



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Zivilrechtliche Auswirkungen des Behördenbewilligungsverfahrens bei Werkverträgen“

verfasst von

Mag. Nadja Keränen

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, September 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Betreut von:

A 783 101

Rechtswissenschaften

ao. Univ. –Prof. Dr. Alexander Reidinger

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	1
Literaturverzeichnis.....	1
Kapitel 1: Grundsatzfrage - wer kommt für die Haftung bei Fehlern im Zusammenhang mit Baubewilligungen generell in Frage.....	5
A) Allgemeines - mögliche Schäden und Schädiger	5
1. Mögliche Schäden	5
2. Mögliche Schädiger.....	6
B) Grundsätzliches - die allgemeinen Prinzipien des Werkvertrages	10
1. Verpflichtung zur Herstellung eines Erfolges, Gewährleistung und Schadenersatz	11
2. Warnpflicht des Werkunternehmers nach § 1168a ABGB	11
3. Preisgefahr nach § 1168 ABGB	13
4. Die Beurteilung des Kausalzusammenhanges	14
Kapitel 2: Besondere Pflichten des Werkbestellers (und Auswirkungen iZm Baubewilligungen).....	21
A) Die Koordinierungspflicht des Bauherrn.....	21
B) Die Bauaufsicht des Bauherrn	23
C) Bauaufsicht versus Baustellenkoordinierung - Bedeutung im Zusammenhang mit Architekten, Baumeistern, Planverfassern oder Statikern	25
1. Frage der Eindeutigkeit der Abgrenzung	28
D) Unterscheidung Stoff/Anweisung im Sinne des § 1168a ABGB	28
E) Mitverschulden des Bestellers bei Warnpflichtverletzung aus eigenem Verhalten.....	31
F) Mitverschulden des Bestellers bei Warnpflichtverletzung aus Verhalten Dritter?	33
1. Judikatur zu Mitverschulden des Bestellers iZm Koordinierungs-pflicht/Verletzung der Bauaufsicht.....	35
2. Kommentare aus der Lehre zu dieser Rechtsprechungslinie	39
G) Sonderthema: Die Frage der Regressmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber Architekten/Baumeister bei Bauaufsichtsfehlern	41
H) Zusammenfassung und eigene Meinung	48
1. Zu Koordinierungspflicht als vertragliche Mitwirkungspflicht.....	48
2. Zu Bauaufsicht versus Baustellenkoordinierung	51
3. Zu Unterscheidung Stoff versus Anweisung	54
4. Zu Regressmöglichkeit bei Bauaufsichtsfehlern	56
I) Exkurs: Das Bauarbeitenkoordinationsgesetz (BauKG)	59
1. Allgemeiner Anwendungsbereich und Zielsetzung.....	59
2. Grundsätzliche Regelungen des BauKG	61
3. Der Planungsordinator und der Baustellenkoordinator	62

4.	Bauherr, Projektleiter, Koordinatoren	63
5.	Das BauKG - lex specialis zur Fürsorgepflicht gemäß § 1169 ABGB	64
6.	Rechtsprechung für Fälle unter Anwendung des BauKG:	65
7.	Zusammenfassung und eigene Ansicht zur hier dargestellten Judikatur.....	75
J)	Exkurs: Bauordnungen als Schutzgesetze gemäß § 1311 ABGB	81
1.	Einleitung	81
2.	Konsequenzen aus der Einordnung als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB.....	83
3.	Schutzzweck der Norm in Abgrenzung zur sogenannten Reflexwirkung.....	86
4.	Judikatur zur Einteilung der Bauordnungen als Schutzgesetze	88
5.	Ansichten der Lehre zur Einteilung der Bauordnungen als Schutzgesetz	98
6.	Eigene Ansicht und Zusammenfassung.....	99
Kapitel 3: Besondere Pflichten des Werkunternehmers (und deren Auswirkungen iZm Baubewilligungen)		
		103
A)	Die Preisgefahr und Warnpflicht des Werkunternehmers (iZm Vorarbeiten).....	103
B)	Die Informationspflicht nach Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz	104
C)	Allgemeines und Rechtsprechung zur Warnpflicht des Unternehmers	107
D)	Beispiele aus der Judikatur zur Warnpflichtverletzung.....	109
E)	Eigene Ansicht zur hier angeführten Judikatur zur Warnpflichtverletzung	112
F)	Allgemeines und Rechtsprechung zur Sphärentheorie	115
G)	Beispiele aus der Judikatur zur Sphärentheorie.....	117
H)	Ansichten der Lehre	144
I)	Zusammenfassung A bis H und eigene Ansicht.....	147
J)	Sorgfaltspflicht des Sachverständigen/Voraussetzung von Sachkenntnissen	150
1.	Einleitung	150
2.	Allgemeine Aussagen zum Sorgfaltsmaßstab iZm Baubewilligungen	151
3.	Judikatur und Lehre zur Sorgfaltspflicht des Planverfassers, Generalunternehmers, Statikers und Vertragserrichters	155
4.	Exkurs: Zur Haftung eines bestätigenden Experten	169
5.	Zusammenfassung und eigene Ansicht zur Sorgfaltspflicht des Sachverständigen	172
Kapitel 4: Amtshaftung – Möglichkeit von Amtshaftungsansprüchen des Bauwerbers oder Projektbestellers		
		175
A)	Allgemeines – Amtshaftung (iZm Behördenbewilligungen)	175
B)	Grundsätzliches – allgemeine Prinzipien iZm Amtshaftungsansprüchen	175
1.	Amtshaftungsansprüche versus Entschädigungsrecht	175
2.	Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes	176

3.	Subsidiarität des Amtshaftungsgesetzes.....	177
4.	Verschulden und Sorgfaltsmaßstab der Organe	178
5.	Verschulden des Bauwerbers	179
6.	Prüfung des Schutzzweckes der Norm	179
7.	Prüfung des Bestehens einer Warn- und Aufklärungspflicht der Behörden.....	198
8.	Die Frage der Beweislastumkehr iZm Amtshaftungsansprüchen	204
C)	Zusammenfassung und eigene Ansicht	206
Kapitel 5: Sonderthema: Der Scheinbauführer.....		210
A)	Allgemeiner Begriff des Scheinbauführers	210
B)	Rechtsprechung zum Thema Scheinbauführer	210
1.	Trennung öffentlich-rechtlicher zu zivilrechtlicher Seite.....	210
2.	Warn- und Aufklärungspflichten iZm mit Scheinbauführern	213
3.	Mögliche Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB	218
4.	Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Thema Scheinbauführer	221
C)	Ansichten der Lehre zum Thema Scheinbauführer	222
1.	Berücksichtigung des Rechtswidrigkeitszusammenhanges.....	222
2.	Gültigkeit/Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes, das gegen die Bauordnung verstößt.....	223
3.	Erwägungen zur möglichen Warnpflichtverletzung des Scheinbauführers.....	224
D)	Eigene Ansicht zum Thema Scheinbauführer	225
1.	Im Verhältnis zwischen Werkbesteller und Scheinbauführer	225
2.	Im Verhältnis zu Dritten.....	227
Kapitel 6: Zusammenfassung der wichtigsten Grundaussagen		230
A)	Besondere Pflichten des Werkbestellers.....	230
1.	Die Koordinierungspflicht und Bauaufsichtspflicht des Bauherrn.....	230
2.	Das Baustellenkoordinationsgesetz:	233
3.	Bauordnungen als Schutzgesetze gemäß § 1311 ABGB	235
B)	Die Pflichten des Werkunternehmers	236
1.	Preisgefahr und Warnpflicht.....	236
2.	Sorgfaltspflicht des Sachverständigen.....	239
C)	Amtshaftung	241
D)	Der Scheinbauführer.....	243

Anhang	245
Zusammenfassung: Zivilrechtliche Auswirkungen des Behördenbewilligungsverfahrens bei Werkverträgen	245
Summary: Civil law consequences on contracts for services based on governmental proceedings .	247
Lebenslauf	249

Literaturverzeichnis

- Adler/Höller* in *Klang*² V (1954).
- Aicher* in *Straube/Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I (2014).
- Apathy* in *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsrecht (1988).
- Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, JBl 1990, 814.
- F. Bydlinski*, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, Beitzke-FS (1979).
- F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964).
- F. Bydlinski*, Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 1959,1.
- F. Bydlinski*, Zum gegenwärtigen Stand der Kausalitätstheorie im Schadensrecht, JBl 1958,1.
- M. Bydlinski* in *KBB*, Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014).
- P. Bydlinski* in *KBB*, Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014).
- P. Bydlinski*, Die Regresskriterien bei der Schadenersatz-Gesamtschuld, RZ 2013,57.
- von Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht (1956).
- Christandl*, Koordinierungspflicht des Bauherrn und Regress zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer, bbl 2006, 221.
- Cronenberg/Mogel*, Regress zwischen Bauunternehmen und Bauaufsicht, bbl 2014,192.
- Danzl*, Bemerkenswerte schadenersatzrechtliche Entscheidungen des OGH aus dem Jahr 2011, ZVR 2012, 42.
- Demmelbauer*, Entscheidungsglosse, Zak 2011/823.
- Dilcher* in *Staudinger*, BGB¹² (2012).
- Dullinger*, Zum Mitverschulden von Gehilfen bei Haftung ex delicto (1992).
- Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 20.
- Eggemeier-Schmolke*, Haftung für Unfälle auf der Baustelle (1. Teil), bbl 2007, 37.
- Eggemeier-Schmolke*, Haftung für Unfälle auf der Baustelle (2. Teil), bbl 2007, 82.
- Eggemeier-Schmolke*, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 47.

Gartner, BauarbeitenkoordinationsG (2005).

Grillberger in *Schwimann* ABGB-Praxiskommentar³ V (2006).

Helmberg, Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151.

Harrer in *Schwimann*, ABGB-Praxiskommentar³ VI (2006).

Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers ÖJZ 1983, 505.

Klang, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, V² (1954).

Karner in KBB, Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014).

Karollus, Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bei Zurechnung von Gehilfenverhalten, ÖJZ 1994,257.

Karollus, Praktische Probleme der Schutzgesetzhaftung, insbesondere im Verkehrshaftpflichtrecht, ZVR 1994, 129.

Kaufmann, Die Zurechnung fremden Verhaltens auf Geschädigtenseite im Bauvertragsrecht (2000).

Kaufmann, zur Abgrenzung der Begriffe Koordinierung und Bauaufsicht, RdW 1998,447.

Kerschner, Amtshaftung bei rechtswidriger Erlaubnis?, RdU 2001,129.

Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2015).

Kletečka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten (1991).

Kletečka in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (2015).

Kleewein, Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 1.

Kleewein, Vertragsraumordnung (2003).

Konecny/Augenhofer, Amtshaftung für falsche Auskünfte, JAP 2000/2001, 165.

Koziol Helmut, Bydlinski Peter, Bollenberger Raimund, Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014).

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹³, Band I (2006) und Band II (2007).

Koziol, Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1304 ABGB, JBl 1997, 201.

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I (2014).

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht² II (1984).

Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko (1995).

Krejci, Baugrundrisiko und Bauvertrag, FS-Fasching (1988).

Krejci in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2007).

Krzizek, System des öffentlichen Baurechtes II (1976).

Langer, Die Haftungsrisiken der Beauftragten (1999).

Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (1927).

Lukas/Resch, Haftung für Arbeitsunfälle am Bau (2001).

Mader in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ VII (2006).

Mazal, Zum Anwendungsbereich des BauKG, ecolex 1999, 709.

Mazal, Arbeitnehmerschutz durch Koordination bei Bauarbeiten, ecolex 1999, 481.

Mayer-Maly in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁷ (2015).

Mell/Schwimann, Grundriß des Baurechts (1980).

Michl, Nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch bei Schäden durch Bauführung, ZVB 2011, 39.

Petri/Steinmaurer, Das Bauarbeitenkoordinationsgesetz³ (1999).

Pflaum/Schima, Der Architektenvertrag (1991).

Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997).

Rebhahn in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar³ V (2006).

Reidinger, Die Berechnung des internen Ausgleiches zwischen zwei Bestellern von Teilsicherheiten, JBl 1990, 73.

Reidinger in Schwimann/Kodek ABGB⁴ IV (2014).

Reischauer, Der Entlastungsbeweis des Schuldner (1975).

Reischauer in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2007).

Resch, Haftung des Baustellenkoordinators für Arbeitsunfälle am Bau, Zak 2009, 43.

Rummel, Ersatzansprüche bei summierten Immissionen (1968).

Rummel in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2007).

Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2015).

Schoditsch, Neues Konsumentenschutzrecht – Die Umsetzung der RL über die Verbraucher in Österreich, RZ 2014, 214.

Schubert in Rummel, Kommentar zum ABGB³ (2007).

Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ (2014).

Seebacher/Andrieu, Der Regress an der Örtlichen Bauaufsicht als Solidarschuldnerin - Eine rechtsdogmatische Betrachtung, bbl 2012, 109.

Seebacher/Sorger, Amtshaftung gegenüber dem Bauwerber trotz Baubewilligung, bbl 2006,89.

Soergel-Hefermehl, BGB¹² (1987).

Staudinger, BGB¹² (2012).

Straube/Aicher, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, (2014).

Thurnhart, Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers wegen Bewilligung fehlerhafter Bauvorhaben, bbl 2000,112.

Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht (Neudruck 1929).

Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung - Zurechnung von Dritten, RdW 2010,67.

Vrba, Schadenersatz in der Praxis (AT), 31 Lfg (September 2014).

Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994).

Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983).

Wenusch, Die zivilrechtliche Haftung für Bestätigungen, die im Zuge "(teil-) privatisierter" Bewilligungsverfahren ausgestellt werden, bbl 2010, 1.

Kapitel 1: Grundsatzfrage - wer kommt für die Haftung bei Fehlern im Zusammenhang mit Baubewilligungen generell in Frage

A) Allgemeines - mögliche Schäden und Schädiger

1. Mögliche Schäden

In dieser Arbeit wird die Zuordnung von Nachteilen bei Werkverträgen behandelt, deren Ursprung in fehlenden Bewilligungen oder Fehlern im Zusammenhang mit der Erstellung von Behördenbewilligungen zu finden sind. Es werden die besonderen Pflichten der Werkbesteller und Werkunternehmer dargestellt, die im Zusammenhang mit Haftungsfragen, welche mit Problemen bei Baubewilligungen in Verbindung stehen, zu beachten sind und es wird die Bedeutung der Einordnung der Bauordnungen als Schutzgesetze dargestellt. Weiters wird das Thema der Amtshaftung behandelt und auf den sogenannten Scheinbauführer eingegangen. Darunter wird ein Bauführer verstanden, der gemäß der vertraglichen Vereinbarung zwischen Werkbesteller und Bauführer wenig bis gar keine Arbeiten tatsächlich selbst durchführt, sondern lediglich der Behörde gegenüber als Bauführer auftritt.

Zusatzkosten, die im Zusammenhang mit Behördenbewilligungen entstehen, können sich aus verschiedenen Umständen ergeben. Bereits zu Beginn sind hier die zusätzlichen Aufwendungen zu erwähnen, die aus der Nichterlangung der Bewilligung selbst entstehen. Das sind beispielsweise die bereits entstandenen Kosten für Vorarbeiten des Statikers, Baumeisters und/oder des Architekten, die zur Erlangung der Behördenbewilligung aufgebracht wurden.

Vor allem im Zusammenhang mit der Amtshaftung können Fragen über die Zuordnung des Schadens entstehen, die bei einem bewilligten aber dennoch nicht sicher gebauten Projekt auftreten. Diese Schäden können aus den Fällen der Verletzung oder Tötung von Personen entstehen, oder es sind Schäden, die am Gebäude oder Projekt selbst entstanden sind bzw kann es sich auch um Nachteile handeln, die einen reinen Vermögensschaden des Projektwerbers darstellen.

Aufgrund von Unfällen auf einer Baustelle kann auch eine Haftung wegen Tötung oder Verletzung von Personen in Frage kommen. Generell ist im ersten Schritt zu unterscheiden, ob ein Sach- oder Vermögensschaden vorliegt. Dieser Unterscheidung kommt insofern große

Relevanz zu, da das Bauarbeitenkoordinationsgesetz¹, welches in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden muss, vom Schutzzweck der Norm her nur auf Haftungsfälle im Zusammenhang mit Unfällen, bei denen eine oder mehrere Personen auf einer Baustelle getötet oder verletzt wurden, abzielt.

2. Mögliche Schädiger

Bei der Entscheidung über Erfolg oder Nichterfolg eines Behördenbewilligungsverfahrens zur Genehmigung eines Werkes hatten direkt oder indirekt sämtliche Parteien, die bei Erstellung des Werkes tätig wurden, einen Einfluss. Daher kommen sämtliche Werkvertragsparteien als Schädiger für Kosten, die im Zusammenhang mit Problemen aus einem Bewilligungsverfahren entstanden sind, jedenfalls auch in Betracht.

Das ursprüngliche Genehmigungsverfahren wird im Namen des Bauwerbers, der in der Regel auch der künftige Werkbesteller für die Ausführung des Bauwerkes ist, und der als Antragsteller auch der Begünstigte des positiven Baubescheides ist, geführt. In praktisch allen Fällen benötigt der Werkbesteller jedoch die Unterstützung der Fachunternehmer. Zu erwähnen sind hier jedenfalls die Architekten, Statiker und Baumeister sowie, in heutiger Zeit immer wichtiger, die Baustellensicherheitspersonen.

Während der späteren Projektphasen, somit nach Erreichung der ursprünglichen Baugenehmigung, muss die Sicherstellung der Abwicklung des Projektes gemäß den Vorgaben des Bewilligungsbescheides gewährleistet werden. Damit sind sämtliche Werkunternehmer, auch die erst nach dem ursprünglichen Baubewilligungsbescheid hinzutretenden, zumindest indirekt an dem Verfahren beteiligt.

Somit können, wie bereits erwähnt, sämtliche Werkvertragsparteien auch als mögliche Schädiger für Aufwendungen, die mit dem Bewilligungsverfahren in Zusammenhang stehen, eine Verantwortung tragen.

Die ersten Überlegungen sind, ob der Bauherr oder Werkbesteller die Verantwortung für die Erreichung eines Bewilligungsbescheides trägt, oder diese von einem Werkunternehmer übernommen werden muss beziehungsweise übernommen werden kann. Es wird dargestellt, welcher Partei unter welchen Voraussetzungen das Risiko aus einer Erlangung bzw

¹ Bauarbeitenkoordinationsgesetz, BauKG; BGBl I 1999/37.

Nichterlangung der Behördenbewilligung generell zugeordnet wird, sowie die Frage beantwortet, inwieweit die Möglichkeit einer Amtshaftung zu berücksichtigen ist.

Als weitere Themen sind in diesem Zusammenhang die zivilrechtlichen Verantwortungen des Architekten, Bauführers und Planverfassers (Statiker) zu beachten. Auch auf den „Scheinbauführer“, also den Bauführer, der im zivilrechtlichen Innenverhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer weniger Verantwortung übernimmt als im Außenverhältnis Dritten gegenüber dargestellt wird, kann hier schon eingegangen werden.

a) Zur „Haftung“ des Werkbestellers

Wird von einer Haftung des Werkbestellers gesprochen, mit dem Verständnis, dass der Werkbesteller einem anderen einen Schaden zu ersetzen hat, so ist diese nur im Ausnahmefall für Vermögensnachteile zu erwarten. Üblicherweise ist das Werk ohnehin im Vermögen des Werkbestellers bzw trägt dieser den finanziellen Nachteil, der aus einer nachträglichen Unmöglichkeit oder Verzögerungen bei der Erstellung des Werkes entsteht, sodass bei einer Zuordnung des Nachteils zum Werkbesteller vielmehr von einem Verbleiben des Schadens in seinem Vermögen auszugehen ist.

Ein häufig auftretender Fall, bei welchem den Werkbesteller ein Vermögensnachteil im Zusammenhang mit Problemfällen aufgrund von nicht erlangten Behördenbewilligungen trifft, liegt bei der Zuordnung der Preisgefahr zum Werkbesteller vor.

§ 1168 Abs 1 ABGB regelt die Gefahrtragung beim Unterbleiben bzw bei der Verzögerung der Werkausführung infolge von Umständen, die auf Seiten des Bestellers gelegen sind². Wird das Werk durch Umstände verhindert, die dem Besteller zuzuordnen sind, so behält der Unternehmer den Anspruch auf Entgelt. In anderen Worten ausgedrückt, liegt die Preisgefahr in diesem Fall beim Besteller³.

Diesem Umstand kommt in der Praxis große Bedeutung zu, da damit jenem Werkbesteller, dem die Gefahr für die Erlangung der Behördenbewilligung zugeordnet wird, häufig damit auch die Preisgefahr trifft. Den Werkbesteller kann somit die Verpflichtung treffen, trotz Unterbleibens des Erfolges, dem Werkunternehmer seinen Werklohn erstatten zu müssen.

² Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 264ff.

³ Rebhahn in Schwimann³ § 1168 Rz 18; Krejci in Rummel³ § 1168a Rz 17.

Ein weiterer wichtiger Anwendungsbereich, der zu einer „Haftung“ des Werkbestellers führen kann, findet sich im Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Gewährleistung der Baustellensicherheit. Liegt ein Arbeitsunfall auf einer Baustelle vor, so kann eine Haftung des Werkbestellers für Schäden, die sich aus der Tötung oder Verletzung von Personen ergeben, auch in der Praxis häufig Anwendung finden.

In diesen Fällen ist auch das Bauarbeitenkoordinationsgesetz⁴ zu berücksichtigen. Dieses Sondergesetz zielt vom Schutzzweck der Norm her nur auf Haftungsfälle im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen oder anderen Unfällen, bei denen eine Person auf einer Baustelle getötet oder verletzt wird, ab.

Die speziellen, sich aus dem Baustellenkoordinationsgesetz ergebenden Konsequenzen, werden demnach auch nur für Haftungsfragen im Zusammenhang mit Unfällen mit Personenschäden Anwendung finden, nicht jedoch für Fälle, bei denen lediglich der Ausgleich von Sachschäden behandelt wird. Im Detail wird auf dieses Thema in Kapitel 2 in dem Abschnitt zum Bauarbeitenkoordinationsgesetz (BauKG) eingegangen werden.

b) Zur „Haftung“ des Werkunternehmers

Der Werkunternehmer selbst ist üblicherweise keine direkt einbezogene Partei des Behördenbewilligungsverfahrens, das zwischen der Behörde und dem Werkbesteller als antragsstellende Partei abgewickelt wird.

Die Ursprünge für Mehrkosten der Werkunternehmer, die im Zusammenhang mit Problemfällen bei Baubewilligungen entstehen können, sind vielfältig. Darunter fallen jedenfalls Stehzeiten aufgrund von Verzögerungen oder der zusätzliche Materialaufwand für nötige Umbauarbeiten bzw der Kostenersatz für bereits getätigte Vorarbeiten, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das Werk nicht wie geplant erfüllt werden kann.

Selbstverständlich finden sich auch Fälle, in denen der Werkbesteller Mehrkosten vom Werkunternehmer ersetzt verlangt, da diesem die Verantwortung für die Haftungsfälle aus dem Behördenbewilligungsverfahren zugeordnet werden soll oder vertraglich zugeordnet wurde. Generell sind diese Regelungen über Haftungsfragen im Zusammenhang mit Werkverträgen dispositives Recht, sodass die Parteien durchaus auch andere Regelungen vertraglich vereinbaren können. Es wird sich in dieser Arbeit jedoch herausstellen, dass dieser

⁴ Bauarbeitenkoordinationsgesetz, BGBl I 1999/37.

prinzipiellen Dispositivität aufgrund der Auslegung der Judikatur durchaus auch Grenzen gesetzt sind.

Des Weiteren kann der Werkunternehmer auch direkt für Arbeitsunfälle auf einer Baustelle zur Verantwortung gezogen werden, und dies somit zu einer Haftung für Schäden aus der Tötung oder Verletzung von Personen führen.

Häufig ist über die Frage einer möglichen Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers im Zusammenhang mit vom Werkunternehmer geleisteten Vorarbeiten, die aufgrund der Nichterreichbarkeit der Behördenbewilligung für den Werkbesteller letztlich keinen Wert darstellen, zu entscheiden.

Der Werkbesteller kann das Vorliegen einer Warnpflichtverletzung seines Unternehmers behaupten, weil der Unternehmer auf die mögliche Nichterreichung der Bewilligung nicht ausreichend hingewiesen hätte. Es kann in diesem Zusammenhang vom Werkbesteller angeführt werden, dass die von ihm zur Verfügung gestellten Pläne für eine Baubewilligung fehlerhaft bzw zu wenig detailliert waren und der Werkbesteller daher vom Werkunternehmer über diesen Umstand hätte aufgeklärt werden müssen.

c) Zur Amtshaftung

In den Streitfällen, die im Zusammenhang mit Behördenbewilligungsverfahren entstehen können, sind nicht nur die Parteien des Werkvertrages zu beachten, sondern es werden auch weiteren am Projekt beteiligten Parteien, wie insbesondere den die Bewilligung ausstellenden Behörden, entscheidende Rollen zukommen.

Unter dem Themenblock „Amtshaftung“ wird geprüft, inwiefern die bei einem Bewilligungsverfahren beteiligten Behörden für Schäden zur Verantwortung gezogen werden können.

d) Zur Haftung des Scheinbauführers

Auf den in der Praxis häufig vorkommenden Scheinbauführer, also einen Bauführer, dessen Verantwortung und Aufgabengebiet gemäß der verwaltungsrechtlichen Vorschriften über die tatsächliche vertragliche Vereinbarung zwischen Werkbesteller und Bauführer hinausgeht, ist ebenfalls gesondert einzugehen.

Durch den Einsatz eines Scheinbauführers wird vom Bauherrn versucht, die Anforderungen zu umgehen, bestimmte Tätigkeiten lediglich durch qualifizierte Professionisten ausführen zu lassen, was in den Bauordnungen oft gefordert wird. Stellt sich jedoch in einem späteren Projektverlauf heraus, dass Schäden entstanden sind, die in dem Aufgabengebiet des Bauführers gelegen wären, so versucht der geschädigte Werkbesteller nicht selten, über eine formale Begründung, dass dieses Aufgabengebiet offiziell gemäß der Bauvorschriften vom Scheinbauführer übernommen werden musste - auch wenn das vertragliche Innenverhältnis dieser Aufgabenzuordnung widerspricht - diesen von ihm eingesetzten Scheinbauführer doch zur Verantwortung zu ziehen.

B) Grundsätzliches - die allgemeinen Prinzipien des Werkvertrages

Ehe mit dem Bau eines Bauwerkes begonnen werden kann, ist ein baurechtliches Bewilligungsverfahren oder zumindest ein baurechtliches Anzeigeverfahren vor den jeweilig zuständigen Behörden zu durchlaufen. In der Regel kommt zur Errichtung des Bauwerkes zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer ein Werkvertrag (oder mehrere Werkverträge) zustande, dessen grundsätzliche Regelung im ABGB zu finden ist.

Zu den allgemeinen zivilrechtlichen Prinzipien des Werkvertrages, die auch bei der Betrachtung von Haftungsfällen im Zusammenhang mit Behördenbewilligungsverfahren Anwendung finden, gibt es für diesen Themenkomplex jedoch auch Sondergesetze und eine Rechtsprechungspraxis, die sich aus den besonderen Problemstellungen im Baurecht ergeben haben und auf die in dieser Arbeit eingegangen wird.

Es ist immer zu berücksichtigen, dass mehrere Rechtsgebiete betroffen sind, da auch die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Vorschriften, die zivilrechtlichen Sondergesetze, wie hier vor allem das Amtshaftungsgesetz, das Bauarbeitenkoordinationsgesetz, sowie die Bauordnungen der Länder wie die Verordnungen der Gemeinden, in jeder Entscheidung der Gerichte mitzubetrachten sind.

Basis und Beginn der Prüfung für die zivilrechtliche Beurteilung von Fällen mit Behördenbewilligungen sind jedoch immer die im ABGB begründeten, allgemeinen Prinzipien des Werkvertrages.

1. Verpflichtung zur Herstellung eines Erfolges, Gewährleistung und Schadenersatz

Gemäß § 1151 Abs 1 ABGB verpflichtet sich bei einem Werkvertrag der Werkunternehmer gegenüber dem Werkbesteller zur Herstellung eines bestimmten Erfolges.

Der vom Werkunternehmer geschuldete Erfolg und die damit verbundenen Handlungen sind tatsächlicher Natur, Rechtshandlungen wären der Inhalt eines Auftrages, nicht eines Werkvertrages⁵.

Wird dieser Erfolg nicht hergestellt, ist der Werkunternehmer zu Gewährleistung und Schadenersatz verpflichtet. Es kommen die §§ 922 bis 933b ABGB zur Anwendung⁶.

2. Warnpflicht des Werkunternehmers nach § 1168a ABGB

Eine Ausnahme von dieser Verpflichtung zur Herstellung eines Erfolges des Werkunternehmers findet man jedoch in § 1168a ABGB, bei der sogenannten Warnpflicht des Werkunternehmers.

Der § 1168a ABGB behandelt den zufälligen Untergang des Werkes, den Verlust des Stoffes und das Misslingen des Werkes infolge offenkundiger Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisung des Bestellers.

Ist der für das Werk benötigte und vom Werkbesteller beigestellte Stoff für die Werkserstellung ungeeignet oder hat der Werkbesteller eine untaugliche Anweisung erteilt, so unterliegt der Werkunternehmer einer Warnpflicht. Er muss den Werkbesteller über diese Untauglichkeit in Kenntnis setzen, da er bei schuldhafter Verletzung der gebotenen Warnpflicht für den dem Werkbesteller verursachten Schaden haftet. Die Warnung im Sinne des § 1168a ABGB muss erkennen lassen, dass die Anweisung des Bestellers das Misslingen des Werkes zur Folge haben könnte⁷.

⁵ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 255.

⁶ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 260ff.

⁷ RIS-Justiz RS0022158 = OGH 17.11.1954, 2Ob728/54; OGH 28.11.1963, 5Ob325/63; OGH 27.06.1967, 8Ob146/67; OGH 25.10.1967, 5Ob222/67; OGH 16.09.1970, 5Ob200/70; OGH 30.09.1975, OGH 12.09.1979, 3Ob120/75; OGH 12.09.1979, 3Ob645/78; OGH 18.06.1980, 1Ob579/80; OGH 02.04.1982, 7Ob526/82; OGH 28.03.1990, 2Ob604/89; OGH 13.03.1996, 7Ob521/96; OGH 28.04.1998, 10Ob77/98s; OGH 11.01.2001, 2Ob348/00s; OGH 17.04.2002, 9Ob83/02z; OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k; OGH 15.10.2009, 2Ob277/08m.

Umgekehrt gilt, wenn der Werkunternehmer diese Warnpflicht nicht (schuldhaft) verletzt, sind für diesen Werkunternehmer die Haftung für einen Mangel oder Schaden, der auf einem offenbar untauglichen Stoff oder einer offenbar untauglichen Anweisung des Werkbestellers beruht, auf Grund von Gewährleistung und Schadenersatz ausgeschlossen⁸.

Unter „Stoff“ in dieser Gesetzesstelle ist alles zu sehen, aus dem oder mit dessen Hilfe ein Werk herzustellen ist⁹. Stellt der Werkbesteller dem Werkunternehmer Pläne zur Verfügung, so fallen diese grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Werkbestellers. Der Werkbesteller hat dafür Sorge zu tragen, dass er brauchbare und zuverlässige Pläne zur Verfügung stellt und jene Anordnungen trifft, die für eine reibungslose Abwicklung des Vertrages nötig sind¹⁰.

Als „offenbar“ ist anzusehen, was vom Unternehmer bei der bei ihm vorausgesetzten Sachkenntnis erkannt werden muss¹¹, wobei hier auf jene Kenntnisse abzustellen ist, die nach einem objektiven Maßstab den Angehörigen der betreffenden Branche gewöhnlich eigen sind¹².

Eine Verletzung der Warnpflicht setzt grundsätzlich Verschulden des Unternehmers voraus¹³. Den Unternehmer trifft nur dann eine Warnpflicht, wenn der das Misslingen des Werkes

⁸ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 261ff.

⁹ RIS-Justiz RS0022045 = OGH 28.04.1965, 6 Ob 82/65; OGH 19.10.1971, 4 Ob 89/71; OGH 29.06.1972, 2 Ob 170/71; OGH 21.03.1973, 1 Ob 46/73; OGH 10.11.1975, 1 Ob 209/75; OGH 06.10.1976, 1 Ob 583/76; OGH 31.01.1979, 1 Ob 522/79; OGH 06.12.1979, 7 Ob 502/79; OGH 23.04.1980, 3 Ob 511/80; OGH 18.06.1980, 1 Ob 579/80; OGH 08.04.1981, 1 Ob 762/80; OGH 09.04.1981, 8 Ob 504/81; OGH 06.11.1981, 1 Ob 569/81; OGH 16.12.1982, 7 Ob 646/82; OGH 22.02.1983, 5 Ob 510/83; OGH 05.05.1983, 7 Ob 753/82; OGH 12.02.1987, 7 Ob 689/86; OGH 27.04.1987, 1 Ob 42/86; OGH 05.11.1987, 8 Ob 588/87; OGH 06.09.1988, 5 Ob 582/88; OGH 06.09.1988, 6 Ob 610/88; OGH 30.11.1988, 1 Ob 705/88; OGH 27.04.1989, 7 Ob 1004/89; OGH 27.02.1990, 4 Ob 582/89; OGH 11.05.1993, 1 Ob 550/93; OGH 21.12.1993, 7 Ob 628/93; OGH 10.05.1994, 4 Ob 539/94; OGH 18.05.1995, 6 Ob 1538/95; OGH 27.03.1997, 8 Ob 2357/96t; OGH 23.07.1997, 7 Ob 82/97b; OGH 10.09.1997, 7 Ob 2382/96m; OGH 29.10.1997, 6 Ob 233/97a; OGH 12.02.1998, 6 Ob 35/98k; OGH 25.08.1998, 7 Ob 140/98h; OGH 12.06.2001, 4 Ob 46/01w; OGH 20.11.2003, 2 Ob 270/03z; OGH 23.11.2004, 1 Ob 29/04b; OGH 19.05.2005, 6 Ob 274/04v; OGH 15.12.2008, 4 Ob 200/08b; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m; OGH 14.07.2011, 2 Ob 185/10k; OGH 21.03.2013, 5 Ob 16/13h OGH; 22.04.2014, 7 Ob 18/14v.

¹⁰ RIS-Justiz RS0021646 = OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83; OGH 16.01.1985, 1 Ob 690/84; OGH 27.04.1987, 1 Ob 42/86; OGH 15.12.1987, 4 Ob 606/87; OGH 13.07.1988, 3 Ob 526/88; OGH 29.10.1992, 6 Ob 612/92; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m; OGH 14.07.2011, 2 Ob 185/10k; OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t; OGH 21.03.2013, 5 Ob 16/13h; OGH 22.04.2014, 7 Ob 18/14v; OGH 26.06.2014, 8 Ob 75/13g.

¹¹ RIS-Justiz RS0022259 = OGH 02.03.1966, 7 Ob 379/65; OGH 19.10.1971, 4 Ob 89/71; OGH 17.05.1973, 2 Ob 72/73; OGH 10.11.1975, 1 Ob 209/75; OGH 18.06.1980, 1 Ob 579/80; OGH 09.04.1981, 8 Ob 504/81; OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83; OGH 15.02.1990, 8 Ob 579/90; OGH 10.05.1994, 4 Ob 539/94; OGH 06.10.2000, 1 Ob 144/00h; OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x; OGH 10.07.2003, 6 Ob 276/02k; OGH 23.05.2006, 4 Ob 59/06i; OGH 26.03.2009, 6 Ob 23/09i; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m; OGH 21.03.2013, 5 Ob 16/13h; OGH 04.06.2014, 7 Ob 82/14f; OGH 26.06.2014, 8 Ob 75/13g.

¹² OGH 20.12.2006, 9 Ob 98/06m.

¹³ Adler/Höller in Klang² V 409.

verursachende Umstand auf der Seite des Bestellers liegt und vom Unternehmer auch erkannt werden musste.

Die Beweispflicht für die Erfüllung der Warnpflicht trifft den Unternehmer. Dieser hat demnach zu belegen, dass er den Besteller gewarnt hat oder aber dass eine Warnung im konkreten Fall nicht erforderlich war¹⁴.

3. Preisgefahr nach § 1168 ABGB

Der § 1168 Abs 1 ABGB regelt die Gefahrtragung beim Unterbleiben – Satz 1 – bzw die Gefahrtragung bei der Verzögerung – Satz 2 – der Werkausführung infolge von Umständen auf der Seite des Bestellers¹⁵.

Wird das Werk durch Umstände verhindert, die auf der Seite des Bestellers liegen, so behält der Unternehmer den Anspruch auf Entgelt. Die Preisgefahr liegt somit in diesem Fall beim Werkbesteller¹⁶.

Es gilt nach § 1168 ABGB jedoch, dass der Werkunternehmer die Kosten anrechnen lassen muss, die er sich im Falle des Unterbleibens der Leistung erspart oder durch andere Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

Voraussetzung ist jedenfalls, dass die Ausführung des Werkes durch Umstände verhindert wurde, die auf der Seite des Werkbestellers liegen. Wird hingegen das Werk durch Umstände vereitelt, die nicht auf der Seite des Bestellers liegen, so verliert der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch¹⁷. Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn der hindernde Grund einer „dritten

¹⁴ RIS-Justiz RS0022273 = OGH 29.06.1972, 2 Ob 170/71; OGH 05.10.1972, 3 Ob 113/72; OGH 16.12.1975, 5 Ob 200/75; OGH 19.01.1978, 6 Ob 819/77; OGH 09.11.1978, 7 Ob 644/78; OGH 18.10.1979, 8 Ob 516/79; OGH 29.04.1980, 4 Ob 549/79; OGH 18.06.1980, 1 Ob 579/80; OGH 04.03.1981, 6 Ob 545/81; OGH 01.12.1981, 4 Ob 558/81; OGH 26.04.1991, 2 Ob 536/91; OGH 15.07.1993, 7 Ob 575/93; OGH 31.01.1996, 7 Ob 517/96; OGH 25.02.1998, 9 Ob 49/98s; OGH 21.10.1998, 9 Ob 133/98v; OGH 08.11.2001, 6 Ob 53/01i; OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x; OGH 10.07.2003, 6 Ob 276/02k; OGH 06.04.2005, 9 Ob 148/04m.

¹⁵ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 264ff.

¹⁶ Rebhahn in Schwimann³ § 1168 Rz 18; Krejci in Rummel³ § 1168a Rz 17.

¹⁷ RIS-Justiz RS0021888 = OGH 07.04.1976, 1Ob576/76; OGH 10.03.1982, 6Ob551/82; OGH 19.03.1985, 5Ob519/85; 27.04.1987, 1Ob42/86; OGH 21.10.1987, 14ObA77/87; OGH 06.09.1988, 6Ob610/88; OGH 20.10.1988, 8Ob552/88 (8Ob553/88); OGH 20.07.1989, 7Ob14/89; OGH 05.06.1991, 1Ob642/90; OGH 25.05.1994, 3Ob501/94; OGH 18.05.1998, 8Ob63/98t; OGH 12.02.2002, 10Ob205/01x; OGH 27.11.2003, 6Ob161/03z; OGH 13.07.2006, 2Ob301/05m; OGH 21.10.2008, 5Ob211/08b; OGH 16.11.2009, 9Ob6/09m; OGH 17.11.2010, 6Ob216/10y; OGH 18.01.2012, 3Ob198/11f; OGH 27.06.2013, 8 Ob 58/13g.

Sphäre“, somit weder der Sphäre des Werkunternehmers noch des Werkbestellers, zuzuordnen ist¹⁸.

4. Die Beurteilung des Kausalzusammenhanges

Bei der Kausalität ist zu prüfen, ob der potenziell Haftpflichtige den Schaden durch eigenes Verhalten verursacht hat. Ein positives Verhalten ist für einen Erfolg ursächlich, wenn es ihn herbeigeführt, ihn bewirkt hat¹⁹.

Eine Zusammenfassung der wichtigsten grundsätzlichen Überlegungen im Zusammenhang mit der Behandlung der Kausalität, die für die Beantwortung einer möglichen Haftungszuordnung der an einem Baubewilligungsverfahren beteiligten Architekten, Baumeister oder Planverfasser zu beachten sind, findet man bei *Vrba*²⁰.

Die Verursachung ist neben dem Schaden und der Rechtswidrigkeit die wichtigste Haftungsvoraussetzung. Es wird geprüft, ob der potenziell Haftende den Schaden durch eigenes Verhalten (Handlung oder Unterlassung) selbst oder durch Personen, für die er einstehen muss, verursacht hat oder ob Sachen, für die er verantwortlich war, ursächlich waren²¹.

Nach der Äquivalenztheorie²² ist jedes Verhalten oder jeder Umstand ursächlich, der für den Eintritt des Erfolges notwendig war oder notwendig gewesen wäre. Somit sind alle Bedingungen des Erfolges gleichwertig bzw äquivalent und es kommt auf die Art des Umstandes nicht an²³.

Zur Festlegung der Kausalität wird die Formel der *conditio sine qua non*²⁴ angewendet, mit der gefragt wird, ob der Schaden auch ohne das gesetzte Verhalten eingetreten wäre. Ein Verhalten ist dann ursächlich für einen Erfolg bzw Schaden, wenn es nicht weggedacht werden kann, da dann der Erfolg entfallen würde.

¹⁸ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 265.

¹⁹ RIS-Justiz RS0128162 = OGH 28.06.2012, 2 Ob 24/12m; OGH 17.02.2014, 4 Ob 204/13y.

²⁰ In Schadenersatz in der Praxis (AT), 31 Lfg (September 2014), Rz 8ff.

²¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 309.

²² *F. Bydlinski*, Zum gegenwärtigen Stand der Kausalitätstheorie im Schadensrecht, JBl 1958,1; *von Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht (1956) 16; *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 543 ff; *Traeger*, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht (Neudruck 1929).

²³ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 309.

²⁴ *F. Bydlinski*, Schadensverursachung 7 ff, *Rebhahn*, Staatshaftung 566ff.

Über die Regeln der alternativen, kumulativen und hypothetischen Kausalität werden Fälle berücksichtigt, die nach der Formel der *conditio sine qua non* zu keiner Ursächlichkeit des Handelnden führen würden, da der Schaden auch ohne das gesetzte Verhalten eingetreten wäre, jedoch jeder der möglichen Schadensverursacher rechtswidrig, schuldhaft und konkret gefährlich gehandelt hat, sodass analog zu § 1302 ABGB eine Solidarhaftung der Täter angenommen wird²⁵.

Im Sinne der alternativen Kausalität haften alle Personen solidarisch, welche als Verursacher eines schädigenden Ereignisses in Betracht kommen, aber nicht mehr festgestellt werden kann, wer von ihnen der wirkliche Täter ist²⁶. Voraussetzung ist, dass jeder der potenziellen Schädiger ein Verhalten gesetzt hat, das bis auf den strikten Nachweis der Ursächlichkeit sämtliche haftungsbegründende Elemente beinhaltet²⁷.

Von kumulativer Kausalität wird gesprochen, wenn ein Schadenseintritt auf das gleichzeitige Zusammenwirken mehrerer schädigender Ereignisse zurückzuführen ist²⁸. Konnte jedes dieser Ereignisse für sich selbst den Schaden herbeiführen und haben die Schädiger auch rechtswidrig und schuldhaft gehandelt, dann haften wiederum alle Schädiger solidarisch²⁹.

Eine überholende (hypothetische) Kausalität liegt vor, wenn ein Schaden aus Umständen entsteht, die vom Schädiger nicht direkt zu verantworten sind, da die Ursache "auch sonst eingetreten wäre". Es handelt sich um eine zeitlich gedehnte kumulative Kausalität³⁰. Es haftet generell jener, der die nachteilige Veränderung real herbeigeführt hat und das spätere Ereignis das Rechtsgut in diesem Sinne nicht mehr beschädigen konnte, da es schon beschädigt war³¹. Es hat somit bei der überholenden Kausalität der Schadenersatzpflichtige nur den durch die Vorverlegung des Schadenseintrittes entstehenden Nachteil zu ersetzen. Für die Berücksichtigung der überholenden Kausalität muss feststehen, dass derselbe Erfolg auch

²⁵ F. Bydlinski, Haftung bei alternativer Kausalität, JBl 1959,1; F. Bydlinski, Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität, Beitzke-FS (1979) 30ff; Rummel, Ersatzansprüche 24 f; Rebhahn, Staatshaftung 606 ff.

²⁶ OGH 23.02.1993, 1 Ob 628/92.

²⁷ RIS-Justiz RS0022721 = OGH 24.10.1990, 1Ob21/90; OGH 23.002.1993, 1Ob628/92; OGH 17.10.1996, 2Ob2311/96h; OGH 30.10.1996, 9Ob2169/96b; OGH 26.08.1999, 8Ob167/99p; OGH 26.06.2008, 2Ob120/08y; OGH 21.06.2011, 1Ob63/11p; OGH 28.06.2012, 2Ob85/11 f.

²⁸ RIS-Justiz RS0092036 = OGH 13.07.1982, 10Os27/81; OGH 18.09.1986, 13Os111/86; OGH 26.01.1990, 11Os23/89; OGH 20.12.1994, 14Os158/94; OGH 09.04.2013, 14 Os 12/13s; OGH 28.10.2014, 14 Os 100/14h.

²⁹ OGH 01.12.2005, 6 Ob 163/05x.

³⁰ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 336.

³¹ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 336.

ohne das schädigende Ereignis eingetreten wäre und der maßgebende Zeitpunkt muss mit einiger Sicherheit bestimmt werden können³².

Beispielsweise kann auch der Geschädigte selbst die letztlich zu dem Schaden führende Tätigkeit gesetzt haben. Wenn man jedoch davon ausgehen kann, dass dieser Schaden auch ohne die nunmehr zum Schadenseintritt führende Maßnahme des Geschädigten jedenfalls auch eingetreten wäre, dann spricht man von überholender Kausalität³³.

Nach der Rechtsprechung zur überholenden Kausalität³⁴ wird verlangt, dass diese Schadensverursachung mit Sicherheit festgestellt werden kann. In anderen Worten, die „Reserveursache“ hätte später denselben Schaden verursacht, wenn das erste Ereignis, das „reale Schadensereignis“, nicht zuvorgekommen wäre. Die Beweislast hierfür trägt der Geschädigte und der Schädiger haftet hieraus nur für jenen Schaden, der durch das zeitliche Vorverlagern des Schadenseintritts entstanden ist³⁵.

Bei der Beurteilung des Kausalzusammenhangs wird nach der Rechtsprechung³⁶ weiters die Adäquanztheorie angewendet. Der Schädiger hat demnach für Folgen seines schuldhaften Verhaltens dann einzustehen, wenn mit deren Möglichkeit in abstracto gerechnet werden muss, es sich also um keinen atypischen Erfolg handelt³⁷.

Es genügt, wenn die generelle Eignung einer Ursache den Schaden herbeizuführen, von jedem vernünftigen Menschen erkannt werden konnte. Es fehlt an der Adäquanz, wenn nur über eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen der Schaden eingetreten ist, sodass nach den Erfahrungen des Lebens vernünftigerweise eine solche Schädigung nicht in Betracht gezogen werden musste³⁸. Die Adäquanztheorie ist somit ein Kriterium der Haftungsbegrenzung, da

³² RIS-Justiz RS0106534 = OGH 03.09.1996, 10 Ob 2350/96b; OGH 22.05.2002, 7 Ob 86/02a; OGH 12.06.2003, 2 Ob 111/03t; OGH 08.09.2004, 7 Ob 186/04k; OGH 10.06.2008, 1 Ob 243/07b; OGH 18.07.2011, 6 Ob 168/10i; OGH 17.02.2014, 4 Ob 204/13y.

³³ OGH 03.09.1996 10 Ob 2350/96b = SZ 69/199.

³⁴ RIS-Justiz RS0106534 = OGH 03.09.1996, 10Ob2350/96b; OGH 05.05.1998, 4Ob23/98f; OGH 22.05.2002, 7Ob86/02a; OGH 12.06.2003, 2Ob111/03t; OGH 08.09.2004, 7Ob186/04k; OGH 10.06.2008, 1Ob243/07b; OGH 18.07.2011, 6Ob168/10i, OGH 17.02.2014, 4 Ob 204/13y.

³⁵ RIS-Justiz RS0106535 = OGH 03.09.1996, 10Ob2350/96b; OGH 27.03.2001, 5Ob54/01d; OGH 26.02.2002, 1Ob175/01v; OGH 12.06.2003, 2Ob111/03t; OGH 18.10.2007, 2Ob78/07w.

³⁶ RIS-Justiz RS0022952 = OGH 11.07.1985, 8Ob10/85; OGH 16.06.1988, 7Ob553/88; OGH 17.06.2010, 2Ob223/09x.

³⁷ OGH 10.04.2008, 2Ob 43/08z = Zak 2008,238 = EvBl 2008,683 = ZVR 2009,30 = ZVR 2009,75 = HS 39.324.

³⁸ RIS-Justiz RS0088955 = OGH 04.05.1995, 12Os29/95; OGH 15.10.1998, 15Os159/98; OGH 08.11.2006, 13Os102/06h; OGH 02.10.2007, 14Os97/07g; OGH 11.11.2010, 12Os134/10p; OGH 29.06.2011, 15Os9/11d; OGH 16.02.2012, 11Os168/11g; OGH 20.03.2013, 15 Os 166/12v; OGH 11.09.2014, 14 Os 86/14z.

untypische und unvorhersehbare Folgen dem Verursacher mangels Beherrschbarkeit auch nicht mehr zugerechnet werden sollen³⁹.

a) Praktische Bedeutung der Kausalität am Beispiel Planverfasser

Bei einem typischen Projektverlauf sind mehrere Parteien von unterschiedlichen Werkverträgen oft gleichzeitig an einem Projekt tätig, sodass die Thematik der „Unterbrechung des Kausalverlaufes“ eine große Rolle spielt.

Nach der Rechtsprechung⁴⁰ liegt eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges dann vor, wenn ein Dritter in die Kausalkette eingreift. Dieses Problem wird allgemein über die Kriterien der oben erwähnten alternativen, kumulativen und hypothetischen Kausalität sowie der Adäquanztheorie gelöst, da eine Unterbrechung des Kausalzusammenhanges einer adäquaten Verursachung nicht entgegensteht.

Generell ist festzuhalten, dass die Frage der Kausalität, wenn das pflichtwidrige Verhalten eine Unterlassung darstellt, sich natürlich häufig nicht mit letzter Sicherheit beantworten lässt, da nicht festgestellt werden kann, wie sich die Geschehnisse ohne die Unterlassung entwickelt hätten, weil diese Geschehnisse eben nicht stattgefunden haben. Die Beweislast für die Unterlassung des pflichtgemäßen Verhaltens trifft den Geschädigten. Auch wenn eine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB vorliegt, betrifft diese Bestimmung nur den Verschuldensbereich⁴¹.

³⁹ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 311; Larenz, Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung (1927); F. Bydlinski, Schadensverursachung 60 f.

⁴⁰ RIS-Justiz RS0092010 = OGH 17.08.1956, 50s486/56; OGH 16.02.196, 90s292/59; OGH 12.03.1962, OGH 120s40/62; OGH 30.05.1968, 110s230/67; OGH 21.03.1972, 120s239/71; OGH 24.03.1982, 130s23/83; OGH 11.02.1987, 90s186/86.

⁴¹ RIS-Justiz RS0022686 = OGH 16.12.1975, 5 Ob 200/75; OGH 11.05.1976, 5 Ob 531/76; OGH 31.01.1979, 1 Ob 522/79; OGH 13.01.1981, 5 Ob 769/80; OGH 08.07.1981, 6 Ob 512/81; OGH 01.12.1981, 4 Ob 558/81; OGH 26.01.1982, 5 Ob 799/81; OGH 21.04.1982, 6 Ob 783/81; OGH 21.04.1982, 1 Ob 587/82; OGH 31.01.1984, 2 Ob 2/84; OGH 27.06.1984, 1 Ob 11/84; OGH 24.01.1985, 6 Ob 1547/84; OGH 07.05.1985, 2 Ob 544/85; OGH 11.07.1985, 7 Ob 572/85; OGH 26.02.1987, 8 Ob 526/87; OGH 10.06.1987, 1 Ob 600/87; OGH 12.11.1987, 7 Ob 708/87; OGH 11.11.1987, 3 Ob 623/86; OGH 29.11.1988, 5 Ob 627/88; OGH 18.04.1989, 5 Ob 555/89; OGH 19.12.1989, 2 Ob 596/89; OGH 24.01.1990, 3 Ob 625/89; OGH 30.01.1990, 5 Ob 515/90; OGH 14.03.1990, 2 Ob 16/90; OGH 08.05.1990, 4 Ob 512/90; OGH 25.08.1993, 1 Ob 10/93; OGH 28.06.1994, 3 Ob 545/94; OGH 22.12.1994, 2 Ob 17/94; OGH 08.11.1995, 7 Ob 629/95; OGH 11.03.1996, 1 Ob 2029/96f; OGH 18.12.1996, 6 Ob 2174/96s; OGH 27.11.1997, 8 Ob 371/97k; OGH 16.10.1997, 6 Ob 280/97p; OGH 10.06.1998, 9 Ob 114/98z; OGH 21.10.1998, 9 ObA 215/98b; OGH 24.02.1999, 9 ObA 289/98k; OGH 15.09.1999, 3 Ob 51/98s; OGH 22.02.2000, 1 Ob 14/00s; OGH 11.05.2000, 8 Ob 253/99k; OGH 21.06.2000, 1 Ob 278/99k; OGH 24.10.2000, 10 Ob 167/00g; OGH 14.12.2000, 6 Ob 308/00p; OGH 19.12.2000, 1 Ob 93/00h; OGH 14.02.2001, 7 Ob 301/00s;

Die wohl am häufigsten vorkommende Argumentation in diesem Zusammenhang bezüglich Schäden durch die Nichterreichung einer Baubewilligung ist, dass der Werkunternehmer, sei es der Architekt, Bauführer oder Planverfasser, seiner Planungstätigkeit nicht ausreichend nachgekommen sei.

Die erste Kernfrage, die sich bei der Thematik stellt, inwieweit ein Architekt, Baumeister oder auch ein Planverfasser bzw Statiker in eine Haftung miteinbezogen werden kann, liegt in der Kausalität des schädigenden Verhaltens zum Schadenseintritt. Hier wird über die Formel der *conditio sine qua non* geprüft, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn das Verhalten nicht gesetzt worden wäre, oder bei einer Unterlassung, ob derselbe Schaden auch bei pflichtgemäßem Verhalten entstanden wäre.

Wird nun dieses Unterlassen einer „ordentlichen Planung“ behauptet, muss hier für die Kausalität das hypothetische pflichtgemäße Verhalten herangezogen werden. Genau diese Betrachtung jedoch, vor allem wenn auch der Bauwerber Kenntnis von möglichen Planungsproblemen besitzt, führt oft zu keiner Kausalität der unterlassenen Handlung des Planverfassers, sofern der Bauwerber ohnehin die Fortführung des Projektes auch ohne Behördenbewilligung angetrieben hätte.

Ein weiteres praxisrelevantes Beispiel im Zusammenhang mit überholender Kausalität liegt vor, wenn der geschädigte Werkbesteller selbst ein schädigendes Verhalten gesetzt hat, indem er beispielsweise bereits seinerseits unkorrekte Plandaten an den Werkunternehmer weitergegeben hat, dem dann ebenfalls Planfehler unterlaufen sind. Wenn der Werkbesteller das letztlich schädigende Ereignis der Übermittlung der unkorrekten Plandaten an den Werkunternehmer selbst gesetzt hat, und nicht der zusätzlich schädigende Werkunternehmer, der beispielsweise die Pläne in Folge ungenau erstellt hat, liegt ein Fall der überholenden Kausalität vor.

