dauer der Verzögerung. Liegt die Verzögerung nicht am kritischen Weg, dann führt eine Verzögerung zu einer Verlängerung der Leistungsfrist, wenn sie die vorhandenen Pufferzeiten übersteigt und bisher unkritische Wege zum kritischen Weg werden. Dies ist bei Linienbaustellen grundsätzlich nicht möglich, da diese in der Regel nur einen kritischen Weg besitzen.<sup>107</sup>

### ▪ Die Soll-Kapazitäten

Bauunternehmen müssen ihre Kapazitäten optimal einsetzen, um die hohe Produktivität zu erzielen und einen größtmöglichen Gewinn zu erwirtschaften. Kommt es zu einer Leistungsänderung oder einer Behinderung während der Ausführungsphase, wird die Ressourcenplanung des Unternehmers zwangsweise verändert, welches zu suboptimalen Abläufen führen kann.

Als Forcierungsmittel zur Kapazitätserhöhung stehen einem Unternehmen unterschiedliche Mittel zur Verfügung, die jedoch einen großen Einfluss auf die Ablauf- und Ressourcenplanung haben. Beispiele hierfür wären etwa der Einsatz von zusätzlichen Arbeitskräften, die Umstellung auf (Zwei-)Schichtbetrieb oder der Einsatz leistungsfähigerer Geräte. Diese Möglichkeiten führen zu Mehrkosten, die unter der Festlegung neuer Ausführungsfristen mit dem Auftraggeber abgegolten werden müssen. Die Steigerung der Kapazitäten ohne zusätzliche Forcierungsmaßnahmen ist durch Erhöhung der Arbeitszeit bestehender Arbeiter möglich, welches sich aufgrund der arbeitsrechtlichen Situation sich lt. *Oberndorfer* auf etwa 5 % begrenzen lässt.<sup>108</sup>

*Forcierungsmaßnahmen*

Die Kapazitäten werden sich aufgrund einer Leistungsänderung oder -mehrerung nicht verändern, sondern in Fortschreibung des bestehenden Vertrages konstant bleiben. Durch die Dauer der Verzögerung, die sich aus dem bestehenden Bauzeitplan ableiten lässt, in Kombination mit den bekannten Dauern der kritischen und unkritischen Wege, wird eine Leistungsänderung nicht dazu führen, dass der Zeitplan „über den Haufen geworfen“ wird, da der zeitliche Verzug kalkulierbar bleibt.

*Leistungsänderung*

Eine andere Situation ergibt sich bei einer Behinderung oder Störung der Leistungserbringung am kritischen und an unkritischen Wegen, da hier üblicherweise eine Umschichtung von Kapazitäten notwendig wird. Ressourcen werden zwischen kritischen und unkritischen Vorgängen umdisponiert, welches einen massiven Eingriff in die ursprüngliche Einsatzplanung des Unternehmers bedeutet. Eine einmalige Verzögerung aufgrund

*Behinderung*

<sup>107</sup> Vgl. OBERNDORFER, W.: Wann ist ein Bauzeitplan "über den Haufen geworfen"? Grenzen einer Pönale-Vereinbarung. In: ZVB, 7-8/2011. S. 299.

<sup>108</sup> Vgl. OBERNDORFER, W.: Wann ist ein Bauzeitplan "über den Haufen geworfen"? Grenzen einer Pönale-Vereinbarung. In: ZVB, 7-8/2011. S. 300.

einer Behinderung wird jedoch nicht dazu führen, dass der Bauzeitplan „über den Haufen geworfen“ wird, da diese in der Regel kalkulierbar ist.

#### ▪ Die Anzahl der Verzögerungen

Treten mehrere Verzögerungen durch eine Leistungsänderung oder -mehring auf, dann ergibt sich eine ähnliche Situation wie vorhin. Die Dauern der kritischen und unkritischen Wege sind dem Unternehmen bekannt, sowie die Dauer der Verzögerungen und die Stelle im Ablaufplan, wo die Verzögerungen auftreten. Die Anzahl der Verzögerungen ist summierbar und die Dauer der Verzögerung somit bekannt.

*Leistungsänderung*

Die Situation bei mehreren Behinderungen ist jedoch eine andere. Treten alle Behinderungen am kritischen Weg auf, dann lassen sich diese unter der Berücksichtigung von Produktivitätsverlusten aufsummieren und die Dauer der Verzögerung ist bekannt. Treten die Behinderungen jedoch an unkritischen Wegen auf, dann wird der Unternehmer gezwungen seine Kapazitäten umzudisponieren. Dies kann dazu führen, dass bisher unkritische Wege kritisch werden, welches unter Berücksichtigung von Produktivitätsverlusten zu einem neuen Ablauf- und Bauzeitplan führen kann. Dies kann eine Berechnung neuer Fertigstellungsfristen nach dem alten Vertragsbild unmöglich machen, was bedeutet, dass die enthaltenen Fertigstellungstermine ihre Gültigkeit verlieren.

*Behinderung*

#### ▪ Die Gesamtdauer der Verzögerungen

Sollten sich aus zusätzlichen Leistungen oder Behinderungen die jeweiligen Dauern der Verzögerungen ableiten lassen, dann kann eine Aufsummierung dessen dazu führen, dass die Gesamtdauer der Verzögerungen für den Auftragnehmer unzumutbar wird. Ein Beispiel hierfür wäre, wenn der Unternehmer seine Kapazitäten bereits für eine andere Baustelle eingeplant hat.

*Unzumutbarkeit*

Eine über das übliche Maß hinausgehende Gesamtdauer der Verzögerung bestand auch im gegenständlichen Sachverhalt (1 Ob 58/98f). Dies führte dazu, dass der Zeitplan seine Gültigkeit verlor, da der Umfang der zu erbringenden Leistung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmers, das „übliche Maß“ überschritt.

### 2.4.2.15 Zusammenfassung der Überlegungen von Oberndorfer

Es können somit zwei Situationen auftreten, die dazu führen, dass ein Bauzeitplan „über den Haufen geworfen“ wird und die pönalisierten Fertigstellungstermine ihre Gültigkeit verlieren:

Wenn durch Behinderungen unkritische Wege zu kritischen Wegen werden, eine Umschichtung der Kapazitäten notwendig wird und sich dadurch ein **neuer Ablauf- und Bauzeitplan** ergibt; oder wenn die Gesamtdauer

*Außerkräftsetzung des Terminplans*

der Verzögerungen derart hoch ist, dass die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers gravierend eingeschränkt wird und die **Ausführung für den Auftragnehmer unzumutbar** wird.<sup>109</sup>

*Oberndorfer* führt zudem an, dass ein Auftragnehmer seinen Vertragspartner rechtzeitig warnen muss, wenn der Bauzeitplan droht seine Gültigkeit zu verlieren.

### 2.4.3 Zum Einbehalt des Entgelts

Aufgrund der Tatsache, dass, erstens) kaum ein Bauwerk im ersten Anlauf mangelfrei hergestellt wird und, zweitens) das wirtschaftliche Betreiben eines Bauunternehmens aufgrund des hohen Preisdruckes sich als äußerst schwierig erweisen kann, stellt der Entgelteinbehalt durch den Auftraggeber ein Thema mit großem Streitpotenzial dar.

Im vorliegenden Fall erstreckte sich der Einbehalt des gesamten Werklohns vom Bauherrn sogar über mehrere Jahre, welches sicherlich eine enorme finanzielle Belastung für den Auftragnehmer bedeutete. Der OGH wertete, dass ein Einbehalt des gesamten Werklohns bis zur Verbesserung durch den Auftragnehmer berechtigt war und geht auch bei aktuellen Fällen so vor.<sup>110</sup> Die aktuelle ÖNORM B 2110 sieht eine andere Vorgangsweise zum Entgelteinbehalt bei Gewährleistungsansprüchen vor. Im folgenden Abschnitt werden die Regelungen des ABGB und der ÖNORM B 2110 zum Entgelteinbehalt erläutert.

#### 2.4.3.1 Leistungsverweigerungsrecht gemäß ABGB

Die rechtliche Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts findet sich im § 1052 Satz 1 ABGB, der besagt, dass eine Übergabe des Werkes erst nach Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erfolgen kann.

*„Wer auf die Übergabe dringen will, muß seine Verbindlichkeit erfüllt haben oder sie zu erfüllen bereit sein.“<sup>111</sup>*

Leistungsverweigerungsrecht gemäß ABGB

Ein Unternehmen, das ein mangelhaftes Werk herstellt, hat nach ABGB seine vertragliche Hauptpflicht nicht erfüllt und hat daher auch keinen Anspruch auf die Übergabe des Werkes. Diese Tatsache wird nach alleiniger Verwendung des Werkvertragsrechts verschärft, denn gemäß § 1170

<sup>109</sup> Vgl. OBERNDORFER, W.: Wann ist ein Bauzeitplan "über den Haufen geworfen"? Grenzen einer Pönale-Vereinbarung. In: ZVB, 7-8/2011. S. 301.

<sup>110</sup> Vgl. OGH 08.02.1966, 8 Ob 24/66, RIS-Justiz RS0021730. Zuletzt OGH 21.12.2015, 5 Ob 138/15b.

<sup>111</sup> § 1052 Satz 1 ABGB.

Satz 1 ABGB, ist das Entgelt erst nach Vollendung des Werkes zu entrichten.<sup>112</sup>

Vor Übernahme des Werkes ist die rechtliche Position des Auftraggebers äußerst stark, denn das ABGB ermöglicht es ihm, das Entgelt bis zur ordentlichen Vertragserfüllung durch den Auftragnehmer, zur Gänze einzubehalten.<sup>113</sup> Der Auftraggeber kann sein Leistungsverweigerungsrecht voll ausschöpfen und die Übernahme des Werkes sowie die Bezahlung dessen verweigern, bis der Auftragnehmer seine vertragliche Pflicht zur Herstellung eines mangelfreien Werkes erfüllt.

*Einbehalt vor Übernahme*

Nach Übernahme der Leistung ist die rechtliche Situation des Auftraggebers anders, denn hier hat der Auftraggeber im Rahmen seiner Gewährleistungsansprüche ein Zurückbehaltungsrecht.<sup>114</sup> Dieses Recht steht dem Auftraggeber jedoch nur dann zu, wenn er die Verbesserung im Rahmen seiner Gewährleistungsansprüche geltend machen möchte.<sup>115</sup>

*Einbehalt nach Übernahme*

Eine Obergrenze des Einbehalts ergibt sich im ABGB durch den Rechtsmissbrauch und dem Schikaneverbot, welches etwa bei den 20-fachen voraussichtlichen Kosten der Mängelbehebung liegt.<sup>116</sup> Ab hier wird ein Missverhältnis der Interessenslagen<sup>117</sup> angenommen, was jedoch im Einzelfall zu prüfen ist.

*Obergrenze des Einbehalts*

#### 2.4.3.2 Zurückbehaltungsrecht gemäß ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 erläutert unter Pkt 10.4, dass der Auftraggeber nach Übernahme der Leistung das Entgelt zurückbehalten darf, wenn das Werk mangelhaft ist:

*„Wird die Leistung mit Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch ein unbares Sicherstellungsmittel abzulösen.“<sup>118</sup>*

*Zurückbehaltungsrecht gemäß ÖNORM B 2110*

Das Zurückbehaltungsrecht gemäß ÖNORM B 2110 beruht nach der Übernahme auf einen Gewährleistungsanspruch des Auftraggebers. Die ÖNORM B 2110 begrenzt das Zurückbehaltungsrecht auf die dreifachen voraussichtlichen Kosten der Mängelbehebung. Diese Begrenzung gilt jedoch nicht für Verbrauchergeschäfte, hier gilt die Grenze des Rechtsmissbrauchs.<sup>119</sup>

*Grenzen des Zurückbehaltungsrechts*

<sup>112</sup> Vgl. § 1170 Satz 1 ABGB.

<sup>113</sup> Vgl. OPPEL, A.: Übernahme des Werks - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 11/2015. S. 448.

<sup>114</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. 14. Auflage. Rz 186.

<sup>115</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. 14. Auflage. Rz 187.

<sup>116</sup> Vgl. KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. S. 456.

<sup>117</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1964. Mit Hinweis auf OGH 03.12.1986, 1 Ob 656/86.

<sup>118</sup> Pkt 10.4 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>119</sup> Vgl. KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. S. 459.

### 2.4.3.3 Vergleich des Einbehalts gemäß ABGB und ÖNORM B 2110

Die Übergabe stellt einen wichtigen Meilenstein im Ablauf eines Bauprojektes dar. Vor allem die rechtliche Situation des Auftraggebers hinsichtlich dem Entgelteinbehalt ändert sich mit der Übernahme.

Der Auftraggeber hat im ABGB das Recht, die Annahme des Werkes zu verweigern und den **gesamten Werklohn, bis zur ordentlichen Vertragserfüllung** durch den Auftragnehmer, einzubehalten.<sup>120</sup> Nach Übernahme der Leistung ändert sich diese Position insofern, dass der Auftraggeber im Rahmen seiner Gewährleistungsansprüche einen gewissen Betrag zurückbehalten darf, bis etwa zur **20-fachen Höhe der voraussichtlichen Verbesserungskosten**.<sup>121</sup> Die Voraussetzung hierfür ist, dass der Auftraggeber den Anspruch auf Verbesserung hat und diese auch zulässt.<sup>122</sup>

*Einbehalt gemäß ABGB*

Die ÖNORM B2110 begrenzt dieses Zurückbehaltungsrecht auf **die dreifachen voraussichtlichen Kosten der Mängelsanierung**. Weitere Regelungen zum Entgelteinbehalt vor Übernahme der Leistung enthält die ÖNORM B 2110 nicht, somit greifen hier die Regelungen des ABGB.

*Einbehalt gemäß ÖNORM B 2110*

Die ÖNORM B 2110 überlässt den Entgelteinbehalt vor Übernahme der Leistung jedoch nicht ganz dem ABGB, da sie unter Pkt 10.5 Gründe aufzählt, die eine Verweigerung der Übernahme durch den Auftraggeber berechtigen. Eine Verweigerung der Übernahme ist nur bei Mängeln erlaubt, die den **Gebrauch des Werkes wesentlich beeinträchtigen** oder das Recht auf Wandlung (Vertragsrückabwicklung) begründen. Ebenso kann die Übernahme durch den Auftraggeber verweigert werden, wenn nötige Unterlagen nicht übergeben werden.<sup>123</sup> Eine Begrenzung der Verweigerungsgründe beim Verbrauchergeschäft kann jedoch gemäß § 6 Abs 1 Z 1 KSchG für ungültig erklärt werden.

*Verweigerung der Übernahme gemäß ÖNORM B 2110*

Ganz anders sieht die Verweigerung der Übernahme gemäß ABGB aus, denn hier kann der Auftraggeber nach § 918 ABGB **bei allen Arten von Mängeln** auf die Herstellung des mangelfreien Werkes bestehen und die Übernahme verweigern.<sup>124</sup> Unbedeutende Mängel sind jedoch aufgrund der Regelungen des § 1295 Abs 2 ABGB zur Schikane hier ausgenommen.<sup>125</sup>

*Verweigerung der Übernahme gemäß ABGB*

<sup>120</sup> Vgl. OPPEL, A.: Übernahme des Werks - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 11/2015. S. 448.

<sup>121</sup> Vgl. KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. S. 456.

<sup>122</sup> Vgl. WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. 14. Auflage. Rz 187.

<sup>123</sup> Vgl. Pkt 10.5.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>124</sup> Vgl. GALLISTEL, U.; KROPIK, A.: Verweigerung der Übernahme wegen mangelhafter Leistung - Verzug des AN oder Annahmeverzug des AG?. In: ZVB, 10/2014. S. 408.

<sup>125</sup> Vgl. GALLISTEL, U.; KROPIK, A.: Verweigerung der Übernahme wegen mangelhafter Leistung - Verzug des AN oder Annahmeverzug des AG?. In: ZVB, 10/2014. S. 408.



#### 2.4.4 Zum Skontoabzug

Der OGH erläuterte im gegenständlichen Urteil die Frage, ob der Skontoabzug, der im Rahmen der Schlussrechnung genannt wurde, auch nach der Mangelverbesserung vom Bauherrn abgezogen werden durfte. Die Mangelverbesserung geschah deutlich nach Ablauf der ursprünglichen Skontofrist.

Der OGH definierte zunächst, dass ein Skontoabzug ein Barzahlungsrabatt ist, welcher als prozentueller Nachlass auf die Rechnungssumme gewährt wird, wenn diese innerhalb der definierten Skontofrist beglichen wird.<sup>126</sup>

*Skonto (Definition)*

Aus der Sicht des Auftragnehmers, ist der Sinn eines Skontoabzuges, dass die Vertragsabwicklung wesentlich schneller und ohne Komplikationen erfolgen soll. Im Zweifel ist von der Annahme auszugehen, dass ein Skontoabzug nur gerechtfertigt ist, wenn der Gesamtbetrag innerhalb der Skontofrist entrichtet wird und der Auftragnehmer keine weiteren Bemühungen (Mahnungen schreiben, Gerichtsverfahren einleiten etc.) anstellen muss.<sup>127</sup>

Der OGH erläuterte, dass der Skontoabzug nicht von der Fälligkeit des Werklohns getrennt werden kann. § 1170 Satz 1 ABGB regelt die Fälligkeit des Werklohns wie folgt:

*Fälligkeit des Werklohns*

*„In der Regel ist das Entgelt nach vollendetem Werk zu entrichten.“<sup>128</sup>*

Eine Skontofrist kann nicht zu laufen beginnen, wenn das Werk nicht ordnungsgemäß hergestellt wurde, da die Fälligkeit des Werklohns noch nicht gegeben ist. Eine Skontofrist beginnt somit ggf. **erst nach Verbesserung aller Mängel** durch den Auftragnehmer zu laufen. Der Bauherr konnte demnach berechtigt den Skontobetrag von der Schlussrechnung abziehen, wenn die Bezahlung innerhalb der Skontofrist nach Verbesserung der Mängel erfolgte.

*Skontoabzug nach Verbesserung*

Aufbauend auf den Überlegungen von *Rebhahn*<sup>129</sup> erläuterte der OGH, dass eine andere Betrachtung des Skontoabzuges nach Verbesserung **erhebliche Nachteile** für den Auftraggeber hätte. Würde eine Skontofrist, unabhängig vom Vorhandensein etwaiger Mängel, ausschließlich ab dem Datum der Schlussrechnung gelten, dann würde der Auftraggeber vor folgender Entscheidung stehen: entweder er müsste das mangelhafte Werk übernehmen, um seinen Skontoabzug tätigen zu können, oder er müsste auf seinen Skontoabzug verzichten, um von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen zu können. Beide Möglichkeiten würden die

<sup>126</sup> Vgl. OGH 31.10.1989, 5 Ob 630/89, RIS-Justiz RS0018147.

<sup>127</sup> Vgl. OGH 31.10.1989, 5 Ob 630/89, RIS-Justiz RS0018147.

<sup>128</sup> § 1170 Satz 1 ABGB.

<sup>129</sup> Vgl. REBHAHN, Glosse in JBl 1990, 253. Zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

Rechte des Auftraggebers einschränken, denn der Auftragnehmer könnte bewusst leicht behebbare Mängel verursachen, um einen Skontoabzug des Auftraggebers zu verhindern oder die Übernahme zu erzwingen. Durch die Tatsache, dass Bauwerke „im ersten Anlauf“ selten mangelfrei sind, wäre eine andere Regelung für den Auftraggeber grob benachteiligend.<sup>130</sup>

#### 2.4.4.1 Skontoabzug bei Abschlagsrechnungen

Ein Skontoabzug ist im Zweifel nur berechtigt, wenn der gesamte Werklohn auf einmal entrichtet wird. Diese Vorgehensweise ist jedoch im Bauwesen unüblich, denn meist erfolgen die Zahlungen des Auftraggebers nach monatlichen Abschlagsrechnungen des Auftragnehmers.<sup>131</sup> Es stellt sich somit die Frage, wie mit Skontoabzügen bei Abschlagsrechnungen umzugehen ist und ob diese Skontoabzüge voneinander abhängig.

Der OGH erläuterte in der gegenständlichen Entscheidung, dass ein berechtigter Skontoabzug bei einer Abschlagsrechnung **nicht wieder verlustig gehen kann**, wenn eine Skontofrist einer späteren Abschlagsrechnung überschritten wurde. Ein einmal gewährter Abzug bleibt dem Auftraggeber somit erhalten.<sup>132</sup>

*Skontoabzug bei  
Abschlagsrechnungen*

Es ist empfehlenswert eine vertragliche Vereinbarung über den Umgang mit Skontoabzügen zu treffen, sollte eine Zahlung verspätet erfolgen. Nachfolgende Skontoabzüge sollten davon unbeeinflusst bleiben. Ein Beispiel hierfür wäre, dass der Auftraggeber zum Skontoabzug bei den Abschlagsrechnungen 4, 5, 6, ... berechtigt bleibt, wenn die Zahlung der 3. Teilrechnung verspätet erfolgt.

#### 2.4.4.2 Skontoabzug durch eine Gegenforderung

Im gegenständlichen Urteil leistete der Bauherr keine weiteren Zahlungen, sondern tätigte den Skontoabzug aufgrund einer Gegenforderung.

Der OGH erläuterte diesbezüglich, dass eine derartige Fragestellung in der Rechtsprechung noch nicht geklärt wurde. Es lässt sich in der Literatur einen Ansatz von *Ratz*<sup>133</sup> finden, der von *Iro*<sup>134</sup> zitiert wurde: eine Gegenforderung berechtigt zum Skontoabzug, wenn diese Forderung fällig, liquid und unbestritten ist. *Iro* meint jedoch, dass diese Ansicht problematisch ist, da die Liquidität des Auftragnehmers dadurch nicht erhöht wird

<sup>130</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111946.

<sup>131</sup> Vgl. Pkt 8.3.2 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>132</sup> Vgl. OGH 15.05.1997, 1 Ob 2127/96t, RIS-Justiz RS0018147 (T2).

<sup>133</sup> Vgl. RATZ in Großkomm HGB3, § 346 Rz 159. Zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

<sup>134</sup> Vgl. IRO in RdW 1987, 116. Zitiert bei: OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f.

und der Auftragnehmer bei Vereinbarung einer Skontoregelung sicherlich keinen solchen Fall im Sinn hatte.

Der OGH kam zu dem Schluss, dass der Inhalt der Skontoregelung in einem solchen Fall ausschlaggebend ist. Sollte eine Barzahlung innerhalb einer Skontofrist vereinbart sein, dann kann eine Gegenforderung nicht zum Skontoabzug berechtigen. Sollte jedoch ein Skontoabzug bei fristgerechter „Zahlung“ ohne Einschränkung des Zahlungsmittels vereinbart sein, dann kann eine Gegenforderung zum Skontoabzug berechtigen.<sup>135</sup>

*Inhalt der Skontovereinbarung ist ausschlaggebend*

---

<sup>135</sup> Vgl. OGH 23.02.1999, 1 Ob 58/98f, RIS-Justiz RS0111947.

## 2.5 Fazit / Handlungsempfehlungen

Im folgenden Abschnitt werden Vorgangsweisen und Handlungsempfehlungen beschrieben, wie der gegenständliche Konflikt möglicherweise hätte vermieden werden können. Die folgenden Empfehlungen der Experten und des Autors werden als Vorgangsweisen betrachtet, die für einen reibungslosen Bauprojektlauf üblicherweise förderlich sind.<sup>136</sup>

### 2.5.1 Eine klare vertragliche Regelung zu Leistungsänderungen

Der gegenständliche Konflikt lässt sich grundsätzlich auf die Tatsache zurückführen, dass die **Leistungsänderungen und fehlende Mitwirkung** des Bauherrn zu unerwarteten Verzögerungen im Bauzeitplan führten. Durch eine fehlende oder ungenügende vertragliche Regelung zur Anpassung der Leistungsfrist durch Verzögerungen, die der Sphäre des Auftraggebers entstammen, entstand eine Auseinandersetzung, die in einem jahrelangen Rechtsstreit ausartete.

Die derzeit gültige ÖNORM B 2110:2013 regelt unter Pkt 7.1 den Umgang mit Leistungsabweichungen:

*„Die in Folge einer Leistungsabweichung erforderlichen Anpassungen (z. B. der Leistungsfrist, des Entgelts) sind in Fortschreibung des bestehenden Vertrages ehestens durchzuführen.“<sup>137</sup>*

*Folgen einer Leistungsänderung gemäß ÖNORM B 2110*

Es wird in der ÖNORM B 2110 klar beschrieben, dass eine Leistungsabweichung zur vertraglichen Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts führt, die in **Fortschreibung des bestehenden Vertrages** geschehen soll. Es sind somit die Kalkulationswerte zur Berechnung des zeitlichen und monetären Mehraufwands der bestehenden Detailkalkulation zu entnehmen.

Eine Leistungsabweichung beinhaltet grundsätzlich Leistungsänderungen des Auftraggebers sowie Störungen der Leistungserbringung, welche der Sphäre des Auftraggebers zuzuordnen sind.<sup>138</sup> Somit ist klar, dass Pkt 7.1 der ÖNORM B 2110 ausschließlich Fälle regeln soll, die der Sphäre des Auftraggebers entstammen. Eine Verzögerung, die der Sphäre des Auftragnehmers entstammt, wird grundsätzlich nicht zu einer Anpassung der Leistungsfrist und des Entgelts führen, diese kann beispielsweise in sein Kalkulationsrisiko fallen.<sup>139</sup>

*Leistungsabweichung aus der Sphäre des AG*

Der Bauunternehmer handelte im gegenständlichen Urteil richtig, als er die Verzögerungen aus der Sphäre des Bauherrn aufzählte und diese dem Bauherrn rechtzeitig mitteilte. Er meldete gemäß Pkt 7.3 der ÖNORM B 2110 die Anpassung des Vertrages dem Grunde nach an, wobei in der

*Meldung dem Grunde nach*

<sup>136</sup> Es wird ausdrücklich auf den Haftungsausschluss in Kapitel 1.3 „Methodik“ verwiesen.

<sup>137</sup> Pkt 7.1 Abs 4 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>138</sup> Vgl. Pkt 3.7 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>139</sup> Vgl. Pkt 7.2 ÖNORM B 2110:2013.

Analyse gezeigt wurde, dass eine Anpassung des Vertrages aufgrund einer Leistungsänderung des Auftraggebers oft als offensichtlich eingestuft werden kann und deshalb nicht unbedingt dem Grunde nach angemeldet werden muss.

In weiterer Folge meldete der Unternehmer die Anpassung des Vertrages der Höhe nach an, in dem er erneut die Verzögerungsgründe und die damit verbundenen zeitlichen Verzögerungen aufzählte. Er teilte dem Bauherrn mehrmals mit, dass der vereinbarte Zeitplan ungültig geworden war und der Oberste Gerichtshof gab dem Bauunternehmen in diesem Punkt Recht.

*Meldung der Höhe nach*

Die Vorgehensweise des Bauunternehmens im Umgang mit den Leistungsänderungen des Bauherrn war richtig. Dies konnte den Konflikt jedoch nicht verhindern, da der Bauherr die Ansicht vertrat, dass die Pönalvereinbarung noch gültig war. Eine entsprechende, **klare vertragliche Regelung zur Anpassung der Leistungsfrist** und der Fertigstellungstermine bei Verzögerungen, hätte für Klarheit beim Bauherrn gesorgt und die Auseinandersetzung möglicherweise verhindert.

## 2.5.2 Lösungsvorschläge von Oberndorfer

Wie in der Analyse des Urteils beschrieben, beschäftigte sich *Oberndorfer*<sup>140</sup> (2011) mit den Grenzen einer Pönalvereinbarung, um aus der bisherigen Rechtsprechung mehr Klarheit in die Angelegenheit zu bringen.

Als Lösungsvorschlag nannte er beispielsweise eine Vertragsklausel, die eine Anpassung der Leistungsfrist verlangt, wenn die Nettoauftragssumme durch Leistungsänderungen oder -mehrungen **um mehr als 10 %** erhöht wird. Weiters sollte für sämtliche Änderungen am kritischen Weg eine Anpassung der Leistungsfrist festgelegt werden.

*Anpassung bei Überschreitung der Auftragssumme*

*Oberndorfer* bekräftigte, dass eine **rechtzeitige Warnung des Auftragnehmers**, dass ein Bauzeitplan ungültig zu werden droht, erforderlich ist. Ebenso sollte rechtzeitig die Mitteilung an den Auftraggeber erfolgen, wenn wiederholte Verzögerungen dazu führen, dass vereinbarte Fertigstellungstermine nicht eingehalten werden können.

*Rechtzeitige Warnung des AN*

Aus Sicht des Auftraggebers ist es sinnvoll, ein „**Pönale-Management**“ zu betreiben, um bei Verzögerungen zu sichern, dass Fertigstellungstermine angepasst und erneut pönalisiert werden.

*Pönale-Management des AG*

In weiterer Folge schreibt *Oberndorfer*, dass es für den Auftraggeber fast aussichtslos ist, einen Terminplan zu retten, wenn er Entscheidungen nicht rechtzeitig trifft, unkoordinierte Angaben bzw. Änderungen erteilt oder immer wieder umplanen lässt.

<sup>140</sup> Vgl. OBERNDORFER, W.: Wann ist ein Bauzeitplan "über den Haufen geworfen"? Grenzen einer Pönale-Vereinbarung. In: ZVB, 7-8/2011. S. 298 ff.

### 2.5.3 Generelle Praxistipps im Umgang mit Pönalen

Der Umgang mit Pönalen ist, wie im vorliegenden Fall ersichtlich, eine oft strittige sowie komplizierte Angelegenheit. Das Ziel einer Bautätigkeit soll grundsätzlich die erfolgreiche Herstellung des Werkes innerhalb der dafür vorgesehenen Zeit sein. Eine Vertragsstrafe geltend zu machen stellt grundsätzlich kein Ziel dar. Sie soll hingegen **als Druckmittel dienen**, falls die Herstellung innerhalb der Leistungsfrist zu scheitern droht, letztendlich soll sie auch den Verzögerungsschaden abdecken.

Oft lässt es sich im Bauwesen nicht vermeiden, dass eine Pönalvereinbarung aufgrund von unvermeidlichen Verzögerungen wirksam wird. Für diesen Fall ist das Ergebnis nur so gut wie die vorher getroffene Pönalvereinbarung. Im Folgenden stehen Aspekte, die bei der Vertragsgestaltung beachtet werden sollen:

Man unterscheidet grundsätzlich zwischen **akkumulierenden Pönalen**, die mit der Verzugsdauer ansteigen, und **Stichtagspönalen**, wo der gesamte Betrag bei Überschreitung des Stichtags wirksam wird.<sup>141</sup> Die akkumulierende Pönale stellt den Normalfall für den Bauablauf dar, es soll aber darauf geachtet werden, dass man für das Bauprojekt die richtige Pönale wählt.<sup>142</sup> Üblicherweise wird eine Pönale gewählt, die als Prozentbetrag der Auftragssumme berechnet wird, allerdings fehlt oft die Regelung, ob es sich um die **Angebotssumme oder die Schlussrechnungssumme** handelt. Ebenfalls fehlt meist die klare Regelung ob die **Brutto- oder Nettosumme** als Berechnungsbasis herangezogen wird. Diese Tatsachen sollen klar geregelt werden, ebenso ob Zusatzaufträge zur Berechnungsbasis gezählt werden.<sup>143</sup> *Pochmarski/Kober*<sup>144</sup> empfehlen, sich die Mühe zu machen, **fixe Geldbeträge für jeden Auftragnehmer** im Verhältnis zur Auftragssumme zu vereinbaren.

*Unterschiedliche  
Pönalarten und  
-vereinbarungen*

Grundsätzlich wäre, anstatt eines Strafsystems, ein **Belohnungssystem zur Erreichung der Fertigstellungstermine** denkbar, welches in Deutschland als „*Beschleunigungsvergütung*“<sup>145</sup> bezeichnet wird.<sup>146</sup> Dies würde eine Variante darstellen, die für beide Seiten eine „Win-win-Situation“ darstellt und eine beschleunigte und konstruktive Zusammenarbeit fördert, was letztendlich das Ziel beider Vertragspartner sein sollte.

*Belohnungs- statt  
Strafsystem*

<sup>141</sup> Vgl. MÜLLER, K.; STEMPKOWSKI, R.: Handbuch Claim-Management. 2. Auflage. S. 631.

<sup>142</sup> Vgl. POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>143</sup> Vgl. POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>144</sup> Vgl. POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>145</sup> Vgl. § 9 Abs 5 Satz 3 VOB/A. Zitiert bei: POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015. S. 128.

<sup>146</sup> Vgl. KURZ, T.: Vertragsgestaltung im Baurecht. S. 280.

### 3 Leistungsabbestellung

Leistungsänderungen und die Vergütung derselben gehören laut *Werkl* und *Haghsheno/Kaben* zu den häufigsten Streitursachen bei der Abwicklung von Bauprojekten.<sup>147</sup> Das folgende Urteil zeigt, wie ein ungeregelter Ablauf von Leistungsänderungen zu einem Leistungsentfall und Vertragsauflösung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer führen kann. Es wird zudem darauf eingegangen, wie in einem solchen Fall die Vorgehensweise ist und auf welchen Rechtsgrundlagen das „Werksabbestellungsrecht des Werkbestellers“ beruht. Des Weiteren werden der Entfall der Erfolgspflicht bei Werksabbestellung und die Weitergabe mangelhafter Pläne erläutert.

Wie einleitend beschrieben, müssen Bauunternehmen ihre Ressourcen lange im Voraus planen, um eine profitable Abwicklung eines Bauprojektes zu gewährleisten. Eine Werksabbestellung durch den Bauherrn bewirkt jedoch, dass die Ressourcenplanung eines Bauunternehmens gravierend verändert wird und stellt somit ein wesentliches Problem für das ausführende Unternehmen dar.

Grundsätzlich würde man vermuten, dass das Prinzip „*pacta sunt servanda*“, dt. Verträge sind einzuhalten, im österreichischen Bauvertragswesen ebenso gilt. Dass dies nicht ganz der Fall ist, wird im folgenden Beitrag anhand des OGH-Urteils „7 Ob 43/14w“ genauer erläutert.

#### 3.1 Eckdaten zum Urteil

Im vorliegenden Fall beauftragte ein privater Bauherr einen Architekten mit der Planung eines Einfamilienhauses. Der Architekt sollte die Architekturplanung und die Haustechnikplanung vornehmen. Die zahlreichen Änderungswünsche des Bauherrn in Kombination mit einer Vergütung nach Stundenaufwand führten zu erheblichen Mehrkosten. Der Bauherr weigerte sich die Rechnungen zu bezahlen und kündigte den Vertrag mit dem Architekten. Anschließend gab der Bauherr die unfertigen Pläne des Architekten zur Ausführung weiter, was Ausführungsmangel zur Folge hatte. Der Architekt klagte den Bauherrn auf den ausstehenden Rechnungsbetrag, der Bauherr klagte den Architekten auf Schadenersatz wegen den entstandenen Mängeln.

<sup>147</sup> Vgl. WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 13 ff.

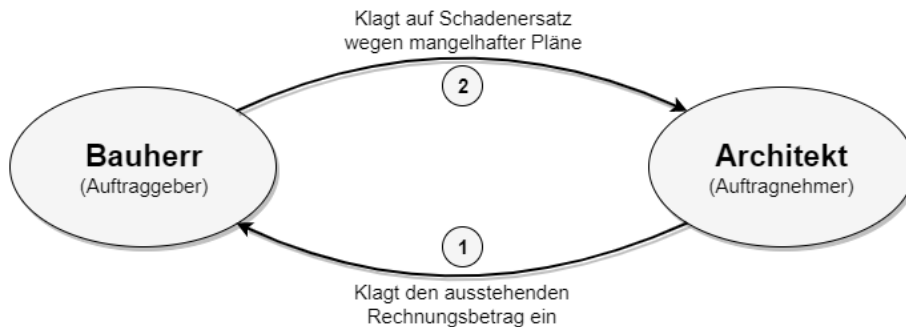


Abbildung 5: Grafische Darstellung des Sachverhaltes

**OGH-Urteil / GZ.:** 7 Ob 43/14w

**Datum:** 04. Juni 2014

#### Teil 1

**Beklagter:** Bauherr

**Kläger:** Architekt

**Streitgegenstand:** Der Architekt klagte den Bauherrn auf Zahlung des ausstehenden Werklohns.

#### Teil 2

**Beklagter:** Architekt

**Kläger:** Bauherr

**Streitgegenstand:** Der Bauherr klagte den Architekten auf Schadenersatz aufgrund mangelhafter Pläne.

Tabelle 2: Eckdaten zum Urteil "7 Ob 43/14w"

### 3.2 Sachverhaltsdarstellung

Der Architekt wurde mit der Architektur- und Haustechnikplanung eines Einfamilienhauses mit einer Wohnfläche von etwa 2.500 m<sup>2</sup> beauftragt. Das Investitionsvolumen für das Haus betrug schätzungsweise 10 Mio. EUR. Das Angebot des Architekten war mit 27.04.2007 datiert.

Im Leistungsumfang des Architekten enthalten waren:

*Leistungsumfang*

- ♦ Vor- und Entwurfsplanung
- ♦ Einreichplanung
- ♦ Ausführungsplanung
- ♦ Heizung, Lüftung, Kühlung, Sanitärinstallation, Schwimmbad, Whirlpool, Wellnessbereich, Multimediaanlage sowie „sämtliche weitere technischen Installationen inkl. Endgeräte“.



Zusätzlich wurden folgende Vereinbarungen getroffen:

- ♦ Die Vergütung sollte stundenweise nach Aufwand (ohne Obergrenze des Planungshonorars) erfolgen.
- ♦ Die Planung der Architektur und der Haustechnik sollte zeitgleich erfolgen.

Nach Beauftragung gab es zahlreiche Sonderwünsche des Bauherrn, die nicht im ursprünglichen Leistungsumfang enthalten waren. Die **Einarbeitung dieser Änderungen verursachte einen erheblichen Mehraufwand**, da sie sowohl in die Architekturplanung, als auch in die Haustechnikplanung eingearbeitet werden mussten.

*Leistungsänderungen*

Die Rechnungen bis 31.12.2007, in der Höhe von 286.580,57 EUR wurden vom Bauherrn bezahlt. Die Rechnungen vom 31.12.2007 bis 06.02.2008 in der Höhe von 64.065,12 EUR wurden vom Bauherrn nicht bezahlt. Als Grund wurden hierfür die „*überbordenden Konsulentenkosten*“ genannt. Die Zusammenarbeit wurde daraufhin vom Bauherrn **mit sofortiger Wirkung beendet** und die vereinbarten Leistungen abbestellt.

*Werksabbestellung*

Der Architekt schlug am 07.02.2008 folgende Lösung vor: die ausführenden Unternehmen sollten die Ausführungsplanung übernehmen und der Architekt würde hierfür nur ein „*grundsätzliches Versorgungsschemata*“ liefern. Dies würde zu einer wesentlichen Reduktion des Aufwandes und der Kosten führen. Bezüglich der Begründung der verrechneten Kosten, stellte der Architekt fest, dass die Entwurfsplanung bereits zu 60 % und die Ausführungsplanung zu 30 % fertig waren.

*Lösungsvorschlag des Architekten*

Der Bauherr war nicht mehr an einer Zusammenarbeit interessiert. Er behauptete, dass die Planung bereits zu 88,5 % fertig war und bat um einen Preisnachlass für die bereits erbrachten Leistungen.

Der Architekt verneinte die Feststellungen des Bauherrn und bot an, die Pläne bei Vertragsauflösung zu übergeben sowie für weitere Rückfragen zur Verfügung zu stehen. Dies war die letzte Kommunikation der Vertragsparteien. Der Vertrag wurde Februar 2008 aufgelöst.

Die Pläne des Architekten wurden von den ausführenden Unternehmen für die Montagearbeiten verwendet, diese hatten jedoch keinen Freigabevermerk des Architekten, da sie **weder vollständig noch mangelfrei** waren. Aufgrund der im Plan enthaltenen Mängel klagte der Bauherr den Architekten auf Schadenersatz wegen daraus resultierender Ausführungsfehler.

*Verwendung mangelhafter Pläne*

### 3.2.1 Zusammenfassung / Fragestellungen

Aus dem oben angeführten Sachverhalt ergeben sich folgende Fragestellungen, die in der anschließenden Beurteilung des Obersten Gerichtshofes erläutert wurden:

- **Zur Werksabbestellung**
  - ♦ War die Kündigung des Vertrages seitens des Bauherrn rechtmäßig oder hätte er diesen einhalten müssen?
  - ♦ Welche Folgen hatte der Rücktritt vom Vertrag durch den Auftraggeber und welche Leistungen mussten entlohnt werden?
- **Zur Übergabe mangelhafter Pläne**
  - ♦ Hätte der Architekt die Pläne fertigstellen müssen oder durfte er sie unvollendet übergeben?
  - ♦ Welche Pflichten hat der Auftragnehmer grundsätzlich bei vorzeitiger Planübergabe? Muss er den Auftraggeber warnen, dass die Pläne Mängel enthalten?

### 3.3 Rechtliche Beurteilung des OGH

Gegenstand dieser Auseinandersetzung war die Tatsache, dass der Bauherr den Vertrag mit dem Architekten aufgrund der von ihm vorgenommenen Änderungen und der damit verbundenen hohen Kosten fristlos kündigte. In weiterer Folge forderte der Bauherr Schadenersatz vom Architekten, da die Pläne Mängel aufwiesen, die zu Ausführungsfehler führten.

Der Oberste Gerichtshof gliederte die rechtliche Beurteilung in zwei Abschnitte und erläuterte zunächst die Werksabbestellung durch den Bauherrn.

#### ▪ Zur Werksabbestellung

Der OGH befasste sich mit der Fragestellung, ob der Bauherr zur einseitigen Vertragsauflösung berechtigt war. Die Entscheidung des OGH, die Werksabbestellung des Bauherrn als rechtmäßig einzustufen, baute auf die bisherige Rechtsprechung auf, die folgend erläutert wird.

Grundsätzlich kann man einen Werkbesteller (der Bauherr) nicht dazu zwingen, das Werk (die Planungsleistung) zu vollenden, wenn dies nicht mehr in seinem Interesse ist. Der **Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf Anstellung oder Fertigstellung des Werkes**, sondern auf die Entlohnung der getätigten Leistungen. Es wäre nicht zweckmäßig dem Auftraggeber dazu zu zwingen, das Werk vollständig auszuführen, wenn sein Interesse daran nicht mehr besteht.<sup>148</sup>

*Abbestellungsrecht  
des AG*

Die einzige Pflicht des Auftraggebers erschöpft sich in der Gegenleistung, also die Bezahlung des vereinbarten Entgelts für die Herstellung des Werkes. Der Auftraggeber ist grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, das Werk fertig ausführen zu lassen.<sup>149</sup>

Der OGH stellte fest, dass der Bauherr das Recht hatte, vom Werkvertrag zurückzutreten. Dies war jedoch damit verbunden, dass die vom Architekten vertragsgemäß erbrachten Leistungen vom Bauherrn zu begleichen waren.<sup>150</sup>

Die Folgen der Abbestellung ergeben sich aus dem § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB:

*Folgen der Abbestellung*

*„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.“<sup>151</sup>*

<sup>148</sup> Vgl. OGH 07.04.1976, 1 Ob 576/76, RIS-Justiz RS0021809.

<sup>149</sup> Vgl. OGH 01.02.1972, 5 Ob 9/72, RIS-Justiz RS0021831.

<sup>150</sup> Vgl. OGH 26.10.1955, 1 Ob 114/55, RIS-Justiz RS0025771.

<sup>151</sup> § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB.

Der Architekt hatte weiterhin Anspruch auf die Bezahlung des gesamten Entgelts, jedoch um die eigenen Ersparnisse, sprich die noch nicht erbrachten Planungsleistungen, vermindert.

Für diesen beschränkten Entgeltanspruch des Architekten war es jedoch notwendig, dass der Vertrag seitens des Bauherrn aufgelöst wurde, denn es besteht die Voraussetzung, dass die Umstände **auf Seite des Werkbestellers** liegen müssen.

*Beschränkter  
Entgeltanspruch*

Der OGH erläuterte anhand der bisherigen Rechtsprechung, dass die Umstände auf Seite des Bestellers liegen, wenn der Bauherr anschließend ein anderes Unternehmen mit den Arbeiten beauftragt und kein Verschulden des ursprünglichen Unternehmers vorliegt.<sup>152</sup> Der Architekt hatte Anspruch auf den ausstehenden Werklohn in vereinbarter Höhe abzüglich der Ersparnisse, die durch das Unterbleiben der Fertigstellung entstanden.

#### ▪ Zur Übergabe mangelhafter Pläne

Dem Bauherrn wurde vom OGH das Recht zur Werksabbestellung eingeräumt. Anschließend wurde die Frage vom OGH erläutert, ob die vom Architekten bereits erbrachten Leistungen bei Übergabe an den Bauherrn mangelfrei sein mussten.

Der OGH entschied in diesem Fall, dass der Architekt **nicht verpflichtet war, ein mangelfreies Werk zu liefern**. Die Tatsache, dass der Bauherr den Vertrag mit sofortiger Wirkung auflöste, führte dazu, dass der Architekt nicht ausreichend Zeit hatte, die Pläne fertigzustellen und vorhandene Mängel zu beseitigen. Der Bauherr konnte deshalb nicht vom Architekten verlangen, dass er für die Mangelfreiheit der Pläne einstehen musste.

*Entfall der  
Erfolgspflicht*

Der OGH stellte fest, dass ein Auftragnehmer nicht von sämtlichen Verpflichtungen befreit ist, wenn das Werk durch den Auftraggeber abbestellt wird. Neben der (entfallenen) Hauptpflicht zur Werksherstellung, bestehen vertragliche Nebenpflichten, die der Unternehmer weiterhin einhalten muss. Zu den Nebenpflichten des Werkunternehmers zählen die **Schutz- und Sorgfaltspflichten**, die der Auftragnehmer bei Werksübergabe einhalten musste. Der Auftragnehmer musste im Wesentlichen dafür sorgen, dass seine Handlungen nicht dazu führten, dass der Auftraggeber einen Schaden erleidet.<sup>153</sup> Wenn der Architekt diesbezügliche Sorgen hatte, dann musste er den Bauherrn davor warnen.

*Schutz- und  
Sorgfaltspflichten*

Der Architekt hatte bei Übergabe der unvollständigen Pläne die Pflicht, den Bauherrn mitzuteilen, dass die Pläne nicht freigegeben und für die Verwendung als Ausführungspläne ungeeignet waren. Dies tat er, gemäß der Entscheidung des OGH, in Form eines Freigabevermerkes auf den

*Warnpflicht des  
Architekten*

<sup>152</sup> Vgl. OGH 04.05.1955, 7 Ob 213/55, RIS-Justiz RS0021782.

<sup>153</sup> Vgl. OGH 25.04.1972, 8 Ob 60/72, RIS-Justiz RS0017049.

Plänen, der zum Zeitpunkt der Übergabe nicht vorhanden war. Die zusätzliche Feststellung des Architekten, dass die Ausführungspläne nur zu 30 % fertig waren, bestätigte die Tatsache, dass sie nicht mangelfrei sein konnten.

Der OGH stellte letztlich fest, dass der Bauherr die Pläne auf eigenes Risiko als Ausführungspläne weitergegeben hatte. Er musste für den entstandenen Schaden selbst eintreten. Die Schadenersatzklage gegenüber dem Architekten wurde vom OGH deshalb abgewiesen.

### 3.3.1 Zusammenfassung / Ergebnisse

Das Urteil des Obersten Gerichtshofes hatte folgende Bedeutung für Bauherr und Architekt:

- **Zur Werksabbestellung**

Die Abbestellung der Planungsleistungen seitens des Bauherrn war rechtmäßig, allerdings musste er die bereits erbrachten Leistungen und getätigten Ausgaben des Architekten begleichen. Der Bauherr wurde dazu verpflichtet, den noch ausstehenden Rechnungsbetrag zur Gänze zu begleichen.

- **Zur Übergabe mangelhafter Pläne**

Mit der sofortigen Abbestellung der Planungsleistungen erlosch die Erfolgspflicht des Architekten zur Herstellung mangelfreier Pläne. Er musste diese dem Bauherrn übergeben, allerdings nur zum bereits erbrachten Planungsstand. Bei Übergabe der Pläne musste der Architekt ausschließlich die Schutz- und Sorgfaltspflichten dem Bauherrn gegenüber einhalten. Er musste dem Bauherrn mitteilen, dass die Pläne weder fertiggestellt noch mangelfrei und somit für eine weitere Verwendung ungeeignet waren.

Obwohl keine schriftliche Mitteilung seitens des Architekten erfolgte, war aus den vorliegenden Umständen ableitbar, dass die Pläne zum Zeitpunkt der Übergabe nicht fertiggestellt sein konnten. Der Bauherr gab die Pläne auf eigenes Risiko an die ausführenden Unternehmen weiter und musste für die daraus entstandenen Schäden selbst eintreten.

### 3.4 Analyse des Konflikts

Im folgenden Abschnitt folgt die Analyse der Konfliktursachen aus dem Sachverhalt anhand von Expertenbeiträgen aus der Literatur. Zunächst folgt ein Überblick, über die behandelten Fragestellungen, der sich an die Gliederung der rechtlichen Beurteilung hält.

#### 3.4.1 Überblick

<b>3.4.2 Zur Werksabbestellung</b>	<b>54</b>
3.4.2.1 Grundzüge des Werkvertrages .....	55
3.4.2.2 Einteilung des Architektenvertrages als Werkvertrag .....	55
3.4.2.3 Abbestellungsrecht des Auftraggebers gemäß ABGB.....	57
3.4.2.4 Pflichten des Auftraggebers gemäß ABGB.....	57
3.4.2.5 Folgen der Werksabbestellung gemäß ABGB .....	59
3.4.2.6 Werksabbestellung gemäß ÖNORM B 2110 .....	60
3.4.2.7 Folgen der Werksabbestellung gemäß ÖNORM B 2110 im Vergleich zum ABGB..	62
3.4.2.8 Abhängigkeit des Entgeltanspruchs von der Sphärentheorie.....	64
3.4.2.9 Kritik an der Sphärentheorie der ÖNORM B 2110.....	66
3.4.2.10 Entfall von Teilleistungen gemäß ÖNORM B 2110 .....	66
3.4.2.11 Kann der Auftraggeber die Folgen einer Werksabbestellung ausschließen? .....	67
<b>3.4.3 Zur Verwendung mangelhafter Pläne</b>	<b>68</b>
3.4.3.1 Schutz- und Sorgfaltspflichten bei Werksabbestellung.....	69
3.4.3.2 Schadenersatzansprüche bei Verletzung der Schutz- und Sorgfaltspflichten.....	70

#### ▪ Zur Werksabbestellung

Im folgenden Abschnitt wird auf die Abbestellung der Werksleistung durch den Bauherrn detailliert eingegangen. Es werden die Hintergründe des Werksabbestellungsrechts aus der Sicht von *Kletečka* eingegangen und die Folgen einer Werksabbestellung gemäß § 1168 ABGB näher erläutert. Es werden die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beschrieben und auf die Sphärentheorie des ABGB und der ÖNORM B 2110 eingegangen. Des Weiteren wird auf folgende Fragestellungen eingegangen:

- ♦ Unter welchen Umständen unterliegt ein Architektenvertrag dem Werkvertragsrecht? Wann wird dieser als Bevollmächtigungsvertrag eingestuft?
- ♦ Wieso kann der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, dt. Verträge sind einzuhalten, im Werkvertragsrecht nicht wortwörtlich übernommen werden? Welche Umstände begründen ein Abbestellungsrecht des Auftraggebers?

- ◆ Was bedeutet die Regelung des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB? Welche Kosten müssen dem Auftragnehmer tatsächlich erstattet werden? Welche diesbezüglichen Regelungen enthält die ÖNORM B 2110? Können die Regelungen des § 1168 ABGB vertraglich ausgeschlossen werden?
- ◆ Unter welchen Umständen hat ein Auftragnehmer Anspruch auf das beschränkte Entgelt? Welche Bedeutung hat hier die Sphärentheorie?
- ◆ Was sind die sogenannten Mitwirkungspflichten des Auftraggebers und wie sind diese rechtlich einzuordnen?

▪ **Zur Übergabe mangelhafter Pläne**

In diesem Abschnitt wird auf die Werkerfolgspflicht des Auftragnehmers eingegangen und auf den Entfall dessen, wenn es zu einer Werksabbestellung durch den Auftraggeber kommt. Weiters werden folgende Fragestellungen behandelt:

- ◆ Was sind sogenannte Schutz- und Sorgfaltspflichten und wozu dienen sie?
- ◆ Unter welchen Umständen kann ein Auftragnehmer durch die Nichteinhaltung von Schutz- und Sorgfaltspflichten schadenersatzpflichtig werden? Welche Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein?

### 3.4.2 Zur Werksabbestellung

Im österreichischen Rechtssystem gilt der Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, dt. Verträge sind einzuhalten, denn Verträge bilden die Grundlage jeder geschäftlichen Zusammenarbeit. Dieser Grundsatz ist von enormer Wichtigkeit, denn eine Verpflichtung, die nur dann besteht, wenn man sie möchte, ist in Wahrheit keine Verpflichtung.<sup>154</sup>

Obiger Grundsatz kann im österreichischen Werkvertragsrecht nicht wortwörtlich übernommen werden, denn, wie aus der gegenständlichen Entscheidung ersichtlich, können Auftraggeber grundsätzlich jederzeit vom Werkvertrag zurücktreten.

Aus den einleitend beschriebenen Untersuchungen lässt sich erkennen, dass Abweichungen vom ursprünglichen Leistungsumfang eine häufige Streitursache darstellen. Ein Extremfall stellt die Abbestellung der Gesamtleistung dar.

Eine fehlende vertragliche Regelung zum Umgang mit Leistungsänderungen, führte im vorliegenden Fall dazu, dass der Bauherr die Gesamtleistung abbestellte und **die Zusammenarbeit mit dem Architekten fristlos beendete**.

Der OGH erläuterte zunächst das Abbestellungsrecht des Werkbestellers und stellte fest, dass der Auftraggeber grundsätzlich nicht gezwungen werden das Werk weiterhin auszuführen, wenn er kein Interesse mehr daran hat:

*„Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf Ausführung oder Vollendung des Werkes, ein Recht auf Beschäftigung steht ihm nicht zu. Der Besteller kann vielmehr nach seinem Belieben die Inangriffnahme oder die Fortsetzung und Vollendung des Werkes hindern, da es unbillig und unzweckmäßig wäre, ihn zu zwingen, das Werk auch dann herstellen zu lassen, wenn sein Interesse daran nicht mehr besteht.“<sup>155</sup>*

Werksabbestellungsrecht  
des AG

Der OGH bezieht sich seit der Entscheidung „1 Ob 576/76“ aus dem Jahre 1976 auf obige Rechtsprechung, die sich im Wortlaut klar auf das Werkvertragsrecht bezieht.

Das Werkvertragsrecht bildet den Grundstein für das österreichische Bauwesen, da jeder Vertrag zur Herstellung eines (Bau-)Werkes grundsätzlich als Werkvertrag eingestuft wird. Die Einteilung des Architektenvertrages stellt eine oft komplexere Angelegenheit dar, denn hier ist der Inhalt des Vertrages entscheidend für die rechtliche Einstufung. Im folgenden Abschnitt wird auf die Grundlagen des Werkvertragsrechts eingegangen und anschließend die Besonderheiten des Architektenvertrages näher erläutert.

<sup>154</sup> Vgl. FLUME, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts II, 4. Auflage (1992), S. 684. Zitiert bei: KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016, S. 83.

<sup>155</sup> OGH 07.04.1976, 1 Ob 576/76, RIS-Justiz RS0021809.



### 3.4.2.1 Grundzüge des Werkvertrages

Ein Werkvertrag wird unter § 1151 Abs 1 Satz 2 ABGB als Vertrag definiert, in dem sich ein Auftragnehmer (der Werkunternehmer) zur **Herstellung eines Werkes** für den Auftraggeber (der Werkbesteller) verpflichtet. Die Herstellung eines Werkes ist maßgebend für die Einordnung als Werkvertrag.

*„[...] wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, [so entsteht] ein Werkvertrag.“<sup>156</sup>*

*Werkvertrag gemäß ABGB*

In einem typischen Bauvertrag mit Fokus auf die Herstellung eines Bauwerkes ist die Einordnung als Werkvertrag eindeutig ersichtlich.

Im gegenständlichen Fall wurde der Architekt mit der Erstellung der Planunterlagen und der anschließenden Bauüberwachung beauftragt. Der Architektenvertrag stellt in der Einteilung der Vertragsart einen Sonderfall dar und Bedarf einer genaueren Betrachtung. Unter gewissen Umständen bzw. bei der Beauftragung bestimmter Leistungen kann der Architektenvertrag entweder als Werkvertrag oder als Bevollmächtigungsvertrag eingestuft werden, was eine unterschiedliche rechtliche Behandlung zur Folge hat.

### 3.4.2.2 Einteilung des Architektenvertrages als Werkvertrag

Ein Vertrag zwischen Auftraggeber und Architekt **zur Erstellung von Plänen** wird gemäß aktueller Judikatur in Österreich als Werkvertrag angesehen.<sup>157</sup>

*Werkvertrag*

Der Architektenvertrag kann unter bestimmten Voraussetzungen als Bevollmächtigungsvertrag eingestuft werden. Dies trifft insbesondere zu, wenn der Architekt als Bevollmächtigter des Bauherrn bei der Bauüberwachung, der örtlichen Bauaufsicht, der Ausschreibung, der Führung von Verhandlungen etc. auftritt und die **Interessen des Bauherrn** nach außen vertritt.<sup>158</sup>

*Bevollmächtigungsvertrag*

In der Praxis (und auch im vorliegenden Fall) kommen Verträge vor, die sowohl eine Planungsleistung als auch eine Interessensvertretung des Bauherrn nach außen beinhalten. Diese Verträge werden als „gemischte Verträge“<sup>159</sup> bezeichnet und sind in der Praxis strittig.

*„Gemischter“ Vertrag*

<sup>156</sup> § 1151 Abs 1 Satz 2 ABGB.

<sup>157</sup> Vgl. OGH 08.05.1974, 1 Ob 76/74, RIS-Justiz RS0021309.

<sup>158</sup> Vgl. PFLAUM, H.; SCHIMA, A.: Der Architektenvertrag, S. 16.

<sup>159</sup> Vgl. KAUFMANN, A.: Bauvertragsrecht. Skriptum, Seminar 207.903 WS 2016/17. S. 8.

In der Lehre werden von *Strasser* und *Krejci* zwei Ansichten vertreten: *Strasser* ordnet einen gemischten Vertrag hauptsächlich als **Bevollmächtigungsvertrag** ein, wenn vereinbart wird „den Architekten mit der Wahrnehmung der Interessen des Bauherrn gegenüber Behörden und Professionisten in verhältnismäßig genereller Weise zu betrauen“<sup>160</sup>. *Krejci*<sup>161</sup> vertritt gemeinsam mit *Pflaum/Schima*<sup>162</sup> die Ansicht, dass die Elemente des Werkvertrages beim Architektenvertrag überwiegen und die Erstellung von Bauplänen zweifellos ein Werk darstellen. Eventuelle Planungsfehler entspringen somit dem Bereich des **Werkvertrages**, auch wenn der Vertrag **bevollmächtigungsähnliche Inhalte** enthält. Oft gilt es im Einzelfall zu klären, ob die Fehler des Architekten in der Funktion als Auftragnehmer oder als Auftraggebervertreter geschahen.

*Werkvertrag vs.  
Bevollmächtigungsvertrag*

Deutschland und Österreich unterscheiden sich in der Einteilung von Architektenverträgen. *Kaufmann*<sup>163</sup> führt an, dass Architektenverträge in Deutschland seit der Entscheidung des BGH vom 26.11.1959<sup>164</sup> **fast ausschließlich als Werkverträge** eingeordnet werden, weil sämtliche Leistungen zur Vertretung des Bauherrn ausschließlich dazu dienen, ein erfolgreiches Werk herzustellen. Ein Architektenvertrag wird in Deutschland unter bestimmten Voraussetzungen als Dienstvertrag eingestuft, jedoch nur, wenn die Leistungen des Architekten keinen direkten Bauwerksbezug aufweisen.

*Vergleich zu Deutschland*

Im OGH-Urteil „7 Ob 515/91“, das im nächsten Kapitel erläutert wird, wurde der Architektenvertrag als Bevollmächtigungsvertrag eingestuft.<sup>165</sup> Laut *Kaufmann* hatte dies den Grund, weil die Wahrung der Interessen des Bauherrn gegenüber den Behörden und Professionisten im Vordergrund standen.<sup>166</sup> Auch im OGH-Urteil „1 Ob 2409/96 p“<sup>167</sup> wurde diese Ansicht bestätigt.

Die korrekte Einteilung des Architektenvertrages, entweder als Werk- oder als Bevollmächtigungsvertrag, ist aufgrund der **unterschiedlichen Behandlung** im ABGB von Bedeutung. Sie hat auch ggf. Einfluss auf das Ausmaß der Haftung für den Architekten (vgl. dazu Kapitel 4.4.4.1) Die Auflösung eines Werkvertrages führt zur Anwendung des § 1168 Abs 1

*Folgen der Einteilung des  
Architektenvertrages*

<sup>160</sup> Vgl. STRASSER, R. in RUMMEL, P.: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 2. Auflage. § 1002 Rz 27.

<sup>161</sup> Vgl. KREJCI, H. in RUMMEL, P.: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 2. Auflage. §§ 1165, 1166 Rz 14.

<sup>162</sup> Vgl. PFLAUM, H.; SCHIMA, A.: Der Architektenvertrag. S. 17.

<sup>163</sup> Vgl. KAUFMANN, A.: Bauvertragsrecht. Skriptum, Seminar 207.903 WS 2016/17. S. 9-10.

<sup>164</sup> Vgl. BGH 26.11.1959 VII ZR 120/58 BGHZ, 31, 224 = NJW 1960, 431 = MDR 1974, 396 = VersR 1974,898. Zitiert bei: KAUFMANN, A.: Bauvertragsrecht. Skriptum, Seminar 207.903 WS 2016/17. S. 9.

<sup>165</sup> Vgl. OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

<sup>166</sup> Vgl. KAUFMANN, A.: Bauvertragsrecht. Skriptum, Seminar 207.903 WS 2016/17. S. 10.

<sup>167</sup> Vgl. OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p. Zitiert bei: KAUFMANN, A.: Bauvertragsrecht. Skriptum, Seminar 207.903 WS 2016/17. S. 10.

ABGB, die Auflösung eines Bevollmächtigungsvertrages hingegen zur Anwendung des § 1020 ABGB.<sup>168</sup>

### 3.4.2.3 Abbestellungsrecht des Auftraggebers gemäß ABGB

Die Herstellung von Bauplänen unterliegt grundsätzlich dem Werkvertragsrecht. Die Hauptpflicht des Architekten ergibt sich gemäß § 922 ABGB in der Herstellung eines fehlerfreien Werkes. Die Pflicht des Auftraggebers liegt darin, das für das erfolgreich hergestellte Werk vereinbarte Entgelt zu entrichten.

Im gegenständlichen Urteil schlossen Bauherr und Architekt einen gültigen Vertrag zur Herstellung von Planunterlagen. Gemäß dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*“ hätten sich beide Vertragsparteien grundsätzlich an diesem Vertrag bis zur vollständigen Vertragserfüllung halten müssen. Aus der vorliegenden Entscheidung des OGH geht hervor, dass der Bauherr ein Recht zur einseitigen Vertragsauflösung hatte, obwohl einseitige Vertragsänderungen grundsätzlich unzulässig sind.

*Kletečka*<sup>169</sup> vertritt die Ansicht, dass die **typische Interessenlage der Vertragsparteien** die Grundlage für das Abbestellungsrecht in Österreich bildet. In der Regel hat der Auftragnehmer ein Interesse daran, das vereinbarte Entgelt zu erhalten und kein ausschließliches Interesse daran, das Werk auszuführen. Die Interessen des Auftragnehmers sind somit gewahrt, wenn er denselben Gewinn erhält, wie ursprünglich vereinbart und **wirtschaftlich nicht schlechter gestellt** wird, als wenn er den Vertrag ausgeführt hätte.

*Grundgedanke des  
Werksabbestellungsrechts*

Das Abbestellungsrecht des Auftraggebers ist somit nur gerechtfertigt, wenn der Gewinn nicht gemindert und die wirtschaftliche Situation des Auftragnehmers nicht verschlechtert wird.<sup>170</sup>

### 3.4.2.4 Pflichten des Auftraggebers gemäß ABGB

Der Auftragnehmer ist vertraglich dazu verpflichtet, das vereinbarte Werk innerhalb der vereinbarten Zeit herzustellen. Während der Abwicklung eines Bauprojektes lassen sich Verzögerungen aus der Sphäre des Auftraggebers oft nicht vermeiden. Der Auftragnehmer ist teilweise von der Mitwirkung des Auftraggebers abhängig, um seine vertraglichen Pflichten erfüllen zu können.

<sup>168</sup> Vgl. KREJCI, H. in RUMMEL, P.: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 2. Auflage. §§ 1165, 1166 Rz 14.

<sup>169</sup> Vgl. KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 83.

<sup>170</sup> Vgl. KLETEČKA, A. in KLETEČKA/SCHAUER, ABGB-ON 1.02, § 1168 Rz 17 und 27. Zitiert bei: KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 84 (FN 11).

Der OGH stellte in der vorliegenden Entscheidung fest, dass die Pflicht des Bestellers sich in der Gegenleistung erschöpft.<sup>171</sup> Doch es besteht die Frage, wie die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers rechtlich zu werten sind. Diesbezüglich enthält § 1168 Abs 2 ABGB folgende Regelung:

*„Unterbleibt eine zur Ausführung des Werkes erforderliche Mitwirkung des Bestellers, so ist der Unternehmer auch berechtigt, ihm zu Nachholung eine angemessenen Frist zu setzen mit der Erklärung, daß nach fruchtlosem Verstreichen der Frist der Vertrag als aufgehoben gelte.“<sup>172</sup>*

Gemäß § 1168 Abs 2 ABGB ist der Auftraggeber **zur Mitwirkung verpflichtet**, wenn die Mitwirkung für den Erfolg des Werkes erforderlich ist. Das Wort „Pflicht“ wird in § 1168 Abs 2 ABGB jedoch nicht genannt. *Karasek* bezeichnet die Aufgaben, die der Auftraggeber auszuführen hat, als Mitwirkungsobliegenheiten, weil sie nicht unmittelbar durchgesetzt werden können.<sup>173</sup>

Parallel dazu gilt § 918 Abs 1 ABGB, welches folgende Regelung beinhaltet:

*„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.“<sup>174</sup>*

§ 918 Abs 1 ABGB ähnelt dem § 1168 Abs 2 ABGB auf dem ersten Blick, hat aber laut *Kletečka* einen entscheidenden Unterschied.<sup>175</sup> Bei § 1168 Abs 2 ABGB reicht eine **Obliegenheitsverletzung** des Auftraggebers aus, um ein Rücktrittsrecht des Auftragnehmers zu bewirken. Ein Rücktritt vom Vertrag nach § 918 Abs 1 ABGB ist nur bei einer **Pflichtverletzung** erlaubt. Deshalb räumt § 1168 Abs 2 ABGB dem Auftragnehmer das Recht ein, auch bei Verletzung einer Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers, vom Vertrag zurückzutreten.<sup>176</sup>

Aus den Untersuchungen von *Werkl* und *Haghsheno/Kaben* lässt sich erkennen, dass fehlende Planunterlagen eine häufige Streitursache<sup>177</sup> im Bauprojektlauf darstellen, weshalb dieser Umstand näher erläutert wird.

*Pflicht der Gegenleistung*

*Mitwirkungsobliegenheiten*

*Unterschied Pflicht und Obliegenheit*

*Fehlende Planunterlagen*

<sup>171</sup> Vgl. OGH 01.02.1972, 5 Ob 9/72, RIS-Justiz RS0021831.

<sup>172</sup> § 1168 Abs 2 ABGB.

<sup>173</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1170.

<sup>174</sup> § 918 Abs 1 ABGB.

<sup>175</sup> Vgl. KLETEČKA, A.: Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil I). In: bau aktuell, 1/2017. S. 8.

<sup>176</sup> Vgl. KLETEČKA, A.: Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil I). In: bau aktuell, 1/2017. S. 8.

<sup>177</sup> Vgl. WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 13.

Weselik<sup>178</sup> nennt einen möglichen Lösungsvorschlag zur Problematik fehlender bzw. verspäteter Planunterlagen: die Nennung **konkreter Planliefertermine und erforderlicher Vorlaufzeiten** im Bauvertrag. Im Vorhinein vereinbarte Fristen machen eine Diskussion im Nachhinein obsolet, welche Vorlaufzeiten zur Prüfung tatsächlich notwendig waren.

*Konkrete Termine und Fristen*

Grundsätzlich ist ein den Ausschreibungsunterlagen beigelegter Terminplan nicht ausreichend, um die darin enthaltenen Termine als verbindlichen Vertragsbestandteil anzusehen.<sup>179</sup> Eine vertragliche Regelung konkreter Planliefertermine ändert die Mitwirkungsobliegenheit des Auftraggebers in eine (vertragliche) Mitwirkungspflicht. Eine Anwendung des o. a. § 918 Abs 1 ABGB und in weiterer Folge § 921 ABGB wäre bei einer Pflichtverletzung dann denkbar.<sup>180</sup>

#### 3.4.2.5 Folgen der Werksabbestellung gemäß ABGB

Der OGH stellte im gegenständlichen Urteil fest, dass der Auftraggeber das Werk jederzeit abbestellen durfte, allerdings musste er die Folgen des § 1168 ABGB tragen.

§ 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB regelt, dass der Werkunternehmer bei Abbestellung des Werkes, Anspruch auf das vereinbarte Entgelt abzüglich Ersparnisse durch die Nichtausführung hat:

*„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.“<sup>181</sup>*

*Folgen der Werksabbestellung*

Der Auftraggeber muss gemäß § 1168 ABGB das vereinbarte Entgelt entrichten, auch wenn er das vereinbarte Werk abbestellt. Er darf jedoch den Betrag abziehen, den sich der Auftragnehmer durch die Nichtherstellung des Werkes erspart. Diese Regelung des ABGB gewährleistet, dass der Auftraggeber jederzeit das Werk abbestellen darf, wenn er sein Interesse daran verliert, und dass der Auftragnehmer nach Vertragsauflösung nicht schlechter gestellt wird, als wenn er das Werk ausgeführt hätte.

Man stelle sich aber folgende Situation vor: der Auftraggeber bestellt das vereinbarte Werk ab. Wenn der Auftragnehmer den Vertrag jedoch ausgeführt hätte, dann wären höhere Mengen aufgetreten als im ursprüngli-

*Entgeltanspruch bei Mehrmengen*

<sup>178</sup> Vgl. WESELIK, N.: Der Planungsverzug beim Bauvertrag. In: bau aktuell, 1/2016. S. 6.

<sup>179</sup> Vgl. Pkt 6.1.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>180</sup> Vgl. WESELIK, N.: Der Planungsverzug beim Bauvertrag. In: bau aktuell, 1/2016. S. 6.

<sup>181</sup> § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB.

chen Vertrag, was zu einem Anspruch auf Mehrkosten geführt hätte. Demnach wäre für den Auftragnehmer ein höherer Umsatz aufgetreten, wenn er den Auftrag tatsächlich ausgeführt hätte, was eine Schlechterstellung des Auftragnehmers bedeuten würde. Diese Fragestellung wurde vom OGH erläutert und stimmt mit der Meinung von *Kletečka*<sup>182</sup> überein. Der Auftragnehmer hat grundsätzlich Anspruch auf den Verdienst „*der ihm im Falle der Ausführung des Vertrages zugekommen wäre*“.<sup>183</sup>

Die Zentralregion, auch Geschäftsgemeinkosten genannt, werden von dieser Regelung ausgenommen.<sup>184</sup> Obwohl ein geringerer Umsatz grundsätzlich zu einem Anstieg des Prozentzuschlags für Zentralregionen bei gleichbleibenden Geschäftsgemeinkosten führt, wäre ein solcher Verlust aus dem Titel des Schadenersatzes zu begehren und nicht aus dem Titel des Vertrages nach § 1168 ABGB.<sup>185</sup>

Zentralregie

Dem Auftragnehmer steht im Falle einer Abbestellung des Werkes der reine Verdienst zu, den er **im Falle der Ausführung** erwirtschaftet hätte, ohne zusätzliche Kosten für Zentralregionen. Zusätzliche Verluste aus Zentralregionen wären bei Verschulden des Auftraggebers über das Schadenersatzrecht zu begehren.

### 3.4.2.6 Werksabbestellung gemäß ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 5.8.1 jene Gründe, die zu einem Rücktritt vom Vertrag berechtigen. Die ÖNORM B 2110 baut auf das dispositive Werkvertragsrecht auf und ergänzt die Regelungen des ABGB um baurelevante Inhalte. Das Werkabbestellungsrecht des Auftraggebers gemäß ABGB wird in der ÖNORM B 2110 grundsätzlich nicht abgeändert. Des Weiteren darf ein Vertragspartner gemäß ÖNORM B 2110 unter den folgenden Umständen vom Vertrag zurücktreten:<sup>186</sup>

- ◆ bei Untergang der bereits erbrachten Leistung,<sup>187</sup>
- ◆ bei Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Vertragspartners,<sup>188</sup>

Vertragsrücktritt gemäß  
ÖNORM B 2110

<sup>182</sup> Vgl. KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 84.

<sup>183</sup> OGH 14.12.1960, 6 Ob 448/60, RIS-Justiz RS0021851.

<sup>184</sup> Vgl. OGH 14.12.1960, 6 Ob 448/60, RIS-Justiz RS0021851.

<sup>185</sup> Vgl. OGH 14.12.1960, 6 Ob 448/60.

<sup>186</sup> Pkt 5.8.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>187</sup> Pkt 5.8.1 Z 1 ÖNORM B 2110:2013: „Jeder Vertragspartner ist berechtigt, den sofortigen Rücktritt vom Vertrag zu erklären: 1) bei Untergang der bereits erbrachten Leistung;“.

<sup>188</sup> Pkt 5.8.1 Z 2&3 ÖNORM B 2110:2013: „2) wenn die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des anderen Vertragspartners mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen oder ein solches Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens aufgehoben worden ist; 3) wenn über das Vermögen des anderen Vertragspartners ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist und die gesetzlichen Vorschriften den Rücktritt vom Vertrag nicht untersagen;“.

- ◆ bei Unmöglichkeit der Leistungserbringung,<sup>189</sup>
- ◆ bei einer schweren Erschütterung des Vertrauens in den Vertragspartner<sup>190</sup>
- ◆ und bei einer Behinderung, die länger als drei Monate andauert.<sup>191</sup>

Beide Vertragspartner haben grundsätzlich das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, wenn die bisher erbrachte Leistung „untergeht“ also zerstört wird. Dabei ist es unwichtig, aus wessen Sphäre der Grund für den Untergang des Werkes stammt.<sup>192</sup> Karasek erläutert diesbezüglich, dass ein sofortiger Rücktritt **nur im Falle einer gänzlichen Zerstörung** der Leistung rechtmäßig ist und eine teilweise Zerstörung des Werkes nicht zum Rücktritt berechtigt.<sup>193</sup>

*Untergang der Leistung*

Wenn Umstände vorliegen, die die Erfüllung des Vertrages unmöglich machen und der Sphäre eines Vertragspartners zuzuordnen sind, dann führt dies zu einem Rücktrittsrecht des anderen Vertragspartners. Dies deckt sich mit Regelungen gemäß § 920 ABGB zum Schuldnerverzug und § 1168 Abs 2 ABGB zu den Mitwirkungspflichten des Auftraggebers.<sup>194</sup>

*Unmöglichkeit der Leistungserbringung*

Karasek beschreibt die Rücktrittsgründe unter Pkt 5.8.1 Z 5 der ÖNORM B 2110, als solche, die eine **schwere Erschütterung des Vertrauens** in den Vertragspartner bewirken. Dies stellt auch ein Rücktrittsrecht gemäß ABGB dar.<sup>195</sup> Ausschließlich vorsätzliches Handeln des Vertragspartners führt jedoch zum Rücktrittsrecht, grobe Fahrlässigkeit ist von dieser Regelung nicht umfasst.<sup>196</sup>

*Vertrauensverlust*

Das Rücktrittsrecht aufgrund einer Behinderung, die länger als drei Monate dauert, besteht grundsätzlich für beide Vertragspartner, unabhängig davon aus wessen Sphäre die Behinderung stammt.<sup>197</sup> Karasek führt zudem aus, dass das Wortlaut der ÖNORM darauf schließen lässt, dass nur

*Längere Behinderung*

<sup>189</sup> Pkt 5.8.1 Z 4 ÖNORM B 2110:2013: „4) wenn Umstände vorliegen, welche die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages offensichtlich unmöglich machen, soweit der andere Vertragspartner diese zu vertreten hat;“.

<sup>190</sup> Pkt 5.8.1 Z 5 ÖNORM B 2110:2013: „5) wenn der andere Vertragspartner; a) Handlungen gesetzt hat, um dem Vertragspartner in betrügerischer Absicht Schaden zuzufügen, insbesondere wenn er mit anderen Unternehmern nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen hat; b) unmittelbar oder mittelbar Organen des Vertragspartners, die mit dem Abschluss oder mit der Durchführung des Vertrages befasst sind, den guten Sitten widersprechende Vorteile versprochen oder zugewendet bzw. Nachteile unmittelbar angedroht oder zugefügt hat;“.

<sup>191</sup> Pkt 5.8.1 Z 6 ÖNORM B 2110:2013: „6) sobald sich herausstellt, dass durch eine Behinderung, die länger als 3 Monate dauert oder dauern wird, die Erbringung wesentlicher Leistungen nicht möglich ist. Jahreszeitlich bedingte bzw. vertraglich vorgesehene Unterbrechungen sind nicht zu berücksichtigen“.

<sup>192</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 493.

<sup>193</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 495.

<sup>194</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 503.

<sup>195</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 511.

<sup>196</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 512.

<sup>197</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 519.

**eine längere Behinderung** gemeint sein kann und nicht das Aufsummieren mehrerer, kleinerer Behinderungen.<sup>198</sup>

In weiterer Folge regelt die ÖNORM B 2110, dass das Rücktrittsrecht bei den Fällen 1) bis 5) erlischt, wenn 30 Tage ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Rücktrittsgründe vergehen. In Fall 6) entfällt das Rücktrittsrecht, wenn die Behinderung, die zum Rücktrittsrecht geführt hat, ebenfalls wegfällt.<sup>199</sup>

*Entfall des Rücktrittsrechts*

Die ÖNORM B 2110 verweist darauf, dass die besonderen Regelungen des § 6 KSchG bei Verbrauchergeschäften zu beachten sind und die oben genannten Rücktrittsgründe nicht unbedingt zum Rücktritt des Auftragnehmers berechtigen.

*Verbrauchergeschäfte*

### 3.4.2.7 Folgen der Werksabbestellung gemäß ÖNORM B 2110 im Vergleich zum ABGB

Die Folgen des Rücktritts vom Vertrag werden in Pkt 5.8.3 der ÖNORM B 2110 geregelt und haben auf dem ersten Blick Ähnlichkeiten mit den Bestimmungen des ABGB.

Gemäß der ÖNORM B 2110 sind alle vertragsgemäß erbrachten Leistungen zu übernehmen und zu bezahlen.<sup>200</sup> Diese Regelung stellt laut *Karasek* eine Grundregel der ÖNORM B 2110 dar, welche allerdings von den Regelungen des ABGB abweicht. Das ABGB sieht vor, dass eine Vertragsauflösung grundsätzlich mit der Vertragsrückabwicklung verbunden ist. Im Gegensatz hierzu bestimmt die ÖNORM B 2110, dass **sämtliche vertragsgemäß erbrachten Leistungen** abzugelten sind, unabhängig davon aus welcher Sphäre die Gründe für den Rücktritt stammen.<sup>201</sup>

*Abgeltung sämtlicher vertragsgemäß erbrachten Leistungen*

Anschließend regelt die ÖNORM B 2110, welche Folgen ein Rücktritt vom Vertrag durch den Auftraggeber hat, wenn die Gründe dafür aus der Sphäre des Auftragnehmers stammen. Hierzu zählen beispielsweise die vorhin genannten Gründe (Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, Vertrauensverlust, vorsätzlicher Schaden etc.), die zum Rücktritt des Auftraggebers berechtigen. Sollten Umstände, die der Auftragnehmer zu vertreten hat, zum Rücktritt des Auftraggebers führen, dann trägt der Auftragnehmer die folgenden Konsequenzen:

*Rücktritt des AG wegen AN*

<sup>198</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 521.

<sup>199</sup> Vgl. Pkt 5.8.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>200</sup> Vgl. Pkt 5.8.3.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>201</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 536.



- ◆ Sollten dem Auftraggeber Mehrkosten durch die Fertigstellung des Werkes entstehen, dann muss der Auftragnehmer diese ersetzen.<sup>202</sup>
- ◆ Vom Auftraggeber verwendete Einrichtungen und Materialien müssen vom Auftragnehmer gegen angemessenes Entgelt zur Verfügung gestellt werden.<sup>203</sup>
- ◆ Vom Auftraggeber verwendete Grundstücke und Entnahmestellen müssen vom Auftragnehmer gegen angemessenes Entgelt zur Verfügung gestellt werden.<sup>204</sup>

Der Auftragnehmer hat sämtliche Mehrkosten zu tragen, die der Auftraggeber tätigen muss, um das Werk ordnungsgemäß zu vollenden. Da es sich hierbei um ein Erfüllungsinteresse gemäß Schadenersatzrecht handelt, muss, laut *Karasek*, bei der Abwicklung nach ABGB ein Verschulden des Auftragnehmers vorliegen. Die ÖNORM weicht jedoch von dieser Regelung ab und gewährt dem Auftraggeber **das Erfüllungsinteresse quasi verschuldensunabhängig**.<sup>205</sup>

*Mehrkosten der Werksherstellung*

*Karasek* bezeichnet Pkt 5.8.3.2 Z 2 als „Baustelleneinrichtung“<sup>206</sup> und erläutert hierzu, dass diese Regelung dafür sorgen soll, dass der Auftraggeber möglichst **nahtlos weiterarbeiten** kann. Das angemessene Entgelt wird grundsätzlich nach § 1152 ABGB bestimmt, hierfür werden meist orts- oder branchenübliche Preise herangezogen.<sup>207</sup>

*Baustelleneinrichtung*

Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer verlangen, dass er die bereits genutzten Grundstücke und Materialentnahmestellen weiterhin verwenden darf. Der Auftragnehmer darf hierfür kein übertriebenes Entgelt verlangen, dieser hat sich an den orts- und branchenüblichen Preisen zu orientieren.<sup>208</sup>

*Materialentnahmestellen und Grundstücke*

Pkt 5.8.3.3 der ÖNORM B 2110 regelt die Werksabbestellung durch den Auftraggeber wie das ABGB:

*Werksabbestellung gemäß ÖNORM B 2110*

<sup>202</sup> Pkt 5.8.3.2 Z 1 ÖNORM B 2110:2013: „Wenn die Umstände, die zum Rücktritt des AG geführt haben, auf Seiten des AN liegen, ist dieser verpflichtet, 1) die Mehrkosten, die durch die Vollendung der Leistung entstehen, dem AG zu ersetzen;“.

<sup>203</sup> Pkt 5.8.3.2 Z 2 ÖNORM B 2110:2013: „2) auf Verlangen des AG Gerüste, Geräte und andere auf der Baustelle vorhandene Einrichtungen sowie angelieferte Materialien u. dgl. für die Weiterführung der Arbeit gegen angemessenes Entgelt auf der Baustelle zu belassen oder auf Verlangen des AG die Baustelle unverzüglich zu räumen. Kommt der AN der diesbezüglichen Aufforderung nicht nach, kann der AG die Räumung auf Kosten des AN durchführen oder durch Dritte durchführen lassen;“.

<sup>204</sup> Pkt 5.8.3.2 Z 3 ÖNORM B 2110:2013: 3) auf Verlangen des AG die von ihm genutzten Materialentnahmestellen und Grundstücke gegen angemessene Vergütung zur Verfügung zu stellen“.

<sup>205</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 544.

<sup>206</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 545.

<sup>207</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 545.

<sup>208</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 546.

*„Wenn Umstände, die zum Rücktritt des AN geführt haben, auf Seiten des AG liegen, ist dieser verpflichtet, die vertraglich vereinbarten Preise für die noch nicht erbrachten Leistungen unter Abzug des durch die Nichtvollendung ersparten oder ersparbaren Aufwandes zu vergüten.“<sup>209</sup>*

Diese Regelung der ÖNORM B 2110 entspricht im Sinne die Regelung des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB. Der Auftraggeber ist verpflichtet, sollte er vom Vertrag zurücktreten, sämtliche bereits erbrachten Leistungen des Auftragnehmers zu begleichen. Der Auftragnehmer darf grundsätzlich durch die Abbestellung durch den Auftraggeber wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden, als wenn er den Vertrag ausgeführt hätte.

### 3.4.2.8 Abhängigkeit des Entgeltanspruchs von der Sphärentheorie

Der OGH beschrieb im gegenständlichen Fall, dass der Auftragnehmer bei einer Werksabbestellung durch den Auftraggeber, gemäß § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB, Anspruch auf das vereinbarte Entgelt abzüglich Ersparnisse hatte. Hierfür bestand jedoch die Voraussetzung, dass die Umstände der Vertragsauflösung **auf Seite des Auftraggebers** liegen mussten.<sup>210</sup> Der Auftragnehmer musste also weiterhin zur Vertragserfüllung bereit gewesen sein.

Aus dem Umstand, dass der Auftraggeber die Arbeiten nach Vertragsauflösung an ein anderes Unternehmen vergab, ließ sich ableiten, dass der Grund der Auflösung aus der Sphäre des Auftraggebers kam.<sup>211</sup>

Die Sphärenzuordnung, auch Gefahrtragung genannt, wird im ABGB folgendermaßen geregelt:<sup>212</sup>

*Sphärentheorie gemäß  
ABGB*

- ◆ bei **Unterbleiben der Werksausführung** unter § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB und § 1168a ABGB,
- ◆ bei **Verzögerungen** unter § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB.

Unter Pkt 7.2 regelt die ÖNORM B 2110 jene **Störungen der Leistungserbringung**, die in das Verantwortungsfeld des Auftraggebers und des Auftragnehmers fallen. Grundsätzlich werden sämtliche vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Unterlagen, Anweisungen und Stoffe zu seiner Sphäre gezählt.<sup>213</sup> Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß Pkt 6.2.4 der ÖNORM B 2110 bleibt von dieser Regelung unberührt.

<sup>209</sup> Pkt 5.8.3.3 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>210</sup> Vgl. OGH 04.05.1955, 7 Ob 213/55, RIS-Justiz RS0021782.

<sup>211</sup> Vgl. OGH 04.05.1955, 7 Ob 213/55, RIS-Justiz RS0021782.

<sup>212</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1196.

<sup>213</sup> Pkt 7.2.1 Abs 1&2 ÖNORM B 2110:2013: „Zuordnung zur Sphäre des AG: Alle vom AG zur Verfügung gestellten Unterlagen (z. B. Ausschreibungs-, Ausführungsunterlagen), verzögerte Auftragserteilung, Stoffe (z. B. Baugrund, Materialien, Vorleistungen) und Anordnungen (z. B. Leistungsänderungen) sind der Sphäre des AG zugeordnet. Die Nichteinhaltung

Pkt 7.2 der ÖNORM B 2110 stimmt mit den Regelungen des ABGB überein, da sämtliche Handlungen, die der Auftraggeber dem Auftragnehmer schuldet, zur Sphäre des Auftraggebers gehören.<sup>214</sup> Zu den wichtigsten Unterlagen, die der Auftraggeber zur Verfügung stellen muss, zählen Pläne, aber auch zuverlässige Gutachten<sup>215</sup>.

Unterlagen, die dem Vertrag zugrunde gelegt werden, gelten als Anweisungen im Sinne des § 1168a ABGB.<sup>216</sup> Aus diesem Grund werden mangelhafte Unterlagen zur Sphäre des Auftraggebers gezählt. Der Auftragnehmer hat im Rahmen seiner Warnpflicht, die Unterlagen auf **erkennbare Mängel zu prüfen** und diese dem Auftraggeber mitzuteilen. Unterlässt der Auftragnehmer diese Warnung, dann haftet er für die Folgen seiner Unterlassung und übernimmt die Haftung für die Fehler, die daraus entstehen.<sup>217</sup> Pkt 4.2.1.3 der ÖNORM B 2110 regelt die Tatsache, dass der Auftraggeber für eine vollständige Ausschreibung haftet, die sämtliche Informationen enthält, die zur Angebotskalkulation und Ausführung notwendig sind.

*Unterlagen*

Die ÖNORM B 2110 zählt unter Pkt 7.2.1 konkrete Risiken auf, die zur Sphäre des Auftraggebers gehören, weil sämtliche weiteren Risiken, die nicht genannt wurden, gemäß Pkt 7.2.2 zur Sphäre des Auftragnehmers zählen.<sup>218</sup> Zu den Risiken des Auftraggebers werden folgende Ereignisse gezählt:<sup>219</sup>

*Sphäre des AG gemäß ÖNORM B 2110*

- ◆ Ereignisse, die die Werksherstellung **unmöglich** machen und
- ◆ Ereignisse, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren (**neutrale Sphäre**).

Das ABGB unterscheidet grundsätzlich zwischen anfänglicher (§ 878 ABGB) und nachträglicher (§ 920 ABGB) Unmöglichkeit. *Karasek* nennt diesbezüglich, dass Unmöglichkeit nach der ÖNORM, abweichend vom zivilrechtlichen Verständnis, nur dann vorliegt, wenn der Auftragnehmer in Verzug gerät und die vertraglichen Fertigstellungstermine trotz Forcierungsmaßnahmen nicht einhalten kann.<sup>220</sup>

*Unmöglichkeit der Ausführung*

---

*der Verpflichtung gemäß 4.2.1.3 geht zu Lasten des AG. Die Prüf- und Warnpflicht des AN gemäß 6.2.4 bleibt davon unberührt“.*

<sup>214</sup> Vgl. KREJCI, H.: Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag. In: ecolex, 1993. S. 80.

<sup>215</sup> Vgl. OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83. Zitiert bei: KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1202.

<sup>216</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1202. Hier bleibt anzumerken, dass Pläne nach der ständigen Rechtsprechung als „Stoffe“ des Auftraggebers eingeteilt werden. Vgl. RIS-Justiz RS0022075 (T5).

<sup>217</sup> Vgl. § 1168a ABGB.

<sup>218</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1200.

<sup>219</sup> Pkt 7.2.1 Abs 3 ÖNORM B 2110:2013: „Der Sphäre des AG werden außerdem Ereignisse zugeordnet, wenn diese 1) die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen objektiv unmöglich machen, oder 2) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht vorhersehbar waren und vom AN nicht in zumutbarer Weise abwendbar sind. Ist im Vertrag keine Definition der Vorhersehbarkeit von außergewöhnlichen Witterungsverhältnissen oder Naturereignissen festgelegt, gilt das 10-jährliche Ereignis als vereinbart“.

<sup>220</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1218 Abs 4.

Die „neutrale Sphäre“ wird in Pkt 7.2.1 Abs 2 Z 2 der ÖNORM B 2110 anders als im ABGB geregelt. Gemäß der ÖNORM, gehört die neutrale Sphäre zum **Verantwortungsbereich des Auftraggebers**, während sie gemäß § 1168a ABGB zum Risikobereich des Auftragnehmers gehört.<sup>221</sup>

Neutrale Sphäre

Anschließend erläutert die ÖNORM unter Pkt 7.2.2 die Sphäre des Auftragnehmers. Dazu zählen grundsätzlich alle Risiken, die sich aus der Preisermittlung und der getroffenen Annahmen ergeben (**Kalkulationsrisiko**), sowie Dispositionen mit Lieferanten und Subunternehmern.<sup>222</sup> Die ÖNORM B 2110 zählt anschließend sämtliche Risiken, die unter Pkt 7.2.1 nicht genannt werden, zur Sphäre des AN. Ebenso werden Risiken aus **Abänderungs- oder Alternativangeboten** zur Sphäre des AN gezählt.<sup>223</sup> Der unter Pkt 7.2.2 genannte Pkt 4.2.1.4 beinhaltet die Pflicht des Auftragnehmers, die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen und diese in seinem Angebot zu berücksichtigen.

Sphäre des AN gemäß  
ÖNORM B 2110

### 3.4.2.9 Kritik an der Sphärentheorie der ÖNORM B 2110

*Karasek*<sup>224</sup> bezeichnet die Sphärentheorie der ÖNORM B 2110 als missglückt. Eine abstrakte Definition der Sphären fehlt laut *Karasek* völlig und es werden lediglich Tatbestände aneinandergereiht, die zur einen oder anderen Sphäre gehören. Es gibt eine Generalklausel, die alle „Ereignisse“ zur Risikosphäre des Auftragnehmers zählen, allerdings werden im Pkt 7.2 keine Ereignisse (Unterlagen, Anweisungen, ...) aufgezählt.

*Karasek* kritisiert die Verwendung neuer, nicht definierter Begriffe, da aus diesem Grund nicht auf die reichhaltige Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.

### 3.4.2.10 Entfall von Teilleistungen gemäß ÖNORM B 2110

Das Werkabbestellungsrecht des ABGB führt zur Anwendung des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB, der besagt, dass das Entgelt abzüglich Ersparnisse vom Auftraggeber zu entrichten ist.

Die Nachteilsabgeltung bezieht sich im Gegenzug dazu, auf die Abbestellung von Teilleistungen und nicht der Gesamtleistung. *Karasek* erläutert diesbezüglich, dass die Nachteilsabgeltung nur angewendet werden kann,

Entfall von Teilleistungen

<sup>221</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1220.