OGH 22.02.2001, 6 Ob 292/00k; OGH 14.02.2001, 9 Ob 31/01a; OGH 10.07.2001, 10 Ob 38/00m; OGH 25.09.2001, 1 Ob 151/01i; OGH 08.11.2001, 6 Ob 53/01; OGH 25.06.2002, 1 Ob 129/02f; OGH 04.12.2002, 9 ObA 200/02f; OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f; OGH 10.07.2003, 2 Ob 131/03h; OGH 12.09.2003, 2 Ob 193/03a; OGH 14.01.2004, 7 Ob 276/03v; OGH 19.02.2004, 6 Ob 145/03x; OGH 19.04.2004, 5 Ob 155/03k; OGH 15.09.2004, 9 Ob 66/04b; OGH 06.09.2005, 10 Ob 76/05g; OGH 26.04.2006, 3 Ob 295/05m; OGH 17.04.2007, 5 Ob 275/06m; OGH 26.02.2008, 1 Ob 226/07b; OGH 24.01.2008, 2 Ob 262/07d; OGH 10.06.2008, 1 Ob 233/07g; OGH 10.06.2008, 4 Ob 75/08w; OGH 23.02.2009, 8 Ob 15/09b; OGH 15.03.2005, 5 Ob 38/05g; OGH 28.04.2009, 5 Ob 52/09x; OGH 06.07.2009, 1 Ob 68/09w; OGH 08.09.2009, 1 Ob 74/09b; OGH 22.03.2011, 3 Ob 39/11y; OGH 27.04.2011, 9 Ob 59/10g; OGH 28.06.2011, 9 Ob 11/11z; OGH 09.08.2011, 17 Ob 11/11h; OGH 21.06.2011, 1 Ob 63/11p; OGH 28.03.2012, 7 Ob 170/11t; OGH 29.05.2012, 9 Ob 50/11k; OGH 02.08.2012, 4 Ob 67/12z; OGH 11.10.2012, 1 Ob 172/12v; OGH 14.11.2012, 7 Ob 162/12t; OGH 23.01.2013, 7 Ob 189/12p; OGH 07.03.2013, 1 Ob 23/13h; OGH 17.12.2013, 8 Ob 125/13k; OGH 18.09.2014, 1 Ob 148/14t; OGH 23.12.2014, 1 Ob 199/14t.

Eine für dieses Problem der überholenden Kausalität beispielhafte Darlegung findet man in der OGH Entscheidung vom 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08m. Hier hatte ein Planverfasser entgegen den öffentlich-rechtlichen Vorschriften einen zu geringen Maßstab verwendet, sodass die behördliche Einreichung für die Baubewilligung nicht gültig war. Es wurden bei der Planung für dieses Projekt auf Anweisung des Bauherrn die erforderlichen Mindestabstände zur Grundgrenze des Nachbarn bei einem Zubau nicht eingehalten, da der Bauherr davon ausging, eine Ausnahme bewilligt zu bekommen und daher dennoch die entsprechenden Genehmigungen zu erhalten.

Es wurde letztlich vom Nachbarn gegen die Bewilligung Einspruch erhoben und eine Ausnahmegenehmigung musste in einem weiteren Bewilligungsverfahren eingeholt werden, wodurch zusätzliche Kosten für die neuerliche Erstellung der Unterlagen, als auch für Stehzeiten des Projektes, angefallen sind. Dieser Schaden, der durch die nötige Wiederholung des Verfahrens entstanden ist, wurde vom Projektwerber gegen den Planverfasser eingeklagt.

Dem Bauwerber war in diesem Fall schon vor Projektbeginn bekannt, dass sein Projekt nicht den Vorgaben der anwendbaren Bauordnung entsprechen würde. Er hatte daher von vornherein eine Vereinbarung mit dem Bürgermeister der Gemeinde getroffen, dass er für diesen Zubau ohnehin eine Genehmigung erlangen würde.

Somit hätte der Bauwerber das Projekt jedenfalls in der entsprechenden Weise, und daher entgegen der Bauordnung, gebaut, da die Einhaltung der Mindestabstände zum benachbarten Gebäude nicht gewahrt wurde. Der Schaden, der aus der Verzögerung des Projektes wegen nochmaliger Einreichung der Bewilligung entstanden ist, wäre demnach jedenfalls auch aus diesem Grund heraus entstanden.

Die Nichteinhaltung der geforderten Detailmaßstäbe der Planunterlagen war somit für den Schadenseintritt keine Grundvoraussetzung und das schädigende Ereignis hat der geschädigte Bauwerber selbst gesetzt.

Bei der Prüfung der überholenden Kausalität ist die Frage nach dem Verlauf bei einem hypothetischen pflichtgemäßen Verhalten zu stellen, und diese Beweislast trägt der Geschädigte. Der Geschädigte ist demnach dafür beweispflichtig, dass überwiegende Gründe dafür vorliegen, der Schaden sei durch das Verhalten des Beklagten herbeigeführt worden⁴².

⁴² RIS-Justiz RS0022900 = OGH 02.03.1977, 1 Ob 502/77; OGH 01.02.1978, 1 Ob 692/77; OGH 30.11.1983, 1 Ob 785/83; OGH 07.03.1985, 7 Ob 531/85; OGH 02.10.1984, 3 Ob 560/84; OGH 03.12.1985, 5 Ob 608/84; OGH 28.05.1986, 1 Ob 28/86; OGH 28.10.1986, 2 Ob 554/86; OGH 15.12.1987, 10 Ob 509/87; OGH 26.01.1988, 8 Ob

Wäre der Schaden auch sonst eingetreten, da die hypothetische Ursache zum Tragen gekommen wäre, haftet derjenige, der den Schaden real herbeigeführt hat⁴³.

Hier ist diese Schadenszurechnung zu dem planerstellenden Werkunternehmer nicht geglückt, da auch bei pflichtgemäßem Verhalten, nämlich dem Erstellen der Pläne im korrekten Maßstab, der Bau ohne Einhaltung der Mindestabstände erstellt worden wäre und eine behördliche Neueinreichung mit Ansuchen um Ausnahmegenehmigung ohnehin notwendig gewesen wäre. Daher hat der OGH mangels Kausalität der nicht korrekt ausgeführten Pläne für den Schaden der Verzögerung des Projektfortschrittes die Haftung des Planverfassers verneint.

593/87; OGH 29.11.1988, 5 Ob 643/88; OGH 19.10.1989, 7 Ob 677/89; OGH 19.12.1989, 2 Ob 596/89; OGH 27.02.1990, 4 Ob 607/89; OGH 07.10.1992, 1 Ob 31/92; OGH 22.06.1993, 1 Ob 520/93; OGH 04.06.1996, 1 Ob 2051/96s; OGH 29.04.1997, 1 Ob 33/97b; OGH 15.05.1997, 1 Ob 6/97g; OGH 10.06.1998, 9 Ob 114/98z; OGH 27.05.1999, 2 Ob 224/97y; OGH 15.09.1999, 3 Ob 51/98s; OGH 24.02.2000, 8 Ob 278/99m; OGH 28.06.2000, 6 Ob 220/99t; OGH 02.08.2000, 2 Ob 226/99w; OGH 23.11.2000, 6 Ob 242/00g; OGH 22.02.2001, 6 Ob 292/00k; OGH 03.04.2001, 10 Ob 61/01w; OGH 24.04.2001, 1 Ob 54/01z; OGH 29.05.2001, 1 Ob 116/01t; OGH 21.06.2001, 6 Ob 88/01m; OGH 25.09.2001, 1 Ob 223/01b; OGH 25.09.2001, 1 Ob 151/01i; OGH 26.02.2002, 1 Ob 310/01x; OGH 20.02.2003, 6 Ob 322/02z; OGH 22.10.2003, 9 Ob 127/03x; OGH 27.05.2004, 8 Ob 42/04s; OGH 19.05.2005, 6 Ob 12/05s; OGH 30.11.2006, 8 Ob 86/06i; OGH 19.12.2006, 4 Ob 230/06m; OGH 23.03.2007, 2 Ob 170/06y; OGH 24.01.2008, 6 Ob 104/06x; OGH 26.02.2008, 1 Ob 226/07b; OGH 22.04.2008, 10 Ob 103/07f; OGH 07.07.2008, 6 Ob 72/08v; OGH 14.08.2008, 2 Ob 178/07a; OGH 15.12.2008, 4 Ob 197/08m; OGH 24.02.2009, 9 Ob 22/08p; OGH 15.03.2005, 5 Ob 38/05g; OGH 21.04.2009, 4 Ob 28/09k; OGH 16.07.2009, 2 Ob 266/08v; OGH 02.09.2009, 7 Ob 136/09i; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m; OGH 17.11.2009, 1 Ob 203/09y; OGH 15.12.2009, 1 Ob 213/09v; OGH 11.05.2010, 4 Ob 36/10p; OGH 08.06.2010, 4 Ob 71/10k; OGH 17.06.2010, 2 Ob 10/10z; OGH 05.10.2010, 4 Ob 145/10t; OGH 28.01.2011, 6 Ob 231/10d; OGH 24.02.2011, 6 Ob 8/11m; OGH 22.03.2011, 3 Ob 39/11y; OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i; OGH 21.07.2011, 1 Ob 115/11k; OGH 09.08.2011, 17 Ob 11/11h; OGH 22.06.2011, 2 Ob 97/11w; OGH 22.06.2011, 2 Ob 176/10m; OGH 20.12.2011, 10 Ob 61/11k; OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t; OGH 28.02.2012, 4 Ob 145/11v; OGH 12.04.2012, 10 Ob 157/11b; OGH 28.03.2012, 7 Ob 170/11t; OGH 22.06.2012, 1 Ob 186/11a; OGH 02.08.2012, 4 Ob 67/12z; OGH 11.10.2012, 1 Ob 51/12z; OGH 11.10.2012, 1 Ob 172/12v; OGH 14.11.2012, 7 Ob 162/12t; OGH 23.01.2013, 7 Ob 189/12p; OGH 16.04.2013, 10 Ob 13/13d; OGH 17.12.2013, 10 Ob 48/13a; OGH 17.12.2013, 10 Ob 46/13g; OGH 22.01.2014, 3 Ob 191/13d; OGH 17.02.2014, 4 Ob 210/13f; OGH 13.02.2014, 2 Ob 17/13h; OGH 29.01.2014, 7 Ob 221/13w; OGH 25.06.2014, 2 Ob 41/14i; OGH 30.06.2014, 5 Ob 208/13v; OGH 26.06.2014, 8 Ob 53/14y; OGH 18.09.2014, 1 Ob 148/14t; OGH 30.10.2014, 8 Ob 95/14z; OGH 19.11.2014, 3 Ob 166/14d.

⁴³ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 336.

Kapitel 2: Besondere Pflichten des Werkbestellers (und Auswirkungen iZm Baubewilligungen)

A) Die Koordinierungspflicht des Bauherrn

In diesem Kapitel wird auf die Koordinierungspflicht des Bauherrn eingegangen. Ganz allgemein ausgedrückt ist die Koordinierungspflicht eine vertragliche Nebenpflicht, die den Bauherrn oder Werkbesteller trifft und die grundsätzlich der Sicherstellung der Gesamtplanung dient. Es müssen die einzelnen, aufeinander aufbauenden Leistungen derart abgestimmt werden, dass die Vorleistung eine taugliche Grundlage für die Nachfolgeleistung darstellt⁴⁴.

Mit der Entscheidung 1Ob769/83⁴⁵ wurde im Jahr 1984 die Mitwirkungspflicht des Bestellers bzw Bauherrn als vertragliche Nebenpflicht anerkannt. Trotz ursprünglicher Ablehnung von Mitwirkungspflichten durch den OGH⁴⁶, wird seit 1984 somit an dieser werkvertraglichen Nebenpflicht als Koordinierungspflicht des Bauherrn festgehalten⁴⁷. Zu dieser Mitwirkung ist der Bauherr seinen Bauunternehmern in zeitlicher als auch in technischer Hinsicht verpflichtet, und sie begründet ein Mitverschulden des Bauherrn gegenüber seinen Werkunternehmern, sofern ein Schaden, den der Werkunternehmer verursacht hat, durch eine entsprechende Koordinierung des Werkbestellers hätte verhindert oder verringert werden können.

In jedem Bauprojekt ist diese Koordinierungspflicht eine der wichtigsten Verantwortungen, da damit die Schnittstellen zwischen den jeweiligen Unternehmen abgestimmt werden. Bei komplexen Projekten können die sogenannten „Schnittstellen“, also die Punkte, bei denen die Arbeiten von zwei verschiedenen Unternehmen aufeinandertreffen, nur schwer zwischen den Unternehmen direkt koordiniert werden. Im Streitfall bezüglich der Folge der Arbeitsabläufe sowie der Zuordnung der Arbeiten in das Aufgabengebiet der jeweiligen Werkunternehmer, sind in der Praxis häufig Wartezeiten und damit auch immer Mehrkosten, die den Werkunternehmern entstehen können, verbunden. In einer Gesamtprojektbetrachtung können

⁴⁴ RIS-Justiz RS 0111710 = OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 14.09.2004, 5 Ob 51/04t; OGH 20.08.2008, 9 Ob 42/08d; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v.

⁴⁵ OGH 25.01.1984, 1Ob769/83.

⁴⁶ OGH 19.01.1966, 7 Ob 3/66; OGH 31.03.1977, 6 Ob 725/76; OGH 04.03.1981, 6 Ob 545/81.

⁴⁷ RIS-Justiz RS0021655 = OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83; OGH 17.04.1996, 7 Ob 2089/96ym; OGH 12.03.1996, 4 Ob 1522/96; OGH 30.04.1997, 9 Ob 58/97p; OGH 07.09.2000, 8 Ob 55/00x; OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x; OGH 15.12.2008, 4 Ob 200/08b; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m; OGH 14.07.2011, 2 Ob 185/10k.

diese Wartezeiten für ein einzelnes Unternehmen aber den Gesamtfortschritt für das Projekt als Einheit durchaus beschleunigen und somit für das Gesamtprojekt gerechtfertigt sein.

Bei der Koordinierungspflicht ist vor allem die zeitliche Abfolge der hintereinander tätigen, als auch der zeitlich oder räumlich gleichzeitig tätigen Unternehmen, ein wesentliches Kriterium. Zusätzlich ist sicherzustellen, dass der jeweils nachfolgende Unternehmer von den Tätigkeiten des die Vorarbeiten durchführenden Unternehmens entsprechende Kenntnis erhält.

Das Mitverschulden bei Obliegenheitsverletzungen ist kein echtes Verschulden, da dieses rechtswidriges Verhalten voraussetzt. Der sorglose Umgang mit eigenen Gütern ist nicht verboten, doch wer in eigenen Belangen sorglos umgeht, der muss den daraus folgenden Nachteil auch tragen. Der Geschädigte muss sich auch das Verschulden des Gehilfen zurechnen lassen, wobei hier nach *Welser*⁴⁸ grundsätzlich nicht zwischen Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen unterschieden wird. Wird jedoch eine schutzgesetzlichen Pflicht des Werkbestellers an seinen Werkunternehmer gültig übertragen, wie dies beispielsweise bei dem Einsatz eines Baustellenkoordinators im Rahmen des BauKG der Fall ist, so wird dieser als Besorgungsgehilfe nach § 1315 ABGB eingestuft, und den Werkbesteller trifft in der Folge auch keine Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB mehr⁴⁹.

In der Regel ist der Werkbesteller bei der Errichtung des Werkes zur Mitwirkung im engeren Sinne gesetzlich nicht verpflichtet bzw wie von *Aicher*⁵⁰ betont, muss sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden des von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen. Unterlässt der Werkbesteller die Mitwirkung jedoch, so treten allerdings Rechtsfolgen ein, welche über die üblichen Folgen bei Obliegenheiten hinausgehen, sodass in diesem Sinne dennoch eine vertragliche Nebenpflicht des Werkbestellers zur Mitwirkung gegeben ist.

Der Unternehmer kann gemäß § 1168a ABGB neben dem eingeschränkten Entgelt Entschädigung für Zeitverzögerung verlangen (Abs 1 Satz 2) und den Vertrag auflösen (Abs 2). Generell ist für einen Annahmeverzug des Bestellers die Vollendung des Werkes Voraussetzung. Vor der Werkvollendung sind demnach nur die §§ 1168 und 1168a ABGB

⁴⁸ Bürgerliches Recht II¹³ 328.

⁴⁹ RIS-Justiz RS0015253 = OGH 11.12.2003, 2 Ob 272/03v; OGH 03.11.2005, 6 Ob 21/04p; OGH 22.12.2005, 10 Ob 112/05a; OGH 25.04.2007, 3 Ob 44/07b; OGH 28.02.2008, 8 ObA 6/08b; OGH 14.08.2008, 2 Ob 162/08z; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v;

⁵⁰ *Aicher* in *Straube-Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I, 2.7.1.3.

einschlägig. Von Annahmeverzug im weiteren Sinne wird jedoch auch dann gesprochen, wenn der Besteller die erforderliche Mitwirkung unterlässt, da in diesem Falle jedenfalls kein Schuldnerverzug vorliegen kann⁵¹.

Von dieser, zur Ausführung des Werkes erforderlichen Mitwirkung des Bestellers, für welche die §§ 1168 und 1168a ABGB einschlägig sind, ist die Fürsorgepflicht des Bestellers gemäß § 1169 ABGB zu unterscheiden⁵². Diese findet Anwendung im Zusammenhang mit der Koordinierungspflicht des Bauherrn zum Schutz vor Arbeitsunfällen. Vor Inkrafttreten des Bauarbeitenkoordinationsgesetzes wurde die, im Zusammenhang mit Baustellensicherheit und Gesundheit auf der Baustelle sowie mit dem Schutz vor Arbeitsunfällen bestehende Koordinierungspflicht des Bauherrn, lediglich auf die Fürsorgepflicht gemäß § 1169 ABGB gestützt⁵³.

Von besonderer Bedeutung ist die entsprechende Abgrenzung der Koordinierungspflicht von der Bauaufsicht sowie die Behandlung des Bauarbeitenkoordinationsgesetzes⁵⁴, einem Sondergesetz im Zusammenhang mit der Sicherstellung des Schutzes vor Unfällen auf der Baustelle.

B) Die Bauaufsicht des Bauherrn

Unter Bauaufsicht (Bauüberwachung) wird die Überprüfung der Werkleistungen der einzelnen Bauunternehmer auf Richtigkeit und Vollständigkeit verstanden. Die Bauaufsicht soll den Bauherrn vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen Unternehmer fallen, nicht jedoch diese von ihrer Verantwortung entlasten oder deren Verantwortung mindern⁵⁵.

⁵¹ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 62.

⁵² Krejci in Rummel³ § 1168 Rz 32.

⁵³ RIS-Justiz RS0123294 = OGH 28.02.2008, 8 Ob 6/08b; OGH 03.03.2010, 7 Ob 17/09i; OGH 17.06.2013, 2 Ob 240/12a.

⁵⁴ Bauarbeitenkoordinationsgesetz, BGBl I 1999/37.

⁵⁵ RIS-Justiz RS0108535 = OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p; OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 05.05.1998, 4 Ob 79/98s; OGH 16.06.1998, 4 Ob 156/98i; OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 14.04.1999, 9 Ob 33/99i; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 25.05.2004, 5 Ob 113/04k; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 30.08.2006, 7 Ob 17/06k; OGH 21.06.2007, 2 Ob 82/06g; OGH 29.01.2008, 1 Ob 238/07t; OGH 10.06.2009, 2 Ob 2/09x; OGH 28.01.2010, 2 Ob 128/09a; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 19.09.2013, 2 Ob 211/12m.

Im Gegensatz zur Koordinierungspflicht, die als eine Verpflichtung des Bauherrn gegenüber der von ihm beauftragten Werkunternehmer gesehen wird, besteht aus der Bauaufsicht heraus generell keine Verpflichtung des Bauherrn gegenüber seinen Werkunternehmern. Hat der Bauherr diese Aufgabe einem Architekten oder Generalunternehmer übergeben, so sind diese für deren Aufsichtstätigkeit auch gesondert vom Bauherrn zu entlohnen.

Häufig wird dieses Thema im Zusammenhang mit Haftungsfällen behandelt, bei denen der vom Bauherrn hierfür beauftragte Architekt oder Generalunternehmer seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Wird demnach vom Bauherrn ein Architekt oder Generalunternehmer mit der Bauaufsicht beauftragt und sind im Rahmen der Bauaufsicht Fehler entstanden, so ist das keine Pflichtverletzung gegenüber den Bauunternehmern. Fehler der Bauaufsicht muss sich der Bauherr damit auch nicht mitverschuldensbegründend anrechnen lassen⁵⁶.

Die Koordinierungsfehler eines Architekten, Bauherrn oder Generalunternehmers hingegen muss der Bauherr infolge Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB im Rahmen des Mitverschuldens vertreten⁵⁷. Dieses Mitverschulden, das zu einer Schadensteilung nach § 1304 ABGB für den Bauherrn führt, ergibt sich, da der Besteller dem Werkunternehmer gegenüber zur Koordinierung „verpflichtet“ ist, um eine sachgerechte Gesamtplanung eines Projektes sicherzustellen und der Werkunternehmer sohin selbst in den Schutzzweck der Koordinierungspflicht des Bauherrn eingebunden ist, er somit selbst durch die Koordinierung vor Fehlern geschützt werden soll.

Hat somit neben mehreren Schädigern auch der Geschädigte selbst eine Bedingung für den Schaden gesetzt, so ist der Geschädigte wie die Schädiger zu behandeln. Die Verschuldensquoten sind im Verhältnis aller Beteiligten zueinander proportional aufzuteilen. Die Quoten sind dann zueinander einzeln in ein Verhältnis zu setzen. Die Bauaufsicht des Architekten hingegen, der hierfür vom Bauherrn gesondert entlohnt wird, wird zugunsten des Bauherrn ausgeübt. Eine Verletzung mindert die Verantwortung der bauausführenden Unternehmer nicht. Diese können dem Bauherrn gegenüber kein ihm zuzurechnendes Mitverschulden einwenden⁵⁸.

⁵⁶ OGH 22.10.1991, 5Ob99/91; OGH 14.10.1997, 10b2409/96p; OGH 14.04.1999, 9Ob33/99i; OGH 16.06.1998, 4Ob 156/98i.

⁵⁷ OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v = bbl 2020/126 = Zak 2010,217 = ZVB 2010,104 = RdW 2010,574.

⁵⁸ RIS-Justiz RS0107245 = OGH 12.03.1997, 6 Ob 2144/96d; OGH 14.10.1997 1, Ob 2409/96p; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 16.05.2001, 2 Ob 102/01s; OGH 19.12.2001, 9 Ob 242/01f;

C) Bauaufsicht versus Baustellenkoordinierung - Bedeutung im Zusammenhang mit Architekten, Baumeistern, Planverfassern oder Statikern

Eine Sonderstellung im Zusammenhang mit Behördenbewilligungsverfahren nehmen die daran beteiligten Architekten, Baumeister, Planverfasser bzw Statiker ein. Deren Arbeiten bilden häufig die Grundlage für die generelle Entscheidung, ob eine Bewilligungsfähigkeit eines Projektes erreicht werden kann, oder eben nicht.

Auch die bereits oben dargestellte Frage der Baustellenkoordinierung bzw Bauaufsicht hat hier umfangreiche Bedeutung für die Bewertung der vertraglichen Nebenpflichten, die sich für den Werkbesteller aus den jeweiligen Bestimmungen der die Behördenbewilligungen regelnden Bauordnungen ergeben.

Zur Aufgabenzuordnung, und damit auch zu der Risikozuordnung zwischen Bauherrn, Architekten und Werkunternehmern, ist zusammengefasst Folgendes festzuhalten:

Während unter Bauaufsicht (Bauüberwachung) die Überprüfung der Leistungen der Bauunternehmer auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu verstehen ist, dient die Koordinierungspflicht der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung.

Somit dient die technisch fachgerechte und zeitliche Koordinierung dazu, das Zusammenwirken der Professionisten und die fehlerfreie Gesamtplanung sicherzustellen. Die Bauaufsicht hingegen, also die Beachtung der Regeln der Technik, die Einhaltung behördlicher Vorschriften und die Aufsicht der planmäßigen Werksherstellung, dient nach oberstgerichtlicher Rechtsprechung lediglich dazu, den Bauherrn zu entlasten.

Aus dieser Konsequenz wird nach ständiger Rechtsprechung⁵⁹ auch entschieden, dass ein für die Bauaufsicht beigezogener Architekt, der einen Fehler verursacht, keine Auswirkung auf das Verschulden bzw Mitverschulden des Werkbestellers im Zusammenhang mit Schäden, die dem Werkunternehmer wegen mangelhafter Bauaufsicht entstanden sind, darstellt.

OGH 16.05.2002, 6 Ob 110/02y; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 22.10.2007, 9 Ob 13/07p; OGH 21.06.2011, 1 Ob 63/11p; OGH 21.06.2011, 1 Ob 63/11p v; OGH 28.06.2012, 2 Ob 96/12z.

⁵⁹ RIS-Justiz RS0108535 = OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p; OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 05.05.1998, 4 Ob 79/98s; OGH 16.06.1998, 4 Ob 156/98i; OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 14.04.1999, 9 Ob 33/99i; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 25.05.2004, 5 Ob 113/04k; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 30.08.2006, 7 Ob 17/06k; OGH 21.06.2007, 2 Ob 82/06g; OGH 29.01.2008, 1 Ob 238/07t; OGH 10.06.2009, 2 Ob 2/09x; OGH 28.01.2010, 2 Ob 128/09a; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 19.09.2013, 2 Ob 211/12m.

Wie bereits dargestellt, ist somit bei diesen Fällen immer die Koordinierungspflicht von der Bauüberwachung und Bauaufsicht des Bauherrn zu unterscheiden. Im Zusammenhang mit der Bestimmung eines möglichen Mitverschuldens des Bauherrn gegenüber dem schädigenden Werkunternehmer, da der vom Bauherrn bestellte Architekt/Baumeister seinen Aufgaben nicht nachgekommen ist, ergibt sich aus der unterschiedlichen Betrachtung der Bauaufsicht von der Koordinierungspflicht folgende Konsequenz:

Überträgt der Bauherr die Koordinierungspflicht zB einem Architekten, so haftet der Bauherr für das Verschulden des Architekten nach § 1313a ABGB gegenüber dem schädigenden Werkunternehmer, sofern dem Architekten Fehler im Zusammenhang mit seiner Koordinierungspflicht unterlaufen sind oder er dieser nicht bzw nicht ausreichend nachgekommen ist⁶⁰. Dieses Mitverschulden - mit einer daraus resultierenden Schadensteilung für den Besteller nach § 1304 ABGB - ergibt sich, da für den Besteller eine vertragliche Nebenpflicht zur Koordinierung der Werkunternehmer generell bejaht wird⁶¹.

In Fällen, bei denen die Baukoordination eine eigenverantwortliche gesetzliche Pflicht darstellt - hier insbesondere im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen und den dazu im Baustellenkoordinationsgesetz⁶² definierten Verpflichtungen - und sofern diese zulässige Übertragung der schutzgesetzlichen Pflicht wirksam stattgefunden hat, haftet der Bauherr nur noch für Auswahlverschulden gegenüber den aus einem Arbeitsunfall geschädigten Personen⁶³.

Ein Fehler des Architekten bei der Bauaufsicht kann aber dem Bauherrn nach ständiger Rechtsprechung nicht als Mitverschulden angelastet werden, da, nach bereits dargestellter herrschender Judikatur⁶⁴, die Bauaufsicht nur im Interesse des Bauherrn erfolgt.

⁶⁰ RIS-Justiz RS0117106 = OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g.

⁶¹ OGH 20.08.2008, 9Ob 42/08d; OGH 14.09.2004, 5 Ob 51/04t.

⁶² Bauarbeitenkoordinationsgesetz, BGBl I 1999/37.

⁶³ OGH 11.12.2003, 2 Ob 272/03v = SZ 2003/158; OGH 14.08.2008, 2 Ob 162/08z; OGH 28.02.2008, 8 ObA6/08b; OGH 24.04.2007, 3 Ob 44/07b.

⁶⁴ RIS-Justiz RS0108535 = OGH 14.10.1997, 1Ob2409/96p; OGH 09.10.1997, 2Ob221/97g; OGH 05.05.1998, 4Ob79/98s; OGH 16.06.1998, 4Ob156/98i; OGH 25.02.1999, 2Ob376/97a; OGH 14.04.1999, 9Ob33/99i; OGH 15.07.1999, 6Ob136/99i; OGH 10.11.2003, 7Ob196/03d; OGH 25.05.2004, 5Ob113/04k; OGH 17.03.2005, 8Ob58/04v; OGH 30.08.2006, 7Ob17/06k; OGH 21.06.2007, 2Ob82/06g; OGH 29.01.2008, 1Ob238/07t; OGH 10.06.2009, 2Ob2/09x; OGH 28.01.2010, 2Ob128/09a; OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 19.09.2013, 2 Ob 211/12m.

OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v

Eine für das Problem der Abgrenzung zwischen Koordinierungspflicht und Bauaufsicht beispielhafte Darlegung findet man in der OGH Entscheidung vom 03.03.2010⁶⁵. Hier wurde ausgeführt, wie die Aufgabenzuordnung und damit zusammenhängend die Risikozuordnung betrachtet wird, wenn ein Architekt sowohl mit Baustellenkoordination als auch mit Bauaufsicht vom Bauherrn beauftragt wurde.

Bei diesem Projekt waren Fehler bei statischen Berechnungen aufgetreten, die zu erheblichen Mängeln des Bauwerkes geführt hatten. Hätte der Architekt, dem die Baustellenkoordination und Bauaufsicht übertragen wurde, diese Berechnungen überprüft, so wären wohl auch die nachfolgenden Mängel nicht entstanden.

Die vom Werkbesteller auf Schadenersatz geklagten Unternehmen hatten nun angeführt, dass im Zuge einer ordnungsgemäß durchgeführten Baustellenkoordination diese Fehler hätten erkannt werden müssen, und somit ein Mitverschulden des Werkbestellers für die Mängel der Baustellenkoordination behauptet.

Eine solche Überprüfung der Pläne und Zeichnungen wurde aber vom OGH als Bauaufsichtsmaßnahme und nicht als Koordinierungsmaßnahme verstanden. Die Bauaufsicht erfolgt nur im Interesse des Bauherrn, nicht aber in jenem der Werkunternehmer und soll daher diese auch nicht vor Schäden bewahren. Somit hatte dieses Fehlverhalten des Architekten nach Ansicht des OGH keinen Einfluss auf die Haftung des Werkunternehmers im Zusammenhang mit einer eventuellen Mitverschuldensfrage des Werkbestellers hieraus.

Wie von *Werschitz* in der hierzu verfassten Glosse präzisiert, ist nur bei einer Baustellenkoordination iSd Bauarbeitenkoordinationsgesetzes eine Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten des Bauherrn auf den Baustellenkoordinator möglich. Das Baustellenkoordinationsgesetz hat zu keiner Änderung der generellen Abgrenzung zwischen Bauaufsicht und Baukoordination, wie hier dargestellt, geführt.

⁶⁵ OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v = bbl 2010/126 = Zak 2010,217 = ZVB 2010,104 (*Werschitz*) = RdW 2010,574.

1. Frage der Eindeutigkeit der Abgrenzung

Wie beispielsweise von *Christandl*⁶⁶ betont, ist gemäß der bereits dargestellten Rechtsprechungslinie des OGH eine klare Grenze zwischen der auch den Bauunternehmern gegenüber geschuldeten Koordinierungspflicht und der lediglich die Bauherren schützende und nicht den Bauunternehmern gegenüber geschuldete Bauaufsicht zu ziehen.

Die fachliche Abgrenzung, wann nun eine Koordinierung und wann eine Bauaufsicht durchgeführt wird, ist freilich nicht so eindeutig. In den praktischen Fällen ist häufig, wenn ein Tun, also eine aktive Anweisung eines Architekten erfolgt, wohl von einer Koordinierungsmaßnahme auszugehen, während das passive Überprüfen der Einhaltung von Vorschriften und Plänen als Bauaufsicht zu beurteilen sein wird.

Hier nun kritisiert *Christandl*⁶⁷, dass in der Praxis bei Bauaufsichtsfehlern typischerweise der Architekt dadurch schädigt, indem er es unterlässt, entsprechende Anordnungen zu setzen. Dieses passive Verhalten bewirkt jedoch im Zusammenhang mit dem Thema der Abgrenzung, ob eine Bauaufsicht oder Baustellenkoordinierung vorliegt, eben keine Zurechenbarkeit des Verschuldens für den Bauherren.

Wenn hingegen der Architekt eine Anordnung trifft, so wird dieses häufig als Baukoordinierung beurteilt, die dem Bauherren auch zuzurechnen ist.

Aus dieser Beurteilung ergibt sich die Konsequenz, dass ein Architekt, der so wenig wie möglich eingreift, für den Bauherren, zumindest im Zusammenhang mit der Frage des Mitverschuldens, einen Vorteil bringt gegenüber einem Architekten, der aktiv in die Projektabwicklung involviert ist.

D) Unterscheidung Stoff/Anweisung im Sinne des § 1168a ABGB

Generell wird die Haftung des Bauherren für Schäden, die aus einer Verletzung der Koordinierungspflicht im Sinne der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung begründet sind, aus den Mitwirkungspflichten nach § 1168a ABGB abgeleitet, mit der ursprünglichen Begründung, dass ein Bauherr, der auf den Herstellungsprozess durch eigene

⁶⁶ Koordinierungspflicht des Bauherren und Regress zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer, bbl 2006, 221 ff.

⁶⁷ bbl 2006, 224.

Beiträge Einfluss nimmt, auch für diese eigenen Beiträge einzustehen hat. Die Anweisungen des Bauherrn sind demnach gegenüber den von ihm beauftragten Werkunternehmern im Ergebnis risikoverlagernd und haftungsbegründend⁶⁸.

Der OGH hat den Grundsatz aufgestellt, dass sich aus dem Bauvertrag heraus gewisse Mitwirkungspflichten ergeben. Nach herrschender Rechtsprechung⁶⁹ schuldet der Werkbesteller jedenfalls die Beistellung fehlerfreier Pläne, die als Anweisung im Sinne des § 1168a ABGB gesehen werden. Als Stoff im Sinne des § 1168a ABGB im Zusammenhang mit Bauwerkverträgen werden insbesondere auch Vorleistungen anderer Werkvertragsunternehmer gesehen⁷⁰.

Für den Stoff im Sinne des § 1168a ABGB ist herrschende Meinung⁷¹, dass die vom Bauherrn beigestellte Leistung die Warnpflicht des Unternehmers auslöst, der Bauherr diese Vorleistung jedoch nicht schuldet und ihn daher für fehlerhafte Vorleistungen eines anderen kein Mitverschulden trifft.

Für beigestellte Pläne hingegen, die wie die Koordinierungspflicht des Bauherrn als Anweisung gesehen werden, gilt nach ständiger Judikatur⁷², dass diese nicht nur eine Warnpflicht auslösen, sondern dass der Bauherr dem Unternehmer die Beistellung fehlerfreier Pläne und die Durchführung der Koordinierungstätigkeit als vertragliche Nebenpflicht auch schuldet, sodass ihn für das Verhalten Dritter ein Mitverschulden treffen soll.

Hier betont *Christandl*⁷³, dass nach seiner Ansicht eine derartige Unterscheidung aus dem Gesetz nicht abgeleitet werden kann. In den Fällen der fehlerhaften Planbeistellung muss daher dem Grunde nach immer eine vertragliche Verpflichtung des Bauherrn hierzu angenommen worden sein. Eine generelle Verpflichtung des Bauherrn zur Beistellung eines Stoffes oder zur Erteilung von Anweisungen kann jedoch aus § 1168a Satz 3 ABGB nicht abgeleitet werden.

⁶⁸ *Christandl*, bbl 2006, 222.

⁶⁹ OGH 25.01.1984, 10b769/83; OGH 21.03.1985, 8Ob630/84; OGH 16.01.1985, 10b690/84; OGH 15.12.1987, 4 Ob 606/87; OGH 24.03.1988, 7Ob 533/88; OGH 14.10.1997, 2Ob221/97g; OGH 24.12.1998, 4 Ob 283/98s; OGH 02.06.1999, 9Ob342/98d.

⁷⁰ OGH 19.03.1963, 8Ob55/63; OGH 11.11.1964, 6Ob307/64; OGH 31.01.1979, 10b522/79; OGH 10.02.1988, 3Ob607/86; OGH 12.02.1987, 7Ob689/86; OGH 27.02.1990, 8Ob579/90; OGH 13.07.1995, 6Ob658/94; *Krejci in Rummel*³ § 1168a Rz 18.

⁷¹ OGH 11.11.1964, 6Ob307/64; OGH 29.06.1972, 2Ob170/71; *Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 95.

⁷² OGH 25.01.1984, 10b769/83; OGH 21.03.1985, 8Ob630/84; OGH 16.01.1985, 10b690/84; OGH 24.03.1988, 7Ob 533/88; OGH 14.10.1997, 2Ob221/97g; OGH 02.06.1999, 9Ob342/98d.

⁷³ bbl 2006, 223.

Der Bauherr schuldet dem Unternehmer somit aus dieser Bestimmung nichts⁷⁴. Ihn treffen aus dieser Norm keine Verhaltenspflichten. Es kann daher auch kein Gehilfe in Erfüllung dieser nicht existenten Pflichten tätig werden.

Bei einer Anweisung greift der Bauherr in den Handlungsspielraum des Unternehmers ein, indem er innerhalb des ursprünglich vertraglich Vereinbarten eine gewisse Herstellungsart konkretisiert. Wenn diese Anweisung nun aber untauglich oder unrichtig ist, verletzt der Bauherr eine Obliegenheit und trägt dafür auch das entsprechende Risiko, sofern der Unternehmer nicht seine Warnpflicht gegenüber dem Bauherrn verletzt hat.

Nach *Christandl*⁷⁵ wäre jedoch auch für die Fälle der Anweisung nochmals zu überdenken, ob aus der Bestimmung des § 1168a ABGB eine Verpflichtung des Bauherrn zur Koordinierung abgeleitet werden kann. Er sieht generell in dem Sinn und Zweck dieser Bestimmung nur den Schutz des Bestellers. Dieser greift aus eigenem Antrieb in die Erfüllung des Werkvertrages ein und soll dabei primär vor eigenen Fehlern geschützt werden.

Der Bauherr, der sich an den sachkundigen Unternehmer wendet, erwartet von diesem die vertragsgemäße und den technischen Standards entsprechende Herstellung des Werkes. Nimmt er nun jedoch durch Anweisungen an den Unternehmer auf den Herstellungsprozess Einfluss, so müsste ihn der Unternehmer warnen, sofern diese Anweisung die Herstellung des Werkes negativ beeinflussen kann.

Die Warnpflicht hätte daher nach *Christandl* den Sinn und Zweck, den Bauherrn vor sich selbst zu schützen und den Unternehmer von einer Haftung zu befreien, wenn der Bauherr nicht auf die Warnung hört. Eine Verpflichtung des Bauherrn zu verankern, wäre nach dieser Auslegung nicht vom Gesetzeszweck umfasst.

Aus dem Wortlaut des § 1168a Satz 3 ABGB können jedenfalls keine Pflichten des Bauherrn gegenüber seiner Werkunternehmer abgeleitet werden. Eine derartige Verpflichtung könnte sich daher lediglich aus dem Bauvertrag ergeben, obwohl diese nach der derzeitigen, in dieser Arbeit behandelten Judikatur, generell bejaht wird.

⁷⁴ *Krejci in Rummel*³ § 1168 Rz 32.

⁷⁵ bbl 2006, 222f.

Nach *Christandl*⁷⁶ sollte hingegen eine derart pauschale Begründung von Vertragspflichten nochmals überdacht werden sollte, da sich eine vertragliche Nebenpflicht nur durch entsprechende Auslegung einer, wenn auch nur schlüssigen, Willenserklärung der Vertragsteile und durch Berücksichtigung der Natur und des Zweckes des Vertrages ergeben kann. Dies ist jedoch aufgrund der unterschiedlichen Fachkenntnisverhältnisse, die zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer vorliegen können, nicht unbedingt immer anzunehmen.

Daher müsste nach dieser Ansicht bei der Entscheidung im Einzelfall der Vertragstext, die Umstände des Vertragsschlusses, der Parteiwillen und die Natur der Vereinbarung geprüft werden, um entsprechend zu beurteilen, ob eine vertragliche Mitwirkungspflicht vereinbart wurde, oder eben nicht.

E) Mitverschulden des Bestellers bei Warnpflichtverletzung aus eigenem Verhalten

Mitverschulden kommt insbesondere in Betracht, wenn der Besteller selbst ausreichend sachkundig ist, um die Untauglichkeit seiner Anweisung zu erkennen oder er sonst nicht über Umstände informiert, die die Erstellung des Werkes behindern könnten.

Da keine Rechtspflicht besteht, eigene Güter zu schützen, handelt es sich dabei um eine Obliegenheitsverletzung. Das Mitverschulden kann auch aus einer Schutzgesetzverletzung entstehen, wobei hier insbesondere auch der Mitverschuldenszusammenhang zu prüfen ist⁷⁷.

Nach *Reischauer*⁷⁸ kann ein Mitverschuldenszusammenhang auch vorliegen, wenn bezüglich des übertretenen Schutzgesetzes der Mitverschuldenszusammenhang nicht gegeben ist, (also, wenn die übertretene Norm das konkrete Schadensereignis nicht vorbeugen wollte) und wenn sich der Geschädigte dennoch sorgfaltswidrig gegenüber seinen eigenen absoluten Rechtsgütern verhalten hat und deshalb ein Schaden eingetreten ist.

Schwierigkeiten bereitet die Frage des Mitverschuldens des Bestellers an einer Warnpflichtverletzung, da diese Pflicht zur Untersuchung und Information gerade den Zweck

⁷⁶ bbl 2006, 225.

⁷⁷ *Karner* in KBB⁴ § 1304 Rz1.

⁷⁸ In *Rummel* § 1304 Rz3.

erfüllt, den Besteller selbst vor den Folgen seiner eigenen Unwissenheit oder Sorglosigkeit zu schützen⁷⁹.

Hat nun der Besteller selbst einen untauglichen Beitrag geleistet, so können nach derzeitiger Rechtsprechung⁸⁰ seine Schadenersatzansprüche wegen Mitverschuldens des Bestellers an der Warnpflichtverletzung gemindert werden.

Wenn nun der Unternehmer seiner Warnpflicht nicht entsprochen hat, so muss sich dennoch der Bauherr seine eigenen fehlerhaften Beiträge über die Regeln der Mitverschuldenshaftung nach § 1304 ABGB zurechnen lassen⁸¹.

Die oben angeführte Unterscheidung zwischen Koordinierungspflicht und Bauaufsicht ist in diesem Zusammenhang besonders relevant, da nach derzeitiger Judikatur bei Fehlern der Bauaufsicht ein Mitverschulden des Werkbestellers gegenüber seinen Werkunternehmern nicht begründet werden kann.

Der Besteller ist nicht verpflichtet, den oder die Unternehmer bei der Ausführung der einzelnen Werke zu überwachen und zu beaufsichtigen. Demnach soll gegenüber der, für den Besteller tätigen Werkunternehmer, auch keine Schadensminderung wegen Mitverschuldens des Bestellers für Fehler in der Bauaufsicht in Betracht kommen.

Der Vertrag über die Bauaufsicht zwischen Werkbesteller und Architekten, Bauführer oder Generalunternehmer beispielsweise, begründet nach herrschender Judikatur⁸² auch keine Schutzpflicht zugunsten der einzelnen Werkunternehmer, da nur der Schutz des Bauherrn darin begründet wird.

Die Bauaufsicht soll nur den Bauherrn, der hierfür zB 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

⁷⁹ *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 15.

⁸⁰ RIS-Justiz RS0116075 = OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x; OGH 19.05.2005, 6 Ob 274/04v; OGH 12.07.2006, 9 Ob 64/06m; OGH 20.04.2010, 1 Ob 52/10v.

⁸¹ *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 15.

⁸² RIS Justiz RS0108535 = OGH 14.10.1997, 1 Ob 2409/96p; OGH 05.05.1998, 4 Ob 79/98s; OGH 16.06.1998, 4 Ob 156/98i; OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 14.04.1999, 9 Ob 33/99i; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 25.05.2004, 5 Ob 113/04k; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 21.06.2007, 2 Ob 82/06g; OGH 29.01.2008, 1 Ob 238/07t; OGH 28.01.2010, 2 Ob 128/09a; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 19.09.2013, 2 Ob 211/12m.

oder deren Verantwortung mindern. Die Bauüberwachung erfolgt ausschließlich im Interesse des Auftraggebers und nicht in jenem der Werkunternehmer⁸³.

F) Mitverschulden des Bestellers bei Warnpflichtverletzung aus Verhalten Dritter?

Wenn nicht das Verhalten des Bestellers selbst ein Mitverschulden am entstandenen Schaden begründet, sondern das Verhalten der für ihn tätigen Unternehmer, wie dies beispielsweise durch fehlerhafte Vorarbeiten oder mangelnde Beistellung von Plänen der Fall sein kann, stellt sich die Frage, inwiefern ihm auch das Verhalten solcher Dritter, insbesondere von Gehilfen, zuzurechnen ist.

Sowohl die Frage, welcher Personenkreis für ein mögliches Mitverschulden des Geschädigten als Gehilfen anzusehen sei, als auch nach welchen Regelungen die Zurechnung erfolgen soll, ist strittig. Erfolgt die Zurechnung des Verhaltens nach den Risikoregeln, so genügt wohl die Zugehörigkeit der Person zum Verantwortungsbereich. Nach Schadenersatzregeln ist hingegen zumindest auch Sorglosigkeit des Geschädigten, somit Sorglosigkeit in eigenen Belangen, erforderlich⁸⁴.

Bei Schadenersatzansprüchen ist zusätzlich die Frage zu stellen, welcher Personenkreis dem Verhalten des Geschädigten nach § 1304 zuzurechnen ist. Leitlinie sollte sein, dass das Einschalten des Gehilfen den Besteller weder besser noch schlechter stellen sollte, als wenn er selbst gehandelt hätte. Überdies soll die Zurechnung des Gehilfen zum Verschulden des Bestellers nach gleichen Kriterien erfolgen, wie dies bei einer Gehilfenzurechnung zum Werkunternehmer der Fall wäre⁸⁵.

In ständiger Rechtsprechung⁸⁶ vertritt der OGH sowie auch der überwiegende Teil der Lehre⁸⁷ die Ansicht, dass die Gehilfenhaftung des ABGB auch für die Frage des Mitverschuldens des

⁸³ *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 15 u 17.

⁸⁴ *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 15.

⁸⁵ *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 17.

⁸⁶ RIS Justiz RS0026766 = OGH 21.03.1985, 8 Ob 76/84; OGH 21.03.1985, 8 Ob 630/84; OGH 14.07.1992, 1 Ob 30/92; OGH 05.10.1994, 7 Ob 1617/94; OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 15.01.1998, 6 Ob 384/97g; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 10.07.2003, 6 Ob 276/02k; OGH 26.02.2009, 1 Ob 1/09t; OGH 20.04.2010, 1 Ob 18/10v; OGH 18.07.2011, 6 Ob 229/10k; OGH 13.10.2011 6 Ob 217/10w; OGH 13.12.2012, 1 Ob 177/12d; OGH 20.02.2014, 6 Ob 183/13z.

⁸⁷ *Kletecka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten (1991); *Karollus*, Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bei Zurechnung von Gehilfenverhalten, *ÖJZ* 1994, 257; *Kaufmann*, Die Zurechnung fremden Verhaltens auf Geschädigtenseite im Bauvertragsrecht (2000); *Harrer in Schwimann*³ § 1304 Rz 31-

Geschädigten gelten kann. In dem hierzu aufgestellten Rechtssatz⁸⁸ wird vom OGH angeführt, dass sich im Rahmen eines Schuldverhältnisses der Geschädigte ein Mitverschulden im Sinne des § 1304 ABGB anrechnen lassen muss, wenn sein Erfüllungsgehilfe, durch eine von ihm zu vertretende Sorglosigkeit gegenüber den Gütern seines Geschäftsherren, den Schaden mitverursacht hat.

Eine davon abweichende Sichtweise wurde vom OGH⁸⁹ jedoch für den Herstellungsgehilfen, also einen für die Schadensbeseitigung eingesetzten Gehilfen, festgehalten. Hier wurde vom erkennenden Senat bestätigt, dass sich der Geschädigte das Verhalten des Herstellungsgehilfen nicht zurechnen lassen muss und der Geschädigte somit in diesem Zusammenhang nur vertreten muss, den Herstellungsgehilfen nicht ordnungsgemäß ausgewählt zu haben. Es spräche nach Auffassung des OGH gegen eine entsprechende Anwendung des § 1313a ABGB, den Herstellungsgehilfen als Erfüllungsgehilfen des Geschädigten anzusehen, dass dem Geschädigten das schadenersatzrechtliche Schuldverhältnis durch den Schädiger aufgezwungen wurde.

Es entspräche daher nicht dem Sinn und Zweck der Ersetzungsbefugnis des Geschädigten, ihm das Risiko einer schuldhaften Schadensausweitung durch Hilfspersonen aufzubürden, das der Schädiger generell selbst tragen müsste, wenn er die Schadensbeseitigung vornimmt, wozu er berufen ist. Das zur Schadensausweitung und zu vermeidbaren Kosten führende Fehlverhalten, der vom geschädigten Kläger zur Schadensbeseitigung eingesetzten Fachleute, ist demnach dem geschädigten Kläger nicht zuzurechnen. Zustimmend hierzu die Kommentare in den zu dieser Entscheidung verfassten Glossen von *Michl*, *Demmelbauer* und *Danzl*⁹⁰.

Im Zusammenhang mit Sachschäden bei Bauwerkverträgen, aufgrund von Koordinierungsfehlern oder Bauaufsichtsfehlern eines Gehilfen des Bauherrn, ergibt sich nun folgendes Bild: Wird vom Werkbesteller beispielsweise ein Architekt oder Generalunternehmer mit der Erfüllung der Koordinierungspflicht beauftragt, und entstehen

34; *Dullinger*, Zum Mitverschulden von Gehilfen bei Haftung ex delicto, 407; *Kozioł*, Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1304 ABGB, JBl 1997, 201; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1304 Rz 7.

⁸⁸ RIS Justiz RS0026766 = OGH 21.03.1985, 8 Ob 76/84; OGH 21.03.1985, 8 Ob 630/84; OGH 14.07.1992, 1 Ob 30/92; OGH 05.10.1994, 7 Ob 1617/94; OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 15.01.1998, 6 Ob 384/97g; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 10.07.2003, 6 Ob 276/02k; OGH 26.02.2009, 1 Ob 1/09t; OGH 20.04.2010, 1 Ob 18/10v; OGH 18.07.2011, 6 Ob 229/10k; OGH 13.10.2011 6 Ob 217/10w; OGH 13.12.2012, 1 Ob 177/12d; OGH 20.02.2014, 6 Ob 183/13z.

⁸⁹ OGH 13.10.2011, 6 Ob 217/10w = Zak 2011,823 (*Demmelbauer*) = ZVB 2011,39 (*Michl*) = JBl 2012,117 = EvBl 2012,219 = bbl 2012/56 = RdW 2012,208 = ecolex 2012,471 = MietSlg 63.231 = ZVR 2012,42 (*Danzl*).

⁹⁰ *Michl*, ZVB 2011,39; *Demmelbauer*, Zak 2011,823; *Danzl*, ZVR 2012,42.

aus der Verletzung dieser Koordinierungspflicht durch den beauftragten Architekten oder Generalunternehmer den Werkunternehmern Schäden, dann muss der Bauherr infolge Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB im Rahmen des Mitverschuldens einstehen⁹¹.

Liegt dagegen lediglich ein Bauaufsichtsfehler des Architekten vor, so trifft den Bauherrn gegenüber seinen Werkunternehmern kein Mitverschulden. Der Bauunternehmer haftet daher für Sachschäden gegenüber dem Bauherrn zunächst voll. Der Bauunternehmer sollte sich jedoch in weiterer Folge an den ihrer Bauaufsichtspflicht nicht nachkommenden Unternehmern regressieren können.

Von dem bisher hier behandelten Verschulden des Architekten/Baumeisters als Gehilfen, das zu einem Mitverschulden des Bauherrn führen kann, ist seine eigene Haftung dem Bauherrn gegenüber zu trennen. Diese bleibt natürlich generell weiterhin bestehen, unabhängig davon, ob der Schaden durch einen Aufsichtsfehler oder eine mangelhafte Baustellenkoordinierung entstanden ist. Den Bauherrn, im Gegensatz zu den Werkunternehmern, soll auch die Bauaufsicht selbst schützen, sodass dem Bauherrn gegenüber hier jedenfalls der Werkunternehmer/Baumeister schadenersatzpflichtig werden kann.

1. Judikatur zu Mitverschulden des Bestellers iZm Koordinierungspflicht/Verletzung der Bauaufsicht

Die Frage, ob der Besteller, der die Koordinierungspflicht einem Dritten (zB einem Architekten) überträgt, für das Verschulden des Dritten nach § 1313a ABGB einzustehen hat, wurde in mehreren Entscheidungen des OGH bejaht, weil er dem Werkunternehmer gegenüber seine Obliegenheit der sachgerechten Gesamtplanung verletzt hat⁹².

OGH 25.02.1999, 20b376/97a

Im Sachverhalt dieser E⁹³ wurde während der Durchführung von Renovierungsarbeiten die Luftfeuchtigkeit in den Räumen nicht entsprechend vermindert und die Wände nicht ausgetrocknet, sodass der gleichzeitig zu den Malerarbeiten verlegte Holzparkettboden aufgrund der zu hohen Innenraumfeuchtigkeit beschädigt wurde.

⁹¹ OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g.

⁹² RIS-Justiz RS0111710 = OGH 25.02.1999, 2 Ob 376/97a; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 14.09.2004, 5 Ob 51/04t; OGH 20.08.2008, 9 Ob 42/08d; OGH 03.03.2010 = bbl 2010/126 = Zak 2010,217 = ZVB 2010,349 = RdW 2010,574, 7 Ob 211/09v.

⁹³ OGH 25.02.1999, 20b376/97a.

Für diese Renovierungsarbeiten wurde für die Erbringung der Architektenleistung ein Architekt beauftragt sowie ein Baumeister, der für die Bauleitung und Bauaufsicht der Unternehmen zuständig war. Die auf der Baustelle tätigen Unternehmen sind dann wiederum vom Werkbesteller direkt für die Durchführung der Arbeiten beauftragt worden.

Das Erstgericht stellte eine Warnpflichtverletzung der Unternehmer fest, welche auf die Notwendigkeit der ausreichenden Belüftung vor Verlegung des Parkettbodens hätten hinweisen müssen. Der Bauleiter wurde als Erfüllungsgehilfe des Bauherrn bei dessen Koordinierungsverpflichtung gewertet. Er hätte darauf achten müssen, dass ein ausreichender zeitlicher Abstand zwischen diesen Tätigkeiten eingehalten werden müsse.

Das Berufungsgericht hatte die mangelnde Abstimmung der Arbeiten durch den Baumeister teilweise als Bauaufsichtspflichtverletzung angesehen, zu der der Baumeister auch generell die vertragliche Verpflichtung übernommen hatte. Das teilweise aktive Eingreifen des Baumeisters in die Arbeitsabläufe wurde jedoch, wie auch vom Erstgericht, ebenfalls als Koordinierungspflichtverletzung angesehen. Somit lag nach Ansicht des Berufungsgerichtes teilweise eine Bauaufsichtspflichtverletzung vor als auch eine Koordinierungspflichtverletzung, während das Erstgericht lediglich von einer Koordinierungspflichtverletzung ausgegangen ist. Diese Bauaufsichtspflicht wird jedoch, gemäß der ständigen Rechtsprechung⁹⁴, nur im Interesse des Auftraggebers durchgeführt, sodass diesbezüglich kein Mitverschulden des Bauherrn gemäß § 1304 ABGB abgeleitet werden konnte. Das Berufungsgericht sah eine Verschuldensteilung 1:1 zwischen Werkbesteller und dem beklagten Werkunternehmer (im Gegensatz zum Erstgericht, welches von einer Schadensteilung 1:2 zugunsten des beklagten Werkunternehmers ausgegangen war) als angemessen an.

Der OGH hat die Bauüberwachung und Bauaufsicht von der Koordinierungspflicht des Werkbestellers abgegrenzt und eine Verletzung der Koordinierungspflicht bejaht, womit den Bauherrn ein Mitverschulden für Fehler des von ihm zur Koordinierung eingesetzten Bauleiters treffe.

Wenngleich der Bauleiter vom Bauherrn zur Bauaufsicht bestellt wurde, so hat dieser dennoch nicht nur die im alleinigen Interesse des Bauherrn gelegene Bauaufsicht, sondern auch weitgehende Koordinierungsaufgaben übernommen und die Arbeitseinsätze der

⁹⁴ OGH 12.03.1997, 6Ob2144/96d = RdW 1997, 394; OGH 09.10.1997, 2Ob221/97g = RdW 1998, 67 = ecolex 1998, 125.

verschiedenen Handwerker bestimmt. Die Koordinierungsaufgabe des Bauleiters lag nach Ansicht des OGH darin, die Arbeitseinsätze der verschiedenen Handwerker abzustimmen. Somit wurde aufgrund des Unterbleibens der entsprechenden zeitlichen Abstimmung sowie aufgrund der fehlenden Anordnung der Beheizung und Belüftungsmaßnahmen ein Koordinierungsfehler gesehen.

Der Bauleiter wurde als Erfüllungsgehilfe des Werkbestellers eingeordnet. Der OGH bestätigte letztlich die Erwägungen des Berufungsgerichtes und ging ebenfalls von einer Verschuldensteilung 1:1 aus, da einerseits der Werkunternehmer seiner Warnpflicht nicht nachgekommen ist, aber andererseits der Bauleiter Abstimmungsfehler vorgenommen hatte, die im Bereich der Koordinierungspflicht des Bauherrn lagen und somit ein Mitverschulden des Werkbestellers nach § 1304 ABGB vorlag.

OGH 28.06.2000, 6Ob107/00d

Auch in der im Jahr 2000 ergangenen Entscheidung⁹⁵ wurde eine ähnliche Argumentationslinie vertreten. Hier sind aufgrund von mangelhafter Bauausführung bei der Anbringung von Abdichtungsfolien sowie aufgrund ursprünglicher Planungsfehler bei einem Umbau des Dachgeschosses eines Hauses undichte Stellen aufgetreten, die einen erheblichen Schaden am Gebäude verursacht hatten. Für diese Arbeiten waren ein Generalplaner, ein Architekt, der auch die Bauaufsicht zu erfüllen hatte, sowie das bauausführende Unternehmen beteiligt.

Dieser Generalplaner klagte den Werkbesteller auf Bezahlung eines Restbetrages des vereinbarten Honorars, welches vom Werkbesteller einbehalten wurde. Der beklagte Werkbesteller hält dem Begehren auf Zahlung des restlichen Werklohnes einen Anspruch auf Ersatz jener Schäden entgegen, die durch die mangelhafte Ausführung des Werkes und durch die Verletzung der Warnpflicht in Zusammenhang mit den Vorleistungen entstanden sind. Gegen den Schadenersatzanspruch repliziert wiederum der klagende Werkunternehmer, dass der Schaden lediglich aufgrund mangelnder Bauaufsicht des vom Besteller beauftragten Architekten entstanden sei.

Auch in dieser Entscheidung wurde die ständige Rechtsprechung⁹⁶ dargelegt, nach der bei Fällen der Schadenstragung entsprechend § 1168a ABGB ein Mitverschulden des

⁹⁵ OGH 28.06.2000, 6Ob107/00d.

⁹⁶ RIS Justiz RS0026766 = OGH 21.03.1985, 8 Ob 76/84; OGH 21.03.1985, 8 Ob 630/84; OGH 14.07.1992, 1 Ob 30/92; OGH 05.10.1994, 7 Ob 1617/94; OGH 09.10.1997, 2 Ob 221/97g; OGH 15.01.1998, 6 Ob 384/97g; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 10.07.2003, 6 Ob 276/02k; OGH 26.02.2009, 1 Ob 1/09t; OGH 20.04.2010, 1 Ob

Werkbestellers oder seines Gehilfen nach § 1313a ABGB gemäß den Grundsätzen des § 1304 ABGB zu einer Teilung des Schadens führen kann⁹⁷.

Dementsprechend hat der OGH wiederholt die Auffassung vertreten, der Bauherr habe die Fehler des von ihm mit der Planung, Koordinierung und örtlichen Bauaufsicht beauftragten Architekten über die Gehilfenhaftung zu vertreten⁹⁸.

Es wurde somit auch in dieser Entscheidung eine mögliche Schadenstragung des Bauherrn für Schäden, die durch die Fehlplanung seines Architekten und mangelnde Bauaufsicht seines Generalplaners entstanden sind, über die Erfüllungsgehilfenhaftung generell erwogen.

Die Bauaufsicht ist jedoch nach bereits dargestellter ständiger Rechtsprechung⁹⁹ nur im Interesse des Bauherrn gelegen und hat daher nicht die Aufgabe, die Werkunternehmer vor Fehlern zu schützen. Es ist daher in diesem Fall auch nicht relevant, ob über die Bauaufsicht die mangelhafte Herstellung des Werkes hätte erkannt werden müssen oder durch die Bauaufsicht der Schaden, der durch die fehlerhaften Arbeiten entstanden ist, hätte verhindert werden können. Dementsprechend ist kein Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben und es kann keine Haftung wegen Mitverschuldens für den Bauherrn gegenüber seiner Werkunternehmer wegen mangelhafter Bauaufsicht entstehen¹⁰⁰.

Wegen der unterlassenen Koordinierungstätigkeit des Architekten hingegen, könnte es zu einem Einstehen müssen des Bauherrn für das Verschulden des Architekten über die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB kommen und zu einer entsprechenden Schadensteilung nach § 1304 ABGB gegenüber dem prinzipiell schadenersatzpflichtigen Werkunternehmer.

18/10v; OGH 18.07.2011, 6 Ob 229/10k; OGH 13.10.2011 6 Ob 217/10w; OGH 13.12.2012, 1 Ob 177/12d; OGH 20.02.2014, 6 Ob 183/13z.

⁹⁷ Dullinger, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 20 ff; Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505 ff.

⁹⁸ OGH 12.03.1997, 6Ob2144/96d = RdW 1997, 394; OGH 18.04.1991, = JBl 1992, 114 [Karollus]; OGH 29.10.1992, 6Ob61292; JBl 1993, 521 [Iro]; OGH 25.01.1984, 10B769/83 O SZ 57/18 = RdW 1984, 274 = JBl 1984/556; OGH 16.01.1985, 1 Ob 690/84 = SZ 58/7 = JBl 1984, 622.

⁹⁹ RIS-Justiz RS0108535 = OGH 14.10.1997, 1Ob2409/96p; OGH 09.10.1997, 2Ob221/97g; OGH 05.05.1998, 4Ob79/98s; OGH 16.06.1998, 4Ob156/98i; OGH 25.02.1999, 2Ob376/97a; OGH 14.04.1999, 9Ob33/99i; OGH 15.07.1999, 6Ob136/99i; OGH 10.11.2003, 7Ob196/03d; OGH 25.05.2004, 5Ob113/04k; OGH 17.03.2005, 8Ob58/04v; OGH 30.08.2006, 7Ob17/06k; OGH 21.06.2007, 2Ob82/06g; OGH 29.01.2008, 1Ob238/07t; OGH 10.06.2009, 2Ob2/09x; OGH 28.01.2010, 2Ob128/09a; OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 19.09.2013, 2 Ob 211/12m.

¹⁰⁰ RIS-Justiz RS0107245 = OGH 12.03.1997, 6 Ob 2144/96d; OGH 14.10.1997 1, Ob 2409/96p; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 28.06.2000, 6 Ob 107/00d; OGH 16.05.2001, 2 Ob 102/01s; OGH 19.12.2001, 9 Ob 242/01f; OGH 16.05.2002, 6 Ob 110/02y; OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03d; OGH 17.03.2005, 8 Ob 58/04v; OGH 22.10.2007, 9 Ob 13/07p; OGH 21.06.2011, 1 Ob 63/11p; OGH 28.06.2012, 2 Ob 96/12z.

Da es in diesem Sachverhalt zwischen Werkbesteller und bauausführendem Unternehmen bzw. des vom Werkbesteller mit der Koordinierung beauftragten Architekten keine Verpflichtung gab, diesen Tätigkeitsbereich des Werkunternehmers zu koordinieren, wurde auch ein Mitverschulden wegen unterlassener Koordinierungspflicht verneint. Die Verneinung der Koordinierungspflicht zum bauausführenden Werkunternehmer wurde damit begründet, dass dem Unternehmen in einem ausschließlich von diesem Unternehmen durchzuführenden Arbeitsbereich Fehler bei der Herstellung des Werkes unterlaufen sind.

Somit hat der Werkbesteller in diese Unternehmenstätigkeit nicht eingegriffen und folglich ist auch kein Koordinierungsfehler unterlaufen.

Letztlich standen einander somit ein - von dem beklagten Werkbesteller zu vertretender - Planungsfehler und eine Verletzung der Warnpflicht durch das klagende bauausführende Unternehmen gegenüber. Der entstandene Schaden wurde gemäß § 1304 ABGB im Verhältnis 1:1 zwischen dem klagenden Werkunternehmer und dem beklagten Werkbesteller geteilt.

2. Kommentare aus der Lehre zu dieser Rechtsprechungslinie

Die hier dargestellten OGH Entscheidungen zeigen, dass die Koordinierungspflicht des Bauherrn generell bejaht aber von der Bauaufsicht abgegrenzt wird, aus der keine vertragliche Verpflichtung des Bauherrn gegenüber der für ihn tätigen Werkunternehmer entstehen soll.

Dass diese Abgrenzung zwischen Koordinierung und Bauaufsicht in der Praxis nicht so eindeutig ist, und (wie *Christandl*¹⁰¹ sehr treffend bemerkt hat) eine Koordinierung primär ein aktives Tun erfordert und nur selten das Unterlassen einer Koordinierung zu einer Haftung führt, zeigt sich auch in den hier dargestellten Entscheidungen. Es musste in jeder Entscheidung klargestellt und genau begründet werden, weswegen hier eine Koordinierungspflicht und keine Verletzung der Bauaufsicht vorlag.

Vor allem, wenn ein Mitverschulden des Bauherrn über die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB zur Anwendung kommt, führt dies zu der Besonderheit, dass der passive Architekt, Baumeister oder Generalunternehmer für den Bauherrn günstiger ist, als ein in die Belange des Projektgeschäftes aktiv eingreifender Unternehmer, da hier eine Haftung aus

¹⁰¹ bbl 2006, 225.

Koordinierungspflichtverletzung wesentlich wahrscheinlicher ist. Dies ist keine wünschenswerte Lösung, da der Architekt bzw Baumeister oder Generalunternehmer für die Wahrnehmung seiner Koordinierungs- und/oder Aufsichtstätigkeit vom Werkbesteller vergütet wird. Dass nun der wenig aktive Unternehmer dem Werkbesteller bei Fragen der Schadensteilung nach § 1304 ABGB hilfreich entgegenkommt, ist jedoch in diesem Zusammenhang eine Tatsache.

Auch das von *Christandl*¹⁰² vorgebrachte Argument, dass eine Gehilfenhaftung nur zur Anwendung kommen kann, wenn man von einer umfassenden Verpflichtung des Bauherrn zur Koordinierung ausgeht, diese aber nicht auf die gesetzlichen Grundlage des § 1168a ABGB gestützt ist, sollte keinesfalls vernachlässigt werden.

Nach ihm muss prinzipiell vertraglich eine Nebenverpflichtung zur Koordinierung zwischen den Parteien begründet und nicht generell als gegeben angesehen werden. Folgt man der Ansicht einer ausdrücklichen Vereinbarung wird die Haftung des Bestellers mE in der Praxis wohl des Öfteren in den Bauverträgen nicht gegeben sein.

Christandl betont weiter, dass der OGH eine klare Unterscheidung zwischen gesetzlicher und vertraglicher Mitwirkungspflicht nicht einhält, wodurch der Anschein entstehen könnte, die Mitwirkungspflicht des Bauherrn würde schon aus dem Gesetz bestehen, was aber dogmatisch gesehen so nicht korrekt ist.

Nach der Ansicht von *Kaufmann*¹⁰³ soll die Grenze der Koordinierungspflicht dort gezogen werden, wo es um die Abstimmung der Leistungen von Fachleuten geht, deren Sachkenntnisse weder der Bauherr, noch beispielsweise der mit der Koordinierung beauftragte Architekt, aufbringen muss. Wenn es um solche besonderen technischen Abstimmungen geht, sollen diese nicht in den Risikobereich des Werkbestellers fallen. Nach *Kaufmann* wären diese technischen Abstimmungen zwischen den Fachunternehmern generell als Ausfluss ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber dem Werkbesteller anzusehen, die diese dem Werkbesteller auch schulden, und keine Koordinierungspflicht, die dem Werkbesteller zuzuordnen sei.

¹⁰² bbl 2006, 223.

¹⁰³ Zur Abgrenzung der Begriffe Koordinierung und Bauaufsicht, RdW 1998, 447.

G) Sonderthema: Die Frage der Regressmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber Architekten/Baumeister bei Bauaufsichtsfehlern

Ist ein mit der Bauaufsicht verpflichteter Unternehmer dieser nicht oder ungenügend nachgekommen und muss nun ein Werkunternehmer für seine fehlerhafte Werkerstellung dem Werkbesteller Schadenersatz leisten, so stellen sich bei der Bauaufsicht, die ja den Werkunternehmer nicht schützt, weitere Sonderfragen.

Eine Besonderheit, die sich aus dieser Unterscheidung von Bauaufsichtspflichten und Baukoordinierungspflichten ergibt, liegt im Zusammenhang mit der Frage vor, ob eine Regressmöglichkeit des Werkunternehmers gegenüber dem bauaufsichtspflichtigen Unternehmer besteht, wenn zum Beispiel ein Architekt ein haftungsbegründendes Verhalten gesetzt hat.

Wenn sowohl ein Architekt als auch der Werkunternehmer einen schadenskausalen Fehler gegenüber dem Werkbesteller begangen haben, so könnte der beklagte Werkunternehmer, der den Schaden dem Werkbesteller gegenüber voll ersetzten musste, im Regressweg den vom Architekten verursachten Schadensanteil zurückverlangen.

Des Weiteren ist zu bewerten, sofern es sich um Fehler des Architekten im Rahmen der Bauaufsicht gehandelt hat, welche gerade nicht den Zweck hat, den Bauunternehmer zu schützen, ob hier der Rechtswidrigkeitszusammenhang für den Ersatz des Architekten gegeben sein kann. In den ursprünglichen, bis zum OGH gelangten Rechtsstreitigkeiten, wurde von den Berufungsgerichten der Regressweg der Werkunternehmer - gegenüber den ebenfalls schuldhaften Architekten - mit dem Argument des fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhangs abgelehnt¹⁰⁴.

In einer 2012 ergangenen E¹⁰⁵ wurde jedoch vom OGH klargestellt, dass bei einem Schaden, der durch den Fehler eines Bauunternehmens und durch mangelnde Bauaufsicht verursacht wurde, der zum Schadenersatz herangezogene Bauunternehmer die Bauaufsichtspflichtigen im Regressweg in Anspruch nehmen kann.

Wenn sowohl der Architekt/Baumeister als auch der Bauunternehmer einen schadenskausalen Fehler begangen und sich die eingetretenen Anteile am Schaden beim Bauschaden regelmäßig

¹⁰⁴ OGH 15.07.1999, 6Ob136/99i; OGH 17.03.2005, 8Ob58/04v = bbl 2005,167 = ecolex 2005,907.

¹⁰⁵ OGH 15.05.2012, 3 Ob 55/12b = Jus-Extra OGH-Z 5207 = ZRB 2012,146 (Wenusch) = EvBl 2012,969 = bbl 2013,32/20 (Christandl) = bau aktuell 2012/12 S 232 = RZ 2013,73 (mit Besprechungsaufsatz von P.Bydlinski) = ZVR 2013,76 (Danzl, tabellarische Übersicht).

nicht bestimmen lassen, würden generell der Architekt und Bauunternehmer dem Bauherrn solidarisch haften.

Das Gesetz ordnet die Solidarhaftung mehrerer Schädiger an, um dem Geschädigten die Rechtsverfolgung zu erleichtern. Der Grund der Haftung jedes einzelnen Solidarschuldners liegt in seinem eigenen, im Verhältnis zum Geschädigten, rechtswidrigen Verhalten. Dass der Bauherr nur den Bauunternehmer klagt, bleibt ihm natürlich freigestellt, ändert aber nichts an der grundsätzlichen Haftpflicht des bauaufsichtspflichtigen Unternehmers.

Dem Bauherrn gegenüber ist das Verhalten des Architekten jedoch jedenfalls haftungsbegründend, unabhängig ob dieses aus Bauaufsichtsfehlern oder aber Fehlern der Baustellenkoordinierung begründet wurde¹⁰⁶. Der Umstand, dass lediglich ein Bauaufsichtsfehler vorliegt, sollte demnach den Regress nach § 896 ABGB nicht ausschließen.

Für den möglichen Regress des beklagten Bauunternehmers an einen ebenfalls schadenskausalen Architekten ist es nach *Christandl*¹⁰⁷ daher auch unerheblich, ob der Fehler im Zusammenhang mit einer Baustellenkoordinierung oder Bauaufsicht des Architekten entstanden ist.

Gegenstand der Regressprozesse ist es, den Anteil des Architekten an der Schadensverursachung festzulegen und daher einen sinnvollen Innenausgleich zwischen den grundsätzlich solidarisch haftenden Schädigern zu finden.

Der Regressanspruch wurzelt also darin, dass der Regressschuldner dem Geschädigten ersatzpflichtig gewesen wäre. Die Rechtswidrigkeit seiner schädigenden Handlung kann daher nur in Bezug zum ursprünglich Geschädigten von Relevanz sein. Ob sein Verhalten dagegen auch im Verhältnis zum Regress nehmenden Solidarschuldner rechtswidrig war, kann keine Rolle spielen. Nach Ansicht von *Christandl*¹⁰⁸ sollte dieser Regressweg nicht ausgeschlossen sein, da der Architekt dem Bauherrn gegenüber jedenfalls ein haftungsbegründendes Verhalten gesetzt hat.

Nach *P. Bydlinski*¹⁰⁹ ist zu unterscheiden, ob gegenüber dem (später geschädigten) Gläubiger bloß (und ausschließlich) Aufsichtspflichten über die die Leistung ausführende (und aufgrund

¹⁰⁶ *Christandl*, bbl 2006, 225.

¹⁰⁷ bbl 2006, 2006, 224.

¹⁰⁸ bbl 2006, 225.

¹⁰⁹ *Bydlinski*, Die Regresskriterien bei der Schadenersatz-Gesamtschuld, RZ 2013, 60.

der mangelhaften Tätigkeit schädigende) Person vorgenommen wurde, so haftet der Aufsichtspflichtige im Innenverhältnis nicht, oder aber es gehen die Pflichten des (auch) Aufsichtspflichtigen über die reine Aufsicht hinaus, (indem etwas auch Koordination und/oder Instruktion geschuldet wurde), so verbleibt diesem Schädiger, der derartige Pflichten verletzt hat, intern ein Anteil am Schaden.

P. Bydlinski betont in diesem Zusammenhang, dass die Bejahung einer möglichen Haftung des Aufsichtspflichtigen lediglich zur Regressfrage führt, und (noch) zu keiner Lösung, für welche die weiteren Kriterien eines Gesamtschuldnerregresses einer Prüfung unterzogen werden müssen.

Eine anders gelagerte Differenzierung nehmen *Cronenberg/Mogel*¹¹⁰ vor, die im Verhältnis der Solidarschuldner ein mögliches Verhältnis der Subsidiarität sehen, wenn Mitschuldner zwar nach außen solidarisch, im Innenverhältnis aber nicht haften. Als Beispiele werden der Garant, der sich dem Gläubiger gegenüber für die mängelfreie Leistung eines Unternehmers verpflichtet, nach der Erfüllung aber vollständigen Rückgriff gegen den säumigen Gesellschafter nimmt, oder der Anwalt, der als Treuhänder fahrlässig den vom Käufer bei ihm erlegten Kaufpreis an den Verkäufer ausfolgt, bevor alle Pfandrechte gelöscht wurden, oder der mit der Prüfung der Schlussrechnung des Bauunternehmers beauftragte Architekt, der eine Überbezahlung übersieht, angeführt. In allen Beispielen haften diese Mitschuldner zwar nach außen solidarisch, im Innenverhältnis aber nicht.

Hier nun sehen *Cronenberg/Mogel* die Analogie, da zur mängelfreien Herstellung des Werkes ausschließlich der Bauunternehmer verpflichtet ist und nicht das die Bauaufsicht ausführende Unternehmen. Deren Aufgabe beschränkt sich nach dieser Ansicht lediglich darauf, den Bauunternehmer zur Erfüllung des Bauvertrages anzuhalten. Würde der Bauunternehmer, wenn auch nur zum geringen Teil, von der Bauaufsicht für ein mangelhaftes Werk Ersatz erhalten, würde er zu deren Lasten ungerechtfertigt bereichert. Auch wenn der Bauunternehmer aufgrund seiner Gewährleistungspflicht den Bau verbessert, erfüllt er nur seinen Bauvertrag, für den die Bauaufsicht nicht haftet.

Der Bauaufsicht kommt demnach gegenüber dem Bauherrn lediglich die Rechtstellung eines Garanten für fremde Vertragserfüllung zu, die durch die Überwachungstätigkeit sichergestellt werden soll. Gegen den Garanten hat nur der Garantieempfänger, nicht aber der Hauptschuldner, einen Anspruch. Der Hauptschuldner bleibt in vollem Umfang, und zwar

¹¹⁰ Regress zwischen Bauunternehmen und Bauaufsicht, bbl 2014, 192.

auch gegenüber dem nur dem Garantieempfänger gegenüber mithaftenden Garanten, für die Vertragserfüllung haftbar.

Wenn über die "Bauaufsicht" im engeren Sinne auch Koordinierungstätigkeiten oder technische Entscheidungen und Planungsaufgaben übertragen werden, dann hätte dieses Unternehmen jedoch für dieses erweiterte Aufgabengebiet auch nach Ansicht von *Cronenberg/Mogel* für Fehler schadenersatzrechtlich einzustehen.

Wird wie von der wohl hA (OGH, Christandl) der Regress grundsätzlich bejaht, stellt sich die Frage nach dessen Höhe.

Gemäß § 896 ABGB richtet sich diese in erster Linie nach dem "besonderen Verhältnis" der Mitschuldner untereinander. Dieses besondere Verhältnis kann auf rechtsgeschäftlichen Beziehungen zwischen den Mitschuldnern beruhen, aber auch auf schadenersatzrechtlichen Verflechtungen und sonstigen Umständen, die im konkreten Fall ein Abweichen vom Rückgriff nach Kopfteilen rechtfertigen. Mangels Vereinbarung entscheidet letztlich der jeweilige Verursachungs-, Schuld- und Rechtswidrigkeitsanteil jedes einzelnen Mitschuldners am Entstehen der Gesamtschuld über die Höhe der Ersatzpflicht. In Ermangelung eines besonderen Verhältnisses und im Zweifel haben Solidarschuldner zu gleichen Teilen einzustehen¹¹¹. Beim Rückgriff eines nach § 1302 ABGB solidarisch verurteilten Schädigers gegen einen Mitverpflichteten gelangt § 896 ABGB zur Anwendung¹¹².

Wenn sowohl der Architekt als auch ein Bauunternehmer einen schadenskausalen Fehler begangen haben, und sich die Anteile am Bauschaden regelmäßig nicht bestimmen lassen können, ordnet das Gesetz, wie bereits oben dargestellt, Solidarhaftung an. Da der Regressschuldner primär dem Geschädigten ersatzpflichtig gewesen wäre, ist nach dieser Ansicht auch die Rechtswidrigkeit nur zum ursprünglich Geschädigten relevant. Somit ist die Frage der Rechtswidrigkeit der Handlung des Architekten zum geschädigten Bauherrn zu

¹¹¹ OGH 30.06.1999, 9 Ob 137/99h.

¹¹² RIS-Justiz RS0017514 = OGH 21.01.1953, 1 Ob 29/53; OGH 18.04.1956, 1 Ob 203/56; OGH 27.10.1965, 7 Ob 232/65; OGH 03.05.1966, 4 Ob 29/66; OGH 13.11.1969, 2 Ob 311/69; OGH 13.07.1972, 2 Ob 91/72; OGH 12.10.1972, 2 Ob 99/72; OGH 07.12.1972, 2 Ob 212/72; OGH 20.12.1973, 2 Ob 212/73; OGH 03.12.1974, 8 Ob 211/74; OGH 30.03.1976, 5 Ob 520/76; OGH 25.01.1977, 5 Ob 894/76; OGH 12.07.1977, 5 Ob 506/77; OGH 16.03.1978, 6 Ob 509/78; OGH 27.06.1978, 3 Ob 529/77; OGH 29.06.1978, 7 Ob 15/78; OGH 14.12.1978, 7 Ob 640/78; OGH 12.06.1979, 5 Ob 588/79; OGH 19.09.1979, 3 Ob 528/79; OGH 28.01.1981, 1 Ob 33/80; OGH 16.12.1981, 1 Ob 25/81; OGH 08.03.1984, 7 Ob 52/83; OGH 24.10.1985, 8 Ob 578/85; OGH 13.02.1986, 8 Ob 63/85; OGH 26.03.1996, 4 Ob 2017/96p; OGH 15.10.1998, 2 Ob 266/98a; OGH 30.06.1999, 9 Ob 137/99h; OGH 26.01.2000, 7 Ob 306/99x; OGH 23.05.2000, 10 Ob 137/00w; OGH 15.05.2012, 3 Ob 55/12b; OGH 24.04.2013, 9 Ob 49/12i; OGH 21.05.2013, 1 Ob 30/13p; OGH 21.10.2014, 10 Ob 55/14g; OGH 15.12.2014, 6 Ob 205/14m.

stellen, nicht jedoch, ob die Handlung auch zum zweiten Solidarschuldner gegenüber im Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht.

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Höhe der im Innenverhältnis aufzuteilenden Anteile, der von einem Mitschuldner bereits erbrachten Leistung, richtet sich der regressfähige Teil einerseits danach, inwieweit durch die Zahlung eine teilweise Befreiung der übrigen Mitschuldner eingetreten ist, wobei das Ausmaß einer solchen Befreiung das Höchstmaß der Regressforderung bildet. Andererseits ist die Regressforderung mit jenem Betrag begrenzt, der im Innenverhältnis von dem regressverpflichteten Mitschuldner zu tragen ist¹¹³.

Wie von *Reidinger*¹¹⁴ betont wird, ist ein Mitschuldner generell erst dann regressberechtigt, wenn er mehr als den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden Teil bezahlt hat.

Da es dem Gläubiger völlig freisteht, welchen Mitschuldner er zuerst ganz oder auch nur teilweise in Anspruch nimmt, wäre es willkürlich und ungerecht, diese Inanspruchnahme auch als maßgebend für die interne Verteilung der Belastung zwischen den Gesamtschuldnern anzusehen. *Reidinger* erwähnt hierzu, dass diese Inanspruchnahme sohin völlig zufällig erfolgen kann.

Daher ist dem vom Gläubiger einer internen Vereinbarung oder Kopfquote zuwider in Anspruch Genommenen ein Ausgleichsanspruch gegen diejenigen zu gewähren, die vom Gläubiger nicht oder nur zu einem geringeren Teil zur Zahlung herangezogen wurden. Diese Gerechtigkeitsüberlegung ist sowohl in § 896 ABGB als auch in § 1359 ABGB positiviert worden, hat also auch für den internen Ausgleich zwischen Mithaftenden Gültigkeit.

Reidinger führt weiter aus, dass das wahre Problem bei der Berechnung der Regressansprüche insbesondere in der Auslegung der Gesetzesklausel „besonderes Verhältnis unter ihnen“ liegt. Unbestreitbar ist darunter das Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung zu subsumieren, wobei überwiegend auch in spezielleren Gesetzesbestimmungen zu subsumierende Sachverhalte zu den besonderen Verhältnissen gezählt werden.

Hier wird von *Reidinger* auch die Frage behandelt, ob ein unterschiedliches Verschulden auch auf die Höhe der Regressansprüche durchschlagen soll, oder nicht, bzw ob die gesetzliche

¹¹³ OGH 23.2.1999, 1 Ob 271/98d = ecolex 1999/208.

¹¹⁴ Die Berechnung des internen Ausgleiches zwischen zwei Bestellern von Teilsicherheiten, JBl 1990, 73.

Zweifelsregelung des Kopfteilregresses durchschlägt. Von Lehre¹¹⁵ und Rechtsprechung¹¹⁶ wird die Ansicht vertreten, dass sich die Höhe des Regressanspruches zwischen solidarisch haftenden Schadenersatzverpflichteten aus dem Ausmaß der Beteiligung oder der unterschiedlichen Schwere des Verschuldens ergibt.

Für die Berechnung des Betrages einer gesamtschuldnerischen Haftung kann dieser „nämliche“ Betrag im Sinne von § 1358 ABGB nach *Reidinger* auf folgende Weise bestimmt werden, wobei alle drei Varianten zu demselben Endergebnis führen. Es werden die einzelnen Haftungshöchstbeträge aller Schuldner addiert und um den nicht vom Schuldner bezahlten Betrag reduziert, oder von der Hauptschuld sind die Beträge abzuziehen, für die die Mithaftenden alleine einzustehen haben, da sie erkennen hätten müssen, dass die Hauptschuld insofern von der anderen Teilhaftung unabhängig ist, oder es wird jener Betrag ermittelt, um den auch der Mithaftende von seiner Haftung befreit wurde.

Da *Reidinger* in seiner Berechnungsmethode des im Regress aufzuteilenden Betrages eine mögliche unterschiedliche Höhe der Haftungsübernahme stark berücksichtigt, schließt er sich der Auffassung an, dass dieser Betrag der gesamtschuldnerischen Haftung dann nur noch im Wege des Kopfteilregresses verteilt werden kann, sofern nicht eine anderslautende Regelung, wie etwa bei Pfandbestellern, durchgreift.

Nach *P. Bydlinski*¹¹⁷ kommt es für den Regressanspruch weder auf Verursachungs- und Rechtswidrigkeitsanteile noch darauf an, inwieweit den einzelnen Mitschuldner ein Verursachungs- Rechtswidrigkeits- oder Schuldvorwurf im Hinblick auf das Entstehen der Gesamtschuld trifft. Er teilt aber die Ansicht der Lehre¹¹⁸, wonach bei mehreren Schädigern für den Regress entscheidend ist, wie schwer die Zurechnungsgründe wiegen, die zur

¹¹⁵ *Apathy* in *Schwimann*³ § 896 Rz 2; *Gamerith* in *Rummel*³ § 896 Rz 6.

¹¹⁶ RIS-Justiz RS0017514 = OGH 21.01.1953, 1 Ob 29/53; OGH 18.04.1956, 1 Ob 203/56; OGH 27.10.1965, 7 Ob 232/65; OGH 03.05.1966, 4 Ob 29/66; OGH 13.11.1969, 2 Ob 311/69; OGH 13.07.1972, 2 Ob 91/72; OGH 12.10.1972, 2 Ob 99/72; OGH 07.12.1972, 2 Ob 212/72; OGH 20.12.1973, 2 Ob 212/73; OGH 03.12.1974, 8 Ob 211/74; OGH 30.03.1976, 5 Ob 520/76; OGH 25.01.1977, 5 Ob 894/76; OGH 12.07.1977, 5 Ob 506/77; OGH 16.03.1978, 6 Ob 509/78; OGH 27.06.1978, 3 Ob 529/77; OGH 29.06.1978, 7 Ob 15/78; OGH 14.12.1978, 7 Ob 640/78; OGH 12.06.1979, 5 Ob 588/79; OGH 19.09.1979, 3 Ob 528/79; OGH 28.01.1981, 1 Ob 33/80; OGH 16.12.1981, 1 Ob 25/81; OGH 08.03.1984, 7 Ob 52/83; OGH 24.10.1985, 8 Ob 578/85; OGH 13.02.1986, 8 Ob 63/85; OGH 26.03.1996, 4 Ob 2017/96p; OGH 15.10.1998, 2 Ob 266/98a; OGH 30.06.1999, 9 Ob 137/99h; OGH 26.01.2000, 7 Ob 306/99x; OGH 23.05.2000, 10 Ob 137/00w; OGH 15.05.2012, 3 Ob 55/12b; OGH 24.04.2013, 9 Ob 49/12i; OGH 21.05.2013, 1 Ob 30/13p; OGH 21.10.2014, 10 Ob 55/14g; OGH 15.12.2014, 6 Ob 205/14m.

¹¹⁶ OGH 23.2.1999, 1 Ob 271/98d = *ecolex* 1999/208.

¹¹⁷ *P. Bydlinski*, RZ 2013, 58.

¹¹⁸ *Karner* in *KBB*⁴ § 1302 Rz 14; *Perner* in *Klang*⁴ § 896 Rz 26; *Reischauer* in *Rummel*³ § 1302 Rz 10.

Entstehung der jeweiligen Schadenersatzansprüche des Gläubigers gegen die einzelnen Mitschuldner geführt haben, ob also die Schädigung grob oder bloß leicht schuldhaft erfolgte.

Da Kausalität und Rechtswidrigkeit nicht abstufbar sind, spielen diese beiden Kriterien nach *P. Bydlinski*¹¹⁹ entgegen der Formulierung im RS0017514(T12) für die Bestimmung des Entstehens einer möglichen Mitschädiger-Gesamtschuld jedoch keine Rolle. Zur Verursachung führt er aus, dass bei der Bestimmung der Frage einer Solidarhaftung, diese per Definition sozusagen gegeben sein muss. Verursacht nämlich einer der Täter bloß einen Teilschaden, haftet er nur für diesen (§ 1302 Satz 1 ABGB), weshalb sich die Solidarhaftung ebenfalls höchstens auf diesen Schadensteil beziehen kann. Somit hat im Regelfall jeder solidarisch haftende Schädiger den gesamten Schaden herbeigeführt, weshalb beim Regress eine Berücksichtigung von Verursachungsanteilen nicht in Betracht kommt.

Auch zur Rechtswidrigkeit betont *Bydlinski*¹²⁰, dass diese nicht abstufbar sei, sodass es auch hier keine unterschiedlichen Rechtswidrigkeitsanteile einzelner Mitschädiger geben könne. Da der Grad der Bedeutsamkeit konkret verletzter Verhaltensgebote für die Schadensvermeidung ebenfalls einen wichtigen Aspekt bei der Beurteilung des dem Schädiger anzulastenden Verschuldensgrades darstelle, sollte nach ihm die „Wichtigkeit der verletzten Vorschrift“ mitberücksichtigt werden. Demnach kann ein Verhalten im Kern oder am (inneren) Rand des Schutzzwecks liegen und das gesetzte Verhalten einen größeren oder einen bloß geringeren Verschuldensvorwurf treffen.

¹¹⁹ *P. Bydlinski*, RZ 2013, 58.

¹²⁰ *P. Bydlinski*, RZ 2013, 58.

H) Zusammenfassung und eigene Meinung

1. Zu Koordinierungspflicht als vertragliche Mitwirkungspflicht

Nach meiner Ansicht ist die Koordinierungspflicht eine ausgesprochen komplexe Materie, die besondere Sachkenntnisse voraussetzt, die man vom nächstbesten Werkbesteller nicht ohne weiteres verlangen kann. Es kommt daher besonders auf den Inhalt etwaiger Haftungsregeln im Vertrag an.

Faktisch gesehen wird es jedenfalls auf einer Baustelle, auf welcher mehrere Firmen tätig werden, ohne jemand, der für die Koordinierung sorgt, nicht gehen. Die Professionisten können sich nur eingeschränkt untereinander koordinieren.

In einer modernen, arbeitsteiligen Wirtschaft, in der komplexe Werke hergestellt werden, ist somit eine gewisse Verpflichtung zur Beistellung der Koordinierungstätigkeit des Bauherrn unumgänglich. Beim Bauwesen sind typischerweise mehrere Werkunternehmer gleichzeitig tätig, sodass ohne Koordinierungsmaßnahmen schon aus praktischen Gründen ein Projekt nicht abgewickelt werden kann. In vielen Fällen werden Anweisungen des Bauherrn zur Fertigstellung notwendig sein, da der Vertrag mit dem Unternehmer Gestaltungsmöglichkeiten offen lässt. Sowohl in der Planungsphase als auch bei der Ausführung wird der Bauherr fallweise Entscheidungen treffen müssen.

Aufgrund des möglichen Erfahrungsnachteils des Bauherrn gegenüber der von ihm als Werkunternehmer beauftragen Professionisten, ist jedoch einerseits der Zugang, eine Koordinierungstätigkeit als jedenfalls bestehende vertragliche Nebenpflicht des Werkbestellers anzusehen, aus meiner Sicht eine zu weite Auslegung. Andererseits von einer Koordinierungspflicht nur auszugehen, wenn diese ausdrücklich zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer vereinbart wurde, wird auf einer Baustelle, bei der mehrere Firmen tätig werden, auch nicht zielführend sein. Eine Koordinierung der Werkunternehmer untereinander wird in der Praxis häufig daran scheitern, dass diese möglicherweise gar nichts voneinander wissen können, insbesondere bei zeitlich nachfolgenden Tätigkeiten, oder sich die Werkunternehmer bei wichtigen Fragen nicht einigen können.

Im Rahmen der derzeitigen Rechtsprechung wird eine Koordinierungsverpflichtung des Bauherrn nach meiner Ansicht oftmals in einem zu pauschalen Umfang angenommen. Die Hauptunterscheidungsfrage bezüglich der Bewertung der Verpflichtungen des Bauherrn oder

seiner Gehilfen liegt in der Bedeutung, ob ein Koordinierungsfehler vorliegt, welcher als vertraglicher Pflichtverstoß des Bauherrn angesehen wird, oder ein Bauaufsichtsfehler, der im Gegensatz dazu keine Auswirkung auf die schadenersatzliche Verpflichtung des Werkunternehmers auslöst. Die Werkunternehmer werden nicht in den Schutzbereich der Bauaufsicht einbezogen. Begeht beispielsweise ein Architekt lediglich Bauaufsichtsfehler, dann muss sich der Bauherr diese Fehler auch nicht mitverschuldensbegründend anrechnen lassen.

Hier nun möchte ich auf die nötige Prüfung des möglichen Wissensvorteiles einer Partei hinweisen, der bei dieser Zuordnung von Verpflichtungen eine wesentlichere Rolle spielen könnte, als dies derzeit der Fall ist.

Ein unerfahrener Bauherr wird wohl keine Mitwirkungsverpflichtung seinerseits erkennen können, wenn er gewisse Arbeiten einem technischen Fachunternehmen zur Durchführung übergibt. Problematisch wird es, wenn für Tätigkeiten zwei technische Fachunternehmen zusammenarbeiten müssen, da dann eine gewisse Koordinierung nötig sein wird. Diese nun ohne Berücksichtigung der Umstände jedenfalls dem Werkbesteller zuzuordnen, sehe ich als nicht immer gerechtfertigt an.

Um zu bestimmen, ob eine Koordinierungsaufgabe dem Werkbesteller oder dem Werkunternehmer zuzuordnen ist, würde ich noch weiter gehen als *Kaufmann*¹²¹ und nicht nur auf die Komplexität der Tätigkeit abzielen, die einer Koordinierung unterliegen, sondern auch die tatsächlichen Kenntnisse des Bauherrn (oder Architekten) einbeziehen.

Auch bei geringfügigen Arbeiten, wie beispielsweise die Verlegung von Fliesen, kann es durchaus vorkommen, dass eine gewisse Arbeitsteilung zwischen dem mit dem Bodenausgleich beauftragten Unternehmer und dem Fachunternehmer, welcher tatsächlich für die Verlegung der Fliesen beauftragt wurde, stattfindet.

Gerade in solchen Fällen wäre nach meiner Ansicht tatsächlich genauer zu prüfen, ob diese Koordinierung dem Fachunternehmer übertragen wurde oder vom Werkbesteller übernommen werden sollte, ehe man generell von einer Übernahme der Koordinierung des Werkbestellers ausgeht.

Von Fachunternehmen kann durchaus verlangt werden, und dies kommt in der Praxis auch zur Anwendung, dass gewisse Abstimmungen direkt vorgenommen werden. Der

¹²¹ *Kaufmann*, zur Abgrenzung der Begriffe Koordinierung und Bauaufsicht, RdW 1998, 447.

Werkbesteller wird somit mit gewissen Koordinierungsmaßnahmen gar nicht betraut. Aus welchen Gründen daher, ohne Berücksichtigung weiterer Umstände, das Risiko für Koordinierungsfehler jedenfalls dem Werkbesteller zugeordnet werden sollte, kann ich in diesem Ausmaß nicht nachvollziehen.

Ein Mitverschulden des Werkbestellers kommt nach meiner Ansicht somit nur dann in Betracht, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarungen oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen, oder die er nachträglich übernommen hat. Wenn keine vertragliche Regelung gefunden werden kann, sollte mE der mögliche Wissensvorsprung des Werkunternehmers gegenüber dem Werkbesteller mehr berücksichtigt werden, um festzustellen von welcher Partei des Werkvertrages die Koordinierungstätigkeit zu erwarten war.

Es ist auch kein besonderer Schutz des schädigenden Werkunternehmers nötig, sofern die Regressmöglichkeit des Werkunternehmers zu einem zusätzlich schädigenden Werkbesteller oder vom Werkbesteller bestellten Bauaufsichtspflichtigen generell bejaht wird, da über diesen Weg der entsprechenden Schadensteilung der interne Ausgleich zwischen den möglicherweise schädigenden Parteien auch gewährleistet ist.

Wenn hingegen Koordinierungstätigkeiten des Bauherrn notwendig waren, da sich die Werkunternehmer nicht abstimmen konnten und der Wissensvorsprung beim Bauherrn gelegen ist, spricht nichts gegen die derzeitige Judikatur der Zuordnung der Koordinierungsverpflichtung zum Bauherrn.

Der Berücksichtigung der Umstände des Zustandekommens des Vertrages und des Inhalts der vertraglichen Vereinbarung sollte jedoch aus meiner Sicht im Zusammenhang mit der Koordinierungspflicht des Werkbestellers mehr Gewicht zugeteilt werden, und nur bei Fehlen einer direkten Koordinierungsmöglichkeit der Werkunternehmer untereinander von einer Koordinierungspflicht als vertragliche Nebenpflicht des Werkbestellers ausgegangen werden.

2. Zu Bauaufsicht versus Baustellenkoordination

In der Judikatur hat sich diese sehr eindeutige Unterscheidung zwischen Bauaufsicht (Bauüberwachung) und Koordinierungspflicht entwickelt. Während unter Bauaufsicht (Bauüberwachung) die Überprüfung der Leistungen der Bauunternehmer auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zu verstehen ist, dient die Koordinierungspflicht der Sicherstellung einer sachgerechten Gesamtplanung der Tätigkeiten der einzelnen Werkunternehmer.

Die Bauaufsicht hat nicht die Aufgabe, einzelne bauausführende Unternehmer aus ihrer persönlichen, sie als Fachmann treffenden Verpflichtung zur mängelfreien Werkerstellung zu entlassen oder deren Verantwortung zu mindern.

Diese in der Theorie sehr klar definierte Abgrenzung ist jedoch in einer praktischen Projektabwicklung keinesfalls als eindeutige Grenze bei den entsprechenden Tätigkeiten eines Architekten oder Baumeister zu erkennen. Das Überprüfen der Pläne und sonstiger Bauunterlagen bzw die Überprüfung der korrekten Bauausführung, theoretisch alles eindeutig den Bauüberwachungstätigkeiten zugeordnete Aufgaben, erfolgen in einem typischen Projektgeschehen nicht erst zu dem Zeitpunkt, an dem die Endversion des Projektes fertiggestellt wurde, sondern in einem, zumindest zu gewissen Projektphasen, wohl täglichen Abgleich.

Ein Architekt oder Baumeister wird aufgrund der Pläne und sonstiger Bauunterlagen sehr schnell Unstimmigkeiten erkennen können, und dann Mängel beanstanden und auch Anweisungen erteilen oder Entscheidungen treffen, die der Mängelbehebung dienen sollen. Dies stellt auch eine Hauptaufgabe des jeweiligen Architekten oder Baumeisters dar und ist bei vielen von Privatpersonen realisierten Projekten genau die Tätigkeit, für die der Auftrag an den Architekten oder Baumeister übergeben wurde.

Ein lediglich zur Bauaufsicht beauftragtes Unternehmen sollte jedoch generell keine koordinierend einwirkenden Anweisungen an die Projektunternehmer geben. Wieweit nun aber eine Mängelbehebungsmaßnahme, die im Rahmen der Bauaufsicht ausgesprochen wurde, noch innerhalb der Bauaufsicht gelegen ist, oder bereits eine Koordinierungstätigkeit darstellt, ist aus meiner Sicht jedoch schwierig abzugrenzen.

Wenn nun bei der Erteilung dieser Maßnahme fehlerhaft vorgegangen wurde, erfolgt aus dieser Zuordnung zu der Bauaufsicht oder zu der Baustellenkoordination die generell

unterschiedliche Bewertung, ob daraus ein Mitverschulden des Bauherrn begründet werden kann, oder eben nicht.

*Christandl*¹²² spricht daher hier nach meiner Ansicht zwei praxisrelevante Kernprobleme an. Einerseits die nur theoretisch klare Abgrenzung, ob eine Baustellentätigkeit tatsächlich der Koordinierung der Unternehmer oder der Aufsicht über deren Leistungen zuzuordnen ist. Andererseits folgt aus dieser nicht so eindeutigen Zuordenbarkeit die Konsequenz, dass ein eher passiver Architekt/Baumeister auf der Baustelle nicht Koordinierungsmaßnahmen gesetzt haben wird und es somit zu keinem Mitverschulden des Bauherrn bei Fehlern aus diesen Maßnahmen kommen kann.

Die Unterscheidung zwischen Baustellenkoordinierung und Bauaufsicht, die zu einer völlig unterschiedlichen Schadenszuordnung führt, hat sehr häufig zu Rechtstreitigkeiten geführt, die letztlich bis zum OGH vorgedrungen sind.

Werden nun diese Baustellenkoordinierungstätigkeiten von einem durch den Werkbesteller hierfür beauftragten Unternehmen durchgeführt, so muss der Werkbesteller dessen Koordinierungsfehler infolge Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB im Rahmen des Mitverschuldens gegenüber seinen Bauunternehmern vertreten.

Da letztlich ein Eingreifen in die Tätigkeit der Bauunternehmer als Koordinierung zu bewerten sein wird, da ein aktives Tun gesetzt wird, wäre tatsächlich der passive Architekt, der auf die Fehler wartet, die er dann im Rahmen der Bauaufsicht bemängeln könnte, im Zusammenhang mit den Mitverschuldensfragen für den Bauherrn von Vorteil.

Hier ist auch zu bedenken, dass ein Schaden, der durch eine fehlende Baustellenkoordinierung entstanden ist, nicht immer nach außen sichtbar wird. Die immer wieder entstehenden Stehzeiten oder kleine Mehraufwendungen sind für den Werkunternehmer schwieriger nachzuweisen im Vergleich zu Auswirkungen, die sich aus einer unrichtigen Anweisung der Architekten bzw Baumeister auf seine Arbeiten ergeben haben.

Es ist daher schwer einzusehen, weswegen der Architekt oder Baumeister, der seiner Verantwortung nachkommt und somit in die Baustellenaktivitäten aktiv eingreift und damit auch ein größeres Risiko trägt, bei einer Koordinierungsmaßnahme eine Fehleinschätzung zu begehen, ein Mitverschulden des Werkbestellers begründen kann, während Fehler in der

¹²² bbl 2006, 221 ff.

Bauaufsicht zu keiner Mitverantwortung des Bauherrn gegenüber seinen Werkunternehmern führen soll.

Typischerweise kennen die Werkunternehmer die ihnen zugeteilten Aufgaben sehr genau und professionelle Unternehmen werden diese Aufgaben auch selbstständig durchführen können.

Die Herausforderung liegt bei komplexen Projekten jedoch in der Planung und koordinierten Abwicklung, da hierfür ein Grundverständnis für die Aufgaben aller Werkunternehmer vorausgesetzt wird. Dieses Gesamtverständnis haben üblicherweise lediglich die erfahrenen Architekten und Baumeister, oder Generalunternehmer bei Großprojekten. Daher ist ein passives Verhalten dieser Wissensträger in der Praxis eine für ein Projekt unvorteilhafte Vorgehensweise, da täglich kleine Ablaufänderungen erfolgen, abhängig von Wetter, Lieferzeiten und sonstigen nicht völlig planbaren Ereignissen, die diese das Gesamtprojekt steuernden Unternehmer vornehmen müssen, um den Erfolg eines Projektes sicherstellen zu können.

Dieses Nichtstun ist aber dem Bauherrn häufig nicht eindeutig zurechenbar, da dies als Bauaufsichtsfehler eingestuft werden kann. Dagegen wird im Normalfall, wenn eine falsche Anordnung getroffen wird, von einer Koordinierung auszugehen sein, die dann in weiterer Folge auch vom Bauherrn „zu vertreten“ ist.

Aus wirtschaftlicher und aus der Sicht einer möglichst effektiven Projektabwicklung gesehen, ist diese Vorgehensweise nach meiner Meinung jedoch entgegengesetzt zu betrachten. Ein Bauherr wird einen Baumeister oder Architekten oft deswegen beauftragen, damit dieser die nötigen Abstimmungen auch vornimmt und nicht ohne Konsequenzen lediglich seine Bauaufsicht wahrnimmt, also das Geschehen auf der Baustelle als unbeteiligter Zuschauer festhält.

Ich teile generell die Ansicht von *Christandl*¹²³, der vorschlägt, die pauschale Festlegung der Vertragspflichten des Werkbestellers, wie derzeit in der dargestellten Rechtsprechung des OGH angewandt, nochmals zu überdenken. Eine vertragliche Nebenpflicht sollte nur bei entsprechender Auslegung der Willenserklärung der Vertragsparteien, und damit unter Berücksichtigung des Inhalts, der Natur und des Zweckes des Vertrages, angenommen werden.

¹²³ bbl 2006, 225.

Es ist zweifellos nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass sich ein technisch unkundiger Werkbesteller seinen Professionisten gegenüber zu einer Mitwirkung verpflichten wollte.

In der bereits dargestellten, im Jahr 2000 ergangenen OGH Entscheidung 6Ob107/00d wird die Aussage getroffen, der Werkbesteller hätte sich dem Unternehmen gegenüber nicht zur Koordinierung verpflichtet und daher sei kein Mitverschulden wegen Unterlassung der Koordinierungspflicht zu sehen.

Dies scheint mir durchaus ein Indiz dafür, dass auch der OGH die vertragliche Verpflichtung der Koordinierung durch den Werkbesteller der Überprüfung der Umstände des Einzelfalles unterzieht und nicht mehr in jedem Fall generell von deren Vorliegen ausgehen möchte.

3. Zu Unterscheidung Stoff versus Anweisung

Als Stoff sind die Vorleistungen des Bauherrn selbst, oder die Tätigkeiten seiner im Vorfeld eingesetzten Werkunternehmer, zu sehen. Diese Vorleistungen werden nach derzeitiger Rechtsprechung vom Werkbesteller generell nicht geschuldet. Sofern daher fehlerhafte Vorleistungen eines im Vorfeld tätigen Unternehmens vorliegen, wird kein Mitverschulden des Werkbestellers gegenüber den darauffolgend tätigen Werkunternehmer begründet, wenn es beispielsweise um Haftungsfragen wegen Warnpflichtverletzung der Werkunternehmer geht.

Für die Anweisung hingegen, in der Praxis am Bedeutendsten die vom Werkbesteller beigestellten Pläne als auch die Baustellenkoordinierung, soll der Werkbesteller in die Haftung bei daraus entstandenen Schäden miteinbezogen werden.

Wie bereits dargestellt, ist aus dem Gesetzeswortlaut diese Unterscheidung nicht ohne weiteres herzuleiten und es stellt sich daher die Frage, ob diese klare Trennung der Judikatur zwischen Stoff als Vorleistung, die vom Bauherrn generell nicht geschuldet wird, im Gegensatz zu der Anweisung, die nach derzeitiger Judikatur geschuldet wird, tatsächlich nötig und sachlich gerechtfertigt ist.

In einer neueren OGH Entscheidung¹²⁴ von 2011, wurde ebenfalls, abgehend von der bisherigen Judikaturlinie, nicht von einer jedenfalls bestehenden Obliegenheit des

¹²⁴ OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t.

Werkbestellers, die fachgerechten Pläne vorzulegen ausgegangen, sondern die Frage nach der Vereinbarung im Werkvertrag über dieser Verpflichtung gestellt und Folgendes zusammenfassend festgehalten:

Der OGH¹²⁵ hat ganz allgemein ausgesprochen, dass der Werkbesteller auch im Fall einer Warnpflichtverletzung für die Untauglichkeit der von ihm beigegebenen Pläne einzustehen hat. Das Verschulden des dafür herangezogenen Planers sei ihm zuzurechnen. Später hat der OGH¹²⁶ das jedoch dahin präzisiert, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigegebenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss. Vielmehr kommt ein Mitverschulden nur dann in Betracht, wenn Pflichten oder Obliegenheiten verletzt werden, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat. Diese Auffassung wird von der überwiegenden Lehre¹²⁷ geteilt. Die Beiziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Auftraggebers. Entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen, getroffen hätten¹²⁸.

Dieser Zugang wäre nach meiner Ansicht sehr zu begrüßen, da der Werkvertrag im Zusammenhang mit der Prüfung, welche Verpflichtungen die Parteien eingegangen sind, der Hauptanknüpfungspunkt sein sollte, und nicht die in der Rechtsprechung entwickelten Auslegungsprinzipien der gesetzlichen Regelungen, wie dies zurzeit teilweise den Anschein macht.

Liegt nun jedoch keine vertragliche Regelung vor, die herangezogen werden kann, kommt den gesetzlichen Regelungen und den dazu entwickelten Auslegungsprinzipien wieder die Bedeutung zu, die vertragliche Lücke zu schließen.

¹²⁵ OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83 = SZ 57/18; RIS-Justiz RS0021766.

¹²⁶ OGH 24.11.1998, 4 Ob 283/98s = RdW 1999, 200 = bbl 1999/139 (4 Ob 283/98s = RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; OGH 18.07.2011, 6 Ob 229/10k = ZVB 2011, 435.

¹²⁷ *Rebhahn* in *Schwimann*³ § 1168 Rz 17; *Kletečka* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 § 1168a Rz 61 f; *Vollmaier*, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung - Zurechnung von Dritten, RdW 2010, 67.

¹²⁸ OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t.

4. Zu Regressmöglichkeit bei Bauaufsichtsfehlern

a) Zusammenfassend

Die derzeitige Rechtsprechungslinie mit der Unterscheidung zwischen Koordinierungspflichten und Bauaufsichtspflichten hat auch eine nicht zu unterschätzende Bedeutung für den Fall eines Regresses, wenn sich diese Frage beispielsweise zwischen dem Architekten und den die schädigende Leistung erbringenden Unternehmer stellt.

Es wurde bis 2012 die Rechtsansicht¹²⁹ vertreten, dass der Bauunternehmer vom Bauaufsichtsführer generell keinen Regress verlangen könne, da die Bauaufsicht eben nicht den Zweck habe den Bauunternehmer zu entlasten und es daher am Rechtswidrigkeitszusammenhang mangle. Im Ergebnis war damit der Bauaufsichtsführer auf Regressebene haftungsfrei gestellt und der gesamte Schaden blieb beim Bauunternehmer.