<sup>222</sup> Pkt 7.2.2 Abs 1 ÖNORM B 2110:2013: „Zuordnung zur Sphäre des AN: Alle vom AN auf Grundlage der Ausschreibungsunterlagen zur Preisermittlung und Ausführung getroffenen Annahmen (Kalkulationsrisiko) sowie alle Dispositionen des AN sowie der von ihm gewählten Lieferanten und Subunternehmer sind der Sphäre des AN zugeordnet“.

<sup>223</sup> Pkt 7.2.2 Abs 3 ÖNORM B 2110:2013: „Der Sphäre des AN werden insbesondere zugeordnet, 1) alle Ereignisse, welche nicht unter 7.2.1 beschrieben sind oder 2) zusätzliche Risiken, die sich aus Alternativangeboten (z. B. garantierte Angebotssumme) oder Abänderungsangeboten ergeben“.

<sup>224</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1197.

wenn Teile der Leistung entfallen und nicht die Gesamtleistung vom Auftraggeber abbestellt wird.<sup>225</sup>

Die Nachteilsabgeltung regelt unter Pkt 7.4.5 der ÖNORM B 2110, dass der Entfall oder die Minderung von Teilleistungen, die eine Reduktion der Angebotssumme von über 5 % bewirken, dazu führen, dass der Auftraggeber diesen Nachteil des Auftragnehmers abgelten muss.<sup>226</sup> Der Begriff des Nachteils wird in der ÖNORM nicht näher erläutert, allerdings beschreibt *Karasek*, dass unter Nachteil eine **wirtschaftliche Einbuße** gemeint ist.<sup>227</sup>

Der Nachteil, der dem Auftragnehmer erwächst, kann gemäß Pkt 7.4.5 der ÖNORM B 2110 abgegolten werden, in dem beide Vertragsparteien zustimmen, dass für die entfallenen Leistungen der Anteil an Geschäftsgemeinkosten verrechnet wird.<sup>228</sup>

*Verrechnung der  
Geschäftsgemeinkosten*

### 3.4.2.11 Kann der Auftraggeber die Folgen einer Werksabbestellung ausschließen?

Der Auftraggeber darf grundsätzlich jederzeit von seinem Abbestellungsrecht Gebrauch machen, er muss nur die im § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB vorgesehenen Folgen tragen. Das Werkvertragsrecht des ABGB ist dispositives, sprich abänderbares, Recht, welches die Überlegung aufkommen lässt, ob der Auftraggeber diese Regelung vertraglich ausschließen kann.

*Kletečka*<sup>229</sup> geht in seinem Beitrag zum Abbestellungsrecht auf die Frage ein, ob ein eventueller Ausschluss des § 1168 Abs 1 ABGB durch den Auftraggeber erlaubt wäre. Er vertritt gemeinsam mit *Krejci*<sup>230</sup> die Ansicht, dass ein solcher Ausschluss wegen **Sittenwidrigkeit** gem. § 879 Abs 1 ABGB nichtig wäre:

*„§ 879. (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.“<sup>231</sup>*

*Sittenwidrigkeit*

Die Vereinbarung wäre deshalb sittenwidrig, da ein Ausschluss des § 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB bedeuten würde, dass der Auftragnehmer im Falle einer Abbestellung des Werkes durch den Auftraggeber, keinen Anspruch auf das vereinbarte Entgelt abzüglich Ersparnisse hätte. Der Auftragnehmer wäre wesentlich schlechter gestellt, als wenn er den Auftrag

<sup>225</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1533.

<sup>226</sup> Vgl. Pkt 7.4.5 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>227</sup> Vgl. KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Rz 1534.

<sup>228</sup> Vgl. Pkt 7.4.5 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>229</sup> Vgl. KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 85.

<sup>230</sup> Vgl. KREJCI, H. in RUMMEL/LUKAS, ABGB. 4. Auflage. § 879 Rz 96. Zitiert bei: KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 85.

<sup>231</sup> § 879 Abs 1 ABGB.

ausgeführt hätte. Der Auftraggeber dürfte jederzeit und willkürlich den Vertrag auflösen, welches den Auftragnehmer benachteiligen würde. Als sittenwidrige Vertragsabreden werden u. a. solche bezeichnet, die den Vertragspartner der Fremdbestimmung durch den jeweils anderen ausliefern.<sup>232</sup>

Die Tatsache, dass bereits OGH-Urteile<sup>233</sup> vorliegen, aus denen sich möglicherweise ableiten lässt, dass ein Ausschluss des § 1168 Abs 1 ABGB erlaubt wäre, erzeugt bei dieser Frage Verwirrung. In den genannten Entscheidungen wurde jedoch laut *Kletečka*<sup>234</sup> nicht auf die Frage der Sittenwidrigkeit eingegangen, da dieser Punkt von den klagenden und beklagten Parteien **nicht hervorgebracht wurde**. Diese Urteile zeigen die Wichtigkeit, möglicherweise benachteiligende Vertragsabreden auf Sittenwidrigkeit überprüfen zu lassen.

### 3.4.3 Zur Verwendung mangelhafter Pläne

Grundsätzlich gilt gemäß § 918 Abs 1 ABGB, dass der Auftragnehmer dazu verpflichtet ist, das Werk „zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort [und] auf die bedungene Weise“<sup>235</sup> zu liefern. Nach § 922 Abs 1 Satz 1 ABGB hat der Auftraggeber die Pflicht, dem Auftragnehmer eine Erfolgspflicht, also die Pflicht zur Herstellung eines vertragsgemäßen und fehlerfreien Werks.

*Erfolgspflicht des AN*

Wenn Umstände, die der Auftraggeber zu verantworten hat, zu einer vorzeitigen Vertragsauflösung führen, dann **entfallen grundsätzlich die Pflichten des Auftragnehmers** zur Herstellung eines mangelfreien Werks.

*Entfall der Erfolgspflicht*

*„Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entfallen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche der Beklagten auf Übergabe eines vollendeten und damit mängelfreien Werks. Die Klägerin ist nur verpflichtet, jene Teile ihres Werks (Pläne) zu übergeben, die sie bereits erstellt hat, und zwar in dem Zustand, in dem sie sich bei Untersagung der Fortsetzung des Werks befunden haben.“*<sup>236</sup>

Der Auftraggeber verliert seinen Anspruch auf ein fehlerfreies Werk, wenn er den Vertrag vorzeitig auflöst und die Leistung zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung noch nicht fertiggestellt ist. Der Auftragnehmer muss die bereits erbrachten Leistungen übergeben und **den Auftraggeber warnen**, wenn diese mangelhaft sind. Für den Auftragnehmer bestehen weiterhin Schutz- und Sorgfaltspflichten, die folgend näher erläutert werden.

<sup>232</sup> Vgl. KREJCI, H. in RUMMEL/LUKAS, ABGB. 4. Auflage. § 879 Rz 96. Zitiert bei: KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 85.

<sup>233</sup> OGH 15.03.2005, 1 Ob 50/05t sowie OGH 18.06.2002, 4 Ob 134/02p. Zitiert bei: KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 85.

<sup>234</sup> Vgl. KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016. S. 85.

<sup>235</sup> § 918 Abs 1 ABGB.

<sup>236</sup> OGH 04.06.2014, 7 Ob 43/14w.

### 3.4.3.1 Schutz- und Sorgfaltspflichten bei Werksabbestellung

Bei Vertragsabschluss zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ergibt sich die Hauptpflicht des Auftragnehmers in der Werksherstellung und die des Auftraggebers in der Bezahlung des vereinbarten Entgelts. Es ergeben sich jedoch weitere Nebenpflichten der Vertragspartner, zu denen die Schutz- und Sorgfaltspflichten gehören:

*„Der Abschluss eines Vertrages lässt nicht bloß die Hauptpflichten entstehen, [...] sondern erzeugt auch eine Reihe von Nebenpflichten, zu denen auch die Schutzpflichten und Sorgfaltspflichten gehören. Der Schuldner hat die geschuldete Hauptleistung nicht nur zu erbringen, sondern er hat sie so sorgfältig zu bewirken, dass alle Rechtsgüter des Gläubigers, mit denen er in Berührung kommt, nach Tunlichkeit vor Schaden bewahrt und beschützt bleiben [...].“<sup>237</sup>*

Schutz- und  
Sorgfaltspflichten

Die allgemeine Schutz- und Sorgfaltspflicht, als vertragliche Nebenpflicht des Auftragnehmers, wird in § 1168 Satz 3 ABGB **als Warnpflicht im Werkvertragsrecht zum Ausdruck gebracht**.<sup>238</sup> Die Warnpflicht des Auftragnehmers soll den Auftraggeber davor schützen, Leistungen zu erhalten, die zur Erreichung seines Leistungszieles nicht geeignet sind:

*„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.“<sup>239</sup>*

Im gegenständlichen Fall vertrat das Berufungsgericht die Ansicht, dass der Architekt seine Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt hatte. Er wurde aus diesem Grund zum Ersatz des entstandenen Schadens verpflichtet. Die Begründung für die Entscheidung des Berufungsgerichts war, dass der Architekt den Bauherrn hätte mitteilen müssen, dass die übergebenen Pläne nicht fertiggestellt und somit nicht mangelfrei waren. Der OGH erläuterte diesbezüglich, dass der fehlende Freigabevermerk des Architekten, sowie die nachweisbare Aussage, dass die Pläne zu 60 % bzw. 30 % fertig waren, ausreichende Hinweise für den Bauherrn waren, dass die Pläne nicht fertiggestellt sein konnten.

Ansicht des  
Berufungsgerichts

Die Unstimmigkeiten zwischen den verschiedenen Instanzen zeigen, dass ein **konkreter Hinweis** auf die Erfüllung eigener Schutz- und Sorgfaltspflichten sinnvoll ist. Im vorliegenden Urteil ist ersichtlich, dass gewisse Umstände dazu führen können, dass ein Werk nicht mangelfrei sein kann. Der Architekt hätte trotzdem bei Übergabe der Pläne nachweisbar warnen sollen, dass sie weder fertiggestellt, noch als Ausführungspläne zu verwenden waren. Ein nachweisbarer Hinweis hätte eine nachträgliche Diskussion über diese Frage verhindert.

Konkreter Hinweis auf  
mangelhafte Pläne

<sup>237</sup> OGH 25.04.1972, 8 Ob 60/72, RIS-Justiz RS0017049.

<sup>238</sup> Vgl. OGH 16.12.1975, 5 Ob 200/75, RIS-Justiz RS0022086.

<sup>239</sup> § 1168 Satz 3 ABGB.

### 3.4.3.2 Schadenersatzansprüche bei Verletzung der Schutz- und Sorgfaltspflichten

Gemäß § 933a Abs 1 ABGB, kann der Auftragnehmer bei Übergabe eines Werkes mit schuldhaft herbeigeführten Mängel schadenersatzpflichtig werden:

*„Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.“<sup>240</sup>*

Schadenersatzpflicht  
gemäß ABGB

Das Wort „verschuldet“ spielt hierbei eine äußerst wichtige Rolle, denn das Verschulden ist eine notwendige Voraussetzung für ein Schadenersatzanspruch des Auftraggebers. Der Schadenersatzanspruch bedarf zum Verschulden noch drei **weitere Voraussetzungen**, die folgend erläutert werden.

#### ▪ Eintritt eines tatsächlichen Schadens

Damit ein Anspruch auf Schadenersatz entstehen kann, muss ein tatsächlicher Schaden entstanden sein. Der Begriff des Schadens wird im § 1293 ABGB folgendermaßen definiert:

*„Schade heißt jeder Nachtheil, welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefüget worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat.“<sup>241</sup>*

Schaden (Definition)

Die Beurteilung der Schadenshöhe hängt grundsätzlich mit dem **Verschuldensgrad** zusammen. Je nach Verschuldensgrad, kann beispielsweise nur der positive Schaden oder auch der entgangene Gewinn (die sog. „volle Genugthuung“<sup>242</sup>) ersetzt werden. Die Regelung der Art des Schadenersatzanspruches und dessen Höhe ist grundsätzlich eine Aufgabe des Gerichts oder des beigezogenen Sachverständigen.

#### ▪ Kausalität

Grundsätzlich drückt die Kausalität aus, dass jeder nur für den Schaden haften soll, den er selbst verursacht. Das rechtswidrige Verhalten des Schädigers muss **den Schaden herbeigeführt haben**. Die Kausalität stellt ein heikles Thema dar, da der Kausalitätsbeweis sich oft als komplex herausstellt. Der Beweis der Kausalität muss vom Geschädigten erfolgen, der oft keinen Einblick in die Vorgänge des Schädigers hat.

Der Auftraggeber kann diesbezüglich von seinem Überwachungsrecht Gebrauch machen, um eventuelle Fehler des Auftragnehmers sofort dokumentieren zu können.

<sup>240</sup> § 933a Abs 1 ABGB.

<sup>241</sup> § 1293 ABGB.

<sup>242</sup> § 1323 ABGB.



**Anmerkung:** Eine Überwachung des Auftraggebers oder einer ÖBA befreit den Auftragnehmer jedoch nicht von seiner Haftung:

*ÖBA befreit den AN nicht von seiner Haftung*

*„Die Bauaufsicht soll dem Bauherrn, der hiefür seinen Architekten gesondert zu entlohnen hat, vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen, nicht aber diese von deren Verantwortung entlasten oder deren Verantwortung mindern. Die Bauüberwachung erfolgt ausschließlich im Interesse des Auftraggebers und nicht in jenem der Werkunternehmer [...]“<sup>243</sup>*

#### ▪ **Rechtswidriges Verhalten des Schädigers**

Ein Schadenersatzanspruch kann nur entstehen, wenn sich der Schädiger rechtswidrig verhalten hat. Ein rechtswidriges Verhalten kann gegen eine **Vertragspflicht** oder gegen ein **Gesetz** verstoßen, welches in § 1295 Abs 1 ABGB geregelt wird. Ein Geschädigter darf grundsätzlich den Ersatz des Schadens vom Schädiger verlangen, wenn dieser sich schuldhaft verhalten hat.<sup>244</sup>

*Verstoß gegen Vertrag oder Gesetz*

Eine genaue Durchsicht aller Vertragsunterlagen zur Feststellung der vertraglichen Pflichten stellt hierbei eine unerlässliche Aufgabe dar.

#### ▪ **Verschulden des Schädigers**

Ein Schadenersatzanspruch bedarf ein Verschulden, welches einen Schadenersatzanspruch von einem Gewährleistungsanspruch grundlegend unterscheidet. Es bestehen unterschiedliche Verschuldensgrade, beispielsweise die entschuldbare Fehlleistung, die leichte oder grobe Fahrlässigkeit oder das vorsätzliche Handeln. Das Ausmaß des zu ersetzenden Schadens hängt üblicherweise mit dem Grad des Verschuldens zusammen, welches im Einzelfall vom Gericht festgestellt wird.

Schadenersatzansprüche können **vertraglich begrenzt oder ausgeschlossen** werden, jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen. Ein Ersatz von Sachschäden kann vertraglich begrenzt oder ausgeschlossen werden, welches teilweise auch über Vertragsklauseln oder in den AGBs möglich ist. Personenschäden können nur über gesonderte Individualvereinbarungen (z. B. Haftungsausschluss bei Fallschirmsprung) ausgeschlossen werden.

*Begrenzung von Schadenersatzansprüchen*

Für das Bauwesen relevant ist § 933a ABGB, welches zum Gewährleistungsrecht zählt und den Umgang mit Mängeln bei einem **Verschulden des Auftragnehmers** regelt. Zusätzlich zu den Rechtsbehelfen aus der Gewährleistung gemäß § 932 ABGB, darf der geschädigte Auftraggeber **Geldersatz** verlangen, wenn die Verbesserung oder der Austausch unmöglich oder mit unverhältnismäßig hohem Aufwand verbunden sind.<sup>245</sup>

*Rechtsbehelfe bei Verschulden*

<sup>243</sup> OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p, RIS-Justiz RS0108535.

<sup>244</sup> Vgl. § 1295 Abs 1 ABGB.

<sup>245</sup> Vgl. § 933a Abs 2 ABGB.

Der Auftraggeber darf auch Geldersatz für den Mangel verlangen, wenn der Auftragnehmer die Verbesserung oder den Austausch verweigert.

Der Geschädigte muss dem Schädiger das Recht lassen, sein Fehler durch Verbesserung oder Austausch zu korrigieren. Erst nachdem diese Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, darf der Geschädigte einen Geldersatz für den Mangel fordern.

*Verbesserungsversuch  
des AN*

### 3.5 Fazit / Handlungsempfehlungen

Im folgenden Abschnitt werden Vorgangsweisen und Handlungsempfehlungen beschrieben, wie der gegenständliche Konflikt möglicherweise hätte vermieden werden können. Die folgenden Empfehlungen der Experten und des Autors werden als Vorgangsweisen betrachtet, die für einen reibungslosen Bauprojektlauf üblicherweise förderlich sind.<sup>246</sup>

#### 3.5.1 Klar definierter Leistungsumfang

Erster Streitgegenstand seitens des Bauherrn war die **Unklarheit über den enthaltenen Leistungsumfang** sowie die hohen Kosten der Einarbeitung der Leistungsänderungen. Der Bauherr vertrat die Ansicht, dass ein anderer Planungsumfang inbegriffen war und Änderungswünsche seinerseits im Preis enthalten waren. Der Architekt verständigte den Bauherrn nicht, dass die hohe Anzahl der Änderungswünsche zu wesentlichen Mehrkosten führte, dies möglicherweise aufgrund der stundenweisen Vergütung.

*Klarheit über die Auswirkung von Änderungen*

Die fehlende Warnung des Architekten wurde vom Gericht nicht als rechtswidrig eingestuft, allerdings hätte dieser Konflikt möglicherweise vermieden werden können, wenn der Architekt klar kommuniziert hätte, mit welchem **Planungsaufwand und Kosten** die vom Bauherrn gewünschten Änderungen verbunden waren.

Die Frage, welchen Inhalt und welche Qualität die vom Architekten gelieferten Pläne zur weiteren Ausführung enthalten müssen, stellt im Bauwesen eine Herausforderung dar.<sup>247</sup> Sind die Pläne des Architekten **für die Ausführung untauglich** oder fehlen Angaben zu den Schnittstellen zwischen den Einzelgewerken, dann erhöht sich der Aufwand für die ausführenden Unternehmen, wobei strittig sein kann, wer diese zusätzlichen Kosten tragen muss, wenn sich keine vertragliche Regelung dazu findet. Eine Möglichkeit zur Festlegung des Planungsumfangs ist die Orientierung an der ÖNORM H 6010: „Pläne der Gebäudetechnik – Pläne und deren Inhalt in den einzelnen Projektphasen [...]“, welche im Detail beschreibt, welchen Inhalt die vom Fachplaner gelieferten Pläne im jeweiligen Planungsabschnitt enthalten müssen.<sup>248</sup>

*Klare Festlegung des Bau-Soll*

Die Vertragspartner hätten sich bei Vertragsabschluss aus dem Leistungsziel des Architekten den Leistungsumfang anhand einzelner Planungsstufen ableiten und festlegen sollen. Sie hätten sich beispielsweise

<sup>246</sup> Es wird ausdrücklich auf den Haftungsausschluss in Kapitel 1.3 „Methodik“ verwiesen.

<sup>247</sup> Vgl. IB-DATA GMBH: Planungsleistungen von Auftraggeber und Auftragnehmer. Erwartungshaltungen, Pflichten und vertraglich geschuldete Qualitäten. bauzeitung, Ausgabe 21|13. [https://www.abk.at/pdf/14\\_04\\_Planungsleistungen\\_AG\\_AN.pdf](https://www.abk.at/pdf/14_04_Planungsleistungen_AG_AN.pdf). Datum des Zugriffs: 08.05.2018.

<sup>248</sup> Vgl. IB-DATA GMBH: Planungsleistungen von Auftraggeber und Auftragnehmer. Erwartungshaltungen, Pflichten und vertraglich geschuldete Qualitäten. bauzeitung, Ausgabe 21|13. [https://www.abk.at/pdf/14\\_04\\_Planungsleistungen\\_AG\\_AN.pdf](https://www.abk.at/pdf/14_04_Planungsleistungen_AG_AN.pdf). Datum des Zugriffs: 08.05.2018.

an die o. a. ÖNORM H 6010 orientieren können, und **für jede Planungsstufe einen genauen Umfang und Inhalt der Pläne** vereinbaren können. Aufgrund einer solchen Beschreibung des Leistungsumfangs, hätte der Architekt dem Bauherrn einen festgelegten Preis mitteilen können, möglicherweise hätten sie einen Pauschalpreis vereinbart. Der Bauherr wäre so über die Höhe der Kosten für die ursprüngliche Planung informiert gewesen.

Bezüglich der Änderungen des Bauherrn zum ursprünglichen Leistungsumfang, hätte ebenso eine vorherige vertragliche Regelung getroffen werden sollen. Ein Beispiel für einen **definierten Ablauf zum Umgang mit Leistungsänderungen** wäre, dass der Architekt bei einer Leistungsänderung des Bauherrn, die zusätzliche Kosten verursacht, dem Bauherrn schriftlich mitteilt, mit welchem Planungsumfang und Kosten und zeitlichen Anpassungen die Änderung verbunden ist. Der Bauherr hätte daraufhin die Änderung zum bestehenden Leistungsumfang anhand eines verbindlichen Angebotes des Architekten innerhalb einer festgelegten Frist schriftlich beauftragen oder ablehnen können.

*Änderungen des Bauherrn*

Durch die Vereinbarung einer **Abrechnung nach Stunden** war bereits bei Vertragsabschluss zu vermuten, dass der Bauherr nicht wissen konnte, welche Kosten auf ihn zukommen. Dies führte dazu, dass der Bauherr von den „überbordenden Konsulentenkosten“<sup>249</sup> überrascht wurde, was letztendlich die Vertragsauflösung bewirkte.

Die Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand kann mit einer Regiepreisvereinbarung verglichen werden. Die ÖNORM A 2050 regelt unter Pkt 4.11.2.3:

*Regiepreisvereinbarung*

*„Eine Vergabe zu Regiepreisen sollte nur dann durchgeführt werden, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, nicht so genau erfasst werden können, dass eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreis möglich ist und daher sinnvoller Weise nur nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden kann.“<sup>250</sup>*

Regiepreise sollen grundsätzlich nur vereinbart werden, wenn **keine Einheits- oder Pauschalpreise vereinbart werden können**. Bei einem Regiepreis ist der vereinbarte Leistungsumfang, also weder die Leistungen, noch die dazugehörigen Mengen, zum Vertragsabschluss unbekannt, sondern erst nach der Durchführung der Leistung.

Bei Uneinigkeiten zum Leistungsumfang, kann das Bau-Soll vor Vertragserstellung ohne großen Aufwand angepasst werden. Spätere Uneinigkeiten zum Leistungsumfang und eine nachträgliche Vertragsanpassung, können, wie im gegenständlichen Fall, zu einer langwierigen Auseinandersetzung führen.

<sup>249</sup> OGH 04.06.2014, 7 Ob 43/14w.

<sup>250</sup> Pkt. 4.11.2.3 ÖNORM A 2050:2006.

### 3.5.2 Zeitliche Trennung der Planungsleistungen

Der Architekt begründete die hohen Planungskosten mit der Behauptung, dass die gleichzeitige Einarbeitung der Änderungswünsche des Auftraggebers in die Architektur- und Gebäudetechnikplanung mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden war.

Für diese Situation ergeben sich zwei Empfehlungen:

- 1) Durch die Tatsache, dass der Architekt gleichzeitig die Architektur- und Gebäudetechnikplanung durchführte, zeigt sich, dass möglicherweise **zu wenig Zeit für die Planung** vereinbart wurde. War es der Wunsch des Bauherrn, die Planungen parallel zu tätigen, dann hätte ihm der Architekt mitteilen müssen, dass die Leistungsänderungen zu einer „doppelten“ Einarbeitung und somit zu einem erhöhten Aufwand führen. Der Bauherr hätte dadurch möglicherweise mehr Zeit und Kosten für die Änderungen einkalkuliert.
- 2) Die Vertragspartner hätten bei Vertragsabschluss vereinbaren können, dass die Planung der Gebäudetechnik erst **nach Fertigstellung der Architekturplanung** erfolgt. Die Änderungswünsche des Bauherrn hätten in die Architekturplanung eingearbeitet werden können und erst nach Freigabe der Architektur durch den Bauherrn, hätte die Haustechnikplanung vorgenommen werden können. Zu diesem Zeitpunkt wären voraussichtlich die meisten Änderungen des Bauherrn eingearbeitet gewesen und hätten keinen zusätzlichen Aufwand verursacht. Eine vertragliche Regelung, in der grobe Änderungen des Bauherrn nach Freigabe der Architekturplanung entweder unterbunden sind oder zu einer Anpassung des Entgelts und der Leistungsfrist führen, wäre empfehlenswert gewesen.

*Mehr Zeit für Planung  
vorsehen*

*Fertigstellung der  
Architekturplanung vor  
Beginn der  
Gebäudetechnikplanung*

### 3.5.3 Grundsätzlicher Ablauf der Planfreigabe

Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 4.2.4, dass ein Verfahren zur Planfreigabe festzulegen ist.<sup>251</sup> Wird keine diesbezügliche Festlegung getroffen, dann gelten die vom Auftraggeber oder seinen Erfüllungsgehilfen übergebenen Pläne als angeordnet. Enthalten diese Pläne Abweichungen von der ursprünglichen Leistungsbeschreibung, dann muss der Auftraggeber besonders darauf hinweisen.<sup>252</sup>

Durch den häufigen Zeitdruck auf Baustellen, kann es vorkommen, dass mit Ausführungsplänen gearbeitet wird, die nicht freigegeben wurden. Verläuft das Projekt ohne Fehler, dann bleibt diese Vorgehensweise oft ohne

*Nicht freigegebene Pläne*

<sup>251</sup> Vgl. Pkt 4.2.4.2 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>252</sup> Vgl. Pkt 4.2.4.1 ÖNORM B 2110:2013.

Folgen. Bei Entstehung von Mängeln kann sich die Haftungsfrage im Nachhinein jedoch als schwierig herausstellen.

Um einen möglichst reibungslosen und dem Projekt angepassten Ablauf zu gewährleisten, beschreibt *Weselik*<sup>253</sup>, dass der **Vorgang der Planfreigabe inklusive Vorlaufzeiten** schriftlich festgelegt werden soll. Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 5.5.1, dass die zur Ausführung erforderlichen Unterlagen dem Auftragnehmer rechtzeitig zu übergeben sind, damit er vor Ausführung die Unterlagen prüfen kann.<sup>254</sup> Es empfiehlt sich die Festlegung konkreter Vorlaufzeiten. Dadurch wird gesichert, dass beide Vertragsparteien sich darüber einig sind, ob und wann ein Plan zur Ausführung verwendet werden darf und wie viel Zeit für die Prüfung der Pläne erforderlich ist.

*Festlegung der Planfreigabe und der Vorlaufzeiten*

Sollten Änderungen zum freigegebenen Plan seitens des Auftraggebers kommen, dann hat der Auftragnehmer grundsätzlich gemäß § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB bzw. gemäß Pkt 7.4 ÖNORM B 2110 Anspruch auf zusätzliches Entgelt und Bauzeitanpassung bzw. -verlängerung.<sup>255</sup>

*Nachträgliche Änderungen*

### 3.5.4 Verwendung von Vorleistungen durch „neuen“ AN

Die Werksabbestellung des Bauherrn hatte zur Folge, dass die vom Architekten erstellten Pläne nicht fertiggestellt werden konnten und somit nicht mangelfrei waren. Der Bauherr musste die bisherigen Leistungen des Architekten nach § 1168 Satz 1 ABGB begleichen und der Architekt musste die Pläne zum jeweiligen (unfertigen) Planungsstand übergeben.

Der Bauherr hatte jedoch ein Interesse daran, die Arbeiten weiterhin ausführen zu lassen und vergab die Arbeiten an ein weiteres Unternehmen. Dieser „neue“ Auftragnehmer erhielt Pläne und Anweisungen vom Bauherrn, die Arbeiten auf eine bestimmte Weise herzustellen. Gemäß dem bereits erläuterten § 1168a Satz 3 ABGB hatte der neue Auftragnehmer die Pflicht, die Anweisungen und beigestellten Stoffe des Auftraggebers auf **Tauglichkeit zur Erreichung des Leistungszieles zu überprüfen**.

*Prüfpflicht des neuen Auftragnehmers*

Dadurch, dass der neue Auftragnehmer die Arbeiten mangelhaft ausführte und diese Mängel auf die mangelhaften Pläne zurückführte, ist die Annahme berechtigt, dass entweder 1) die Mängel im Plan **nicht erkennbar** waren, oder 2) **keine ausreichende Prüfung** der Pläne durch den neuen Auftragnehmer stattfand.

Die Frage der Erkennbarkeit der Mängel wäre durch das Gericht oder einen Sachverständigen zu klären. Wenn die Mängel im Plan als erkennbar eingestuft gewesen wären, dann hätte der neue Auftragnehmer nach

*Erkennbarkeit der Mängel*

<sup>253</sup> Vgl. WESELIK, N.: Der Planungsverzug beim Bauvertrag. In: bau aktuell, 1/2016. S. 6.

<sup>254</sup> Vgl. Pkt 5.5.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>255</sup> Vgl. WESELIK, N.: Der Planungsverzug beim Bauvertrag. In: bau aktuell, 1/2016. S. 6.

§ 1168a Satz 3 ABGB die Haftung für die Schäden übernehmen müssen,  
die aus der unterlassenen Warnung entstanden.

## 4 Fehlende Vorleistung

Die Untersuchungsergebnisse von *Haghsheno/Kaben* und *Werkl* zeigen ähnliche Ergebnisse zu den Häufigkeiten der Streitursachen. Auffällig ist jedoch die Tatsache, dass der Punkt „*fehlende Vorleistungen*“ seit 2005 vergleichsweise stark angestiegen ist. Betrachtet man ausschließlich die Erhebungen von *Werkl*, dann stellt dieser Punkt die zweithäufigste Streitursache am Bau dar.<sup>256</sup>

Der starke Anstieg an fehlenden Vorleistungen könnte am einleitend beschriebenen Preisdruck in der Baubranche liegen. Unternehmen könnten ihren Leistungsumfang bewusst minimieren, um Kosten zu sparen und mit der Konkurrenz mithalten zu können. Der Grund für den Anstieg ist nicht Thema dieser Arbeit, sondern die Tatsache, dass fehlende Vorleistungen und die damit verbundenen Prüf- und Warnpflichten oft mit Auseinandersetzungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer verbunden sind und diese Konfliktursache daher näher erläutert werden soll.

Die Prüfung der Vorleistungen ist sowohl im ABGB, als auch in der ÖNORM B 2110 klar geregelt und gehört zum täglichen Geschäft von Bauunternehmen, die Bauwerke in Kooperation mit weiteren Professionisten herstellen. Trotzdem besitzt das Thema der Prüf- und Warnpflicht ein hohes Streitpotenzial, weshalb es im folgenden Kapitel anhand des OGH-Urteils „7 Ob 515/91“ vom 18. April 1991 erläutert wird.

Zur Prüf- und Warnpflicht gibt es eine Vielzahl an OGH-Entscheidungen, es wurde jedoch bewusst dieses Urteil aus dem Jahre 1991 gewählt, da neben dem Thema der Prüf- und Warnpflicht auch folgende anderen Themen behandelt werden: die Solidarhaftung mehrerer Auftragnehmer bei einer Warnpflichtverletzung, das Mitverschulden des Bauherrn bzw. des Bauherrnvertreters, die Warnpflicht gegenüber Sachverständigen sowie der „technische Schulterchluss“.

### 4.1 Eckdaten zum Urteil

Im vorliegenden Urteil wurde ein Architekt mit der Planung und Bauleitung eines privaten Wohnhauses beauftragt. Der Architekt erstellte die Leistungsverzeichnisse und vergab die Baumeister- und HKLS-Arbeiten an zwei unterschiedliche Auftragnehmer. Aufgrund einer vom Installateur vorgeschlagenen Änderung während der Ausführungsphase, traten beim Fußbodenaufbau Mängel auf, die zu späteren Absenkungen und Rissen im Fußboden führten. Der Bauherr klagte daraufhin seinen Architekten und beide Unternehmer auf Schadenersatz.

<sup>256</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. S. 13 ff.



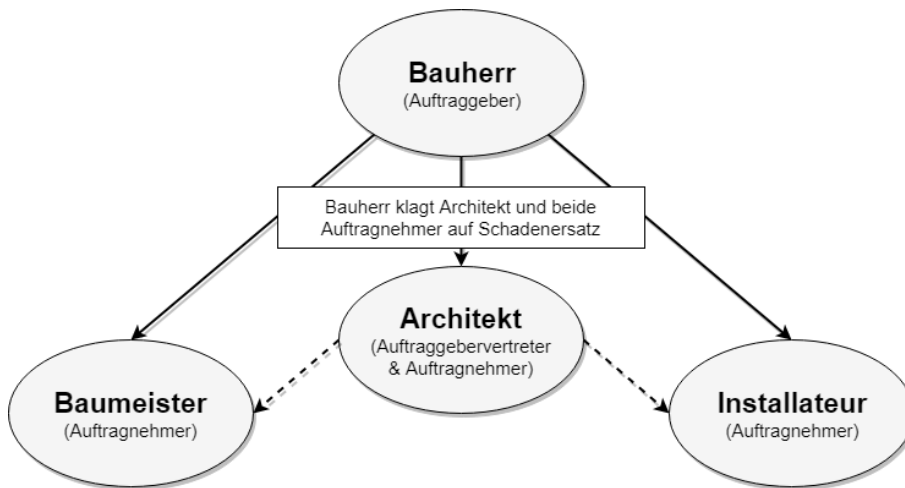


Abbildung 6: Grafische Darstellung des Sachverhaltes

<b>OGH-Urteil / GZ.:</b>	7 Ob 515/91
<b>Datum:</b>	18. April 1991
<b>Beklagte</b>	
<b>Erstbeklagter:</b>	Baumeister
<b>Zweitbeklagter:</b>	Installateur
<b>Drittbeklagter:</b>	Architekt
<b>Kläger:</b>	Zwei Bauherren <sup>257</sup>
<b>Streitgegenstand:</b>	Der Bauherr verklagt seinen Architekten und zwei Auftragnehmer auf Schadenersatz wegen eines mangelhaften Fußbodenaufbaus.

Tabelle 3: Eckdaten zum Urteil "7 Ob 515/91"

## 4.2 Sachverhaltsdarstellung

Der beauftragte Architekt erstellte sämtliche Leistungsverzeichnisse, unter anderem auch für die Baumeisterarbeiten und die Heizungs- und Sanitärinstallationen. Diese Arbeiten wurden an die beklagten Auftragnehmer erteilt.

Das Leistungsverzeichnis des Architekten sah eine Fußbodenheizung des Systems „DERIA“ in allen Räumen vor. Insbesondere wurden Trittschalldämmplatten Typ TDP-35/30 ausgeschrieben, welche vom Baumeister eingebaut werden sollten. Der Architekt bestätigte die Eignung der vorgesehenen Platten auf wiederholte Nachfrage des Baumeisters.

*Ursprüngliche  
Fußbodenheizung*

<sup>257</sup> Im Urteil „7 Ob 515/91“ handelte es sich um zwei Bauherren, die den Architekten und die zwei Bauunternehmen beauftragten. Zur leichteren Lesbarkeit wird im Folgenden die Bezeichnung „Bauherr“ verwendet.

Während der Ausführung schlug der Installateur vor, **eine andere Fußbodenheizung** des Systems „VELTA“ einzubauen. Der Grund für den Änderungsvorschlag wurde im OGH-Urteil nicht genannt. Der Architekt war mit dem Vorschlag einverstanden und beauftragte die Änderung.

*Neue Fußbodenheizung*

Die Aufbauanleitung des (neuen) VELTA-Systems sah **steifere Platten** vor als jene des (alten) DERIA-Systems. Weder der Architekt noch der Baumeister nahmen Einsicht in die Aufbauanleitung des Herstellers. Der Installateur unterließ einen Hinweis auf die Aufbauanleitung des Herstellers.

Der Baumeister baute die weicheren Trittschalldämmplatten (System DERIA), die er schon vor dem Änderungsvorschlag des Installateurs bestellt hatte, ein. Der Installateur überwachte die Arbeiten des Baumeisters bis zum Einbau des Estrichs. Der Installateur achtete jedoch vorwiegend darauf, dass seine Heizleitungen nicht beschädigt wurden und bemerkte nicht den Einbau der weicheren Trittschalldämmplatten. Darüber wurde anschließend ein Natursteinplattenfußboden verlegt.

Durch die ungeeigneten Trittschalldämmplatten kam es im November 1982 (rund ein Jahr nach Einbau) zu Randabsenkungen. Im Mai 1986 erreichten die Absenkungen ein Ausmaß von 0,5 bis 12 mm. Die Funktion der Fußbodenheizung wurde durch die Schäden nicht beeinträchtigt.

*Auftritt der Schäden*

Die entstandenen Mängel hatten gemäß dem Urteil des OGH mehrere, zusammenwirkende Ursachen:

- ◆ Die weichen Trittschalldämmplatten führten aufgrund der zu hohen Belastung zu Absenkungen im Fußboden.
- ◆ Die Aufschüsselung des Estrichs bei der Verlegung des Oberbelages<sup>258</sup> verursachte weitere Risse und Absenkungen.
- ◆ Der Oberbelag wurde zu einem Zeitpunkt verlegt, als der Estrich eine zu hohe Restfeuchte hatte. Ebenso wurde beim Oberbelag auf die Ausbildung von Fugen vergessen, welches zu Rissen im Oberbelag führte.
- ◆ Es wurden zu dünne Randdämmstreifen eingebaut, welche sich beim Estricheinbau verschoben.
- ◆ Es wurden keine Überschubrohre für die Heizungsleitungen im Türbereich eingebaut.

Der Bauherr behielt die Haftrücklässe der Unternehmer aufgrund der entstandenen Schäden ein und klagte beide Auftragnehmer und seinen Architekten auf Schadenersatz.

*Einbehalt der Haftrücklässe*

<sup>258</sup> Der Oberbelag wurde (anscheinend) von einem weiteren Unternehmen verlegt: „Über den von der erstbeklagten Partei aufgebrauchten (schwimmenden) Estrich wurde von der Firma \*\*\*\*\* ein Natursteinplattenfußboden verlegt.“ Dieser Auftragnehmer ist nicht Beklagter des gegenständlichen Urteils.

#### 4.2.1 Zusammenfassung / Fragestellungen

Aus dem oben angeführten Sachverhalt ergeben sich folgende Fragestellungen, die in der anschließenden Beurteilung des Obersten Gerichtshofes erläutert wurden:

- **Zur Art des Anspruches**

- ♦ Hatte der Bauherr Anspruch auf Verbesserung der Mängel oder auch auf Ersatz des Schadens?
- ♦ War der Bauherr berechtigt, die von den Unternehmern gewährten Haftrücklässe einzubehalten? Wie werden Haftrücklässe bei einer Sanierung durch den Unternehmer oder bei einem Schadenersatzanspruch behandelt?

- **Zur Haftung dem Grunde nach**

- ♦ Wer hätte den Einbau der falschen Trittschalldämmplatten bemerken und davor warnen müssen? Wer haftete für die aufgetretenen Mängel und in welchem Verhältnis zueinander?

- **Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters**

- ♦ Könnte man den Bauherrn ein Mitverschulden anlasten? Trägt der Architekt die ganze Verantwortung als Vertreter des Bauherrn?

### 4.3 Rechtliche Beurteilung des OGH

Die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes wurde vom Obersten Gerichtshof in mehrere Abschnitte gegliedert. Diese Gliederung soll in der folgenden Analyse beibehalten werden. Zunächst wurde die Art des Anspruches geklärt und anschließend die Frage der Haftung der Unternehmer dem Grunde nach erörtert. Letztlich wurde erläutert, ob dem Architekten ein Mitverschulden angelastet werden konnte und wie mit den Haftungsrücklassen umgegangen werden sollte.

#### ▪ Zur Art des Anspruches

Der OGH bestätigte zunächst die Ansicht des Berufungsgerichts, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche gleichzeitig im Werkvertragsrecht bestehen können. Der Kläger kann grundsätzlich das Erfüllungsinteresse vom Werkunternehmer einfordern, sofern dieser sich rechtswidrig und schuldhaft verhalten hat. Demnach wäre § 1298 ABGB anzuwenden:

*„Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sey, dem liegt der Beweis ob. Soweit er aufgrund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muß er auch beweisen, daß es an dieser Voraussetzung fehlt.“<sup>259</sup>*

*Beweislast bei der Verschuldensfrage*

Die Anwendung des § 1298 ABGB führt dazu, dass die Unternehmer ihre Unschuld an der mangelhaften Ausführung selbst beweisen müssen. Wenn ihnen dieser Beweis nicht gelingt und ihr Anteil am Schaden nicht feststellbar ist, dann haften alle Beklagten gemäß § 1302 ABGB zur ungeteilten Hand, also für den gesamten Schaden:

*„[...] wenn die Antheile 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 Uebrigen vorbehalten.“<sup>260</sup>*

*Haftung zur ungeteilten Hand*

Die Auftragnehmer mussten nach den Bestimmungen des § 1298 ABGB ihre Unschuld an den entstandenen Schäden beweisen. Bei Verschulden der Auftragnehmer hätte der Auftraggeber u. a. das **Erfüllungsinteresse**. Das Erfüllungsinteresse des Klägers hat folgende Bedeutung:<sup>261</sup> der Unternehmer hat die Pflicht den Vertrag zu erfüllen, d. h. er muss entweder die Verbesserung des mangelhaften Werkes durchführen, oder den Besteller durch Geldersatz so stellen, als wenn er den Vertrag **ordnungsgemäß ausgeführt hätte**. Der Werkbesteller darf keinen wirtschaftlichen Nachteil erleiden.

<sup>259</sup> § 1298 ABGB.

<sup>260</sup> § 1302 ABGB.

<sup>261</sup> Vgl. JBI 1990, 648 mwN = ecolex 1990, 279. Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

Der OGH bestätigte den Anspruch des Bauherrn auf eine vertragsgemäße Sanierung der Mängel, welches sein Erfüllungsinteresse entsprach. Demnach durfte der Bauherr keinen wirtschaftlichen Schaden durch die Nichterfüllung des Vertrages erleiden und die Beklagten wurden zum Ersatz des Schadens verurteilt.

Der OGH bezeichnete den Sanierungsaufwand des gesamten Fußbodenaufbaus (entgegen der Ansicht des Erstgerichts) als nicht unverhältnismäßig. Der Wert des Hauses überstieg den voraussichtlichen Verbesserungsaufwand deutlich, welches die Unverhältnismäßigkeit der Sanierung widerlegte. Eine Verbesserung wird vom OGH grundsätzlich als unverhältnismäßig eingestuft, wenn **Vorteil und Aufwand der Verbesserung in einem offensichtlichen Missverhältnis** stehen.<sup>262</sup>

*Unverhältnismäßigkeit  
der Verbesserung*

Die Absenkungen im Fußboden bis zu 12 mm waren aus Sicht des OGH nicht vernachlässigbar. Der Bauherr hatte grundsätzlich Anspruch auf das vereinbarte Höhenniveau, welches nachträglich nur mit stärkeren (und somit schwereren) Natursteinplatten erreichbar gewesen wäre. Dies hätte zusätzlichen Druck auf die bereits überbelasteten Trittschalldämmplatten ausgeübt und vermutlich zusätzliche Schäden verursacht. Eine Mängelbehebung konnte nur durch den kompletten Austausch des gesamten Fußbodenaufbaus und der mangelhaften Platten erfolgen.

Der Bauherr brachte eine Schadensberechnung hervor, die vom Erstgericht und vom OGH als ungenügend erachtet wurde, da keine Aufschlüsselung der Einzelleistungen mit den jeweiligen Kosten vorhanden war.

#### ▪ Zur Haftung dem Grunde nach

Der OGH erläuterte zunächst die Haftung des ausführenden Baumeisters und war der Ansicht, der Baumeister hatte seine Warnpflicht verletzt, da er den Architekten nicht aufgefordert hatte, die Herstelleranleitung für das neue System beizuschaffen.

Hierzu erörterte der OGH, dass eine Warnpflicht auch gegenüber sachkundigen Bestellern besteht. Diese Warnpflicht entfällt grundsätzlich nur, wenn sich der Besteller von der Untauglichkeit des von ihm beigestellten Stoffes selbst überzeugen konnte. Die Warnpflicht des Baumeisters würde nur entfallen, wenn der Architekt **nachweislich über die Risiken** der weichen Dämmplatten wusste, diese jedoch trotzdem in Auftrag gab. Zusätzlich zur Warnpflichtverletzung hatte der Baumeister einen mangelhaften Estrich eingebaut, der zu weiteren Schäden führte.

*Warnpflicht gegenüber  
sachkundigen Bestellern*

Besondere bzw. über das übliche Maß hinausgehende Untersuchungen muss ein Unternehmer im Rahmen seiner Prüfpflicht nicht durchführen.

*Ausmaß der Prüfpflicht*

<sup>262</sup> Vgl. KURSCHTEL, I.: Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S. 39 ff. Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

Die Prüfpflicht des Unternehmers umfasst jedoch das „Durchdenken“<sup>263</sup> der Tätigkeit sowie das Durchlesen der Aufbauanleitung des Herstellers. Werden neuartige oder nur teilweise erprobte Baumaterialien oder -systeme verwendet, dann verschärft sich die Prüf- und Warnpflicht zusätzlich.<sup>264</sup> Die Warnpflichtverletzung des Baumeisters beruhte darauf, dass er vor Einbau der Trittschalldämmplatten, sich über die **Tauglichkeit der von ihm verwendeten Materialien** hätte informieren müssen. Hätte der Baumeister Einsicht in die Herstelleranleitung genommen, dann wäre ihm die Untauglichkeit der Trittschalldämmplatten vermutlich aufgefallen.

Der Installateur wurde mit der Aufgabe betraut, die Herstellung des Fußbodens zu überwachen. Im Zuge dessen bemerkte er nicht den Einbau der falschen Trittschalldämmplatten, dies hätte ihm jedoch auffallen und er hätte davor warnen müssen. Somit traf den Installateur ebenso eine Warnpflichtverletzung. Sein Anteil am Schaden durch die Verletzung der Warnpflicht war nicht feststellbar, welches eine **Haftung zur ungeteilten Hand** zur Folge hatte. Durch die Tatsache, dass mehrere Unternehmer zum Zeitpunkt des Einbaus der Trittschalldämmplatten anwesend waren und die Untauglichkeit der Platten laut Gericht erkennbar war, hafteten alle Unternehmer für die Unterlassung ihrer Warnung. Die Unternehmer hafteten solidarisch, also alle für den gesamten Schaden, da nicht erkennbar war, welchen Anteil die einzelnen Parteien am Schaden trugen.<sup>265</sup>

*Solidarhaftung des Installateurs*

#### ▪ Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters

Der Architekt wurde vom OGH als Auftraggebervertreter des Bauherrn zum Zeitpunkt des Schadeneintritts eingestuft, da die Planerstellung zum Zeitpunkt der Fußbodenherstellung bereits erfolgt war und der Werkvertragsaspekt des Architekten erfüllt war. Der **gemischte Vertrag** (vgl. dazu Kapitel 3.4.2.2) wurde als Bevollmächtigungsvertrag vom OGH bewertet, da die Bauleitungs- und Überwachungsaufgaben bei Änderung der Trittschalldämmplatten im Vordergrund standen. Der Bevollmächtigungsvertrag ist grundsätzlich dadurch gekennzeichnet, dass der Architekt die Interessen des Bauherrn gegenüber Dritten vertritt. Demnach waren in diesem Fall die §§ 1002 ff anzuwenden.