In der Lehre¹³⁰ wurde diese Judikaturlinie mehrfach kritisiert. Es wurde nach dieser Ansicht dargestellt, dass dieser Rechtswidrigkeitszusammenhang für den Regressweg nicht unterbrochen ist, da nur die Rechtswidrigkeit zum ursprünglich geschädigten Bauherrn für den Regress zwischen Werkunternehmer und dem zur Bauaufsicht verpflichteten Architekten oder Baumeister relevant ist, nicht jedoch die Frage, ob der Werkbesteller dem Werkunternehmer gegenüber zur Bauaufsicht verpflichtet ist, oder nicht.

Dem Werkbesteller haftet der Architekt oder Generalunternehmer bei Bauaufsichtsfehlern unbestrittenermaßen, sodass wenn dieser Regressweg zugelassen würde, die Haftung sozusagen über Umwege wieder bei dem nach dieser Ansicht¹³¹ “richtigen” Schädiger, den Architekten oder Generalunternehmer landen würde.

*P. Bydlinski*¹³² nimmt noch eine weitere Abstimmung vor, nachdem lediglich bei über eine Aufsicht hinaus gehenden Tätigkeiten, welche eine Koordination oder Instruktion darstellen, die Regressfrage gestellt werden sollte.

Zu einer anderen, hier bereits dargestellten Ansicht gelangen hingegen *Cronenberg/Mogel*¹³³, die dem Bauaufsichtspflichtigen die Rechtstellung eines Garanten für fremde

¹²⁹ OGH 10.11.2003, 7 Ob 196/03 d = ecolex 2004,174 = bbl 2004,76; OGH 15.07.1999, 6 Ob 136/99i; OGH 17.03.2005, 8Ob58/04v = bbl 2005,167 = ecolex 2005,907.

¹³⁰ *Christandl*, Koordinierungspflicht des Bauherrn und Regress zwischen Bauunternehmer und Bauaufsichtsführer, bbl 2006, 221; *Seebacher/Andrieu*, Der Regress an der Örtlichen Bauaufsicht als Solidarschuldnerin - Eine rechtsdogmatische Betrachtung, bbl 2012, 109.

¹³¹ *Seebacher/Andrieu*, bbl 2012, 109; *Christandl*, bbl 2006, 225.

¹³² *P.Bydlinski* RZ 2013,60.

Vertragserfüllung zuordnen, welche die Bauaufsicht durch ihre Überwachungstätigkeit sicherstellen soll. Da gegen einen Garanten lediglich ein Garantieempfänger, nicht aber der Hauptschuldner einen Anspruch hat, bliebe der Hauptschuldner in vollem Umfang, und zwar auch gegenüber dem mithaftenden Garanten, für die Vertragserfüllung haftbar. Die allfällige Mithaftung des Bauaufsichtspflichtigen beruhe nicht auf der Verursachung des Baumangels, sondern darauf, dass gegenüber dem Bauunternehmer nicht ausreichend Druck zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung erzeugt worden sei, wodurch sich ein zu ersetzender Schaden ausschließlich auf die Nicht- oder Schlechterfüllung des Bauvertrages begründen könne.

b) Eigene Ansicht

Wie bereits in dieser Arbeit dargestellt und mE von *Christandl*¹³⁴ treffend ausgeführt, sollte dementsprechend, auch wenn im Rahmen der Bauaufsicht Fehler entstanden sind, die Regressmöglichkeit eines beklagten Werkunternehmers keinesfalls ausgeschlossen sein. Es wäre aus meiner Sicht tatsächlich nicht einzusehen, weswegen ein schuldhafter Architekt, auch wenn der Fehler im Umfeld der Bauaufsicht gelegen ist, der vom Bauherrn nicht gerichtlich belangt wurde, dem beklagten Werkunternehmer gegenüber, der den gesamten Schaden an den Werkbesteller ersetzen muss, für seinen von ihm verursachten Schadensanteil nicht einzustehen haben sollte.

Hat somit der Unternehmer den Bauherrn mit einer fehlerhaften Werkleistung geschädigt, wobei davon ausgegangen wird, dass aufgrund schuldhafter Verletzung der Bauaufsichtspflicht dieser Schaden überhaupt entstehen konnte, so wird der Bauherr im ersten Schritt nach meiner Ansicht häufig den Werkunternehmer auf vollen Ersatz des durch die fehlerhafte Leistung entstandenen Schadens klagen.

Der Bauherr wird nach diesem Verständnis häufiger den Werkunternehmer, mit dem er aufgrund eines von ihm eingesetzten Architekten oft wenig bis gar keinen Kontakt hat, als Fehler verursachende Partei ansehen, als den von ihm betrauten Architekten/Baumeister oder Generalunternehmer, der ihm regelmäßig bei Besprechungen im Rahmen der Bauaufsicht seine Sicht der Dinge mitteilen kann.

¹³³ *Cronenberg/Mogel*, Regress zwischen Bauunternehmen und Bauaufsicht, bbl 2014, 192.

¹³⁴ bbl 2006, 225.

Somit bliebe der gesamte Schaden beim bauausführenden Werkunternehmer und daher wäre es umso kritischer, wenn dieser Regressweg des beklagten Unternehmers für Fälle, die im Zusammenhang mit Bauaufsichtspflichten entstanden sind, dem bauaufsichtspflichtigen Unternehmer gegenüber ausgeschlossen sein sollte. Im Zweifel wird gemäß § 896 ABGB die Hälfte gefordert werden können, es sei denn, es läge eine unterschiedliche Schwere des Verschuldens vor. Dies wäre ein „besonderes Verhältnis“. Ansonsten vermag ich nur den einschlägigen Ausführungen von *P.Bydlinski*, nicht aber *Cronenberg/Mogel* zu folgen. Aus der Sicht des Werkbestellers sind beide Hauptschuldner ihres Werkvertrages und der Architekt ist nicht nur Garant der Werkleistung des Bauunternehmers.

I) Exkurs: Das Bauarbeitenkoordinationsgesetz (BauKG)¹³⁵

1. Allgemeiner Anwendungsbereich und Zielsetzung

Das BauKG konkretisiert als Schutzgesetz die Koordinierungspflicht des Bauherrn in Bezug auf Sicherheitsmaßnahmen, die im Zusammenhang mit Sicherheits- und Gesundheitsfragen und der Vorbeugung von Unfällen auf einer Baustelle entstehen können. Das BauKG als *lex specialis* verdrängt insoweit den bisherigen Ansatz einer Verletzung der Fürsorgepflicht nach § 1169 ABGB¹³⁶.

Um die zwingenden Mindestvorschriften der Art 2 bis 7 der Richtlinie 92/57/EW des Rates vom 24. Juni 1992 über die auf zeitlich begrenzte oder ortsveränderliche Baustellen anzuwendenden Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz (Achte Einzelrichtlinie iSd Art 16 Abs 1 der Richtlinie 89/391/EW) umzusetzen, wurde am 1. Juli 1999 das Bundesgesetz über die Koordinierung bei Bauarbeiten (Bauarbeitenkoordinationsgesetz, BauKG) BGBl I 1999/37 in Kraft gesetzt¹³⁷.

Das BauKG gilt für alle nach dem 1.7. 1999 geplanten Bauvorhaben sowie für diejenigen, die sich am 1.7.1999 noch im Planungsstadium befunden hatten.

Das Gesetz hat die Zielsetzung, die Koordinierung bei der Planung und Durchführung von Baustellen sicherzustellen, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer auf diesen zu gewährleisten¹³⁸. Gemäß § 1 Abs 5 BauKG bleiben die Verpflichtungen der Arbeitgeber nach dem Anwendungsbereich des ASchG¹³⁹ weiterhin unberührt bestehen. Es wird darüber hinaus jedoch dem Bauherrn, als auch dem mit der Erfüllung dieser Verpflichtungen betrauten Baustellenkoordinator, die Aufgabe übertragen, für Sicherheit und Gesundheitsschutz auf der Baustelle zu sorgen¹⁴⁰.

¹³⁵ BGBl I 1999/37 setzt die Richtlinie 92/57/EWG des Rates vom 24. Juni 1992 über die auf zeitlich begrenzte oder ortsveränderliche Baustellen anzuwendenden Mindestvorschriften für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz um.

¹³⁶ RIS-Justiz RS 0123294 = OGH 28.02.2008, 8 ObA 6/08b; OGH 03.03.2010, 7 Ob 17/09i; OGH 17.06.2013, 2 Ob 240/12a.

¹³⁷ OGH 25.04.2007, 3Ob44/07b = ARD 5796/2/2007 = Zak 2007,295 = bbl 2007/165 = ecollex 2007,852 = DRdA 2008/50 = ZVR 2008,128.

¹³⁸ OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

¹³⁹ BGBl 1994/450.

¹⁴⁰ OGH 14.08.2008, 2Ob162/08z = bbl 2009/20 = Zak 2009/75, 57 mit Besprechungsaufsatz von R.Resch, Zak 2009/64,43 = ecollex 2009,309 = ZVR 2009,75.

Die Notwendigkeit der Neuregelung hat sich aus dem Gefahrenpotenzial und aus der mangelhaften Koordinierung des Arbeitnehmerschutzes auf arbeitsteilig organisierten Baustellen ergeben¹⁴¹.

Es ist somit die Hauptaufgabe des BauKG, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz durch die Koordinierung bei der Vorbereitung und Durchführung der Bauarbeiten zu gewährleisten¹⁴².

Von den bisher bestehenden Regelungen, die in der österreichischen Rechtsordnung den Arbeitnehmerschutz gewährleisten sollen, unterscheidet sich das BauKG vor allem durch den zur Verpflichtung berufenen Personenkreis. Bereits vor Inkrafttreten des BauKG gab es in Österreich bestehende gesetzliche Bestimmungen, die dem Schutz von Arbeitnehmern dienen sollten. Hier sind insbesondere das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz, ASchG, BGBl 450/1994, die Bauarbeiterschutzverordnung, BauV, BGBl 340/1994 sowie die Fürsorgepflicht des Dienstgebers und Werkbestellers nach §§ 1157 bzw 1169 ABGB zu erwähnen¹⁴³.

Wurden bisher vor allem die Bauunternehmer bzw Arbeitgeber zur Einhaltung von Sicherheitsvorschriften verpflichtet, so richtet sich das BauKG in erster Linie an den Bauherrn, also denjenigen, der auch das wirtschaftliche Risiko für die Errichtung des Bauwerkes trägt¹⁴⁴.

Die Verpflichtungen nach dem BauKG werden demnach grundsätzlich dem Bauherrn auferlegt, jedoch ohne Änderung des Umstandes, dass die einzelnen Arbeitgeber dadurch nicht von ihrer eigenen Sicherheitspflicht entbunden werden¹⁴⁵.

Das Gesetz findet selbst dann Anwendung, wenn auf einer Baustelle nur Arbeitnehmer eines einzigen Auftragnehmers beschäftigt sind, da es nicht die Koordinierung von Professionisten, sondern die bei Bauarbeiten regelt¹⁴⁶.

¹⁴¹ ErläutRV 1462 BlgNR 20. GP 7,9; *Mazal* Arbeitnehmerschutz durch Koordination bei Bauarbeiten, *ecolex* 1999,481.

¹⁴² OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

¹⁴³ *Eggmeier-Schmolke*, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 47.

¹⁴⁴ *Mazal*, Zum Anwendungsbereich des BauKG, *ecolex* 1999, 709 f.

¹⁴⁵ *Gartner*, BauarbeitenkoordinationsG 2005, 9.

¹⁴⁶ *Mazal*, Zum Anwendungsbereich des BauKG, *ecolex* 1999, 707.

Eine zusätzliche Problemstellung behandelt *Resch*¹⁴⁷ im Zusammenhang mit der Frage, ob das Haftungsprivileg gem § 333 ASVG für den Baustellenkoordinator gelten soll, die vom OGH bis heute noch nicht behandelt werden musste. Nach *Resch* ist die Entscheidung davon abhängig, ob man einen formalen Ansatz bevorzugt und hierarchisch auf Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse abstellt, dann würde ein Haftungsprivileg des Baustellenkoordinators daran scheitern, dass dieser den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber im Regelfall gerade nicht weisungsbefugt ist¹⁴⁸.

Sieht man den Schwerpunkt darin, dass der Baustellenkoordinator in Vollziehung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers tätig wird und über den Bauherrn auf die tätigen Unternehmer weitgehende Durchgriffsmöglichkeiten hat, auch wenn diese kein unmittelbares Weisungsrecht gegenüber den Dienstnehmern darstellen, so spricht dies für eine Haftungsbefreiung nach § 333 ASVG¹⁴⁹.

2. Grundsätzliche Regelungen des BauKG

Eine umfassende Darlegung der wesentlichen Regelungen des BauKG findet sich in einem kurz nach Inkrafttreten des Gesetzes erstellten Aufsatz von *Eggemeier-Schmolke*¹⁵⁰, auf den im Folgenden des Öfteren eingegangen wird.

Der Anwendungsbereich des BauKG gilt gemäß § 1 Abs 2 BauKG für alle Baustellen, auf denen Arbeitnehmer beschäftigt werden. Gemäß § 2 Abs 3 BauKG ist eine Baustelle nach § 1 BauKG jede zeitlich begrenzte ortsveränderliche Baustelle oder Baustellen, an denen Hoch- und Tiefbauarbeiten durchgeführt werden.

Das BauKG legt nun ausdrücklich eine Koordinierungsverantwortung des Bauherrn fest, indem dieser nach § 3 Abs 1 BauKG verpflichtet wird, einen Planungskoordinator für die Vorbereitungsphase sowie einen Baustellenkoordinator für die Ausführungsphase eines Projektes zu bestellen. Den Bauherrn trifft diese Verpflichtung, sobald auf einer Baustelle gleichzeitig oder aufeinanderfolgend Arbeitnehmer eines oder mehrerer Arbeitgeber tätig werden.

¹⁴⁷ Zak 2009/64, 43.

¹⁴⁸ *Neumayr in Schwimann*³ § 333 ASVG, Rz 78.

¹⁴⁹ *Resch in Lukas/Resch* 63ff; *Langer DRdA* 2005, 244ff.

¹⁵⁰ Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 47.

Es wurde mit dem BauKG eine neue, über die nach dem ASchG bereits bestehende, Verantwortung des Arbeitgebers für den Arbeitnehmerschutz geschaffen. Konkret wurde damit auch eine Verantwortung von Dritten, den Bauherren oder Koordinatoren, für Belange des Arbeitnehmerschutzes gebildet¹⁵¹.

3. Der Planungskoordinator und der Baustellenkoordinator

Die Bestellung des Planungskoordinators hat bereits zu Beginn der Planungsarbeiten, die Bestellung des Baustellenkoordinators spätestens bei Auftragsvergabe zu erfolgen.

Der Planungskoordinator hat nach § 4 Abs 2 Z 1 BauKG die Umsetzung der allgemeinen Grundsätze der Gefahrenverhütung gemäß § 7 ASchG in der Vorbereitungsphase des Bauprojektes, demnach bei Entwurf, Ausführungsplanung und Vorbereitung des Bauprojektes, zu koordinieren.

Der Baustellenkoordinator hat gemäß § 5 Abs 1 BauKG die Unternehmer bei der Umsetzung dieser Verpflichtungen, die in der Planungsphase festgelegt wurden, während der Projektausführungsphase zu beraten und zu koordinieren. Zusätzlich hat er die Bauunternehmer hinsichtlich der Einhaltung der Schutzbestimmungen auch zu überwachen. Diese Überwachungstätigkeit kann durch regelmäßige Baustellenbegehungen, an denen auch die Vorgesetzten der bauausführenden Unternehmen teilnehmen, geschehen.

Stellt der Baustellenkoordinator bei der Besichtigung der Baustelle Gefahren für Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer fest, so trifft ihn gemäß § 5 Abs 4 BauKG die unverzügliche Meldeverpflichtung hierüber an den Bauherren, oder wenn vom Bauherren selbst diese Position besetzt wurde, an den Projektleiter sowie an die Arbeitgeber¹⁵².

Werden die Gefahrenquellen trotz Mahnung des Baustellenkoordinators nicht beseitigt, kann er sich an das Arbeitsinspektorat wenden.

¹⁵¹ Mazal, Arbeitnehmerschutz durch Koordination bei Bauarbeiten, ecolex 1999, 481.

¹⁵² OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

4. Bauherr, Projektleiter, Koordinatoren

Bauherr nach § 2 Abs 1 BauKG ist jede natürliche oder juristische Person, in deren Auftrag ein Bauwerk ausgeführt wird. Damit fällt auch der private „Häuslbauer“, der die Aufträge an Professionisten vergibt, unter den Begriff des Bauherrn im Sinne des Gesetzes¹⁵³.

Finden sich mehrere Bauherren auf räumlich oder funktionell übergreifenden Bauprojekten, so müssen die einzelnen Sicherheits- und Gesundheitsschutzpläne aufeinander entsprechend abgestimmt werden¹⁵⁴.

Als Koordinator gemäß § 3 Abs 3 BauKG darf nur eine natürliche oder juristische Person, die über eine einschlägige Ausbildung und Berufserfahrung verfügt, bestellt werden. Der Baustellenkoordinator kann, muss aber nicht, aus dem Kreis der bauausführenden Unternehmen kommen und gemäß § 3 Abs 1 BauKG kann dieselbe Person Planungs- und Baustellenkoordinator sein.

Der Bauherr darf diese Verantwortung zur Bestellung eines Koordinators gemäß § 9 Abs 1 auf einen Projektleiter übertragen. Diese Übertragung kann rechtsgültig jedoch nur erfolgen, wenn der Projektleiter ausdrücklich seine Zustimmung zur Koordinatorenbestellung gegeben hat.

Zu den zivilrechtlichen Verhaltenspflichten aus dem BauKG, die vom Bauherrn übertragen werden können, zählt die Bestellung von Koordinatoren gemäß § 3 BauKG, die Berücksichtigung der Grundsätze der Gefahrenverhütung gemäß § 4 Abs 1 BauKG, die Erstellung und Übermittlung einer ordnungsgemäßen Vorankündigung gemäß § 6 BauKG sowie die Veranlassung der Erstellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplanes und einer Unterlage für spätere Arbeiten gemäß §§ 7 und 8 BauKG.

Wenn der Bauherr einen Projektleiter, der nicht sein Betriebsangehöriger ist, einsetzt und bestellt, dann übernimmt dieser die verwaltungsstrafrechtliche wie auch die zivilrechtliche Verantwortung des Bauherrn¹⁵⁵.

Eine Pflichtenübertragung auf den Projektleiter ist jedoch nicht möglich, falls dieser ein Betriebsangehöriger des Bauherrn ist, da dann die Weisungsgebundenheit von Betriebsangehörigen gegenüber ihren Arbeitgebern einer wirksamen Pflichtenübertragung

¹⁵³ Eggmeier-Schmolke, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 48.

¹⁵⁴ Petri/Steinmaurer, Das Bauarbeitenkoordinationsgesetz (1999) 13.

¹⁵⁵ Eggmeier-Schmolke, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 51.

entgegensteht¹⁵⁶. Diese Regelung steht einer rechtsgültigen vertraglichen Beauftragung des Projektleiters nicht entgegen, einem Dritten gegenüber haftet dann jedoch weiterhin der Bauherr für eventuelle Schäden¹⁵⁷.

5. Das BauKG - lex specialis zur Fürsorgepflicht gemäß § 1169 ABGB

Nach ständiger Rechtsprechung wird die Zuordnung der Regelungen des BauKG zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 1311 ABGB bejaht¹⁵⁸. Eine Haftung wegen Verletzung des BauKG gegenüber den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern ist, mangels besonderer gesetzlicher Regelungen, nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts zu beurteilen.

Wurde früher die Fürsorgepflicht des Werkbestellers gemäß § 1169 ABGB für die Koordinierungspflicht des Bauherrn herangezogen¹⁵⁹, so wird diese nun durch das BauKG als Schutzgesetz konkretisiert, sofern diese Verpflichtung innerhalb dessen Anwendungsbereiches gelegen ist.

Anders ausgedrückt wird demnach im Zusammenhang mit Arbeitsunfällen, die auf einer Baustelle entstanden sind, die bisherige, auf die Fürsorgepflicht des Werkbestellers gestützte vertragliche Haftung gemäß § 1169 ABGB, durch die ausdrückliche Regelung des BauKG verdrängt. Das BauKG ist somit als lex specialis anzusehen¹⁶⁰.

Damit sind der Projektleiter oder der Baustellenkoordinator, die vom Bauherrn beauftragt wurden die Aufgaben des BauKG abzudecken, auch nicht als seine Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB zu bewerten¹⁶¹.

Der ordnungsgemäß nach dem BauKG beauftragte Projektleiter sowie die vom Bauherrn direkt bestellten Koordinatoren werden als Besorgungsgehilfen des Bauherrn nach § 1315

¹⁵⁶ ErläutRV 1462 BlgNR 20. GP 13.

¹⁵⁷ OGH 22.12.2005, 10Ob112/05a; OHG 11.11.2003, 2Ob272/03v; OGH 03.11.2005, 6Ob21/04p; OGH 22.12.2005, 10Ob112/05a; OGH 25.04.2007, 3Ob44/07b; OGH 28.02.2008, 8ObA6/08b; OGH 14.08.2008, 2Ob162/08z; OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v.

¹⁵⁸ OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541; OGH 12.08.2004, 10Ob233/03a = SZ 2004/119 = RZ 2004/31 = RdW 2005,89 = bbl 2005/37 = immolex 2005/59 = ecolex 2005/110 = ZVR 2005,92; OGH 22.12.2005, 10Ob112/05a.

¹⁵⁹ *Krejci in Rummel*³ § 1169 Rz 5 und 6.

¹⁶⁰ OGH 11.11.2003, 2 Ob 272/03v; OGH 28.02.2008, 8ObA6/08b; OGH 03.03.2010, 7Ob17/09i; OGH 25.04.2007, 3Ob44/07b.

¹⁶¹ *Langer, Die Haftungsrisiken der Beauftragten* (1999) 78.

ABGB eingestuft. Hat der Bauherr den Koordinator ordnungsgemäß und rechtzeitig bestellt, so muss er außerdem nur noch für Auswahlverschulden einstehen. Bei dieser deliktischen Verpflichtung liegt jedoch die Beweislast grundsätzlich beim Geschädigten¹⁶².

Alle weiteren Verpflichtungen des Bauherrn iZm dem BauKG sind durch Übertragung der einschlägigen Pflichten aus diesem Schutzgesetz auf den Baustellenkoordinator übergegangen. Werden vom Bauherrn weder Projektleiter noch Koordinatoren bestellt, dann trägt er selbst die Verpflichtung für die den Koordinatoren gesetzlich zugewiesenen Aufgaben.

Diese im BauKG festgelegten Pflichten des Bauherrn sind vor allem die Wahrnehmung der Grundsätze der Gefahrenverhütung, die gesetzliche Verpflichtung zur Koordinatorenbestellung, die Erstellung und Berücksichtigung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplanes, die Erstellung und Berücksichtigung dieser Unterlagen für spätere Arbeiten am Bauwerk und die Erstellung einer Vorankündigung, sofern mehr als 20 Arbeitnehmer oder mehr als 500 Personaltage auf einer Baustelle geplant sind, beim zuständigen Arbeitsinspektorat.

6. Rechtsprechung für Fälle unter Anwendung des BauKG:

a) Allgemein:

In der Entscheidung 2 Ob 272/03v¹⁶³ und in mehreren Folgeentscheidungen¹⁶⁴ hat der OGH ausgesprochen, dass den Bauherrn, der einen Baukoordinator bestellt, keine Gehilfenhaftung treffe. Als Begründung wird die Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten vom Bauherrn auf den Baustellenkoordinator angeführt.

Der Baustellenkoordinator würde demnach – nach Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten – eigenverantwortlich eigene Pflichten erfüllen. Eine Haftung des Bauherrn könne in diesem Zusammenhang nur noch für Auswahlverschulden entstehen.

Der Baustellenkoordinator selbst haftet somit den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern für Pflichtwidrigkeit nicht nur deliktisch aus Schutzgesetzverletzung für seine

¹⁶² *Eggmeier-Schmolke*, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 55.

¹⁶³ OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

¹⁶⁴ OGH 14.08.2008, 2Ob162/08z; OGH 28.02.2008, 8 Ob A6/08b; OGH 25.04.2007, 3Ob44/07b.

„Machthaber“ bzw gemäß § 1315 ABGB, sondern auch vertraglich nach dem Koordinationsvertrag, da dieser als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Arbeitnehmer qualifiziert wird. Setzt er also für die Erfüllung dieser vertraglichen Pflichten selbst einen Gehilfen ein, dann haftet er für diesen gemäß § 1313a ABGB und hat nach § 1298 zu beweisen, dass weder ihm selbst noch seine Erfüllungsgehilfen ein Verschulden trifft¹⁶⁵.

In den in diesem Kapitel zum Bauarbeitenkoordinationsgesetz angeführten Fällen wird von der vorweg in Kapitel 2 Punk C bereits behandelten Anwendbarkeit der Gehilfenhaftung des Bauherrn nach § 1313a ABGB für seine Architekten oder Baumeister bei Fehlern der Baustellenkoordinierung gegenüber den schadensverursachenden Werkunternehmern abgegangen. Hier müssen jedoch die generell unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für einen Haftungsanspruch beachtet werden, auch wenn diese begrifflich jeweils Baustellenkoordinierung genannt werden.

Den in Kapitel 2 zur Koordinierungspflicht des Bauherrn (oder dessen Gehilfen) behandelten Entscheidungen lag immer ein Sachschaden zugrunde, der durch eine mögliche mangelhafte Koordinierungsmaßnahme entstanden ist. In den folgenden Fällen sind hingegen jeweils Arbeitsunfälle auf einer Baustelle geschehen, die zur Verletzung eines Menschen führten.

Das BauKG zielt primär auf den Schutz zur Vermeidung solcher Arbeitsunfälle ab und regelt jedoch die Koordinierung der Facharbeiten, mit den daraus entstandenen Sachschäden bei Fehlern dieser Abstimmungen, die in den oben erwähnten Fällen im Mittelpunkt gestanden sind, generell nicht.

b) Entscheidungen:

OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v

In diesem Rechtsstreit¹⁶⁶ aus dem Jahr 2003, somit vier Jahre nachdem das BauKG in Kraft getreten ist¹⁶⁷, wurde über einen Schadenersatzanspruch aus einem Personenschaden, der bei einem Arbeitsunfall entstanden ist - unter Berücksichtigung der Stellung des Baustellenkoordinators aus dem BauKG - entschieden.

¹⁶⁵ RIS-Justiz RS0015253 = OGH 11.12.2003, 2 Ob 272/03v; OGH 03.11.2005, 6 Ob 21/04p; OGH 22.12.2005, 10 Ob 112/05a; OGH 25.04.2007, 3 Ob 44/07b; OGH 28.02.2008, 8 ObA 6/08b; OGH 14.08.2008, 2 Ob 162/08z; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v; *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 337.

¹⁶⁶ SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

¹⁶⁷ BGBl I 37/1999.

Die klagende Partei war das Unternehmen, deren Dienstnehmer bei dem Arbeitsunfall verletzt wurde, und es wurde vom Werkbesteller Schadenersatz, der sich aus der Lohnfortzahlung des Unternehmens an diesen Dienstnehmer während seines Krankenstandes ergeben hatte, begehrt.

Auf einer Baustelle bestand ein ungesicherter Bretterzugang, den die Arbeiter zum Überqueren zwischen zwei Arbeitsbereichen benutzten. Auf diesem ungesicherten Durchgang ist ein Arbeiter ausgerutscht und hat sich bei dem Sturz schwer verletzt.

Entgegen der bis dahin bestehenden Judikatur¹⁶⁸ hat der OGH eine Haftung des Werkbestellers für Erfüllungsgehilfen verneint, da das BauKG als *lex specialis* den bisherigen Ansatz nach §1169 ABGB verdrängt. Somit steht die Fürsorgepflicht des Werkbestellers nach §1169 ABGB nicht mehr im Vordergrund und der Baustellenkoordinator erfüllt nach Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten durch den Werkbesteller eigenverantwortlich seine eigenen Pflichten.

Der Baustellenkoordinator haftet den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern gegenüber nicht nur deliktisch aus Schutzgesetzverletzung, sondern auch vertraglich. Der Koordinationsvertrag zwischen dem Werkbesteller und dem von ihm auf der Baustelle eingesetzten Baustellenkoordinator für Arbeitssicherheitsthemen ist nach seinem eindeutigen Zweck als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Arbeitnehmer zu qualifizieren. Hat der Baustellenkoordinator eventuell selbst Gehilfen im Einsatz, haftet er auch für diese gemäß §1313a ABGB und somit haftet der Baustellenkoordinator für seine Gehilfen gleich wie für eigenes Verschulden.

Letztlich war in diesem Fall nicht klar, ob der Bauherr tatsächlich einen Baustellenkoordinator bestellt hat, da diese Bestellung gemäß § 3 Abs 6 BauKG zu Beweis Zwecken schriftlich zu erfolgen hat und ihr der Baustellenkoordinator nachweislich zustimmen muss. Hiervon hängt aber, wie oben erörtert, die Haftung des Bauherrn für diesen Arbeitsunfall ab. Wurde kein Baustellenkoordinator eingesetzt, so würde diese Haftung wieder auf den Bauherrn zurückfallen. Die Rechtssache wurde daher vom OGH unter Aufhebung der vorinstanzlichen Urteile an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung zurückverwiesen.

¹⁶⁸ RIS-Justiz RS0021655 = OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83; OGH 17.04.1996, 7 Ob 2089/96ym; OGH 12.03.1996, 4 Ob 1522/96; OGH 30.04.1997, 9 Ob 58/97p; OGH 07.09.2000, 8 Ob 55/00x; OGH 12.02.2002, 10 Ob 205/01x; OGH 15.12.2008, 4 Ob 200/08b; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m; OGH 14.07.2011, 2 Ob 185/10k.

Sollte sich im fortgesetzten Verfahren ergeben, dass ordnungsgemäß ein Baustellenkoordinator zur Erfüllung der Koordinierungspflichten im Sinne des BauKG bestellt wurde, wäre der Werkbesteller haftungsfrei. Der Werkbesteller wäre dann der Pflicht zur Koordinatorenbestellung für die Ausführungsphase nachgekommen und würde für ein Verschulden des Koordinators - mangels Bestehen einer Gehilfenhaftung - nicht haften. Für ein Auswahlverschulden des Werkbestellers oder für eine außerhalb des Regelungsbereiches des BauKG gelegene Verletzung von Fürsorgepflichten haben sich nach Ansicht des OGH keine Anhaltspunkte ergeben.

OGH 22.12.2005, 10Ob112/05a

In dieser Entscheidung¹⁶⁹ kam es infolge von Umbauarbeiten an einer Tankstelle zu einer Explosion von Benzindämpfen, wobei ein Montagetechniker verletzt wurde. Dieser verlangte nun auf Basis des Koordinationsvertrages als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vom Projektleiter, der vom Eigentümer der Tankstelle für die Auftragsvergabe, die Überwachung des Umbaus sowie die örtliche Bauaufsicht bestellt wurde, Schadenersatz.

Zusätzlich wurde vom Projektleiter ein Baustellenkoordinator nach dem BauKG eingesetzt, der die Baustellenkoordinierung durchführte und entsprechende Überwachungsprotokolle erstellte. Über die fachliche Befähigung des Baustellenkoordinators bestanden keine Zweifel. Dieser Baustellenkoordinator wurde im Namen und auf Rechnung des Bauherrn eingesetzt.

Im vorliegenden Fall ist vom Kläger nicht der Bauherr in Anspruch genommen worden, sondern der Projektleiter als beklagte Partei. Wie bereits dargelegt, ist eine Übertragung der schutzgesetzlichen Verpflichtungen der Baustellenkoordinierung vom Bauherrn grundsätzlich möglich, jedoch gemäß § 2 Abs 2 BauKG nur ausdrücklich und mit Zustimmung der Partei, die diese Verantwortung übernimmt. In diesem Fall wurde wohl ein Projektleiter eingesetzt, die gesetzlich geforderte ausdrückliche Übertragung der Verpflichtungen des BauKG hat jedoch nicht stattgefunden.

Der OGH stellt auch hier fest, dass bei Übertragung der Verantwortung an den Projektleiter lediglich eine Haftung des Bauherrn für Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB bestanden hätte. Mangels der im BauKG geforderten formellen Übertragung der Verantwortung der Koordinierung sind jedoch die Verpflichtungen des Bauherrn bestehen geblieben und eine Argumentation über eine Haftung des Projektleiters, wegen eines Vertrages mit

¹⁶⁹ OGH 22.12.2005, 10Ob112/05a.

Schutzwirkung zugunsten Dritter, wurde vom OGH abgelehnt, da diese Konstruktion nicht dazu dienen soll, einem Erfüllungsgehilfen die Vertragshaftung aufzubürden¹⁷⁰.

Somit wurde dem Erstgericht die Beweisfrage auferlegt, ob eine formelle Übertragung an eine Partei als Baustellenkoordinator erfolgt ist, oder nicht. Bei einer formellen Übertragung zum Baustellenkoordinator würde weder den Projektleiter noch den Bauherrn eine Gehilfenhaftung treffen. Hat keine Übertragung einer Partei zum Baustellenkoordinator stattgefunden, trägt die Haftung aus dem BauKG der Bauherr.

Grundsätzlich hat sich somit durch das BauKG eine Möglichkeit der zusätzlichen Verpflichtung des Projektleiters zur Baustellenkoordinierung ergeben. Es kommt jedoch durch die alleinige Benennung eines Projektleiters noch zu keiner Einschränkung der Haftung des Bauherrn, da die Koordinierungsverpflichtung des Bauherrn nur ausdrücklich und mit Zustimmung des Projektleiters übertragen werden kann. Wenn diese Verpflichtung der Baustellenkoordinierung gemäß BauKG vom Projektleiter nicht übernommen wird, bleibt weiterhin der Bauherr für die Baustellenkoordinierung selbst verantwortlich.

OGH 25.04.2007, 30b44/07b¹⁷¹

Auf einer Baustelle zur Errichtung einer gemeinnützigen Wohnungs- und Siedlungsanlage war als Projektleiter ein Generalunternehmer mit der Errichtung einer Wohnanlage beschäftigt. Vom Bauherrn wurde zusätzlich ein Architektenbüro mit der Planung, örtlichen Bauaufsicht und Planungs- und Baustellenkoordinierung beauftragt. Es lag ein Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan vor.

Es kam zu einem Arbeitsunfall, da ein Arbeiter in einen nicht abgesicherten Liftschacht gestürzt ist und sich dabei schwer verletzte. Der Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan hätte als Maßnahme hier die Anbringung von Brustwehren gegen Absturzgefahr vorgesehen. Vom verletzten Arbeiter wurde der Generalunternehmer (nicht der Bauherr oder Baustellenkoordinator) auf Schmerzensgeld geklagt, da aus dem Generalunternehmervertrag mit seinen Subunternehmen eine Schutzwirkung zugunsten aller auf der Baustelle tätigen Arbeitnehmer entstehen würde.

¹⁷⁰ RIS-Justiz RS0017043 = OGH 07.12.1978, 2 Ob 133/78; OGH 09.11.1989, 7 Ob 672/89; OGH 07.04.1992, 4 Ob 524/92; OGH 26.11.1992, 1 Ob 601/92; OGH 21.12.1992, 7 Ob 629/92; OGH 25.06.1998, 2 Ob 64/98w; OGH 24.06.1999, 2 Ob 172/99d; OGH 29.11.2001, 6 Ob 250/01k; OGH 11.09.2003, 6 Ob 246/02y; OGH 23.09.2004, 6 Ob 155/04v; OGH 03.11.2005, 6 Ob 21/04p; OGH 22.12.2005, 10 Ob 112/05a; OGH 29.06.2006, 6 Ob 124/06p; OGH 16.11.2007, 7 Ob 30/07y; OGH 13.03.2008, 6 Ob 32/07k.

¹⁷¹ ARD 5796/2/2007 = Zak 2007,295 = bbl 2007/165 = ecolex 2007,852 = DRdA 2008/50 = ZVR 2008,128.

Der beklagte Generalunternehmer wandte ein, es treffe ihn keine Haftung für die Verletzungen des Klägers, da er seiner Pflicht als Generalunternehmer zur Absicherung der Baustelle nachgekommen sei und alle erforderlichen Maßnahmen gesetzt habe. Nach dem Protokoll des Baustellenkoordinators seien ursprünglich sämtliche Liftschächte ordnungsgemäß abgesichert gewesen. Offenbar hätten jedoch Mitarbeiter der Subunternehmer die Absperrungen später entfernt, wodurch der Arbeitsunfall entstehen konnte.

Ein Hauptargument des Klägers war, dass die im Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan festgelegten Maßnahmen nicht eingehalten wurden. Es hätten vom Generalunternehmer regelmäßige Baustellenbesichtigungen durchgeführt werden müssen und als Ergebnis dieser Besichtigungen hätten Absturzgefahren erkannt und beseitigt werden müssen. Der Generalunternehmer ist mit dem Arbeitgeber des verletzten Mitarbeiters einen Subunternehmervertrag eingegangen. Dieser Vertrag würde damit auch Schutzwirkung zugunsten dieses Arbeitnehmers entfalten.

Der beklagte Generalunternehmer und Projektleiter argumentierte, dass der Bauherr seine Baustellenkoordinierungspflicht einem Baustellen- und Planungsordinator übertragen kann. Damit hat, nach zulässiger Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten, dieser Koordinator die gesetzliche Pflicht eigenverantwortlich zu erfüllen. Der Bauherr haftet anschließend lediglich für Auswahlverschulden.

Dieses Prinzip hätte daher auch für den Generalunternehmer zur Anwendung kommen müssen, sodass auch für diesen nur noch eine Haftung in Frage käme, wenn ein Auswahlverschulden des Bauherrn bei Bestellung des Baustellenkoordinators nachzuweisen sei.

Der OGH stellte jedoch in seiner Entscheidung klar, dass dieser Argumentationslinie nicht gefolgt werden kann. Der Bauherr kann sich nach dieser Ansicht, wenn bei einem Projekt ein Projektleiter eingesetzt wurde, von seiner Verpflichtung zur Baustellenkoordinierung nur entbinden, wenn er einen Projektleiter bestimmt und diesem mit dessen Zustimmung die Bauherrenverpflichtung zur Bestellung eines Baustellenkoordinators übertragen hat. Hat der Projektleiter dann einem Betriebsfremden die Baustellenkoordination übertragen, dann haftet auch der Projektleiter nur noch für Auswahlverschulden.

In diesem Fall hatte jedoch der Bauherr, aus der Sicht des Projektleiters also eine dritte Partei, den Baustellenkoordinator bestellt, und daher liegt nach Ansicht des OGH keine Konstellation

vor, nach der von einer Haftungsbefreiung der gesetzlichen und werkvertraglichen Verpflichtungen des Projektleiters auszugehen wäre.

Die aus dem Werkvertrag als Nebenverpflichtung resultierende Fürsorgepflicht betrifft primär den Schutz des Lebens und der Gesundheit des Unternehmers und vor allem seiner Arbeitnehmer, deren sich der Werkbesteller bei der Werkherstellung bedient. Generell haftet der Generalunternehmer nach ständiger Rechtsprechung¹⁷² den Subunternehmern und dessen Leuten aus dem Werkvertrag für schuldhaftes Verletzung der Fürsorgepflicht nach §§ 1157, 1169 ABGB. Bei Verletzungen aus Verschulden der Mitarbeiter des Generalunternehmers bestehe eine Haftung nach § 1313a ABGB. Diese Pflicht bezieht sich auf die Arbeitsstätte und es ist ständige Rechtsprechung, dass eine Baustelle auch eine Arbeitsstätte sein kann¹⁷³.

Der OGH führte aus, dass durch § 1 Abs 5 BauKG der Gesetzgeber klargestellt hat, dass neben den Bestimmungen des BauKG auch die im ASchG geregelten Verpflichtungen der Arbeitgeber, für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit zu sorgen, weiterhin bestehen, die Arbeitgeber somit von ihren eigenen Sicherheitsverpflichtungen nicht entbunden werden. Da als erwiesen angesehen wurde, dass der Generalunternehmer seine Verpflichtung zur Absicherung der Gefahrenquellen der Baustelle verletzt hatte, wurde eine Haftung des Generalunternehmers entsprechend auch bejaht, nachdem der verletzte Arbeitnehmer in den Schutzbereich des Werkvertrages zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer einbezogen wird und eine Haftungsbefreiung nach dem BauKG in diesem Fall nicht abgeleitet werden konnte.

Lediglich einem Projektleiter hätte der Bauherr seine Pflichten mit dessen Einverständnis und gesonderter Vereinbarung übertragen können. Nur in diesem hypothetischen Fall wäre der Bauherr insoweit von seinen Verpflichtungen nach dem BauKG befreit worden und es wäre dann grundsätzlich auch der Projektleiter als Haftender an die Stelle des Bauherrn getreten, bei dem aber weiterhin eine Haftung für Auswahlverschulden, allenfalls auch Überwachungsverschulden, bestehen kann.

¹⁷² RIS-Justiz RS0021515 = OGH 26.09.1963, 2 Ob 192/63; OGH 31.05.1968, 12 Os 31/68; OGH 28.02.1978, 8 Ob 11/78; OGH 27.09.1978, 8 Ob 543/78; OGH 27.09.1978, 8 Ob 556/78; OGH 24.04.1979, 2 Ob 40/79; OGH 24.10.1985 8 Ob 13/85; OGH 14.01.1986, 4 Ob 167/85; OGH 25.07.2000, 1 Ob 306/99b; OGH 10.07.2001, 10 Ob 38/00m; OGH 25.04.2007, 3 Ob 44/07b.

¹⁷³ RIS-Justiz RS0021480 = OGH 13.01.1972, 2 Ob 222/71; OGH 15.06.1972, 2 Ob 101/72; OGH 18.04.1973, 1 Ob 43/73; OGH 04.02.1976, 8 Ob 274/75; OGH 14.04.1976, 1 Ob 533/76; OGH 27.10.1976, 1 Ob 730/76; OGH 27.09.1978, 8 Ob 543/78; OGH 12.12.1984, 1 Ob 687/84; OGH 24.10.1985, 8 Ob 13/85; OGH 07.04.1987, 2 Ob 70/86; OGH 25.05.1987, 8 Ob 69/77; OGH 24.11.1988, 6 Ob 699/88; OGH 25.04.1989, 2 Ob 133/88; OGH 15.03.2001, 6 Ob 30/01g; OGH 10.07.2001, 10 Ob 38/00m; OGH 25.04.2007, 3 Ob 44/07b; OGH 30.08.2007, 8 Ob 144/06v; OGH 22.07.2009, 3 Ob 88/09a; OGH 17.06.2013, 2 Ob 240/12a.

Diese mögliche Befreiung des Bauherrn von seinen Verpflichtungen nach dem BauKG zieht jedoch keine Befreiung für eine Haftung des Generalunternehmers von seinen gesetzlichen und werkvertraglichen Verpflichtungen nach sich. Beim festgestellten Sachverhalt könnte sich der Generalunternehmer nur auf die Bestellung eines Baustellenkoordinators durch einen Dritten, nämlich den Bauherrn, berufen.

Die Fürsorgepflicht nach §§ 1157, 1169 ABGB wird durch das BauKG nicht eingeschränkt, sondern konkretisiert und es wurde daher der Generalunternehmer von seiner eigenen Sicherheitsverpflichtung auch nicht entbunden, sodass dieser als beklagte Partei letztlich Schadenersatz in der Form von Schmerzensgeld an den verletzten Arbeiter leisten musste.

OGH 14.08.2008, 20b162/08z

In diesem - aufgrund der Anzahl der möglichen Schädiger - ausgesprochen komplexen Fall¹⁷⁴, bei dem es auf einer Großbaustelle zu einem tödlichen Arbeitsunfall kam, wurde die Anwendbarkeit des BauKG bei einem Zusammenspiel von Generalunternehmer, Subunternehmern, Architekten und eingesetzten Baustellenkoordinatoren detailliert dargestellt.

Hier wurden fünf beklagte Parteien (der Bauherr, der Generalunternehmer, der Baustellenkoordinator, der Subunternehmer sowie das Unternehmen, welches die gefahrenbeseitigenden Geländer hätte anbringen müssen) für den Arbeitsunfall haftbar gemacht.

Der OGH hat als Einleitungssatz auch erkannt, dass bei Bauprojekten dieser Größenordnung, wobei vor allem Industriebaustellen angesprochen werden, an denen eine nicht unbeträchtliche Anzahl verschiedener Unternehmen teils planend, teils ausführend beteiligt sind, komplexe Haftungsfragen entstehen, die über die Bedeutung des Einzelfalles hinausgehen.

Bei diesem Großprojekt wurde ein Generalunternehmer eingesetzt, dem mit dessen Zustimmung auch die Position des Projektleiters nach BauKG übertragen wurde, und der zur Bestellung des Baustellenkoordinators ordnungsgemäß beauftragt wurde. Damit wäre prinzipiell der Bauherr von seiner Haftung befreit und es käme nur noch zu einer Haftung für Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB.

¹⁷⁴ OGH 14.08.2008, 20b162/08z = bbl 2009/20 = Zak 2009,57 = ecolex 2009,309 = ZVR 2009,75.

Der Generalunternehmer als Projektleiter bestellte einen Dienstnehmer aus seinem Betrieb zum Baustellenkoordinator, wonach dieser als Repräsentant des Generalunternehmers anzusehen, und somit dem Projektleiter (unabhängig von den Voraussetzungen des § 1315 ABGB) zuzurechnen ist¹⁷⁵.

Der Vertrag zur Bestellung der Baustellenkoordinierung ist ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der auf der Baustelle eingesetzten Dienstnehmer. Aus diesem Grund entsteht für den Baustellenkoordinator nicht nur eine deliktische Haftung aus Schutzgesetzverletzung, sondern auch eine vertragliche Haftung¹⁷⁶. Es liegt keine unterschiedliche rechtliche Behandlung vor, ob diese Bestellung vom Bauherrn direkt, oder über den Projektleiter in dessen Namen vorgenommen wurde.

Eine Besonderheit des BauKG ist das Kriterium der Zustimmung des Baustellenkoordinators. Diese wird in § 3 Abs 6 BauKG festgelegt, wonach die Bestellung schriftlich zu erfolgen hat, um den Beweis Zwecken Genüge zu tun¹⁷⁷.

Nach Satz 2 jedoch genügt, im Gegensatz zu der nach Satz 1 geforderten schriftlichen Bestellung, für die Übernahme der Pflichten des Baustellenkoordinators dessen nachweisliche Zustimmung. Hier wird selbst die schlüssige Zustimmung des Koordinators zu einer schriftlichen Bestellung durch den Bauherrn als ausreichend anerkannt¹⁷⁸.

Kannte somit der Baustellenkoordinator die schriftliche Bestellsurkunde, und hat er diese nicht bestritten, so hat er mit der Übernahme der Koordinierungsaufgaben auf der Baustelle eine konkludente Zustimmung nach § 863 ABGB getätigt.

Im Ergebnis wurde damit sowohl der Generalunternehmer als auch der Baustellenkoordinator als für den Schaden haftbar angesehen, der Baustellenkoordinator sowohl deliktisch aus Schutzgesetzverletzung als auch vertraglich durch die erfolgte Bestellung zur Baustellenkoordinierung, der Generalunternehmer über die Repräsentantenhaftung, da der Baustellenkoordinator als Dienstnehmer seinem Betrieb zugeordnet war.

Es lag nach Ansicht des OGH aber auch eine Haftung des Bauherrn vor, da vor Beginn der Arbeiten auf der Baustelle kein Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan erstellt worden war.

¹⁷⁵ *Eggmeier-Schmolke*, Haftung für Unfälle auf der Baustelle (2. Teil), bbl 2007,82.

¹⁷⁶ *Eggmeier-Schmolke*, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 57; OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

¹⁷⁷ OGH 11.12.2003, 2Ob272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004,118 = RdW 2004,334 = DRdA 2004,541.

¹⁷⁸ *Gartner*, BauarbeitenkoordinationsG (2005) 9.

Das BauKG richtet sich in erster Linie an den Bauherrn, also denjenigen, der das wirtschaftliche Risiko aus der Errichtung des Bauwerkes trägt, wobei der Schwerpunkt der Verpflichtungen des Bauherrn vor allem in der Planungsphase liegt¹⁷⁹.

Liegen die Voraussetzungen von § 7 Abs 1 BauKG vor, dann ist die Erstellung eines Sicherheits- und Gesundheitsschutzplanes von besonderer Bedeutung, welcher vor allem schon in der Planungsphase, also noch vor Eröffnung der Baustelle, auszuarbeiten ist. Somit ist bereits vor Ausschreibung des Bauvorhabens ein Konzept für die sicherheits- und gesundheitsgerechte Ausführung der Bauarbeiten zur Vermeidung der Gefährdung der Arbeitnehmer zu entwickeln¹⁸⁰. Eine schutzgesetzwidrige Verletzung der Bauherrenverpflichtung lag nach Ansicht des OGH bereits in der Planungsphase vor, da weder rechtzeitig (das heißt zu Beginn der Planungsarbeiten) ein Planungsordinator bestellt wurde, noch der (wenn auch nur vorläufige) Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan zu Baubeginn erstellt wurde.

Auf den Einwand, diese Verletzung der Bauherrenverpflichtung wäre nicht kausal für den Schaden gewesen, wurde vom OGH der Sinn und Zweck der in der Planungsphase den Bauherrn treffenden Verpflichtungen entgegengehalten, die eine koordinierte Planung des Projektes gewährleisten sollen, um die problemlose Abwicklung des Bauprojektes sicherzustellen. Mit einer aufgrund von Terminvorstellungen des Bauherrn überhastet begonnenen Bauausführung sei dieses Ziel nur schwer zu erreichen gewesen.

Es wurde davon ausgegangen, dass auch bei einem vorläufigen Sicherheits- und Gesundheitsschutzplan schon Absturzsicherungen vorgesehen wären und die zeitgerechte Festsetzung konkreter unfallverhütender Sicherungsmaßnahmen wäre nach dem ersten Anschein auch geeignet gewesen, die tatsächlich in der Ausführungsphase eingetretenen Probleme zwischen den Subunternehmern über die Verantwortlichkeit für die Anbringung von Fangnetzen zu verhindern.

Letztlich wurde auch der Subunternehmer, in dessen Aufgabenbereich die Anbringung der Fangnetze gelegen war, und der diese als Besteller an ein anderes Unternehmen untervergeben hatte, aufgrund der gesetzlichen Fürsorgepflicht als haftbar angesehen. Der erkennende Senat hat hier festgehalten, dass, auch wenn noch eine weitere Untervergabe an ein weiteres Unternehmen bestehen würde, die Fürsorgepflicht des Bestellers weiterhin

¹⁷⁹ *Lukas/Resch*, Haftung für Arbeitsunfälle am Bau (2001) 33.

¹⁸⁰ *Petri/Steinmayer*, Das Bauarbeitenkoordinationsgesetz³ (1999) 13; *Gartner*, BauarbeitenkoordinationsG (2005) 9.

bestehen bleibt¹⁸¹. Die Nebenverpflichtung des Bestellers aus dem Werkvertrag besteht nicht nur zugunsten des Unternehmers, sondern zugunsten aller Personen, welche die Arbeit ausüben¹⁸².

Die Grenze der Fürsorgepflicht des Bestellers liegt bei dem, was über unschwer erkennbare Gefahren hinausgeht¹⁸³. Nachdem das Unternehmen, welches die Maßnahme zur Gefahrenverhütung hätte durchführen müssen, für deren Durchführung Mehrkosten verlangt hatte, wären begründete Zweifel für das Bestellunternehmen vorgelegen, ob diese Maßnahmen tatsächlich vorgenommen werden. Es hätte somit eine Überprüfung durchführen müssen, die es jedoch nicht angestellt hatte, wodurch auch hier eine Verletzung der gesetzlichen Fürsorgepflicht bejaht wurde.

7. Zusammenfassung und eigene Ansicht zur hier dargestellten Judikatur

a) Die Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten nach BauKG

Hat der Bauherr einen Baustellenkoordinator bestellt, der nicht Betriebsangehöriger des Bauherrn ist und ist eine Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten erfolgt, dann würde die Haftung des Bauherrn selbst auch nur noch für Auswahlverschulden bestehen. Derselbe Grundsatz gilt, wenn anstelle des Bauherrn dessen Projektleiter im Namen des Bauherrn einen Baustellenkoordinator nominiert, der nicht Betriebsangehöriger des Bauherrn ist.

Das BauKG ist als *lex specialis* anzusehen, und führt - bei erfolgreicher Übertragung der Verantwortung zu einem Baustellenkoordinator - zu einer Besserstellung des Bauherrn, der nur noch für Auswahlverschulden gemäß § 1315 ABGB haftet (im Vergleich zur Haftung bei

¹⁸¹ Krecji in Rummel³ § 1169 Rz 5; Rebhahn in Schwimann³ § 1169 Rz 6.

¹⁸² RIS-Justiz RS0021827 = OGH 28.02.1963, 2 Ob 1/63; OGH 14.03.1963, 2 Ob 319/62; OGH 02.05.1963, 2 Ob 70/63; OGH 28.11.1963, 2 Ob 221/63; OGH 08.02.1966, 8 Ob 18/; 6OGH 09.11.1971, 8 Ob 286/71; OGH 09.03.1967, 2 Ob 58/67; OGH 17.12.1968, 8 Ob 307/68; OGH 02.10.1969, 2 Ob 184/69; OGH 13.01.1972, 2 Ob 222/71; OGH 01.02.1972, 5 Ob 269/71; OGH 12.09.1972, 8 Ob 171/72; OGH 05.12.1972, 8 Ob 224/72; OGH 27.02.1973, 8 Ob 28/73; OGH 18.04.1973, 1 Ob 43/73; OGH 25.10.1973, 2 Ob 119/73; OGH 14.01.1976, 8 Ob 262/75; OGH 18.02.1976, 8 Ob 8/76; OGH 19.01.1977, 8 Ob 198/76; OGH 09.03.1977, 8 Ob 19/77; OGH 25.05.1977, 8 Ob 69/77; OGH 07.12.1978, 2 Ob 204/78; OGH 31.01.1979, 1 Ob 522/79; OGH 02.10.1980, 8 Ob 92/80; OGH 10.02.1981, 2 Ob 215/80; OGH 27.06.1984, 3 Ob 531/84; OGH 26.05.1987, 2 Ob 60/86b; OGH 29.11.1989, 1 Ob 680/89; OGH 23.05.1990, 9 ObA 117/90; OGH 16.01.1991, 1 Ob 664/90; OGH 15.03.2001, 6 Ob 30/01g; OGH 10.07.2001, 10 Ob 38/00m; OGH 04.09.2007, 4 Ob 139/07f; OGH 24.01.2008, 2 Ob 262/07d; OGH 14.08.2008, 2 Ob 162/08z; OGH 22.07.2009, 3 Ob 88/09a; OGH 24.03.2010, 3 Ob 267/09z; OGH 17.10.2012, 3 Ob 158/12z; OGH 17.06.2013, 2 Ob 240/12a; OGH 27.08.2014, 2 Ob 36/14d.

¹⁸³ OGH 15.03.2001, 6Ob30/01g; OGH 04.09.2007, 4Ob139/07f = bbl 2008/35 = ZVR 2008,128.

Anwendung von §§ 1157, 1169 ABGB, bei der eine Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB heranzuziehen wäre), wenn eine schuldhafte Fürsorgepflichtverletzung gegenüber den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern vorliegt und daraus ein Schaden oder eine Gefahr für Leben und Gesundheit der Unternehmer oder seiner Arbeiter entsteht, die zur Werkherstellung eingesetzt wurden. Der Generalunternehmer ist hier begrifflich dem Arbeitgeber gleichzusetzen.

Grundsätzlich gilt dass, wenn nun aber einerseits ein Projektleiter und andererseits ein Baustellenkoordinator vom Bauherrn direkt bestellt wurden, kann über die gesetzliche Grundlage bestimmt werden, dass sich in dieser Konstellation mangels gesetzlicher Regelung kein „Haftungsprivileg“ für den Projektleiter ergibt.

Es kann aber auch argumentiert werden, dass der Bauherr, der einen Planungs- und Baustellenkoordinator bestellt, nicht mehr selbst die Verantwortung für die diesem in § 5 BauKG zugewiesenen Koordinierungs-, Organisations-, Überwachungs- und Informationspflichten trägt. Der Planungs- und Baustellenkoordinator hat dann diese Pflichten als eigene gesetzliche Pflichten eigenverantwortlich zu erfüllen. Den Bauherrn trifft dann auch keine Gehilfenhaftung, er haftet nur mehr für Auswahlverschulden. Dieses „Haftungsprivileg“ müsse nicht nur dem Bauherrn, sondern auch einem (beklagten) Projektleiter zugutekommen.

Bis 2007 war nicht klar ausgesprochen, wie ein Fall zu beurteilen ist, bei dem beide Positionen, der Baustellenkoordinator und der Projektleiter, die in zwei voneinander unabhängigen unterschiedlichen Unternehmen tätig sind, direkt durch den Bauherrn bestellt werden, dies vor allem im Zusammenhang mit der Frage, ob dann der Projektleiter ebenfalls nur noch für Auswahlverschulden haften würde.

Da für eine gültige Übertragung der Verpflichtungen gemäß BauKG formelle Erfordernisse und Zustimmungserklärungen gefordert werden, ist in der Praxis nach meiner Ansicht häufig nicht ausdrücklich klargestellt, ob denn überhaupt eine entsprechende Übertragung als Baustellenkoordinator (§ 2 Abs 6 und 7 BauKG) für beispielsweise ein Architektenbüro tatsächlich stattgefunden hat, oder ob dieses nicht doch nur als Projektleiter (§ 2 Abs 2 BauKG) eingesetzt worden ist, die Baustellenkoordination jedoch mangels ausdrücklicher Übertragung und Zustimmung weiterhin beim Bauherrn gelegen ist.

Aufgrund des Fehlens dieser ausdrücklichen Übertragung der Verpflichtung musste bei der Entscheidung 3Ob44/07b¹⁸⁴ bezüglich genau des Sachverhalts, den das Berufungsgericht vor Augen hatte, welches von einer Bestellung eines Dritten bzw dem Architektenbüro als Baustellenkoordinator und einer Bestellung des Generalunternehmers als Projektleiter ausgegangen ist, keine Aussage getroffen werden. In dieser Entscheidung begründet der OGH jedoch nochmals seine grundsätzlichen Erwägungen.

Es ist nach § 1 Abs 5 BauKG im Gesetz klargelegt worden, dass die, neben den Bestimmungen des BauKG, auch im ASchG geregelten Verpflichtungen der Arbeitgeber, für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeiter zu sorgen, weiterhin bestehen bleiben. Neu sei somit nach Ansicht des OGH lediglich die zusätzliche Unterstützung und Überwachungsmöglichkeit durch den Baustellenkoordinator und es ist sohin nicht davon auszugehen, dass eine Einschränkung der bisherigen gesetzlichen Haftungen durch das BauKG im Sinne des Gesetzgebers gelegen sei. Lediglich der Bauherr (oder Projektleiter in seinem Namen) kann unter den strengen formalen Erfordernissen des BauKG seine Verpflichtung zur Baustellenkoordination einem Koordinator oder Projektleiter übertragen und haftet nach Übertragung seiner schutzgesetzlichen Pflichten dann nur mehr für Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB.

Auch wenn dieser generellen Ansicht, dass über das BauKG keine Haftungseinschränkung erfolgen soll, dem Grunde nach sicher zu folgen ist, bleibt doch die oben erwähnte Tatsache bestehen, dass nach derzeitiger ständiger Rechtsprechung¹⁸⁵ und Lehre¹⁸⁶ sich der Bauherr durch die Bestellung des Baustellenkoordinators von seiner Verpflichtung gemäß § 1159 ABGB entbinden kann, somit nur mehr für Auswahlverschulden nach § 1315 ABGB (nicht mehr jedoch für die Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB) einzustehen hat¹⁸⁷.

In der Entscheidung aus dem Jahr 2008¹⁸⁸ hat der OGH dann in einem komplexen Fall über einen Arbeitsunfall, der auf einer Großbaustelle stattgefunden hat, seine Rechtsprechungslinie

¹⁸⁴ OGH 25.04.2007, 3Ob44/07b = ARD 5796/2/2007 = Zak 2007,295 = bbl 2007/165 = ecolex 2007,852 = DRdA 2008/50 = ZVR 2008,128.

¹⁸⁵ OGH 2 Ob 272/03v = SZ 2003/158 = bbl 2004, 118 = RdW 2004, 334 = DRdA 2004, 541.

¹⁸⁶ *Gartner*, Bauarbeitenkoordinationsgesetz 2005, 129; *Eggmeier-Schmolke*, Das Baustellenkoordinationsgesetz, bbl 2000, 47.

¹⁸⁷ RIS-Justiz RS0015253 = OGH 11.12.2003, 2 Ob 272/03v; OGH 03.11.2005, 6 Ob 21/04p; OGH 22.12.2005, 10 Ob 112/05a; OGH 25.04.2007, 3 Ob 44/07b; OGH 28.02.2008, 8 ObA 6/08b; OGH 14.08.2008, 2 Ob 162/08z; OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v.

¹⁸⁸ OGH 14.08.2008, 2Ob162/08z = bbl 2009/20 = ecolex 2009,309 = ZVR 2009,75.

über die Frage, das „Haftungsprivileg für Auswahlverschulden“ auch auf Dritte auszuweiten, klargestellt.

Wenngleich unstrittig war, dass definitiv kein Auswahlverschulden bei der Bestellung des Baustellenkoordinators vorlag, so waren doch alle fünf beklagten Parteien - der Bauherr, der Generalunternehmer, der Baustellenkoordinator, der Subunternehmer sowie das Unternehmen, welches die gefahrenbeseitigenden Geländer hätte anbringen müssen - für den Arbeitsunfall vom OGH als haftbar angesehen worden.

Die Übertragung der schutzgesetzlichen Verpflichtung auf den Baustellenkoordinator hat keine Auswirkung auf die Verpflichtungen, die sich aus der allgemeinen Fürsorgepflicht nach ABGB für weitere auf der Baustelle tätigen Unternehmer ergeben.

Lediglich der Bauherr haftet nur noch für Auswahlverschulden. Für Mängel jedoch, die bereits auf die Planungsphase zurückzuführen sind, bleibt die Haftung des Bauherrn weiterhin bestehen, wenn er keinen Planungskoordinator gemäß den Anforderungen des BauKG bestellt hat.

Durch das BauKG kann sich lediglich der Besteller oder Projektleiter durch rechtswirksame Bestellung von seiner Gehilfenhaftung durch Einsatz eines Baustellenkoordinators befreien, da keine Verantwortungsübertragung auf den Baustellenkoordinator generell ermöglicht wird, welche eine Haftung der übrigen Parteien vermindern könnte.

Auch wenn vom Bauherrn ein Baustellenkoordinator bestellt worden sei, kann sich beispielsweise ein beklagter Generalunternehmer nicht allein auf diesen verlassen. Die Verpflichtungen nach dem BauKG seien grundsätzlich dem Bauherrn auferlegt, ohne dass dadurch die einzelnen Professionisten (als Arbeitgeber) von ihren eigenen Sicherheitsverpflichtungen entbunden würden. Die Bestellung eines Baustellenkoordinators durch den Bauherrn befreit die eventuell andere beklagte Partei nicht von ihrer Haftung infolge der Verletzung vertraglicher Schutzpflichten gegenüber dem Kläger¹⁸⁹.

Auch wenn, nach meiner Sicht, eine Privatperson als Bauherr mit diesen Aufgaben der Überwachung der Arbeitssicherheit auf einer Baustelle durchaus überfordert sein kann, so ist diese starke Einbindung des Bauherrn in diese Aufgaben dennoch zu befürworten, da damit die Wichtigkeit der Arbeitssicherheit nochmals unterstrichen wurde und man sich gesetzlich

¹⁸⁹ OGH 25.04.2007, 3Ob44/07b = ARD 5796/2/2007 = Zak 2007,295 = bbl 2007/165 = ecollex 2007,852 = DRdA 2008/50 = ZVR 2008,128.

nicht mehr lediglich auf die Fürsorgepflicht zu berufen hat, sondern die Aufgaben nun auch gesetzlich in einen Rahmen entsprechend eingebunden und beschrieben wurden.

Dass aus dem Erlass des BauKG den Professionisten eine Haftungserleichterung gewährt werden soll, ist nicht zu erwarten, sodass daher die hier beschriebene restriktive Rechtsprechungslinie des OGH zu befürworten ist, der sehr genau prüft, ob, wann und in welchem Sinne eine Übertragung der Baustellenkoordination stattgefunden hat und der nur unter dem engen Rahmen des BauKG eine mögliche gesetzliche Übertragung der schutzgesetzlichen Verpflichtungen bejaht.

b) Sonstiges Mitverschulden des Bauherrn aus Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB

Die Rechtsprechung, nach der eine Haftung des Bauherrn lediglich für Auswahlverschulden besteht, stellt nach meiner Ansicht lediglich auf die schadenersatzrechtlichen Fälle unter Anwendung des Baustellenkoordinationsgesetzes ab, und damit auf Fälle im Zusammenhang mit Sicherheit, Gesundheit und Arbeitsunfällen auf einer Baustelle.

Geht es hingegen um Haftungsfragen, die sich aus Schäden wegen Koordinierungsfehler bei Erfüllung des Werkes beim Bauherrn oder dem Unternehmer ergeben, so werden diese durch das BauKG meiner Meinung nach nicht geregelt. Für diese Koordinierungspflichten, um Mängel bei der Vertragserfüllung und daraus resultierende Schäden zu vermeiden, stellt sich das BauKG daher auch nicht als *lex specialis* dar.

In der Entscheidung 7Ob211/09v wurde in der rechtlichen Begründung dargestellt, dass hier zwei Judikaturlinien derzeit nebeneinander bestehen würden. Dies trifft demnach auch mit der sachlichen Begründung zu, dass das BauKG, welches als *lex specialis* eintritt, nur Schäden infolge mangelnder Arbeitssicherheit wegen mangelnder Koordinierung regelt. Es gibt jedoch keinen sachlichen Anhaltspunkt, diese Regelung auch für Fälle anzuwenden, die mit der Koordinierung im Zusammenhang von Arbeitssicherheit auf der Baustelle keinen Zusammenhang haben.

Nach meiner Meinung ist daher, wenn man von einer vertraglichen Übernahme der Verpflichtung des Bauherrn zur Koordinierung ausgehen kann, hier eine klare Trennung zu treffen: Zum einen Koordinierungsfehler, die keine Arbeitssicherheitsthemen betreffen und

zum anderen Koordinierungsfehler, die im Zusammenhang mit Arbeitssicherheit stehen und damit in den Anwendungsbereich des BauKG fallen.

Für die nicht im BauKG geregelten Fälle, wenn man von einer bestehenden vertraglichen Nebenverpflichtung des Bauherrn zur Baustellenkoordination ausgeht und dieser seine Aufgaben daraus einem Architekten oder Generalunternehmer übertragen hat, so kommt aus meiner Sicht für Sachschäden, die aus mangelnder Koordination entstanden sind, dennoch ein Mitverschulden des Bauherrn aufgrund einer Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB zur Anwendung.

Besteht eine solche Koordinierungspflicht und überträgt der Besteller diese zum Beispiel einem Architekten und entsteht aus mangelnder Baustellenkoordination ein Schaden am Projekt, den der Bauherr nun bei seinen Werkunternehmern einklagt, so hat er nach § 1313a ABGB sich das Gehilfenverschulden als Mitverschulden im Sinne des § 1304 ABGB anrechnen zu lassen, weil er dem Werkunternehmer gegenüber seine Obliegenheit der sachgerechten Gesamtplanung verletzt hat.

Handelt es sich hingegen um Koordinierungsfehler im Zusammenhang mit Arbeitssicherheitsfragen, kann unter den eng auszulegenden Fällen, die im BauKG geregelt sind, eine Übertragung der schutzgesetzlichen Verpflichtung vom Bauherrn an den Projektleiter oder Baustellenkoordinator stattgefunden haben, sodass der Bauherr nur noch für Auswahlverschulden und nach § 1315 ABGB einzustehen hat.

J) Exkurs: Bauordnungen als Schutzgesetze gemäß § 1311 ABGB

1. Einleitung

Gemäß § 1311 ABGB haftet auch für zufällige Beschädigungen, wer ein Gesetz übertreten hat, welches diesen Beschädigungen vorzubeugen sucht. Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinn, sondern jede Rechtsvorschrift, die inhaltlich einen Schutzzweck verfolgt¹⁹⁰.

Es können daher auch Verordnungen als Schutzgesetze eingeordnet werden, sofern ihr Zweck darauf gerichtet ist, ein abstrakt gefährliches Verhalten zu verbieten, um dadurch bestimmte Kreise von Personen vor Verletzung ihrer Güter zu bewahren. Schutzgesetze sind unter anderem auch die Bestimmungen der Bauordnungen¹⁹¹.

Um festzustellen, welche Personen vor welchen Schäden geschützt werden, muss immer der Schutzzweck der übertretenen öffentlich-rechtlichen Norm ermittelt werden. Die Norm muss nach der ständigen Rechtsprechung des OGH gerade auch den Zweck haben, den Geschädigten vor den eingetretenen Nachteilen zu schützen¹⁹².

Die Ersatzpflicht setzt einen Rechtswidrigkeitszusammenhang voraus. Es müssen demnach gerade solche Schäden eingetreten sein, welche die übertretene Norm verhindern wollte¹⁹³. Die generelle Begrenzung der Schadenszurechnung nach dem Normzweck ergibt sich ganz allgemein daraus, dass bei der Auslegung von Normen teleologisch vorzugehen ist.

Bei der Erwägung, welche Schadensfolgen dem Haftenden noch zuzurechnen sind, muss deshalb stets untersucht werden, aus welchen Gründen die Norm, welche die Haftpflicht

¹⁹⁰ RIS-Justiz RS0027415 = OGH 17.04.1969, 2 Ob 393/68; OGH 26.08.1971, 1 Ob 208/71; OGH 10.05.1972, 7 Ob 115/72; OGH 07.06.1972, 1 Ob 107/72; OGH 30.11.1977, 1 Ob 13/77; OGH 22.06.1978, 6 Ob 651/78; OGH 27.09.1978, 8 Ob 133/78; OGH 02.07.1979, 8 Ob 139/79; OGH 24.11.1983, 8 Ob 135/83; OGH 22.11.1984, 7 Ob 679/84; OGH 28.05.1986, 1 Ob 17/86; OGH 19.06.1986, 7 Ob 14/86; OGH 22.08.1996, 1 Ob 2047/96b; OGH 14.09.1999, 4 Ob 216/99i; OGH 19.12.2000, 1 Ob 178/00h; OGH 28.01.2002, 2 Ob 310/01d; OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 18.03.2004, 2 Ob 187/02t; OGH 18.05.2004, 10 Ob 237/02d; OGH 24.06.2005, 1 Ob 127/04i; OGH 29.10.2009, 2 Ob 157/09s; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g; OGH 07.10.2010, 2 Ob 156/10w; OGH 16.06.2011, 6 Ob 100/11s; OGH 22.06.2011, 2 Ob 112/10z; OGH 28.03.2014, 2 Ob 213/13g; OGH 09.07.2014, 2 Ob 212/13k.

¹⁹¹ Reischauer in *Rummel*³ § 1311 Rz 4; OGH 15.03.1961, 6 Ob 457/60.

¹⁹² OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g; OGH 12.08.2004, 1 Ob 233/03a = immolex-LS 2004/1 = RZ 2004/31,286 = SZ 2004/119 = ARD 5561/14/05 = RdW 2005,89 = bbl 2005,37 = immolex 2005,59 = ecolex 2005,110 = ZVR 2005,92.

¹⁹³ Reischauer in *Rummel*³ § 1311 Rz 10; SZ 61/43; SZ 62/73.

anordnet, aufgestellt wurde und welche Schäden nach dem Zweck des Gesetzes von der Ersatzpflicht noch erfasst werden sollen¹⁹⁴.

Die Frage, ob und vor welcher Art von Schäden der Bauherr durch Erteilung der Baubewilligung geschützt werden soll, kann nicht generell beantwortet, sondern muss im Einzelfall normbezogen und fallbezogen geprüft werden¹⁹⁵.

Öffentlich-rechtliche Bestimmungen beispielsweise, die dem Bauherrn die Bestellung eines der Baubehörde gegenüber verantwortlichen Bauführers auftragen, bezwecken den Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren der Bauführung sowie den Schutz vor Gefahren, die von einem nicht fachgerecht errichteten Bauwerk ausgehen. Sich im Vermögen des Bauherrn ereignende bloße "Mangelschäden" hingegen fallen nicht in den Schutzbereich¹⁹⁶.

Das Baubewilligungsverfahren soll die durch Bauten möglicherweise hervorgerufenen Gefahren für das Leben, die Gesundheit und das Eigentum abwenden¹⁹⁷.

Wird ein Schutzgesetz übertreten, welches zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, so besteht keine Notwendigkeit mehr, die Unfallkausalität mit voller Strenge nachzuweisen. Vielmehr haftet derjenige, der das Schutzgesetz übertreten hat, für jenen Schaden, dem das Schutzgesetz vorzubeugen sucht. Die Haftung wird in den Fällen des § 1311 ABGB jedoch weiterhin eingeschränkt, da sie auf jeden Fall entfällt, wenn der Schaden, wenngleich auf anderem Wege und in anderer Weise, auch sonst eingetreten wäre. Die Beweispflicht dafür, dass der Schaden auch ohne das rechtswidrige Verhalten eingetreten wäre, obliegt dem Schädiger¹⁹⁸.

Den Geschädigten trifft somit die volle Beweislast für die Verletzung des Schutzgesetzes und den Schadenseintritt. Es ist Sache des Schädigers, die Handlungskausalität oder die Kausalität des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ernsthaft in Zweifel zu ziehen¹⁹⁹.

Im Zusammenhang mit der Verletzung baurechtlicher Normen hat der OGH²⁰⁰ demnach ausgesprochen, dass in den Schutzbereich der baurechtlichen Bestimmungen, die unter

¹⁹⁴ OGH 30.04.1996, 4 Ob 2079/96f.

¹⁹⁵ OGH 16.09.2008, 1 Ob 64/08f = SZ 2008/130.

¹⁹⁶ RIS-Justiz RS0117106 = OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g.

¹⁹⁷ RIS-Justiz RS0087627 = OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95; OGH 10.06.2008, 1 Ob 243/07b; OGH 16.09.2008, 1 Ob 64/08f; OGH 16.12.2008, 1 Ob 200/07d; OGH 09.03.2010, 1 Ob 120/09t.

¹⁹⁸ RIS-Justiz RS0027640; OGH 07.02.1957, 7 Ob 648/56.

¹⁹⁹ OGH 15.07.1981, 1 Ob 35/80 = EuGRZ 1981,573 = SZ 54/108 = JBl 1982,259.

anderem im öffentlichen Interesse die Standfestigkeit von Bauwerken sichern sollen, jedermann fällt, dem aus der bauordnungswidrigen Errichtung typischerweise Gefahren drohen.

2. Konsequenzen aus der Einordnung als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB

Auch wenn die Einordnung als Schutzgesetz nach § 1311 ABGB generell für Bauordnungen bejaht wird, so muss, um festzustellen, welche Personen vor welchen Schäden geschützt werden, immer der Schutzzweck der übertretenen öffentlich-rechtlichen Norm ermittelt werden²⁰¹. Die generelle Begrenzung der Schadenszurechnung durch den Normzweck ergibt sich ganz allgemein aus der teleologischen Interpretationsmethode²⁰².

Im Zusammenhang mit der Einordnung der Bauordnungen als Schutzgesetze wurden für unterschiedliche Themenbereiche in den OGH-Entscheidungen Grundsätze aufgestellt, die im Folgenden zusammengefasst dargestellt werden.

a) In Bezug auf Körperverletzung eines Dienstnehmers

Generell ist mit Bezug auf Gefahren, welche durch raumordnungsrechtliche Vorschriften für die Gesundheit ausgehen können, jeder geschützt, der sich auf der betroffenen Liegenschaft aufhält. Ein Verschulden kann bei raumordnungsrechtlichen Vorschriften durch die Organe des Erstausstellers des Bescheides bzw einer Verordnung jedenfalls auch durch Unterlassung von gebotenen Nachforschungen gegeben sein²⁰³.

b) In Bezug auf die Verantwortung des Bauführers

Die Verantwortung des Bauführers wird durch die Baubewilligung, durch die Nichtuntersagung der Bauausführung und durch die baubehördliche Überprüfung nicht eingeschränkt. Sie besteht nicht nur gegenüber der Baubehörde und die zivilrechtliche

²⁰⁰ OGH 16.04.1980, 1 Ob 9/80 = SZ 53&61 = EvBl 1981/4 S 16; OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95 = SZ 68/156; OGH 10.06.2008, 1 Ob 243/07b.

²⁰¹ RIS-Justiz RS0008775; OGH 27.09.1978, 8 Ob 133/78.

²⁰² *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/21; *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung 340, 346.

²⁰³ OGH 9. 3. 2010, 1 Ob 120/09t = SZ 2010/20.

Haftung des Bauführers bleibt von den öffentlich-rechtlichen Vorschriften unberührt²⁰⁴. Im Besonderen muss sich dieser Schutz auf die Bewohner und sonstigen Benutzer des Bauwerkes sowie auf jene Personen erstrecken, die im Zusammenhang mit der Bauausführung besonderen Gefahren ausgesetzt sind.

Die in der Bauordnung enthaltenen Schutzvorschriften verfolgen einen bestimmten Schutzzweck, nämlich die Hintanhaltung von Schädigungen oder Gefährdungen. Die Verpflichtung, einen Bauführer zu bestellen, hat den Zweck, die Ausführung bzw Leistung gewisser Facharbeiten nur durch speziell ausgebildete Professionisten zu gestatten, um Schädigungen durch mangelndes Eigenwissen des Bauwerbers zu vermeiden²⁰⁵.

c) In Bezug auf "keine Einholung der Baubewilligung"

Ein Besteller, der es unterlässt, für ein baubewilligungspflichtiges Werk eine Baubewilligung einzuholen, verletzt eine Schutzvorschrift im Sinne des § 1311 ABGB. Der Schutzzweck hier ist die Abhaltung von Schädigungen oder Gefährdungen. Hat sich der Besteller eines Fachmannes bedient, so kann der Rechtswidrigkeitszusammenhang unterbrochen sein, da es nicht im Schutzzweck der Norm liegt, die mängelfreie Vertragserfüllung zu sichern²⁰⁶.

Hat ein Bauherr zwar keine behördliche Bewilligung erwirkt und keinen Bauführer namhaft gemacht, sich jedoch zur Werkserstellung eines Fachunternehmens bedient, so ist weiter zu prüfen, ob ein Rechtswidrigkeitszusammenhang besteht. Auch wenn einem Bauherrn die Verletzung eines Schutzgesetzes mangels baubehördlicher Genehmigung vorzuwerfen ist, so ist eine weitere Voraussetzung für eine "Ersatzpflicht" immer der Rechtswidrigkeitszusammenhang, dh es müssen Schäden eingetreten sein, welche die übertretene Norm verhindern wollte.

²⁰⁴ OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s = ÖJZ-LSK 2003/50 = bbl 2003,84 = EvBl 2003,264 = RdW 2003,261 = JBl 2003,376 = SZ 2002/158.

²⁰⁵ OGH 07.10.2010, 2 Ob 156/10w = Zak 2010,417 = ZVR 2011,75.

²⁰⁶ OGH 25.05.2004, 5Ob8/04v.

d) In Bezug auf Mangelschäden aufgrund falschen Materials

Öffentlich-rechtliche Vorschriften dienen nicht dem Schutz vor Schäden im Vermögen oder Eigentum des Bauherrn durch Verwendung ungeeigneten oder mangelhaften Baumaterials bzw unrichtiger Materialempfehlungen eines Baustoffhändlers²⁰⁷.

Die Bauordnung bezweckt primär den Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten ausgelöste Schäden. Auch bei weiter Auslegung ergibt sich jedoch kein Schutzzweck dahingehend, dass damit die mängelfreie Vertragserfüllung zu sichern ist²⁰⁸.

e) Bedeutung im Zusammenhang mit Erfüllungsgehilfenhaftung

Ein vertraglicher Durchgriff des Bauherrn auf von seinem Vertragspartner verpflichtete Erfüllungsgehilfen ist gemäß OGH generell abzulehnen. Der Bauherr ist gegenüber den mit ihm in keinem Vertragsverhältnis stehenden Erfüllungsgehilfen des Vertragspartners nur auf allgemeine deliktische Schadenersatzansprüche zu verweisen²⁰⁹.

Der Erfüllungsgehilfe haftet jedoch dann (mit dem vertraglich gebundenen Geschäftsherrn solidarisch), wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses, in das er nicht einbezogen war, rechtswidrig und schuldhaft war²¹⁰.

Ein Verhalten eines Gehilfen wird somit dann zum Delikt, wenn unabhängig von einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung geltende allgemeine oder in konkreten Schutzgesetzen enthaltene Verhaltensnormen verletzt werden²¹¹. Die Rechtswidrigkeit kann nur aufgrund einer umfassenden Interessensabwägung festgestellt werden²¹².

²⁰⁷ RIS-Justiz RS0117106 = OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g.

²⁰⁸ RIS-Justiz RS 0119032 = OGH 25.05.2004, 5 Ob 8/04v; OGH 07.10.2010, 2 Ob 156/10w; OGH 27.02.2014, 1 Ob 200/13p.

²⁰⁹ OGH 09.11.1989, 7 Ob 672/89 = JBl 1990,376 = SZ 62/173; OGH 07.04.1992, 4 Ob 524/92 = ZVR 1992/177 S 374 = SZ 65/52; OGH 26.11.1992, 1 Ob 601/92 = EvBl 1993/119; OGH 29.03.1994, 1 Ob 599/93 = SZ 67/54 = ÖBA 1994,558 = EvBl 1994/137 S 663 ; OGH 24.06.1997, 1 Ob 2406/96x; OGH 26.06.1997, 8 Ob 75/97f; OGH 26.03.1997, 3 Ob 71/97f.

²¹⁰ OGH 18.12.1991, 1 Ob 39/91 = JBl 1992, 323; *Reischauer in Rummel*³ § 1313 a Rz 14; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht² II 349 f.

²¹¹ OGH 07.04.1992, 4 Ob 524/92 = ZVR 1992/177 S 374 = SZ 65/52; OGH 24.06.1997, 1 Ob 2406/96x.

²¹² OGH 07.04.1992, 4 Ob 524/92 = ZVR 1992/177 S 374 = SZ 65/52.

3. Schutzzweck der Norm in Abgrenzung zur sogenannten Reflexwirkung

Eine sogenannte Reflexwirkung liegt vor, wenn ein Schaden eingetreten ist, der zwar bei Einhaltung der Vorschriften abgewendet worden wäre, jedoch wird dieser eingetretene Schaden nicht vom Schutzzweck der Norm umfasst, und damit der Rechtswidrigkeitszusammenhang zwischen Einhaltung der Norm und Schadensabwendung verneint.

Daraus folgt, dass auch, wenn beispielsweise durch Bauordnungen Schäden hätten abgewendet werden können, es sich um eine bloße sogenannte Reflexwirkung handeln kann, die über den Schutzzweck der Norm hinausgeht, womit der Rechtswidrigkeitszusammenhang unterbrochen ist.

Über diese sogenannte Reflexwirkung im Zusammenhang mit raumordnungsrechtlichen Vorschriften wurden bereits in mehreren OGH Entscheidungen Aussagen getroffen, aus denen die folgenden Gruppierungen abgeleitet werden können.

a) Im Zusammenhang mit reinen Vermögensschäden

Reine Vermögensschäden sind im Bereich der außervertraglichen Haftung nur unter besonderen Voraussetzungen ersatzfähig. Diese Voraussetzungen sind insbesondere bei der Verletzung von Schutzgesetzen, die gerade Vermögensschäden verhindern sollen, oder bei vorsätzlich sittenwidrigem Verhalten gegeben²¹³.

Im Zusammenhang mit baupolizeilichen Normen wird das Vermögen des Bauherrn nur im Ausnahmefall als Schutzobjekt der Bestimmungen zu sehen sein, sodass ein reiner Vermögensnachteil des Bauherrn nur selten aufgrund einer Schutzgesetzverletzung nach §1311 ABGB ersetzbar sein wird.

²¹³ RIS-Justiz RS0022462 = OGH 12.06.1979, 2 Ob 193/78; OGH 21.12.1983, 8 Ob 78/83; OGH 19.01.1984, 8 Ob 40/83; OGH 12.04.1984, 8 Ob 532/83; OGH 19.06.1985, 8 Ob 20/85; OGH 19.03.1986, 8 Ob 647/85; OGH 23.04.1986, 1 Ob 549/86; OGH 26.06.1986, 7 Ob 598/86; OGH 08.07.1987, 8 Ob 514/87; OGH 11.11.1987, 3 Ob 513/87; OGH 18.05.1988, 3 Ob 45/88; OGH 07.09.1988, 3 Ob 519/88; OGH 20.12.1988, 2 Ob 151/88; OGH 30.03.1989, 8 Ob 1511/89; OGH 22.03.1990, 7 Ob 540/90; OGH 03.10.1990, 1 Ob 44/89; OGH 20.05.1992, 1 Ob 562/92; OGH 15.12.1993, 3 Ob 556/92; OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94; OGH 22.11.1995, 1 Ob 43/95; OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95; OGH 26.02.1997, 7 Ob 47/97f; OGH 15.07.1997, 1 Ob 77/97y; OGH 19.01.1999, 1 Ob 231/98x; OGH 25.03.1999, 6 Ob 201/98x; OGH 22.10.1999, 1 Ob 54/99v; OGH 11.11.1999, 6 Ob 198/99g; OGH 26.11.2002, 10 Ob 92/02f; OGH 02.10.2003, 6 Ob 40/03f; OGH 25.02.2004, 3 Ob 25/03b; OGH 11.08.2005, 4 Ob 76/05p; OGH 03.11.2005, 6 Ob 190/04s; OGH 01.12.2005, 6 Ob 163/05x; OGH 15.12.2009, 5 Ob 171/09x; OGH 19.01.2010, 5 Ob 247/09y; OGH 23.02.2011, 1 Ob 210/10d; OGH 17.10.2012, 7 Ob 48/12b; OGH 13.12.2012, 1 Ob 208/12p; OGH 24.01.2013, 2 Ob 6/13s; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 22.10.2014, 3 Ob 102/14t.

Greift ein Schädiger jedoch in ein absolut geschütztes Recht - wie das Eigentum - ein, so sind auch die weiteren darauf zurückzuführenden Vermögensnachteile ersatzpflichtig. In diesem Sinne sind daher auch die geltend gemachten Vermögensschäden ersatzpflichtig²¹⁴.

b) In Bezug auf Mangelschäden aufgrund falschen Materials

Öffentlich-rechtliche Vorschriften dienen nicht dem Schutz vor Schäden im Vermögen oder Eigentum des Bauherrn durch Verwendung ungeeigneten oder mangelhaften Baumaterials bzw. unrichtiger Materialempfehlungen beispielsweise eines Baustoffhändlers. Die Vermeidung dieser Schäden stellt sich bloß als Reflexwirkung dar, ohne dass das Vermögen des Bauherrn deshalb schon selbst Schutzobjekt dieser Bestimmungen wäre²¹⁵.

c) In Bezug auf Schutz des Bauherrn

Bauordnungen bezwecken den Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren der Bauführung sowie jenen, die von einem nicht fachgerecht errichteten Bauwerk ausgehen. Sich im Vermögen des Bauherrn ereignende bloße "Mangelschäden" fallen nicht in den Schutzbereich²¹⁶. Insoweit könnte allenfalls eine bloße Reflexwirkung baupolizeilicher Normen vorliegen, deren Einhaltung den Bauherrn auch vor der nicht fachgerechten Bauausführung und damit vor Vermögensschäden bewahren kann²¹⁷.

Die Frage, vor welcher Art von Schäden der Bauherr durch Erteilung der Baubewilligung geschützt werden soll, kann nicht generell beantwortet werden, sondern muss im Einzelfall normbezogen und fallbezogen geprüft werden²¹⁸.

²¹⁴ OGH 18.12.1991, 1 Ob 39/91 = JBl 1992,133.

²¹⁵ OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s = SZ 2002/158.

²¹⁶ RIS-Justiz RS0117106 = OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g.

²¹⁷ RIS-Justiz RS0120354 = OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g.

²¹⁸ OGH 16.09.2008, 1 Ob 64/08f = SZ 2008/130.

4. Judikatur zur Einteilung der Bauordnungen als Schutzgesetze

OGH 08.07.1998, 90b69/98g

In dieser Entscheidung wurden über die Schutzgesetzverletzung und die Möglichkeit des Ersatzes von Vermögensschäden grundlegende Aussagen getroffen. Im zugrundeliegenden Sachverhalt waren bei Umbauarbeiten im Zuge einer umfangreichen Hausrenovierung durch Grabungsarbeiten am Gebäude derartige Schäden entstanden, dass ein Abrissbescheid erlassen werden musste.

Die Hauseigentümer als Bauherren und klagende Partei haben nun sämtliche an den Umbauarbeiten beteiligten Unternehmen auf Ersatz der im Zuge der Umbauarbeiten entstandenen Schäden sowie frustrierte Aufwendungen für Tätigkeiten, die mit dem Abbruch wertlos wurden, geklagt.

Die Firma, welche bei den Ausgrabungsarbeiten das Fundament des Gebäudes derart beschädigt hatte, war als Erfüllungsgehilfe des Generalunternehmers tätig, sodass zwischen Werkbesteller und Schädiger kein direktes Vertragsverhältnis bestanden hatte.

Zuerst wurde vom OGH klargestellt, dass ein direkter vertraglicher Durchgriff eines Bauherrn auf die von seinem Vertragspartner vertraglich verpflichteten Erfüllungsgehilfen nicht zulässig sei. In Bezug auf den nicht in einem Vertragsverhältnis zu ihm stehenden Erfüllungsgehilfen kann sich der Bauherr demnach allenfalls auf allgemeine deliktische Schadenersatzansprüche beziehen.

Zum Delikt wird ein Verhalten eines Gehilfen unter anderem dann, wenn er - unabhängig von einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung - geltende allgemeine oder in konkreten Schutzgesetzen enthaltene Verhaltensnormen verletzt²¹⁹.

Aufgrund der gegen allgemeine Verkehrssicherungspflichten verstoßenden, wegen Kenntnis des Fehlens der nötigen Hausfundamente unsachgemäßen, Grabungs- und Sicherungsarbeiten, ist das Eigentum des Hauseigners derart beeinträchtigt worden, und sind Schäden entstanden, die zum Abbruch des Hauses führten. Diese Vorgehensweise wurde als grob fahrlässig eingestuft, sodass aufgrund des Verstoßes gegen die allgemeinen Verkehrssicherungspflichten eine Haftung ex delicto des Unternehmens, welches diese Arbeiten angeordnet hatte, anerkannt wurde.

²¹⁹ OGH 07.04.1992, 4 Ob 524/92 = SZ 65/52; OGH 24.06.1997, 1 Ob 2406/96x.

Die daraus entstandenen und eingeklagten (reinen) Vermögensschäden, wie die Kosten für einen Sachverständigen und Architekten sowie frustrierte Aufwendungen für Tätigkeiten, die mit dem Abbruch wertlos wurden, sind als Folge des rechtswidrigen Eingriffes in das absolute Recht des Eigentums anerkannt worden. Der OGH führte dabei aus, dass Schädiger, die in absolut geschützte Rechte, wie das Eigentum, rechtswidrig eingreifen, auch für die weiteren darauf zurückzuführenden Vermögensnachteile ersatzpflichtig sind.

Lediglich das die Grabungsarbeiten durchführende Unternehmen selbst, das als Erfüllungsgehilfe des Generalunternehmers und über Anordnung des mit der Bauaufsicht beauftragten Unternehmens tätig war, hatte nach Ansicht des OGH keine Verhaltensnorm verletzt. Eine Haftung zu dem ihr gegenüber nicht in vertraglicher Beziehung stehenden Bauherrn kommt daher nur im Rahmen des § 1315 ABGB in Frage, sofern der Schaden durch eine untüchtige oder wissentlich gefährliche Person verursacht wurde. Die Beweislast für die habituelle Untüchtigkeit trifft den Kläger.

Das unsachgemäße, über Weisung eines anderen Unternehmens erfolgte Vorgehen bei den Arbeiten indiziert die Untüchtigkeit im Sinne des § 1315 ABGB jedoch nach Ansicht des OGH nicht. Somit wurde gegenüber diesem Unternehmen kein Schadenersatzanspruch des Eigentümers des Hauses zuerkannt.

OGH 26.11.2002, 10b253/02s

Im Sachverhalt, der zu diesem Rechtsstreit²²⁰ führte, wurden von einem Bauherrn ohne Beziehung eines Bauführers oder eines sonstigen Fachunternehmens Bodenplatten verlegt, die aus einem ungeeigneten Material hergestellt waren. Das Material bekam Risse, wodurch Wasser in den darunterliegenden Keller eindrang und einen erheblichen Schaden verursachte. Der Baustoffhändler hatte dem Bauherrn den Rat gegeben, dieses letztlich nicht taugliche Material zu verwenden und er war vom Bauherrn darüber aufgeklärt worden, dass dieser die Arbeiten ohne Beziehung eines Fachunternehmers selbst durchführen wollte.

Der Bauherr als Kläger verlangte nun Ersatz für die am Bauwerk entstandenen Schäden vom Fachhändler, der ihm das für diese Bauarbeiten ungeeignete Material verkauft hatte.

Sowohl das Erstgericht als auch das Berufungsgericht sahen eine Beratungspflicht des Baustoffhändlers als gegeben an, die dieser dadurch verletzt hatte, dass er auf mögliche Schädigungen und Gefahren nicht ausreichend hingewiesen hätte. Der Baustoffhändler sei in

²²⁰ OGH 26.11.2002, 1 Ob 232/05s = ÖJZ-LSK 2003/50 = bbl 2003,84 = EvBl 2003, 264 = RdW 2003,261 = JBl 2003, 376 = SZ 2002/158.

dieser Eigenschaft auch als Berater aufgetreten. Der Bauherr habe erwarten können, dass er geeignetes Material zur Verlegung der Bodenplatten angeboten erhalten hätte.

Das Berufungsgericht nahm jedoch ein Mitverschulden des Bauherrn ebenfalls als gegeben an, da dieser keinen gesetzlich vorgeschriebenen Bauführer beigezogen hätte. Die Bauordnung als Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB würde auch den Schutz der Allgemeinheit vor den, durch die nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten, ausgelösten Schäden bezwecken.

Da nach Ansicht des Berufungsgerichtes der Schutzzweck der Bauordnung auch die Verhinderung von Schädigungen durch mangelndes Eigenwissen des Bauherrn umfassen würde, würde der hier eingetretene Schaden in den Schutzbereich der Norm fallen. Dem Bauherrn sei es nicht gelungen zu beweisen, dass der Schaden gleichfalls eingetreten wäre, wenn er einen verantwortlichen Bauführer bestellt hätte. Da der Bauherr keinen Bauführer bestellt hatte, wurde ihm, aufgrund seines gleichzeitigen Mitverschuldens, daher vom Berufungsgericht nur Anspruch auf Ersatz der Hälfte der Sanierungskosten zugesprochen.

Der OGH ging ausführlich auf die Frage ein, welche Gefahren vom Schutzzweck öffentlich-rechtlicher Bestimmungen umfasst sind, die den Bauherrn zur Beiziehung eines Bauführers verpflichten. Es wird betont, dass öffentlich-rechtliche Bauvorschriften in erster Linie den Schutz der Allgemeinheit vor Schäden, die durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten entstehen können, bezwecken sollen.

Im Besonderen muss sich dieser Schutz demnach auf die Bewohner und sonstigen Benutzer des Bauwerkes sowie auf jene Personen erstrecken, die im Zusammenhang mit der Bauausführung besonderen Gefahren ausgesetzt sind.

Der Schutzzweck derartiger Vorschriften erstreckt sich somit jedenfalls auf die Verhinderung von Körper- und Sachschäden, die in den Einwirkungsbereich des Bauwerkes gelangende Personen aufgrund einer fehlerhaften Bauausführung beziehungsweise von unzureichenden Sicherungsmaßnahmen erleiden können.

Nicht umfasst ist jedoch die Verhinderung von Schäden, die im Vermögen oder Eigentum des Bauherrn selbst durch Verwendung ungeeigneten oder mangelhaften Baumaterials entstanden sind. Auch aus der gesetzlichen Anordnung der hier anwendbaren Bauordnung dahingehend, dass die Verantwortlichkeit des Bauführers nur gegenüber der Baubehörde besteht, kann abgeleitet werden, dass es nicht die Aufgabe eines Bauführers ist, allein im Interesse des

Bauherrn die für das Bauvorhaben bestimmten Lieferungen und Leistungen Dritter auf ihre Tauglichkeit zu prüfen, sofern die daraus allenfalls resultierende Mangelhaftigkeit eines Bauwerkes nicht zu einer weitergehenden Gefährdung der Allgemeinheit führt.

Mag demnach die Bestellung eines Bauführers den Bauherrn auch vor der nicht fachgerechten Bauausführung und damit vor Vermögensschäden, wie den hier ins Treffen geführten Mangelschaden bewahren können, sodass damit zugleich auch seinen Interessen Rechnung getragen wird, so handelt es sich dabei doch nur um eine Reflexwirkung baupolizeilicher Normen, ohne dass das Vermögen des Bauherrn deshalb schon selbst Schutzobjekt dieser Bestimmungen wäre.

Daraus allein, dass Interessen eines Dritten berührt werden, ihm zugute kommen und ihm damit als Reflexwirkung pflichtgemäßen Handelns einen Vorteil verschaffen, lässt sich noch nicht auf das Vorliegen einer Verpflichtung gerade diesem Dritten gegenüber schließen²²¹.

Es wurde daher vom OGH kein Mitverschulden des Bauherrn gesehen, sodass es auch zu keiner Schadensteilung im Zusammenhang mit den Sanierungskosten aufgrund des mangelhaften Materials kam und der Unternehmer, der das mangelhafte Material verkauft hatte, somit die gesamten Sanierungskosten dem Bauherrn ersetzen musste.

OGH 25.05.2004, 50b8/04v

Auch in dieser E war die Frage des allfälligen Mitverschuldens eines Bauherrn zu prüfen, welcher Änderungen bei seiner Heizungsanlage durch einen dazu befugten Gewerbsmann durchführen ließ, ohne die in der anzuwendenden Bauordnung dafür vorgesehene Baubewilligung einzuholen und ohne einen, ebenfalls in der Bauordnung verpflichtend vorgeschriebenen, Bauführer beizuziehen.

Entsprechend der hier anwendbaren Bauordnung ist der Bauführer für die fachtechnische, bewilligungsgemäße und den Bauvorschriften entsprechende Ausführung der gesamten baulichen Anlage verantwortlich.

Bei den Bauarbeiten wurde vom Werkunternehmer eine Ölleitung abgeschnitten, aber nicht verschlossen, wodurch Öl austrat. Da der Bauherr jedoch weder eine Baubewilligung einholte noch einen Bauführer einsetzte, wurde vom Werkunternehmer ein Mitverschulden des Bauherrn gemäß § 1304 ABGB eingewendet.

²²¹ OGH 11.03.1994, 1 Ob 40/93 = SZ 67/39; OGH 08.10.2002, 1 Ob 313/01p = SZ 2002/12.

Der OGH hat in den Unterlassungen des Bauherrn eine Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB bejaht. Die in der Bauordnung enthaltenen Schutzgesetze verfolgen aber einen bestimmten Schutzzweck, nämlich die Vermeidung von Schädigungen oder Gefährdungen der Allgemeinheit. Die Verpflichtung einen Bauführer zu bestellen hat den Zweck, die Ausführung und Leistung gewisser Facharbeiten nur durch speziell ausgebildete Professionisten zu gestatten, um Schädigungen durch mangelndes Eigenwissen des Bauwerbers zu verhindern²²².

Voraussetzung für eine Ersatzpflicht aufgrund einer Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB ist jedoch immer der Rechtswidrigkeitszusammenhang, das heißt, es müssen Schäden eingetreten sein, welche die übertretene Norm verhindern wollte²²³.

Auch bei weiterer Auslegung ergibt sich jedoch kein Schutzzweck, wonach ein Auftragnehmer gegen eine mangelhafte Vertragserfüllung geschützt werden sollte, wodurch der Rechtswidrigkeitszusammenhang unterbrochen ist.

Der Werkbesteller hat zwar nicht die behördliche Bewilligung erwirkt und den Bauführer namhaft gemacht, sich jedoch zur Ausführung der Arbeiten eines Fachunternehmers bedient. Auch wenn ihm die Verletzung eines Schutzgesetzes mangels baubehördlicher Genehmigung vorzuwerfen ist, so ist aber Voraussetzung für eine Ersatzpflicht der Rechtswidrigkeitszusammenhang, und dieser ist unterbrochen, da, wie oben erwähnt, eine mängelfreie Vertragserfüllung jedenfalls nicht vom Schutzzweck der Bauordnungen umfasst ist.

Dem Bauherrn wurde daher kein Mitverschulden gemäß § 1304 angelastet und auch hier kam es demnach zu keiner Schadensteilung, sodass der Unternehmer die gesamten Kosten, die aus dem Ölaustritt entstanden sind, dem Bauherrn ersetzen musste.

²²² OGH 22.11.1995, 7 Ob 9/95; OGH 04.06.1996, 1 Ob 27/95 = SZ 69/132.

²²³ *Reischauer in Rummel*³ § 1311 Rz 10.

OGH 9. 3. 2010, 1 Ob 120/09t

Im Sachverhalt dieser E²²⁴ wurde auf einem Grundstück eine Servicestation zur Durchführung von Schlosser- und Instandsetzungsarbeiten an Lkw-Ladekränen sowie Lkw-Aufbauten und Lkw-Anhängern betrieben. Auf dem Betriebsareal befand sich ein Waschplatz zum Reinigen verschmutzter Ersatzteile und der Lkw-Ladekräne, wobei die Abwässer entsprechend abgeleitet und anschließend versickert wurden. Als klagende Partei traten die Unfallversicherungsanstalten der verletzten bzw getöteten Arbeiter auf.

Der Bürgermeister der Gemeinde erteilte mit Bescheid die Betriebsanlagengenehmigung und mit einem späteren Bescheid, namens des Landeshauptmannes von Kärnten, wurde die wasserrechtliche Bewilligung für die Versickerung der betrieblichen Abwässer des Waschplatzes erteilt.

Im Jahr 2001 ereignete sich auf diesem Betriebsgelände ein Arbeitsunfall, bei dem ein bei dem Gewerbeunternehmen pflichtversicherter Mitarbeiter so schwer verletzt wurde, dass er später im Wachkoma lag. Er war in den Sickerschacht gestiegen und hatte durch die dort herrschende hohe Kohlendioxidkonzentration und extrem niedrige Sauerstoffkonzentration schwerste neurologische Schäden erlitten.

Ein zweiter Arbeiter, der in den Schacht hinabstieg, um seinem Arbeitskollegen zu helfen und den Bewusstlosen aus dem Schacht bergen wollte, verstarb drei Monate später wegen der erlittenen Gesundheitsschädigung.

Folgende Geschehnisse sind auf dem Grundstück, auf welchem sich der Arbeitsunfall ereignet hatte, vorhergegangen. Im Jahr 1967 wurde mit Bescheid des Landeshauptmannes eine wasserrechtliche Bewilligung erteilt, mit gewissen Auflagen einen Müllplatz zu errichten. Die Ablagerung von Müll ist, bis in das Jahr 1968, auf diesem Grundstück auch tatsächlich erfolgt. Nach Beendigung der Müllablagerungen wurde eine Planierung und Humusierung durchgeführt, wodurch sich das Gelände nach der Anpflanzung mit Gras als ungenützte Wiese darstellte.

Im Jahr 1975 wurden das bis dahin im Flächenwidmungsplan als Wiese und Brachland definierte Grundstück in Bauland – gemischtes Baugebiet mit Sonderwidmung für gewerbliche Betriebe – umgewidmet.

²²⁴ SZ 2010/20.

Im Jahr 1989 trat das Altlastensanierungsgesetz in Kraft, mit dem die Erhebung von Verdachtsflächen bzw Altlasten bereits vorhandener Altablagerungen in Kärnten in Angriff genommen wurde, indem bei den Gemeinden mittels Fragebögen zu Verdachtsflächen Auswertungen durchgeführt wurden, um das Gefährdungspotenzial im Hinblick auf Grund- und Oberflächenwasser besser abschätzen zu können.

Das Grundstück, auf dem sich der Arbeitsunfall ereignete, ist hier nicht aufgelistet worden, obwohl ein derartiger Fragebogen an den Grundstückseigentümer übermittelt wurde.

Nach dem Unfall von 2001 kam bereits aufgrund der ersten Erhebungen durch Amtssachverständige der Verdacht auf Deponiegas auf, nachdem alle auf dem Grundstück vorhandene Schächte geöffnet worden waren. Bei den darauf durchgeführten Bodenuntersuchungen wurde ursprünglich keine erhebliche Gefahr für die Umwelt festgestellt. Die daraufhin weiteren Beobachtungen der Grundwasserqualität und Deponiegasverteilung im Untergrund zeigten jedoch deutliche Erhöhungen der Konzentration giftiger Gase sowie sehr niedrige Sauerstoffgehalte.

Im Jahr 2005 wurde vom Amt der Kärntner Landesregierung dieses Grundstück als Verdachtsfläche gemäß Altlastensanierungsgesetz entsprechend aufgenommen.

Beklagt wurde die Stadtgemeinde als Erstbeklagter sowie das Land Kärnten wegen vorwerfbarer Unterlassungen, die zur Gesundheitsschädigung des Verletzten geführt hätten und damit Amtshaftungsansprüche begründen würden.

Begründet wurde dies mit dem Schutzzweck der raumordnungsrechtlichen Vorschriften, die den Schutz von Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern wie Leben, Gesundheit und Eigentum erfassen sowie daraus entstehende adäquate Folgeschäden im Vermögen.

Obwohl auf dem Grundstück eine wasserrechtlich bewilligte Mülldeponie betrieben worden sei, war es im Flächenwidmungsplan 1975 als Leichtindustrialgelände gewidmet worden, wodurch die Errichtung von gewerblichen Anlagen ermöglicht worden ist. Die Umwidmung war mit Genehmigung der Stadtgemeinde erfolgt, obwohl diese positive Kenntnis von der seinerzeitigen Deponie auf dem Grundstück hatte. Von den Klägern, den betroffenen Unfallversicherungsanstalten, wurde vorgebracht, dass beide Beklagten - die den Flächenwidmungsplan ausstellende Stadtgemeinde als auch die den Betrieb genehmigende Gewerbebehörde (Land Kärnten) - davon gewusst hätten oder zumindest hätten wissen müssen, dass die auf der Deponie gelagerten Abfälle mindestens zu einem Drittel aus

organischen Abfällen bestanden hatten, wodurch das Entstehen von gefährlichen Gasen ermöglicht worden sei.

Die Kernfrage lag darin, ob die verwaltungsrechtlichen Normen, insbesondere das Wasserrechtsschutzgesetz sowie die Grundlagen des Flächenwidmungsplanes der Gemeinde, auf deren Basis die Errichtung einer Industrieanlage auf dieser ehemaligen Mülldeponie bewilligt wurde, in ihrem Schutzzweck verletzt wurden und ob diese Schutzvorschriften zumindest auch darauf abzielen, Gesundheitsschäden von Menschen zu verhindern.

In Bezug auf die wasserrechtliche Genehmigung wurde vom OGH ausgesprochen, deren Schutzzweck sei lediglich die Reinhaltung und der Schutz der Grundwässer und die Vermeidung der Gefährdung von Gesundheit und Leben des Menschen, soweit sich diese Gefährdung über das Medium Wasser ausbreiten oder auf dieses nachteilig einwirken kann. Die Bildung gasförmiger Beeinträchtigung soll durch diese Bestimmungen jedoch nicht verhindert werden, sodass sich diese Verletzung außerhalb des Schutzzweckes des Wasserrechtsgesetzes befand.

In Bezug auf eine mögliche Verantwortung der Gewerbebehörde, die den Betrieb genehmigt hatte, wurde ausgesprochen, dass diese nicht verpflichtet ist, nach möglichen Gefahrenquellen zu forschen. Liegt eine entsprechende Flächenwidmung vor, hat die Gewerbebehörde insbesondere nicht selbständig zu prüfen, ob die Widmung zu Recht erfolgt ist, sofern es keine deutlichen Anhaltspunkte für das Bestehen von besonderen, im Flächenwidmungsplanverfahren nicht beachteten, Gefahren gibt. Bei dem Umstand, dass man bei weiteren Untersuchungen auf Gefahren gestoßen wäre, handelt es sich lediglich um eine sogenannte Reflexwirkung, die über den Schutzzweck der Normen hinausgeht.

Auch im Zusammenhang mit dem Altlastensanierungsgesetz wurde keine Verpflichtung der Behörden gesehen, eine eigenständige Erhebung über die Eignung einer von einer Umwidmung betroffenen Fläche zur zukünftigen vorgesehenen Verwendung durchzuführen.

In erster Linie wurde jedoch von der klagenden Partei die Verletzung raumordnungsrechtlicher Vorschriften durch die Stadtgemeinde ins Treffen geführt, da bei der Änderung des Flächenwidmungsplanes im Jahr 1975 von der zuständigen Gemeinde rechtswidrig und schuldhaft nicht berücksichtigt worden sei, dass hier eine ehemalige Mülldeponie vorlag, sodass aus diesen Gefahren heraus die Flächen für eine Nutzung durch gewerbliche Betriebsobjekte nicht geeignet gewesen seien.

Auch hier wurde vom OGH primär der Schutzzweck der Raumordnungsvorschriften geprüft, um festzustellen, ob es der Zweck der genannten Rechtsvorschrift war, solche Schäden zu verhindern, wie sie beim Arbeitsunfall entstanden sind. Da in dem anwendbaren Gemeindeplanungsgesetz, auf das sich der Flächenwidmungsplan als Verordnung stützte, als Ziel angeführt war, die Bevölkerung vor Gefährdungen durch Naturgewalten und Unglücksfälle sowie vor vermeidbaren Umweltbelastungen durch eine entsprechende Standortplanung zu schützen, wurde die Verhinderung einer Gesundheitsschädigung primär als vom Schutzzweck umfasst angesehen.

Das Argument des Berufungsgerichtes, der Verletzte sei generell nicht vom Schutzzweck raumordnungsrechtlicher Vorschriften erfasst, wurde verneint, da es in diesem Fall nicht um den Ersatz (reiner) Vermögensschäden ging, sondern um eine Gesundheitsschädigung.

Dass raumordnungsrechtliche, wie etwa auch baurechtliche, Normen in erster Linie dazu dienen, öffentliche Interessen zu fördern, soll keineswegs ausschließen, konkrete physische Personen, die bei der Missachtung dieser Vorschriften gesundheitliche Nachteile erleiden könnten, in den Schutzbereich einzubeziehen. Dies gilt unabhängig davon, ob sie eine besonders intensive Beziehung zum betreffenden Grundstück haben, wie zum Beispiel dinglich Berechtigte, oder sich aus anderen Gründen dort aufhalten und deshalb mit der bestehenden Gefahr konfrontiert werden.

Im Zusammenhang mit der Verletzung baurechtlicher Normen hat der erkennende Senat etwa ausgesprochen, dass in den Schutzbereich der baurechtlichen Bestimmungen, die unter anderem im öffentlichen Interesse die Standfestigkeit von Bauwerken sichern sollen, jedermann fällt, dem aus der bauordnungswidrigen Errichtung typischerweise Gefahren drohen²²⁵.

Im raumordnungsrechtlichen Zusammenhang wird die Auffassung vertreten, jeder Bürger dürfe darauf vertrauen, dass ein im Flächenwidmungsplan als Bauland ausgewiesenes Grundstück gefahrlos bebaut werden kann, somit auch darauf, dass das Gelände beispielsweise nicht unbenutzbar durch Altlasten kontaminiert ist oder in einer Gefahrenzone liegt.