*Einteilung des Architektenvertrags*

Der OGH widerlegte die Ansicht des Berufungsgerichts und behauptete, die Änderung des Architekten auf das (neue) VELTA-System war die Erteilung eines neuen Auftrages an den Installateur und eine Änderung des bestehenden Auftrages mit dem Baumeister. Die Neubeauftragung erfolgte **im Namen des Bauherrn** durch den Architekten, welches grundsätzlich ein Mitverschulden des Bauherrn ermöglichen würde. Es besteht

*Mitverschulden des Bauherrn*

<sup>263</sup> Vgl. IRO, G.: Die Warnpflicht des Werkunternehmers. In: ÖJZ, 1983. S. 506.

<sup>264</sup> Vgl. WBI 1987,120. Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

<sup>265</sup> Vgl. § 1302 ABGB.

für jedermann die Pflicht nach § 1304 ABGB, seine Rechtsgüter zu bewahren. Der Bauherr konnte nicht durch bloße Übertragung seiner Pflichten auf einen Sachverständigen, sämtliche Haftung und sämtliches Risiko von sich abwälzen.<sup>266</sup> Der Bauherr hatte für die Fachkunde des von ihm beigezogenen Vertreters einzustehen, weil der Architekt die Pflichten des Bauherrn übernahm.<sup>267</sup> Allerdings konnte dem Architekten ein Mitverschulden angelastet werden, da seine **Anweisungen in diesem Fall untauglich waren**.<sup>268</sup>

Der Architekt hätte sich vor Beauftragung der neuen Fußbodenheizung, von den Eigenschaften der Materialien und der Tauglichkeit der Trittschall-dämmplatten überzeugen müssen. Aus diesem Grund war dem Architekten ein Mitverschulden anzulasten.

*Haftung des Architekten*

Grundsätzlich wird vom OGH die Ansicht vertreten, ein Architekt müsse als Auftraggebervertreter **gleich viel über die verwendeten Materialien wissen**, wie der ausführende Unternehmer. Aus diesem Grund wird die Haftung für die entstandenen Schäden meist im Verhältnis 1:1 aufgeteilt.<sup>269</sup> In diesem Fall trat der Architekt als Auftragnehmer und Auftraggebervertreter auf, welches folgende Bedeutung für die Beklagten hatte: der Baumeister und der Installateur hafteten solidarisch für den halben Schaden und der Architekt für den gesamten Schaden, da er als Planersteller und als Bevollmächtigter des Bauherrn sowohl als Auftragnehmer als auch als Auftraggebervertreter auftrat.

*Risikoteilung*

#### ▪ Zu den Haftrücklässen

Durch die Tatsache, dass die Mängelbeseitigung und die Herstellung eines mangelfreien Werkes auf Kosten der Beklagten zu erfolgen hatte, bestand seitens des Bauherrn kein Recht auf weiteren Einbehalt des Haftrücklasses. Das Werk würde durch ein neues Unternehmen ausgeführt werden und sämtliche neuen Haftrücklässe würden sich gegen dieses Unternehmen richten. Der Bauherr musste somit seiner Pflicht nachkommen und das vertraglich vereinbarte Entgelt an die Beklagten entrichten. Im Gegenzug übernahmen die Beklagten die Kosten für die Sanierung des Werkes.

*Rückzahlung der Haftrücklässe*

<sup>266</sup> Vgl. DULLINGER in JBI. 1990, 91 ff; IRO in JBI. 1983, 513 (FN 66). Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

<sup>267</sup> Vgl. DULLINGER in JBI. 1990, 96. Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

<sup>268</sup> Vgl. OGH 12.03.1968, 8 Ob 45/68, RIS-Justiz RS0021766.

<sup>269</sup> Vgl. OGH 24.03.1988, 7 Ob 533/88, RIS-Justiz RS0021766 (T2).

### 4.3.1 Zusammenfassung / Ergebnisse

Das Urteil des Obersten Gerichtshofes hatte folgende Bedeutung für die klagenden und beklagten Parteien:

- **Zur Art des Anspruches**

Der Bauherr hatte das Recht auf die ordentliche Erfüllung des ursprünglichen Vertrages, welches bei Verschulden und rechtswidriges Verhalten der ausführenden Unternehmen durch Geldersatz (Schadenersatz) erfolgen konnte. Eine ordentliche Sanierung war nur mit einer Erneuerung des gesamten Fußbodenaufbaus möglich, da der bestehende Aufbau nicht zur Herstellung des vereinbarten Höhenniveaus tauglich war.

Die ausstehenden Haftrücklässe musste der Bauherr an die Beklagten überweisen, da diese für die Sanierung des Fußbodens durch ein drittes Unternehmen finanziell aufkommen mussten. Weitere Haftrücklässe würden sich auf den neuen Ausführenden beziehen.

- **Zur Haftung dem Grunde nach**

Der Baumeister hatte seine Warnpflicht verletzt, da er vor Werksherstellung Einsicht in die Aufbauanleitung des Herstellers hätte nehmen müssen. Er haftete somit für die Folgen seiner Unterlassung.

Der Installateur hatte seine Warnpflicht verletzt, da die Verwendung ungeeigneter Platten erkennbar war, ihm dies jedoch im Zuge seiner Bauüberwachung nicht aufgefallen war. Er konnte seine Unschuld nicht beweisen, welches seine solidarische Haftung zur Folge hatte.

Da nicht erkennbar war, zu welchen Anteilen die jeweiligen Auftragnehmer am Schaden verantwortlich waren, hafteten sie solidarisch, d. h. alle für den gesamten Schaden. Anschließend wurde vom OGH festgestellt, dass beide Unternehmer solidarisch für den halben Schaden hafteten, da ein Mitverschulden des Architekten im Verhältnis von 1:1 anzurechnen war.

- **Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters**

Der Architekt trat als Auftragnehmer (Planersteller) und als Auftraggebervertreter auf. Er hätte, als Auftragnehmer, sich Gedanken über den geplanten Fußbodenaufbau machen müssen und ggf. davor warnen müssen. Als Auftraggebervertreter hätte er vor Beauftragung der Änderung sich über die Tauglichkeit der Materialien auseinandersetzen müssen. Er haftete aus den genannten Gründen solidarisch für den gesamten Schaden.



## 4.4 Analyse des Konflikts

Im folgenden Abschnitt folgt die Analyse der Konfliktursachen aus dem Sachverhalt anhand von Expertenbeiträgen aus der Literatur. Zunächst folgt ein Überblick, über die behandelten Fragestellungen, der sich an die Gliederung der rechtlichen Beurteilung hält.

### 4.4.1 Überblick

<b>4.4.2 Zur Art des Anspruches</b>	<b>89</b>
4.4.2.1 Grundlagen zur Gewährleistung .....	89
4.4.2.2 Beweislastumkehr bei der Gewährleistung .....	90
4.4.2.3 Gewährleistung bei Übernahme trotz Mängel.....	91
4.4.2.4 Rechtsbehelfe der Gewährleistung .....	91
4.4.2.5 Ersatzvornahme beim Gewährleistungsanspruch .....	93
4.4.2.6 Grundlagen zum Schadenersatz.....	93
4.4.2.7 Begrenzung des Schadenersatzes gemäß ÖNORM B 2110 .....	95
4.4.2.8 Fristen bei Gewährleistung & Schadenersatz.....	95
4.4.2.9 Freibeweis beim Schadenersatz .....	96
4.4.2.10 Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung .....	96
4.4.2.11 Haftungsrücklass beim Schadenersatzanspruch.....	97
<b>4.4.3 Zur Haftung dem Grunde nach</b>	<b>98</b>
4.4.3.1 Prüf- und Warnpflicht gemäß ABGB .....	99
4.4.3.2 Prüf- und Warnpflicht gemäß ÖNORM B 2110.....	100
4.4.3.3 Prüf- und Warnpflicht gegenüber Sachverständigen .....	101
4.4.3.4 Erkennbarkeit von Mängeln .....	101
4.4.3.5 Missachtung einer Warnung .....	102
4.4.3.6 Kooperationspflicht mehrerer Unternehmer .....	102
<b>4.4.4 Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters</b>	<b>103</b>
4.4.4.1 Mitverschulden des Architekten .....	104

#### ▪ Zur Art des Anspruches

In diesem Abschnitt wird auf die gleichzeitigen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des geschädigten Bauherrn eingegangen. Weiters werden folgende Fragestellungen näher erläutert:

- ♦ Unter welchen Voraussetzungen entstehen Gewährleistungsansprüche? Wer trägt die Beweislast für die entstandenen Mängel und was passiert, wenn das Werk trotz Mängel übernommen wird?

- ◆ Welche Rechtsbehelfe hat der Auftraggeber bei einem Gewährleistungsanspruch? Müssen bestimmte Vorgangsweisen eingehalten werden oder kann sofort zur Ersatzvornahme gegriffen werden?
- ◆ Welche Fristen gelten bei Gewährleistungsansprüchen und wo bestehen die Unterschiede zum Schadenersatz? Was bedeuten die Begriffe „Erfüllungsinteresse“ und „Deckungskapital“ und welche Bedeutung haben sie für einen geschädigten Auftraggeber?
- ◆ Bestehen Grenzen für den Aufwand, der bei einer Mängelanierung entstehen darf? Ab wann wird eine Verbesserung unverhältnismäßig?
- ◆ Wie wird mit Haftrücklassen bei einem Schadenersatzanspruch umgegangen und wieso wurde der Bauherr zur Rückzahlung dieser verpflichtet?

#### ▪ Zur Haftung dem Grunde nach

Anschließend wird auf die Haftung beider Unternehmer dem Grunde nach eingegangen und die folgenden dazugehörigen Fragestellungen erläutert:

- ◆ Welche Rechtsgrundlagen gibt es zur Prüf- und Warnpflicht im ABGB? Welche diesbezüglichen Regelungen enthält die ÖNORM B 2110?
- ◆ Wovor müssen Auftragnehmer warnen und gibt es Grenzen der Erkennbarkeit von Mängel? Welche Untersuchungen gelten als zumutbar und was geht über das übliche Maß hinaus?
- ◆ Wie ist die Haftung bei einer Warnpflichtverletzung bei Anwesenheit mehrerer Auftragnehmer geregelt? Was bedeutet der Begriff des „technischen Schulterschlusses“ für Auftragnehmer und worauf muss hierbei geachtet werden?
- ◆ Besteht eine Warnpflicht auch gegenüber fachkundigen Bestellern und welche Folgen hat eine Missachtung der Warnung?

#### ▪ Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters

Der letzte Abschnitt geht auf das Mitverschulden des Bauherrn und seines Vertreters ein. Weiters werden folgende Fragen geklärt:

- ◆ Wann kann einem Bauherrn ein Mitverschulden angelastet werden? Kann er seine Haftung durch Beauftragung eines fachkundigen Vertreters abwälzen?
- ◆ Wann und in welchem Ausmaß haftet ein Bauherrnvertreter? Wie wird damit umgegangen, wenn der Vertreter auch als Auftragnehmer tätig war?

#### 4.4.2 Zur Art des Anspruches

Der OGH erläuterte im gegenständlichen Fall zunächst die Tatsache, dass Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche beim Werkvertrag in voller Konkurrenz nebeneinander bestehen.<sup>270</sup>

Für den Bauherrn bedeutete dies, dass er seine Forderungen entweder auf die Gewährleistung gemäß §§ 922 ff ABGB oder auf den Schadenersatz gemäß §§ 1293 ff ABGB stützen konnte. Ein Schadenersatzanspruch besteht grundsätzlich nur, wenn ein **Verschulden** und ein **rechtswidriges Verhalten** des Auftragnehmers vorliegen. Weiters unterscheiden sich die Gewährleistung und der Schadenersatz bei den Rechtsbehelfen und den unterschiedlichen Fristen.

Die folgende Grafik (Abbildung 7) zeigt den Zusammenhang zwischen Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüchen:

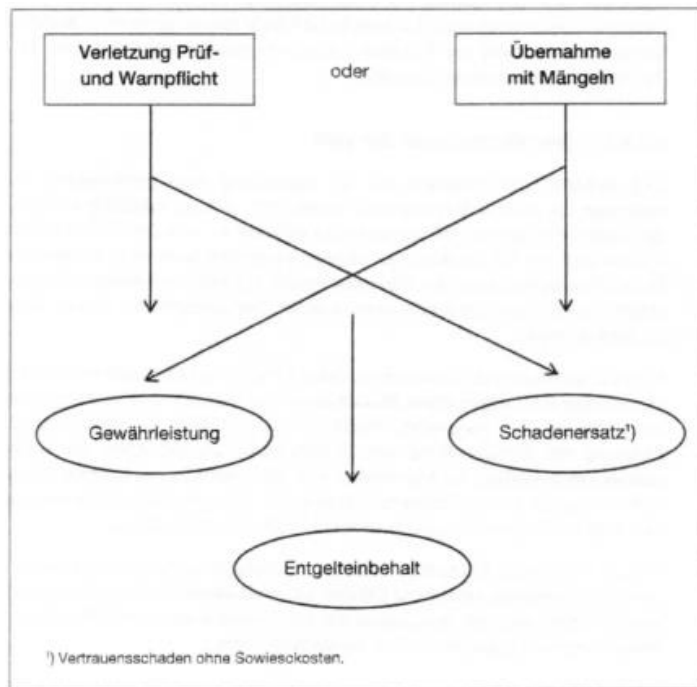


Abbildung 7: Übersicht der Haftungsfolgen für AN<sup>271</sup>

##### 4.4.2.1 Grundlagen zur Gewährleistung

Die Gewährleistung ist eine verschuldensunabhängige Zusage des Auftragnehmers, dass das gelieferte Werk bei Übergabe mangelfrei ist. Die Gewährleistung stützt sich auf den § 922 Abs 1 ABGB:

<sup>270</sup> Vgl. OGH 07.03.1990, 1 Ob 536/90, RIS-Justiz RS0021755.

<sup>271</sup> STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. Teil 1. Pkt 4.4.2.3.4.

*„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.“<sup>272</sup>*

Gewährleistung  
gemäß ABGB

Durch die Tatsache, dass der eingebaute Fußboden im gegenständlichen Urteil Mängel aufwies, wurden die Verträge seitens der Auftragnehmer zur Herstellung eines mangelfreien Fußbodens nicht eingehalten.

Die Übergabe stellt einen wichtigen Meilenstein bei der Gewährleistung dar, denn erst **ab der Übergabe** beginnt die Gewährleistungsfrist zu laufen. Ein Ausführungsmangel, der vor Übergabe vom Auftraggeber beanstandet wurde, führt zum Schuldnerverzug des Auftragnehmers, welches eine andere rechtliche Behandlung zur Folge hätte.

Beginn der  
Gewährleistungsfrist

Der Beweis, dass ein Werk zum Zeitpunkt der Übergabe mangelhaft war, stellt eine oft komplexe Angelegenheit dar. Der § 924 ABGB schafft hier Abhilfe und wird im folgenden Abschnitt erläutert.

#### 4.4.2.2 Beweislastumkehr bei der Gewährleistung

Unter § 924 ABGB wird die Beweislastumkehr bei Gewährleistungsfällen geregelt:

*„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 hervor- kommt. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.“<sup>273</sup>*

Beweislastumkehr  
gemäß ABGB

Es wird grundsätzlich vermutet, dass ein Mangel, der **innerhalb der ersten sechs Monate** nach Übergabe der Leistung zum Vorschein kommt, schon bei der Übergabe des Werkes vorhanden war. Eine andere rechtliche Behandlung hätte zur Folge, dass ein Auftraggeber, der kurz nach der Übernahme einen Mangel entdeckt, beweisen müsste, dass der Mangel bei Übergabe bereits vorhanden war. Wenn es den Auftraggeber nicht gelingen würde, diesen Beweis zu erbringen, dann würde er selbst für den Schaden aufkommen müssen.

Im vorliegenden Urteil wurden die Fußbodenabsenkungen ungefähr ein Jahr nach Übergabe der Leistung vom Bauherrn entdeckt. Der Bauherr hätte bei einer auf dem Gewährleistungsrecht beruhenden Klage, beweisen müssen, dass die Mängel bei Übergabe der Leistung vorhanden waren.

<sup>272</sup> § 922 Abs 1 ABGB.

<sup>273</sup> § 924 ABGB.

#### 4.4.2.3 Gewährleistung bei Übernahme trotz Mängel

Die Gewährleistung umfasst Mängel, die bei der Übergabe eines Werkes vorhanden, jedoch noch nicht erkennbar waren. Die Regelungen des ABGB zu erkennbaren bzw. offensichtlichen Mängeln lauten wie folgt: in § 928 ABGB wird geregelt, dass der Auftragnehmer keine Gewähr für Mängel leisten muss, die zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden aber **offensichtlich erkennbar** waren. Der Auftraggeber hat die Pflicht, offensichtliche Mängel bei der Übergabe der Leistung zu rügen, um seinen Gewährleistungsanspruch nicht zu verlieren:

*„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.“<sup>274</sup>*

Gewährleistung bei offensichtlichen Mängeln

Aus diesem Grund schlägt die ÖNORM B 2110 unter Pkt 10.2.3 folgendes Vorgehen vor, um eine **geordnete Übernahme** der Werksleistung zu gewährleisten:

*„Der AG hat die Übernahme der Leistung in einer Niederschrift zu erklären. In diese Niederschrift sind ferner aufzunehmen:*

Übernahme gemäß ÖNORM B 2110

*1) gerügte, jedenfalls aber auffällige Mängel an der erbrachten Leistung und Fristsetzung für ihre Behebung.“<sup>275</sup>*

Weiters bleibt einem Auftraggeber gemäß Pkt 10.4 der ÖNORM B 2110 die Option offen, die dreifachen Kosten einer voraussichtlichen Ersatzvornahme, also die Mangelverbesserung durch ein anderes Unternehmen, zurückzubehalten: (Weiteres zum Entgelteinbehalt unter Kapitel 2.4.3.)

*„Wird die Leistung mit Mängeln übernommen, hat der AG das Recht, neben dem Haftungsrücklass das Entgelt bis zur Höhe des Dreifachen der voraussichtlichen Kosten einer Ersatzvornahme der Mängelbehebung zurückzuhalten. Der AN ist berechtigt, den Einbehalt durch ein unbefristetes Sicherstellungsmittel abzulösen.“<sup>276</sup>*

Entgelteinbehalt gemäß ÖNORM B 2110

#### 4.4.2.4 Rechtsbehelfe der Gewährleistung

Die Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts regeln die Vorgehensweise, an die sich ein Auftraggeber bei einem Gewährleistungsanspruch zu halten hat. Unter § 932 Abs 1 ABGB werden die Rechtsbehelfe aufgezählt:

<sup>274</sup> § 928 ABGB.

<sup>275</sup> Pkt 10.2.3 Z 1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>276</sup> Pkt 10.4 ÖNORM B 2110:2013.

*„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.“<sup>277</sup>*

Rechtsbehelfe gemäß ABGB

Es stehen dem Auftraggeber mehrere Möglichkeiten zur Abwicklung eines Gewährleistungsanspruches zur Verfügung. Ein finanzieller Ersatz des Schadens stellt im Gewährleistungsrecht **keine Option** dar. Die Vorgehensweise des Auftraggebers ist vorerst an die Bestimmungen des § 932 Abs 2 ABGB gebunden:

*„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.“<sup>278</sup>*

Primäre Rechtsbehelfe

Ein Auftraggeber muss dem Auftragnehmer zuerst die Möglichkeit geben, seinen Fehler auszubessern. Der Auftragnehmer hat für die Verbesserung des Mangels nicht unbegrenzt Zeit, sondern muss diese innerhalb angemessener Frist vornehmen. Die Angemessenheit der Frist ist von dem Werk und dem damit verbundenen Aufwand abhängig und wird grundsätzlich im Einzelfall entschieden:

*„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.“<sup>279</sup>*

Angemessene Frist zur Verbesserung

Erst nach fruchtlosem Verbesserungsversuch des Auftragnehmers bzw. Verweigerung der Verbesserung innerhalb einer angemessenen Frist, darf der Auftraggeber auf die sekundären Rechtsbehelfe des Gewährleistungsrechts zugreifen:

*„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“<sup>280</sup>*

Sekundäre Rechtsbehelfe

In weiterer Folge hat der Auftraggeber die Möglichkeit, einen angemessenen Preisnachlass vom Auftragnehmer zu fordern oder auf Wandlung zu bestehen, wenn es sich um keinen geringfügigen Mangel handelt. Die

<sup>277</sup> § 922 Abs 1 ABGB.

<sup>278</sup> § 932 Abs 2 ABGB.

<sup>279</sup> § 932 Abs 3 ABGB.

<sup>280</sup> § 932 Abs 4 ABGB.

Wandlung hätte die Rückabwicklung des Vertrages gemäß § 1168 ABGB zur Folge.

Die ÖNORM B 2110 gewährt unter Pkt 12.2.4.5 den Rechtsbehelf der behelfsmäßigen Behebung, wenn die endgültige Behebung des Mangels zum Zeitpunkt der Feststellung nicht möglich oder unzumutbar ist. Diese vorläufige Behebung bewirkt eine Hemmung bzw. Verlängerung der Gewährleistungsfrist.

*Behelfsmäßige Behebung*

#### 4.4.2.5 Ersatzvornahme beim Gewährleistungsanspruch

Die Ersatzvornahme beschreibt den Fall, dass der Auftraggeber die Verbesserung des Mangels selbst durchführt oder von einem Dritten durchführen lässt. Die Ersatzvornahme kann erst nach **erfolgloser Anwendung der primären Rechtsbehelfe** durchgeführt werden, denn grundsätzlich hat der Auftragnehmer das Recht auf eine „zweite Chance“ zur ordnungsgemäßen Leistungserbringung.

Bei der Ersatzvornahme ist zu beachten, dass der Auftraggeber eine **Schadensminderungspflicht** gegenüber dem Auftragnehmer hat. Die Verbesserungsmaßnahme darf nicht zum Missbrauch des Unternehmers durch zu großzügige Vertragsgestaltung auf Kosten des Erstauftragnehmers führen.<sup>281</sup> Ein Bauherr darf deshalb nicht einen „zu teuren“ Auftragnehmer beauftragen und die Kosten auf die ursprünglichen Auftragnehmer abwälzen.

*Schadensminderungspflicht des AG*

#### 4.4.2.6 Grundlagen zum Schadenersatz

Wie einleitend beschrieben, gelten im Werkvertragsrecht Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche in voller Konkurrenz zueinander. Rechtsgrundlage des Schadenersatzes bei Vorliegen von Mängeln bildet § 933a Abs 1 ABGB:

*„Hat der Übergeber den Mangel verschuldet, so kann der Übernehmer auch Schadenersatz fordern.“<sup>282</sup>*

*Schadenersatz gemäß ABGB*

Das Schadenersatzrecht bedarf nach § 933a ABGB ein Verschulden des Schädigers, welches einen Unterschied zum Gewährleistungsrecht darstellt. Der vorliegende Fall wurde nicht nach dem Gewährleistungsrecht, sondern nach dem Schadenersatzrecht abgewickelt.

Wie bereits beschrieben, liegen die Unterschiede zum Gewährleistungsrecht einerseits in der Frage des Verschuldens und der Fristen, andererseits auch in den **Restitutionsmöglichkeiten** für den Auftraggeber. Der

*Geldersatz als Rechtsbehelf*

<sup>281</sup> Vgl. STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht, Teil 2, Pkt 5.2.3.2.

<sup>282</sup> § 933a Abs 1 ABGB.

Bauherr hatte bei Verschulden des Auftragnehmers die Möglichkeit des Geldersatzes gemäß § 933a Abs 2 ABGB:

*„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.“<sup>283</sup>*

*Rechtsbehelfe bei Verschulden des AN*

Der Bauherr konnte im gegenständlichen Fall gemäß § 933a Abs 2 ABGB sein **Erfüllungsinteresse** vom Auftragnehmer in Form einer Sanierung der Mängel oder in Form von Geldersatz fordern. Er musste sich mit nichts Geringerem als die vertragsgemäße Sanierung des Fußbodens zufriedengeben, da diese Leistung vertraglich vereinbart wurde. Der Bauherr durfte nicht wirtschaftlich schlechter gestellt werden, als wenn die Auftragnehmer den Auftrag ordentlich ausgeführt hätten.<sup>284</sup>

Der Auftraggeber durfte nicht sofort Geldersatz von den Auftragnehmern verlangen, sondern musste, wie im Gewährleistungsrecht, den Unternehmern die Möglichkeit überlassen, ihre Fehler durch Verbesserung oder Austausch auszubessern. Erst **nach fruchtlosem Verstreichen** der primären Rechtsbehelfe, durfte der Bauherr Geldersatz verlangen.

Wenn der Auftragnehmer seine Pflicht zur Verbesserung des Mangels unterlässt, dann muss er den Auftraggeber so stellen wie er stünde, wenn der Auftragnehmer den Vertrag ordnungsgemäß erfüllt hätte, welches als „Erfüllungsinteresse“ des Auftraggebers bezeichnet wird. Leistet der Auftragnehmer Geldersatz für die entstandenen Mängel, dann wird dies als „Deckungskapital“ bezeichnet, also jene Geldsumme, die als Geldersatz für die vertragsgemäße Sanierung dienen soll, um einen weiteren Auftragnehmer mit der Verbesserung des Werkes zu beauftragen.<sup>285</sup>

*Erfüllungsinteresse und Deckungskapital*

Zu den weiteren Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch wird auf Kapitel 3.4.3.2 verwiesen.

<sup>283</sup> § 933a Abs 2 ABGB.

<sup>284</sup> Vgl. JBI 1990, 648 mwN = ecolex 1990, 279. Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

<sup>285</sup> Vgl. OGH 08.11.1995, 7 Ob 541/95, RIS-Justiz RS0086353.



#### 4.4.2.7 Begrenzung des Schadenersatzes gemäß ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 12.3.1 die Begrenzung des Schadenersatzes in Abhängigkeit des Verschuldungsgrades. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit müssen der positive Schaden und der entgangene Gewinn ersetzt werden.<sup>286</sup>

Bei **leichter Fahrlässigkeit** regelt die ÖNORM B 2110, bei allen Schäden außer Personenschäden, eine Begrenzung des Schadenersatzes in Abhängigkeit der Auftragssumme:<sup>287</sup>

*Begrenzung bei leichter Fahrlässigkeit*

- ◆ Bei einer Auftragssumme bis 250.000,00 Euro beträgt der Ersatz des Schadens höchstens 12.500,00 Euro.
- ◆ Bei einer Auftragssumme über 250.000,00 Euro beträgt der Ersatz des Schadens höchstens 5 % der Auftragssumme, jedoch maximal 750.000 Euro.

#### 4.4.2.8 Fristen bei Gewährleistung & Schadenersatz

Das Gewährleistungsrecht ist grundsätzlich dispositives Recht, d. h. es kann innerhalb der Grenzen der Sittenwidrigkeit einvernehmlich abgeändert werden. Diese Möglichkeit gibt es im Verbrauchergeschäft nicht, denn hier gelten (mindestens) die gesetzlichen Gewährleistungsfristen.

Die Gewährleistungsfrist beginnt mit dem Tag der Übernahme und beträgt bei unbeweglichen Sachen grundsätzlich drei Jahre.<sup>288</sup> Für Mängel, die außerhalb dieser Frist bemerkt werden, leistet der Auftragnehmer keine Gewähr. Die bereits beschriebene Beweislastumkehr beträgt nach § 924 ABGB sechs Monate ab Übergabe der Leistung.

*Fristen der Gewährleistung*

Es besteht im Schadenersatzrecht ein großer Unterschied zu den Fristen im Gewährleistungsrecht. Im Schadenersatzrecht beträgt die Frist grundsätzlich drei Jahre ab Entdecken des Schadens bis maximal 30 Jahre nach Werkserstellung.<sup>289</sup> Eine Abwicklung nach Schadenersatzrecht hat, bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen (vgl. dazu Kapitel 3.4.3.2), für einen Auftraggeber wesentliche Vorteile.

*Fristen des Schadenersatzes*

<sup>286</sup> Vgl. Pkt 12.3.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>287</sup> Vgl. Pkt 12.3.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>288</sup> Vgl. § 933 Abs 1 ABGB.

<sup>289</sup> Vgl. § 1489 ABGB.

#### 4.4.2.9 Freibeweis beim Schadenersatz

Es besteht durchaus die Möglichkeit, dass der Auftragnehmer selbst kein Verschulden an der Nichterfüllung des Vertrages trägt. Für den Fall, dass der Auftragnehmer an der Werksherstellung verhindert wurde, durch Umstände, die nicht seiner Sphäre entstammen, räumt das Schadenersatzrecht dem Auftragnehmer die Möglichkeit ein, sich freizubeweisen. Wenn der Auftragnehmer nicht in der Lage ist sich freizubeweisen, dann wird gemäß § 1298 ABGB<sup>290</sup> sein Verschulden angenommen. Er trägt somit die Obliegenheit für **ausreichende Dokumentation** im Zuge der Bautätigkeit zu sorgen, um sich in einem eventuellen Rechtsstreit schadlos zu halten.

*Beweislast Verschulden*

#### 4.4.2.10 Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung

Im § 932 Abs 4 ABGB wird der Begriff der Unverhältnismäßigkeit verwendet, jedoch nicht genauer definiert. Grundsätzlich muss die Verbesserung oder der Austausch bei einem unverhältnismäßig hohen Aufwand nicht vorgenommen werden, der Auftraggeber kann gleich zur Preisminderung oder, bei einem nicht geringfügigen Mangel, zur Wandlung greifen.

Es stellt sich die Frage, wie die Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung festgestellt werden soll und wo die Grenzen liegen. Ein möglicher Ansatz wäre ein Vergleich der Verbesserungskosten mit den Kosten des ursprünglichen Auftrages. Die Rechtsprechung des OGH zeigt jedoch, dass die Kosten der Verbesserung keine große Rolle spielen, sondern **der Nutzen der Verbesserung** für den Auftraggeber:

*„Bei der Frage nach der Unverhältnismäßigkeit des Verbesserungsaufwandes ist nicht allein die Höhe der Behebungskosten ausschlaggebend, sondern es ist vor allem auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten "unverhältnismäßig" sein, wenn der Mangel den Gebrauch aber entscheidend beeinträchtigt, dann sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen.“<sup>291</sup>*

*Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung*

Bei der Frage der Unverhältnismäßigkeit werden die Kosten der Verbesserung nicht ausschließlich in Betracht gezogen, sondern diese im Verhältnis zum subjektiven Nutzen des Auftraggebers gestellt. Der tatsächliche Gebrauch des Werkes stellt hier die wichtigste Grundlage dar, denn die Verbesserung eines Mangels, der eine wesentliche Beeinträchtigung

<sup>290</sup> § 1298 ABGB: „Wer vorgibt, daß er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sey, 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“.

<sup>291</sup> OGH 04.10.1989, 3 Ob 552/89, RIS-Justiz RS0022044.

des Gebrauchs darstellt, wird auch trotz hoher Kosten kaum als unverhältnismäßig eingestuft. Gleichzeitig kann eine Verbesserung eines Mangels bei einem geringen Nachteil im Gebrauch als unverhältnismäßig eingestuft werden. Wenn **Aufwand und Vorteil im Missverhältnis stehen**, dann lohnt sich der Aufwand der Verbesserung nicht.<sup>292</sup> Diese Tatsache wird in der Rechtsprechung folgendermaßen erläutert und zeigt, dass die Verbesserungskosten sogar über die ursprüngliche Auftragssumme hinausgehen können:

*„[...] Die „absolute“ Unverhältnismäßigkeit kann daher - wie bisher - bejaht werden, wenn der mit der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den Besteller steht, wobei dabei insbesondere die für den Besteller durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind. Ist die Beeinträchtigung des Bestellers als wesentlich anzusehen, so werden auch über den Wert des Werkes liegende Kosten für die Verbesserung aufzuwenden sein.“<sup>293</sup>*

Vergleich Kosten & Nutzen

Durch die starken Absenkungen im Fußboden stellte der OGH im gegenständlichen Urteil fest, dass der Aufwand der Fußbodensanierung im Vergleich zur entsprechenden Wertminderung des Hauses nicht als unverhältnismäßig angesehen werden konnte. Die Absenkungen stellten einen wesentlichen Nachteil im Gebrauch für den Bauherrn dar und waren zur Gänze zu beheben bzw. der verursachte Schaden zu ersetzen.

#### 4.4.2.11 Haftungsrücklass beim Schadenersatzanspruch

Im gegenständlichen Urteil verpflichtete der OGH den Bauherrn dazu, die ausstehenden Haftrücklässe an die jeweiligen Auftragnehmer zu entrichten. Ein finanzieller Ersatz des Schadens durch die Auftragnehmer für eine Mängelsanierung durch ein weiteres Unternehmen, machte den Anspruch des Auftraggebers auf Einbehalt des Haftungsrücklasses nichtig. Etwaige Gewährleistungsansprüche wären nach Sanierung der Mängel bei der neuen ausführenden Firma geltend zu machen. Folgend wird kurz auf die Grundlagen des Haftungsrücklasses eingegangen.

Der Haftungsrücklass wird in der ÖNORM A 2050 unter dem Pkt 3.20.4 als finanzielle Sicherstellung bezeichnet, für den Fall, dass der Auftragnehmer eventuelle Pflichten aus der Gewährleistung oder dem Schadenersatz nicht erfüllt:

##### *„3.20.4 Haftungsrücklass*

*Sicherstellung für den Fall, dass der AN die ihm aus der Gewährleistung oder aus dem Titel des Schadenersatzes obliegenden Pflichten nicht erfüllt“<sup>294</sup>*

Haftungsrücklass gemäß  
ÖNORM A 2050

<sup>292</sup> Vgl. KURSCHTEL, I.: Die Gewährleistung beim Werkvertrag, S. 39 ff. Zitiert bei: OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91.

<sup>293</sup> OGH 18.12.2006, 8 Ob 108/06z, RIS-Justiz RS0121684 Abs 2.

<sup>294</sup> Pkt 3.20.4 ÖNORM A 2050:2006.

Zudem fällt der Begriff des Haftungsrücklasses unter Pkt 8.7.3 der ÖNORM B 2110, allerdings mit der Begrenzung, dass ein Haftungsrücklass nur Gewährleistungsansprüche abdecken soll:

*„Bei Verträgen ohne Gewährleistungsansprüche ist kein Haftungsrücklass einzubehalten.“<sup>295</sup>*

*Haftungsrücklass gemäß ÖNORM B 2110*

Der Haftungsrücklass hat keine gesetzliche Grundlage im ABGB. Er dient der Deckung von Gewährleistungsansprüchen, sollte der Auftragnehmer seiner Pflicht zur Verbesserung nicht nachkommen. Er wird üblicherweise von der Schlussrechnung einer Bauleistung abgezogen, meist in einer Höhe von 2 % der Rechnungssumme und kann durch ein Sicherstellungsmittel abgelöst werden.<sup>296</sup> Sollten während der Gewährleistungsfrist keine Mängel auftreten, ist der Haftungsrücklass innerhalb von 30 Tagen nach Ablauf der Gewährleistungsfrist an den Auftragnehmer zu entrichten.<sup>297</sup>

Der Haftungsrücklass gehört dem Auftragnehmer und ist Teil der Gegenleistung des Auftraggebers, also der Bezahlung für das errichtete Werk. Er darf nur einbehalten werden, solange **Gewährleistungsansprüche** geltend gemacht werden können.

*Rückzahlung bei Erhalt des Deckungskapitals*

Im vorliegenden Fall wurde der Schaden nach dem Schadenersatzrecht abgewickelt und die Auftragnehmer zur Bezahlung des Deckungskapitals für die Errichtung eines neuen Werkes verurteilt. Mit dem Urteil endeten die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn gegenüber den ursprünglichen Auftragnehmern. Aus diesem Grund wurde der Bauherr verpflichtet, die noch ausstehenden Beträge an die Auftragnehmer zu entrichten. Eventuelle Gewährleistungsansprüche beim neuen Werk würden sich gegen das neue Unternehmen richten.

#### 4.4.3 Zur Haftung dem Grunde nach

Die Frage der Haftung stellt eine der wichtigsten Aufgaben bei jeder Störung im Bauprojektlauf dar. Durch den hohen Preisdruck und großen Investitionssummen einer Bautätigkeit, sind Unternehmen grundsätzlich daran interessiert, ihre Haftung und somit ihr Risiko zu begrenzen.

Die Haftungsfrage bei der Prüf- und Warnpflicht wird sowohl im ABGB (§ 1168a) als auch in der ÖNORM B 2110 (Pkt 6.2.4) klar geregelt. Einige Aspekte der Prüf- und Warnpflicht, wie beispielsweise die Erkennbarkeit eines Mangels oder das Ausmaß der Prüfpflicht eines Unternehmers, sind etwas komplexer und sollen deshalb im folgenden Abschnitt näher erläutert werden.

<sup>295</sup> Pkt 8.7.3.2 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>296</sup> Vgl. Pkt 8.7.3.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>297</sup> Vgl. Pkt 8.7.3.3 ÖNORM B 2110:2013.

Der OGH hatte im gegenständlichen Fall die Haftung des Baumeisters dem Grunde nach bestätigt. Er hatte seine Warnpflicht verletzt sowie einen mangelhaften Estrich ausgeführt, wobei die Warnpflichtverletzung des Baumeisters als schwerwiegender anzusehen war.

*Haftung des Baumeisters*

Es besteht grundsätzlich für jeden Auftragnehmer die Pflicht, die zur erfolgreichen Erfüllung des Vertrages **notwendigen Fachkenntnisse** beizuschaffen.<sup>298</sup> Somit hätte der Baumeister vor Einbau der Trittschalldämmplatten Einsicht in die Aufbauanleitung des Herstellers nehmen müssen. Hätte er dies getan, dann wäre ihm vermutlich die Untauglichkeit der Platten aufgefallen und er hätte davor gewarnt.

Ebenso bestätigte der OGH die Haftung des Installateurs aufgrund einer unterlassenen Warnung zur Untauglichkeit der vom Baumeister verwendeten Trittschalldämmplatten. Der Installateur hatte die Aufgabe der Überwachung der vom Baumeister getätigten Arbeiten und war zum Zeitpunkt des Einbaus der falschen Platten anwesend.

*Haftung des Installateurs*

Es gelang dem Installateur nicht, seine Unschuld vor Gericht zu beweisen. Aus diesem Grund haftete er für die Unterlassung seiner Warnung. Die Tatsache, dass die vom ihm verbauten Heizungsleitungen einwandfrei funktionierten, hatte darauf keinen Einfluss.

Grundsätzlich haften alle beteiligten Unternehmer für die Folgen ihrer Unterlassenen Warnung bei erkennbaren Mängel solidarisch, d. h. jeder für den gesamten Schaden.<sup>299</sup>

Im Folgenden wird näher auf die Einzelheiten der Prüf- und Warnpflicht eingegangen.

#### 4.4.3.1 Prüf- und Warnpflicht gemäß ABGB

Die rechtliche Grundlage für die Prüf- und Warnpflicht des Auftragnehmers bildet § 1168a Satz 3 ABGB. Dieser regelt, dass der Unternehmer davor warnen muss, wenn der Auftraggeber Stoffe oder Anweisungen beistellt und der Werkserfolg durch die Untauglichkeit dessen gefährdet sein könnte. Warnt der Unternehmer in einem solchen Fall nicht, dann übernimmt er die Haftung für die Unterlassung seiner Warnung.<sup>300</sup>

<sup>298</sup> Vgl. OGH 19.12.2000, 1 Ob 178/00h, RIS-Justiz RS0021744 (T7); OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x, RIS-Justiz RS0021744 (T9).

<sup>299</sup> Vgl. OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91, RIS-Justiz RS0021634 (T2).

<sup>300</sup> § 1168a ABGB: „[...] 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“.

Die Warnung ist gemäß ABGB grundsätzlich nicht an eine besondere Form gebunden, sondern kann schriftlich oder mündlich erfolgen. Aufgrund der Beweisbarkeit ist die Schriftform jedoch zu bevorzugen. Für den Fall, dass der Bauherr einen sachverständigen Auftraggebervertreter bestellt, dann reicht im Regelfall eine **Warnung an diese Person**.<sup>301</sup>

*Form der Warnung*

Die Begriffe „gegebene Stoffe“ und „unrichtige Anweisungen“ werden im ABGB nicht näher erläutert. *Krejci*<sup>302</sup> definiert, dass sämtliche Gegenstände, mit denen oder mit dessen Hilfe ein Werk zu erstellen ist, als Stoffe gelten. Übliches Beispiel hierfür wäre der vom Auftraggeber zur Verfügung gestellte Baugrund. Vom Auftraggeber gestellte Planunterlagen werden in der Rechtsprechung<sup>303</sup> ebenso als Stoffe verstanden und unterliegen der Prüf- und Warnpflicht im Sinne des § 1168a ABGB. Unter Anweisungen versteht man konkrete und verbindliche Aufforderungen an der Auftragnehmer, das Werk auf **bestimmte Art und Weise** herzustellen.<sup>304</sup>

*„Stoffe“ und „Anweisungen“*

#### 4.4.3.2 Prüf- und Warnpflicht gemäß ÖNORM B 2110

Die Regelungen des ABGB stellen die Grundlage für die Prüf- und Warnpflichten im Werkvertragsrecht dar, werden aber in Pkt 6.2.4 der ÖNORM B 2110 für das Bauwesen genauer spezifiziert.

Gemäß den Regelungen der ÖNORM B 2110 hat der Auftragnehmer die Pflicht, folgende „Stoffe“ und „Anweisungen“ des Auftraggebers zu prüfen:

- „1) zur Verfügung gestellten Ausführungsunterlagen,
- 2) erteilten Anweisungen,
- 3) beigestellten Materialien und
- 4) beigestellten Vorleistungen“<sup>305</sup>

Der Auftragnehmer hat im Rahmen seiner Prüfung vor erkennbaren Mängeln unter der **Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt** zu warnen. Eine Warnung des Auftragnehmers ist gemäß Pkt 6.4.2.1 der ÖNORM B 2110 an die **Schriftform** gebunden<sup>306</sup>, welches eine Unterscheidung zum ABGB darstellt.

<sup>301</sup> Vgl. SCHOPF, A.: Leit-Entscheidungen zur Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers. In: ecolex, 9/2007. S. 668.

<sup>302</sup> Vgl. KREJCI, H. in RUMMEL, P.: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 3. Auflage. § 1168a Rz 18.

<sup>303</sup> Vgl. OGH 22.04.2014, 7 Ob 18/14v, RIS-Justiz RS0022075 (T5).

<sup>304</sup> Vgl. KARAUSSCHECK, E.; ROUSTA, B.: Die Warn- und Aufklärungspflicht aus der Sicht der Praxis. In: immolex, 6/2011. S. 174.

<sup>305</sup> Pkt 6.2.4.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>306</sup> Vgl. Pkt 6.2.4.1 ÖNORM B 2110:2013.

#### 4.4.3.3 Prüf- und Warnpflicht gegenüber Sachverständigen

Aus der Sicht des Unternehmers stellte sich möglicherweise die Frage, ob der Architekt im vorliegenden Fall nicht hätte wissen müssen, dass das geänderte System andere Trittschalldämmplatten bedurfte. Diese Annahme war teilweise berechtigt, und bewirkte, dass dem Architekten in weiterer Folge ein Mitverschulden angelastet werden konnte. Allerdings wurden die Auftragnehmer dadurch nicht von ihrer Warnpflicht befreit. Eine Warnpflicht besteht grundsätzlich auch **gegenüber Sachverständigen und fachkundigen Bestellern**.<sup>307</sup>

Eine Warnpflicht des Auftragnehmers entfällt nur, wenn der Auftraggeber nachweislich über die Untauglichkeit des Stoffes oder der Anweisung informiert war, diese jedoch trotzdem auf eigenes Risiko in Auftrag gab.<sup>308</sup>

*Entfall der Warnpflicht*

#### 4.4.3.4 Erkennbarkeit von Mängeln

Ein Unternehmer muss vor einem Umstand warnen, der den Erfolg des Werkes gefährdet, wenn er unter der Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennbar ist. Diese Tatsache besitzt Streitpotenzial, da es sich nachträglich als schwer herausstellen kann, nachzuvollziehen, ob ein Mangel zum Zeitpunkt der Ausführung für den Unternehmer erkennbar war oder nicht.

Die Prüfpflicht eines Unternehmers erstreckt sich nicht ins Unendliche, sondern hat bestimmte (wirtschaftliche) Grenzen. Ein Auftragnehmer ist grundsätzlich nicht dazu gezwungen **unübliche und kostenintensive Untersuchungen** durchzuführen, es sei denn, diese wurden im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben und sind Teil des Leistungsumfangs.<sup>309</sup>

*Grenzen der Prüfpflicht*

Ein Auftragnehmer wird als Sachverständiger gemäß § 1299 ABGB eingestuft, welches zu einem erhöhten und objektiven Sorgfaltsmaßstab führt.<sup>310</sup> Der Sachverständige muss nach § 1299 ABGB, für die für **seinen Beruf durchschnittlichen Kenntnisse** haften, auch wenn er diese Kenntnisse nicht besitzt.<sup>311</sup>

*Sachverständigenmaßstab*

<sup>307</sup> Vgl. SCHOPF, A.: Leit-Entscheidungen zur Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers. In: ecolex, 9/2007. S. 667.

<sup>308</sup> Vgl. OGH 26.06.1990, 5 Ob 580/90, RIS-Justiz RS0021906 (T6).

<sup>309</sup> Vgl. IRO, G.: Die Warnpflicht des Werkunternehmers. In: ÖJZ, 1983. S. 506.

<sup>310</sup> Vgl. § 1299 ABGB.

<sup>311</sup> Vgl. SCHLOSSER, H.; HARTL, F.; SCHLOSSER, L.: Die Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung (Teil I). In: bau aktuell, 2/2010. S. 56.

#### 4.4.3.5 Missachtung einer Warnung

Ergeben sich Umstände, in denen der Auftragnehmer den Auftraggeber vor den Gefahren des Misslingens des Gesamtwerkes warnt, dann übernimmt der Auftraggeber die Haftung für sämtliche Schäden, die aus diesem Umstand entstehen, wenn er die Warnung des Unternehmers ignoriert. Die Haftung des Unternehmers entfällt, wenn der Auftraggeber trotz Warnung auf die Ausführung nach seinen Vorgaben besteht.<sup>312</sup>

Eine Warnung seitens des Auftragnehmers muss so erfolgen, dass sie für den Auftraggeber erkennbar und verständlich ist. Für den Auftraggeber muss klar hervorgehen, dass eine **Missachtung der Warnung zum Misslingen des Werkes** führen kann.<sup>313</sup> *Krejci*<sup>314</sup> vertritt die Ansicht, dass eine bloße Eintragung einer Störung in das Bautagebuch, ohne den Auftraggeber entsprechend darauf hinzuweisen, nicht als Warnung ausreicht.

*Folgen der Missachtung der Warnung müssen klar hervorgehen*

#### 4.4.3.6 Kooperationspflicht mehrerer Unternehmer

Kaum ein Bauprojekt kann ohne die Zusammenarbeit mehrerer Professionsisten verwirklicht werden. Umso wichtiger ist die Koordination und Regelung der Zusammenarbeit hinsichtlich Prüf- und Warnpflichten zwischen den ausführenden Unternehmen.

Grundsätzlich besteht die Warnpflicht nur für die eigene Leistung bzw. im **Rahmen der eigenen Leistungspflicht** und die damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten. Allerdings schließt eine erfolgreiche Herstellung des eigenen Werkes nicht eine Verletzung der Warnpflicht aus.<sup>315</sup>

Das Gesamtziel des Auftraggebers ist die erfolgreiche Herstellung des Gesamtwerkes und das Erreichen seines Leistungszieles. Unternehmer, die Teile dieses Gesamtwerkes herstellen, müssen sich so verhalten, dass das Erreichen des Gesamtwerkes durch ihr Verhalten nicht erschwert wird. Die jeweiligen Auftragnehmer dürfen voneinander ein konstruktives und loyales Miteinander erwarten, welches dem Ziel dient, das Leistungsziel des Bauherrn zu erreichen.<sup>316</sup> Somit müssen Auftragnehmer, die gemeinsam an einem Bauprojekt arbeiten, alles vermeiden, **was den Erfolg des Projektes gefährden** könnte.

*Keine Gefährdung des Gesamtwerkes*

<sup>312</sup> Vgl. STURM, O.: Anweisungsfehler und Bestellermitverschulden im Werkvertragsrecht. In: WBI, 7/2000. S. 299. Zitiert bei: KARAUSCHECK, E.; ROUSTA, B.: Die Warn- und Aufklärungspflicht aus der Sicht der Praxis. In: immolex, 6/2011. S. 174.

<sup>313</sup> Vgl. KARAUSCHECK, E.; ROUSTA, B.: Die Warn- und Aufklärungspflicht aus der Sicht der Praxis. In: immolex, 6/2011. S. 175.

<sup>314</sup> Vgl. KREJCI, H. in RUMMEL, P.: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 3. Auflage. § 1168a Rz 29.

<sup>315</sup> Vgl. OGH 24.03.1988, 7 Ob 533/88, RIS-Justiz RS0022268 (T1).

<sup>316</sup> Vgl. OGH 09.09.1980, 5 Ob 662/80, RIS-Justiz RS0018232.



Neben der Hauptpflicht zur Herstellung der Werksleistung haben die Auftragnehmer **Kontroll- und Aufklärungspflichten** gegenüber dem Auftraggeber und weiteren Auftragnehmern.<sup>317</sup> Diese Kooperationspflicht der Beteiligten zur Herstellung des Gesamtwerkes bezeichnet man als „technischen Schulterschluss“.<sup>318</sup> Alle Auftragnehmer haben somit die Pflicht, den Auftraggeber über sämtliche Gegebenheiten zu informieren, die ein Misslingen des Gesamtwerkes bewirken könnten.<sup>319</sup>

„Technischer Schulterschluss“

Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 6.2.5.1, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, seine Auftragnehmer zu koordinieren und für ein ordnungsgemäßes Zusammenwirken zu sorgen. Der darauffolgende Absatz der ÖNORM B 2110 regelt, dass die Auftragnehmer sich gegenseitig nicht behindern dürfen und bemüht sein müssen, ihre Tätigkeiten miteinander abzustimmen.<sup>320</sup>

Koordinationspflicht gemäß ÖNORM B 2110

Unter § 1302 Satz 2 ABGB wird die Haftung mehrerer Auftragnehmer geregelt, wenn sich die Anteile am Schaden nicht eindeutig bestimmen lassen. In einem solchen Fall haften die Auftragnehmer solidarisch, also „Alle für Einen, und Einer für Alle“<sup>321</sup>. Die ÖNORM B 2110 weicht unter Pkt 12.4 von dieser Regelung ab und besagt, dass die Auftragnehmer in einem solchen Fall anteilmäßig bis maximal 0,5 % ursprünglichen Auftragssumme haften.<sup>322</sup>

Umfang der Haftung mehrerer AN

#### 4.4.4 Zum Mitverschulden des Bauherrnvertreters

Dem Architekten wurde in der vorliegenden Entscheidung des OGH ein Mitverschulden angelastet und er wurde zum Ersatz des gesamten Schadens verurteilt.

Der Architekt trat als Planersteller (Auftragnehmer) des Bauherrn auf, war aber auch mit der Bauleitung und Bauaufsicht betraut, welches eindeutig eine Interessensvertretung des Bauherrn gegenüber Dritten darstellte. Aus diesem Grund wurde der Architekt auch als Auftraggebervertreter und der Architektenvertrag als „gemischter Vertrag“ eingestuft (vgl. dazu Kapitel 3.4.2.2).

Als Auftraggebervertreter hatte der Architekt gemäß der Entscheidung des OGH verfehlte Anweisungen (die Anweisung zur Verwendung untauglicher Materialien) an die Auftragnehmer erteilt, welches ein Mitverschulden

<sup>317</sup> Vgl. OGH 13.07.1988, 3 Ob 526/88, RIS-Justiz RS0021634.

<sup>318</sup> Vgl. OGH 15.02.1990, 8 Ob 579/90 RIS-Justiz RS0021634 (T1).

<sup>319</sup> Vgl. KARAUŠCHECK, E.; ROUSTA, B.: Die Warn- und Aufklärungspflicht aus der Sicht der Praxis. In: immolex, 6/2011, S. 174.

<sup>320</sup> Vgl. Pkt 6.2.5.1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>321</sup> § 1302 ABGB.

<sup>322</sup> Vgl. Pkt 12.4 Abs 1 ÖNORM B 2110:2013.

seinerseits begründete. Auf diese Tatsache wird folgend näher eingegangen.

#### 4.4.4.1 Mitverschulden des Architekten

Grundsätzlich ist der Architekt bei Erstellung von Plänen<sup>323</sup> **Erfüllungsgelhilfe** des Auftraggebers im Sinne des § 1313a ABGB, der besagt, dass ein Auftraggeber für das Verschulden seiner Erfüllungsgelhilfen haftet, wie für sein eigenes.<sup>324</sup> Dem Auftraggeber ist laut Rechtsprechung<sup>325</sup> ein Mitverschulden anzulasten, wenn die Anweisungen des von ihm beigezogenen fachkundigen Vertreters verfehlt sind.

*Keine Abwälzung  
sämtlicher Haftung an  
Vertreter*

Der Bauherr durfte nicht durch die alleinige Beauftragung eines fachkundigen Vertreters (in diesem Fall der Architekt) seine Haftung in allen Belangen **an seinen Vertreter abwälzen**. Ein Auftraggeber, der einen Vertreter beizieht, hat grundsätzlich für die Fachkunde seines Vertreters einzustehen, da der Vertreter die erforderlichen Entscheidungen und Aufgaben des Bauherrn in seinem Namen übernimmt.<sup>326</sup>

Allerdings kann dem Vertreter des Bauherrn grundsätzlich ein Mitverschulden angelastet werden, wenn er verfehlte Anweisungen erteilt.<sup>327</sup> Der Architekt machte sich als Planersteller weder über eine erneute Planung hinsichtlich des Fußbodenaufbaus, noch als Bauherrnvertreter über die Tauglichkeit der geänderten Materialien Gedanken. Da die Anweisungen des Architekten an die ausführenden Unternehmen verfehlt waren, musste er sich ein Mitverschulden anrechnen lassen.

*Mitverschulden des  
Vertreters durch unrichtige  
Anweisungen*

Die Verschuldensaufteilung wurde im gegenständlichen Fall nach § 1304 ABGB vorgenommen, welcher besagt, dass das Verschulden **zu gleichen Teilen** aufgeteilt wird, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt.<sup>328</sup> Diese Ansicht wurde in der Rechtsprechung<sup>329</sup> bestätigt, da grundsätzlich angenommen wird, dass ein fachkundiger Auftraggebervertreter dieselben Fachkenntnisse besitzen muss wie ein ausführendes Unternehmen. Weitere Rechtsprechung<sup>330</sup> besagt jedoch, dass die Verantwortung des Unternehmers höher ist als jene des Auftraggebers, und dass diese Frage im Einzelfall geklärt werden muss.

*Verschuldensaufteilung*

Im vorliegenden Fall sah die Verschuldensaufteilung demnach wie folgt aus:

<sup>323</sup> Vgl. OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83, RIS-Justiz RS0028751.

<sup>324</sup> Vgl. § 1313a ABGB.

<sup>325</sup> Vgl. OGH 12.03.1968, 8 Ob 45/68, RIS-Justiz RS0021766.

<sup>326</sup> Vgl. OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91, RIS-Justiz RS0022028.

<sup>327</sup> Vgl. OGH 24.03.1988, 7 Ob 533/88, RIS-Justiz RS0021766 (T2).

<sup>328</sup> Vgl. § 1304 ABGB.

<sup>329</sup> Vgl. OGH 24.03.1988, 7 Ob 533/88, RIS-Justiz RS0021766 (T2).

<sup>330</sup> Vgl. OGH 25.06.2004, 1 Ob 137/04k, RIS-Justiz RS0021766 (T5).

- ♦ Der Baumeister und der Installateur hafteten als Auftragnehmer (solidarisch) für 50 % des Schadens, die andere Hälfte wurde als Mitverschulden des Bauherrn betrachtet.
- ♦ Der Architekt haftete als **Auftragnehmer** (Planersteller) für 50 % des Schadens. Ihm wurde jedoch, aufgrund verfehlter Anweisungen als **Auftraggebervertreter**, ein Mitverschulden in der Höhe von weiteren 50 % angelastet. Das Mitverschulden des Bauherrn musste somit der Architekt übernehmen, welches zur Folge hatte, dass der Architekt für den gesamten Schaden (solidarisch) haftete.

## 4.5 Fazit / Handlungsempfehlungen

Im folgenden Abschnitt werden Vorgangsweisen und Handlungsempfehlungen beschrieben, wie der gegenständliche Konflikt möglicherweise hätte vermieden werden können. Die folgenden Empfehlungen des Autors werden als Vorgangsweisen betrachtet, die für einen reibungslosen Bauprojektablauf üblicherweise förderlich sind.<sup>331</sup>

### 4.5.1 Änderungsvorschlag in der Ausschreibungsphase

Die Auseinandersetzung im erörterten Fall entstand aus dem Vorschlag des Installateurs zur **Änderung des bereits vereinbarten Fußbodensystems**. Der Architekt stimmte der Verwendung des neuen Systems zu, ohne sich von der Tauglichkeit der verwendeten Materialien zu überzeugen. Der Baumeister informierte sich nicht ausreichend über das neue System, bevor er mit der Werksherstellung begann.

Der Installateur brachte den Änderungsvorschlag während der Ausführungsphase ein. Die Gründe für den Änderungsvorschlag des Installateurs werden im OGH-Urteil nicht genannt. Die Verwendung des ursprünglichen Fußbodensystems war jedoch auch dem Baumeister nicht geläufig, da er vor Auftragsbeginn die Bestätigung des Architekten über die Tauglichkeit des ausgeschriebenen Systems einholte.

Wenn der Installateur zum Zeitpunkt der Ausschreibung Bedenken über das ausgeschriebene Fußbodensystem hatte, dann hätte er dies im Rahmen seiner **vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht** erwähnen müssen. Der Baumeister bat den Architekten um vorherige Bestätigung des Systems, also ist davon auszugehen, dass der Architekt die Tauglichkeit auch dem Installateur gegenüber bestätigt hätte.

Der Installateur hatte anscheinend Gründe, um das neue System vorzuschlagen. Wenn diese Gründe während der Ausschreibungsphase bereits bekannt waren, dann hätte der Installateur sie zu einem **früheren Zeitpunkt** als Änderungsvorschlag oder Alternativangebot einbringen sollen. Der Architekt hätte anschließend die notwendige Zeit gehabt, sich über die Details des neuen Systems zu informieren und ggf. eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Der Baumeister wäre ebenso früher über die Änderung informiert gewesen, welches die Wahrscheinlichkeit gesteigert hätte, dass er sich die erforderlichen Aufbauanleitungen vor Auftragsbeginn herbeigeschafft hätte. Grundsätzlich hätten die Details zum neuen System spätestens bei der Angebotskalkulation der Auftragnehmer bekannt sein müssen.

*Änderung während der Ausschreibungsphase*

<sup>331</sup> Es wird ausdrücklich auf den Haftungsausschluss in Kapitel 1.3 „Methodik“ verwiesen.

#### 4.5.2 Eigener Zusatz- oder Änderungsauftrag

Der Architekt, der die Änderung des Fußbodensystems voreilig beauftragte, hätte in dieser Situation besser handeln können. Grundsätzlich kann es für beide Seiten Vorteile haben, wenn Auftragnehmer Änderungsvorschläge einbringen.

Allerdings hätte der Architekt, sowohl als Auftragnehmer, um die Tauglichkeit seiner Pläne zu überprüfen, als auch als Auftraggebervertreter, um die Interessen des Bauherrn zu wahren, den **Änderungsvorschlag des Installateurs so durchdenken** müssen, wie er bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses das ursprüngliche System durchdachte. Hätte er dies getan, dann wäre ihm in der Herstelleranleitung des neuen Systems aufgefallen, dass steifere Trittschalldämmplatten notwendig waren.

*Architekt hätte das neue System „durchdenken“ müssen*

Aufgrund der Tatsache, dass im ursprünglichen Leistungsverzeichnis die weicheren und (vermutlich) günstigeren Platten vom Baumeister ausgepreist waren, hätte dies zu einer Preisanpassung seitens des Baumeisters im Zuge einer Neukalkulation des Fußbodenaufbaus geführt. Der Architekt hätte die Änderung des bestehenden Preises als Änderungsauftrag oder als Zusatzauftrag mit Aufpreis auf das bestehende System durchführen können. Möglicherweise hätten Architekt und Baumeister bei Erstellung des neuen Leistungsverzeichnisses und der Kalkulation des neuen Systems, bemerkt, dass die bestehenden Trittschalldämmplatten ungeeignet waren.

*Zusatzauftrag mit dazugehöriger Kalkulation*

#### 4.5.3 Value Engineering

Im gegenständlichen Fall hätte eine klar festgelegte Vorgehensweise im Falle einer Leistungsänderung, beispielsweise das „**Value Engineering**“, möglicherweise den Konflikt verhindern können. Das Thema des Value Engineering wird im Anhang A der ÖNORM B 2118 erläutert und definiert einen **möglichen Umgang mit vorteilhaften Änderungen** zum ursprünglichen Leistungsumfang. Wie die ÖNORM B 2110 oder B 2118 selbst, muss auch das Value Engineering vereinbart werden, um zum Vertragsbestandteil zu werden.

Voraussetzung für eine Änderung des bestehenden Leistungsumfangs ist zunächst die **technische Gleichwertigkeit** der vorgeschlagenen Leistung.<sup>332</sup> Anschließend werden die Auswirkungen der neuen Leistung im Vergleich zur bestehenden Leistung in Sachen Sicherheit, Qualität, Dauerhaftigkeit, Lebenszykluskosten, Bauzeit, Risiko etc. dargestellt.<sup>333</sup> Im Besonderen sollen **Vor- und Nachteile** gegenüber der bestehenden Lösung aufgezeigt werden.

*Voraussetzungen*

<sup>332</sup> Vgl. Anhang A Z1 ÖNORM B 2118:2013.

<sup>333</sup> Vgl. Anhang A Z2 ÖNORM B 2118:2013.

Grundlage für ein seriöses Value Engineering ist ein verbindliches Angebot des Auftragnehmers mit entsprechender Kalkulation der Kosten im Vergleich zur bestehenden Leistung. Das Angebot bzw. die Kalkulation sollte plausible Mengen- und Leistungsansätze beinhalten und die Kostenersparnisse zur ursprünglichen Lösung darstellen.<sup>334</sup>

*Angebot & Kalkulation*

Der verbindliche Vorschlag des Auftragnehmers sollte schriftlich erfolgen und einen Termin<sup>335</sup> für die Entscheidung des Auftraggebers, sowie die **Aufteilung der erwarteten Ersparnisse**, welche im Zweifel mit 50:50 angenommen wird,<sup>336</sup> festlegen.

*Schriftform*

Nach schriftlicher Beauftragung des Auftraggebers innerhalb der vorgesehenen Frist wird der Änderungsvorschlag unter dem Value Engineering als Alternativangebot (**garantierte Angebotssumme**) gemäß Pkt 6.3.3 der ÖNORM B 2110 betrachtet. Diese Regelung kann grundsätzlich abgeändert werden, es können, zum Beispiel, Pauschalen statt einer garantierten Angebotssumme vereinbart werden.<sup>337</sup>

*Garantierte  
Angebotssumme*

#### 4.5.4 Koordinierung der Bauüberwachung und Ausführung

Gemäß Pkt 6.2.5 der ÖNORM B 2110 hat der Auftraggeber die Pflicht, für ein ordnungsgemäßes Zusammenwirken seiner Auftragnehmer zu sorgen und ihren Einsatz zu koordinieren.<sup>338</sup> Sinn dieser Koordinierungsaufgabe ist es, den auf der Baustelle tätigen Unternehmen eine **reibungslose Erfüllung ihrer Werksleistung** zu ermöglichen.<sup>339</sup> Konkrete, vom Auftraggeber durchzuführende Koordinierungsaufgaben werden in der ÖNORM B 2110 nicht genannt. Zusätzlich zu den Pflichten des Auftraggebers, haben auch die Auftragnehmer die Pflicht, um eine ordentliche Abstimmung ihrer Tätigkeiten bemüht zu sein.<sup>340</sup> Trotz dieser Pflichten der Vertragspartner, kann es, wie im gegenständlichen Fall, zu einer mangelhaften Abstimmung und Kommunikation zwischen den Beteiligten kommen.

*Koordinierungspflicht des  
AG und AN*

Der Architekt wurde mit der örtlichen Bauaufsicht beauftragt und war somit zuständig für die Koordinierung der Arbeiten und Unternehmen. Teil der Vertragsbestimmungen war es, dass die Auftragnehmer die Leistung unter eigener Verantwortung vertragsgemäß auszuführen haben. Ebenso wurde der Installateur mit der Überwachung der Herstellung des Fußbodens betraut.

*ÖBA war Aufgabe des  
Architekten*

<sup>334</sup> Vgl. Anhang A Z3 ÖNORM B 2118:2013.

<sup>335</sup> Vgl. Anhang A Z4 ÖNORM B 2118:2013.

<sup>336</sup> Vgl. Anhang A lit c ÖNORM B 2118:2013.

<sup>337</sup> Vgl. Anhang A lit a&b ÖNORM B 2118:2013.

<sup>338</sup> Vgl. Pkt 6.2.5.1 Abs 1 ÖNORM B 2110:2013.

<sup>339</sup> Vgl. KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. S. 268.

<sup>340</sup> Vgl. Pkt 6.2.5.1 Abs 2 ÖNORM B 2110:2013.

Möglicherweise hätte der Konflikt vermieden werden können, wenn der Architekt ein **klares Ablaufschema** bzw. eine klare Vorgehensweise hinsichtlich der Koordinierung und der Bauüberwachung erstellt hätte. Er hätte die **Verantwortung für die ordentliche Koordinierung** der Auftragnehmer und Schnittstellen übernehmen und diese Aufgabe gewissenhaft durchführen sollen. Durch die **Übertragung dieser Aufgabe** an den Installateur, der laut eigener Aussage vorrangig damit beschäftigt war, seine eigene Leistung zu schützen, fühlte sich anscheinend niemand für das Gesamtwerk zuständig, weshalb es aller Wahrscheinlichkeit nach auch zum Einbau der falschen Trittschalldämmplatten kam.

*Klares Ablaufschema und  
Übernahme der  
Bauüberwachung*

Unabhängig von der Vorgehensweise des Architekten, informierte sich der Installateur nicht ausreichend über die von ihm zu überwachenden Tätigkeiten und bemerkte so den Einbau der falschen Trittschalldämmplatten nicht. Er hätte sich, spätestens kurz vor Fußbodenherstellung, über den genauen Aufbau des von ihm vorgeschlagenen Systems **informieren müssen**, um den Erfolg seines Werkes zu gewährleisten. Der Installateur hätte vermutlich dann den Einbau der falschen Trittschalldämmplatten bemerkt und davor gewarnt.

*Mangelhafte Überwachung  
des Installateurs*

Die Vorgangsweise des Baumeisters, der das Fußbodensystem einbaute, ohne Einsicht in die Herstelleranleitung zu nehmen, kann als nachlässig bezeichnet werden. Da es durch die Änderung auf das neue System (anscheinend) zu keiner Preisanpassung kam, ist davon auszugehen, dass der Baumeister das neue System **nicht durchkalkulierte** und annahm, dass es mit dem ursprünglichen System gleichpreisig war. Aus eigenem Interesse hätte sich der Baumeister davon überzeugen müssen, ob im neuen System andere oder teurere Materialien zu verwenden waren. Seine Vorgehensweise gleicht der Abgabe eines Angebotspreises **ohne vorherige Kalkulation oder Kenntnisse** der zu verwendenden Materialien.

*Nachlässige Ausführung  
des Baumeisters*

## 5 Schlussfazit

Das Ziel dieser Arbeit ist es, die Anzahl von Konflikten am Bau, die durch eine lückenhafte Vertragsgestaltung entstehen, zu reduzieren. Dazu wurden zu den häufigsten Streitursachen exemplarisch OGH-Entscheidungen analysiert und die darin enthaltenen Themen aufbereitet. Aus den analysierten Urteilen wurden Empfehlungen abgeleitet, wie der gegenständliche Konflikt möglicherweise hätte vermieden werden können.

*Ziel dieser Arbeit*

Das Schlussfazit dieser Arbeit beschreibt zunächst kurz die Ausgangssituation und die bestehenden Risiken der österreichischen Bauwirtschaft. Dies soll verdeutlichen, dass weiteres Risiko in Form von Auseinandersetzungen vermieden werden soll.

1) *Ausgangssituation*

Anschließend wird anhand der Untersuchungsergebnisse von *Haghs-heno/Kaben* und *Werkl* erläutert, warum häufig ähnliche Konflikte im Bauwesen entstehen.

2) *Schlussfolgerung der Analysen*

Im darauffolgenden Abschnitt werden die analysierten Entscheidungen kurz beschrieben und die daraus gewonnenen Erkenntnisse übersichtlich aufbereitet. Dieses Kapitel soll aufzeigen, mit welchen Themen sich Vertragspartner im Vorfeld beschäftigen sollen, um Konflikte in diesen Bereichen zu verhindern.

3) *Erkenntnisse aus den analysierten OGH-Urteilen*

Das Schlussfazit endet mit einer Zusammenfassung der Aussagen dieser Arbeit und einem kurzen Ausblick.

4) *Zusammenfassung und Ausblick*

### 5.1 Ausgangssituation in der Bauwirtschaft

Die Grundlage jeder erfolgreichen Geschäftsbeziehung ist eine kooperative Zusammenarbeit. Dies erkannte auch Steve Jobs, Gründer von Apple und Ikone der Technologiebranche, im Jahre 2003, als er folgende Aussage tätigte:

*„Great things in business are never done by one person. They're done by a team of people.“<sup>341</sup>*

Diese Aussage ist grundsätzlich branchenunabhängig, trifft aber besonders auf die Baubranche zu, denn ein Bauprojekt ist von der Zusammenarbeit und der gegenseitigen Unterstützung vieler Professionisten, zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles, geprägt. Durch den Umstand, dass viele Unternehmen an der Errichtung eines Bauwerkes beteiligt sind, kann es jedoch zu gegenseitigen Behinderungen kommen, wenn die Schnittstellen nicht klar definiert sind oder keine ausreichende Kommunikation stattfindet.

*Hohe Anzahl der Beteiligten*

<sup>341</sup> Steve Jobs, 2003. Interview in der Sendung „60 Minutes Overtime“ für CBS News.



Die Komplexität der Baubranche liegt nicht ausschließlich an der Vielzahl an Projektbeteiligten, sondern auch an der Ortsgebundenheit des Bauwerkes. Jedes Bauwerk ist einzigartig, denn kein Bauwerk wird ein zweites Mal am selben Ort unter denselben Bedingungen hergestellt.

*Bauprojekte sind Unikate*

Diese Tatsache bewirkt, dass ein Bauprojekt mit Unsicherheiten verbunden ist, welche in der Kalkulation der ausführenden Unternehmen als Wagniszuschlag<sup>342</sup> berücksichtigt werden sollen. Doch das einfache Beispiel der täglichen Wettervorhersage zeigt, dass eine exakte Prognose der zukünftigen Umstände nicht möglich ist, weshalb ein Unternehmen oft plausible Annahmen treffen muss. Die Richtigkeit der getroffenen Annahmen fällt oft unter das Kalkulationsrisiko des Unternehmers.

*Unsicherheiten*

Grundsätzlich kann die Gewinnspanne als zusätzlicher „Sicherheitspolster“ für unvorhergesehene Kosten betrachtet werden. Die Kalkulation des Unternehmers, die auf Annahmen und Unsicherheiten beruht, müsste einen im Verhältnis zu den Unsicherheiten passenden „Sicherheitspolster“, zur Abfederung unvorhergesehener Kosten, beinhalten. Je größer die Unsicherheiten, umso höher die Marge<sup>343</sup> und der Wagniszuschlag.

*Gewinnspanne als „Sicherheitspolster“*

Im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes, werden Bauaufträge an den Bestbieter vergeben, wobei der Preis oft das größte Zuschlagskriterium darstellt.<sup>344</sup> Ein Bauunternehmen, das den Zuschlag für einen Auftrag erhalten möchte, muss demnach oft das günstigste Angebot abgeben. Für den Unternehmer besteht jedoch nur eine begrenzte Anzahl an „Schrauben“ in einer Kalkulation, an denen, aus gesetzlicher Sicht, gedreht werden darf. Der einkalkulierte Gewinn und der Wagniszuschlag bilden zwei dieser „Schrauben“.

*Bestbieterprinzip*

#### ▪ Zusammenfassung der Ausgangssituation:

- ♦ Ein Unternehmen muss oft das günstigste Angebot abgeben, um einen Auftrag zu erhalten.
- ♦ Eine der wenigen Möglichkeiten den Angebotspreis auf legalem Wege zu verringern, ist die Schmälerung des Gewinnes und des Wagniszuschlages.
- ♦ Vom Bauunternehmen getroffene Annahmen über die Umstände der Leistungserbringung beinhalten oft große Unsicherheiten.
- ♦ Bauprojekte sind komplex. Die vollständige, widerspruchsfreie und klare Beschreibung der Leistung unter den erwarteten Umständen

*Hohe Unsicherheiten bei kleiner Gewinnspanne*

<sup>342</sup> Vgl. Pkt 5.6 ÖNORM B 2061:1999.

<sup>343</sup> Diese Annahme beruht auf den Überlegungen von Harry Markowitz zum Risiko-Ertrags-Verhältnis. Grundsätzlich wird in der Kapitalanlage ein höheres Risiko mit einer höheren Ertragschance verbunden.

<sup>344</sup> Vgl. DIE PRESSE: Österreich ist Schlusslicht beim Bestbieterprinzip (2017, 31. Jänner). <https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5162933/Oesterreich-ist-Schlusslicht-beim-Bestbieterprinzip>. Datum des Zugriffs: 03.04.2018.

der Leistungserbringung stellt eine große Herausforderung für alle Projektbeteiligten dar.

- ◆ Viele am Bauprojekt Beteiligte erzeugen eine große Anzahl an Schnittstellen, welche grundsätzlich mit Risiken behaftet sind, wenn sie nicht ausreichend definiert werden.
- ◆ Auseinandersetzungen während des Bauablaufes können schnell zu hohen Kosten und langen Stehzeiten führen.

## 5.2 Schlussfolgerung der Analysen

Das Ziel jedes Bauprojektes aus der Sicht eines ausführenden Unternehmers ist es, einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen. Die Berechnung des Gewinnes ist in der einfachsten Form von zwei Einflussparametern abhängig: die **Erlöse** und die **Kosten**. Ein Unternehmen, das im Zuge der Ausführung in unvorhergesehene Schwierigkeiten gerät, hat somit zwei Möglichkeiten, um einen drohenden Verlust abzuwehren:

- ◆ **Der Unternehmer erhöht die Erlöse.** Dies kann beispielsweise in Form von Mehrkostenforderungen für zusätzliche Leistungen erfolgen.
- ◆ **Der Unternehmer verringert die Kosten.** Dies kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass er keine über das Mindestmaß hinausgehende Leistungen ausführt oder Zeit spart, indem er seine Leistungen schneller und möglicherweise weniger gewissenhaft ausführt.

Diese Möglichkeiten eines Unternehmers zur Abwehr eines Verlustes, können grundsätzlich zu Auseinandersetzungen über die Vergütung der Leistungen führen. Diese Tatsache spiegelt sich nach Meinung des Autors in den Untersuchungsergebnissen von *Haghsheno/Kaben (2005)*<sup>345</sup> und *Werkl (2012)*<sup>346</sup> wider. Als häufigste Streitursachen werden u. a. folgende aufgezählt:<sup>347</sup>

- ◆ **Leistungsänderungen**, (Platz 1)
- ◆ **zusätzliche Leistungen**, (Platz 2)
- ◆ ein **unklares** oder **fehlerhaftes Leistungsverzeichnis**, (Platz 3)
- ◆ **und fehlende Vorleistungen**. (Platz 5)

<sup>345</sup> HAGHSHENO, S.; KABEN, T.: Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten - Eine empirische Untersuchung, 2005. Zitiert bei: WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation, 2013.

<sup>346</sup> WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation, 2013.

<sup>347</sup> Die Streitursache „Unklarheiten im Vertrag“, die sich auf Platz 4 der häufigsten Streitursachen befindet, könnte grundsätzlich alles beinhalten und wurde deshalb nicht angeführt.

Die aufgezählten Streitursachen besitzen, aus Sicht des Autors, einen gemeinsamen Nenner: **Uneinigkeit über den enthaltenen Leistungsumfang**. Die Erklärung dieser Annahme lautet folgendermaßen:

**Leistungsänderungen** sowie **zusätzliche Leistungen** verändern grundsätzlich den Leistungsumfang eines Bauvertrages. Ob die Änderung des Leistungsumfangs bereits im bestehenden Angebotspreis beinhaltet ist, dürfte jedoch nicht immer eine klare Angelegenheit sein und könnte mit ein Grund sein, warum der häufigste Streitgegenstand, gemäß den Untersuchungen von *Haghsheno/Kaben* und *Werkl*, die Vergütung der Leistung darstellt.

*Leistungsänderungen /  
zusätzliche Leistungen*

Ein **unklares** oder **fehlerhaftes Leistungsverzeichnis** lässt bereits erkennen, dass kein Konsens, also keine Einigkeit, über den enthaltenen Leistungsumfang zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer vorliegt. Dieser Umstand könnte ebenfalls zu Streitigkeiten über die Vergütung der Leistung führen.

*Unklares oder fehlerhaftes  
Leistungsverzeichnis*

**Fehlende Vorleistungen** bedeuten grundsätzlich, dass ein Unternehmen, das Vorleistungen zu erbringen hat, weniger als die vom Auftraggeber erwarteten Leistungen erbringt. Durch diesen Umstand kann ein nachfolgendes Unternehmen nicht reibungslos weiterarbeiten, was wiederum zu Bauzeitverzögerungen und Streitigkeiten über die Vergütung der fehlenden Leistungen führen kann.

*Fehlende Vorleistungen*

Die Untersuchungsergebnisse von *Haghsheno/Kaben* und *Werkl* zeigen, dass eine **klare, vollständige und widerspruchsfreie Festlegung des Bau-Solls** die prioritäre Aufgabe des Bauvertrages inkl. Beilagen (Leistungsbeschreibung, Planunterlagen, ...) darstellt. Die im Bau-Soll beschriebenen Umstände der Leistungserbringung müssen klar, (möglichst<sup>348</sup>) vollständig und widerspruchsfrei dargestellt werden. Ebenso muss der Ablauf festgelegt werden, sollte es zu Abweichungen bei den Umständen der Leistungserbringung kommen.

*Klare Festlegung des  
Leistungsumfangs*

Den letzten „Baustein“ des Bauvertrages bildet die klare Festlegung des Preises für den enthaltenen Leistungsumfang, idealerweise mit einer verständlichen und vollständigen Aufschlüsselung der kalkulierten Einzelpositionen.

*Klare Festlegung des  
Preises*

Das Ziel des Bauvertrages soll die Erfüllung folgender zwei Aufgaben sein:

*Aufgabe des Bauvertrages*

- ◆ Die Festlegung **aller zu erbringenden Leistungen** zu einem **bestimmten Preis** und unter **bestimmten Umständen** (Umstände der Leistungserbringung, Bauzeit, Ort der Leistungserstellung etc.).

<sup>348</sup> Kenntnisse über die Umstände der Leistungserbringung beziehen sich immer auf den „heutigen“ Wissensstand. Im Laufe des Bauprojektes können jedoch Abweichungen auftreten.

- ♦ Die Regelung der **Vorgehensweise**, 1) bei **Abweichungen** vom vereinbarten Leistungsumfang, oder 2) bei **Eintritt unerwarteter Umstände der Leistungserbringung**.

Es ist nicht immer möglich sämtliche Umstände der Leistungserbringung, aufgrund der zahlreichen Unsicherheiten während eines Bauprojektes, bereits im Vorhinein lückenlos zu erfassen. Gerade deshalb müssen die Vertragsparteien immer im Hinterkopf behalten, dass Konflikte nur dort entstehen können, wo nicht bereits ein übereinstimmender Wille (Konsens) erzielt wurde.

### 5.3 Detaillierte Erkenntnisse aus den Analysen

Um die Aussagen des vorherigen Abschnittes zu untermauern, werden im folgenden Kapitel die Ergebnisse der ausführlichen Analysen der ausgewählten Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes dargestellt.

In diesem Abschnitt werden, nach kurzer Sachverhaltsdarstellung, die wichtigsten Konfliktursachen aus den OGH-Urteilen aufgelistet und erläutert. Dies soll aufzeigen, mit welchen Themen sich Vertragspartner im Vorfeld auseinandersetzen sollen, um Konflikte dieser Art zu vermeiden.

#### 5.3.1 Urteil 1: Leistungsänderung

Im ersten Urteil „1 Ob 858/98f“ wurde ein Bauunternehmen mit der Errichtung eines Einfamilienhauses beauftragt. Während der Ausführungsphase **änderte der Bauherr den Leistungsumfang mehrfach**, welches Verzögerungen im Bauzeitplan verursachte. Aufgrund dieser Verzögerungen konnte der pönalisierte Fertigstellungstermin nicht eingehalten werden. Wegen der Überschreitung des Fertigstellungstermins bezahlte der Bauherr die Schlussrechnung nicht, weil er eine Gegenforderung aufgrund der Pönalvereinbarung geltend machen wollte. Der mangelhaft ausgeführte Fußboden wurde, aufgrund der fehlenden Bezahlung der Schlussrechnung, erst Jahre später vom Unternehmer ausgebessert.

*Sachverhaltsdarstellung*

Die vorliegende Auseinandersetzung beruhte auf der Tatsache, dass die Vertragsparteien **unterschiedliche Auffassungen vom Umgang mit Leistungsänderungen** hatten. Der Bauherr vertrat die Ansicht, dass die von ihm gewünschten Leistungsänderungen innerhalb der ursprünglich vereinbarten Zeit vorzunehmen waren.

*Konfliktursache*

Der Unternehmer handelte richtig indem er dem Bauherrn nach Beauftragung der geänderten Leistungen mitteilte, dass der bisherige Bauzeitplan aufgehoben wurde. Der Konflikt konnte jedoch aufgrund der unterschiedlichen Ansichten der Vertragspartner nicht verhindert werden. Bauherr und Bauunternehmer hätten bei Vertragsabschluss eine Vereinbarung

darüber treffen müssen, **wie sich Leistungsänderungen auf den Bauzeitplan auswirken**. Eine klare, ausdrückliche Vereinbarung, dass eine Leistungsänderung des Bauherrn zu einer Anpassung der Leistungsfrist und einem Entfall der Pönalvereinbarung führt, hätte das Argument des Bauherrn widerlegt und diesen Rechtsstreit möglicherweise verhindert.

Aus dem Urteil können folgende Aussagen abgeleitet werden:<sup>349</sup>

*Erkenntnisse aus  
der Analyse*

#### ▪ **Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers**

- ◆ Das Leistungsänderungsrecht des Auftraggebers hat keine gesetzliche Grundlage und **muss im Vorhinein vereinbart werden**.
- ◆ Wird die ÖNORM B 2110 zum Vertragsbestandteil, dann wird unter Pkt 7.1 geregelt, dass der Auftraggeber Leistungsänderungen tätigen darf, wenn diese **zumutbar** und zur Erreichung des Leistungszieles **notwendig** sind. Die Zumutbarkeitsgrenze wird bei etwa **15 % der ursprünglichen Auftragssumme** angenommen, ist aber vom Einzelfall abhängig.
- ◆ Die Leistungsänderung hat eine Anpassung des Entgelts und der Ausführungsfristen zur Folge, welche in **Fortschreibung des bestehenden Vertrages** geschehen soll.
- ◆ Ein Auftragnehmer kann **Änderungen des Auftraggebers ablehnen**, wenn diese nicht zur Erreichung des Leistungszieles dienen oder unzumutbar sind. Solche Änderungsvorschläge sind als Zusatzauftrag zu behandeln.

#### ▪ **Mitteilungspflicht des Auftragnehmers**

- ◆ Ein Anspruch auf Vertragsanpassung nach einer Leistungsänderung des Auftraggebers entsteht nicht automatisch, sondern muss vom Auftragnehmer **vor Ausführung der Leistung angemeldet werden**.
- ◆ Eine Mitteilungspflicht entfällt bei zusätzlichen Leistungen, da ein Auftraggeber nicht erwarten kann, zusätzliche Leistungen kostenlos zu erhalten, weshalb der **Anspruch auf Vertragsanpassung offensichtlich** ist. Dennoch wird eine Mitteilung dem Grunde nach, vor allem hinsichtlich einer eventuellen Bauzeitanpassung, empfohlen.

#### ▪ **Pönalvereinbarungen**

- ◆ Der Auftragnehmer wird durch das Entrichten einer Pönale **nicht von seiner Pflicht befreit**, den Vertrag zu erfüllen.

<sup>349</sup> Für nähere Erläuterungen vgl. Kapitel 2.4 „Analyse des Konflikts“ S. 19 ff.

- ◆ Entsteht dem Bauherrn ein **nachweislich höherer Schaden** als durch die Pönale abgedeckt, dann kann er diese über eine Schadenersatzklage geltend machen. Die ÖNORM B 2110 regelt unter Pkt 12.3.2, dass dies nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit möglich ist.
- ◆ Pönalvereinbarungen sind nur **verschuldensunabhängig, wenn dies ausdrücklich vereinbart** wurde, ansonsten wird ein Verschulden des Auftragnehmers an der Übertretung der Leistungsfrist verlangt. Die Vereinbarung einer verschuldensunabhängigen Pönale kann jedoch als **unzulässig** angesehen werden, da unkalkulierbares Risiko an den Auftragnehmer überwältigt wird. Hierbei soll auf die Gleichbehandlung der Vertragspartner geachtet werden.
- ◆ Die Höhe der Pönale ist frei vereinbar, kann aber vom Richter oder Sachverständigen bei Sittenwidrigkeit **gemäßigt** werden. Die ÖNORM B 2110 sieht eine Obergrenze der Pönale bei 5 % der Auftragssumme vor. Die Regelung, ob es sich um die **Brutto- oder Nettoauftragssumme** der **Auftrags- oder Schlussrechnungssumme** handelt ist empfehlenswert, ebenso ob Zusatzaufträge zur Berechnungsbasis zählen.
- ◆ Es soll festgelegt werden, ob eine **akkumulierende** Pönale (steigt mit der Verzugsdauer an) oder eine **Stichtagspönale** (Gesamtbeitrag wird bei Überschreitung fällig) vereinbart wird. Die **konkrete Vereinbarung fixer Geldbeträge für jeden Auftragnehmer** im Verhältnis zur Auftragssumme kann vorteilhaft sein, da sie nachträgliche Berechnungsdiskrepanzen ausschließt.
- ◆ Die **Vereinbarung eines Belohnungssystems** als Ansporn zur Erreichung von Fertigstellungsterminen kann Vorteile haben, da eine positive Zusammenarbeit der Vertragspartner gefördert wird.
- **Anpassung der pönalisierten Fertigstellungstermine**
  - ◆ Bei **kurzfristigen Verzögerungen** aus der Sphäre des Auftraggebers werden pönalisierte Fertigstellungstermine nach hinten verlagert. **Schwerwiegende Verzögerungen** bewirken, dass pönalisierte Fertigstellungstermine ihre Gültigkeit verlieren. In diesem Fall sind neue Pönaltermine einvernehmlich zu vereinbaren. Ansonsten sind die Leistungen innerhalb einer **angemessenen Frist** durchzuführen. Zur Dauer einer schwerwiegenden Verzögerung bestehen unterschiedliche Angaben zwischen zwei Wochen und vier Monaten.
  - ◆ Empfehlenswert kann eine Vertragsklausel sein, die **eine Anpassung der Leistungsfrist ab einem gewissen Geldbetrag**, bei-

spielsweise ab 10 % der Auftragssumme, festlegt. Ebenso soll ausdrücklich festgelegt werden, dass sämtliche **Verzögerungen am kritischen Weg** zur Anpassung der Leistungsfrist führen.

- ♦ Drohen Umstände, welche die Einhaltung der Fertigstellungstermine gefährden, dann soll der Auftragnehmer den Auftraggeber dies **unverzüglich nachweislich mitteilen** und die Aufhebung der Fertigstellungstermine **schlüssig begründen**.
  - ♦ Der Auftraggeber hat ein Interesse daran, ein „**Pönale-Management**“ zu betreiben und die **Fertigstellungstermine gemeinsam mit dem Auftragnehmer anzupassen**, falls der vereinbarte Bauzeitplan aufgehoben wurde.
- **Grenzen bei der Anpassung einer Pönalvereinbarung nach Oberndorfer**
- ♦ Die Kernfrage ist, ob sich aus den Verzögerungen **schlüssig neue Fertigstellungstermine ableiten lassen** und ob diese für den Auftragnehmer zumutbar sind. Hierbei muss man Überlegungen zum **kritischen Weg**, zu den **geplanten Kapazitäten**, zur **Anzahl der Einzelverzögerungen** und zur **Gesamtdauer der Verzögerungen** treffen.
  - ♦ Liegt die **Verzögerung am kritischen Weg**, dann verlängert sich die Ausführungsfrist um die Dauer der Verzögerung. Liegt die Verzögerung nicht am kritischen Weg, dann führt eine Verzögerung zu einer Verlängerung der Leistungsfrist, wenn sie die vorhandenen Pufferzeiten übersteigt (bei Linienbaustellen unmöglich, da sie nur einen kritischen Weg besitzen).
  - ♦ Wird eine **Erhöhung der geplanten Kapazitäten** notwendig, dann ist dies durch eine Erhöhung der Arbeitszeit nur im begrenzten Ausmaß möglich (etwa 5 %). Weitere Forcierungsmaßnahmen wären der Einsatz von Leiharbeitern, eine Umstellung auf Schichtbetrieb oder der Einsatz leistungsfähigerer Geräte. Diese Maßnahmen verursachen alle Mehrkosten, wodurch eine **einvernehmliche Festlegung neuer Ausführungsfristen** notwendig wird. Eine Anpassung der Leistungsfrist bei Leistungsänderungen oder zusätzlichen Leistungen und gleichbleibenden Kapazitäten ist unproblematisch, da sie in Fortschreibung des bestehenden Vertrages kalkulierbar sind. Eine **Behinderung** verursacht meist eine Umdisposition der Kapazitäten und so einen großen Eingriff in die Ressourcenplanung des Unternehmens. Die Verzögerung einer einzelnen Behinderung bleibt jedoch am kritischen und am unkritischen Weg kalkulierbar. Soll der Zeitverlust durch eine Behinderung aufgeholt werden, dann sind die **Forcierungsmaßnahmen einvernehmlich zu vereinbaren** und mit einer Anpassung der Leistungsfrist zu vergüten.

- ◆ Treten **mehrere Behinderungen am kritischen Weg** auf, dann können die Einzeldauern der Verzögerungen **aufsummiert** werden (Dauer der Verzögerungen + Produktivitätsverluste). Treten diese **Behinderungen am kritischen und am unkritischen Weg** auf, dann werden wiederholt unkritische Wege kritisch. Berücksichtigt man dazugehörige Produktivitätsverluste durch die Umschichtung der Ressourcen, dann ergibt sich ein **völlig neuer Bauzeitplan**. Die bisherige Pönalvereinbarung verliert dadurch ihre Gültigkeit und neue Ausführungsfristen müssen vereinbart werden.
- ◆ Führen **mehrere Verzögerungen zu einer unzumutbaren Gesamtdauer**, dann können Pönalvereinbarungen, trotz ihrer Kalkulierbarkeit, für ungültig erklärt werden. In einem solchen Fall ist eine **Neuregelung der Ausführungsfristen** zwischen den Vertragspartnern zu empfehlen.
- **Leistungsziel und vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht**
  - ◆ Während das Bau-Soll den vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistungsumfang darstellt, ist das Leistungsziel des Auftraggebers der von ihm angestrebte Erfolg der Bautätigkeit. Stimmt das Leistungsziel nicht mit dem ausgeschriebenen Leistungsumfang überein, dann **muss der Auftragnehmer den Auftraggeber davor warnen**, sofern dies für ihn erkennbar ist.
  - ◆ Mit dem vereinbarten Preis ist der **Bau-Soll und nicht das Leistungsziel** abgegolten.
- **Außerhalb des Bau-Soll erbrachte Leistungen**
  - ◆ Werden Leistungen ohne Beauftragung des Auftraggebers ausgeführt, dann geschieht dies auf Risiko des Auftragnehmers. Diese Leistungen werden nur vergütet, wenn sie **nachträglich vom Auftraggeber anerkannt werden**. Eine Ausnahme gibt es bei Gefahr im Verzug, wenn die Leistungen zur Schadensminderung oder zur Erreichung des Leistungszieles dienen. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber jedoch unverzüglich über die erbrachten Leistungen informieren.
- **Einbehalt des Entgelts**
  - ◆ Der **Einbehalt des gesamten Werklohns** bei einem Gewährleistungsanspruch ist nach Rechtsprechung des OGH bis zur Verbesserung möglich.
  - ◆ Das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers kann bei den etwa **20-fachen Mängelbehebungskosten begrenzt** werden, da hier ein Rechtsmissbrauch und ein Missverhältnis der Interessenslagen angenommen wird. Dies ist jedoch vom Einzelfall abhängig.