Grundsätzlich ist anzunehmen, dass Gesetzesbestimmungen, die sich den Schutz der Bevölkerung vor Umweltbeeinträchtigungen oder sonstigen von Grundstücken

²²⁵ OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95 =SZ 68/156; OGH 16.04.1980, 1 Ob 9/80 = EvBl 1981/4 S 16 = SZ 53/61; OGH 10.06.2008, 1 Ob 243/07b.

möglicherweise ausgehenden Gefahren zum Ziel gesetzt haben, nicht bloß einem insoweit "abstrakten" Zweck dienen, sondern vielmehr erreichen wollen, dass jene Menschen, die ansonsten befürchten müssen, durch die in Betracht kommenden Gefahren in ihrer Gesundheit beeinträchtigt zu werden, vor solchen schädlichen Einwirkungen von Liegenschaften geschützt werden sollen. Ein solcher Schutz konkret gefährdeter Personen muss vor allem dort angenommen werden, wo es dem Einzelnen gar nicht möglich ist, das allenfalls vorhandene Gefahrenpotenzial abzuschätzen²²⁶.

Sollte demnach nachweisbar sein, dass die Umwidmung des Grundstückes aufgrund der Umwidmung des Flächenwidmungsplanes von 1975 rechtswidrig erfolgt sei, da auf die möglichen gesundheitsschädlichen Auswirkungen, welche durch die Gasentwicklung bei Verrottung organischer Bestandteile entstehen können, nicht Bedacht genommen wurde, so wäre den Organen der Gemeinde ein schuldhaftes Verhalten durch Unterlassung der gebotenen Nachforschungspflicht vorzuwerfen und eine entsprechende Amtshaftung der Behörde die Folge.

Da der erkennende Senat Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit der Umwidmung der angeführten, zur früheren Mülldeponie gehörenden Grundstücke, durch die Organe der Gemeinde im Rahmen der Änderung sowie Neuauflage des Flächenwidmungsplanes im Jahr 1975 hatte, wurde der Antrag an den Verfassungsgerichtshof gestellt, die Verordnung aufzuheben und das Amtshaftungsverfahren erst nach der Entscheidung des VfGH fortzusetzen.

²²⁶ *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ § 1 Rz 132.

5. Ansichten der Lehre zur Einteilung der Bauordnungen als Schutzgesetz

Da von der Rechtsprechung²²⁷ auch Bescheide sowie beispielsweise Auflagen einer Baubewilligung als Schutzgesetze eingeordnet werden, sieht *Reischauer*²²⁸ ein mögliches Problem, wenn ein individueller Hoheitsakt mehr oder anderes auferlegt, als er darf. Im Zusammenhang mit beispielsweise behördlichen Auflagen einer Baubewilligung, die inhaltlich mehr auferlegen, als sie gesetzlich dürften, bekäme damit ein Dritter auch einen Schutz, den die Rechtsordnung generell so nicht vorsieht.

Von *Harrer*²²⁹ wird darauf hingewiesen, dass bei öffentlich-rechtlichen Vorschriften, die der Allgemeinheit dienen, besonders zu prüfen ist, ob individuelle Schutzintentionen einbezogen sind. Vor allem wird der Schutz der Allgemeinheit vor Schäden durch die Ausführung von nicht fachgerechten Bauarbeiten erfasst. Bauvorschriften haben auch nach *Harrer* jedoch nicht das Ziel, den Bauherrn vor Nachteilen zu bewahren, die durch Befolgung falscher Empfehlungen oder ungeeigneten Materials entstehen können.

Auch wenn Baubehörden vornehmlich öffentliche Interessen verfolgen, so wird in verschiedenen Bestimmungen jedoch auch der Schutz des einzelnen Bauwerbers inkludiert, wie zum Beispiel das schutzwürdige Vertrauen des Bauwerbers, dass eine rechtskräftig erteilte Baugenehmigung nicht wegen Widerspruchs gegen zwingende Vorschriften des öffentlichen Rechts wieder beseitigt wird.

Nach *Schacherreiter*²³⁰ sind vom Schutzzweck der Raumordnungsgesetze jedenfalls die subjektiv-öffentlichen Rechte der Liegenschaftseigentümer und deren Rechtsnachfolger erfasst. Ein Bauwerber darf sich demnach darauf verlassen, dass bei der Erstellung von Flächenwidmungsplänen die allgemeinen Anforderungen an gesunde Wohn- und Arbeitsverhältnisse berücksichtigt wurden.

²²⁷ RIS-Justiz RS0027415 = OGH 17.04.1969, 2 Ob 393/68; OGH 26.08.1971, 1 Ob 208/71; OGH 10.05.1972, 7 Ob 115/72; OGH 07.06.1972, 1 Ob 107/72; OGH 30.11.1977, 1 Ob 13/77; OGH 22.06.1978, 6 Ob 651/78; OGH 27.09.1978, 8 Ob 133/78; OGH 02.07.1979, 8 Ob 139/79; OGH 24.11.1983, 8 Ob 135/83; OGH 22.11.1984, 7 Ob 679/84; OGH 28.05.1986, 1 Ob 17/86; OGH 19.06.1986, 7 Ob 14/86; OGH 22.08.1996, 1 Ob 2047/96b; OGH 14.09.1999, 4 Ob 216/99i; OGH 19.12.2000, 1 Ob 178/00h; OGH 28.01.2002, 2 Ob 310/01d; OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 18.03.2004, 2 Ob 187/02t; OGH 18.05.2004, 10 Ob 237/02d; OGH 24.06.2005, 1 Ob 127/04i; OGH 29.10.2009, 2 Ob 157/09s; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g; OGH 07.10.2010, 2 Ob 156/10w; OGH 16.06.2011, 6 Ob 100/11s; OGH 22.06.2011, 2 Ob 112/10z; OGH 28.03.2014, 2 Ob 213/13g; OGH 09.07.2014, 2 Ob 212/13k.

²²⁸ In *Rummel*³ § 1311 Rz 4.

²²⁹ In *Schwimann*³ § 1311 Rz 16.

²³⁰ In *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.02 § 1311 Rz 36.

In den Schutzbereich baurechtlicher Bestimmungen, die die Standfestigkeit von Bauwerken sichern sollen, fällt grundsätzlich jeder, dem aus der bauordnungswidrigen Errichtung typischerweise Gefahren drohen.

6. Eigene Ansicht und Zusammenfassung

Generell scheint über die Qualifizierung der baurechtlichen Vorschriften als Schutzgesetze nach § 1311 große Einigkeit zu bestehen. Welcher Schutzzweck von den Normen verfolgt wird, ist mittels teleologischer Interpretation zu ermitteln.

Hier ist daher auch die Schwierigkeit gegeben, da über diesen Schutzzweck nun argumentativ ein durchaus großer Spielraum vorliegen kann. In einer der hier angeführten Entscheidungen²³¹ wurde beispielsweise der Schutzzweck wasserrechtlicher Normen insofern eingeschränkt, als diese lediglich Gesundheitsverletzungen vorbeugen wollen, die durch das Medium Wasser übertragen werden. Durch Gasbildung entstandene Gesundheitsschäden wurden demnach vom Schutzzweck ausgenommen.

Dass bei weitergehenden Untersuchungen im Rahmen des wasserbehördlichen Verfahrens möglicherweise auch die Gefahr der Beeinträchtigung durch gasförmige Stoffe zutage getreten wäre, ist nicht von entscheidender Bedeutung, handelte es sich dabei doch bloß um eine sogenannte Reflexwirkung, die über den Schutzzweck der Normen des Wasserrechtsgesetzes hinausginge.

ME wird dadurch eine zu enge Auslegung vertreten, da wohl unzweifelhaft auch die Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens von Menschen im Schutzzweck dieses Gesetzes gelegen ist. Als Schaden ist der Tod und die schwere Verletzung von mehreren Personen eingetreten, sodass es unerheblich sein sollte, ob dies durch vergiftetes Wasser oder durch eine Gasbildung entstanden ist. Da der Schaden im Schutzzweck des Wasserrechtsgesetzes gelegen ist, sollte nach meiner Ansicht hier nicht mit einer Reflexwirkung argumentieren werden, auch wenn die Gefahr nicht über das Medium Wasser übertragen wurde.

In dieser Entscheidung in Bezug auf raumordnungsrechtliche Vorschriften hatte der OGH selbst die Aussage getroffen, dass, auch wenn diese raumordnungsrechtlichen Vorschriften, wie etwa baurechtliche Normen, in erster Linie dazu dienen, öffentliche Interessen zu fördern,

²³¹ OGH 09.03.2010, 1 Ob 120/09t = SZ 2010/20.

dies keineswegs ausschließen kann, konkrete physische Personen, die bei der Missachtung dieser Vorschriften gesundheitliche Nachteile erleiden könnten, in den Schutzbereich einzubeziehen.

Dies spricht aus meiner Sicht dafür, auch bei dem Wasserrechtsgesetz, wenn der Schaden ein gesundheitlicher Nachteil war, den Schutzbereich weiter auszulegen.

Reine Vermögensschäden werden hingegen nur dann ersetzt, wenn das Schutzgesetz gerade die Verletzung derartiger Schäden verhindern wollte oder diese eine Folge eines Eingriffes in ein absolut geschütztes Rechtsgut sind. Die Bauordnung bezweckt primär den Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten ausgelöste Schäden. Sich im Vermögen des Bauherrn ereignende bloße "Mangelschäden" fallen nicht in den Schutzbereich²³².

Es kommt unmissverständlich wieder der Grundgedanke zum Vorschein, dass durch Bauvorschriften dem Bauherrn nicht eine Art Gratisversicherung für Vermögensschäden abgegeben werden soll. Der Bauherr als treibende Kraft, die ein Projekt verwirklichen möchte, sollte nach dieser Grundtheorie auch die damit verbundenen Risiken zu tragen haben.

Dieser Grundtendenz wird, wie aus den hier angeführten Beispielen der Judikatur und den entsprechenden Ansichten der Lehre in den Kommentaren ersichtlich, sehr weitgehend gefolgt. Da dem Bauherrn alle Vorteile aus einem Bauvorhaben zugutekommen, soll dieser auch das damit verbundene Risiko technischer Mängel nicht auf Dritte übertragen können. Baubewilligungen sollen wegen der Gefährlichkeit lediglich einen zusätzlichen Sicherheitsmechanismus einrichten, nicht aber den Bauherrn entlasten.

Lediglich in Fällen, wenn schuldhaft direkt das Eigentum des Bauherrn beschädigt wird, wird dieser mit seinem Vermögen als vom Schutzbereich der Bauordnung erfasst angesehen. In der Entscheidung von 1998 wurde beispielsweise dem Hauseigentümer ein Schadensersatzanspruch für sein Gebäude zuerkannt, das aufgrund fehlerhafter Grabungsarbeiten abbruchreif war. Die Rechtswidrigkeit wurde durch den Eingriff in das Eigentum des Hauseigentümers begründet. Es kann nach meiner Meinung eine unmittelbare Beeinträchtigung des Eigentums des Werkbestellers, und ein daraus entstehender Schadenersatz wegen Verstoßes gegen allgemeine Verkehrssicherungspflichten, als mögliche

²³² RIS-Justiz RS0117106 = OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 13.12.2005, 1 Ob 232/05g; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g.

Betrachtungsweise durchaus auch bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Bauvorhaben herangezogen werden. Es ist somit abzugrenzen, ob das Eigentum des Hauseigentümers generell verletzt wurde oder ob der Eingriff in das Eigentum aufgrund eines Fehlers im Baubewilligungsverfahren überhaupt erst entstanden ist.

Beim Baubewilligungsverfahren wird weiters von der Lehre²³³ teilweise die Ansicht vertreten, dass dieses auch dazu dient, den Bauwerber selbst vor den durch die jeweiligen Bauordnungen hintanzuhaltenden Schäden zu bewahren. Auch ein Amtshaftungsanspruch des Bauwerbers kann nicht schon deshalb von vornherein ausgeschlossen werden, weil die Baubewilligung antragsgemäß erteilt wurde²³⁴. Der Bauwerber kann bei der Prüfung der Baubehörde nur darauf vertrauen, die Baubehörde habe sein Vorhaben in baurechtlicher Hinsicht für zulässig erklärt. Es besteht jedoch keine Aussage dazu, ob das Vorhaben sonstigen Vorschriften öffentlicher oder privatrechtlicher Natur entspricht²³⁵.

Die Frage, vor welcher Art von Schäden der Bauherr durch Erteilung der Baubewilligung geschützt werden soll, kann nicht generell beantwortet, sondern muss im Einzelfall normbezogen und fallbezogen geprüft werden²³⁶.

Das Argument, dass derjenige, der eine Gefahrenquelle schafft, die notwendigen Vorkehrungen treffen muss, um Beschädigungen anderer tunlichst abzuwenden, sollte nicht unberücksichtigt bleiben.

Wie schon angeführt, ist wohl die Einbindung der Kenntnisse der beteiligten Parteien in die Bewertung ein zusätzliches Berücksichtigungskriterium, welches auch in diesen Fällen zu einer ausgeglichenen Bewertung führen kann.

Die Schutzwürdigkeit eines unerfahrenen Arztes, der beispielsweise eine Garage beauftragt, kann durchaus höher angesetzt werden als jene eines Fachunternehmers, der regelmäßig technisch hochkomplexe Bauobjekte realisiert und damit technisch einen höheren Wissensstand haben kann als die beauftragten Unternehmen, die die Arbeit tatsächlich ausführen.

²³³ *Kleewein*, Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 1 ff; *Seebacher/Sorger*, Amtshaftung gegenüber dem Bauwerber trotz Baubewilligung, bbl 2006, 89; *Kerschner*, Amtshaftung bei rechtswidriger Erlaubnis?, RdU 2001, 129.

²³⁴ RIS-Justiz RS0111784 = OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98m; OGH 10.06.2008, 1 Ob 243/07b; OGH 16.09.2008, 1 Ob 64/08f; OGH 21.05.2013, 1 Ob 58/13f.

²³⁵ RIS-Justiz RS0124126 = OGH 16.09.2008, 1 Ob 64/08f.

²³⁶ OGH 16.09.2008, 1 Ob 64/08f = SZ 2008/130.

Somit kann aus meiner Sicht die Frage, vor welcher Art von Schäden der Bauherr durch Erteilung der Baubewilligung geschützt werden soll, nicht generell beantwortet werden, sondern es müssen die Umstände im Einzelfall normbezogen und fallbezogen geprüft werden.

Wenngleich allgemeine Tendenzen zur Bestimmung der Art von Schäden, die von den Bauordnungen geschützt werden, herangezogen werden können, so ist dennoch unter anderem aufgrund der unterschiedlichen Regelungen der öffentlich-rechtlichen Verordnungen und Gesetze, als auch beispielsweise der unterschiedlichen technischen Kenntnisse der Parteien, jedenfalls eine Norm- und Einzelfallsprüfung vorzunehmen.

Nach meiner Ansicht sollten die Gerichte auf die subjektiven Kenntnisse der beteiligten Parteien mehr Rücksicht nehmen. Diese Berücksichtigung fehlt jedoch häufig in dieser Art bei den Begründungen. Damit wäre auch das Argument der sogenannten Gratisversicherung weniger bedrohlich, da der unerfahrene Bauherr wohl auch tatsächlich mehr schutzwürdig erscheint als der Unternehmer, der als Unternehmenszweck die Errichtung von Bauwerken hat und dem man somit durchaus auch mehr eigene Nachforschungspflicht auferlegen könnte.

Kapitel 3: Besondere Pflichten des Werkunternehmers (und deren Auswirkungen iZm Baubewilligungen)

A) Die Preisgefahr und Warnpflicht des Werkunternehmers (iZm Vorarbeiten)

Eine häufige Bewertungsfrage, die sich im Zusammenhang mit dem Thema Baubewilligungen stellt, lautet, wer letztlich die bereits entstandenen Kosten tragen soll, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Baubewilligung von der zuständigen Behörde verweigert wird.

Dieses Thema der Preisgefahr für Vorarbeiten ergibt sich im Zusammenhang mit Baubewilligungen in Verbindung mit Werkverträgen in klassischer Form dann, wenn zu klären ist, wer für die bereits entstandenen Kosten einzustehen hat, da letztlich ein Werk nicht ausgeführt bzw fertiggestellt werden konnte, nachdem keine Baubewilligung erlangt wurde.

Vor allem bei Großprojekten kann schon der Aufwand, um die nötigen Unterlagen für eine Baubewilligung überhaupt erst zusammenstellen zu können, sehr arbeitsintensiv und damit auch kostenintensiv sein und trifft des Öfteren gleich mehrere Parteien, wie beispielsweise den Statiker, die Baufirma, natürlich den Werkbesteller sowie den Baumeister.

Wenn nun das Werk wegen Verweigerung der Baubewilligung nicht fertiggestellt werden kann, so ist zu klären, welche Partei des Werkvertrages für die bereits entstandenen Aufwendungen aufzukommen hat.

Insbesondere der Baumeister wird häufig vor allem für die Erlangung der Baubewilligung vom Werkbesteller beauftragt, sodass für Streitfälle, in denen dann letztlich aus unterschiedlichsten Gründen keine Bewilligung erlangt werden konnte, in der höchstgerichtlichen Judikatur mehrere Entscheidungen zu finden sind.

In diesem Zusammenhang ist jedenfalls auch über die Möglichkeit, ob eine Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers in Bezug auf die geleisteten Vorarbeiten bestehen könnte, gesondert zu entscheiden.

Aufgrund des nötigen Zusammenwirkens von Bauherrn und Unternehmern besteht im Bauwesen neben der Hauptpflicht auf Erstellung eines bestimmten Werkes immer die Nebenpflicht der Zusammenarbeit zwischen Werkbesteller und ausführendem

Werkunternehmer mit gegenseitigen Aufklärungspflichten und Warnpflichten, die dem Unternehmer nach § 1168a ABGB auferlegt werden²³⁷.

Beispielsweise wird oftmals vom Werkbesteller behauptet werden, dass die von ihm zur Verfügung gestellten Pläne für eine Baubewilligung fehlerhaft bzw zu wenig detailliert waren und der Werkbesteller daher vom Werkunternehmer über diesen Umstand hätte aufgeklärt werden müssen.

Ein weiterer typischer Streitfall liegt vor, wenn der Werkbesteller eine Warnpflichtverletzung behauptet, da der Unternehmer generell auf die mögliche Nichterreichung der Bewilligung nicht ausreichend hingewiesen hätte.

In den nun folgenden Kapiteln werden Beispiele aus OGH Entscheidungen dargestellt, die veranschaulichen, wie im Zusammenhang mit der Zuweisung von Kosten entschieden wird, die für Vorarbeiten entstanden sind und aufgrund letztlicher Nichterlangung der benötigten Bewilligungen keinen Mehrwert darstellen.

B) Die Informationspflicht nach Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz²³⁸

Die Richtlinie 2011/83/EU²³⁹ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher (Verbraucherrechte-Richtlinie) sieht auch allgemein geltende Informationspflichten des Unternehmers vor und statuiert zugunsten des Verbrauchers einige spezifische Regelungen im Bereich des allgemeinen Vertragsrechts sowie zur Eindämmung bestimmter Zahlungspflichten des Verbrauchers. Die Umsetzung in Österreich ist durch das Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz²⁴⁰ (VRUG) erfolgt, welches mit 13. Juni 2014 in Kraft getreten ist.

Wenn der Vertragspartner Konsument ist, werden mit dem VRUG allgemeine Informationspflichten für den Unternehmer festgelegt, die im § 5a KschG aufgezählt werden.

²³⁷ RIS-Justiz RS RS0021634 = OGH 13.07.1988, 3 Ob 526/88; OGH 15.02.1990, 8 Ob 579/90; OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91; OGH 22.10.1991, 4 Ob 561/91; OGH 23.02.1993, 1 Ob 628/92; OGH 28.11.2002, 8 Ob 287/01s; OGH 26.01.2006, 8 Ob 42/05t; OGH 26.03.2009, 6 Ob 23/09j; OGH 19.09.2013, 1 Ob 134/13g; OGH 26.02.2014, 7 Ob 231/13s.

²³⁸ BGBl I 2014/33, 13.6.2014.

²³⁹ ABl Nr. L 304/64, 22.11.2011.

²⁴⁰ BGBl I Nr. 33/2014.

Für die in dieser Arbeit behandelten Werkverträge ist § 5a Abs 1 Z 1 leg cit bedeutsam, da hier der Unternehmer verpflichtet wird, über die wesentlichen Eigenschaften der „Dienstleistung“ im angemessenen Umfang zu informieren. Weiters die gemäß § 5a Abs 1 Z 3, der Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern und Abgaben, oder zumindest die Art der Preisberechnungen, von dem Unternehmer an den Konsumenten bekanntzugeben. Somit wird eine hervorgehobene Information des Verbrauchers über die wesentlichen Merkmale des Vertrages an den Konsumenten verlangt.

§ 5a Abs 2 KSchG enthält Ausnahmen von der Informationsverpflichtung für eine Reihe von Vertragsarten. So besteht beispielsweise keine Informationspflicht für sofort erfüllte Geschäfte des täglichen Lebens, sowie für Verträge, die dem Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz²⁴¹ (FAGG) unterliegen. In Abs 2 Z 3-15 KSchG wird eine Gruppe von Verträgen von der Informationspflicht ausgenommen, die nicht in den Anwendungsbereich der Verbraucherrechte-Richtlinie fallen, und darunter sind auch Bauverträge (Z 8) angeführt²⁴².

In Art 2 VRUG werden die von dieser Richtlinie betroffenen Änderungen des KSchG dargestellt, wobei jedoch der § 3a KSchG nicht aufgezählt wird. Somit bleiben die Rücktrittsrechte für bestimmte Sonderkonstellationen aufrecht, und vom VRUG unberührt.

Nach § 3a KSchG kann der Verbraucher von seinem Vertragsantrag oder vom Vertrag weiters zurücktreten, wenn ohne seine Veranlassung für seine Einwilligung maßgebliche Umstände, die der Unternehmer im Zuge der Vertragsverhandlungen als wahrscheinlich dargestellt hat, nicht oder nur in erheblich geringerem Ausmaß eintreten. Zu den maßgeblichen Umständen im Sinne des Abs 1 sind in Abs 2 Z 1 auch die Erwartung der Mitwirkung oder Zustimmung eines Dritten, die erforderlich ist, damit die Leistung des Unternehmers erbracht oder vom Verbraucher verwendet werden kann, aufgezählt.

Wenn nun die Behördenbewilligungen unter § 3a KSchG subsumiert werden, ergibt sich die Konsequenz, dass wohl einerseits keine erhöhte Informationspflicht nach VRUG für Unternehmer im Zusammenhang mit dem Abschluss der Bauverträge besteht. Dem Rücktrittsrecht des Konsumenten (als Werkbesteller) für die Sonderkonstellation, dass der Unternehmer den Eintritt einer Behördenbewilligung als wahrscheinlich dargestellt hat, und diese Bewilligung doch nicht erteilt wird, würde andererseits nach meiner Ansicht gemäß § 3a

²⁴¹ BGBl. I Nr. 33/2014.

²⁴² Schoditsch, Neues Konsumentenschutzrecht – Die Umsetzung der RL über die Verbraucher in Österreich, RZ 2014, 214.

KSChG nichts entgegenstehen. Die Rücktrittsfrist beträgt für diese Fälle jedoch weiterhin „nur“ eine Woche, da der § 3a KSChG vom VRUG unberührt bleibt.

Es spräche mE auch der Wortlaut des § 5a Abs 2 Z 8, der sich auf die Bauverträge bezieht, einer erhöhten Informationspflicht im Zusammenhang mit Behördenbewilligungen nicht zwingend entgegen, da das Bewilligungsverfahren und den Bauvertrag nicht als untrennbare Einheit zu betrachten sind. Die in § 5a Abs 1 KSChG verallgemeinert aufgezählten Informationspflichten, wie beispielsweise ein Gewährleistungs- und Garantieregime, sind jedoch für Informationen bezüglich Bewilligungsverfahren teilweise nicht passend.

Auch zu beachten ist, dass § 27 a KSChG²⁴³ eine Unternehmerpflicht begründet, den Verbraucher bei Unterbleiben der Ausführung des Werkes die Gründe dafür mitzuteilen, dass er sich infolge Unterbleibens der Arbeit weder etwas erspart noch durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat, wenn der Unternehmer das vereinbarte Entgelt gemäß § 1168 Abs 1 ABGB verlangt.

Zur Rechtsnatur und zum Zweck der Unternehmerpflicht gemäß § 27a KSChG wird in den Gesetzesmaterialien²⁴⁴ Folgendes ausgeführt:

"Der Besteller eines Werkes, das aus nicht in der Sphäre des Unternehmers liegenden Gründen nicht ausgeführt werden konnte, muss nach den allgemeinen Regeln über die Beweislastverteilung konkret behaupten und beweisen, dass sich der Unternehmer infolge des Unterbleibens der Arbeit etwas erspart bzw etwas anderweitig erworben oder zu erwerben (absichtlich) versäumt hat. Erst wenn dem Besteller dieser Beweis gelingt, kommt es zur entsprechenden Minderung des Werklohnanspruches seines Vertragspartners.

Gerade bei Verbrauchergeschäften führt diese Rechtslage oftmals zu unbefriedigenden Ergebnissen, weil der Besteller kaum Einblick in die Branche und den Geschäftsgang seines Vertragspartners hat. Der vorgeschlagene § 27a KSChG verhält nun den Unternehmer im Sinne einer ausgewogenen Pflichtenverteilung dazu, dem Verbraucher die Umstände dafür bekanntzugeben, dass er sich durch den Ausfall nichts erspart hat, dass er durch eine anderweitige Verwendung nichts erworben hat und dass er es schließlich nicht verabsäumt hat, durch eine anderweitige Verwendung etwas zu erwerben. Diese vertragliche Nebenpflicht des Unternehmers wird im Prozess für sich allein noch keine Beweislastverschiebung zu Lasten des Unternehmers bewirken, wie noch im Begutachtungsentwurf vorgesehen wurde.

²⁴³ § 27a KSChG wurde durch Art II Z 17 BGBl I 1997/6 in das Gesetz eingefügt.

²⁴⁴ ErläutRV 311 BlgNR 20. GP 29.

Verletzt der Unternehmer aber seine in § 27a KSchG festgelegte Verpflichtung, so wird er spätestens im Prozess auf eine entsprechende Behauptung des Verbrauchers hin substantiiert darzulegen haben, aus welchen Gründen er am vereinbarten Entgelt festhalten will."

Vor dem Hintergrund solcher Erwägungen wird die klagende Partei im fortgesetzten Verfahren zunächst ihrer Informationspflicht gemäß § 27a KSchG zu entsprechen haben. Dafür genügen bloß allgemein gehaltene Behauptungen im Sinne des Gesetzeswortlauts nicht. Es wird vielmehr konkret zur Frage nach einer Ersparnis "infolge Unterbleibens der Arbeit" Stellung zu nehmen und auszuführen sein, aus welchen - etwa durch den Betriebsgegenstand, die Betriebsstruktur und den Auftragsstand bestimmten - Gründen die klagende Partei "durch eine anderweitige Verwendung" weder etwas erworben noch zu erwerben absichtlich versäumt habe. Diese Information des Beklagten ist Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit des Anspruches gemäß § 1168 Abs 1 erster Satz ABGB²⁴⁵.

C) Allgemeines und Rechtsprechung zur Warnpflicht des Unternehmers

Konnte letztlich eine erforderliche Baubewilligung nicht erreicht werden und ist nun zu klären, wer die Kosten für bereits entstandene Aufwendungen übernehmen muss, so wurde, wie in den gleich angeführten Rechtssätzen dargestellt, in der Rechtsprechung ursprünglich das Hauptaugenmerk auf die Warnpflicht des Unternehmers nach § 1168a ABGB gelegt.

Der Rechtssatz RS0025649²⁴⁶ hält fest, dass eine Warnpflicht des Unternehmers nach § 1168a ABGB auch für den Fall besteht, dass der Unternehmer verfehlte Anweisungen des Bestellers erhalten hat. Insbesondere wird dieser Grundsatz herangezogen, wenn ungenügende Vorleistungen anderer Gewerbetreibender die Grundlage des bestellten Werkes des Unternehmers sind.

Mit dem Rechtssatz RS0021901²⁴⁷ wird die Warnpflicht des Unternehmers behandelt, der ein von einem anderen gleichwertigen Unternehmer mangelhaft begonnenes Werk zur Vornahme weiterer Arbeiten an diesem Werk übernommen hat.

²⁴⁵ OGH 10.02.2004, 1 Ob 268/03y = ecolex 2004,528 = RdW 2004,465 = JBl 2004,643 = Jus-Extra OGH-Z 3779 = SZ 2004/20.

²⁴⁶ RIS-Justiz RS0025649 = OGH 03.07.1958, 3Ob225/58; OGH 20.05.1959, 2Ob12/59; OGH 19.03.1963, 8Ob55/63.

²⁴⁷ RIS-Justiz RS0021901 = OGH 19.03.1963, 8Ob55/63; OGH 11.11.1964, 6Ob307/64; OGH 12.12.1984, 10Ob647/84; OGH 15.02.1990, 8Ob579/90; OGH 26.01.1995, 8Ob1587/94.

Erkennt der zweite Unternehmer den Mangel und ist dieser nicht in der Lage, bei Ausführung der ihm übertragenen Arbeiten die Mängel zu beheben, dann ist er verpflichtet, auf die Mängel des Werkes hinzuweisen und darauf aufmerksam zu machen, dass er die übertragenen Arbeiten nicht sachgemäß vornehmen könne.

Wenn der Unternehmer bei Vorliegen eines für ihn erkennbaren Mangels der Vorarbeiten nicht warnt, hat er die volle Gefahr, und insbesondere die zur Unschädlichmachung des Mangels aufzuwendenden Kosten, zu tragen²⁴⁸.

Diese Warnpflicht des Unternehmers nach § 1168a ABGB trifft auch bei einem vom Besteller mangelhaft begonnenen Werk zu²⁴⁹. Wurde die Warnpflicht nach § 1168a ABGB eingehalten, so behält der Unternehmer den Anspruch auf sein Entgelt, er muss sich jedoch anrechnen lassen, was er sich wegen des Unterbleibens der Leistung erspart oder durch andere Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat²⁵⁰.

Wenn jedoch keine Warnung des Werkunternehmers erfolgt ist, würde somit der Baumeister oder Planverfasser oder sonstige, die Vorarbeiten ausführenden Unternehmer, ihren Entgeltanspruch verlieren.

Im Zusammenhang mit der Erreichung von Baubewilligungen ergibt sich unter diesem Aspekt folgendes Bild: Ein planender Unternehmer müsse den Bauherrn warnen, sofern nicht eine problemlose Baubewilligung zu erwarten sei, und dürfe demnach die Pläne nur ausführen, wenn der Bauherr ohne Beachtung des ihm mitgeteilten Risikos den Auftrag dennoch erteilte²⁵¹.

Es wird mit dieser Rechtsprechungslinie folglich auch dem Baumeister, der sich zur Verfassung von Plänen und zur Ausführung eines Baus verpflichtet hatte, kein Honorar für geleistete Vorarbeiten zugesprochen, sofern keine anderslautende Vereinbarung vorgelegt wurde und sofern, ohne Verschulden des Bauherrn, die erforderliche Baubewilligung verweigert wurde.

Begründet wurde diese Zuordnung der Nachteile in den Bereich des Baumeisters, wenn ein Verfahren einen negativen Ausgang genommen hatte, mit der Warnpflicht nach § 1168a ABGB. Diese sei demnach einzuhalten, unabhängig davon, ob eine verfehlte Anweisung des

²⁴⁸ OGH 11.11.1964, 6Ob307/64 = SZ 37/163.

²⁴⁹ OGH 19.03.1963, 8Ob 55/63 = SZ 36/41.

²⁵⁰ OGH 05.06.1991, 1 Ob 642/90 = RdW 1991,353 = SZ 64/71.

²⁵¹ OGH 12.07.2000, 7Ob91/99d.

Bestellers vorlag oder eine ungenügende Vorleistung anderer Gewerbetreibenden die Grundlage des bestellten Werkes des Unternehmers war²⁵².

Man denke hier an komplexe Bewilligungsverfahren, deren Voraussetzungen und Gefahren auch für die Spezialisten schwer vorhersehbar sind, so kann diese Erfüllung der Warnpflicht nach § 1168a ABGB ein schwieriges Unterfangen für die beteiligten Unternehmer darstellen.

Hauptsächlich wird in den zivilrechtlichen Fällen, die sich aus Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Zuteilung von Kosten für Vorarbeiten und Behördenbewilligungen ergeben, jedoch nicht über die Frage einer möglichen Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers, sondern über die Sphärentheorie argumentiert, und hier das Risiko weitreichend dem Werkbesteller zugeordnet.

D) Beispiele aus der Judikatur zur Warnpflichtverletzung

OGH 25.02.1999, 20b46/99z

In diesem Fall wurde ein Architekt beauftragt, einen Entwicklungsplan zu einem Dachgeschossausbau und einer Abänderung des Altbestandes zu erstellen. Da das Grundstück eine Auszeichnung für öffentliche Zwecke besaß, wäre ein solches Vorhaben nur mit einer Ausnahmegenehmigung der Behörden zur Wiener Bauordnung möglich gewesen. Bei Abschluss des entsprechenden Werkvertrages wurde von den Parteien eine Änderung der Wiener Bauordnung erwartet, die eine Erleichterung bringen sollte.

Der beauftragte Architekt nahm an den entsprechenden Besprechungen bei der Baubehörde teil und entwickelte die nötigen Pläne zur Erlangung einer Baubewilligung. Seine für diese Arbeiten entstandenen Aufwendungen wurden dem Werkbesteller verrechnet.

Der Werkbesteller nahm in späterer Folge selbst bei einer Besprechung bei den Baubehörden teil, im Zuge dessen ihm von der Behörde mitgeteilt wurde, dass dieses Projekt nicht genehmigt werden würde. Nachdem er von der Unmöglichkeit der Erlangung der Genehmigung des Projektes Kenntnis erlangte, entzog der Werkbesteller dem Architekten den „Auftrag“.

²⁵² OGH 03.07.1958, 30b225/58; OGH 20.05.1959, 20b12/59; OGH 19.03.1963, 80b55/63 = SZ 36/41; OGH 11.11.1964, 60b307/64 = SZ 37/163.

Der Architekt erstellte darauf seine Abschlussrechnung und verlangte (als klagende Partei) den offenen Rest seines Vorentwurfshonorars vom beklagten Werkbesteller. Es handelte sich um die Abrechnung jener Leistungen des Architekten, die dieser mit der Erstellung der Einreichpläne schon vollständig erbracht hatte.

Vom Werkbesteller wurde argumentiert, dass der Architekt seiner Warnpflicht nicht nachgekommen sei, da der Werkbesteller von der Baubehörde selbst erfahren musste, dass die Genehmigungsfähigkeit nicht gegeben sei. Der Architekt selbst hatte den Werkbesteller nach Abschluss des Vertrages nicht auf Probleme im Bewilligungsverfahren hingewiesen.

Hier wurde vom Berufungsgericht ausgeführt, und in Folge auch vom OGH bestätigt, dass die Aufklärungs- und Warnpflicht des Unternehmers für den Werkbesteller den Zweck haben soll, diesen in die Lage zu versetzen, Kenntnis über die zur Herstellung des Werkes gelegenen Gefahren zu erlangen, nicht aber ihn vor jeglichem (unternehmerischen) Risiko zu entlasten.

Die Frage der Erteilung der Baubewilligung sei gerade jenes Risiko gewesen, welches der Werkbesteller bewusst auf sich genommen hatte. Auch war die Erreichung der Baubewilligung nicht im Bereich des Denkmöglichen gelegen.

Der OGH hat in seiner Entscheidung das Vorliegen einer erheblichen Rechtsfrage grundsätzlich verneint und in seiner kurzen Begründung die Rechtsansicht des Berufungsgerichtes und seiner Vorjudikatur²⁵³ bestätigt, dass keine Warnpflichtverletzung des Unternehmers vorlag, da der Werkbesteller selbst in voller Kenntnis der Gefahr der Nichterreichung der Behördenbewilligung war.

OGH 29.08.2002, 60b193/02d

In diesem Rechtsstreit wurde auf Anweisung des Bauherrn ein Bauwerk errichtet, wobei jedoch nach Erlangung der Baubewilligung das ursprünglich bewilligte Bauprojekt nach Lage und Größe vom Bauherrn nochmals verändert wurde. Für diese Projektänderung lag bei Baubeginn keine Baubewilligung vor. Dies war jedoch ein Umstand, der gemäß der in diesem Fall geltenden Bauordnung auch ursprünglich bei Projektbeginn nicht gefordert war.

²⁵³ RIS-Justiz RS0110849 = OGH 25.08.1998, 7Ob140/98h; OGH 25.02.1999, 2Ob46/99z; OGH 25.05.1999, 1Ob108/99k; OGH 14.12.2011, 3Ob126/11t.

Lediglich aufgrund einer nachträglichen, somit nach der ursprünglichen Bewilligung des Bauprojektes durchgeführten Änderung des Bebauungsplanes der Gemeinde, wäre eine nochmalige Baubewilligung einzuholen gewesen.

Im Werkvertrag hatte sich der Werkunternehmer zur Prüfung der genehmigten Pläne verpflichtet, ob diese der jeweils gültigen Bauordnung in allen Punkten entsprechen würden.

Auch in diesem Fall sah der OGH in seiner Entscheidung keine Verletzung der Warnpflicht des Werkunternehmers und damit kein Verschulden des Werkunternehmers als gegeben an und hat dies folgendermaßen begründet:

Die nach § 1168a ABGB normierte gesetzliche Warnpflicht wird nach Rechtsprechung und Lehre²⁵⁴ auch auf das Bewilligungsrecht erstreckt.

Diese gesetzliche Warnpflicht setzt eine offenbar unrichtige Anweisung des Bestellers voraus. Der Unternehmer hat demnach vor erkannten und naheliegenden Gefahren zu warnen. Seine Haftung aus Warnpflichtverletzung setzt Verschulden voraus²⁵⁵.

Dass die Baubewilligung aufgrund einer Änderung der Rechtslage - hier in der Form einer Änderung des Bebauungsplanes - nicht erteilt werden würde, wurde als eine Gefahr eingestuft, die für den Werkunternehmer nicht naheliegend war.

Als Konsequenz hatte der Werkunternehmer auch den Werkbesteller diesbezüglich nicht aufzuklären. Es lag also auch in diesem Fall nach Ansicht des OGH keine Warnpflichtverletzung des Unternehmers vor.

OGH 15.10.2009, 20b277/08m

Auch diese Entscheidung behandelt das Thema, ob generell von einer Warnpflichtverletzung eines Unternehmers ausgegangen werden kann, wenn der Werkbesteller selbst in Kenntnis der möglichen Gefahren ist.

Der Werkbesteller hatte hier Grundrisspläne zur Verfügung gestellt, die nicht ausreichend detailliert waren, um die Mindestabstände zu der Nachbargrenze, die gemäß Baubewilligung vorgeschrieben wurden, eruieren zu können. Der Werkbesteller selbst hatte die Auskunft

²⁵⁴ *Krejci in Rummel*³ § 1168a Rz 34b; *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 30.

²⁵⁵ RIS-Justiz RS0021932 = OGH 16.01.1985, 10b690/84; OGH 15.12.1987, 40b606/87 (40b607/87); OGH 24.03.1988, 70b533/88; OGH 21.10.1998, 90b133/98v; OGH 11.03.1999, 20b95/98d; OGH 13.07.2000, 50b188/00h; OGH 29.08.2002, 60b193/02d; OGH 27.03.2004, 20b52/03s; OGH 28.06.2012, 80b59/12b; OGH 04.09.2013, 7 Ob 119/13w.

gegeben, man müsse keine Abstände zum Nachbargrundstück einhalten und hatte zusätzlich die Anweisung erteilt, noch vor Vorliegen der Baubewilligung mit dem Bau zu beginnen.

Als nun vom Werkbesteller wegen Unterlassung der Warnpflicht des Werkunternehmers geklagt wurde, hatte der OGH festgehalten, dass diese Warnpflicht gänzlich entfallen kann, wenn sich der Besteller selbst von der Unrichtigkeit der von ihm erteilten Weisung überzeugen kann. Der Unternehmer wird demnach entlastet, sofern er davon ausgehen durfte, dass der Besteller die Mängel in seiner Sphäre durchaus kannte und das Risiko der Werkerstellung dennoch übernahm²⁵⁶.

Im vorliegenden Fall war dem Werkbesteller bewusst, dass ohne baubehördliche Bewilligungen nicht mit dem Bau begonnen werden durfte und der Werkbesteller musste auch mit eventueller Baueinstellung oder Abbruch des konsenslos errichteten Gebäudes rechnen. Daher war an die Warnpflicht des Unternehmers keine hohe Anforderung zu stellen und ein geführtes Gespräch des Werkunternehmers mit dem Werkbesteller in diesem Zusammenhang wurde als ausreichend zur Erfüllung der Warnpflicht betrachtet.

E) Eigene Ansicht zur hier angeführten Judikatur zur Warnpflichtverletzung

Generell ist die Judikatur zu dem Themenkreis Warnpflichtverletzung im Zusammenhang mit Behördenbewilligungsverfahren nicht sehr erschöpfend. In allen hier beispielhaft angeführten Fällen wurde eine Warnpflichtverletzung der Unternehmer verneint, da letztlich der Werkbesteller selbst die erforderlichen Kenntnisse über die mögliche Gefahr der Bewilligungsunfähigkeit des Bauwerkes bereits besaß, oder aber diese Gefahr derart wenig naheliegend war, dass das Verschuldenselement nicht gegeben war.

In der oben angeführten Entscheidung von 1999²⁵⁷ wurde beispielsweise eine Warnpflicht über die möglichen Probleme mit der Erreichung einer Baubewilligung des Werkunternehmers nicht angenommen, solange die Erlangung der Baubewilligung nicht im Bereich des Denkmöglichen gelegen wäre. Dies lässt aus meiner Sicht einen ausgesprochen geringen Spielraum offen für denkbare Fälle, bei denen Werkunternehmer einer Warnpflicht iZm Baubewilligungen unterliegen würde.

²⁵⁶ OGH 12.02.2001, 10 Ob 205/01x = SZ 2002/23; M.Bydlinski in KBB² § 1168a Rz 8.

²⁵⁷ OGH 25.02.1999, 2 Ob 46/99z.

Weiters wird, wie bereits dargestellt, in einem Großteil der Fälle im Zusammenhang mit der Zuteilung des Preisrisikos für bereits geleistete Vorarbeiten lediglich über die Sphärentheorie argumentiert und die Frage einer möglichen Warnpflichtverletzung des Unternehmers nicht behandelt.

Bedenkt man, dass die Warnpflicht nach herrschender Judikatur nicht überspannt werden darf²⁵⁸, und, wie bereits erwähnt, gänzlich entfallen kann, wenn sich der Besteller selbst von der Unrichtigkeit der von ihm erteilten Weisung überzeugen konnte, so kann bei Bewilligungsverfahren rasch der Schluss getätigt werden, dass diese Kenntnis des Werkbestellers gegeben sein müsse, da er Partei und Betreiber des Verfahrens ist.

Der Werkbesteller als Verfahrenspartei wird wohl in Kenntnis des Verfahrens sein und demnach ist diese Voraussetzung, die zu einem Entfall der Warnpflicht führen kann, auch häufig gegeben. Wieweit jedoch von dieser Kenntnis über den Verlauf eines Verfahrens zu einer Einschätzbarkeit des Ausgangs geschlossen werden kann, wird hier nach meiner Ansicht nicht ausreichend berücksichtigt.

Ob demnach tatsächlich immer davon ausgegangen werden kann, dass ein Werkbesteller, der trotz Wissens um eventuelle Problematiken in einem Verfahren die laufenden Vorarbeiten nicht gleich unterbricht, bewusst alle Risiken für die ihm bei einem negativen Bescheid entstehenden Kosten in Kauf genommen hätte, möchte ich bezweifeln. Meiner Meinung nach wird dem Werkbesteller häufig die Einschätzbarkeit der tatsächlichen Gefahr der Nichterlangung der Behördenbewilligung fehlen und er wird somit schwer unterscheiden können, ob es sich um ein durchaus übliches Nachbessern der Unterlagen oder um einen Umstand handelt, der einer Bewilligung letztlich entgegensteht.

Gerade in der immer komplexeren Bewilligungswelt sollte aus meiner Sicht einer gewissen Aufklärungspflicht des Werkunternehmers mehr Bedeutung zugeordnet werden, um ein mögliches Ungleichgewicht der Risikoverteilung zu vermeiden.

Bei diesen Fällen wurde nicht näher geprüft, ob der Unternehmer den Werkbesteller auch ausreichend von den möglichen negativen Folgen bei Weiterführung der Arbeiten, trotz einer

²⁵⁸ RIS-Justiz RS0021941 = OGH 08.07.1980, 5Ob581/80; OGH 09.04.1981, 8Ob504/81; OGH 31.05.1983, 5Ob691/82; OGH 12.12.1984, 1Ob647/84; OGH 03.09.1986, 3Ob548/86; OGH 28.04.1987, 2Ob614/86; OGH 27.04.1987, 1Ob42/86; OGH 05.11.1987, 8Ob588/87; OGH 06.09.1988, 6Ob610/88; OGH 15.02.1990, 8Ob579/90; OGH 29.11.1990, 6Ob735/89; OGH 05.02.1992, 2Ob590/91; OGH 10.05.1994, 4Ob539/94; OGH 23.07.1997, 7Ob82/97b; OGH 12.02.1998, 6Ob35/98k; OGH 08.11.2001, 6Ob53/01i; OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k; OGH 15.10.2009, 2Ob277/08m.

Gefahr der Nicht-Erreichung der benötigten Behördenbewilligung, informiert hatte oder er lediglich auf mögliche Gefahren im Zusammenhang mit Behördenbewilligungen hingewiesen hatte.

Nur wenn beispielsweise vorliegende Informationen des Werkunternehmers über den möglichen negativen Ausgang des Bewilligungsverfahrens an den Werkbesteller weitergegeben wurden, würde ich von einer ausreichenden Erfüllung der Warnpflicht des Werkunternehmers ausgehen.

Im Ergebnis würde dem Werkunternehmen wegen seiner Warnpflichtverletzung nicht der volle Ersatz der Mehrkosten aus Verzögerungen aufgrund von Bauunterbrechungen, oder der bereits entstandenen Kosten für ein nicht vollendbares Werk aufgrund von Baustopps, zustehen.

Verständlicherweise soll das wirtschaftliche Risiko nicht auf den Werkunternehmer übertragen werden, doch wird üblicherweise auch ein Unternehmer lediglich ein für ihn lukratives Werk annehmen, sodass eine gewisse Schadensteilung durchaus gerechtfertigt sein kann.

Es könnte demnach, insbesondere aufgrund der immer komplexer werdenden Anforderungen des öffentlichen Baurechts, nach meiner Ansicht darauf geachtet werden, der Warnpflicht des Unternehmers nicht zu wenig Bedeutung zuzuordnen. Der Werkunternehmer wird häufig einen höheren Erfahrungswert als der Laie „Häuslbauer“, insbesondere wenn dieser Konsument ist, mit sich bringen und damit wohl auch die Folgen einer Entscheidung eindeutig besser einschätzen können, sodass der Anerkenntnis einer Aufklärungspflicht innerhalb der Warnung gemäß § 1168a ABGB bei Fällen des Baurechts nach meiner Meinung auch angemessen wäre.

Die in diesem Kapitel im Folgenden dargestellte Ausnahme gemäß § 5a Abs 2 Z 8 KSchG, wonach Bauverträge nicht in die erhöhte Informationspflicht des VRUG fallen, ist daher aus meiner Sicht bedauerlich.

Im Bauwesen wird eine Nebenpflicht der Kooperation zwischen Werkbesteller und ausführendem Werkunternehmer mit gegenseitigen Aufklärungspflichten und Kontrollpflichten anerkannt²⁵⁹. Auch wenn diese Aufklärungspflicht nur dann besteht, wenn

²⁵⁹ RIS-Justiz RS0021634 = OGH 13.07.1988, 3 Ob 526/88; OGH 15.02.1990, 8 Ob 579/90; OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91; OGH 22.10.1991, 4 Ob 561/91; OGH 23.02.1993, 1 Ob 628/92; OGH 28.11.2002, 8 Ob 287/01s; OGH

der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte, liegt nach meiner Meinung diese Voraussetzung, dass sich der Werkbesteller eine Aufklärung erwarten durfte, bei der bereits angesprochenen Komplexität dieser Verfahren im Zusammenhang mit Baubewilligungen durchaus vor, und sollte aus meiner Sicht bei den Entscheidungen auch mehr Berücksichtigung finden.

In zwei der drei hier beispielhaft angeführten Entscheidungen waren die Werkbesteller selbst Unternehmer, und dennoch haben auch diese im Wirtschaftsleben somit regelmäßig agierenden Teilnehmer diese Anforderungen des öffentlichen Baurechts offensichtlich nicht ausreichend einschätzen können. Daran zeigt sich aus meiner Sicht, wie komplex diese Anforderungen werden, sodass häufig tatsächlich nur die im täglichen Arbeitsbereich damit befassten Unternehmer eine realistische Einschätzung der Situation geben könnten, wodurch der angeführten Warnpflicht in den Entscheidungen im Zusammenhang mit der Risikozuteilung der Nicht-Erlangung von Behördenbewilligungen mehr Bedeutung zugemessen werden sollte, als dies derzeit der Fall ist.

F) Allgemeines und Rechtsprechung zur Sphärentheorie

Nach der Sphärentheorie²⁶⁰ verliert der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch, wenn das Werk durch Umstände vereitelt wird, die nicht auf der Seite des Bestellers liegen, die somit durch Unmöglichkeit der Werkserstellung durch den Werkunternehmer selbst oder aber auch durch eine „dritte Sphäre“ begründet wurde²⁶¹.

Der Entgeltanspruch des Unternehmers bleibt jedoch insoweit aufrecht, als die Umstände, welche die Werksausführung unmöglich machten, der Sphäre des Bestellers zuzuordnen sind. Auch jene Umstände, die in den sogenannten neutralen Kreis fallen, hat damit grundsätzlich der Unternehmer zu vertreten.

Diesem neutralen Kreis sind jedoch nur Umstände zuzuordnen, die außerhalb der vertraglichen Disposition stehen, über die somit keine vertragliche Regelung besteht. Wie der

26.01.2006, 8 Ob 42/05t; OGH 26.03.2009, 6 Ob 23/09j; OGH 19.09.2013, 1 Ob 134/13g; OGH 26.02.2014, 7 Ob 231/13s.

²⁶⁰ *Krejci in Rummel*³ § 1168 Rz 11 und 27 iVm § 1170a Rz 7 und 25, *Mell-Schwimmann*, Grundriß des Baurechts 76; OGH 26.01.1984, 6 Ob 835/83.

²⁶¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 265.

OGH in stRsp²⁶² seit 1976 betont, ist die Sphärentheorie grundsätzlich dispositiv und kann von den Parteien des Werkvertrages abbedungen werden.

Die Parteien können somit grundsätzlich auch vereinbaren, dass der Werkunternehmer selbst dann, wenn die Vereitelung des Werkes aus der Sphäre des Bestellers kommt, keinen zusätzlichen Entgeltanspruch haben soll²⁶³.

Mit dem vom OGH aufgestellten Rechtsatz RS0038778²⁶⁴ wird festgehalten, dass grundsätzlich dem Besteller die Erwirkung der Erlangung der Behördenbewilligung obliegt. Die Nichterlangung bildet demnach auch grundsätzlich einen auf Seite des Bestellers liegenden Umstand, der die Werkausführung verhindert.

Im Zusammenhang mit Behördenbewilligungsverfahren wird es somit als generell in die Sphäre des Bestellers fallend angesehen, wenn die erforderliche Baubewilligung nicht erteilt wurde. Damit wird ein beschränkter Entgeltanspruch des Werkunternehmers nach § 1168 ABGB bei Nichterlangung der gewünschten Behördenbewilligung bejaht.

Als Konsequenz habe der Bauherr beispielsweise das bis zur Einreichung der Baubewilligung vereinbarte Entgelt zu bezahlen, wenn dieser trotz geeigneter und dem Auftrag entsprechender Pläne nicht um Baubewilligung angesucht hatte. Dieses volle vereinbarte Entgelt stehe selbst dann zu, wenn für den Fall ihrer Nichterteilung ein vermindertes Entgelt vereinbart gewesen sei²⁶⁵.

Die Bewertungen in den Entscheidungen mit Hauptaugenmerk auf die Sphärentheorie führen daher zu einem anderen Ergebnis als die Entscheidungen mit Hauptaugenmerk auf die Warnpflichtverletzung, die soeben dargestellt wurde.

²⁶² RIS-Justiz RS0021888 = OGH 07.04.1976, 1Ob576/76; OGH 10.03.1982, 6Ob551/82; OGH 19.03.1985, 5Ob519/85; OGH 27.04.1987, 1Ob42/86; OGH 21.10.1987, 14ObA77/87; OGH 06.09.1988, 6Ob610/88; OGH 20.10.1988, 8Ob552/88 (8Ob553/88); OGH 20.07.1989, 7Ob14/89; OGH 05.06.1991, 1Ob642/90; OGH 25.05.1994, 3Ob501/94; OGH 18.05.1998, 8Ob63/98t; OGH 12.02.2002, 10Ob205/01x; OGH 27.11.2003, 6Ob161/03z; OGH 13.07.2006, 2Ob301/05m; OGH 21.10.2008, 5Ob211/08b; OGH 16.11.2009, 9Ob6/09m; OGH 17.11.2010, 6Ob216/10y; OGH 18.01.2012, 3Ob198/11f OGH 27.06.2013, 8 Ob 58/13g.

²⁶³ RIS-Justiz RS0115202 = OGH 12.06.2001, 4Ob46/01w= SZ 74/107; OGH 25.01.2005, 1Ob259/04a.

²⁶⁴ RIS-Justiz RS0038778 = OGH 17.12.1974, 8 Ob 246/74; OGH 06.11.1981, 1 Ob 569/81; OGH 26.01.1984, 6 Ob 835/83; OGH 14.01.1997, 4 Ob 2398/96t; OGH 25.01.2005, 1 Ob 259/04a.

²⁶⁵ OGH 25.01.2005, 1 Ob 259/04a.

G) Beispiele aus der Judikatur zur Sphärentheorie

OGH 17.12.1974, 8Ob246/74²⁶⁶

In diesem Fall wurde einem Werkunternehmer der ursprünglich erteilte Auftrag zur Erstellung der Unterlagen zur Erreichung der Baubewilligung vom Werkbesteller wieder entzogen. Dies ist erfolgt, nachdem bei einer Vorbesprechung bezüglich der Einreichung einer Baubewilligung der zuständige Behördenvertreter dem Werkbesteller erklärt hatte, diese Bewilligung könne nicht erteilt werden, da damit das Ortsbild nicht eingehalten werden würde.

Es war bereits vor Beginn der Arbeiten und vor der Vorbesprechung mit den Behörden vom Werkbesteller eine Anzahlung in der Höhe von 30% des Werklohnes an den Werkunternehmer überwiesen worden. Nachdem der Werkbesteller zur Überzeugung gekommen ist, für sein Bauwerk keine Bewilligung erlangen zu können, hat dieser beim beauftragten Werkunternehmer den Auftrag storniert und die Rückzahlung der geleisteten Anzahlung gefordert.

Der Werkunternehmer hingegen hat auf einen beschränkten Werklohn in Höhe der bereits vom Werkbesteller geleisteten Anzahlung bestanden und die Einbehaltung dieses beschränkten Entgeltanspruches nach § 1168 ABGB eingeklagt. Seine Anrechnungspflicht des durch die Nichtausführung des Werkes Ersparten habe er berücksichtigt, indem er das vereinbarte Entgelt um 70% kürzte. Somit wurde im Ergebnis nur der Anspruch auf Behalten der 30%igen Anzahlung als verminderter Werklohn für die bereits geleisteten Tätigkeiten vom Werkunternehmer eingeklagt.