- ◆ Die ÖNORM B 2110 schwächt unter Pkt 10.4 das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers ab und regelt, dass ein **Einbehalt bis zur dreifachen Höhe der Mangelbehebungskosten** möglich ist. Diese Beschränkung gilt jedoch nicht bei Verbrauchergeschäften. Vor Übergabe der Leistung greifen die **Regelungen des ABGB** zum Entgelteinbehalt, weshalb die ÖNORM unter Pkt 10.5 regelt, dass die Übernahme nur unter bestimmten Voraussetzungen verweigert werden darf.
- **Skontovereinbarungen**
  - ◆ Der Skontoabzug **hängt mit der Fälligkeit des Werklohns zusammen**, weshalb ein Skontoabzug auch nach einer (sehr späten) Mangelverbesserung durch den Auftragnehmer, vom Auftraggeber abgezogen werden darf.
  - ◆ Skontoabzüge auf früheren Teil- oder Abschlagsrechnungen werden durch verspätete Zahlungen auf weiteren Abschlagsrechnungen **nicht beeinflusst**. Es empfiehlt sich die vertragliche Regelung, dass auch nachfolgende Skontoabzüge davon unbeeinflusst bleiben.
  - ◆ Der **Inhalt der Skontovereinbarung** bestimmt, ob weitere Zahlungsmittel, beispielsweise Gegenforderungen, zum Skontoabzug berechtigen. Enthält die Skontovereinbarung **keine ausdrückliche Einschränkung des Zahlungsmittels** („Barzahlung“), dann können auch unterschiedliche Zahlungsmittel wie Gegenforderungen zum Skontoabzug berechtigen.

### 5.3.2 Urteil 2: Leistungsabbestellung

Das zweite Urteil „7 Ob 43/14w“ stellt einen Sonderfall dar, in dem eine **ungeregelte Vorgehensweise zu Leistungsänderungen zu einer gänzlichen Abbestellung des Werkes führte**. Ein Architekt wurde mit der Planung eines Einfamilienhauses beauftragt, insbesondere mit der Planung der Architektur und der Gebäudetechnik. Es wurde eine Abrechnung nach Stunden vereinbart. Nach Beauftragung hatte der Bauherr etliche Sonderwünsche und Änderungen zur ursprünglichen Idee. Der Architekt arbeitete die Änderungen des Bauherrn gleichzeitig in die Architekturplanung und die Haustechnikplanung ein, was einen sehr hohen Aufwand verursachte. Als der Architekt dem Bauherrn die zweite Rechnung vorlegte, weigerte sich dieser zu bezahlen. Der Bauherr war von den „*überbordenden Konsulentenkosten*“ überrascht und kündigte den Vertrag mit dem Architekten mit sofortiger Wirkung. Die Pläne wurden unfertig an den Bauherrn übergeben, der sie zur Ausführung an neue Unternehmen weitergab. Die mangelhaften Pläne führten zu Ausführungsmängeln, woraufhin der Bauherr den Architekten auf Schadenersatz verklagte.

*Sachverhaltsdarstellung*

Der vorliegende Konflikt hatte eine klare Ursache: der Bauherr hatte eine **andere Vorstellung vom enthaltenen Leistungsumfang, von den Kosten und der Anzahl der enthaltenen Leistungsänderungen** als der Architekt. Dadurch, dass eine Abrechnung nach Stundenaufwand vereinbart wurde, konnte der Bauherr bei Vertragsunterzeichnung unmöglich wissen, welche Kosten tatsächlich auf ihn zukommen würden. Ebenso konnte der Bauherr nicht wissen, mit welchem Planungsaufwand die von ihm gewünschten Änderungen verbunden waren.

*Konfliktsache*

Der zwischen dem Bauherrn und dem Architekten abgeschlossene Vertrag erfüllte keinesfalls die Aufgabe, den **Leistungsumfang und den dafür vorgesehenen Preis eindeutig zu bestimmen**. Durch diesen Umstand war bereits zu Vertragsabschluss klar, dass Bauherr und Architekt unmöglich dieselbe Vorstellung vom Leistungsumfang und vom Preis haben konnten.

Aus dem Urteil können folgende Aussagen abgeleitet werden:<sup>350</sup>

*Erkenntnisse aus der Analyse*

#### ▪ **Abbestellungsrecht des Auftraggebers**

- ◆ Der Auftraggeber hat das Recht, **jederzeit vom Vertrag zurückzutreten**. Er muss jedoch die Folgen des § 1168 ABGB tragen und das vereinbarte Entgelt abzüglich Ersparnisse des Auftragnehmers entrichten. Dieser Entgeltanspruch des Auftragnehmers ist davon abhängig, dass die Gründe für den Vertragsrücktritt aus der Sphäre des Auftraggebers stammen und **kein Verschulden des Auftragnehmers** vorlag.
- ◆ Bei einer Abbestellung des Werkes durch den Auftraggeber, darf der Auftragnehmer **wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden**, als wenn er den Vertrag ausgeführt hätte. Dem Auftragnehmer steht im Falle einer Abbestellung des Werkes der reine Verdienst zu, den er **im Falle der Ausführung erwirtschaftet hätte**, ohne zusätzliche Kosten für Zentralregien. Zusätzliche Verluste aus Zentralregien wären bei Verschulden des Auftraggebers über das Schadenersatzrecht zu begehren.
- ◆ Während die Regelungen des ABGB die Vertragsabwicklung nach Vertragsauflösung vorsehen, regelt die ÖNORM B 2110 unter Pkt 5.8.3, dass **sämtliche vertragsgemäß erbrachten Leistungen abzugelten sind**, unabhängig davon, aus welcher Sphäre die Gründe für die Vertragsauflösung stammen.
- ◆ Der Auftraggeber kann § 1168 Abs 1 ABGB nicht ausschließen, da eine solche Vereinbarung **sittenwidrig** wäre. Der Auftraggeber

<sup>350</sup> Für nähere Erläuterungen vgl. Kapitel 3.4 „Analyse des Konflikts“ S. 52 ff.

muss bei Abbestellung des Werkes das Entgelt abzüglich Ersparnisse entrichten. Es ist empfehlenswert, abweichende Vertragsklauseln auf Sittenwidrigkeit überprüfen zu lassen.

- **Pflichten des Auftraggebers**
  - ♦ Der Auftraggeber hat nach der Rechtsprechung die **alleinige Pflicht, das vereinbarte Entgelt zu entrichten**.
  - ♦ „Pflichten“ des Auftraggebers zur Mitwirkung stellen keine Pflichten, sondern Obliegenheiten dar. Der Unterschied liegt in der rechtlichen Behandlung bei Verletzung der Pflichten oder Obliegenheiten. **Mitwirkungsobliegenheiten des Auftraggebers** können zu vertraglichen Pflichten werden, wenn sie vertraglich vereinbart werden.
- **Entfall der Erfolgspflicht nach Werksabbestellung**
  - ♦ Der Auftragnehmer hat **keine Pflicht zur Herstellung eines mangelfreien Werkes**, wenn dieses bei Abbestellung des Werkes durch den Auftraggeber unvollständig war.
  - ♦ Der Auftragnehmer hat die Pflicht, **den Auftraggeber zu warnen**, dass das Werk **unvollständig und mangelhaft** ist. Diese Pflicht zählt zu den allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten des Auftragnehmers und soll den Auftraggeber vor einem Schaden bewahren. Diese Warnung des Auftragnehmers sollte **nachweislich** erfolgen.
- **Schadenersatzanspruch des Auftraggebers**
  - ♦ Der Auftraggeber kann Schadenersatz verlangen, wenn der Auftragnehmer seine **Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt** und dadurch ein Schaden entsteht.
  - ♦ Die Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch sind: ein **positiver Schaden**, ein **Verschulden** und **rechtswidriges Verhalten des Schädigers** sowie die **Kausalität**, dass das rechtswidrige Verhalten des Schädigers tatsächlich zum Schaden führte.
  - ♦ Die Höhe des Schadenersatzanspruches ist **vom Verschuldensgrad abhängig** und kann unter bestimmten Voraussetzungen vertraglich **begrenzt** werden.
- **Einteilung des Architektenvertrages als Werk- oder Bevollmächtigungsvertrag**
  - ♦ Ein Architektenvertrag zur Herstellung von Plänen wird in der Rechtsprechung als **Werkvertrag** angesehen. Ein Architektenvertrag zur Bauüberwachung, örtlichen Bauaufsicht und Interessensvertretung des Bauherrn nach außen wird als **Bevollmächtigungsvertrag** eingestuft.

- ◆ In der Praxis kommen Architektenverträge vor, welche die Planerstellung und die Interessensvertretung zum Inhalt haben. Diese Pläne werden als „**gemischte Verträge**“ bezeichnet. Bei gemischten Verträgen muss die rechtliche Einteilung oft im Einzelfall entschieden werden.
- **Fehlende Planunterlagen**
  - ◆ Die **Vereinbarung konkreter Planliefertermine und Vorlaufzeiten** macht eine nachträgliche Diskussion obsolet, welche Fristen für die Prüfung der Pläne tatsächlich notwendig waren.
  - ◆ Ein den Ausschreibungsunterlagen beigelegter Terminplan reicht nicht aus, um die darin enthaltenen Termine als Vertragsbestandteil anzusehen. **Vertragliche Termine müssen ausdrücklich vereinbart werden.**
- **Festlegung von Planinhalten**
  - ◆ Die **Festlegung von Planinhalten und der geforderten Qualität**, insbesondere bei der Erstellung von Ausführungsplänen, stellt eine wichtige Aufgabe dar. Sind die Pläne des Architekten für die Ausführung untauglich oder fehlen Angaben zu den Schnittstellen zwischen den Einzelgewerken, dann erhöht sich der Aufwand für die ausführenden Unternehmen, wobei strittig sein kann, **wer diese zusätzlichen Kosten tragen muss**, wenn sich keine vertragliche Regelung dazu findet.
- **Vorgehensweise bei Leistungsänderungen**
  - ◆ Bezüglich der Leistungsänderungen des Bauherrn im gegenständlichen Fall, hätten die Vertragspartner eine **vertragliche Regelung zum Ablauf** im Vorfeld treffen sollen. Beispielsweise hätten sie vereinbaren können, dass der Architekt dem Bauherrn schriftlich mitteilt, mit welchen Kosten und zeitlichen Anpassungen die Leistungsänderung verbunden ist. Der Bauherr hätte daraufhin die Änderung **anhand eines verbindlichen Angebotes** innerhalb einer festgelegten Frist schriftlich beauftragen oder ablehnen können.
- **Zeitliche Trennung der Planungsabschnitte**
  - ◆ Im vorliegenden Fall wäre die **zeitliche Trennung der Architektur- und der Gebäudetechnikplanung** möglicherweise vorteilhaft gewesen. Der Architekt hätte zunächst die Planung der Architektur mit dem Bauherrn festlegen können. Etwaige Änderungen des Bauherrn hätten hierbei eingearbeitet werden können. Erst nach Fertigstellung der Architektur, hätte der Architekt die detaillierte Planung der Haustechnik vornehmen können, wobei sie eine **Regelung zu nachträglichen Änderungen** des Bauherrn hätten treffen können.

### ▪ Nachteilsabgeltung

- ♦ Der Entfall von Teilleistungen um mehr als 5 % der Auftragssumme bewirkt, dass die Regelung von Pkt 7.4.5 der ÖNORM B 2110 greift. Die Nachteilsabgeltung bezieht sich ausschließlich auf den **Entfall von Teilleistungen** und nicht den Entfall der Gesamtleistung. Der Entfall von Teilleistungen kann durch die Verrechnung entfallenen Anteile der Geschäftsgemeinkosten abgegolten werden.

### 5.3.3 Urteil 3: Fehlende Vorleistungen

Im gegenständlichen Fall wurde ein Architekt mit der Planung und Bauleitung eines privaten Wohnhauses beauftragt. Der Architekt erstellte die Leistungsverzeichnisse und vergab die Baumeister- und HKLS-Arbeiten an zwei unterschiedliche Auftragnehmer. Aufgrund einer vom Installateur vorgeschlagenen Änderung während der Ausführungsphase und den Einbau untauglicher Trittschalldämmplatten, traten Absenkungen und Risse im Fußboden auf. Der Bauherr klagte daraufhin seinen Architekten und beide Unternehmer auf Schadenersatz.

*Sachverhaltsdarstellung*

Die Ursache für den Konflikt war der **Änderungsvorschlag des Installateurs während der Ausführung**, welche 1) ohne ausreichende Tauglichkeitsprüfung durch den Architekten und 2) ohne ausreichendes „Durchdenken“ des Fußbodenaufbaus durch den Baumeister, beauftragt wurde. Der Installateur, der mit der Bauüberwachung der Fußbodenherstellung betraut wurde, bemerkte ebenso den Einbau der falschen Trittschalldämmplatten nicht. Letztendlich hatten Architekt und beide Auftragnehmer ihre Prüfpflichten verletzt und wurden dafür haftbar gemacht.

*Konfliktsache*

Die **Vorgehensweise bei einem Änderungsvorschlag** sowie die Beauftragung dessen wurden entweder mangelhaft oder gar nicht festgelegt, was aufgrund von **fehlender Kommunikation an den Schnittstellen** zum Konflikt führte.

Aus dem Urteil können folgende Aussagen abgeleitet werden:<sup>351</sup>

*Erkenntnisse aus der Analyse*

### ▪ Prüf- und Warnpflicht

- ♦ Jeder Auftragnehmer hat die Pflicht, die für die **Ausführung seines Gewerkes erforderlichen Unterlagen** und Informationen beizuschaffen. Gemäß § 1299 ABGB haftet jeder Sachverständige für die **durchschnittlichen Kenntnisse** seines Berufes.
- ♦ Die **Form der Warnung** wird im ABGB nicht definiert und kann daher auch mündlich erfolgen. Aus Beweisbarkeitsgründen wird die

<sup>351</sup> Für nähere Erläuterungen vgl. Kapitel 4.4 „Analyse des Konflikts“ S. 87 ff.

**Schriftform** empfohlen, die in der ÖNORM B 2110 unter Pkt 6.2.4.1 vorgeschrieben wird.

- ◆ Eine Warnpflicht besteht auch **gegenüber fachkundigen Bestellern**. Diese entfällt grundsätzlich nur, wenn das Risiko dem Auftraggeber **nachweislich bekannt** ist, dieser die Leistung jedoch trotzdem in Auftrag gibt. Hat der Bauherr einen fachkundigen Vertreter, dann reicht im Regelfall eine **Warnung an diese Person**.
  - ◆ Unterlässt der Auftragnehmer die Warnung, dann haftet er nur für unter der Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennbare Mängel. Er ist nicht dazu verpflichtet **unübliche oder kostenintensive Untersuchungen** durchzuführen, wenn diese nicht Teil des Leistungsumfangs sind.
  - ◆ Die Warnung muss so erfolgen, dass die **Folgen der Missachtung** der Warnung für den Auftraggeber **klar hervorgehen**. Eine bloße Eintragung einer Störung in das Bautagebuch, ohne entsprechenden Hinweis an den Auftraggeber, wird als **unzureichende Warnung** angesehen.
- **Technischer Schulterchluss**
    - ◆ Grundsätzlich besteht eine Warnpflicht nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht. Allerdings schließt die **erfolgreiche Herstellung des eigenen Werkes** eine Verletzung der Warnpflicht nicht aus.
    - ◆ Auftragnehmer müssen sich so verhalten, dass das Erreichen des Gesamtzieles durch ihr Verhalten **nicht erschwert wird**. Sie müssen grundsätzlich alles vermeiden, was den **Erfolg des Gesamtwerkes** gefährden könnte.
    - ◆ Neben der Hauptpflicht zur Herstellung der Werksleistung haben die Auftragnehmer **Kontroll- und Aufklärungspflichten** gegenüber dem Auftraggeber und weiteren Auftragnehmern („**Technischer Schulterchluss**“). Alle Auftragnehmer haben somit die Pflicht, den Auftraggeber über sämtliche Gegebenheiten zu informieren, die ein Misslingen des Gesamtwerkes bewirken könnten. Der Auftraggeber hat gemäß Pkt 6.2.5.1 der ÖNORM B 2110 für die Koordination und das ordnungsgemäße Zusammenwirken seiner Auftragnehmer zu sorgen.
    - ◆ Sind die **Anteile an einem Schaden** durch eine Warnpflichtverletzung **nicht bestimmbar**, dann haften alle beteiligten Unternehmen solidarisch für den entstandenen Schaden. Die ÖNORM B 2110 weicht unter Pkt 12.4 von dieser Regelung ab und bestimmt, dass die Auftragnehmer **verhältnismäßig** bis 0,5 % der ursprünglichen Auftragssumme haften.
  - **Überwachung der Bautätigkeit**

- ◆ Die Vorgehensweise des Architekten im gegenständlichen Fall, den Installateur mit der Bauüberwachung der Fußbodenherstellung zu betrauen, war möglicherweise mit Nachteilen behaftet, da der Installateur laut eigener Aussage vorwiegend darauf achtete, dass die von ihm verlegten Heizungsleitungen nicht beschädigt wurden. Es empfiehlt sich der Einsatz einer **unabhängigen Bauaufsicht, die den Erfolg des Gesamtwerkes verfolgt**.
- **Mitverschulden des Bauherrn und seines Vertreters**
  - ◆ Der Architekt ist bei der Erstellung von Plänen **Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers** im Sinne des § 1313a ABGB. Der Bauherr haftet für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen, wie für sein eigenes. Der Bauherr kann durch die Beauftragung eines fachkundigen Bestellers **nicht sämtliche Haftung von sich abwälzen**. Der Auftraggeber hat für die Fachkunde seines Vertreters einzustehen, da der Vertreter Entscheidungen und Aufgaben des Bauherrn in seinem Namen übernimmt. Dem Auftraggebervertreter kann jedoch ein Mitverschulden angelastet werden, wenn dieser **verfehlt Anweisungen** erteilt.
  - ◆ Die Verschuldensaufteilung zwischen Auftraggeber, vertreten durch einen Fachkundigen, und Auftragnehmer erfolgt meist **zu gleichen Teilen**, wenn das Verhältnis nicht bestimmbar ist. Weitere Rechtsprechung besagt jedoch, dass die Verantwortung des Auftragnehmers höher ist, weshalb eine Prüfung im Einzelfall oft notwendig ist.
- **Vorvertragliche Prüf- und Warnpflicht**
  - ◆ Etwaige **Bedenken des Auftragnehmers zur ausgeschriebenen Leistung** müssen dem Bauherrn mitgeteilt werden. Dadurch hat der Auftraggeber die Möglichkeit, die Ausschreibung bei Bedarf anzupassen.
- **Value Engineering**
  - ◆ Die vertragliche Regelung des Ablaufes bei Änderungsvorschlägen des Auftragnehmers ist empfehlenswert. Dies kann beispielsweise anhand des „Value Engineering“ Konzepts geschehen, welches einen **strukturierten Ablauf für Änderungsvorschläge**, die für beide Vertragspartner vorteilhaft sind, schafft.

- **Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche**
  - ♦ Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche bestehen im Werkvertragsrecht parallel zueinander, wenn ein **Verschulden des Auftragnehmers** vorliegt.
  - ♦ Liegt ein **Verschulden** des Auftragnehmers vor, dann hat der Auftraggeber als sekundären Rechtsbehelf nach § 933a ABGB die **Möglichkeit des Geldersatzes (Erfüllungsinteresse)**. Der Auftragnehmer muss den Auftraggeber so stellen, als hätte er den Vertrag ordentlich ausgeführt.
  - ♦ Im Falle des Geldersatzes müssen **ausstehende Haftungsrücklässe** vom Auftraggeber retourniert werden.
  - ♦ Die ÖNORM B 2110 begrenzt unter Pkt 12.3.1 die Höhe von Schadenersatzansprüchen bei Sachschäden. Analog zur Pönale wird hier empfohlen zu regeln, ob die **Brutto- oder Nettosumme** gemeint ist, ebenso ob es sich um die **Angebots- oder Schlussrechnungssumme inkl. Zusatzangebote** handelt.
  - ♦ Durch die Regelung des § 1298 ABGB trägt jeder Vertragspartner die **Obliegenheit für ausreichende Dokumentation** zu sorgen, um sich gegebenenfalls freibeweisen zu können. Ansonsten wird sein Verschulden angenommen.
- **Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung**
  - ♦ Der **subjektive Nutzen im Verhältnis zu den Mängelbehebungskosten** bildet die Grundlage für die Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung und nicht die Kosten im Verhältnis zur Auftragssumme. Ein geringer Nachteil im Gebrauch kann auch bei geringen Mängelbehebungskosten als unverhältnismäßig eingestuft werden. Behebungskosten, die **über die ursprüngliche Auftragssumme hinausgehen sind zulässig**, wenn ein grober Nachteil im Gebrauch vorliegt.
- **Ersatzvornahme**
  - ♦ Nach Verweigerung der Verbesserung oder nach einem fruchtlosen Verbesserungsversuch des Auftragnehmers, darf der Auftraggeber zur Ersatzvornahme greifen. Der Auftraggeber hat jedoch eine **Schadensminderungspflicht** gegenüber dem Auftragnehmer und darf keine übermäßig teuren Leistungen auf Kosten des Auftragnehmers beauftragen.



## 5.4 Zusammenfassung und Ausblick

Der Bauvertrag stellt durch die **klare Festlegung der Aufgaben und Pflichten** die Grundlage für eine erfolgreiche Zusammenarbeit dar und muss den nötigen Detaillierungsgrad besitzen, sämtliche Aufgaben und Pflichten der Vertragspartner ausreichend zu definieren, jedoch über die Flexibilität verfügen, den Ablauf und die Schnittstellen, im Falle abweichender Umstände der Leistungserbringung, zu regeln. Die Folgen von Abweichungen vom vereinbarten Leistungsumfang müssen für alle Beteiligten aus dem Bauvertrag klar hervorgehen.

*Bauvertrag als Grundlage der Bautätigkeit*

Bei der Vertragserstellung müssen deshalb folgende Ziele verfolgt werden:

*Ziele des Bauvertrages*

- ♦ Die klare, vollständige und widerspruchsfreie Beschreibung der Leistung und der Umstände der Leistungserbringung sowie die Regelung der Folgen, falls vom vereinbarten Leistungsumfang abgewichen wird.
- ♦ Die genaue Koordinierung der beteiligten Unternehmen und die Festlegung der Schnittstellen, um die Aufgabenverteilung in diesen Bereichen klar zu definieren.
- ♦ Eine positive, konstruktive Zusammenarbeit der Beteiligten zu fördern, sowie für ausreichend Kommunikation und Dokumentation zu sorgen, um Auseinandersetzungen zu meiden und einen reibungslosen Projektablauf zu gewährleisten.

Gelingt es den Vertragspartnern diese Ziele im Bauprojekt umzusetzen, dann wird dies für einen reibungsloseren Bauprojektablauf sorgen und die Anzahl der Konflikte deutlich reduzieren.

## Rechtsprechungsverzeichnis

Datum	Geschäftszahl	Rechtssatznummer
04.05.1955	7 Ob 213/55	RS0021782
26.10.1955	1 Ob 114/55	RS0025771
14.12.1960	6 Ob 448/60	RS0021851
08.02.1966	8 Ob 24/66	RS0021730
19.12.1967	8 Ob 336/67	RS0032040
12.03.1968	8 Ob 45/68	RS0021766
01.02.1972	5 Ob 9/72	RS0021831
25.04.1972	8 Ob 60/72	RS0017049
22.06.1972	3 Ob 66/72	RS0026259
08.05.1974	1 Ob 76/74	RS0021309
16.12.1975	5 Ob 200/75	RS0022086
07.04.1976	1 Ob 576/76	RS0021809
21.02.1979	1 Ob 542/79	RS0018637
05.12.1979	6 Ob 740/79	RS0021925
09.09.1980	5 Ob 662/80	RS0018232
14.01.1981	1 Ob 725/80	RS0017471
25.01.1984	1 Ob 769/83	RS0028751
03.12.1986	1 Ob 656/86	
24.03.1988	7 Ob 533/88	RS0021766 (T2)
		RS0022268 (T1)
13.07.1988	3 Ob 526/88	RS0021634
04.10.1989	3 Ob 552/89	RS0022044
31.10.1989	5 Ob 630/89	RS0018147
15.02.1990	8 Ob 579/90	RS0021634 (T1)
07.03.1990	1 Ob 536/90	RS0021755
26.06.1990	5 Ob 580/90	RS0021906 (T6)

31.01.1991	8 Ob 628/90	RS0018128
<b>18.04.1991</b>	<b>7 Ob 515/91</b>	RS0021634 (T2)
		RS0022028
08.11.1995	7 Ob 541/95	RS0086353
15.05.1997	1 Ob 2127/96t	RS0018147 (T2)
14.10.1997	1 Ob 2409/96p	RS0108535
<b>23.02.1999</b>	<b>1 Ob 58/98f</b>	RS0043705 (T1)
		RS0111946
		RS0111947
		RS0111948
		RS0111949
19.12.2000	1 Ob 178/00h	RS0021744 (T7)
12.02.2002	10 Ob 205/01x	RS0021744 (T9)
18.06.2002	4 Ob 134/02p	
25.06.2004	1 Ob 137/04k	RS0021766 (T5)
15.03.2005	1 Ob 50/05t	
18.12.2006	8 Ob 156/06h	
18.12.2006	8 Ob 108/06z	RS0121684 Abs 2
05.06.2008	6 Ob 95/08a	
22.04.2014	7 Ob 18/14v	RS0022075 (T5)
<b>04.06.2014</b>	<b>7 Ob 43/14w</b>	
27.11.2014	2 Ob 176/14t	
21.12.2015	5 Ob 138/15b	RS0021730

## Literaturverzeichnis

ANDERL, T.: Verteilung der Beweislast bei vom Auftraggeber angeordneten oder gewünschten Leistungsänderungen. In: bau aktuell, 1/2018.

DIE PRESSE: Österreich ist Schlusslicht beim Bestbieterprinzip (2017, 31.Jänner).

<https://diepresse.com/home/wirtschaft/economist/5162933/Oesterreich-ist-Schlusslicht-beim-Bestbieterprinzip>. Datum des Zugriffs: 03.04.2018.

GALLISTEL, U.; KROPIK, A.: Verweigerung der Übernahme wegen mangelhafter Leistung - Verzug des AN oder Annahmeverzug des AG?. In: ZVB, 10/2014.

HAGSHENO, S.; KABEN, T.: Konfliktursachen und Streitgegenstände bei der Abwicklung von Bauprojekten - Eine empirische Untersuchung. In: KAPPELLMANN, K.; VYGEN, K. (Hrsg.): Jahrbuch Baurecht. Aktuelles, Grundsätzliches, Zukünftiges, 8. Jahrgang/2005.

IB-DATA GMBH: Planungsleistungen von Auftraggeber und Auftragnehmer. Erwartungshaltungen, Pflichten und vertraglich geschuldete Qualitäten. bauzeitung, Ausgabe 21|13. [https://www.abk.at/pdf/14\\_04\\_Planungsleistungen\\_AG\\_AN.pdf](https://www.abk.at/pdf/14_04_Planungsleistungen_AG_AN.pdf). Datum des Zugriffs: 08.05.2018.

IRO, G.: Die Warnpflicht des Werkunternehmers. In: ÖJZ, 1983.

JURECKA, W. et al.: Kommentar zu den österreichischen Normen, betreffend das Vergabe- und Verdingungswesen. 2. Auflage. Wien. Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1997.

KARASEK, G.: Kommentar zur ÖNORM B 2110. 3. Auflage. Wien. MANZ, 2016.

KARAUSCHECK, E.; ROUSTA, B.: Die Warn- und Aufklärungspflicht aus der Sicht der Praxis. In: immolex, 6/2011.

KAUFMANN, A.: Bauvertragsrecht. Skriptum, Seminar 207.903 WS 2016/17. Graz. DKL Rechtsanwälte, 2016.

KLETEČKA, A.: Das Abbestellungsrecht des Werkbestellers. In: bau aktuell, 3/2016.

— : Beweisfragen im Zusammenhang mit Mehrkostenforderungen beim Bauwerkvertrag (Teil I). In: bau aktuell, 1/2017.

KREJCI, H.: Zur Vertragsstrafe im Bauvertrag. In: ecolix, 1993.

KROPIK, A.: Bauvertrags- und Nachtragsmanagement. Perchtoldsdorf. Kropik, Andreas, 2014.

KROPIK, A.; KRAMMER, P.: Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag. Wien. Österreichischer Wirtschaftsverlag, 1999.

- KSV1870: Vollständige Analyse der Unternehmensinsolvenzen 2017. [https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231\\_ksv1870\\_insolvenzstatistik-unternehmen\\_2017.pdf](https://www.ksv.at/sites/default/files/assets/documents/171231_ksv1870_insolvenzstatistik-unternehmen_2017.pdf). Datum des Zugriffs: 02.04.2018.
- KURSCHEL, I.: Die Gewährleistung beim Werkvertrag. Wien. MANZ, 1989.
- KURZ, T.: Vertragsgestaltung im Baurecht. Wien. Verlag Österreich, 2015.
- : Kalkulierbarkeit von Bauleistungen gemäß Bundesvergabegesetz (Teil II). In: ZVB, 1/2009.
- MÜLLER, K.; STEMPKOWSKI, R.: Handbuch Claim-Management. 2. Auflage. Wien. Linde Verlag, 2015.
- OBERNDORFER, W.: Wann ist ein Bauzeitplan "über den Haufen geworfen"? Grenzen einer Pönale-Vereinbarung. In: ZVB, 7-8/2011.
- OPPEL, A.: Übernahme des Werks - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 11/2015.
- : Vertragsstrafe und Schadenersatz - Ausgewählte Themen zur ÖNORM B 2110. In: ZVB, 9/2015.
- ÖSTERREICHISCHES NORMUNGSINSTITUT: ÖNORM A 2050: 2006/11/01 - Vergabe von Aufträgen über Leistungen - Ausschreibung, Angebot, Zuschlag. ÖNORM. Wien. Austrian Standards plus GmbH, 2006.
- ÖSTERREICHISCHES NORMUNGSINSTITUT: ÖNORM B 2061: 1999/09/01 - Preisermittlung für Bauleistungen. ÖNORM. Wien. Austrian Standards plus GmbH, 1999.
- ÖSTERREICHISCHES NORMUNGSINSTITUT: ÖNORM B 2110: 2013/03/15 - Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen. ÖNORM. Wien. Austrian Standards plus GmbH, 2013.
- ÖSTERREICHISCHES NORMUNGSINSTITUT: ÖNORM B 2118: 2013/03/15 - Allgemeine Vertragsbestimmungen für Bauleistungen unter Anwendung des Partnerschaftsmodells, insbesondere bei Großprojekten. ÖNORM. Wien. Austrian Standards plus GmbH, 2013.
- PFLAUM, H.; SCHIMA, A.: Der Architektenvertrag. Wien. Orac, 1991.
- POCHMARSKI, K.; KOBER, C.: Aspekte der richtigen Vereinbarung und Handhabung von Vertragsstrafen. In: bau aktuell, 4/2015.
- RUMMEL, P.: Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 2. Auflage. Wien. MANZ, 1990.
- : Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Band. 3. Auflage. Wien. MANZ, 2000.

SCHLOSSER, H.; HARTL, F.; SCHLOSSER, L.: Die Warnpflicht des Werkunternehmers und die Folgen ihrer Verletzung (Teil I). In: bau aktuell, 2/2010.

SCHOPF, A.: Leit-Entscheidungen zur Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers. In: ecolex, 9/2007.

STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. Teil 1. Wien. MANZ, 2010.

STRAUBE, M.; AICHER, J.: Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht. Teil 2. Wien. MANZ, 2010.

STURM, O.: Anweisungsfehler und Bestellermitverschulden im Werkvertragsrecht. In: WBI, 7/2000.

WELSER, R.; ZÖCHLING-JUD, B.: Grundriss des bürgerlichen Rechts. 14. Auflage. Wien. MANZ, 2015.

WERKL, M.: Risiko- und Nutzenverhalten in der Bauwirtschaft. Dissertation. Graz. Technische Universität Graz, 2013.

WESELIK, N.: Der Planungsverzug beim Bauvertrag. In: bau aktuell, 1/2016.

## **A.1 Anhang**

### **A.1.1 Urteil 1: Entscheidungstext „1 Ob 58/98f“ vom 23.02.1999**

30 Seiten

### **A.1.2 Urteil 2: Entscheidungstext „7 Ob 43/14w“ vom 04.06.2014**

11 Seiten

### **A.1.3 Urteil 3: Entscheidungstext „7 Ob 515/91“ vom 18.04.1991**

7 Seiten

**A.1.1 Urteil 1: Entscheidungstext „1 Ob 58/98f“ vom 23.02.1999**

30 Seiten





**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schlosser als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Schiemer, Dr. Gerstenecker, Dr. Rohrer und Dr. Zechner als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ing. Andrea W\*\*\*\*\*, vertreten durch Saxinger, Baumann & Partner, Rechtsanwälte in Linz, und ihrer Nebenintervenientin Anton A\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co Kommanditgesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Thomas Watzenböck, Rechtsanwalt in Kremsmünster, wider die beklagte Partei Ing. Rudolf S\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Josef Bock und Dr. Thomas Wiesinger, Rechtsanwälte in Wien, wegen 97.574,40 S sA infolge außerordentlicher Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 15. Dezember 1997, GZ 14 R 101/97v-73, womit infolge Berufungen beider Parteien und der Nebenintervenientin das Teilurteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 6. März 1997, GZ 16 Cg 418/93w-63, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 4. April 1997, GZ 16 Cg 418/93w-65, teils bestätigt und teils abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der außerordentlichen Revision wird teilweise Folge gegeben.

Das Urteil des Berufungsgerichts, das im Zuspruch von 598.875,60 S samt 12 % Zinsen seit 8. Juli 1993 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8. Juli 1993 bis 28. Dezember 1994 als nicht bekämpft unberührt bleibt, wird im übrigen Umfang dahin abgeändert, daß das Ersturteil unter Einschluß des unangefochten gebliebenen Teils des Berufungsurteils als Teilurteil wie folgt zu lauten hat:

"1. Die eingeklagte Forderung besteht mit 646.450 S samt 12 % Zinsen seit 8. Juli 1993 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8. Juli 1993 bis 28. Dezember 1994 zu Recht.

2. Die Gegenforderung der beklagten Partei besteht nicht zu Recht.

3. Die beklagte Partei ist daher schuldig, der klagenden Partei den Betrag von 646.450 S samt 12 % Zinsen seit 8. Juli 1993 und 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8. Juli 1993 bis 28. Dezember 1994 und die mit 173.597,33 S bestimmten Prozeßkosten binnen 14 Tagen zu bezahlen.

4. Das Mehrbegehren von 12 % Zinsen aus 855.000 S vom 9. November 1990 bis 7. Juli 1993 wird hingegen abgewiesen.

5. Die beklagte Partei ist weiters schuldig, der Nebenintervenientin die mit 96.984,60 S bestimmten Prozeßkosten binnen 14 Tagen zu ersetzen."

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 42.369 S (darin 7.061,50 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens und die mit 12.706,40 S (darin 1.014,40 S Umsatzsteuer und 6.620 S Barauslagen) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens sowie der Nebenintervenientin die mit 42.340,20 S (darin 7.056,70 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei die mit 2.031,36 S (darin 338,56 S Umsatzsteuer) bestimmten Kosten ihrer Berufungsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Der Beklagte und der andere Hälfteigentümer einer Liegenschaft erteilten als "Bauherrengemeinschaft" der Klägerin als Alleininhaberin eines nicht protokollierten Bauunternehmens den Auftrag zur Errichtung eines Zweifamilienhauses in Holzbauweise. Der Beklagte verfaßte ein dem späteren Auftrag vom 26. September 1989 einvernehmlich zugrunde gelegtes Leistungsverzeichnis, dessen hier relevante Punkte lauten:

"1. GRUNDLAGEN DES  
LEISTUNGSVERZEICHNISSES

Soweit in den nachstehenden Bestimmungen nichts anderes festgelegt wird, gelten für die Ausschreibung und Vergabe:

1.1. Sämtliche, die entsprechenden Leistungen betreffenden, allgemeinen und technischen ÖNORMEN (in Ermangelung solcher die entsprechenden DIN-Normen) in der zum Zeitpunkt der Anbotlegung jeweils geltenden Fassung.

...

5. FRISTEN UND TERMINE

5.1. Mit den Bauarbeiten soll im Herbst 1989 begonnen werden, die schlüsselfertige Übergabe soll im April 1990 erfolgen.

5.2. Ein verbindlicher Termin wird vor Auftragserstellung einvernehmlich zwischen Auftraggeber und Ersteher vereinbart werden, jedoch ist seitens der Bieter ein Grobterminplan (Balkenplan) beizufügen.

...

7. ZAHLUNGSBEDINGUNGEN

...

7.2. Die Gewährleistungsfrist beträgt abweichend von der ÖNORM B 2110 ... drei Jahre ...

7.3. Abweichend von der ÖNORM B 2110 ...

beträgt der Haftrücklaß (im Sinne der ÖNORM A 2060 ...) 5 % ... der Schlußrechnungssumme.

7. 4. Bei Nichteinhaltung der einvernehmlich festgelegten Ausführungstermine werden die Fristen - auch Teiltermine - in Ergänzung zur ÖNORM A 2060 Abschnitt 2.17. mit 0,5 % ... der Auftragssumme je Kalendertag unter Pönale gestellt. ...

Der schriftliche Auftrag des Beklagten an die Klägerin vom 27. September 1989 lautet:

"Fam. ... erteilt hiermit nach Kenntnisnahme und Anerkennung der nachfolgenden und beigelegten Geschäftsbedingungen der Firma ... (Klägerin) den Auftrag zur Errichtung eines Hauses ... zum Preis von

S 1.716.666.-

20 % MWSt S 343.334.-

S 2.060.000.-

4 % Skonto ..."

Daß damit etwas anderes als ein Skonto, etwa ein Rabatt, gemeint gewesen wäre, kann nicht festgestellt werden. Am 13. Februar 1990, noch vor dem Arbeitsbeginn, bestätigten der Beklagte und sein Mitauftraggeber der Klägerin die einvernehmliche Abänderung des Leistungsverzeichnisses wie folgt (KW für Kalenderwoche):

"5.1 und 5.2. Fristen und Termine

KW 7 (12.-16. 2.) Zimmermann/ Maurer fertig

KW 8 (19.-23. 2.) Zimmermann/Dachdecker

KW 9 (26.2.-3.3.) Sanitär: Zu- und Abflüsse

KW 10 (5.-9. 3.) Sanitär/Kachelofen

KW 11 (12.-16.3.) Zimmermannisolierung

KW 12 (19.-23.3.) Zimmermannsparschalung

KW 13 (26.-30.3.) Elektro

KW 14 (2.-6.4.) Heizung

KW 15 (9. -13.4.) Estrich  
KW 19 (7.-11.5.) Gipskarton innen  
KW 20 (14.-18.5.) Heraklit  
KW 21 (21.-25.5.) Fensterverputz  
KW 22 (28.5.-1.6.) Fußboden  
KW 23 (5.-8.6.) Fliesen  
KW 24 (11.-15.6.) Stiege

Verschiebungen innerhalb der Wochen sind zulässig, wenn der Fertigstellungstermin KW 24 dabei nicht verändert wird. Bei Nichteinhaltung tritt Punkt 7.4. des Leistungsverzeichnisses in Kraft."

Die Klägerin akzeptierte diesen 1. Bauzeitplan (von den Parteien und den Vorinstanzen auch als Balken- und Terminplan bezeichnet), nach dessen Inhalt das Haus am Ende der 24. KW, somit am 15. Juni 1990 fertig sein sollte. Wegen eines Arbeitsunfalls im Betrieb des Estrichverlegers mußte ein anderes Unternehmen mit der Estrichverlegung beauftragt werden; die Streitparteien kamen daher am 17. Mai 1990 überein, den Bauzeitplan um eine Woche zu verschieben, sodaß nun das Haus spätestens am Ende der 25. KW, somit am 22. Juni 1990, fertigzustellen war (2. Bauzeitplan).

In der Folge wurden der Leistungsumfang und das "Leistungsbild" gegenüber dem Leistungsverzeichnis vom Beklagten und seinem Mitauftraggeber mehrfach abgeändert: Im Leistungsverzeichnis war für den Wohnzimmerbereich beider Haushälften ein diagonal verlegter Lärchenriemenboden vorgesehen. Der Beklagte und sein Mitauftraggeber wünschten jedoch dann wegen der von ihnen angenommenen besseren Wärmeleitung einen geklebt verlegten Fußboden und diesen überdies in einer anderen Holzart. Entsprechend dem 2. Bauzeitplan hätte der Fußboden in der 23. KW verlegt werden sollen; der Montag dieser

Woche (4. Juni 1990) war der Pfingstmontag. Bei einer Besprechung mit dem Techniker der Klägerin am 17. Mai 1990 hielt der Beklagte fest, über den im Erdgeschoß zu verlegenden Holzfußboden sei noch keine Entscheidung getroffen worden, auch die Ausführung der Stufen der Holzterrasse sei noch zu fixieren. Mit Telefax vom 30. Mai 1990 teilte der Techniker der Klägerin dem Beklagten mit, daß Holzfußböden in Roteiche und Buche exquisit nur in einer Abmessung von 6,5 x 405 mm lieferbar seien. Hievon befänden sich beim Lieferanten "momentan" etwa 55-60 m<sup>2</sup> im Lager; größere Längen seien nur in Eiche lieferbar. Die Lieferzeit betrage mindestens sechs Wochen. Außerdem werde um endgültige Angaben über die Holzstiegen ersucht, deren Anfertigungszeit derzeit sechs Wochen betrage, und auf den Terminplan, "dzt. Woche 22", verwiesen. Nach einem Gespräch am 6. Juni 1990 (in der 23. KW) bestätigte der Techniker der Klägerin mit Schreiben vom 8. Juni 1990 die Materialentscheidungen der Werkbesteller in Ansehung der Fußböden und der Stiege unter Anführung der technischen Ausführungsdetails. Der letzte Satz lautet: *"Ich möchte hiermit nochmals festhalten, daß auf Grund der nun anfallenden Lieferzeiten der erstellte Terminplan nicht mehr Gültigkeit hat."*

Der Fenstereinbau war nach dem 2. Bauzeitplan für die 22. KW vorgesehen. Auch bei den Fenstern wurde vom Leistungsverzeichnis abgegangen. Nach dem Leistungsverzeichnis sollten die Fenster in beiden Haushälften "einmal farblos imprägniert" sein, der Beklagte und sein Mitauftraggeber wünschten aber eine vollständig beschichtete, fertige Oberfläche. Der Mitauftraggeber "widersetzte sich jedoch ursprünglich der Verwendung eines bestimmten Anstrichs". Erst am 17. Mai 1990 gab er seine

Zustimmung, auch die Fenster in seiner Haushälfte mit Tauchlasur und Dickschichtlasur versehen zu lassen. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte der Hersteller der Fenster mit den Streifarbeiten beginnen; erst nach Beendigung dieser Arbeit konnten die Fenster eingesetzt werden. Vor dem Einsetzen der Fenster war das Anbringen der Gipskartonplatten im Inneren des Hauses nicht möglich, weil sonst die Gefahr eines Feuchtigkeitseintritts bestand. Die im Bauzeitplan vorgesehene Reihenfolge, die Montage der Gipskartonplatten vor den Fenstern, war technisch nicht möglich. Zusätzlich zum Leistungsverzeichnis wünschten der Beklagte und sein Mitauftraggeber auch der Einbau von Fensterinnen- und -außenbänken; dieser Wunsch wurde ausgeführt. Auch für die Elektroinstallationen hatte der Beklagte im einzelnen festgestellte Sonderwünsche. Diese zusätzlichen Aufträge erteilte er direkt an das Elektrikerunternehmen und bezahlte dafür rund 32.000 S. Mit diesen Zusatzarbeiten war ein zusätzlicher Zeitaufwand von jedenfalls 17 Stunden verbunden.

In seinem Schreiben vom 19. Juni 1990 (Besprechungsprotokoll) hielt der Techniker der Klägerin fest:

"...

7. Verzögerung/Gipskartonplatten wurde hervorgerufen durch die Verzögerung bei der Entscheidung hinsichtlich der Fensterbehandlung!

8. Liefertermin für die Holzstiegen = 29. Woche (Lt. Protokoll 8. 6. 90)

9. Liefertermin Fußböden EG und Verfliesung: Es fehlt bei uns noch immer die Bestätigung hinsichtlich des Protokolls vom 8. 6. 1990 hinsichtlich der Richtigkeit der Fliesenaufstellung und des Bodenverlegeplans.



*Genauer Terminplan kann ab Eingang der schriftlichen Bestätigung erstellt werden.*

Laut Pkt. 8 und Pkt. 9 und in Wiederholung zum Schreiben vom 8. 6. 1990 muß hier noch einmal festgehalten werden, daß der ursprüngliche Terminplan keine Gültigkeit mehr hat. Wir werden uns aber bemühen, die Arbeiten ehestmöglich nach Eingang der Auftragsbestätigung durchzuführen. ..."

Die Klägerin reagierte auf ein Telefax des Beklagten vom 21. Juni 1990 mit folgendem Telefax vom selben Tag:

"... 2. Terminplanung: Da Ihr Vorhaben auf Erzielung eines Pönales nun klar ersichtlich ist, halten wir hiermit folgendes fest: durch Verschiebungen bei der Estrichverlegung (hervorgerufen durch die Unterkonstruktion und durch einen Unfall der erstbeauftragten Firma = höhere Gewalt) entstanden 2 Wochen Verzögerung. Weitere zwei Wochen entstanden durch die immer wieder verschobene Entscheidung der Fensterbeschichtung durch Herrn ... (Mitauftraggeber) - die Fenster waren bereits ein Lagerungsproblem beim Tischler (Beweis Firma Stütz). Ausgehend von den Fenstern konnten weder die Außenverkleidungen noch die Gipskartonplatten fertig gestellt werden. Hiermit = mind. 4 Wochen Verzögerung, daher 29. Woche. 3. Die Entscheidungen hinsichtlich Haustüre ... (Mitauftraggeber), Verfließungsarbeiten, Holzböden im EG, Holzstiegen sind trotz oftmaliger Aufforderung so spät gefallen, daß eine Fertigstellung vor der Pönalefrist nicht möglich ist und wir daher nicht mehr in der Lage sind (wegen der geforderten Pönalevorschrift), diese Arbeiten zu übernehmen. Die oben angeführten Arbeiten scheiden hiermit aus unserem Leistungsumfang infolge Undurchführbarkeit

aus. ..."