Das Erstgericht hat eine Verletzung der Warnpflicht des Werkunternehmers verneint, da die Verweigerung der Baubewilligung aus rein ästhetischen Gründen der Baubehörde erfolgte, deren Beurteilung für den Werkunternehmer nicht voraussehbar war.

Vom Berufungsgericht hingegen wurde der Anspruch des Werkunternehmers auf den Werklohn verneint, da die behördliche Bewilligung eine vereinbarte Vertragsgrundlage dargestellt hätte, nach deren Wegfallen eine Werkausführung unmöglich gemacht worden sei.

Der Werkbesteller war daher berechtigt vom Vertrag abzugehen, ohne dass dem Unternehmer hierfür irgendwelche Ansprüche zustehen würden. Dieser sei vielmehr verpflichtet, das bereits Empfangene herauszugeben.

²⁶⁶ OGH 17.12.1974, 8Ob246/74 = SZ 47/149.

Diese Auffassung wurde jedoch vom OGH mit der Begründung revidiert, dass sich der Besteller gegenüber dem Entgeltanspruch des Unternehmers nicht auf das Nichtvorhandensein oder Wegfallen einer Vertragsvoraussetzung berufen könne, die sich auf Tatsachen der eigenen Sphäre bezieht.

In dieser Entscheidung hat der erkennende Senat in Übereinstimmung mit den Ansichten von *Adler-Höller*²⁶⁷ und mit der Schweizer Lehre und Rechtsprechung²⁶⁸ ein Verbot der Baubehörde als einen beim Besteller eingetretenen Zufall beurteilt.

Ausschlaggebend sei daher, ob die Umstände, die eine Werkausführung unmöglich machten, der Sphäre des Bestellers zuzuordnen sind. Trifft dies zu, dann besteht der Entgeltanspruch des Unternehmers zu Recht.

Demnach gebührt nach § 1168 ABGB dem leistungsbereiten Unternehmer das vereinbarte Entgelt, wenn die Werkausführung durch Umstände, die auf Seiten des Bestellers liegen, unterblieben sind, und dem Unternehmer kein Verschulden unterlaufen ist.

Liegen die Umstände, die eine Werkausführung verhindern, hingegen in der Sphäre des Unternehmers oder des neutralen Kreises, denn auch diesen hat der Unternehmer zu vertreten, so verliert der Unternehmer seinen Anspruch auf Vergütung des Werklohnes.

Die Erlangung einer Baubewilligung wurde in dieser Entscheidung von 1974 nach Auffassung des erkennenden Senats der Sphäre des Bestellers zugeordnet, und der Werkbesteller musste demnach auch den verminderten Lohn für die bereits geleisteten Vorarbeiten an den Werkunternehmer bezahlen bzw konnte dieser als Anzahlung bereits erhaltenen Betrag beim Werkunternehmer verbleiben.

Zusammenfassend zu dieser Entscheidung:

Zusammenfassend, und aus meiner Sicht bis heute sehr bedeutend, hat mit dieser Entscheidung der erkennende Senat das Risiko der Nicht-Erteilung von Baubewilligungen in Richtung Werkbesteller positioniert.

Da die Erlangung der Behördenbewilligung der Bestellersphäre zugeordnet wird, bleibt für den Werkunternehmer der Entgeltanspruch bei Nichterlangung der Bewilligung bestehen, weil sich der Werkbesteller nicht auf das Nichtvorhandensein einer Vertragsvoraussetzung berufen kann, die aus seiner eigenen Sphäre stammt. Hier ist lediglich noch der Beisatz

²⁶⁷ In Klang², 402.

²⁶⁸ Berner KommVI/2 Obligationsrecht³ 549.

einzufügen, sofern den Werkunternehmer kein Verschulden trifft, in anderen Worten, dieser seine Warnpflicht nicht verletzt hat oder sonst schuldhaft die Erteilung der Bewilligung nicht verhindert hat.

Diese Zuordnung des „Behördenrisikos“ in die Bestellersphäre ist bis heute grundsätzlich unbestritten und wie die weiteren Fälle zeigen, führt dies auch in einem Großteil der Fälle tatsächlich zu einer Kostentragung des Bestellers, wenn eine Bewilligung nicht, oder nur verzögert, erteilt wird.

Die hier angeführte Entscheidung hat damit aus meiner Sicht nachhaltige Bedeutung für eine ganze Branche und ist, wie bereits betont, damit auch heute noch sehr aktuell.

In den späteren Jahren sind mehrere Gerichtsurteile zu diesem Themenkreis ergangen und es wurde die darin begründete Entscheidungslinie des erkennenden Senats von 1974 in der Folge noch weiter verstärkt.

OGH 19.03.1985, 50b519/85

In dieser E²⁶⁹ ging es um einen Rechtsstreit, bei dem von dem für Umbauarbeiten beauftragten klagenden Werkunternehmer von dem beklagten Werkbesteller Mehrkosten verlangt wurden, die sich aus der Verzögerung der Erreichung der Baubewilligung und einer damit zusammenhängenden witterungsbedingten Verlängerung der Baudauer ergeben hatten.

Als Besonderheit des Falles ist zu betonen, dass der Unternehmer zum einen für die Arbeiten einen Kostenvoranschlag mit Garantiefunktion im Sinne des § 1170a ABGB gelegt hatte und somit für dessen Richtigkeit insofern garantiert hatte, als Lohn und Materialpreiserhöhungen unberücksichtigt bleiben sollten, und zum anderen der letztlich die Mehrkosten einklagende Werkunternehmer diese Mehrkosten bereits vor Baubeginn kannte, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt diese Mehrkosten anführte und auch in Rechnung stellte.

Nach Ansicht des Berufungsgerichtes konnte der Besteller, solange er nicht von der unvermeidlich gewordenen beträchtlichen Erhöhung der Kosten gegenüber den im Kostenvoranschlag ursprünglich geplanten Kosten verständigt wurde, davon ausgehen, dass sich der Werkunternehmer an seinen Kostenvoranschlag gebunden betrachtet. Diese Annahme sei selbst dann redlich, wenn eine Überschreitung des Voranschlages aus den Umständen zu vermuten gewesen wäre.

²⁶⁹ OGH 19.03.1985, 50b519/85 = RdW 1985,305 = EvBl 1986/27 S 109 = SZ 58/41.

Auch für den Fall, dass aufgrund des zusätzlichen Mehraufwandes an Arbeit oder Material eine beträchtliche Überschreitung des Voranschlages gegeben ist, wäre das Einverständnis des Bestellers mit diesem Mehraufwand noch nicht ausreichend, dass damit der Besteller die Mehrkosten, trotz Unterbleibens einer Anzeige im Sinne des § 1170a Abs 2 ABGB, hätte übernehmen wollen.

Vom Berufungsgericht wurde jedoch weiter die Rechtsansicht vertreten, dass dem Werkunternehmer für die Mehrkosten, welche durch die Nichterlangung der Baubewilligung entstanden sind, in Anwendung von § 1168 ABGB eine angemessene Entschädigung gebührt, da es sich um in die Sphäre des Werkbestellers zuzurechnende Kosten handeln würde. Zu dieser Zuteilung kam das Berufungsgericht, nachdem in der Rechtsprechung sehr allgemein Umstände der Erreichung der Baubewilligung der Sphäre des Werkbestellers zugeordnet werden.

Somit würde für den Zeitverlust und für die daraus entsprechenden Mehrkosten ein Anspruch auf Entschädigung gebühren. Diese Entschädigung würde zusätzlich zum weiterhin aufrechten Anspruch auf den Werklohn für den Werkunternehmer bestehen.

Es wurde nun jedoch nach Ansicht des Berufungsgerichtes vom Werkunternehmer genau dieser Ausgleich für Mehrleistung nicht in das Verfahren eingebracht, sondern lediglich bestritten, dass im entsprechenden Werkvertrag ein Kostenvoranschlag unter Gewährleistung nach § 1170a ABGB vorgelegen wäre, und zwischen den Parteien eine Vertragsänderung mit entsprechender Mehrkostenverrechnung stattgefunden hätte.

Die Anwendung von § 1168 ABGB, wonach dem Werkunternehmer der volle (bzw um Mehrkosten erhöhte) Werklohn zusteht, wenn das Werk aus Umständen der Bestellersphäre nicht zustande kommt oder mit Mehrkosten verbunden ist, sah das Berufungsgericht als nicht in den Prozess eingebracht, und daher als hier nicht zu berücksichtigen an. Somit wurde vom Berufungsgericht dem Werkunternehmer kein Anspruch auf Mehrkosten zugesprochen.

Der OGH führt in seiner Entscheidung zuerst die Anwendbarkeit der in der österreichischen Rechtsprechung und Lehre²⁷⁰ anerkannten Sphärentheorie, insbesondere in den Vorschriften von §§ 1168 und 1168a ABGB aus, wonach jener Vertragsteil den Zufall zu tragen hat, in dessen Sphäre er sich ereignet. Daraufhin wird die Analogiefähigkeit der §§ 1168 und 1168a ABGB bejaht.

²⁷⁰ Adler-Höller in Klang² 402; Krejci in Rummel³ § 1168 Rz 11 und 27 iVm § 1170a Rz 7 und 25, Mell-Schwimann, Grundriß des Baurechts 76; OGH 26.01.1984, 6 Ob 835/83; Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 264 f.

In dieser Entscheidung bezieht sich der OGH auf die Meinung von *Krejci*²⁷¹, der höhere Werklohnforderungen des Unternehmers prinzipiell bejaht, wenn diese auf Umständen in der Bestellersphäre zurückzuführen sind. Zu dieser Beurteilung kommt *Krejci* selbst dann, wenn der Werkvertrag unter Zugrundelegung eines Kostenvoranschlages unter ausdrücklicher Gewährleistung im Sinne des § 1170a Abs 1 ABGB abgeschlossen wurde.

Somit wird die Argumentation in dem Sinne fortgesetzt, wonach ein Rücktrittsrecht des Werkunternehmers von seiner Fixpreiszusage und eine entsprechende angemessene Vergütung in Fällen nicht ausgeschlossen sind, wenn die Einhaltung der Kosten im Sinne des § 1170a Abs 1 ABGB ausdrücklich gewährleistet wurde. Dies gilt das umso mehr für die Fälle des § 1170 Abs 2 ABGB, bei denen eben keine Gewährleistung für die Kosteneinhaltung gegeben wurde und daher das Vertrauen auf diese Einhaltung der Fixpreiszusage als wesentlich geringer anzusehen ist.

Der OGH legt in seiner Entscheidung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichtes das Hauptaugenmerk auf diese Überlegungen von *Krejci* und kommt damit zu dem Endergebnis, dass die Parteien keine Regelung getroffen hätten, wonach der Werkunternehmer auch bei erheblichen Verzögerungen an seine Fixpreiszusage gebunden wäre. Damit wären die erwähnten dispositiven gesetzlichen Regelungen heranzuziehen. Diese führen aber nach der Sphärentheorie zu einer Zuordnung zum Werkbesteller. Mehrkosten, die aufgrund von Verzögerungen zur Erlangung von Behördenbewilligung entstanden sind, sind demnach vom Werkbesteller zu tragen.

Der OGH führt weiter aus, dass beide Parteien in einer Annahme über einen erwarteten Abschluss eines Bauverfahrens einen Vertrag eingingen, ohne jedoch festzulegen, was zu geschehen hätte, wenn dieser Umstand nicht eintritt. Es wurde vom OGH auf eine Regelung der zu diesem Zeitpunkt geltenden ÖNORM verwiesen, da der Sachverhalt als ein im Zweifel von den Parteien nicht geregelter Umstand bewertet wurde.

In Analogie zu der Bestimmung der ÖNORM wird demnach die Festpreiszusage lediglich für vier Monate ab Arbeitsbeginn als bindend angesehen. Da jedoch in diesem Fall die Verzögerung aufgrund des Behördenbewilligungsverfahrens für mehr als vier Monate vorlag, sah der OGH die Mehrkostenforderung des Werkunternehmers als berechtigt an.

²⁷¹ *Krejci* in *Rummel*³ § 1168 Rz 11 und 27 iVm § 1170a Rz 7 und 25.

Zusammenfassend zu dieser Entscheidung:

Wie in der eben dargestellten Entscheidung ausdrücklich erwähnt, handelt es sich bei den Bestimmungen, die diese Gefahrtragungen des Werkvertrages allgemein regeln, prinzipiell um dispositives Recht, sodass vertraglich auch andere Vereinbarungen zwischen den Parteien vorgenommen werden können.

Nun folgt jedoch eine in der Praxis relevante und durchschlagende Einschränkung zu dieser prinzipiellen Dispositivität im Zusammenhang mit dem Thema Baubewilligungen. Die Übertragung des Risikos für das Auftreten von Mehrkosten ist jedoch nach Meinung des OGH für jene Fälle nicht möglich, bei denen die Mehraufwendungen auf Veränderungen beruhen, die der Bestellersphäre zuzuordnen sind.

Zusätzlich schließt sich der OGH der Meinung von *Krejci*²⁷² an, dass Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind, selbst bei Zugrundelegung eines „Kostenvoranschlages unter ausdrücklicher Gewährleistung“ im Sinne des § 1170a Abs 1 ABGB, nicht ausgeschlossen sind.

Somit steht dem Besteller in diesen Fällen auch kein Rücktrittsrecht zu und es gebührt dem Unternehmer für die Mehraufwendungen, die auf die Bestellersphäre zurückzuführen sind, eine angemessene Vergütung bzw gegebenenfalls auch eine Aufstockung des Werklohnes.

Nun wird seit der oben erwähnten Entscheidung von 1974²⁷³ das Risiko für die Erlangung der Baubewilligung, und grundsätzlich undifferenziert bezüglich der Umstände des Misslingens des Antrages, der Bestellersphäre zugeordnet. Damit ist, um nun wieder auf die in dieser Entscheidung zitierte Ansicht von *Krejci* zurückzukommen, eine Vergütung der Kostensteigerung des Unternehmers generell dann zulässig, wenn die Umstände der Mehraufwendungen der Bestellersphäre zuordenbar sind.

Dies gilt auch in Fällen, in denen ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung abgeschlossen wurde, selbst ohne unverzügliche Anzeige des Unternehmers, und selbst wenn diese Kostensteigerung beträchtliche Ausmaße annimmt²⁷⁴. Voraussetzung ist lediglich, dass die Mehrkosten als unvermeidlich anzusehen sind.

²⁷² *Krejci* in *Rummel*³ § 1170a Rz 7 und 25.

²⁷³ OGH 17.12.1974, 8Ob246/74 = SZ 47/149.

²⁷⁴ *Krejci* in *Rummel*³ § 1170a Rz 7.

Eigene Ansicht zu dieser Entscheidung

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Besteller, indem er vom Unternehmer eine Fixpreiszusage erwirkt hatte, offensichtlich die Gefahr für das Auftreten von Mehrkosten auf den Unternehmer übertragen wollte.

In dieser Entscheidung ist unstrittig, dass sich auch der Unternehmer der Unerlässlichkeit der Aufbringung dieser Zusatzaufwendungen für den Besteller bewusst gewesen ist und er dennoch die Mehrkosten, die er vor Baubeginn bereits kannte, erst zu einem derart späten Zeitpunkt eingebracht hatte.

Etwas zynisch formuliert wäre eine mögliche Denkvariante auch, davon auszugehen, dass der Unternehmer Kenntnisse über die derzeitige Rechtsprechungslinie hatte und daher wusste, dass sein Risiko diese Kosten nicht vergütet zu bekommen als nicht besonders hoch einzuschätzen war und der Unternehmer daher auch mit seiner Kostenforderung bis zur Erstellung der Schlussrechnung abwarten konnte.

Geht es nicht um Mehrkosten, sondern um Vorarbeiten, so wird in dem Rechtssatz RS0020162²⁷⁵ die grundsätzliche Berechtigung des Bestellers für Rückerstattung der von ihm erbrachten Teilleistungen an den Unternehmer festgehalten, die bei einem vom Besteller nicht zu vertretenden Zufall wegen Unmöglichkeit der Erfüllung wertlos geworden sind.

Nur besteht hier das Thema, dass die Gefahr für die Erreichung der Baubewilligung gerade dem Besteller klar zugeordnet wird, womit dem Besteller auch generell kein Rücktrittsrecht zusteht, sofern sich die Gründe für die Unmöglichkeit der Leistung im Zusammenhang mit Fehlern aus einer Baubewilligung ergeben.

Somit kann lediglich, wenn die Erteilung der Baubewilligung eine Bedingung für die Wirksamkeit des Zustandekommens der in der Zwischenzeit getroffenen Vereinbarung war, ein Klagebegehren nach § 1168 ABGB wegen Nichtzustandekommen des Hauptvertrages für den Besteller Erfolg versprechend sein²⁷⁶.

Da ein Rücktrittsrecht für Umstände, die der Bestellersphäre selbst zuzuordnen sind, nicht zusteht, war nach Ansicht des OGH auch eine unverzügliche Anzeige des Unternehmers über die unvermeidliche beträchtliche Überschreitung der Kosten zur Wahrung des Anspruches auf die Mehrkosten entbehrlich.

²⁷⁵ RIS-Justiz RS0020162 = OGH 26.10.1965, 8 Ob 303/6; OGH 12.06.1980, 8 Ob 518/80; OGH 02.12.1982, 8 Ob 532/82; OGH 20.07.1989, 7 Ob 14/89.

²⁷⁶ OGH 26.06.1991, 3Ob1543/91; ZBl 1932/42; OGH 26.10.1965, 8Ob303/65 = EvBl 1966/209.

Wie vom Unternehmer auch nicht bestritten, war ihm das Vorhandensein von wahrscheinlichen Mehrkosten bereits vor Vertragsabschluss durchaus bekannt, dennoch konnte er mit seiner Klage auf Vergütung dieser Zusatzaufwendungen voll durchdringen.

Für heutige Werkbesteller, die ein Projekt finalisieren wollen, ist diese Entscheidung wohl nicht einfach nachzuvollziehen, da der Unternehmer häufig bessere Kenntnisse mitbringt, die ihm auch die Möglichkeit geben sollten, den tatsächlichen Aufwand, der für eine Projektrealisierung notwendig ist, genauer einzuschätzen, wodurch sehr oft Bauaufträge unter Zugrundelegung eines Kostenvoranschlages unter Garantie oder einer Fixpreiszusage erteilt werden.

Dem Unternehmer dann trotz anderslautender Vereinbarung die Möglichkeit zu geben, Mehrkosten zu verlangen, die im Zusammenhang mit dem Behördenbewilligungsverfahren auftreten, kann nach meiner Ansicht schnell zu missbräuchlichem Verhalten der Unternehmer führen.

Dieser Mehrkostenanspruch besteht derzeit selbst dann, wenn der Unternehmer in seinem Angebot klar einen Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Gewährleistung der Einhaltung der Kosten erstellt, welches einem durchschnittlichen Besteller wohl ein Gefühl der Sicherheit der Kosteneinhaltung geben wird, welche aber aus Bestellersicht nicht uneingeschränkt gerechtfertigt ist.

Gerade in diesem Fall zeigt sich demnach die Auswirkung der Rechtsprechungslinie, die auf die Unterlassung der Warnung des Werkunternehmers für Mehrkosten kein Hauptaugenmerk legt, und daher nur in Ausnahmefällen über diese Argumentation zu einer Haftung des Werkunternehmers im Zusammenhang mit Behördenbewilligungsverfahren führt.

Nach meiner Meinung wird daher in dieser Entscheidung dieses alleinige Hauptaugenmerk auf die Zuordnung der Baubewilligung in die Bestellersphäre etwas überzogen. Kannte der Unternehmer die Mehrkosten und hat er diese nicht unverzüglich eingebracht und dem Besteller mitgeteilt, so sollte er nach meiner Meinung seinen Anspruch auf Vergütung verwirken.

Auch *Krejci*²⁷⁷ hat dieser Frage, ob der Unternehmer Kenntnis über zu erwartende Mehrkosten hatte bzw dem Zeitpunkt der Erlangung dieser Kenntnisse des Unternehmers, keine besondere Betrachtung in seiner Begründung gewidmet.

Nach meiner Ansicht sollte einer Berücksichtigung, wann der Unternehmer Kenntnisse über die Mehrkosten erlangt hatte und ob er diese Gefahr dem Werkbesteller mitgeteilt hatte, bei den gerichtlichen Entscheidungen mehr Bedeutung zukommen. Damit könnte vermieden werden, dass aufgrund der Zuordnung des Risikos aus Behördenbewilligungen in die Bestellersphäre fast gänzlich zu Lasten des Werkbestellers entschieden wird.

Auch die Voraussetzung oder Einschränkung des OGH, dass die Mehrkosten für den Werkunternehmer unvermeidlich sein müssten, wird nach meiner Ansicht in einem Großteil der Fälle im Zusammenhang mit Baubewilligungen gegeben sein. Die Mehrkosten, die im Zusammenhang mit der Erwirkung von Baubewilligungen entstehen, sind häufig Aufwendungen, um beispielsweise die Sicherheit eines Bauwerkes, wie dessen statischen Mindestanforderungen, zu gewährleisten. Es können aber auch nur Anforderungen, die Regelungen zur Einhaltung eines geordneten Ortsbildes betreffen, zu erheblichen Mehraufwendungen führen. Jedenfalls sind die Mehrkosten in einem Großteil der Fälle somit wohl als unvermeidlich anzusehen, wodurch durch die Sphärentheorie, auch wenn die Gefahrtragung generell dispositiv zugeordnet werden kann, trotz eventueller anderslautender Vereinbarungen, die Gefahr bei Misslingen einer Baubewilligung beim Bauherrn oder Werkbesteller verbleiben wird.

*OGH 12.07.2000, 70b91/99d*²⁷⁸

In dieser im Jahr 2000 ergangenen Entscheidung, scheiterte ein geplantes Projekt, das auf die Errichtung von 16 Wohneinheiten abgestellt hatte, trotz ursprünglich positiv erlangter Baubewilligung, an der Finanzierung über eine Bank als Darlehensgeber.

Eine anderweitige Finanzierung konnte in Folge nicht erlangt werden, da ein eventuell interessierter Darlehensgeber auf einer Errichtung von mehr als den baubewilligten 16 Wohneinheiten bestand. Hierfür wäre die Unterstützung der Gemeinde in Form einer Umwidmung des Baugebietes nötig gewesen. Diese Widmungsplanänderung wurde von der zuständigen Gemeinde nicht durchgeführt. Vorweg geführte Gespräche zwischen Gemeinde

²⁷⁷ In *Rummel*³ § 1170a Rz 7 und 25.

²⁷⁸ OGH 12.07.2000, 70b91/99d = ecolex 2000/309.

und Raumplaner, wie auch mit dem beklagten Werkunternehmer, hatten diese Entwicklung nicht erwarten lassen.

In Folge hat der Werkbesteller als klagende Partei vom beklagten Werkunternehmer die Refundierung des für die Planung des Projektes bereits teilweise bezahlten Honorars begehrt.

Eine weitere Besonderheit in diesem Fall ist, dass der beklagte Werkunternehmer für den klagenden Werkbesteller, der das Projekt der 16 Wohneinheiten realisieren wollte, die gesamtumfassende technische und wirtschaftliche Planung und Organisation des Projektes übernommen hatte, ohne jedoch die Finanzierbarkeit oder Erlangung der Bewilligung zuzusichern.

In seiner Entscheidung hat der OGH einerseits bewertet, dass der Beklagte und die Klägerin einen Baubetreuungsvertrag²⁷⁹ vereinbart hatten, andererseits die besondere Bedeutung hervorgehoben, dass der Beklagte jedoch keine Garantie für den positiven Ausgang des Projektes gegeben hatte.

Bei einem Baubetreuungsvertrag übernimmt der Baubetreuer für den Bauherrn typischerweise die Durchführung eines Bauvorhabens in technischer, wirtschaftlicher und finanzieller Beziehung. Es handelt sich somit um ein Schuldverhältnis in dem verschiedene Vertragselemente wie Werkvertrag und Geschäftsbesorgung enthalten sind²⁸⁰.

Die Durchführung solcher Verträge bringt es oft mit sich, dass der Baubetreuer vor Fälligkeit seines Entgeltes mit Auslagen für den Werkbesteller belastet wird und ihm aus diesem Grund gemäß § 1014 ABGB eine Berechtigung auf Erhalt von Vorschüssen zugesprochen wird.

Auch nach § 1170 Satz 2 ABGB wird dem vorleistungspflichtigen Werkunternehmer bei Verrichtung des Werkes in Abteilungen das Recht zugesprochen, einen verhältnismäßigen Teil des Entgeltes und den Ersatz der gemachten Auslagen schon vor Vollendung des Gesamtwerkes zu fordern²⁸¹.

Das Wesen des Vorschusses besteht in der Vorauszahlung eines sonst noch nicht fälligen Entgeltes, wobei nach § 1435 ABGB eine gesetzliche Verpflichtung besteht, den Vorschuss

²⁷⁹ *Krejci in Rummel*³ §§ 1165, 1166 Rz 24; *Locher/Koebler*, Baubetreuungs- und Bauträgerrecht⁴, Rz 15; OGH 5.6.1991, 1Ob563/91 = RdW1991,322 = JBl 191,793 = SZ 64/70.

²⁸⁰ OGH 5.6.1991, 1Ob563/91 = RdW1991,322 = JBl 191,793 = SZ 64/70.

²⁸¹ *Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 257.

dann zurückzuzahlen, wenn die Leistung, für die der Vorschuss erhalten wurde, letztlich nicht erbracht wurde²⁸².

Dieses Risiko für die Nichterlangung der Baubewilligung, oder, anders ausgedrückt, das Preisrisiko für die Vorarbeiten, die nun für den Besteller wertlos geworden sind, wurden vom Berufungsgericht der „neutralen Sphäre“ zugeordnet.

Begründet wurde diese Zuordnung in die neutrale Sphäre, und damit eine Abweichung von der ständigen Rechtsprechung, nach der die Risikozuordnung der Baubewilligung in die Bestellersphäre gehört, bei diesem Baubetreuungsvertrag mit dem Vertragszweck. Dieser wäre nach Ansicht des Berufungsgerichtes die Entwicklung eines bewilligungsfähigen und finanzierbaren Modelles gewesen.

Die Zuordnung zur Besteller- oder Unternehmersphäre würde ergeben, dass eine der Vertragsparteien für die Gesamtkosten dieser Planungsarbeiten aufkommen müsse, welche weder den gewünschten Erfolg gebracht hatten, noch für den Besteller sonst von Wert sein können. Diese volle Kostentragung einer Partei sei jedoch nach Ansicht des Berufungsgerichtes unbillig. Es wurde daher mit dem Argument, dass vernünftige und redliche Parteien für diesen Fall wohl eine Kostenteilung vereinbart hätten, dieser Lösungsansatz der gleichen Kostenaufteilung zwischen den Vertragspartnern vom Berufungsgericht gewählt.

Der OGH hat die Revision des Werkbestellers zurückgewiesen. Die vertragliche Risikotragungsregelung wurde in der Feststellung des Unternehmers gesehen, eine Garantie, die Finanzierung und Bewilligung des Projektes zu erlangen, würde der Unternehmer jedenfalls nicht übernehmen.

Damit liegt nach Ansicht des OGH eine den Einzelfall betreffende Lösung des gegenständlichen Rechtsproblems zugrunde, sodass es zu einer Kostenteilung 50% zu 50% zwischen klagenden Werkbesteller und beklagten Werkunternehmer kam.

Zusammenfassend zu dieser Entscheidung

Das Risiko für die Nichterlangung der Baubewilligung wurde vom OGH auch unter diesen Voraussetzungen der Klägerin und somit der Bauherrin zugeordnet. Diese Bewertung ist abweichend von der Zuordnung des Berufungsgerichtes, die das Risiko in der neutralen Sphäre angesiedelt hatte.

²⁸² Grillberger in Schwimann³ § 1154a Rz 2; Schubert in Rummel³ § 984 Rz 7; Krejci in Rummel³ § 1154 a; OGH 04.04.1978, 3 Ob 518/77 = SZ 51/38; OGH 12.12.1984, 1 Ob 689/84.

Das Berufungsgericht argumentierte mit ergänzender Vertragsauslegung. Diese Argumentationslinie war offensichtlich ein Versuch, von der generellen Sphärenzuordnung des Risikos der Bewilligung zum Bauherrn hin, eine Begründung für eine Zuordnung dieses Risikos in die neutrale Sphäre zu erlangen.

Sie wurde jedoch vom OGH mit der Begründung aufgehoben, die Klägerin habe den Auftrag im Wissen bzw Wissenmüssen, dass der Beklagte dieses Risiko nicht übernimmt, dennoch erteilt.

Somit läge die Lösung des Rechtsproblems auch in diesem Fall in der Vertragsauslegung für den Einzelfall und es würde sich um keinen Fall handeln, in denen die Gründe für das Scheitern des Projektes in der neutralen Sphäre gelegen wären.

*Wilhelm*²⁸³ hat in seiner Glosse zu dieser Entscheidung bereits seinen Unmut kundgetan, da letztlich der OGH die allgemeinen rechtlichen Überlegungen für die Urteilsbegründung des Berufungsgerichtes abgelehnt hatte, jedoch die Revision des Werkbestellers zurückgewiesen hatte, da diese ein vertragliches Einzelvertragsproblem betreffe.

Das Erstgericht hatte das Preisrisiko gänzlich dem Unternehmer zugeordnet, da es nur mit der Unmöglichkeit der Projektrealisierung aufgrund der Finanzierbarkeit argumentiert hatte. Dieses war kein Verschulden des Werkbestellers und damit wurde, gemäß der allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen zum Werkvertrag, das Preisrisiko dem Werkunternehmer zugeordnet.

Wird das Werk durch Umstände verhindert, die auf der Seite des Bestellers liegen, so behält der Unternehmer den Anspruch auf Entgelt. Die Preisgefahr liege somit gemäß den allgemeinen Prinzipien des Werkvertrages nach § 1168 Abs 1 ABGB in diesen Fällen beim Werkbesteller²⁸⁴.

Das Berufungsgericht hatte das Risiko der Baubewilligung, entgegen der ständigen Rechtsprechung des OGH²⁸⁵, nicht ausschließlich der Risikosphäre des Werkbestellers zugeordnet. Wäre die Judikaturlinie des Obersten Gerichtshofes zur Anwendung gekommen, hätte der Werkbesteller 100% der Kosten zu tragen gehabt.

²⁸³ In *ecolex* 2000/309.

²⁸⁴ *Rebhahn* in *Schwimann*³ § 1168 Rz 18, *Krejci* in *Rummel*³ § 1168a Rz 17.

²⁸⁵ RIS-Justiz RS0038778 = OGH 17.12.1974, 8 Ob 246/74; OGH 06.11.1981, 1 Ob 569/81; OGH 26.01.1984, 6 Ob 835/83; OGH 14.01.1997, 4 Ob 2398/96t; OGH 25.01.2005, 1 Ob 259/04a.

Eigene Ansicht zu dieser Entscheidung

Auch bei dieser Entscheidung wird vom OGH hauptsächlich mit der Theorie, dass die Behördenbewilligung der Sphäre des Bestellers obliegt, argumentiert. Da hier kein Fall der neutralen Sphäre vorläge, und mittels der Sphärentheorie das Risiko für die Behördenbewilligung sehr umfassend dem Werkbesteller zugeordnet wird, hätte sohin auch für diesen Sachverhalt der Werkbesteller für die Mehrkosten aufkommen müssen.

Nur wenn der Werkunternehmer garantiert hätte, den Erfolg für die Finanzierung und Bewilligung des Projektes zu übernehmen, wären diese Planungskosten beim Werkunternehmer verblieben.

Eine derartige Garantie ist wohl in der Praxis ein unwahrscheinliches Element. Es wäre überraschend, würde ein Unternehmer eine Erfolgsgarantie solchen Ausmaßes geben und es ist schwer vorstellbar, warum und wie ein der Unternehmer zu einer derartigen Entscheidung kommen sollte.

Das Berufungsgericht hat lediglich mit dem Argument der Unbilligkeit seine Kostenteilung begründet, da sonst der Besteller Kosten für ein für ihn völlig unbrauchbares Werk bezahlen müsse und man könne nicht davon ausgehen, dass redliche Parteien eine derartige Vereinbarung getroffen hätten.

Doch gerade von dieser Annahme geht die derzeitige Rechtsprechung nach meiner Ansicht offensichtlich aus, wenn diese fehlende Regelung über die Risikoübernahme als Wissenmüssen des Bestellers bewertet wird, der Unternehmer würde diese Kosten vertraglich nicht übernehmen.

*Krejci*²⁸⁶ differenziert in diesen Fällen danach, ob in der vertraglichen Regelung das Risiko der Erlangung der Baubewilligung abgewälzt wurde, oder nicht. Nur wenn dieses Risiko auch übertragen wurde, verliert der Baumeister seinen Vergütungsanspruch bei Nichterlangung der benötigten Bewilligung. In diesem Fall wird die Baubewilligung faktisch zu einer Bedingung des Werkvertrages, ohne die der Werkvertrag keine Gültigkeit erlangt.

In der Praxis kann davon ausgegangen werden, dass eine derartige klare Regelung der Risikoübernahme nur in Ausnahmefällen, wenn beispielsweise ein lukrativer Großauftrag erwartet wird, von den Unternehmern gegeben wird. Wie könnte der Unternehmer eine

²⁸⁶ In *Rummel*³ § 1168 Rz 11.

Bewilligung oder eine Finanzierung garantieren, deren Erlangung zu einem Großteil, wie auch diese Entscheidung zeigt, gerade nicht in seinem Einflussgebiet liegt.

Bleibt die Regelung über die Risikoübernahme vertraglich offen und wird argumentiert, dass der Werkbesteller mit dem Wissen, dass der Unternehmer dieses Risiko nicht übernimmt, dennoch einen Werkvertrag abgeschlossen und dadurch das Risiko übernommen hat, so ist faktisch in allen denkbaren Fällen das Resultat, wie bei dieser Entscheidung, dass dem Werkbesteller dieses Wissenmüssen über die fehlende Risikoübernahme unterstellt werden kann.

Man beachte hier nun einen typischen Vertragsverhandlungsablauf, bei dem einem Angebot des Unternehmers letztlich der Zuschlag des Werkbestellers folgt. Es obliegt dem Werkbesteller, das Angebot anzunehmen oder, anders ausgedrückt, der Besteller setzt sohin im Normalfall die letzte Aktivität, mit welcher der Vertrag zustande kommt.

Gibt der Besteller den Auftrag, dann akzeptiert er nach dieser Logik gleichzeitig, dass der Unternehmer diese Risiken nicht übernimmt, und trägt damit uneingeschränkt das Preisrisiko für die Vorarbeiten, wenn die Bewilligungen nicht erlangt werden können. Unabhängig davon, ob ein normaler Werkvertrag oder ein Baubetreuungsvertrag vorliegt.

Der Besteller müsste während der Vertragsverhandlungen auf die Risikoübernahme des Unternehmers bestehen, was wie oben bereits erwähnt, aufgrund der Unsicherheit der zukünftigen Entwicklungen des Projektes, nur schwer durchsetzbar sein wird. Am Beginn eines Projektes kann niemand den positiven Ausgang eines Verfahrens oder eines Finanzierungsplanes voraussehen, und daher wird auch kaum eine Vertragspartei gewillt sein, eine Garantie für den Erfolg zu übernehmen.

Es haben beide Vertragsparteien, sowohl der Besteller als auch der Unternehmer, auf gewisse Aspekte des Bewilligungsverfahrens Einfluss, auf andere nicht. Insbesondere bei einem Baubetreuungsvertrag kann der Unternehmer weit mehr Kenntnisse über die Wahrscheinlichkeit des Ausgangs eines Verfahrens kennen, als das dem Werkbesteller möglich sein wird. Es kann sogar der negative Ausgang sehr wohl und stark in der Einflussphäre des Unternehmers gelegen sein.

In diesen Fällen ist nach meiner Ansicht die Argumentation des Berufungsgerichtes, welches eine Aufteilung der Kosten als billig angesehen hatte, nicht gänzlich zu verwerfen; auch dann nicht, wenn keine Garantie für das Erlangen der Bewilligung vom Unternehmer gegeben

wurde. Würde eine derartige Unterscheidung nicht berücksichtigt, läge für einen Baubetreuungsvertrag und einen „üblichen“ Bauvertrag derselbe Bewertungsmaßstab vor, wenngleich der Baubetreuungsvertrag dem Werkunternehmer mehr Verantwortung überträgt.

Der Zweck des Vertrages wird wohl tatsächlich die Projektrealisierung gewesen sein und die Tatsache, dass der Unternehmer keine Garantie für den Erfolg abgeben konnte, trifft aus meiner Sicht für den Werkbesteller genauso zu.

Damit haben beide Vertragsparteien diese Regelung tatsächlich nach meiner Ansicht vertraglich offen belassen und es besteht somit eine Vertragslücke. Hätten die Parteien diese Klausel in den Vertrag aufgenommen, hätte wohl auch der Werkbesteller keine Garantie für den Erfolg der Finanzierung oder Bewilligung des Vorhabens geben können. Die daraus resultierende Konsequenz wäre aus meiner Sicht tatsächlich in einer vermutlichen Kostenteilung bestanden, sofern beide Vertragsparteien das Projekt realisieren wollten, ohne eine Garantie für die Erfüllung übernehmen zu können.

Vor allem bei einem Baubetreuungsvertrag wird das Honorar für den Unternehmer durchaus einem Teil des wirtschaftlichen Erfolges des Gesamtprojektes entsprechen, da hier der Besteller in Wahrheit lediglich die finanziellen Mittel zur Verfügung stellt.

Daher ist auch unter dieser Betrachtung der Unternehmer eine Partei, die auch einen Teil des Risikos hier abdecken kann, unter Berücksichtigung, dass in dieser Konstellation der Unternehmer tatsächlich die aktive verfahrenstreibende Partei ist und dieser sohin das Ausmaß der Wahrscheinlichkeit der Projektrealisierung besser kennt, als dies beim Werkbesteller der Fall sein wird.

Diese Anmerkung von *Wilhelm*, dass sohin der Ausgang des Verfahrens nicht einer gewissen Ironie entbehrt, ist aus meiner Sicht somit korrekt. Noch mehr wenn man bedenkt, dass der Besteller hier letztlich nur 50% der Kosten tragen musste, ist nach derzeitiger Rechtsprechung als ein für ihn günstiges Ergebnis zu bewerten.

OGH 10.07.2003, 6Ob116/03g

Über Vertragsauslegung mit Hauptaugenmerk auf der Bestimmung des Vertragszweckes wurde auch der nächste Rechtsfall²⁸⁷ geklärt, in dem es um die Feststellung ging, wie die Leistungen eines Architekten, der mit der Erarbeitung von genehmigungsfähigen Einreichplänen und der Erstellung eines Bestandsplanes beauftragt wurde, zu beurteilen sind, nachdem sich herausgestellt hatte, dass die Genehmigung des Projektes in der geplanten Weise und mit den geplanten Mitteln nicht erlangt werden kann.

Der Werkvertrag wurde ursprünglich zwischen dem Gebäudeeigentümer und seinem Architekten geschlossen, um für ein Gebäude, welches nicht der erteilten Baubewilligung entsprach, mit der Baubehörde genehmigungsfähige Einreichpläne und einen Bestandsplan zu erarbeiten.

Dabei hatte, wie in der Praxis durchaus üblich, auch der Werkbesteller Leistungen zu erbringen, nämlich die Einholung des Gutachtens eines Bauphysikers, dessen Angaben wiederum der beklagte Architekt für die Erarbeitung seiner Einreichpläne benötigt hätte.

Der beklagte Architekt hat die Auffassung vertreten, er habe seine Arbeit nicht durchführen können, da er vom Werkbesteller die benötigten Unterlagen über das baurechtlich relevante Gutachten nicht erhalten hatte. Somit konnte er, obwohl leistungsbereit, die Einreichpläne nicht fertigstellen. Der klagende Werkbesteller wiederum vertrat die Ansicht, der von ihm beauftragte Bauphysiker habe mangels Mitwirkung des beklagten Architekten kein Gutachten erstellen können.

Der beauftragte Bauphysiker selbst hatte jedenfalls festgestellt, eine Sanierung des Hauses wäre mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln kaum möglich. Er wurde jedoch auch von dem Architekten nicht weiter aufgefordert, aus bauphysikalischer Sicht Lösungsvorschläge zu erarbeiten. Auch hat der Architekt keine Handlungen gesetzt, um selbst die nötigen Informationen für die weitere Bearbeitung zu erlangen oder als Ersatz selbst einen Bauphysiker zu beauftragen. Der Werkbesteller hat noch einen zweiten Versuch gesetzt, die nötigen Gutachten zu erhalten, eine weitere Beauftragung des Bauphysikers durch den Werkbesteller wurde von diesem jedoch in der Folge nicht mehr angenommen.

Der Werkbesteller erklärte daraufhin seinen Rücktritt vom Vertrag und verlangte die Rückerstattung der bereits geleistete Anzahlung vom Werkunternehmer sowie Schadenersatz,

²⁸⁷ OGH 10.07.2003, 6 Ob 116/03g = bbl 2003/169.

da er als Ersatzmaßnahme einen weiteren Architekten mit der Einreichplanung beauftragen musste.

Grundsätzlich wurde von allen damit befassten Gerichtsinstanzen die nötige, aber unterbliebene, Mitwirkung als auf Seiten des Bestellers gelegen angesehen, da dieser das Gutachten des Bauphysikers nicht bereitstellen konnte. Somit ist die Vollendung des Werkes, die in der Erbringung von genehmigungsfähigen Einreichplänen lag, aus Gründen unterblieben, welche der Werkbesteller zu vertreten hatte. Kann eine vertragliche Hauptleistung aus Ursachen nicht erbracht werden, die dem Werkbesteller zuzuordnen sind, dann führt dies primär zu den Rechtsfolgen des Annahmeverzuges²⁸⁸.

Das Erstgericht hat dementsprechend auch dem Architekten weiterhin Anspruch auf den Werklohn zugesprochen, da dieser leistungsbereit gewesen sei und die Umstände für die Nichtausführung in die Sphäre des Bestellers gefallen wären.

Das Berufungsgericht ist dieser Argumentation prinzipiell gefolgt, jedoch hat es für einen Teil der Leistung des Architekten, hier die Erstellung eines Bestandsplanes, für welchen die Vorarbeiten des Werkbestellers nicht nötig gewesen wären, ein Rücktrittsrecht des Werkbestellers wegen Schuldnerverzugs bejaht und eine teilweise Rückerstattung des Werklohnes durch den Werkunternehmer angeordnet.

Das Berufungsgericht vertrat die Rechtsansicht, dass bei Rücktritt vom Vertrag wegen Schuldnerverzugs unter Rückforderung des bereits Geleisteten (der Anzahlung) der Gläubiger den Vertragsabschluss, die Setzung einer angemessenen Nachfrist, die Leistung und die Rücktrittserklärung (kumulativ für alle vier erwähnten Voraussetzungen) zu beweisen habe. Den Verzug des Beklagten muss der Gläubiger jedoch nur behaupten, denn die Beweislast für die Erfüllung trifft bei Schuldnerverzug den Schuldner.

Der beklagte Architekt hätte sohin seine Erfüllung des Werkes oder den Annahmeverzug beweisen müssen, und da hier nach Ansicht des Berufungsgerichtes der Beweis nicht erbracht worden ist, hätte der Architekt den Werklohn für diese Teilleistung zurückzuerstatten.

Der OGH ist in seiner Entscheidung grundsätzlich davon ausgegangen, dass der Vertrag zu dem Zweck vereinbart wurde, bei der Baubehörde eine Baubewilligung zu erreichen. Der erkennbare Parteiwille lag somit in einer einheitlichen, untrennbaren Leistungsverpflichtung des Architekten als Werkunternehmer.

²⁸⁸ *Rebhahn in Schwimann*³ § 1168 Rz 8; *Krejci in Rummel*³ § 1168 Rz 33b.

Die ersten Überlegungen lagen bei der Klärung der Beweisfrage im Zusammenhang mit Schuldnerverzug und der Zuteilung der Beweislast. Ein Werkunternehmer befindet sich erst dann in Verzug, wenn er den geschuldeten Erfolg nicht zum vereinbarten Leistungstermin erbracht hat. Ein Verzug setzt den Ablauf des Fälligkeitstages voraus. Ist ein bestimmter Leistungstermin nicht vereinbart worden, so ist der Verzug nach der Natur oder dem Zweck des Geschäftes zu bestimmen²⁸⁹.

Wurden jedoch Vorarbeiten, die für die Werkvollendung nötig und vom Werkbesteller zu erbringen sind, vereinbart und sind diese zum Leistungstermin noch nicht erbracht worden, liegt kein Schuldnerverzug des Auftragnehmers vor, und damit auch keine Berechtigung des Bestellers zum Rücktritt vom Vertrag. Der Gläubiger gerät nicht nur in Annahmeverzug, wenn er die Leistung nicht annimmt, sondern auch dann, wenn er eine sonstige für die Erfüllung erforderliche Mitwirkung unterlässt²⁹⁰.

Grundsätzlich hat der Bereicherungskläger alle Voraussetzungen seiner Bereicherungsklage zu beweisen²⁹¹. Beruft sich der Kläger beispielsweise, wie in diesem Fall wegen Vertragsaufhebung mit Wirkung ex tunc, auf Rechtsgrundlosigkeit der Leistung, so hat er dies zu beweisen²⁹². Für einen wirksamen Rückforderungsanspruch nach § 1435 ABGB auf eine nach § 918 ABGB erfolgte Rücktrittserklärung sind somit alle erforderlichen Umstände vom Bereicherungskläger zu beweisen. Dieser muss demnach die Vorleistung des Klägers, den objektiven Verzug, die Rücktrittserklärung, die Nachfristfestsetzung sowie die Angemessenheit der Nachfrist beweisen.

Ausführlich wurde in dieser Entscheidung auch auf die Beurteilungskriterien für das Vorliegen einer teilbaren oder unteilbaren Leistung eingegangen. Die Frage der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Erfüllung ist nach dem Willen der Parteien bei Vertragsabschluss zu beurteilen. Bei unteilbaren Leistungen steht der Gesamtrücktritt zu, bei teilbaren der Teilrücktritt²⁹³.

²⁸⁹ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 52 ff.

²⁹⁰ Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 62.

²⁹¹ RIS-Justiz RS0033564 = OGH 23.01.1957, 7 Ob 13/57; OGH 03.04.1986, 8 Ob 635/85; OGH 12.07.1995, 7 Ob 18/95; OGH 24.06.1997, 1 Ob 2375/96p; OGH 13.11.1997, 8 Ob 201/97k; OGH 15.07.1998, 3 Ob 161/98t; OGH 15.07.1999, 6 Ob 2/99h; OGH 27.08.1999, 1 Ob 220/99f; OGH 10.07.2003, 6 Ob 116/03g; OGH 14.10.2003, 1 Ob 215/03d; OGH 30.06.2005, 3 Ob 36/05y; OGH 03.08.2005, 9 ObA 53/05t; OGH 06.10.2005, 6 Ob 152/05d; OGH 09.03.2006, 6 Ob 29/06t; OGH 10.05.2006, 7 Ob 92/06i; OGH 28.06.2007, 3 Ob 124/07t; OGH 09.12.2008, 5 Ob 168/08d; OGH 14.12.2010, 3 Ob 82/10w; OGH 25.05.2011, 8 Ob 50/11b; OGH 07.06.2011, 5 Ob 103/11z.

²⁹² Rummel in Rummel³ § 1431 Rz 4; OGH 12.07.1995, 7 Ob 18/95.

²⁹³ Reischauer in Rummel³ § 918 Rz 20; RIS-Justiz RS0018438 = OGH 03.11.1987, 5 Ob 584/87; OGH 27.03.1995, 1 Ob 14/95; OGH 20.09.2000, 3 Ob 328/99b; OGH 25.01.2001, 8 Ob 157/00x; OGH 10.07.2003, 6

Es kommt bei der Unterscheidung, ob eine unteilbare oder teilbare Leistung vorliegt, nicht darauf an, dass der Beklagte die Teilleistung erbringen konnte, sondern ob die Erbringung einer Teilleistung auch für den Fall vereinbart wurde, dass das Werk nicht vollendet werden kann.

Eine wesentliche Frage liegt somit darin, ob jedenfalls bei Vertragsabschluss ein erkennbarer Parteiwille über eine einheitliche, untrennbare Leistungsverpflichtung vorlag oder ob schon den Teilleistungen ein eigenständiger Wert zugeordnet wurde, der dem Werkunternehmer auch erkennbar gemacht wurde.

In diesem Fall wäre eine in Frage kommende Teilleistung die Übergabe von Bestandsplänen für die Einreichung der Baubewilligung gewesen. Das Entscheidungskriterium ist somit, ob die Parteien die Erbringung der Teilleistung auch für den Fall vereinbarten, dass die andere Teilleistung noch nicht vollendet werden kann. Es wurde ausgeführt, dass der Zweck des Vertrages in der Erreichung der Baubewilligung gelegen ist. Wenn nun eine Teilleistung, wie hier die Einreichung von Bestandsplänen, alleine diesen vereinbarten Zweck nicht erfüllen kann, so hat diese auch keinen eigenständigen Wert.

Die Klägerin hätte dem Beklagten ein von den Einreichplänen getrenntes besonderes Interesse an den Bestandsplänen zur Kenntnis bringen und für diese Teilleistung eine Frist und einen Teilrücktritt erklären müssen, um die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges zu bewirken. Die Klägerin scheitert somit daran, dass ihre Rücktrittserklärung unwirksam ist, da sie einen Gesamtrücktritt erklärt, der für die Teilleistung, bei der sie mitwirkungspflichtig war, jedenfalls dann nicht wirksam werden konnte, wenn es sich bei den einzelnen Leistungen um unteilbare handeln sollte. Bei unteilbaren Leistungen steht der Gesamtrücktritt zu, bei teilbaren der Teilrücktritt²⁹⁴.

Sobald ein die Werkvollendung hindernder und in die Sphäre der Werkbestellerin fallender Umstand vorliegt, so schlägt dieser Verzug, auch wenn er nur Teilleistungen erfasst, auf den Verzug mit der anderen, erfüllbaren Teilleistung, durch.

Da dieser Teilrücktritt nicht erklärt wurde, ein Gesamtrücktritt aber aufgrund des Unterbleibens der Leistung des Klägers nicht gültig ist, konnte nach der Entscheidung des OGH der Werkbesteller mit seiner Klage gegen den Architekten nicht durchdringen.

Ob 116/03g; OGH 29.04.2004, 6 Ob 89/04p; OGH 12.01.2005, 7 Ob 298/04f; OGH 26.04.2006, 3 Ob 295/05m; OGH 13.07.2006, 2 Ob 301/05m; zuletzt *Reidinger* in *Schwimann/Kodek ABGB*⁴ IV § 918 Rz 105.

²⁹⁴ *Reischauer* in *Rummel*³ § 918 Rz 20.

Zusammenfassend zu dieser Entscheidung:

In diesem Fall hatte der Werkbesteller selbst nachweisbar den Versuch gesetzt, seinen Leistungsteil zu erledigen, indem er wiederholt einen Bauphysiker beauftragt hatte. Der Architekt hingegen hatte eine anscheinend passive Stellung eingenommen und lediglich auf die ausstehenden Gutachten hingewiesen, obwohl er sein Honorar bereits erhalten hatte. Selbst für die vom Architekten behaupteten erfüllten Arbeiten konnte nicht nachgewiesen werden, ob diese jemals an den Werkbesteller übergeben wurden.

Dennoch wurde von allen Instanzen festgehalten, dass die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs eingetreten sind, da die Leistung des Werkbestellers ausständig war. Der Besteller hätte nur für die Arbeiten, die auch ohne sein Zutun möglich gewesen wären, einen Teilrücktritt vom Vertrag erklären können, um zu einer Rückabwicklung des bereits Geleisteten zu gelangen und dies lediglich unter der Voraussetzung, dass bereits bei Vertragsabschluss den Teilleistungen ein eigenständiger Wert zugeordnet worden wäre.

Hierfür hätte aber ein besonderes Interesse an der Teilleistung zur Kenntnis gebracht werden müssen, da die Leistung in einem als einheitlich zu beurteilenden Vertrag mit dem Zweck des Erfolgs einer erreichten Baubewilligung vereinbart wurde.

Gemäß Ansicht des OGH hatten die Bestandspläne aber alleine keinen eigenständigen Wert für den Werkbesteller, da mit diesen Unterlagen alleine bei den Baubehörden keine Baugenehmigung erreicht werden könnte und der Vertrag lediglich zu dem Zweck vereinbart wurde, eine Baubewilligung zu erreichen.

Eigene Ansicht zu dieser Entscheidung

Bei technisch komplexen Projekten wird in der Praxis häufig lediglich der technische Erfolg als Werk und damit auch als Vertragszweck vereinbart, da dieser Erfolg oft wesentlich einfacher und auch eindeutiger zu definieren ist als ein Werk in seinen einzelnen Teilleistungen selbst. Die gewünschte Leistungserbringung einer Maschine kann die gesamte Werkbeschreibung für ein Projekt sein.

Es ist ebenfalls durchaus üblich, dass gewisse Teilleistungen vom Werkbesteller selbst übernommen werden. Dies bedeutet in den praktisch häufigen Fällen, dass gewisse Arbeiten vom Werkbesteller einem dritten Unternehmer übertragen werden.

Gerade ein Laie wird dazu neigen, einen Werkvertrag rein erfolgsbezogen zu formulieren. In unserem Fall hätte der Werkbesteller wohl kaum eine andere Formulierung finden können als die Herstellung genehmigungsfähiger Baupläne. Man kann davon ausgehen, dass der

Werkbesteller nicht wusste, wie diese Pläne genau auszusehen haben oder welche Details darin enthalten sein müssen, damit der Erfolg, die genehmigungsfähigen Baupläne, hergestellt werden könne.

Diese rein erfolgsbezogene Formulierung der Werkleistung sollte aber aus meiner Sicht keinesfalls ausschließen, dass selbst wenn der geschuldete Erfolg - aus welchen Gründen auch immer - nicht erreicht wird, ein Interesse des Werkbestellers auch an den bereits erfolgten Teilleistungen besteht. Es sollte daher nach meiner Meinung vom Werkbesteller nicht unbedingt verlangt werden, dem Werkunternehmer ein besonderes Interesse an Teilleistungen mitzuteilen um hierfür einen Teilrücktritt erklären zu können.

Aus meiner Sicht ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Parteien die Erbringung von Teilleistungen vereinbart hatten und somit für den Fall, dass eine andere Teilleistung nicht erbracht werden konnte, ein Interesse an der bereits erbrachten Teilleistung des Werkbestellers besteht. Auch wenn die Pläne derzeit nicht zum gewünschten Erfolg führen können, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass diese für den Werkbesteller einen eigenständigen Wert darstellen können. Dieser eigenständige Wert von Teilleistungen in einem langwierigen Bewilligungsverfahren ist nach meiner Meinung auch den mit der Bearbeitung betrauten Unternehmen durchaus bewusst.

Dieses zusätzliche Erfordernis, einen Teilrücktritt für die Teilleistungen zu verlangen, sehe ich damit als nicht unbedingt zielführend an und außerdem stellt sich die Frage, ob nicht in solchen Fällen durch Konversion der Gesamtrücktritt zu einem Teilrücktritt umgewandelt werden könnte. Die klagende Partei muss es mE in der Hand haben, entweder die Pläne oder nach Teilrücktritt den entsprechenden Kostenanteil zu erlangen²⁹⁵. Insbesondere da, wie bereits erörtert, eine erfolgsbezogene Leistungsvereinbarung aus meiner Sicht nicht den Parteiwillen auf lediglich den Erfolgswert bestimmen muss, sondern auch eine Vereinfachung der Definition des Werkes darstellen kann.

Daher ist diese Entscheidung durchaus auch kritisch zu betrachten, da sich hier gemäß meiner Sicht wieder die Tendenz zeigt, das Risiko für die Nichterreichung für Behördengenehmigung sehr pauschal beim Werkbesteller zu belassen.