Der Mitauftraggeber reagierte daraufhin auch im Namen des Beklagten am 25. Juni 1990 schriftlich wie folgt:

*" ... ad 2.) Die Erzielung eines Pönales kann nie unser Ziel sein. Vielmehr ist uns an der rechtzeitigen Fertigstellung des bei Ihnen bestellten Hauses gelegen. Wir fordern Sie auf, die von Ihnen übernommenen Arbeiten unverzüglich fortzusetzen und ordnungsgemäß zu beenden. ..."*

In ihrem Schreiben vom 6. August 1990 hielten der Beklagte und sein Mitauftraggeber Besprechungen vom 31. Juli und 3. August 1990 sowie den Ist-Zustand vom 5. August 1990 fest. Als Schlußabsatz dieses dreiseitigen Schreibens findet sich folgender Satz:

*"Da Ihnen unsere Einzugstermine bekannt sind - 13. 8. .. (Beklagter), 20. 8. ... (Mitauftraggeber) - ersuchen wir sie umgehend dafür zu sorgen, daß die fehlenden Arbeiten ausreichend vor diesen Terminen fertig gestellt werden."*

Der Beklagte und seine Familie durften bis zum 13. August 1990 ihre frühere, bereits verkaufte Eigentumswohnung weiter bewohnen und zogen am 13. August 1990 in die noch unfertige Haushälfte des Beklagten ein. Die Fertigstellung des Hauses (Verlegung der Fliesen um den 6. September 1990, Anbringung des Außenputzes erst im September 1990) erfolgte Ende September 1990, das Übergabeprotokoll wurde am 12. Oktober 1990 aufgenommen. Es ist nicht feststellbar, daß der Beklagte dadurch, daß er mit seiner Familie seine Haushälfte erst am 13. August 1990 bezog und die formelle Übergabe erst im Oktober 1990 erfolgte, einen bezifferbaren Schaden erlitten hätte.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 1990 dankte der

Beklagte der Klägerin für die Rechnungslegung, bat aber entsprechend der Ö-Norm B2110 um eine ordnungsgemäße Schlußrechnung unter Berücksichtigung der Mehrausstattungen entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen. Er wies darauf hin, daß die angeführte Skontofrist nicht vertragsgemäß sei, und ersuchte, festgehaltene Mängel bis Ende der 46. KW zu beseitigen. Auf ein Telefax der Klägerin vom 30. Oktober 1990 reagierte der Beklagte in seinem Schreiben vom 31. Oktober 1990 mit dem Hinweis, vor Erstellung einer Endabrechnung könne keine Bezahlung erfolgen. Er habe aber zur Kenntnis genommen, daß die Klägerin die Mängelbehebung erst Ende November 1990 vornehmen wolle.

Die Klägerin legte am 8. November 1990 die Schlußrechnung über die Haushälfte des Beklagten im Betrag von 2,167.855,80 S incl. Umsatzsteuer. Der Beisatz lautet: "8 Tage 4 % Skonto 30 Tage netto. Wir bitten Sie, die geleisteten a conto Zahlungen in Abzug zu bringen." Der Beklagte dankte mit Schreiben vom 16. November 1990 für diese Schlußrechnung, teilte aber mit, nicht in allen Punkten konform zu gehen. Er bemängelte die beiden Punkte "Fenster- und Fensterrahmen" und "Fußböden und Unterkonstruktion im Erdgeschoß", akzeptierte einen Werklohn von 2,110.947,60 S inkl. Umsatzsteuer, zog jedoch davon 4 % Skonto, seine Akontozahlungen von 1,169.360 S und seine erstmals in diesem Schreiben geltend gemachte "Schadenersatzforderung aufgrund der Pönalevereinbarung" von 1,182.130,60 S (für eine Zeitverzögerung von 112 Kalendertagen [vereinbarte Schlüsselübergabe 22. Juni 1990, tatsächliche Übergabe 12. Oktober 1990] zu je 0,5 % pro Tag) sowie eine weitere (nicht Gegenstand der vorinstanzlichen Entscheidungen bildende) Gegenforderung von 8.550 S ab. Angesichts dieses

insgesamt mit 1,190.680,60 S gegenverrechneten Betrags leistete der Beklagte zunächst keine weiteren Zahlungen. Den bei Übergabe der Haushälfte des Beklagten mangelhaften Parkettboden verlegte die Klägerin mit Zustimmung des Beklagten am 8. Juli 1993 neu; der geklebte Parkett wurde durch einen schwimmend verlegten Fußboden ersetzt. Bei dieser Variante ist die Gefahr der Rißbildung infolge der Wärmeentwicklung durch die Fußbodenheizung geringer. Die Sanierung des Fußbodens erforderte einen Aufwand von zumindest 100.000 S. Der Beklagte zahlte der Klägerin aufgrund des erstgerichtlichen Teilanerkennnisurteils vom 20. Dezember 1994 (ON 32) am 28. Dezember 1994 200.000 S und den am 9. November 1995 fälligen Haftrücklaß von 108.392,80 S am 18. Dezember 1995.

Die Klägerin begehrte vom Beklagten zuletzt (ON 60) 655.000 S als Restwerklohn samt 12 % Zinsen seit 9. November 1990 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 9. November 1990 bis 28. Dezember 1994. Sie brachte im wesentlichen vor, der Beklagte sei bei der Wahl des Fußbodens sowie bei der Entscheidung über die Holzterrappe und über die Fensteroberfläche in Verzug gewesen. Er habe Zusatzwünsche nach fertig beschichteten Fenstern, Fensterinnen- und -außenbänken sowie zusätzlichen Elektroinstallationen geäußert. Der Bauzeitplan sei schlüssig aufgehoben worden, zumal die Klägerin in ihrem Telefax vom 21. Juni 1990 ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß wegen dieser Verspätung der Bauzeitplan nicht einzuhalten sei.

Der Beklagte wendete im wesentlichen ein, Aufgabe der Klägerin wäre es gewesen, rechtzeitig alle notwendigen Entscheidungen durch die Bauherren einzufordern. Der Restwerklohn sei bei der verspäteten

Übergabe des Werks an den Beklagten am 12. Oktober 1990 wegen Mängeln am Fußboden noch nicht fällig gewesen. Zur Aufrechnung eingewendet würden gegen die reduzierte Rechnungssumme von 2.110.947,60 S Gegenforderungen von 1,182.130,50 S (Vertragsstrafe für eine Bauzeitverlängerung von 112 Tagen) und näher spezifizierte 8.550 S.

Das Erstgericht sprach mit Teilurteil aus, daß die Klageforderung mit 646.450 S zu Recht und die Gegenforderung mit 664.450 S (gemeint wohl: 646.450 S) nicht zu Recht bestünden, verhielt den Beklagten zur Zahlung von 664.450 S (gemeint wohl: 646.450 S) samt 12 % Zinsen seit 8. Juli 1993 sowie von weiteren 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8. Juli 1993 bis 28. Dezember 1994 und wies das Zinsenmehrbegehren ab. Offen blieb nur die Entscheidung über die restliche Klageforderung von 8.550 S sA und die Gegenforderung des Beklagten in gleicher Höhe.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Erstgericht die Auffassung, aufgrund des Abgehens der beiden Auftraggeber vom Leistungsverzeichnis in einzelnen Punkten, der wiederholten schriftlichen Hinweise der Klägerin, sich an die Terminvereinbarung nicht mehr gebunden zu erachten, sowie aufgrund der Tatsache, daß der Beklagte nicht bereits beim ersten Vorliegen einer Rechnung der Klägerin auf die Vertragsstrafe Bezug genommen habe, bestünden für das Gericht keine Zweifel, daß die Streitteile (schlüssig) vom Bauzeitplan abgegangen seien. Mit dessen Wegfall falle auch die Pönalevereinbarung weg, weil es keinen zeitlichen Maßstab mehr gebe, an dem die Vertragsstrafe gemessen werden könnte. Das Zinsenmehrbegehren sei abzuweisen, weil die Mängel am Fußboden erst am 8. Juli 1993 behoben worden seien. Da die Sanierung einen Aufwand von mindestens 100.000 S erfordert habe, sei die Zurückbehaltung des

gesamten Restwerklohns bis zu diesem Zeitpunkt nicht schikanös gewesen.

Das Gericht zweiter Instanz änderte das Ersturteil dahin ab, daß die eingeklagte Forderung mit 598.875,60 S samt 12 % Zinsen seit 8. Juli 1993 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8. Juli 1993 bis 28. Dezember 1994 zu Recht und die Gegenforderung mit 50.000 S zu Recht bestünden, verhielt demnach den Beklagten zur Zahlung von 548.875,60 S samt 12 % Zinsen seit 8. Juli 1993 sowie 12 % Zinsen aus 200.000 S vom 8. Juli 1993 bis 28. Dezember 1994 und wies das Mehrbegehren ab. Die Entscheidung über 8.550 S sA behielt das Berufungsgericht der Endentscheidung vor und sprach aus, daß die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

In rechtlicher Hinsicht vertrat das Berufungsgericht die Auffassung, da die Klägerin eine Verspätung der Akontozahlungen des Beklagten nicht behauptet habe und erst die folgenden Zahlungen verspätet erfolgt seien, sei der vereinbarte Skonto für die fristgerechten Akontozahlungen in der Höhe von 47.574,40 S von der Werklohnforderung der Klägerin in Abzug zu bringen. Die Gegenforderung des Beklagten bestehe mit 50.000 S zu Recht, denn das Verhalten des Beklagten lasse auf keinen schlüssigen Verzicht auf die Einhaltung des Bauzeitplans und dessen Pönalisierung schließen, habe er doch immer auf eine möglichst rasche Fertigstellung des Hauses gedrängt. Der Klägerin sei der Beweis mißlungen, an der verspäteten Fertigstellung des Werks, rund drei Monate nach dem vereinbarten Fertigstellungstermin, schuldlos zu sein. Dem Beklagten sei daraus kein konkreter Schaden erwachsen, weshalb eine Minderung der Vertragsstrafe auf 50.000 S billig erscheine.

Die außerordentliche Revision des Beklagten ist zulässig und überwiegend berechtigt.

Die Klägerin wendet sich mit ihrem Rechtsmittel gegen den Abzug eines Skontos von 47.574,40 S von ihrer Werklohnforderung, gegen die Berücksichtigung einer Vertragsstrafe von 50.000 S als Gegenforderung durch die zweite Instanz sowie gegen die Teilabweisung des Zinsenmehrbegehrens durch die Vorinstanzen.

a) Die behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens liegt, wie der Oberste Gerichtshof prüfte, nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Das Vorbringen in der Revision, die Mängelbehebungskosten hätten nicht 100.000 S, sondern nur 40.000 S betragen, wiederholt eine entsprechende Beweis- und Tatsachenrüge in der Berufung der Klägerin, weicht nun in unzulässiger Weise von den Feststellungen der Tatsacheninstanzen ab und entzieht sich damit einer meritorischen Behandlung durch das Revisionsgericht.

b) Unter einem "Skonto" wird ein Barzahlungsrabatt, ein prozentueller Preisnachlaß für den Fall der unverzüglichen Regulierung einer Lieferantenverbindlichkeit verstanden, der auf den Fakturenbetrag bei Barzahlung binnen einer bestimmten Frist gewährt wird. Den Verkäufern bzw Werkunternehmern gereicht die Gewährung eines Skontos insofern zum Vorteil, als die Kauf- bzw Werkverträge schneller und ohne Mahnungen und Beteiligungen abgewickelt werden. Ausgehend von diesem der Skontogewährung zugrundeliegenden Zweck ist im Zweifel von der Annahme auszugehen, daß der Skonto vom Verkäufer bzw Werkunternehmer nur dann gewährt werden soll - was vom Käufer bzw Besteller redlicherweise auch nur so aufgefaßt werden kann -, wenn der gesamte

Kaufpreis bzw Werklohn innerhalb der festgelegten Frist bezahlt wird, das Geschäft also tatsächlich in der vorgesehenen, für die Skontogewährung maßgeblich gewesenen Frist zur Gänze abgewickelt wurde, und der Unternehmer nicht genötigt ist, zur Hereinbringung der ihm vereinbarungsgemäß zustehenden (gesamten) Leistung noch weitere Maßnahmen - in Form von Mahnungen oder gar der Einleitung gerichtlicher Schritte - zu veranlassen (5 Ob 630/89 = SZ 62/169 = JBl 1990, 248 [Rebhahn] = RdW 1990, 108; 7 Ob 577/95 ua; RIS-Justiz RS0018147).

Nach Rebhahn (aaO) ist in der (soeben zitierten) Entscheidung SZ 62/169 die Frage offengeblieben, ob bei Bestehen eines Leistungsverweigerungsrechts des Werkbestellers gemäß § 1052 ABGB wegen seines Gewährleistungsanspruchs auf Verbesserung des mangelhaften Werks der Skonto auch dann gebühre, wenn der Werkbesteller den restlichen Werklohn erst nach Verbesserung und damit erst (sehr) lange nach Ablauf der vereinbarten Skontofrist bezahlt. Diese Entscheidung brachte aber immerhin zum Ausdruck, sei den Beklagten ein Leistungsverweigerungsrecht nicht zugestanden, so wären sie verhalten gewesen, den gesamten Werklohn binnen der vorgesehenen Frist nach Rechnungslegung zu bezahlen, um den vereinbarten Skonto erlangen zu können. Wenigstens insoweit wird eine Verbindung von Leistungsverweigerungsrecht und Skonto hergestellt. Grundsätzlich tritt die Fälligkeit des Werklohns erst nach Verbesserung des mangelhaften Werks ein; vorher kann daher keine Zahlungspflicht bestehen. Fehlt - wie hier und zumeist - eine vertragliche Regelung, so ist bei sachgerechter Vertragsauslegung die für den Skonto maßgebliche Zahlungsfrist regelmäßig nicht von der Fälligkeit des Werklohns abzukoppeln. Sonst wäre der Käufer



bzw Werkbesteller - was auch Rebhahn in seiner Glosse (JBl 1990, 253) einräumt - geradezu vor die Wahl gestellt, entweder den Skonto fahren zu lassen, obschon er den Werklohn - bezogen auf dessen erst nach Verbesserung eingetretener Fälligkeit - fristgerecht bezahlt hat, oder auf den mit der Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts verbundenen Druck auf den Verkäufer bzw Werkunternehmer zur ehestmöglichen Mängelbeseitigung zu verzichten, nur um nicht des zugesicherten Skontos verlustig zu gehen. Stellt man in Rechnung, daß Bauleistungen häufig genug einer Prüfung auf deren Mängelfreiheit "im ersten Anlauf" nicht standhalten, so würde damit die Rechtsposition des Werkbestellers gerade bei mangelhafter und damit vertragswidriger Erfüllung von Bauwerkverträgen durch den Unternehmer in vielen Fällen deutlich verschlechtert, was diesen im übrigen - worauf Rebhahn (aaO) treffend hinweist - nur allzu leicht dazu veranlassen könnte, seine Leistung mit erheblichen, indes leicht zu behebbenden Mängeln zu erbringen, um den Besteller zur Ausübung dessen Leistungsverweigerungsrechts zu bestimmen; denn dann müßte er den Skonto - wollte man diesen von der fälligkeitsbezogenen Werklohnentrichtung abkoppeln - nicht (mehr) gewähren.

**Sind somit konkrete Vereinbarungen darüber, welches Schicksal dem Skonto bestimmt ist, wenn der Werkbesteller wegen mangelhaft erbrachter Werkleistungen von seinem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, nicht getroffen und ist auch eine in dieser Hinsicht bestimmende Verkehrssitte nicht feststellbar, so wird die Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens bei Bedachtnahme auf die werkvertragliche Risikoaufteilung regelmäßig zum Ergebnis haben, daß der**

**Werkbesteller zum Abzug des Skontos berechtigt bleibt, sofern er bei mangelhafter, jedoch der Verbesserung zugänglicher Werkleistung von seinem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch macht, aber nach ordnungsgemäßer Mängelbeseitigung den nun erst fällig gewordenen (Rest-)Werklohn fristgerecht begleicht.** Die Zahlung des Restwerklohns erst nach Verbesserung durch die Klägerin stünde somit der Berechtigung des Beklagten zum Skontoabzug nicht entgegen.

Wohl aber besteht ein anderes Hindernis: Ist nämlich in einem Werkvertrag das Recht des Auftraggebers vereinbart, vom Betrag jeder einzelnen Teilrechnung einen Skonto von 3 % abzuziehen, sofern die Rechnung binnen bestimmter Frist beglichen wird, so kann eine solche Abmachung wohl nur so verstanden werden, daß der Auftraggeber bei fristgerechter Bezahlung einer Teilrechnung des dafür gewährten Skontos nicht wieder verlustig geht, auch wenn die dafür bestimmte Zahlungsfrist bei einer späteren Teilrechnung bzw der Schlußrechnung nicht eingehalten wird (2 Ob 525/95 = ecolex 1995, 553; 1 Ob 2127/96t; vgl dazu auch Fleisch, Kürzt das Skonto von Bauleistungen das Architektenhonorar ? in RdW 1998, 184 ff mwN in FN 8). Unbestrittenermaßen haben die Parteien zwar die Berechtigung des Beklagten zum Skontoabzug vereinbart, daß aber diesem das Recht auch für bloß einzelne, fristgerecht geleistete Teilzahlungen bei nicht fristgerechter Leistung der übrigen Zahlungen zustehen sollte, wurde weder festgestellt noch vom Beklagten auch nur vorgebracht: Die Partei, die sich auf das Abzugsrecht beruft, trifft aber die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen für den Skontoabzug trotz Unterbleibens fristgerechter Vollzahlung (SZ 62/169; 7 Ob 577/95; 5 Ob 59/97f).

Wohl hat die zweite Instanz zurecht ausgeführt, die Klägerin habe nicht behauptet, daß die Akontozahlungen des Beklagten von 1.189.360 S nicht prompt erfolgt seien, das ist indes hier unerheblich, weil sie eine entsprechende Behauptungs- und Beweispflicht nicht traf. Der Rechtsansicht des Berufungsgerichts, dem Beklagten stehe der Skonto für die von ihm pünktlich erbrachten Akontozahlungen zu, kann daher nicht beigetreten werden. Denn seine Zahlungen erfolgten jedenfalls erst nach Verbesserung des Werks durch die Klägerin am 7. Juli 1993 am 28. Dezember 1994, somit lange nach Ablauf der achttägigen Zahlungsfrist.

Zur Frage, ob ein Skontoabzug nur bei Tilgung der Werklohnforderung durch Barzahlung berechtigt ist oder aber auch durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung erfolgen kann, wurde bisher in der Rechtsprechung noch nicht Stellung genommen. Iro (RdW 1987, 116) zitiert für den Fall der Tilgung einer Kaufpreisforderung im Wege der Aufrechnung Ratz (in GroßkommHGB3, § 346 Rz 159), der dies dann bejaht, wenn die Gegenforderung des Käufers fällig, liquid und unbestritten ist, meint aber, diese Ansicht sei problematisch, weil hier dem Verkäufer keine - wenn auch nur vorübergehende - Liquidität verschafft werde und es außerdem kaum in dessen Sinn liege, auf einen Teil seiner Forderung zu verzichten, obwohl er idR selbst mit dieser in voller Höhe gegen die Forderung des Käufers hätte aufrechnen können. In diesem Sinne scheine auch das OLG Hamm in der in DB 1986, 2428, sehr verkürzt wiedergegebenen Entscheidung die Berechtigung des Käufers zum Skontoabzug ua auch deswegen verneint zu haben, weil dieser nur einen Teil des Rechnungsbetrags gezahlt und den Rest für eine Vertragsstrafe zurückbehalten hatte; werde nicht der volle Betrag entrichtet, so bestehe ein Recht auf den

Skonto nur dann, wenn der ausstehende Teil ganz unbedeutend sei.

**Nach Auffassung des erkennenden Senats richtet sich die Frage nach der Berechtigung zum Skontoabzug bei Tilgung der Werklohnforderung durch rechtzeitig erklärte Aufrechnung des Werkbestellers zuerst nach dem Inhalt der Skontovereinbarung: Ist danach der Skontoabzug von einer Barzahlung durch den Werkbesteller abhängig gemacht, so bleibt für eine solche Berechtigung kein Raum. Ist aber der Skontoabzug bloß für den Fall fristgerechter "Zahlung", also ohne Einschränkung auf Barzahlung bedungen worden, muß, um dem Wesen eines Skontos gerecht zu werden, die aufzurechnende Gegenforderung jedenfalls unbestritten sein.**

Davon kann hier indes keine Rede sein, sodaß der Auffassung des Beklagten in seiner Revisionsbeantwortung, er habe dem Restwerklohn zu Recht die vereinbarte Konventionalstrafe *compensando* entgegen gehalten, nicht beigetreten werden kann. Die Frage, ob ein "Recht auf Skonto" wenigstens dann bestehe, wenn der ausstehende Teil ganz unbedeutend ist (so die von Iro [aaO] zitierte Entscheidung des OLG Hamm in DB 1986, 2428), muß hier - da der Sachverhalt anders gelagert ist - nicht gelöst werden.

c) Gemäß § 1336 Abs 1 erster Satz ABGB können die vertragsschließenden Teile eine besondere Übereinkunft treffen, daß auf den Fall des zu spät erfüllten Versprechens anstatt des zu vergütenden Nachteils ein bestimmter Geldbetrag entrichtet werden solle. Die Vertragsstrafe ist eine Vorauspauschalierung künftig möglichen Schadens und dient dazu, die meist schwierigen Schadensfeststellungen zu vermeiden und vertragsbestärkend zu wirken. Sie ist von der

Höhe des wirklich eingetretenen Schadens unabhängig, gebührt also an sich auch dann, wenn - wie hier - kein Schaden eingetreten ist (Mayrhofer in Ehrenzweig, Schuldrecht AT3 315 mwN; Koziol/Welser, Grundriß10 I 211). Ist die Erfüllung durch Zufall unmöglich geworden (§ 911, 1311 und 1447 ABGB), so verfällt die Vertragsstrafe nicht; regelmäßig ist die Pflicht zu ihrer Entrichtung eine abhängige Verbindlichkeit, die erlischt, wenn die Hauptverbindlichkeit wegen Unmöglichkeit der Leistung wegfällt (5 Ob 200/73; Mayrhofer aaO 216 mwN in FN 10). Umso weniger verfällt der Vergütungsbetrag, wenn der Versprechende wegen einer Leistungsstörung durch den anderen Vertragspartner nicht erfüllen kann (Mayrhofer aaO 216 in FN 10).

Im vorliegenden Fall gilt es, die Frage zu beantworten, welches Schicksal der für den Fall der Nichteinhaltung des Terminplans durch den Werkunternehmer versprochenen Vertragsstrafe beschieden ist, wenn der Zeitplan infolge Änderung des Leistungsprogramms oder gar wegen Behinderung des Werkunternehmers zufolge Mißachtung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller von Ersterem nicht eingehalten werden kann:

Zu dieser Frage hat der deutsche Bundesgerichtshof bei vergleichbarer Rechtslage mit Billigung durch die Lehre (vgl nur die Nachweise bei Rieble in Staudinger, BGB13 § 339 Rz 106 mwN) ausgesprochen (WM 1974, 206; NJW 1966, 971 = LM § 339 BGB Nr 11), daß eine entsprechende Fristverlängerung unter Aufrechterhaltung der Abrede nur dann in Betracht kommt, wenn die Abweichungen vom Zeitplan infolge Behinderungen des Werkunternehmers durch den Besteller nicht sonderlich ins Gewicht fallen. Führten die vom Unternehmer nicht zu vertretenden Umstände indes dazu, daß ein ganzer Zeitplan

"umgeworfen und" der Unternehmer zu einer durchgreifenden Neuordnung gezwungen" werde, so könne nicht angenommen werden, daß die Beteiligten auch eine solche Lage bei Vereinbarung der Vertragsstrafe erfassen wollten; jedenfalls würde das nicht den Grundsätzen von Treu und Glauben entsprechen. Solche grundlegende Änderungen zögen somit weitere Folgen nach sich, die in das ursprüngliche Vertragsbild nicht mehr einzuordnen seien und deshalb eine neue Fristberechnung unmöglich, zumindest aber unsicher machten. Durch eine solche grundlegende Umgestaltung der Verhältnisse sei der Strafabrede der Boden entzogen, sodaß sie hinfällig werde.

Diese Erwägungen können auch für den österreichischen Rechtsbereich fruchtbar gemacht werden, zumal der Oberste Gerichtshof bereits in der Entscheidung 8 Ob 336, 337/67 aussprach, die für die verspätete Erfüllung zugesagte Vertragsstrafe müsse, sei für jeden Tag der Terminüberschreitung ein erheblicher Betrag zu zahlen, im Falle der eine erhebliche Verzögerung auslösenden mangelhaften Erfüllung bei Auslegung des Vertrags nach der redlichen Verkehrsübung nicht entrichtet werden, gehe der Verzug auch auf eine unzulängliche Mitwirkung des Versprechensempfängers zurück (vgl dazu auch Mayrhofer aaO 216 FN 10). Dabei sind neben den Behinderungen infolge Verletzung von Mitwirkungspflichten durch den Besteller auch die Leistungsänderungen, die sich oft genug gerade im Zuge von Bauführungen als notwendig und zweckmäßig erweisen, in die Erwägungen miteinzubeziehen.

Unter Bedachtnahme auf die werkvertragliche Risikoaufteilung sind bei pönalisiertem Verzug mangels abweichender Vereinbarung je nach dem zeitlichen Ausmaß

der Verzögerung nachstehende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

**Überschaubare kurzfristige Verzögerungen, die der Sphäre des Werkbesteller zuzurechnen sind, gleichviel ob sie von ihm angeordneten Leistungsänderungen oder der zögerlichen Erfüllung von dessen Mitwirkungspflichten entspringen, verlängern die vertraglich festgelegten Fertigstellungsfristen entsprechend; die Vertragsstrafe sichert dann die Einhaltung der so modifizierten (verlängerten) Ausführungsfristen.**

**Überschreiten indes die aus der Sphäre des Werkbestellers herrührenden Verzögerungen das in erster Linie am Umfang der zu erbringenden Werkleistungen und an der wirtschaftlichen Leistungskraft des Werkunternehmers abzulesende zeitliche Maß des Üblichen, auf das sich jeder Werkunternehmer einzustellen hat, wird also der Zeitplan "über den Haufen geworfen" (so Rieble aaO), dann gibt es keine verbindliche Fertigstellungsfrist mehr und die Strafabrede geht ins Leere, selbst wenn der Unternehmer zur Leistung in angemessener Frist verhalten bleibt und insofern auch in Verzug geraten kann.**

In den Vertrag zwischen den Streitparteien waren alle einschlägigen Ö-Normen in der zum Zeitpunkt der Anbotslegung geltenden Fassung einbezogen. Nach Punkt 2.10.5.1 der danach maßgeblichen Ö-Norm A 2060 mit Ausgabedatum 1. Jänner 1983 (inhaltlich übereinstimmend mit Punkt 2.23.1 der Ö-Norm B 2110 mit Ausgabedatum 1. März 1995) war der Auftraggeber berechtigt, Art, Umfang oder Mengen vereinbarter Leistungen zu ändern bzw. zusätzliche Leistungen zu verlangen, die im Vertrag nicht

vorgesehen, aber zur Ausführung der Leistung notwendig waren, sofern solche Änderungen bzw zusätzlichen Leistungen dem Auftragnehmer zumutbar waren. War damit eine Verzögerung der Ausführung verbunden, so war nach Punkt 2.10.5.6 der Ö-Norm A 2060 in der genannten Fassung (nunmehr Punkt 2.23.11 der Ö-Norm B 2110 in der gegenwärtigen Fassung) eine Verlängerung der Leistungsfrist zu vereinbaren. Nach Punkt 2.15.2 der Ö-Norm A 2060 (Ausgabedatum 1. Jänner 1983) hatte der Auftragnehmer Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist, wenn er den Auftraggeber davon ehestens verständigt hatte und die Behinderung im Bereich des Auftraggebers lag (nun Punkt 2.33.2.1 der Ö-Norm 2110 mit Ausgabedatum 1. März 1995). Wurde die Frist verlängert, so traten allfällige Verzugsfolgen erst bei Überschreitung der verlängerten Frist ein (Punkt 2.15.2.5 der Ö-Norm A 2060 mit Ausgabedatum 1. März 1983, nunmehr Punkt 2.33.2.5 der Ö-Norm B 2110, Ausgabedatum 1. März 1995). Der Werkunternehmer hatte (und hat auch derzeit noch), waren (bzw sind) die einschlägigen Ö-Normen in der Vertrag einbezogen, bei Behinderungen durch den Werkbesteller infolge aufgetragener unzumutbarer Leistungsänderungen oder Säumnis des Auftraggebers bei der Mitwirkung Anspruch auf angemessene Bauzeitverlängerung, deren Ermittlung sich an der dem Werkvertrag zugrundeliegenden Leistungsintensität, wie sie etwa im Bauzeitplan dokumentiert ist, zu orientieren hatte (bzw hat). Folgen einer solchen Bauzeitverlängerung war (bzw ist) neben anderen, hier nicht näher zu erörternden Ansprüchen des Auftragnehmers (zB Mehrkosten), daß die pönalisierten Termine entsprechend zu erstrecken waren (bzw sind [Jurecka/Kühne/Oberndorfer/Straube, Vergabe- und Verdingungswesen Anm 23.13 zu Punkt 2.23.11 der



Ö-Norm B 2110]).

Inwieweit dem Werkunternehmer Leistungsänderungen bzw zusätzliche Leistungen zumutbar sind, kann nur im Einzelfall entschieden werden; ob in Fällen, in denen es um eine nicht geplante Bindung von Kapazitäten des Unternehmers oder um nicht kostendeckende Mehrpreise geht, die Grenze der Zumutbarkeit mit etwa 15 % des ursprünglichen Vertragspreises anzunehmen ist (wie das Jurecka/Kühne/Oberndorfer/Straube aaO Anm 23.1 zu Punkt 2.23.1 der Ö-Norm B 2110 meinen), muß hier nicht näher geprüft werden.

Auch an diesen Erwägungen ist die hier maßgebliche Frage zu messen, ob die Parteien auch nach dem strengen Maßstab des § 863 Abs 1 ABGB vom modifizierten, also vom 2. Bauzeitplan abgegangen sind. Im vorliegenden Fall war allen Beteiligten klar, daß die in diesem Zeitplan vereinbarten Ausführungsfristen jedenfalls auch wegen der nicht unerheblichen Leistungsänderungen (Fußböden, Stiegen, Fenster, Fensterbänke und Elektroinstallationen) und verzögerten Materialentscheidungen der Werkbesteller nicht eingehalten werden konnten und daß deshalb keine verbindliche Ausführungsfrist für das Gesamtbauwerk gegeben war. Ließ der beklagte Werkbesteller bei dieser Sachlage die Erklärungen der klagenden Werkunternehmerin in deren Schreiben vom 8. und 19. Juni 1990, daß der Terminplan keine Gültigkeit mehr habe, unwidersprochen, so kann dieses Verhalten des Beklagten nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, daß auch er von den bis dahin verbindlichen Ausführungsfristen, die jedenfalls auch infolge der von ihm selbst geforderten Leistungsänderungen nicht mehr einzuhalten waren, abgehen wollte. Neue Fertigstellungstermine für das Gesamtwerk wurden aber in der

Folge nicht vereinbart. Hätte der beklagte Werkbesteller auf der Pönalisierung der nun einzuhaltenden (angemessenen) Ausführungsfristen bestehen wollen, so hätte er mit der Klägerin eine entsprechende Vereinbarung treffen müssen. Die zweite Instanz übersieht bei ihrer Argumentation, das Verhalten des Beklagten lasse nicht auf einen Verzicht auf die Einhaltung des Terminplans und die Pönalisierung von Terminüberschreitungen schließen, weil er jedenfalls immer auf eine möglichst rasche Fertigstellung des Hauses gedrängt habe, daß auch der Besteller selbst bei Wegfall des Bauzeitplans regelmäßig an der raschestmöglichen Fertigstellung des Werks interessiert ist.

Angesichts der schlüssigen Außerkraftsetzung des Bauzeitplans und der unterbliebenen Vereinbarung neuer Fertigstellungstermine war der im Werkvertrag zwischen den Streitparteien getroffene Strafabrede der Boden entzogen. Allein schon deshalb konnte die Klägerin aber auch die für die Überschreitung der ursprünglich bedungenen Ausführungsfristen zugesagte Vertragsstrafe nicht verwirkt haben. Der Beklagte wäre allerdings nicht daran gehindert gewesen, einen tatsächlich bei ihm eingetretenen Verzögerungsschaden - ein solcher wurde allerdings nicht festgestellt - klageweise oder zur Aufrechnung gegen die eingeklagte Forderung geltend zu machen. Auf die Tatsache, daß sich die Klägerin - worauf das Gericht zweiter Instanz hinweist - jedenfalls in Verzug befand, weil der Außenputz des Hauses unbestrittenermaßen erst Ende September 1980 (38. oder 39. KW) aufgebracht wurde, ohne daß die Klägerin vorgebracht hätte, diese Verspätung habe ihre Ursache auch in den von den Werkbestellern geforderten Leistungsmodalitäten gehabt, muß deshalb erst gar nicht eingegangen werden.

Damit stellt sich aber auch nicht mehr die Frage nach einer richterlichen Mäßigung der ursprünglich bedungenen Vertragsstrafe, die an sich im vorliegenden Fall möglich wäre, weil der Bauunternehmer, selbst wenn er als Generalunternehmer tätig wird, nicht Kaufmann im Sinne des § 1 HGB ist (8 Ob 640/93 = EvBl 1994/118 mwN) und das Unternehmen der Klägerin unbestrittenermaßen nicht im Firmenbuch eingetragen ist (§ 2 HGB), so daß § 348 HGB nicht anzuwenden wäre. Im übrigen wäre § 1336 Abs 2 ABGB auch nach Punkt 2.17.1 der Ö-Norm A-2060, Ausgabedatum 1. Jänner 1983 [jetzt Punkt 2.35.1 der Ö-Norm B 2110, Ausgabedatum B 2110] anzuwenden.

Aus all den voranstehenden Erwägungen besteht der zur Aufrechnung eingewendete Vertragsstrafenanspruch des Beklagten nicht zu Recht.

d) Dem Werkbesteller wird das Leistungsverweigerungsrecht nach § 1052 ABGB insbesondere deshalb zuerkannt, weil mit Verbesserungsansprüchen mangels Gleichartigkeit gegen Werklohnforderungen nicht aufgerechnet werden kann, der Werkbesteller aber dennoch die Möglichkeit haben soll, seinen Gewährleistungsanspruch zu sichern und den Unternehmer zur baldigen Verbesserung anzuspornen (1 Ob 2005/96a mwN = RdW 1997, 449 [Iro]). Nach ständiger und trotz der Bedenken Koziols (Die Grenzen des Zurückbehaltungsrechts bei nicht gehöriger Erfüllung in ÖJZ 1985, 737 ff) aufrechterhaltener Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (SZ 39/27, SZ 48/108, SZ 62/169 uva, zuletzt 10 Ob 384/98p mwN; RIS-Justiz RS0021730) ist der Besteller berechtigt, die gesamte noch offene Gegenleistung und nicht bloß einen den Kosten der Behebung des Mangels entsprechenden Teil davon bis zur Verbesserung des

mangelhaften Werks durch den Unternehmer zu verweigern, weil der Werkvertrag vor der gehörigen Erfüllung der zugesagten Leistung noch nicht erfüllt und der Werklohnanspruch daher gemäß § 1170 ABGB noch nicht fällig ist. Ein derartiges Zurückbehaltungsrecht besteht nach herrschender Rechtsprechung nur nicht bei ganz unbedeutenden Mängeln, vor allem, wenn die Ausübung des Rechts zur Schikane (§ 1295 Abs 2 ABGB) ausartet (1 Ob 2005/96a mwN). Von solch unbedeutenden Mängeln, geschweige denn von Schikane kann im vorliegenden Fall indes schon im Hinblick auf das Verhältnis zwischen dem Gesamtwerklohn und den Mängelbehebungskosten keine Rede sein. Im übrigen kann dazu auf die zutreffenden Ausführungen der zweiten Instanz verwiesen werden (§ 510 Abs 3 ZPO).

Mit dem Haftungsrücklaß soll in erster Linie eine Deckung für zunächst verborgene Mängel geschaffen und das Hinausschieben der Endabrechnung im Hinblick auf allenfalls noch vorhandene, zunächst aber nicht erkennbare Mängel vermieden werden. Damit wird aber nicht ohne weiteres auf das darüber hinausgehende Leistungsverweigerungsrecht des Bestellers mangels Fälligkeit des Werklohns wegen Unterlassung einer Verbesserung des mangelhaften Werkes verzichtet (8 Ob 628/90 = ecolex 1991, 315; RIS-Justiz RS0018128).

Eine Klausel in allgemeinen Geschäftsbedingungen, bei Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen sei der Käufer nur berechtigt, den für die Mängelbehebung notwendigen Aufwand zurückzuhalten, ist eine unzulässige Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts des Verbrauchers und damit ein Verstoß gegen § 6 Abs 1 Z 6 und Z 7 KSchG (2 Ob 523/94 =

RdW 1994, 346 = WBl 1994, 344). Gleiches muß auch für Werkverträge gelten, stellt doch das Konsumentenschutzgesetz nur allgemein auf § 1052 ABGB ab. Die Klägerin kann sich daher gegenüber dem Beklagten als Verbraucher auf eine entsprechende Klausel in einer Ö-Norm nicht berufen, enthält doch § 6 Abs 1 KSchG einen Katalog unzulässiger und jedenfalls - somit auch bei Aushandeln - unwirksamer Vertragsklauseln (EvBl 1997/34). Dem Beklagten war daher das Leistungsverweigerungsrecht nicht verwehrt, weshalb sich der Ausspruch der Vorinstanzen über die Zinsen als zutreffend erweist.

Damit ist das Ersturteil in Ansehung der Fragen des Kontos und der Vertragsstrafe wiederherzustellen, in der Abweisung des Zinsenmehrbegehrens ist dagegen die Berufungsentscheidung zu bestätigen.

Die Kostenentscheidung fußt auf den §§ 41, 43 Abs 2 und 50 ZPO. Die erstinstanzliche Kostenentscheidung wird wiederhergestellt. Im Berufungsverfahren sind die klagende Partei und ihre Nebenintervenientin mit ihren Berufungen nicht durchgedrungen, die klagende Partei hat daher der beklagten Partei die Kosten ihrer Berufungsbeantwortung ON 68 zu ersetzen. Die Berufungsbeantwortung des Beklagten ON 69 zur Berufung der Nebenintervenientin ist nicht zu honorieren, weil der Nebenintervenient nicht zur Kostenzahlung verpflichtet werden kann. Auch die beklagte Partei drang mit ihrem Rechtsmittel nicht durch und hat daher der klagenden Partei und ihrer Nebenintervenientin die Kosten des Berufungsverfahrens zu ersetzen. Da die klagende Partei und ihre Nebenintervenientin das Ersturteil nur in Ansehung von Nebengebühren (Zinsen) angefochten haben, ist für die Berufungsverhandlung § 43 Abs 2 ZPO anzuwenden. Im

Revisionsverfahren drang die klagende Partei mit ihrem restlichen Kapitalbegehren zur Gänze durch und hat daher nach § 43 Abs 2 und § 50 ZPO Anspruch auf vollen Kostenersatz.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 23. Februar 1999  
Dr. S c h l o s s e r  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
der Leiter der Geschäftsabteilung:

**A.1.2 Urteil 2: Entscheidungstext „7 Ob 43/14w“ vom 04.06.2014**

11 Seiten



**IM NAMEN DER REPUBLIK**



Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Huber als Vorsitzende und die Hofrätinnen und Hofräte Dr. Hoch, Dr. Kalivoda, Mag. Dr. Wurdinger und Mag. Malesich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei M\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Daniel Kornfeind, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei A\*\*\*\*\* GmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Günther Grassner und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen 64.065,12 EUR sA, über die außerordentliche Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 27. Jänner 2014, GZ 5 R 190/13t-87, womit das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 24. Juli 2013, GZ 33 Cg 250/10d-83, teilweise abgeändert wurde, zu Recht erkannt:

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird dahin abgeändert, dass das Urteil des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 6.011,04 EUR (darin enthalten 774,90 EUR USt und 1.362 EUR an Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Die Beklagte plante die Errichtung eines Einfamilienhauses mit einer Wohnfläche von etwa 2.500 m<sup>2</sup> und einem Investitionsvolumen von über 10 Mio EUR. Sie beauftragte die Klägerin auf Basis des Anbots vom 27. 4. 2007 mit Planleistungen hinsichtlich Heizungsanlage, Lüftungsanlage, Raumkühlung, Sanitärinstallation (inklusive

Ausstattungsgegenstände), technische Ausstattung von Schwimmbad und Whirlpool sowie Wellnessbereich, Multimediaanlage sowie „sämtliche weitere technischen Installationen inklusive Endgeräte“. Weiters sollte sie die Bauaufsicht dafür übernehmen. Bei der Planung waren vorgesehen: Vorplanung (Projekt- und Planungsvorbereitung), Entwurfplanung (System- und Integrationsplanung), Bewilligungsplanung (Einreichplanung) und Ausführungsplanung (Führungspläne, Projektpläne). Von Anfang an wurde das Bauvorhaben „zeitgleich von Architektur und Haustechnik“ geplant. Ab etwa April 2007 gab es zahlreiche Sonderwünsche des Bauherrn, die im Anbot der Klägerin nicht enthalten waren. Dadurch erhöhten sich die Herstellungssummen. Die Klägerin plante oftmals bereits die Haustechnik, obwohl die Architekturplanung noch nicht freigegeben war. Dies verursachte eine erhebliche Mehrbelastung der Klägerin. Die Parteien vereinbarten, abgehend vom Vertrag, dass der Aufwand der Klägerin nach Stundensätzen zu honorieren sei. Eine Höchstgrenze des Honorars wurde nicht vereinbart.

Die Beklagte bezahlte die Rechnungen der Klägerin im Gesamtbetrag von 286.580,57 EUR umgehend. Die Rechnungen vom 31. 12. 2007 bis 6. 2. 2008 im Gesamtbetrag von 64.065,12 EUR hingegen bezahlte sie nicht mehr. Als der Geschäftsführer der Klägerin am 5. 2. 2008 mit dem Vertreter der Beklagten Rücksprache hielt, wurde ihm erklärt, dass sich die Beklagte auf Grund der ihrer Meinung nach „überbordenden Konsulentenkosten“ für eine Beendigung der Zusammenarbeit entschieden habe. Mit sofortiger Wirkung sei die gesamte Planungstätigkeit und die örtliche Bauaufsicht inklusive Rechnungsprüfung einzustellen. Die Klägerin bot an, ihre Leistungen gegen

entsprechende Entlohnung auch weiterhin durchzuführen. Es möge für die Fortsetzung der Leistungen der gewünschte Leistungsumfang definiert werden. Mit E-Mail vom 7. 2. 2008 schlug der Geschäftsführer der Klägerin einen Weg zur Fertigstellung der Planung vor. Die Detailplanung für die Gewerke sollten die ausführenden Unternehmen in Abstimmung mit dem Auftraggeber übernehmen. Die grundsätzlichen Versorgungsschemata werde die Klägerin erstellen. Die Anpassung der „TGA-Ausführungspläne an die Architekturdetailpläne“ solle durch die ausführenden Unternehmen im Zuge der Montageplanung erfolgen. Dies bringe eine wesentliche Reduktion des erforderlichen Zeitaufwands. Weiters hielt der Geschäftsführer der Klägerin die wesentlichen Planungsschritte fest. Unter anderem gab er an, dass die Entwurfsplanung zu 60 % und die Ausführungsplanung zu 30 % erledigt sei. Die Beklagte erwiderte, dass sie an der Fachplanungsleistung kein Interesse habe. Es möge präzisiert werden, welche Planungsleistungen die Klägerin noch erbringen und welcher „endgültige, beste Letztpreis für das Planungspaket“ angeboten werde. Im E-Mail des Geschäftsführers der Beklagten an die Klägerin vom 7. 2. 2008 hielt dieser fest, dass seiner Meinung nach die Entwurfs- und Ausführungsplanung bereits zu 88,5 % erledigt sei.

Der Geschäftsführer der Klägerin wies im E-Mail vom 8. 2. 2008 den Geschäftsführer der Beklagten darauf hin, dass er augenscheinlich einer Fehlinformation unterliege, wenn er davon ausgehe, dass die TGA-Planung für das gesamte Bauvorhaben abgeschlossen sei und es sich bei der Weiterführung nur mehr um Anpassungen handle. Er verwies auf den bereits prognostizierten noch fehlenden, aber erforderlichen Planungsaufwand. Der zu erwartende Aufwand

sei bei weitem nicht gedeckt, es sei denn, die Beklagte könne Planungsvorgaben eindeutig definieren. Sollte der Geschäftsführer der Beklagten sich gegen eine weitere Zusammenarbeit entscheiden, werde die Klägerin sämtliche Planungsunterlagen dem weiterführenden Haustechnikplaner geordnet übergeben. Die Klägerin werde, wenn dies erforderlich sei, dem neuen Haustechnikplaner für Rückfragen zur Verfügung stehen.

Die Zusammenarbeit wurde Anfang Februar 2008 beendet. Die Klägerin gab weder Ausführungs- noch Montagepläne frei. Die Entwurfspläne der Klägerin waren etwa zu 60 %, die Führungspläne zu etwa 30 % fertiggestellt. Nach dem E-Mail der Klägerin vom 8. 2. 2008 gab es zwischen den Parteien keine Kommunikation zum Bauvorhaben mehr. Es wurden keine Mängel gerügt. Es kann nicht festgestellt werden, welche Pläne (seien es Entwurfspläne, Führungspläne oder Ausführungspläne) die Klägerin der Beklagten konkret übergeben hat und inwieweit die Beklagte die von der Klägerin erstellten Pläne für die Haustechnik umgesetzt hat. Jedenfalls zogen die ausführenden Unternehmen den von der Klägerin erstellten Plan „Schema Wärmepumpen“ für die konkreten Montagearbeiten heran. Der Plan enthält die Bemerkung „zur Planung am 22. 6. 2007“. Das umrandete, mit „Freigabe“ überschriebene Rechteck ist nicht ausgefüllt. Die Klägerin gab diesen Plan nicht frei.

Die Klägerin begehrt den restlichen Werklohn von 64.065,12 EUR.

Gegenstand des Revisionsverfahrens ist nur mehr die von der Beklagten bis zur Höhe des Klagsbetrags compensando eingewendete Gegenforderung, die die **Beklagte** darauf stützt, dass das von der Klägerin erstellte „Schema Wärmepumpen“ Mängel aufweise, weil sich die

Raumtemperatur nicht wunschgemäß einstellen lasse. Ursache sei die nicht normgemäße Situierung der Reguliereinrichtung für den hydraulischen Abgleich der Stränge. Da die Beklagte nicht das erhalten habe, was sie bestellt habe, sei ihr ein Nachteil erwachsen, welcher nicht sanierbar sei, sodass ihr gemäß § 933 ABGB zumindest ein Preisminderungsanspruch zustehe.

Die **Klägerin** bestreitet die eingewandte Gegenforderung. Auf Grund der rudimentär erbrachten Vorleistungen und der sich laufend ändernden Bauherrnwünsche habe man versucht, den Planungsstand halbwegs aktuell zu halten. Bevor es zu einer Ausführungs- und Montageplanung überhaupt gekommen sei, habe die Beklagte das Vertragsverhältnis zur Klägerin ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes mit sofortiger Wirkung aufgekündigt. Die Klägerin habe weder Ausführungs- noch Montagepläne freigegeben, die im Zusammenhang mit den von der Beklagten behaupteten Mängeln stünden. Die Klägerin sei gehindert worden, Fertigstellungsarbeiten bei der Planung durchzuführen. Sie habe festgehalten, dass die Planung noch nicht fertig sei. Damit sei klar gewesen, dass vor der Verwendung der Plandokumentation der Klägerin mit ihr Rücksprache gehalten werden müsse, ob die Pläne „fertig“ seien. Dass das „Schema Wärmepumpe“ noch nicht freigegeben gewesen sei, sei anhand des Planes erkennbar gewesen, er habe keinen Freigabevermerk gehabt. Der Beklagten und den ausführenden Unternehmen habe bekannt sein müssen, dass die Planleistungen noch nicht abgeschlossen seien. Die Beklagte trage das alleinige Verschulden daran, dass sie dies nicht erkannt habe.

Das **Erstgericht** erkannte die Klagsforderung als mit 64.065,12 EUR als zu Recht, die Gegenforderungen als

nicht zu Recht bestehend und gab dem Klagebegehren statt. Die Beklagte und die von ihr beigezogenen Unternehmen hätten sich auf den Plan „Schema Wärmepumpen“ der Klägerin gestützt, obwohl dieser von ihr nicht freigegeben worden sei und sie auch noch Anfang Februar 2008 mehrfach darauf hingewiesen habe, dass ihre Planung noch nicht abgeschlossen sei. Dazu komme, dass die Planung der Klägerin im Hinblick auf laufende Änderungen auch in der Architekturplanung ständigen Änderungen unterworfen gewesen sei und die Beklagte die Zusammenarbeit mit der Klägerin Anfang Februar 2008 abrupt beendet habe. Die Beklagte habe keine weiteren Planungsunterlagen angefordert. Auch wenn der Plan „Schema Wärmepumpen“ diverse Mängel habe, sei dies nicht von der Klägerin zu vertreten, da sie keine Möglichkeit gehabt habe, Verbesserungen der Pläne vorzunehmen oder diese frei zu geben. Es wäre an den ausführenden Unternehmen gelegen, offensichtliche Fehlplanungen nicht umzusetzen oder Rücksprache mit der Klägerin zu halten.

Das **Berufungsgericht** änderte das Urteil dahin ab, dass es die Gegenforderung mit 32.000 EUR als zu Recht bestehend erkannte und damit das Klagebegehren in diesem Umfang samt 8,38 % Zinsen seit 5. 2. 2011 abwies. Es folgte der Ansicht der Beklagten, dass die Klägerin zum Ersatz von Mängelfolgeschäden verpflichtet sei. Der überlassene Plan „Schema Wärmepumpen“ wirke genau ausgearbeitet und erwecke nicht den Eindruck, dass es sich dabei nur um einen vorläufigen Entwurf handle. Es fehle ein konkreter Hinweis darauf, dass der Plan noch nicht endgültig sei und erst überarbeitet werden müsste. Abgesehen davon habe die Klägerin die hohen Kosten ihrer Tätigkeit damit begründet, dass sie Pläne laufend habe überarbeiten müssen. Es sei nicht

üblich, dass Pläne vom Planverfasser freigegeben werden müssten. Die Klägerin hätte sich eine Freigabe eindeutig vorbehalten müssen. Aus dem Hinweis, dass die Pläne für das gesamte Bauvorhaben noch nicht abgeschlossen seien, habe die Beklagte keineswegs (zweifelsfrei) entnehmen können, dass die ihr wenig später von der Klägerin übermittelten Pläne tatsächlich fehlerhafte, unfertige und noch nicht überarbeitete Entwürfe gewesen seien. Die Klägerin hätte damit rechnen müssen, dass die Pläne ohne weitere Rücksprache mit ihr zur Ausführung des Bauvorhabens herangezogen würden. Da der Plan „Schema Wärmepumpen“ mangelhaft sei, sei der Klägerin eine Vertragsverletzung anzulasten, sodass die Beklagte gemäß § 933a ABGB einen Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens habe. Ob das bauausführende Unternehmen die mangelhafte Planung der Klägerin hätte erkennen können, sei ohne Belang, weil der Beklagten als Bauherrin ein allfälliges Verschulden dieses Unternehmens nicht angelastet werden könne.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei, weil keine Rechtsfragen erheblicher Bedeutung zu lösen seien.

Gegen die teilweise Abweisung des Klagebegehrens richtet sich die außerordentliche Revision der Klägerin.

In der ihr vom Obersten Gerichtshof freigestellten Revisionsbeantwortung beantragt die Beklagte, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die **Revision** ist zur Wahrung der Rechtssicherheit zulässig, sie ist auch berechtigt.

Der Unternehmer hat keinen Anspruch auf Ausführung oder Vollendung des Werks. Der Besteller kann

vielmehr nach seinem Belieben die Inangriffnahme oder die Fortsetzung und die Vollendung des Werks hindern, weil es unbillig und unzweckmäßig wäre, ihn zu zwingen, das Werk auch dann herstellen zu lassen, wenn sein Interesse daran nicht mehr besteht (RIS-Justiz RS0021809). Die Abbestellung des Werks ist daher grundsätzlich immer zulässig, der Abbesteller hat aber die in § 1168 ABGB vorgesehenen Folgen zu tragen (RIS-Justiz RS0025771; RS0021831). Die Pflicht des Bestellers erschöpft sich in der Gegenleistung (RIS-Justiz RS0021831). Der Werkbesteller behält nach § 1168 ABGB aber den beschränkten Entgeltanspruch, wenn die Verhinderung in Umständen ihren Grund hat, die auf Seiten des Bestellers liegen, wie etwa der Umstand, dass er einem anderen die weiteren Arbeiten überträgt (RIS-Justiz RS0021782).

Die Beklagte war als Werkbestellerin berechtigt, die Fortsetzung und Vollendung des Werks abzulehnen und die Klägerin aufzufordern, ihr die bisher geleisteten und zu bezahlenden Arbeiten auszufolgen. Mit der vorzeitigen Beendigung des Vertragsverhältnisses entfallen grundsätzlich die Erfüllungsansprüche der Beklagten auf Übergabe eines vollendeten und damit mängelfreien Werks. Die Klägerin ist nur verpflichtet, jene Teile ihres Werks (Pläne) zu übergeben, die sie bereits erstellt hat, und zwar in dem Zustand, in dem sie sich bei Untersagung der Fortsetzung des Werks befunden haben. Dass die Klägerin als Werkunternehmerin in Relation zum geforderten Entgelt unadäquate Teilleistungen erbracht hätte, was nur im Rahmen eines Einwands gegen die Werklohnforderung Berücksichtigung finden könnte, behauptet die Beklagte ohnehin nicht.

Auch bei Beendigung des Werkvertragsverhältnisses bestehen weiterhin Schutz- und



Sorgfaltspflichten des Werkunternehmers (vgl. RIS-Justiz RS0017049). Die Frage ist, ob die Klägerin solche verletzt hat, sodass sie gegenüber der Beklagten schadenersatzpflichtig geworden ist.

Das Berufungsgericht wirft der Klägerin vor, bei Übergabe der Pläne nicht ausreichend darauf hingewiesen zu haben, dass diese noch nicht fertig seien und der Ausführung nicht zugrunde gelegt werden könnten. Aus der Forderung der Beklagten, das Vertragsverhältnis mit sofortiger Wirkung zu beenden, ergibt sich nach den Umständen des vorliegenden Falls bereits klar und deutlich, dass die übergebenen Pläne gar nicht fertiggestellt sein konnten. Wird die Fertigstellung des Werks ausdrücklich mit sofortiger Wirkung untersagt, hat die Klägerin gar keine Möglichkeit, unfertige Pläne fertigzustellen. Überdies hielt die Klägerin ausdrücklich fest, mit welchem Prozentsatz ihre Planungstätigkeit abgeschlossen ist, woraus sich ergibt, dass sämtliche Planungsarbeiten noch nicht fertig waren. Sie bot ausdrücklich an, die Planungstätigkeit gegen Entgelt zu vollenden. Damit hat die Klägerin ausreichend darauf hingewiesen, dass die Pläne nicht fertiggestellt waren und damit nicht fehlerfrei sein konnten. Gründe, warum die Beklagte hätte annehmen können, dass gerade der Plan „Schema Wärmepumpen“ im Gegensatz zu allen anderen Plänen doch so weit fertiggestellt gewesen sein sollte, dass er der Ausführung zugrunde gelegt werden hätte können, ergeben sich weder aus dem Vorbringen noch aus den Feststellungen. Die Beklagte hätte zumindest vorher bei der Klägerin Rücksprache halten und von ihr Aufklärung fordern müssen. Dies hat die Klägerin der Beklagten auch angeboten. Auch der Plan selbst erweckt nicht den Eindruck, bereits zur Verwendung für die Ausführung geeignet zu sein. Das auf ihm umrandete Rechteck für die Bestätigung „Freigabe“ ist leer.

Schon damit, dass auf dem Plan eine Freigabebestätigung vorgesehen ist, hat sich die Klägerin - im Gegensatz zur Rechtsmeinung des Berufungsgerichts - die Freigabe ohnehin vorbehalten. Dass sie nicht erteilt wurde, ergibt sich daraus, dass der Vermerk nicht ausgefüllt ist. Legt die Beklagte die nicht freigegebenen, sondern ungeprüften, noch unvollständigen und möglicherweise auch fehlerhaften Pläne ohne weitere Prüfung oder Rücksprache der Ausführung zugrunde, so macht sie dies auf eigene Gefahr. Sie hat den daraus entstandenen Schaden selbst zu tragen. Die Klägerin hat keine Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten zu vertreten.

Die eingewandte Gegenforderung besteht damit nicht zu Recht, wie das Erstgericht zutreffend erkannt hat. Es ist daher das erstinstanzliche Urteil wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO.

Oberster Gerichtshof,  
Wien, am 4. Juni 2014

Dr. H u b e r

Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung:

**A.1.3 Urteil 3: Entscheidungstext „7 Ob 515/91“ vom 18.04.1991**

7 Seiten

**Gericht**

OGH

**Entscheidungsdatum**

18.04.1991

**Geschäftszahl**

7Ob515/91

**Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Wurz als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Warta, Dr. Egermann, Dr. Niederreiter und Dr. Schalich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien Dr. Alfred und Uta \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr. Alexander Puttinger, Rechtsanwalt in Ried i.I., wider die beklagten Parteien 1.) Dipl. Ing. Karl \*\*\*\*\* Gesellschaft mbH & Co KG, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Walter Brandt und Dr. Karl Wagner, Rechtsanwälte in Schärding, 2.) Karl \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Gerhard Stranzinger, Rechtsanwalt in Ried, und

3.) Dipl. Ing. Gerhard \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Walter Mörth, Rechtsanwalt in Linz, wegen S 381.361,-- s.A., infolge Revisionen der klagenden sowie der erst- und zweitbeklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Linz als Berufungsgerichtes vom 24. Oktober 1990, GZ 2 R 95/90-95, womit infolge Berufung der klagenden sowie der erst- und drittbeklagten Partei das Urteil des Kreisgerichtes Ried i.I. vom 20. Dezember 1989, GZ 3 Cg 340/85-83, teils bestätigt, teils aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt und beschlossen:

**Spruch**

Den Revisionen und den Rekursen wird teilweise Folge gegeben. Die angefochtene Entscheidung wird aufgehoben bzw. dahin abgeändert, daß sie unter Einbeziehung der in Rechtskraft erwachsenen Teile (Zuspruch von 124.591 S s.A., gegen die zweitbeklagte Partei und von 155.061 S s.A. gegen die drittbeklagte Partei) in ihrer Gesamtheit 1. als Teilurteil und

2. als Beschluß zu lauten hat:

"1. Die beklagten Parteien sind zur ungeteilten Hand schuldig, den Klägern 50.061 S samt 4 % Zinsen seit 1.10.1985, die zweit- und drittbeklagte Partei darüber hinaus zur ungeteilten Hand einen weiteren Betrag von 74.530 S samt 4 % Zinsen seit 1.10.1985 und die drittbeklagte Partei einen weiteren Betrag von 30.470 S samt 4 % Zinsen seit 1.10.1985 binnen 14 Tagen zu bezahlen.

Hingegen wird das Mehrbegehren gegen die erst- und zweitbeklagte Partei auf Zahlung weiterer 163.211 S s.A. abgewiesen. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.

2. Im übrigen (Klagsabweisung von 63.089 S s.A. gegen die erstbeklagte Partei, von 93.559 S s.A. gegen die zweitbeklagte Partei und von 226.300 S s.A. gegen die drittbeklagte Partei, Zuspruch weiterer 105.000 S s.A. gegen die erstbeklagte Partei sowie Ausspruch über das Nichtzurechtbestehen einer Gegenforderung der zweitbeklagten Partei von 30.470 S und im Kostenpunkt) wird das Ersturteil aufgehoben. In diesem Umfang wird die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen."

Die Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

**Text****Entscheidungsgründe:**

Der drittbeklagte Architekt erhielt von den beiden Klägern 1980 den Auftrag zur Planung und Bauleitung eines Wohnhauses in S\*\*\*\*\* 75. Aufgrund des vom Drittbeklagten erstellten Leistungsverzeichnisses und der von den beiden Beklagten gelegten Anbote wurde die Erstbeklagte im Mai 1981 mit den Baumeisterarbeiten und die zweitbeklagte Partei mit der Errichtung der Heiz- und Sanitärinstallation für dieses Haus beauftragt. Nach den Allgemeinen Vertragsbedingungen verpflichteten sich die beiden Erstbeklagten, sämtliche Arbeiten und Lieferungen nach den anerkannten Regeln des Handwerks und der Technik unter Verwendung einwandfreier und zweckmäßiger Materialien durchzuführen. Die Oberbauleitung und örtliche Bauleitung wurde durch den Drittbeklagten (und seinen Kanzleikollegen Dipl. Innenarchitekt \*\*\*\*\*) wahrgenommen. In den Allgemeinen

und Besonderen Vertragsbedingungen wurde ein Haftrücklaß in Höhe von 5 % der Gesamtkosten vereinbart, der erst nach gemeinsam durchgeführter anstandsloser Schlußkollaudierung freigegeben werden sollte, wobei den erstbeklagten Parteien die Möglichkeit eingeräumt wurde, nach vorherigem Einvernehmen den Haftrücklaß durch Vorlage einer Bankgarantie zu ersetzen. Ebenso ist in den Vertragsbedingungen angeführt, daß die beiden Erstbeklagten die Leistung unter eigener Verantwortung nach dem Vertrag durchzuführen haben. Laut Leistungsverzeichnis des Drittbeklagten sollten sämtliche Räume des Hauses eine Fußbodenheizung nach dem System DERIA erhalten. Dafür schrieb der Drittbeklagte im Leistungsverzeichnis für die Baumeisterarbeiten (Wärme- und Schallisierungen) Trittschalldämmplatten der Type TDP-35/30 als Wärmedämmung vor. Dem Bauleiter der erstbeklagten Partei Ing. \*\*\*\*\*, der auch deren Anbot erstellt hatte, war die Verwendung TDP-Platten bei einer Fußbodenheizung nicht geläufig. Über seine Frage bejahte der Drittbeklagte die Eignung dieser Platten für eine Fußbodenheizung. Im Winter 1981/82, als der Bau bis zur Verlegung der Fußbodenheizung gediehen war, schlug die zweitbeklagte Partei anstelle einer Fußbodenheizung nach dem System DERIA eine solche nach dem VELTA-System vor, womit der Drittbeklagte einverstanden war. Der Hersteller des VELTA-Systems schreibt in seiner Aufbauanleitung eine Wärme- und Trittschalldämmung aus Hartschaum-Polystrol vor. Weder der Drittbeklagte noch die Leute der erstbeklagten Partei nahmen vor dem Einbau dieses Systems in die vom Hersteller erstellte Aufbauanleitung Einsicht. Der Zweitbeklagte unterließ einen Hinweis auf diese Aufbauanleitung. Von der erstbeklagten Partei wurden die bereits vor der zitierten Entscheidung angelieferten TDP-35/30 Trittschalldämmplatten eingebaut, die eine geringere Steifigkeit aufweisen als die von der Herstellerfirma (für Fußbodenheizungen empfohlene) Trittschalldämmplatten TDP S 55/50. Die nach dem VELTA-System vorgesehene Wärme- und Trittschalldämmplatte aus Polystrol weist eine noch höhere dynamische Steifigkeit als die letztgenannte Trittschalldämmplatte auf. Der Zweitbeklagte, der auch die Überwachung der Isolierung und des (auf die Fußbodenheizung aufzutragenden) Fußbodenaufbaues samt Einbetonierung übernommen hatte, war bis zur Beendigung der Estricharbeiten durch die erstbeklagte Partei überwiegend auf der Baustelle anwesend, achtete aber in erster Linie darauf, daß die Heizleiter nicht beschädigt wurden. Über den von der erstbeklagten Partei aufgebrachten (schwimmenden) Estrich wurde von der Firma \*\*\*\*\* ein Natursteinplattenfußboden verlegt.

Im November 1982 kam es in sämtlichen fußbodenbeheizten Räumen des Hauses der Kläger zur Absenkungen der Fußbodenoberfläche an den Rändern. Diese Absenkungen erreichten im Mai 1986 ein Ausmaß von 0.5 bis 12 mm. Von Mai 1986 bis Oktober 1988 kam es nur mehr an einer weiteren Stelle zu einer Fugenvergrößerung von 5 auf 7 mm. Weitere Fußbodenabsenkungen im Wohnhaus der Kläger sind generell mit größerer Wahrscheinlichkeit nicht zu erwarten, sofern es nicht zu einer nachträglichen Durchfeuchtung der Fußbodenkonstruktion kommt. Eine Beeinträchtigung der Funktionsstörung der Fußbodenheizung selbst ist aufgrund der Absenkungen der Fußbodenoberfläche nicht gegeben. Die Absenkung der Fußböden ist auf mehrere zusammenwirkende Ursachen zurückzuführen, nämlich auf die Verwendung der durch den Fußbodenaufbau zusammengedrückten Trittschalldämmplatte TDP 35/30 anstelle von Trittschalldämmplatten TDP S 55/50 (richtig wohl anstelle von Hartschaumpolystroldämmplatten), auf die Aufschüsselung des Estrichs bei der Aufbringung des Oberbodenbelages und der Wandsockelleisten, auf das Verlegen des Oberbelages zu einem Zeitpunkt, als der Estrich noch nicht ausreichend ausgetrocknet war, sowie auf die Art der Verlegung des Oberbelages ohne ausgebildete Knirsch- und Dehnfugen. Darüber hinaus kam es auch noch zu Rißbildungen im Oberbodenbelag. Auch diese Risse sind wieder auf mehrere Ursachen zurückzuführen, nämlich auf die Verlegung des Oberbelages zu einem Zeitpunkt, als der Estrich noch nicht ausreichend ausgetrocknet war, auf die Art der Bodenverlegung ohne ausreichend ausgebildete Knirsch- und Dehnfugen, auf die Verwendung zu dünner Rand-Dämmstreifen, auf die Verschiebung der Rand-Dämmstreifen bei Einbau des Estrichs und auf das Fehlen von Überschubrohren bei den die Türdurchgänge querenden Heizleitern.

Die Sanierung der Fußbodenabsenkungen und der dadurch verursachten Vergrößerung der Fugen erfordert ohne Entfernung des gesamten Fußbodenaufwandes einen Aufwand von S 210.000,-- wobei nur der Oberbodenbelag entfernt, der Estrich saniert und der jeweilige Bodenbelag einschließlich der Wandabschlußleisten fachgerecht wiederhergestellt wird. Die Sanierung der Mängel ohne Herstellung der Ebenflächigkeit der Fußböden einschließlich der Sanierung der 14 Türdurchgänge und der notwendigen Malerarbeiten erfordert einen Aufwand von S 73.095,60.

Die Kläger begehren von den drei Beklagten die Bezahlung von S 381.361,-- und brachten vor, daß die Kosten der Verbesserung der Mängel in ihrem Wohnhaus sich auf S 436.300,-- beliefen. Von diesem Betrag bringen sie den Haftrücklaß gegenüber der erstbeklagten Partei von S 54.939,-- in Abzug. Die Mängel seien von allen drei Beklagten verschuldete worden. Die Ursache der Bodensenkung liege in der Verwendung einer zu weichen Tel Wolle als Untergrund für die Fußbodenheizung, die erstbeklagte Partei habe darüber hinaus noch einen mangelhaften Estrich eingebaut, sie habe ihre Warnpflicht verletzt. Der Zweitbeklagte habe die Überwachung der Isolierung und der Einbetonierung des Fußbodenaufbaues vernachlässigt und habe ebenfalls seine Warnpflicht verletzt. Der Drittbeklagte habe als planender Architekt Ausschreibungsfehler begangen und ebenfalls die Bauüberwachung vernachlässigt. Zur Beseitigung aller Mängel der Fußböden müßten diese zur Gänze - einschließlich der Fußbodenheizung - herausgerissen und die zu weiche Trittschalldämmung durch eine härtere Dämmung ersetzt und der gesamte Fußbodenaufbau wieder hergestellt werden. Letztlich brachten die

Kläger vor, daß durch die bestehenden Mängel ihr Haus eine Wertminderung von mindestens S 436.300,-- erlitten habe.

Die beklagten Parteien beantragten die Klagsabweisung und wendeten ein, daß die im Wohnhaus der Kläger aufgetretenen Mängel und Schäden auf nicht von ihnen zu vertretende Ursachen zurückzuführen seien. Der Erstbeklagte warf dem Drittbeklagten vor, falsche Trittschalldämmplatten trotz Hinweises auf die Ungeeignetheit dieser Platten vorgeschrieben zu haben, die Kläger müßten sich ein Mitverschulden ihres Architekten anrechnen lassen. Der Zweitbeklagte wendete ein, daß die Fußbodenabsenkungen vom Drittbeklagten und der erstbeklagten Partei zu vertreten seien. Die von ihm verlegte Fußbodenheizung sei sach- und fachgerecht ausgeführt worden, der Fußbodenaufbau sei allein von der erstbeklagten Partei hergestellt worden und die Trittschalldämmung sei vom Drittbeklagten als Vertreter der Kläger vorgeschrieben worden, sodaß diese sich dessen Mitverschulden anrechnen lassen müßten. Die zweitbeklagte Partei sei ihrer Überwachungs- und Warnpflicht nachgekommen. Die Kläger hätten vom Rechnungsbetrag des Zweitbeklagten einen Haftrücklaß von S 30.470,-- zurückbehalten, dieser Betrag wurde als Gegenforderung aufrechnungsweise eingewendet. Der Drittbeklagte wendete ein, er habe Teile seines Auftrages, nämlich die Überwachung der Isolierung, des Fußbodenaufbaues und der Einbetonierung der Fußbodenheizungen dem Zweitbeklagten übertragen. Für solche Fehler habe der Zweitbeklagte einzustehen, ihn selbst treffe daher kein Überwachungsfehler. Er habe auch keinen Ausschreibungsfehler begangen, weil die ausgeschriebene und verwendete Tel Wolle allgemein (für Fußbodenheizungen) üblich gewesen sei und der Norm entsprochen habe.

Alle drei beklagten Parteien wendeten übereinstimmend ein, daß der notwendige Sanierungsaufwand lediglich S 40.252,80 betrage und der von den Klägern begehrte Verbesserungsaufwand wesentlich überhöht sei.

Mit dem angefochtenen Urteil erkannte das Erstgericht die beklagten Parteien zur ungeteilten Hand schuldig, den Klägern S 114.530,-- samt 4 % Zinsen seit 1.10.1985 zu bezahlen, während das Mehrbegehren auf Zahlung weiterer S 266.831,-- s.A. abgewiesen wurde.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht das Absenken des Fußbodens im Wandbereich und die Rißbildungen im Oberbelag als Funktionsmangel, der durch das Zusammendrücken und die geringe Steifigkeit der Trittschalldämmplatten verursacht worden sei. Der von den Klägern geforderten Neuerstellung des gesamten Fußbodenaufbaues stehe der dafür erforderliche unverhältnismäßige Aufwand (wirtschaftliche Unvertretbarkeit) entgegen. Der Verbesserungsaufwand zur Behebung der Mängel, die den bedungenen Gebrauch verhinderten, betrage nur S 210.000,--. Die erstbeklagte Partei hafte, weil sie sich zur Herstellung eines ebenen Fußbodens verpflichtet habe, sie sei nach der Umplanung des Heizungssystems nicht ihrer Warnpflicht bezüglich der Verwendung der bereits vorhandenen Trittschalldämmplatten nachgekommen. Sie habe wegen der zu geringen Dimensionierung der Randdämmstreifen und deren mangelhafter Anbringung der Rißbildungen in Estrich und Oberbelag zu verantworten. Der Zweitbeklagte sei seiner Warnpflicht trotz seines Vorschlages, das VELTA-Fußbodensystem einzubauen, nicht nachgekommen und habe die Überwachung der Bauarbeiten vernachlässigt. Der Drittbeklagte habe sich nicht über das VELTA-Fußbodenheizungssystem informiert und habe nicht die gebotene Sorgfalt (beim Einbau) aufgewendet. Die Anteile der drei Beklagten an der Schadenszufügung seien nicht bestimmbar, weshalb sie zur ungeteilten Hand zu verurteilen gewesen seien. Die Kläger müßten sich aber die von ihnen einbehaltenen und verrechneten Haftrücklässe der erstbeklagten Partei S 65.000,-- und bei der zweitbeklagten Partei S 30.470,-- abziehen lassen. Ein die erst- und zweitbeklagte Partei entlastendes durch den Drittbeklagten verursachtes Mitverschulden der Kläger liege nicht vor, weil letztere nicht für ein Verschulden ihres Erfüllungsgehilfen zu haften haben. Die Kläger hätten auch nicht ihre Aufklärungspflicht gegenüber den beiden Erstbeklagten verletzt.

Das Berufungsgericht gab der Berufung der Kläger gegen den abweisenden Teil des Ersturteiles Folge, jener der erst- und drittbeklagten Partei gegen den Zuspruch jedoch keine Folge und änderte das Ersturteil zum Teil dahin als Teilurteil ab, daß es das Zurechtbestehen einer Forderung der Kläger von S 155.061,-- feststellte und das Zurechtbestehen einer Gegenforderung der zweitbeklagten Partei von S 30.470,-- verneinte und alle drei Beklagten zur Zahlung von S 155.061,-- s.A. verpflichtete. Hinsichtlich des restlichen Mehrbegehrens der Kläger wurde das Ersturteil aufgehoben und dem Erstgericht eine nach Verfahrensergänzung zu treffende neue Entscheidung aufgetragen. Das Berufungsgericht erklärte die Revision gegen das Teilurteil sowie die Erhebung eines Rekurses gegen den Aufhebungsbeschluß für zulässig.

Rechtlich folgerte das Berufungsgericht, daß die erstbeklagte Partei die aufgetretenen Mängel aufgrund der unterlassenen Einsicht in die Herstellungsanleitung für das VELTA-System, des folgenden Einbaues ungeeigneter Trittschalldämmplatten und aufgrund der mangelhaften Ausführung des Estrichs mitverursacht habe. Der Drittbeklagte hätte erkennen müssen, daß die verwendeten Trittschalldämmplatten zum Zeitpunkt der Herstellung der Untergrundkonstruktion für die Fußbodenheizung nicht den damaligen Regeln der Technik entsprochen haben. Auch ihn treffe der Vorwurf, seiner Warnpflicht nicht nachgekommen zu sein. Der erst- und drittbeklagten Partei sei nicht der Beweis ihrer Schuldlosigkeit gelungen. Da nicht gesagt werden könne, daß der

Drittbeklagte im Zeitpunkt der Schädigung der Kläger und der Warnpflichtverletzungen durch die beiden erstbeklagten Parteien von den Klägern noch zur Wahrnehmung ihrer Interessen gegenüber den Werkunternehmern eingesetzt war und die Werkunternehmer die Fachkunde gerade von den Klägern und damit ihrem Architekten erwarten durften, könne das Mitverschulden des Drittbeklagten nicht den Klägern angelastet werden. Die Kläger hätten den Drittbeklagten als Fachmann beigezogen, weil sie selbst nicht fachkundig gewesen seien. Von den beklagten Parteien sei auch nicht behauptet worden, daß die Kläger Gläubiger- (richtig: Besteller-)obliegenheiten verletzt hätten. Den Klägern stünde nach der neueren Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes jedenfalls beim Werkvertrag Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche in voller Konkurrenz nebeneinander zu. Die Besteller könnten daher wegen Mängeln des Werkes vom Unternehmer das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf deren rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen seien. Die Kläger müßten sich aber mit keiner anderen als der vertragsgemäßen Sanierung zufriedengeben. Ihr Begehren auf völlige Neuherstellung der Fußböden sei daher berechtigt. Zur Beantwortung der Höhe dieser Kosten seien jedoch nicht ausreichende Feststellungen getroffen worden. Das Ersturteil sei daher im Umfang der Abweisung des Mehrbegehrens von S 226.300,-- s.A. aufzuheben gewesen. Die vom Zweitbeklagten eingewendete Gegenforderung von S 30.470,-- aus dem Titel des zurückbehaltenen Hafrücklasses bestehe nicht zu Recht, weil zufolge bestehender Mängel die Werklohnforderung des Zweitbeklagten - und der Hafrücklaß stelle davon einen Teil dar - noch gar nicht fällig geworden sei. Dem stehe die freiwillig von den Klägern gegenüber der erstbeklagten Partei vorgenommene Anrechnung eines Hafrücklasses in Höhe von S 54.939,-- nicht entgegen.

Gegen diese Entscheidung richten sich die Revisionen und Rekurse der erst- und zweitbeklagten Partei sowie der Rekurs der Kläger mit dem Abänderungsantrag, wobei die zweitbeklagte Partei nur die Abweisung eines gegen sie gerichteten, S 124.591,-- übersteigenden Klagebegehrens verlangt. Die erstbeklagte Partei strebt die gänzliche Klagsabweisung an, die Kläger begehren den vollen Zuspruch.

Die Revisionen der erstbeklagten Partei ist nicht berechtigt, wohl aber die Revision der zweitbeklagten Partei und die Rekurse teilweise.

## **Rechtliche Beurteilung**

### 1.) Zur Art des Anspruches:

Das Berufungsgericht hat zutreffend erkannt, daß nach der nunmehrigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche jedenfalls beim Werkvertrag in voller Konkurrenz nebeneinander bestehen. Der Besteller des Werkes kann vom Unternehmer daher das Erfüllungsinteresse fordern, sofern die Mängel auf dessen rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen sind.

§ 1298 ABGB ist anzuwenden (JBl. 1990, 648 = ecolex 1990, 279,

JBl 1990, 653 = ecolex 1990, 347). Zutreffend hat das Berufungsgericht auch erkannt, daß sich die Kläger nicht mit einer anderen als der vertragsgemäßen Sanierung zufriedengeben müssen. Da die Kläger von den Beklagten das Deckungskapital für den Verbesserungsaufwand fordern, machen sie in Wahrheit (auch) das Erfüllungsinteresse - so gestellt zu werden, wie wenn die Beklagten einwandfrei erfüllt hätten - geltend (vgl. JBl 1990, 648 mwN = ecolex 1990, 279). Ein Verbesserungsaufwand ist dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegen den dafür erforderlichen Aufwand so gering ist, daß Vorteil und Aufwand in einem offensichtlichen Mißverhältnis stehen, sich die Beseitigung solcherart daher nicht lohnt (vgl. Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag, 39 ff sowie Reischauer in Rummel, ABGB, § 1323 Rz 9 mwN). Nach dem zwar nicht festgestellten, so doch aus den Verfahrensergebnissen mit mehreren Millionen Schilling zu veranschlagenden Wert des Hauses der Kläger und der nicht auszuschließenden Gefahr weiterer Absenkungen bei einer Mauerdurchfeuchtung kann der von den Klägern geforderte Sanierungsaufwand nicht als unwirtschaftlich bezeichnet werden. Überhaupt ist der in der unterschiedlich hohen Absenkung des Fußbodens bis zu 12 mm liegende Mangel nicht vernachlässigbar; die bei Ausführung der Sparvariante offensichtlich gar nicht vorgesehene Erreichung des ursprünglichen Fußbodenniveaus könnte offenbar nur durch die Auflage dickerer Natursteinplatten erreicht werden. Den Klägern ist daher beizupflichten, daß eine Mängelbehebung nur durch die Beseitigung der völlig ungeeigneten Trittschalldämmplatten TDP 30/35 unter gleichzeitigem Einbau geeigneter Isolierplatten erreicht werden kann.

### 2.) Zum Rekurs der Kläger:

Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, daß die vom Erstgericht getroffene Feststellung, "der Sanierungsaufwand bei Erneuerung der gesamten Fußbodenkonstruktion beläuft sich auf S 436.000,--" keine ausreichende Entscheidungsgrundlage darstellt, weil daraus nicht entnommen werden kann, welche Sanierungsarbeiten im einzelnen erforderlich sind. Unter Fußbodenkonstruktion werden im allgemeinen Sprachgebrauch nur die auf dem Mauerwerk aufgebrachten tragenden Teile verstanden, nicht aber eine in das

Mauerwerk eingegossene Fußbodenheizung. Dem Rekurs der Kläger war allein aus diesem Grunde nicht Folge zu geben.

3.) Zur Revision der erstbeklagten Partei, soweit sie deren Haftung dem Grunde nach betrifft:

Der erstbeklagten Partei ist nicht nur die Verletzung ihrer Warnpflicht, sondern auch die mangelhafte Verlegung des Estrichs als weitere Ursache für die aufgetretenen Mängel zur Last zu legen. Die sich aus der letztgenannten Verursachung ergebende Haftung der erstbeklagten Partei wird in der Revision nicht mehr bestritten. Das Schwergewicht des Verschuldens der beklagten Partei liegt aber in der unterlassenen Warnung, d.h. in der unterlassenen Aufforderung gegenüber dem Drittbeklagten, die Herstelleranleitung für das VELTA-System in bezug auf die Trittschalldämmunterlagen beizuschaffen. Die Warnpflicht des Unternehmers besteht auch gegenüber einem sachkundigen oder sachverständigen beratenen Besteller. Auf die den sachverständigen Besteller treffende vertragliche Nebenverpflichtung, dem Unternehmer durch geeignete Aufklärung die Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu ermöglichen, wird im folgenden eingegangen. Die Warnpflicht des Unternehmers entfällt gegenüber einem sachkundig beratenen Besteller nur dann, wenn sich der Besteller selbst schon von der Untauglichkeit des von ihm beigestellten Stoffes überzeugen konnte. Der Unternehmer wird nur dann entlastet, wenn er davon ausgehen darf, daß der Besteller über die Mängel, die in seiner Sphäre liegen, durchaus Bescheid weiß, und das Risiko der Werkerstellung dennoch übernimmt. Der bloße Sachverstand des Bestellers allein reicht aber nicht aus, den Unternehmer von seiner Warnpflicht zu befreien. Arbeiten mehrere Unternehmer zusammen und wäre im Zuge dieser Kooperation die Untauglichkeit des bestellten Produktes erkennbar gewesen, dann haften die Unternehmer für die Warnpflichtverletzung solidarisch, wenn ihr Anteil am Gesamtschaden nicht erkennbar ist (vgl. Krejci in Rummel, ABGB2 § 1168 a Rz 32). Richtig ist, daß ein Unternehmer im Rahmen seiner Warnpflicht nicht gehalten werden kann, besondere sonst nicht übliche Prüfungen und Untersuchungen anzustellen. Der Unternehmer muß aber die Anweisung "durchdenken" (vgl. Iro ÖJZ 1983, 506). Dazu gehört das Studium der Einbauanleitung eines Bausystems, das der Unternehmer einzubauen hat. Die Warnpflicht ist dort besonders intensiv, wenn es um neue Arbeitsmethoden, technische Verfahren und Werkstoffe geht, z.B. um neue noch nicht auf breiter Basis erprobte Baustoffe (vgl. WBI 1987, 120). Ohne hinreichende Einwilligung bei erschöpfender Aufklärung des Bestellers über die Risiken trägt in einem solchen Fall das Risiko des Fehlschlagens der Unternehmer. Insbesondere hat der Unternehmer vor (noch) nicht anerkannten Methoden der Technik zu warnen. In einer Zeit des Überganges von einer (bislang bewährten, dem überkommenden Stand der Technik entsprechenden) Bauweise auf eine andere ist der Werkunternehmer jedenfalls verpflichtet, den Werkbesteller über neue - noch nicht anerkannte und wirtschaftlich unangemessene - Methoden zu informieren, wenn der Besteller darauf hinweist, daß ihm an der Herstellung eines bestimmten technischen Erfolges besonders gelegen ist. Entscheidend sind der Wissensstand und die technischen Erkenntnisse zum Zeitpunkt der Herstellung des Werkes; es besteht nur dann keine Warnpflicht, wenn wesentlich später technische Entwicklungen eine andere Art der Werkerstellung zweckmäßiger erscheinen lassen. Vor den Gefahren einer nachträglichen Projektänderung ist dann zu warnen, wenn solche Gefahren naheliegen (vgl. Krejci aaO Rz 33). Solche Gefahren liegen nahe, wenn der Hersteller eines einzubauenden Systems eine ganz andere, als vorliegende Unterlage für die Fußbodenheizung fordert. Da der Einbau der Trittschalldämmplatten und des die Fußbodenheizung integrierenden schwimmenden Estrichs der erstbeklagten Partei oblag, hätte gerade sie die Verpflichtung getroffen, alle Herstelleranleitungen zu beachten. Dabei wäre ihr zweifellos die Forderung nach einer anderen Untergrunds- und Isolierungsart als die beige-schafften Te-Wolleplatten aufgefallen.

4.) Zur Revision und zum Rekurs der zweitbeklagten Partei, soweit es deren Haftung dem Grunde nach betrifft:

Hier wird auf die Ausführungen zur Verletzung der Warnpflicht bei Behandlung der Revision und des Rekurses der erstbeklagten Partei, hinsichtlich des Umfangs der Wiederherstellungsarbeiten auf die Ausführungen zum Rekurs der Kläger verwiesen. Soweit die zweitbeklagte Partei releviert, daß auch Fehler der Firma \*\*\*\*\* für das Entstehen der Mängel mitursächlich gewesen seien, ist ihr zu entgegenen, daß sie ein weiterer Schadensverursacher nicht von der sie nach § 1302 ABGB treffenden Solidarverpflichtung befreit, wenn sich nicht wie im vorliegenden Fall die Anteile der einzelnen Schadensverursacher exakt abgrenzen lassen.

5.) Zum Mitverschuldenseinwand der erst- und zweitbeklagten Partei:

Der sogenannte Architektenvertrag wurde in der Rechtsprechung dann als Werkvertrag beurteilt, wenn vom Architekten nur Pläne hergestellt werden sollten. Kam jedoch als Vertragsgegenstand die Durchführung des Verkehrs mit Behörden und einzelnen Professionisten dazu, wurde diese Vereinbarung als gemischter Vertrag gewertet (siehe auch Stanzl in Klang2 IV/1, 787), der stets im beachtlichen Maß Elemente des Bevollmächtigungsvertrages (= Auftrag gekoppelt mit Vollmacht) enthält. Für das Überwiegen der Elemente des



Bevollmächtigungsvertrages entscheidend ist die den Gegenstand des Architektenvertrages bildende Oberleitung des Baues, verbunden mit der örtlichen Bauaufsicht. Damit kommt der übereinstimmende Wille der Vertragspartner zum Ausdruck, den Architekten mit der Wahrnehmung der Interessen des Bauherrn gegenüber Behörden und Professionisten in verhältnismäßig genereller Weise zu betrauen. Immer wenn dem mit dem Architekten geschlossenen Vertrag diese Interessenwahrnehmungsaufgabe das Gepräge gibt, überwiegen die Elemente des Bevollmächtigungsvertrages. Dann ist bei der Lösung von Einzelfragen von den §§ 1002 ff ABGB auszugehen (vgl. Strasser in Rummel, ABGB2, § 1002 Rz 27 mwN). Bei der Erteilung eines Auftrages an einen Professionisten aufgrund des von diesem gelegten Angebotes und einer späteren Änderung dieses Auftrages unter Beibehaltung der ursprünglichen Preise tritt der Architekt daher als Repräsentant und Bevollmächtigter des Bauherrn auf. Dabei vertritt er allein dessen Interessen, die planende Tätigkeit des Architekten war zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen, in diesem Stadium hatte er als Vertreter des Bauherrn das zu verwirklichen, was er ihm vorgeschlagen hatte.

Betrachtet man die Position des Geschädigten, so ist davon auszugehen, daß § 1304 ABGB jedermann die Obliegenheit auferlegt, seine Rechtsgüter sorgfältig zu bewahren. Es würde dem Normzweck widersprechen, wenn man sich dieser Obliegenheit durch Übertragung auf einen Repräsentanten entziehen könnte und dadurch für den Schadensfall jeden Mitverschuldenseinwand von vornherein abschneiden könnte (vgl. Dullinger in JBl. 1990, 91 ff sowie Iro, JBl. 1983, 513, insbesondere FN 66). Sihin hat ein Werkbesteller, der zur Abwicklung seiner Vertragsbeziehung mit dem Unternehmer einen Sachverständigen bezieht, auch für dessen Fachkunde einzustehen, weil dieser die Pflichten des Bauherrn bei der Koordination der Bauarbeiten vornimmt (vgl. Dullinger a.a.O., 96 sowie SZ 57/18, SZ 58/7 sowie SZ 58/47 mwN). Der Rechtsauffassung des Berufungsgerichtes, daß der Drittbeklagte mit der Änderung des Auftrages gegenüber der zweitbeklagten Partei anstelle des DERIA-Systems ein solches der Type VELTA zur Ausführung zu bringen, keine Planungstätigkeit vorgenommen hat, kann nicht beigespflichtet werden, vielmehr hat der Drittbeklagte über Vorschlag der zweitbeklagten Partei eine Novation des ursprünglich erteilten Auftrages an diese vorgenommen, die zwangsläufig zu einer Novation des der erstbeklagten Partei erteilten Bauauftrages führte. Diese Auftragsänderung wurde im Vollmachtsnamen der Kläger vorgenommen. Dem sachkundigen Bevollmächtigten des Geschädigten ist aber dann ein Mitverschulden anzulasten, wenn dessen Anweisungen verfehlt waren (SZ 58/7, JBl. 1974, 477, 7 Ob 533/88). Vom Drittbeklagten als Fachmann mußte daher erwartet werden, daß er, bevor er den Auftrag gegenüber den beiden Erstbeklagten ändert, sich über die Eigenschaften des von ihm gewünschten Materials Klarheit verschafft. Andernfalls muß er den Abänderungsvorschlag des Professionisten ablehnen. Da man von einem beauftragten Architekten bezüglich der Eigenschaften des für das Projekt vorgesehenen Materials die gleichen Kenntnisse voraussetzen muß, wie beim Auftragnehmer, der mittels dieses Materials den Plan ausführen soll, erweist sich eine Aufteilung der Haftung 1 : 1 als gerechtfertigt (vgl. 7 Ob 533/88). Daraus ergibt sich, daß die beiden Erstbeklagten nur für die Hälfte des von den Klägern mit S 436.300,- - veranschlagten Aufwandes für die vertragsgemäße Herstellung ihrer Fußböden, der Drittbeklagte jedoch aufgrund seiner Stellung als planender und bevollmächtigter Architekt zur Gänze haftbar zu machen ist.

#### 6.) Zu den Haftrücklässen:

Mit der des Werkes Sanierung wird den Klägern auf Kosten der Beklagten ein mängelfreies Werk zur Verfügung gestellt. Für eine weitere Zurückbehaltung eines Werklohnrestes zwecks Abrechnung vor weiteren geheimen Mängeln (= Haftrücklaß) besteht, da das Werk nun durch einen Dritten eigenverantwortlich zu schaffen ist, kein Anlaß mehr. Durch den Zuspruch des dafür notwendigen Deckungskapitals fließt wirtschaftlich gesehen der bereits bezahlte Werklohn wieder zum Teil oder zur Gänze zu den Klägern zurück. Der Beitrag der Beklagten zu dieser Sanierung wird daher mit der Zur-Verfügungstellung des erforderlichen Deckungskapitales geleistet; mit dieser Rückabwicklung erlöschen die Vertragsbeziehungen aus dieser Vereinbarung. Mit dem Zuspruch des für die Sanierung erforderlichen Deckungskapitales wird daher ein allfälliger Werklohnrest zu gunsten der beiden Professionisten fällig. Die Kläger können nicht für sich in Anspruch, nehmen neben der auf Kosten der Beklagten vorzunehmenden Sanierung auch noch einen Werklohnrest zurückzuhalten, weil sie dadurch allenfalls bereichert wären. Dennoch ist das Verfahren hinsichtlich der von der zweitbeklagten Partei eingewendeten Gegenforderung noch nicht spruchreif, weil nicht feststeht, daß die eingewendete Gegenforderung ausschließlich den offenen Werklohnrest bezüglich der Fußbodenheizung beinhaltet. Nach den Feststellungen hat die zweitbeklagte Partei die gesamten Sanitärinstallationen im Hause der Kläger ausgeführt und wäre es daher naheliegend, daß sich der eingewendete Haftrücklaß auch auf diese Arbeiten bezieht. (Ähnlich könnte es sich bei der erstbeklagten Partei verhalten.)

Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren zu erheben haben, für welche Arbeiten der zweitbeklagten Partei welcher Haftrücklaß einbehalten worden ist. Es wird nach den oben dargelegten Kriterien den für die Fußbodenheizung betreffenden Rechnungsteil in die Berechnung miteinzubeziehen haben.

Da die beiden erstbeklagten Parteien aufgrund des den Klägern anzulastenden Mitverschuldens des Drittbeklagten nur für die Hälfte des Sanierungsaufwandes herangezogen werden können, wobei eine exakte

Ausmittlung der Anteile dieser beiden beklagten Parteien nicht möglich war und deshalb eine Solidarverpflichtung vorgenommen werden mußte, war ihren Rechtsmitteln nur teilweise Folge zu geben.

Beim Zuspruch gegen die Zweitbeklagte war von deren Anfechtungserklärung in der Revision auszugehen.

Die Erstbeklagte hat ursprünglich die Höhe des gesamten Klagebegehrens bestritten. Wie bereits dargelegt wurde, bedarf es diesbezüglich noch einer Klärung. Allerdings wurde von den n der vom Erstgericht festgestellte Betrag von S 210.000 als Schaden außer Streit gestellt. Demnach haftet die Erstbeklagte zumindest für die Hälfte dieses Betrages, also für 105.000 S. Davon ist der Haftrücklaß von 54.939,- S in Abzug zu bringen, weil die Kläger zumindest derzeit selbst auf dem Standpunkt stehen, daß dieser Rücklaß der Erstbeklagten gebührt. Es verbleibt demnach ein Betrag von 50.061 S, für den die Erstbeklagte auf jeden Fall haftet.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 396 Abs. 3 ZPO.