²⁹⁵ sowohl *Reischauer*, in *Rummel*³ I § 918 Rz 20 als auch *Reidinger*, in *Schwimmann/Kodek ABGB*⁴ IV § 918 Rz 105 vertreten, dass es primär auf das Interesse des Gläubigers und nicht auf das Interesse beider Vertragsparteien ankomme.

OGH 25.01.2005, 10b259/04a

Auch in diesem Fall²⁹⁶ war das Erwirken der vertraglich vereinbarten Baubewilligung von vornherein ausgeschlossen.

Als Kläger trat der Werkbesteller auf, der vom Vertrag zurückgetreten war und nun die Rückerstattung der bereits geleisteten Honorarvorauszahlung von dem beklagten Werkunternehmer verlangte, nachdem sich herausgestellt hatte, dass für diesen Wintergarten, in der ursprünglichen, vom Werkbesteller gewünschten Form, keine Baubewilligung erlangt werden konnte.

Der Werkbesteller, der einen Wintergarten errichten wollte, hatte den Auftrag einem Unternehmen erteilt, welches die Bewilligung des Wintergartens bei der Baubehörde auch selbst erwirken sollte. Die Auftragserteilung ist demnach lediglich wegen der mündlichen Zusicherung des Werkunternehmers erfolgt, die Baubehörde hätte die Bewilligung bereits vorweg bestätigt.

Als das Projekt dann bei der Baubehörde eingereicht wurde, erteilte diese aber die Bewilligung nicht, da der Wintergarten nicht der Bauform des Ortsbildes entsprechen würde. Es wäre eine Neuplanung und andere Bauform nötig geworden, um das Projekt zu realisieren.

Diese Variante der völligen Neuplanung des Projektes wurde jedoch vom Werkbesteller nicht angenommen. Dieser ist somit vom Vertrag zurückgetreten und hat um Rückabwicklung des bereits Erbrachten nach § 877 ABGB begehrt und damit die Herausgabe der bereits vom Werkbesteller an den Werkunternehmer geleisteten Anzahlung verlangt.

Zu Beginn wiederholt der OGH seine prinzipielle Rechtsprechungslinie, dass für das Erwirken einer für die Herstellung eines Werkes nötigen öffentlich-rechtlichen Bewilligung, und insbesondere einer Baubewilligung, grundsätzlich der Besteller die Verantwortung trägt²⁹⁷.

Da nach § 1168 ABGB dem leistungsbereiten Werkunternehmer das vereinbarte Entgelt prinzipiell zusteht, sofern das Werk durch Umstände unterblieben ist, die auf Seiten des Bestellers liegen, trifft in der Regel das Risiko der Nichterlangung der Baubewilligung den

²⁹⁶ OGH 25.01.2005, 10b259/04a = bbl 2005,133 = ecolex 2005,528.

²⁹⁷ OGH 07.04.1976, 1 Ob 576/76 = SZ 47/149; OGH 19.03.1985, 5 Ob 519/85 = SZ 58/41.

Werkbesteller²⁹⁸. Er muss also den Werklohn vergüten, ohne den entsprechenden Werkerfolg als Gegenleistung erhalten zu können.

Nun ist jedoch eine vertragliche Vereinbarung, welche die Gefahrtragung unterschiedlich zu der gesetzlichen Norm regelt, generell zulässig, da diese kein zwingendes Recht darstellt. Es kann von den Parteien daher auch vereinbart werden, dass der Werkunternehmer selbst dann, wenn die Vereitelung des Werkes der Sphäre des Bestellers zuzurechnen wäre, keinen zusätzlichen Entgeltanspruch haben soll²⁹⁹.

Im vorliegenden Fall war die vertragliche Vereinbarung so zu verstehen, dass der Werkunternehmer nur dann den Auftrag zur Errichtung einer Wintergartenanlage erlangen sollte, wenn der Einreichplan in der Form, wie er entsprechend den Vorstellungen und Wünschen des Werkbestellers vom Techniker des beklagten Werkunternehmers erstellt worden war, baubehördlich schon in erster Instanz bewilligt werden würde.

Die Zusicherung der Baubewilligung sei in diesem Vertragsaufbau zum Geschäftsinhalt geworden und hat demnach nicht bloß ein Motiv des Werkbestellers für den Abschluss des Werkvertrages dargestellt.

In diesem Fall war es von vornherein unmöglich, mit den gewünschten Anforderungen für das Projekt eine baubehördliche Bewilligung zu erlangen. Hierfür wären weitere, erhebliche Kosten verursachende Abänderungen und Neuplanungen vorzunehmen gewesen. Für diese Neuplanung wurde vom Werkbesteller als klagender Partei jedoch kein Zusatzauftrag mehr erteilt.

Aufgrund der besonderen vertraglichen Ausgestaltung ist nun diese Nichterteilung der Baubewilligung als ein in die Sphäre des beklagten Werkunternehmers fallender Umstand zu sehen, der den beklagten Werkbesteller zum Vertragsrücktritt berechnigte.

Der klagende Werkbesteller war folglich auch nicht verpflichtet, einen negativen Bescheid der Baubehörde gegen sich ergehen zu lassen, noch war er verpflichtet, Austauschpläne vorzulegen und konnte die von ihm geleistete Anzahlung zurückverlangen.

²⁹⁸ RIS-Justiz RS0038778 = OGH 17.12.1974, 8 Ob 246/74; OGH 06.11.1981, 1 Ob 569/81; OGH 26.01.1984, 6 Ob 835/83; OGH 14.01.1997, 4 Ob 2398/96t; OGH 25.01.2005, 1 Ob 259/04a.

²⁹⁹ OGH 18.06.1991, 4 Ob 46/91.

Eigene Ansicht zu dieser Entscheidung

Diese Entscheidung ist aus meiner Sicht eine Ausnahme von der üblichen Argumentation mit der Zuordnung der Erlangung der Behördenbewilligung in die Sphäre des Werkbestellers, sodass dieser generell das Preisrisiko bei Nichterlangung der Behördenbewilligung trägt.

Somit wurde in diesem engen Anwendungsbereich (Vorliegen einer vertraglichen Vereinbarung, die eine Auftragserteilung unter die Bedingung stellte, dass eine Einreichplanung, die den Wünschen und Vorstellungen des Klägers entspricht, zu einer baubehördlichen Bewilligung führt, anfängliche Unmöglichkeit dieser Erwirkung der Baubewilligung mit den ursprünglichen Einreichungsplänen) das Risiko der Erlangung der Behördenbewilligung an den Werkunternehmer überwältigt.

Diese Entscheidung ist aus meiner Sicht durchaus positiv zu betrachten, da hier ein Werkunternehmer, der offensichtlich eine Zusage getroffen hatte, die nicht einzuhalten war, seinen Anspruch auf Werklohn verwirkt hat. Zu betonen ist, dass es sich um eine Behördenbewilligung gehandelt hatte, die den Grund für die Nicht-Erfüllbarkeit der Werkserstellung dargestellt hat.

In der Praxis halte ich eine derartige Vertragsvereinbarung, die dem Werkunternehmer so eindeutig das Risiko der Behördenbewilligung zuordnet und demnach diese Erlangung zum Geschäftsinhalt des Vertrages macht, jedoch generell für eine Ausnahme. Auch wäre aus meiner Sicht der Ausgang des Verfahrens wohl anders verlaufen, wäre eine Möglichkeit bestanden, für dieses Werk eine Behördenbewilligung zu erlangen.

Es kann nach meiner Ansicht daher wohl nicht davon ausgegangen werden, dass mit dieser Entscheidung eine prinzipielle Änderung der derzeitigen Judikatur, das Risiko für Mehrkosten aus Problemen mit Baubewilligungen in fast allen Fällen dem Werkbesteller zu übertragen, eintreten wird.

OGH 26.01.2010, 9 Ob 98/09s

Ein weiterer Themenkreis findet sich im Zusammenhang mit der Entscheidung, ob ein Architekt für Mehrkosten, die bei einem Projekt entstehen, in Verantwortung gezogen werden kann, oder welche Kriterien gegeben sein müssen, um von einer Haftung des Architekten für Baukostenüberschreitung ausgehen zu können. Mehrkosten in diesem Zusammenhang bedeuten eine Kostenüberschreitung von den ursprünglich geplanten und angenommenen Kosten, die für die Projektrealisierung veranschlagt wurden.

In diesem Rechtsstreit³⁰⁰ wurden mit dem Architekten die Planungsleistungen für ein Projekt, inklusive der Einreichung und Erlangung der notwendigen Baubewilligungen, gegen ein Pauschalhonorar vereinbart. Der Berechnung des Pauschalhonorars wurden Herstellungskosten des Projektes mit einem Maximalbetrag zugrunde gelegt. Zur Erreichung der Baubewilligung waren jedoch umfassende Umplanungen notwendig, die zu einer erheblichen Erhöhung der ursprünglich angenommenen Herstellungskosten führten. Architekt und Bauherr haben sich diesbezüglich regelmäßig ausgetauscht, sodass dem Architekten in Bezug auf die Mitteilungspflicht über die Kostenüberschreitung kein Vorwurf gemacht werden konnte.

Das Projekt konnte nach Erreichung der Baubewilligung verkauft werden. Bei der Schlussabrechnung sind vom Architekten Mehrkosten wegen der notwendigen Umplanungen vom Bauherrn verlangt worden. Vom Bauherrn hingegen wurde bereits ein Teil des Pauschalhonorars mit der Begründung nicht mehr ausbezahlt, das Projekt wäre aufgrund der beinahe Verdoppelung der ursprünglich festgelegten Herstellungskosten wertlos geworden, und der Bauherr hätte demnach Gewährleistungsansprüche gegen den Architekten. Aufgrund der Pauschalpreisvereinbarung könnten ohnehin keine Kosten für Mehrleistungen verlangt werden.

Die Gültigkeit der Pauschalpreisvereinbarung und die damit zusammenhängende Ungültigkeit der Verrechnung der Mehrleistungen wurden von keinem der bis dahin befassten Gerichte beanstandet.

Zuerst wird auf die beiden Rechtssätze hingewiesen, wonach bei Werkverträgen mit einer Pauschalpreisvereinbarung der Unternehmer nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich keine Preiserhöhung verlangen darf³⁰¹. Lediglich wenn vereinbarungsgemäß Abänderungen des ursprünglichen Leistungsumfanges durchgeführt werden, gebührt für diese erbrachten Zusatzleistungen nach § 1152 ABGB der angemessene bzw übliche Werklohn³⁰².

³⁰⁰ OGH 26.01.2010, 9Ob98/09s = ZVB 2010,260 (*Michl*) = Zak 2010,157 = bbl 2010/96 = JBl 2010,443 = Jus-Extra OGH-Z 4816 = AnwBl 2010,345 = ecolex 2010,441.

³⁰¹ RIS-Justiz RS0022059 = OGH 28.02.1968, 6Ob18/68; OGH 25.06.1968, 8Ob178/68; OGH 17.09.1969, 5Ob237/69; OGH 04.11.1975, 5Ob195/75; OGH 07.09.1978, 6Ob663/78; OGH 16.10.1979, 5Ob582/79; OGH 20.12.1979, 7Ob796/79; OGH 04.03.1982, 7Ob742/81; OGH 12.01.1983, 3Ob612/82 (3Ob613/82); OGH 07.07.1987, 2Ob613/86; OGH 10.06.1999, 2Ob54/99a; OGH 20.08.2002, 4Ob150/02s; OGH 17.11.2004, 9Ob41/04a; OGH 29.11.2007, 1Ob126/07x; OGH 26.01.2010, 9Ob98/09s.

³⁰² RIS-Justiz RS0107868 = OGH 15.07.1997, 1Ob192/97k; OGH 10.06.1999, 2Ob54/99a; OGH 19.12.2001, 9Ob242/01f; OGH 20.08.2002, 4Ob150/02s; OGH 10.11.2003, 7Ob243/03s; OGH 17.11.2004, 9Ob41/04a; OGH

Genauer ausgeführt, und letztlich auch vom OGH entgegen der Rechtsansicht der Vorinstanzen entschieden, wurde die Frage, wie die Vereinbarung über die Kostenobergrenze zu bewerten ist. Hier wurden mehrere Grundsätze festgehalten.

Als grundsätzliche Überlegung wird zuerst die Art der vertraglichen Vereinbarung in Bezug auf die Bausumme zu bestimmen sein und hier im Besonderen, ob eine Baukostenschätzung oder eine bestimmte Kostenobergrenze vereinbart wurde, da diese bei Kostenüberschreitung unterschiedlich zu behandeln sind.

Wird eine bestimmte Bausumme lediglich der Honorarvereinbarung zugrunde gelegt, so kann ohne weitere Anhaltspunkte nicht von der Vereinbarung einer Baukostenobergrenze ausgegangen werden. Auch dass bei den Honorarnoten nach der Gebührenordnung für Architekten³⁰³ eine Baukosteneinschätzung vorgesehen ist, hat hier keine Auswirkung³⁰⁴. Es spricht auch die vorhersehbare Notwendigkeit von Umplanungen gegen eine Baukostenobergrenze. Durch nachträgliche Veränderung der Planungsgrundlagen seitens des Bauherrn kann selbst ein ursprünglich vereinbartes Baukostenlimit wieder außer Kraft gesetzt werden. Ein vereinbartes Kostenlimit entfällt auch dann, wenn der Bauherr in Kenntnis der Kostenüberschreitung weiterplanen lässt.

Liegt jedoch eine vertraglich vereinbarte, gültige Kostenobergrenze vor, so bewirkt eine Überschreitung des Kostenlimits einen Mangel des geschuldeten Architektenwerkes. Der Architekt haftet dann aus Gewährleistung und es liegt ein Verstoß seiner Beratungspflicht vor, wenn er den Bauherrn nicht rechtzeitig darauf aufmerksam macht³⁰⁵.

Ein weiteres Entscheidungskriterium bildet die Beratungspflicht des Architekten, in deren Inhalt nach der Rechtsprechung auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind. Der Architekt ist verpflichtet, wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen und auf allfällige beschränkte Mittel des Bauherrn Bedacht zu nehmen und möglichst kostengünstig zu planen³⁰⁶. Sollten sich Hinweise ergeben, die auf eine nicht unerhebliche Überschreitung

29.08.2006, 5Ob151/06a; OGH 29.11.2007, 10Ob126/07x; OGH 26.01.2010, 9Ob98/09s; OGH 15.12.2010, 4Ob214/10i; OGH 29.03.2011, 2Ob7/11k.

³⁰³ In der Fassung der 161. Verordnung der Bundeskammer für Architekten und Ingenieurkonsulenten, Zl. 174/01 gültig ab 1.1.2002.

³⁰⁴ OGH 13.02.2001, 4 Ob 23/01p; OGH 18.07.2002, 3 Ob 53/02v; OGH 26.05.2004, 3Ob103/04z; OGH 27.03.2008, 2Ob90/07k.

³⁰⁵ P. Bydlinski in KBB² § 922 ABGB, Rz 8 und 15 f.

³⁰⁶ RIS-Justiz RS0116632 = OGH 18.07.2002, 3Ob53/02v; OGH 26.05.2004, 3Ob103/04z; OGH 27.03.2008, 2Ob90/07k; OGH 26.01.2010, 9Ob98/09s.

des Kostenbetrages schließen lassen, so ist der Architekt auch verpflichtet, diese dem Bauherrn bekannt zu geben³⁰⁷.

Verstärkt wird diese Hinweis- und Beratungspflicht durch zusätzliche vertraglich vereinbarte Baukostenschätzungen oder wenn eine verbindlich vereinbarte Baukostenobergrenze vorliegt. Von einer verbindlich vereinbarten Baukostenobergrenze kann jedoch nur ausgegangen werden, sofern sich aus dem Gesamtzusammenhang und unmissverständlich ergibt, dass die Einhaltung von Baukosten in einer bestimmten Höhe verbindlich als vertraglich geschuldete Beschaffenheit vereinbart wurde und somit auch verbindlich einzuhalten sind. Bei der vertraglich vereinbarten Baukostenschätzung kann die Beratungspflicht dann entfallen, wenn der Bauherr positive Kenntnis von den aufzuklärenden Umständen besitzt und auch selbst in der Lage ist, die Konsequenzen, welche sich aus einer weiteren Planung und Durchführung des geänderten Bauvorhabens ergeben, entsprechend selbst zu ziehen.

Bei einer verbindlich vereinbarten Baukostenobergrenze gelten dieselben Prinzipien bezüglich der Aufklärungspflicht, jedoch kann hier nach der Rechtsprechung nur eine nachträgliche Veränderung der Planungsgrundlage seitens des Bauherrn die ursprünglich vereinbarte Kostenobergrenze wieder außer Kraft setzen³⁰⁸. In diesem Fall soll dann ein vereinbartes Kostenlimit entfallen, wenn der Bauherr in Kenntnis der Kostenüberschreitung weiterplanen lässt.

Liegen die oben erwähnten Ausnahmen nicht vor, so sind die Rechtsfolgen bei Überschreitung des vertraglich vereinbarten Kostenlimits einerseits Gewährleistung, andererseits Schadenersatz bei schuldhaftem Verstoß gegen die Beratungspflichten³⁰⁹.

Zusammenfassend kann damit in Bezug auf den Architektenvertrag festgehalten werden, dass die Honorarvereinbarung selbst noch keine Aussage über das Vorliegen einer Baukostenobergrenze darstellt. Diese kann nur angenommen werden, wenn die Vertragsauslegung ergibt, dass keine Kostenabweichungen vom vertraglichen Rahmen zulässig sind. Daher spricht die ursprünglich bereits vorhandene und vorhersehbare Notwendigkeit von Umplanungen gegen eine Baukostenobergrenze³¹⁰. Durch nachträgliche Veränderung der Planungsgrundlage seitens des Bauherrn, oder wenn der Bauherr trotz

³⁰⁷ OGH 26.05.2004, 3Ob53/02v; *Pflaum/Schima*, Der Architektenvertrag 98.

³⁰⁸ OGH 10.06.1999, 2Ob54/99a.

³⁰⁹ RIS-Justiz RS0125737 = OGH, 26.01.2010, 9 Ob 98/09s.

³¹⁰ OGH 02.03.2007, 9Ob65/06h.

ursprünglich vereinbartem Baukostenlimit und trotz Kenntnis der Kostenüberschreitung weiterplanen lässt, entfällt selbst ein ursprünglich vereinbartes Baukostenlimit.

Überschreitet der Architekt das vertraglich vereinbarte Kostenlimit, oder liegt eine vertraglich vereinbarte Baukostenschätzung vor, kann zusätzlich zu den Gewährleistungsansprüchen ein schadenersatzrechtlich relevanter Verstoß gegen die Beratungspflicht vorliegen, sofern der Architekt voraussehbare preisliche Veränderungen nicht wahrnimmt und den Bauherrn nicht entsprechend darauf hingewiesen hat.

H) Ansichten der Lehre

In der Lehre wird dieser Judikatur, welche einen Großteil der Risiken, die sich aus den öffentlich-rechtlichen Bewilligungsverfahren ergeben, dem Werkbesteller zuordnet, größtenteils gefolgt.

Nach *Rebhahn*³¹¹ ist das Ausbleiben einer für die Herstellung des Werkes erforderlichen öffentlich-rechtlichen Bewilligung, wie Baubewilligungen oder Errichtungsbewilligungen, zu den sonstigen Umständen zu zählen, die dem Werkbesteller zuzuordnen sind, es sei denn, das Versagen der Genehmigung erfolgt aufgrund von Eigenschaften des Werkes oder des Werkunternehmers.

Weitere, dem Besteller zuzurechnende Umstände sind nach *Rebhahn* solche, die sich aus seiner Vermögenssphäre ergeben, wie zum Beispiel die Nichtfinanzierbarkeit des Projektes als solches, oder wenn eine vertraglich vereinbarte Anzahlung an den Werkunternehmer nicht geleistet wurde, oder eine vereinbarte Bankgarantie des Werkbestellers für den Werkunternehmer nicht gestellt werden konnte.

Rebhahn vertritt weiter die Ansicht, dass auch die Leistungen, die sich dem Einfluss des Bestellers an sich entziehen, dann dem Besteller zugerechnet werden können, wenn sie für ihn spezifisch sind. Als Beispiele für diese Gruppe werden die Unpassierbarkeit von öffentlichen Straßen oder die Vermurung oder Blockade der einzigen Zufahrtsstraße gebracht.

Nach *Krejci*³¹² ist ebenfalls die Erreichung der Baubewilligung in die Risikosphäre des Bestellers zuzuordnen. Auf die ältere Rechtsprechung bezogen, die keine Vergütung der

³¹¹ In *Schwimann*³ § 1168 Rz 30ff.

³¹² In *Rummel*³ § 1168 Rz 11.

Vorarbeiten an den Baumeister zulassen wollte, sofern ohne Verschulden einer der Parteien keine Baubewilligung zustande kommt, differenziert *Krejci* danach, ob in der vertraglichen Regelung das Risiko der Erlangung der Baubewilligung abgewälzt wurde, oder nicht. Nur wenn dieses Risiko auch übertragen wurde, verliert der Baumeister seinen Vergütungsanspruch bei Nichterlangung der benötigten Bewilligung. In diesem Fall wird die Baubewilligung faktisch zu einer Bedingung des Werkvertrages, ohne die der Werkvertrag keine Gültigkeit erlangt.

Die Warnpflicht des Werkunternehmers in diesem Zusammenhang erstreckt sich nach *Rebhahn* nur auf erkannte und naheliegende Gefahren, die einer Bewilligung entgegenstehen würden. Ein Unternehmer, welcher eine vertragliche Verpflichtung zur Einholung einer erforderlichen Genehmigung übernommen hat, soll im Zweifel nur als Gehilfe des Bestellers angesehen werden, sodass sich an der Risikoordnung dementsprechend grundlegend nichts ändern würde.

Auch nach *Krejci* kann der Unternehmer seine Warnpflicht nach § 1168a ABGB im Zusammenhang mit Baubewilligungen verletzen, wenn er beispielsweise für die Planung zuständig ist und den Werkbesteller nicht darauf hinweist, dass eine problemlose Baubewilligung nicht zu erwarten wäre. Prinzipiell trägt aber auch nach *Krejci* das Risiko für die Erreichung der Baubewilligung der Werkbesteller.

Umstritten ist das Verhältnis von § 1168 Abs 1 ABGB („Sphärentheorie“) bzw § 1168a (Rechtsfolgen der Warnpflichtverletzung) zu § 1170a Abs 2 ABGB (Entgelterhöhung bei unvorhergesehenem Mehraufwand), wobei nach Ansicht von *M. Bydlinski* der Sphärentheorie für die Frage der Erhöhung des Werklohns gegenüber dem Voranschlag keine eigenständige Bedeutung zukommt³¹³. § 1168a ABGB regelt den Fall des Misslingens des Werkes und die Verpflichtung des Unternehmers, den Besteller davor zu warnen, wogegen im Rahmen des § 1170a ABGB lediglich auf die bei Vertragsschluss nicht erwarteten Mehrkosten der Werkherstellung hinzuweisen ist. Darauf, ob der aufwanderhöhende Umstand aus der Sphäre des Bestellers stammt, kann es nach *M. Bydlinski* daher im Rahmen des § 1170a ABGB nicht ankommen.

³¹³ In KBB⁴ § 1170a Rz9.

Letztendlich betont *Rebhahn*, dass eine vertragliche Verpflichtung, ein Werk ohne die erforderliche Genehmigung zu beginnen, ungültig sei, da das Gesetz gerade dieses verbietet.

Werkvertragliche Vereinbarungen, nach denen mit Bauarbeiten bereits vor Erlangung der Baubewilligung begonnen werden soll, sind nach *Krejci* zwar gültig, jedoch ist es nach seiner Ansicht als bedenklich anzusehen, Verträge zuzulassen, die den Bauordnungen widersprechen. Dies entspreche nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmungen über Baubewilligungen.

Eine besondere Berücksichtigung und eng mit dem hier angeführten Thema des Risikos der Behördenbewilligungen in Verbindung, stellt die Bewertung nach dem Risiko der Bodenverhältnisse dar. Nur wenn diese Bodenverhältnisse für eine Projektrealisierung passend sind, kann letztlich auch eine Baubewilligung erteilt und ein Projekt entsprechend realisiert werden.

Das Risiko, dass die Bodenverhältnisse sich als anders erweisen, als vorher angenommen wurde, trägt der Besteller, sofern der Unternehmer nach den Umständen nicht warnen musste oder der Unternehmer tatsächlich gewarnt hat, der Besteller sich dadurch aber nicht beeindrucken ließ und auf der Errichtung des Werkes beharrte³¹⁴.

Kann das Werk trotz abweichender Bodenverhältnisse doch hergestellt werden, gebührt dem Unternehmer wegen seines Mehraufwandes eine entsprechende Erhöhung des Entgeltes und nach *Krejci* schiebt die Vereinbarung eines Pauschalentgeltes dem Unternehmer nicht die Risikotragung des Bestellers für untaugliche Werkstoffe, unrichtige Anweisungen oder sonstige, der Sphäre des Bestellers zuzurechnende Umstände, zu. Dieser Grundsatz gilt insbesondere auch für das Baugrundrisiko.

Wird dem Besteller die Notwendigkeit einer beträchtlichen Überschreitung bekannt gegeben, so kann dieser vom Vertrag zurücktreten, hat aber die bereits geleistete Arbeit angemessen zu vergüten. Die Angemessenheit der Vergütung bestimmt sich nach dem vom Unternehmer bis zum Rücktritt getätigten Aufwand unter Bedachtnahme auf die im Kostenvoranschlag ausgewiesenen Einheitspreise einschließlich der darin enthaltenen Gewinnspanne³¹⁵.

³¹⁴ *Krejci* in *Rummel*³ § 1168a Rz 19.

³¹⁵ *Krejci*, Baugrundrisiko 62 FN 68.

I) Zusammenfassung A bis H und eigene Ansicht

Zusammenfassend ist, im Verhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer sowohl nach Judikatur als auch nach der Lehre, nur in Ausnahmefällen das Risiko für die Behördenbewilligungen beim Werkunternehmer angesiedelt. Auch wenn es sich hier um dispositive Regelungen handelt, so ist doch unter Berücksichtigung der in der Lehre entwickelten Sphärentheorie das Risiko sehr umfassend vom Werkbesteller zu tragen.

In den dargestellten Entscheidungen ist ferner ersichtlich, dass im Zusammenhang mit Warnpflichtverletzungen die Anforderungen an den Werkunternehmer ausgesprochen niedrig gehalten sind. Lediglich wenn die Erlangung einer Behördenbewilligung nicht im Bereich des Denkmöglichen gelegen wäre, ist nach einer E des OGH³¹⁶ eine Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers zu berücksichtigen.

In der oben dargelegten Entscheidung von 2002³¹⁷ wurde keine Warnpflichtverletzung angenommen, da eine Nichterreichung der Behördenbewilligung als nicht naheliegend eingestuft wurde. 2009³¹⁸ hatte der OGH festgehalten, dass diese Warnpflicht gänzlich entfallen könnte, wenn sich der Besteller selbst von der Unrichtigkeit der von ihm erteilten Weisung überzeugen konnte, es dem Werkbesteller beispielsweise bewusst war, dass vor einer baubehördlichen Bewilligung nicht mit dem Bau begonnen werden dürfe.

In all diesen Fällen wurde aus meiner Sicht jedoch nicht ausreichend bewertet, ob der Werkunternehmer auch nur einen Versuch gesetzt hatte, auf mögliche Probleme hinzuweisen oder zumindest die Voraussetzungen für die Erlangung einer Bewilligung zu schaffen. Sofern der Werkunternehmer hier ebenfalls kein Zutun gesetzt hat, könnte nach meiner Ansicht eine Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers vorliegen, die gegebenenfalls zu Schadenersatzpflichten führen.

Auch die Bewertung gemäß § 3a KSchG, welcher ein Rücktrittsrecht des Konsumenten (als Werkbesteller) für die Sonderkonstellation, dass der Unternehmer den Eintritt einer Behördenbewilligung als wahrscheinlich dargestellt hat, und diese Bewilligung doch nicht erteilt wird, ist hier aus meiner Sicht relevant. Jedenfalls könnte mE, auch die Wertung des § 3a KSchG für Fälle, bei denen ein Konsument als „privater Häuslbauer“ Werkbesteller ist,

³¹⁶ OGH 25.02.1999, 2Ob46/99z.

³¹⁷ OGH 29.08.2002, 6Ob193/02d.

³¹⁸ OGH 15.10.2009, 2Ob277/08m.

den derzeit sehr hohen Anforderungen, für das Vorliegen einer Warnpflichtverletzung der Werkunternehmer, entgegenstehen.

Selbst wenn generell keine allgemeine Rechtspflicht besteht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung Einfluss haben könnten, so ist im Bauwesen infolge des typischen Zusammenwirkens von Bauherrn, bauausführenden Unternehmen und Sonderfachleuten die Nebenpflicht der Kooperation zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer durchaus anerkannt. Konnte der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärungspflicht erwarten, so ist diese Kooperation auch dem Vertragspartner entgegenzubringen, sofern die Gefährdung für den aufklärungspflichtigen Teil objektiv voraussehbar war³¹⁹. Diese Berücksichtigung sollte nach meiner Meinung bei den Entscheidungen der Gerichte im Zusammenhang mit Behördenbewilligungen in Zukunft mehr Einfluss erhalten, insbesondere wenn man an die immer komplexeren Anforderungen der öffentlich-rechtlichen Regelungen hierzu denkt.

Das Risiko der Erlangung der nötigen Behördenbewilligungen wird mit der Sphärentheorie der Sphäre des Werkbestellers zugeordnet. Diese ist generell dispositiv, es können somit auch abweichende vertragliche Gefahrtragungsregelungen getroffen werden. Doch haben die oben dargestellten Entscheidungen gezeigt, dass vertraglich getroffene Vereinbarungen lediglich, wenn das Risiko zweifelsfrei vom Werkbesteller hin zum Werkunternehmer verlagert werden sollte, eine von der Sphärentheorie abweichende Bewertung ergeben.

Eine derartig klare vertragliche Regelung, wonach für sämtliche Umstände der Werkunternehmer die Verantwortung für die Erlangung der Behördenbewilligung übernimmt, wird nach meiner Ansicht in der Praxis jedoch selten zu finden sein.

Aus meiner Sicht wird in den Entscheidungen generell nicht unterschieden, ob der Werkbesteller ein Laie oder ein mit dem Bauwesen betrauter Unternehmer war. Dieser

³¹⁹ RIS-Justiz RS0016390 = OGH 16.01.1986, 7 Ob 680/85; OGH 06.11.1986, 6 Ob 565/85; OGH 16.06.1988, 7 Ob 553/88; OGH 26.04.1989, 1 Ob 503/89; OGH 05.09.1990, 2 Ob 546/90; OGH 24.04.1992, 1 Ob 548/92; OGH 15.07.1993, 7 Ob 575/93; OGH 03.05.1994, 1 Ob 525/94; OGH 23.11.1994, 1 Ob 632/94; OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95; OGH 17.10.1995, 1 Ob 1538/95; OGH 23.10.1995, 1 Ob 617/95; OGH 15.04.1997, 4 Ob 98/97h; OGH 25.02.1997, 4 Ob 44/97t; OGH 01.10.1997, 9 Ob 312/97s; OGH 17.03.1998, 10 Ob 54/97g; OGH 27.04.1999, 4 Ob 61/99w; OGH 07.12.1999, 5 Ob 92/99m; OGH 14.12.1999, 7 Ob 169/99z; OGH 21.06.2000, 1 Ob 128/00f; OGH 15.09.2000, 7 Ob 154/00y; OGH 16.05.2001, 2 Ob 104/01k; OGH 29.01.2003, 7 Ob 267/02v; OGH 17.03.2004, 7 Ob 37/04y; OGH 26.05.2004, 3 Ob 103/04z; OGH 19.05.2005, 6 Ob 27/05x; OGH 22.02.2007, 3 Ob 13/07v; OGH 08.03.2007, 7 Ob 277/06w; OGH 24.04.2007, 4 Ob 53/07h; OGH 29.08.2007, 7 Ob 169/07i; OGH 29.09.2009, 4 Ob 130/09k; OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h; OGH 19.01.2010, 5 Ob 247/09y; OGH 21.04.2010, 7 Ob 201/09y; OGH 01.09.2010, 6 Ob 146/10d; OGH 01.03.2011, 10 Ob 12/11d; OGH 22.06.2011, 2 Ob 176/10m; OGH 17.12.2012, 10 Ob 53/12k.

Unterscheidung sollte jedoch nach meiner Meinung durchaus mehr Bedeutung beigemessen werden, insbesondere wenn man die erweiterten Informationspflichten des Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetzes 2014 bedenkt, welche in Österreich für alle der Richtlinie unterliegenden Verträge, die nach dem 13. Juni 2014 geschlossen wurden, zu berücksichtigen sind, auch wenn Bauverträge gemäß § 5a Abs 2 Z 8 KSchG ausdrücklich von der erhöhten Informationspflicht nach VRUG ausgeschlossen sind. Unter Beachtung der Wertung des § 3a KSchG werden doch den Unternehmern iZm Konsumenten eindeutig mehr Pflichten auferlegt, sodass aus meiner Sicht auch den Anforderungen an die Warnpflicht in Zukunft höhere Maßstäbe gesetzt werden könnten.

Diese Informationspflicht an den Laien als Werkbesteller, könnte daher nach meiner Meinung bei der Berücksichtigung, ob der Werkunternehmer aufgrund seiner Fachkenntnisse einen Wissensvorsprung gegenüber dem Werkbesteller besitzt, und diesen über seine qualifizierte Einschätzung nicht informiert hat, eine weitere Bedeutung zukommen.

Derzeit wird, wie oben erwähnt, die Anforderung an die Warnpflicht des Werkunternehmers im Zusammenhang mit der möglichen Erlangung einer Behördenbewilligung ausgesprochen niedrig gehalten, und es wurde lediglich bei Denkmöglichkeit der Erlangung der Baubewilligung eine Warnpflichtverletzung des Unternehmers bejaht. Nun wird aber zumindest der Werkbesteller, welcher als Konsument einzustufen ist, über die wesentlichen Merkmale des Vertrages zu informieren sein, und dazu könnte aus meiner Sicht auch eine Einschätzung der Erlangung der nötigen Bewilligungen durchaus mit eingebunden werden.

Im Ergebnis wäre daher an das Erfordernis der Warnpflicht des Unternehmers im Zusammenhang mit Behördenbewilligungen in der Rechtsprechung ein größeres Augenmerk zu legen als dies bisher erfolgt, und - wie beispielsweise bei Verbrauchergeschäften gesetzlich angeordnet - generell diese Information über mögliche Gefahren im Zusammenhang mit der Nicht-Erreichbarkeit der Behördenbewilligung als vertragliche Pflicht des Werkunternehmers in Zusammenhang mit seiner Warnpflicht nach § 1168a ABGB zu bewerten.

J) Sorgfaltspflicht des Sachverständigen/Voraussetzung von Sachkenntnissen

1. Einleitung

In diesem Kapitel werden Beispiele aus der Judikatur im Zusammenhang mit der Stellung des Planverfassers, des Statikers und des Vertragsverfassers und die Bedeutung deren Einordnung als Sachverständige im Sinne des § 1299 ABGB dargestellt, wobei die Rechtslage bei einem nicht fachkundigen Werkbesteller einer besonderen Beurteilung zu unterziehen ist. Letztlich wird auch das Sonderthema des sogenannten bestätigenden Experten in diesem Kapitel behandelt.

Infolge des im Bauwesen typischen Zusammenwirkens von Bauherrn, bauausführenden Unternehmen und Sonderfachleuten, wie Statikern, besteht neben der Hauptpflicht auf Erstellung eines bestimmten Werkes immer die Nebenpflicht der Kooperation zwischen Werkbesteller und ausführendem Werkunternehmer mit gegenseitigen Aufklärungspflichten und Kontrollpflichten³²⁰.

Zur Bewertung der Sorgfaltspflicht des Sachverständigen ist immer der zur Evaluierung heranzuziehende Sorgfaltsmaßstab in Betracht zu ziehen sowie die unterschiedliche Bewertung der Warnpflicht des Unternehmers gemäß § 1168a ABGB im Zusammenhang mit dem Einfluss der Bewertung der Sachkenntnis gemäß § 1299 ABGB.

Es besteht generell keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung einen Einfluss haben können. Eine Aufklärungspflicht besteht in der Regel nur dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Die Aufklärungspflicht endet an der Grenze objektiver Voraussehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Gegners³²¹.

³²⁰ RIS-Justiz RS0021634 = OGH 13.07.1988, 3 Ob 526/88; OGH 15.02.1990, 8 Ob 579/90; OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91; OGH 22.10.1991, 4 Ob 561/91; OGH 23.02.1993, 1 Ob 628/92; OGH 28.11.2002, 8 Ob 287/01s; OGH 26.01.2006, 8 Ob 42/05t; OGH 26.03.2009, 6 Ob 23/09i; OGH 19.09.2013, 1 Ob 134/13g; OGH 26.02.2014, 7 Ob 231/13s.

³²¹ RIS-Justiz RS0016390 = OGH 16.01.1986, 7 Ob 680/85; OGH 06.11.1986, 6 Ob 565/85; OGH 16.06.1988, 7 Ob 553/88; OGH 26.04.1989, 1 Ob 503/89; OGH 05.09.1990, 2 Ob 546/90; OGH 24.04.1992, 1 Ob 548/92; OGH 15.07.1993, 7 Ob 575/93; OGH 03.05.1994, 1 Ob 525/94; OGH 23.11.1994, 1 Ob 632/94; OGH 29.05.1995, 1 Ob 564/95; OGH 17.10.1995, 1 Ob 1538/95; OGH 23.10.1995, 1 Ob 617/95; OGH 15.04.1997, 4 Ob 98/97h; OGH 25.02.1997, 4 Ob 44/97t; OGH 01.10.1997, 9 Ob 312/97s; OGH 17.03.1998, 10 Ob 54/97g; OGH 27.04.1999, 4 Ob 61/99w; OGH 07.12.1999, 5 Ob 92/99m; OGH 14.12.1999, 7 Ob 169/99z; OGH 21.06.2000, 1 Ob 128/00f; OGH 15.09.2000, 7 Ob 154/00y; OGH 16.05.2001, 2 Ob 104/01k; OGH 29.01.2003, 7 Ob 267/02v; OGH 17.03.2004, 7 Ob 37/04y; OGH 26.05.2004, 3 Ob 103/04z; OGH 19.05.2005, 6 Ob 27/05x; OGH 22.02.2007, 3

Eine Aufklärungspflicht ist zu verneinen, wenn der Vertragspartner zu erkennen gibt, dass er mit den Verhältnissen vertraut ist³²². Für das Bestehen einer Aufklärungspflicht ist im Einzelfall immer entscheidend, ob und vor allem inwiefern ein Schutzbedürfnis des Vertragspartners vorliegt und ob er dieses dem Vertragspartner zu erkennen gibt³²³.

2. Allgemeine Aussagen zum Sorgfaltsmaßstab iZm Baubewilligungen

Folgend wird auf typische Themengebiete eingegangen, bei der die Einordnung als Sachverständige im Sinne des § 1299 ABGB für die an einem Bewilligungsverfahren und Erstellung des Projektes beteiligten Parteien eine besondere Bedeutung hat.

a) Sorgfaltsmaßstab des Planverfassers als Sachverständiger

Die Sorgfaltspflicht des Sachverständigen findet Einfluss in die Bewertung, wenn es sich um Rechtsfragen einer Haftung eines Planverfassers zur Erreichung einer Baubewilligung handelt, als auch bei der Bewertung eines möglichen Mitverschuldens des Werkbestellers aufgrund von Planungsmängeln des von ihm beauftragten Planverfassers.

Das Sachverständigenwissen ist weiters im Zusammenhang mit der Warnpflicht des Unternehmers und einer möglichen Mitverschuldenshaftung des Bestellers zu berücksichtigen.

Ist zum Beispiel von den Vertragsparteien das Ziel angestrebt, eine behördliche Bewilligung zu erlangen, so ist als stillschweigend bedungen anzusehen, dass die Pläne auch den Vorgaben der anwendbaren Bauordnungen des Landes zu entsprechen haben. Auch wenn der Planverfasser eine gesetzliche Vorschrift nicht kannte, hat er einen Auftrag zur Einreichplanung übernommen, sodass er als Sachverständiger des § 1299 ABGB gilt. Die Unterlassung der gebotenen Vorgangsweise bewirkt einen Mangel der Werkleistung und der

Ob 13/07v; OGH 08.03.2007, 7 Ob 277/06w; OGH 24.04.2007, 4 Ob 53/07h; OGH 29.08.2007, 7 Ob 169/07i; OGH 29.09.2009, 4 Ob 130/09k; OGH 22.10.2009, 3 Ob 111/09h; OGH 19.01.2010, 5 Ob 247/09y; OGH 21.04.2010, 7 Ob 201/09y; OGH 01.09.2010, 6 Ob 146/10d; OGH 01.03.2011, 10 Ob 12/11d; OGH 22.06.2011, 2 Ob 176/10m; OGH 17.12.2012, 10 Ob 53/12k.

³²² OGH 07.12.1999, 5 Ob 92/99m.

³²³ OGH 19.01.2010, 5 Ob 247/09y = wobl 2010/118 = MietSlg 62.127.

Sachverständige hat für Mangelfolgeschäden nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen einzustehen³²⁴.

Vorarbeiten anderer Werkunternehmer und das Unterbleiben einer Beanstandung im Rahmen der Bauaufsicht begründen generell kein Mitverschulden des Bestellers, da die Bauaufsicht als auch die Vorleistungen des Bauherrn generell nicht als nebenvertragliche Mitwirkungspflicht des Bauherrn angesehen werden. Sofern daher fehlerhafte Vorleistungen eines im Vorfeld tätigen Unternehmens vorliegen, wird keine Mitverschuldenshaftung des Werkbestellers gegenüber der darauf folgend tätigen Werkunternehmer begründet.

Die Beistellung mangelhafter Pläne jedoch, die als Anweisung des Werkbestellers gesehen werden, führt zu einem Mitverschulden des Bestellers. Keine Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers liegt vor, wenn Unrichtigkeit oder mangelnde Pläne dem Unternehmer bei der ihm zumutbaren Fachkenntnis nicht erkennbar waren. Vor den Gefahren nachträglicher Projektänderung ist nur zu warnen, wenn solche Gefahren naheliegen³²⁵.

b) Sorgfaltsmaßstab bezüglich Einsicht in Bebauungspläne

Generell hat der Besteller die in seinem Bereich gelegenen Voraussetzungen für die Möglichkeit der bestellten Leistung vor Erarbeitung der Leistungsbeschreibung selbst zu prüfen. Für den Fall, dass eine solche Prüfung zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt hat, ist der Werkunternehmer über die noch ungeklärte Situation so rechtzeitig zu informieren, dass ihm aus der Unterlassung keine Nachteile erwachsen³²⁶.

Wenn sich jedoch beispielsweise ein nicht mit dem Bauwesen vertrauter Werkbesteller auf die Information der Auskünfte eines Bediensteten der Gemeinde verlässt, so kann in diesem Fall kein dem Werkbesteller vorwerfbares Verschulden vorliegen.

Verschweigt der Besteller beispielsweise über Gefahren aus den Bodenverhältnissen und kann der Bauunternehmer angesichts der ihm gemachten Angaben der Leistungsbeschreibung keinen Grund erkennen, vom Bauherrn zusätzliche Informationen über diese anzufordern, dann missbraucht der Besteller das Vertrauen des Werkunternehmers, sofern die

³²⁴ OGH 23.07.1997, 7 Ob 82/97b; OGH 23.01.2001, 7 Ob 273/00y.

³²⁵ *Rebhahn* in *Schwimmann*³ § 1168 Rz 30.

³²⁶ *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko (1995) 24.

Leistungsbeschreibung ohne Bezugnahme auf die Bodenverhältnisse vorgenommen worden sein sollte³²⁷.

Ein Generalunternehmer hingegen, welcher die Einreichplanung und die Bauarbeiterarbeiten übernimmt, muss gemäß § 1299 ABGB als Sachverständiger die dafür erforderlichen, nicht nur die gewöhnlichen Kenntnisse, vertreten. Ein Mangel dieser Kenntnisse wäre als Übernahmeverschulden anzulasten³²⁸.

Bei Bewertung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht werden der Fleiß und die Kenntnisse verlangt, die die Fachgenossen üblicherweise haben. Bei der Beurteilung sind in Folge auch der Auftrag und das im Einzelfall davon betroffene Geschäft zu berücksichtigen. So kann zum Beispiel im Falle der Beurteilung von Änderungen von Bauplänen wohl die Fachkenntnis eines Architekten nötig sein, die dann die Sorgfaltspflicht eines Nicht-Architekten überspannen kann³²⁹.

Auch ein zu kleines Grundstück beispielsweise kann als offenbar untauglicher Stoff angesehen werden. Eine Einsichtnahme in die Bebauungspläne durch einen Generalunternehmer kann nicht als Überspannung der Sorgfaltspflicht qualifiziert werden. Damit liegt eine Verletzung der Warnpflicht vor, die schadenersatzpflichtig macht³³⁰.

Aus der werkvertraglichen Warnpflicht des Werkunternehmers ist für den gegebenen Zusammenhang ableitbar, dass nicht schon jedes blinde Vertrauen des Werkunternehmers schützenswert ist. Vielmehr hat dieser die fehlenden Angaben über die Voraussetzungen für die Erfüllung seiner Leistungspflicht beim Werkbesteller zu urgieren, wenn ihm angesichts der gegebenen Umstände Zweifel an der Zuverlässigkeit oder Richtigkeit der ihm zugekommenen Informationen kommen müssen. Dessen ungeachtet bleibt jedoch ursprünglich der Besteller verpflichtet, vorweg für möglichst klare Verhältnisse im eigenen Bereich zu sorgen bzw offenzulegen, wenn er dazu nicht imstande ist³³¹.

³²⁷ *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko (1995) 24.

³²⁸ *Rebhahn* in *Schwimann*³ § 1168 Rz 16; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1299 Rz 2.

³²⁹ OGH 30.06.2010, 7Ob104/10k = bbl 2010/194 = wobl 2011/69.

³³⁰ *Rebhahn* in *Schwimann*³ § 1168 Rz 16; *Harrer* in *Schwimann*³ § 1299 Rz 2.

³³¹ *Krejci*, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko (1995) 24.

c) Sorgfaltsmaßstab bei Änderung von Bauplänen

Hinsichtlich der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht werden der Fleiß und die Kenntnis verlangt, die die Fachgenossen üblicherweise haben. Bei der Beurteilung ist auch der Auftrag und das im Einzelfall davon betroffene Geschäft zu berücksichtigen.

Auch im Fall der Änderung von Bauplänen ist für eine nähere Überprüfung der Baupläne im Hinblick auf eine vorliegende rechtskräftige Baubewilligung wohl die Kenntnis eines Architekten nötig, die dann die Sorgfaltspflicht eines Nicht-Architekten überspannen kann³³².

d) Sorgfaltsmaßstab bei Vorarbeiten anderer Unternehmen

Als Stoff im Sinne des § 1168a ABGB gelten Vorarbeiten eines anderen Unternehmers ebenso wie Vorarbeiten des Bestellers selbst, auf denen der Werkunternehmer aufbauen muss. Die daraus resultierenden Aufklärungs- und Prüfpflichten des Unternehmers dürfen aber nicht überspannt werden.

Die Aufklärungspflicht geht nicht so weit, dass der Werkunternehmer davon ausgehen müsste, dass sein fachkundiger Vormann nicht fachgerecht gearbeitet hätte. Für Arbeiten, die vor seiner Bestellung unter anderer Bauführung durchgeführt wurden, ist auch aus der Bauordnung keine Übernahme der Verantwortung des neuen Bauführers abzuleiten.

Wenn einem Unternehmer, dem lediglich die statische Berechnung eines Neubaus unter Bedachtnahme auf die auf Nachbarliegenschaften bestehenden Bauwerke übertragen wird (nicht jedoch auch die Bauüberwachung selbst) und dieser nun auch verpflichtet sein sollte, die gehörige Durchführung der Bauarbeiten zu überwachen, so würde eine Überspannung vorliegen. Vor allem, wenn von vornherein von dem mit den Bauarbeiten vertrauten Unternehmer verlangt würde, durch entsprechende Hinweise an den Bauherrn auf allfällige Möglichkeiten des Eintrittes von auf unsachgemäße Bauausführung zurückzuführende Veränderungen der Grundlagen seiner statischen Berechnungen aufmerksam zu machen. Soll daher eine Haftung wegen Warnpflichtverletzung im Sinne des § 1168a ABGB für alle Folgen einer unsachgemäßen Bauführung auferlegt werden, so läge eine solche Überspannung vor³³³; dies gilt auch für einen Bauunternehmer, der lediglich den Rohbau eines Hotels mit Hallenbad und ähnlichen Anlagen herzustellen hat, auch auferlegt würde, über die gehörige

³³² OGH 30.06.2010, 7Ob104/10k = bbl 2010/194 = wobl 2011/69.

³³³ OGH 31.05.1983, 5 Ob 691/82.

Planung und Durchführung der weiteren Arbeiten (insbesondere spezieller Isolierungsarbeiten) aufzuklären bzw diese im Nachhinein zu kontrollieren³³⁴.

3. Judikatur und Lehre zur Sorgfaltspflicht des Planverfassers, Generalunternehmers, Statikers und Vertragserrichters

a) Allgemein

Das Gesetz sieht im Unternehmer einen Sachverständigen, der den Besteller zu beraten und gemäß § 1168a Satz 3 ABGB zu warnen habe, wenn dieser einen offenbar untauglichen Stoff beistellt oder offenbar unrichtige Anweisungen erteilt. Sie bestehe jedoch immer nur im Rahmen der eigenen Leistungspflicht des Unternehmers und der damit verbundenen Schutz- und Sorgfaltspflichten.

Die allen schuldrechtlichen Verträgen als unselbständige Nebenpflichten innewohnenden Schutz- und Sorgfaltspflichten kommen beim Werkvertrag vor allem in der nach § 1168a Satz 3 ABGB speziell auf den Werkvertrag zugeschnittenen Warnpflicht zum Ausdruck. Von den Vertragspartnern wird demnach ein entsprechendes Maß an Aufmerksamkeit, Überlegung und Rücksichtnahme (kurz Sorgfalt) nicht nur bei der Erbringung der Hauptleistung verlangt, sondern auch bei jedem weiteren Verhalten, das mit der Durchführung des Vertragsverhältnisses in einem mehr oder minder engen Zusammenhang steht³³⁵.

Jeder Vertragspartner habe sich so zu verhalten, wie es der andere in der gegebenen Situation mit Rücksicht auf den konkreten Vertragszweck, die besondere Art der Leistung und die Erfordernisse eines optimalen Zusammenwirkens erwarten dürfe, damit die Erreichung des Vertragszweckes nicht vereitelt, sondern erleichtert und Schaden verhütet werde.

Diese Warnpflicht gilt grundsätzlich auch gegenüber dem sachkundigen oder sachverständig beratenen Besteller³³⁶, wenn dieser, vertreten durch einen Sachverständigen, welcher die

³³⁴ RIS-Justiz RS0021941 = OGH 08.07.1980, 5Ob581/80; OGH 09.04.1981, 8Ob504/81; OGH 31.05.1983, 5Ob691/82; OGH 12.12.1984, 1Ob647/84; OGH 03.09.1986, 3Ob548/86; OGH 28.04.1987, 2Ob614/86; OGH 27.04.1987, 1Ob42/86; OGH 05.11.1987, 8Ob588/87; OGH 06.09.1988, 6Ob610/88; OGH 15.02.1990, 8Ob579/90; OGH 29.11.1990, 6Ob735/89; OGH 05.02.1992, 2Ob590/91; OGH 10.05.1994, 4Ob539/94; OGH 23.07.1997, 7Ob82/97b; OGH 12.02.1998, 6Ob35/98k; OGH 08.11.2001, 6Ob53/01i; OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k; OGH 15.10.2009, 2Ob277/08m.

³³⁵ OGH 08.03.1978, 1Ob520/78 = SZ 51/26.

³³⁶ OGH 01.12.1981, 4 Ob 558/81 = SZ 54/179 = RZ 1982/49.

genügende Sachkenntnis hat, um zu erkennen, dass die dem Unternehmer erteilte Anweisung oder die vereinbarte Arbeitsweise verfehlt ist, handelt.

Die Warnpflicht könne dann ausnahmsweise nicht gegeben sein, wenn der Unternehmer vernünftigerweise erwarten dürfe, dass dem Besteller oder seinem Berater die mit dem Gebrauch des Gutes verbundenen Gefahren aufgrund der nach Lage des Falles vorauszusetzenden Sachkunde bekannt seien. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass aus diesem Grunde im Einzelfall mangels Schutzwürdigkeit des Bestellers eine Warnungs- und Aufklärungspflicht nicht in Frage komme, trifft den Unternehmer³³⁷.

Der Unternehmer müsse auch nur warnen, wenn die Unrichtigkeit der Anweisung oder die Untauglichkeit des Stoffes 'offenbar' sei. Dies treffe nicht nur dann zu, wenn der Mangel jedermann sogleich erkennbar sei, sondern auch dann, wenn er vom Unternehmer bei der auf seiner Seite vorausgesetzten Fachkenntnis (§ 1299 ABGB) bei sachgemäßer Behandlung des Stoffes und Ausführung der Arbeiten hätte erkannt werden müssen.

Wenn mehrere Unternehmer zur gemeinsamen Herstellung eines Werkes bestellt sind, so trifft diese die Pflicht der Zusammenarbeit jeden und es ist jeder von ihnen verhalten, alles zu vermeiden, was das Gelingen des Werkes vereiteln könnte³³⁸.

Nach *Reischauer*³³⁹ geht es bei der Bewertung nach § 1299 ABGB um die Kenntnisse des durchschnittlichen Fachmannes des jeweiligen Fachgebietes. Entscheidend für den Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB ist somit der Leistungsstandard der betreffenden Berufsgruppe.

Generell ist der durchschnittliche Fachmann auch der maßgerechte Fachmann im Sinne des §1299 ABGB. Bezüglich Beurteilung der Frage, wie sich ein maßgerechter Mensch in der konkreten Lage verhalten hätte, ist nach *Reischauer* auch das Wissen, unabhängig vom Fachwissen, das der maßgerechte Mensch um die konkreten Umstände des Einzelfalles hatte, einzubeziehen.

Bezüglich behördlicher Anordnungen und Genehmigungen betont *Reischauer*³⁴⁰, dass die Befolgung dieser Anordnungen die Sorgfaltspflicht nicht erschöpfen muss, wie auch das

³³⁷ OGH 21.03.1985, 8 Ob 630/84; OGH 16.01.1985, 1 Ob 690/84 = SZ 58/7 = JBl 1985,622 ; OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114.

³³⁸ OGH 31.01.1979, 1 Ob 522/79 = SZ 52/15.

³³⁹ In *Rummel*³ § 1299 Rz 2.

³⁴⁰ In *Rummel*³ § 1299 Rz 4.

Fehlen von Anordnungen in Bereichen, in denen solche zu erfolgen haben, von der nach § 1299 ABGB gebotenen Sorgfalt nicht befreit.

Bewilligungen decken demnach generell nur den Mindeststandard und eine einmal erteilte Bewilligung kann, in Bezug auf die aufzuwendende Sorgfalt, nicht für die Zukunft rechtfertigen. Die Sicherheit ist laufend zu prüfen und es sind laufend die einschlägigen Sorgfaltsmaßnahmen zu setzen. Von den öffentlich-rechtlichen Vorschriften bleibt daher nach *Reischauer* die Pflicht, eigenverantwortlich zu prüfen, welche Vorkehrungen zu treffen sind, unberührt.

Hingegen gilt für jene, die dem Sorgfaltsmaßstab nach § 1297 ABGB unterliegen, dass in vielen Fällen der Sorgfalt genüge getan ist, wenn sie sich auf die behördlichen Anordnungen oder Fachleute verlassen, nicht jedoch dort, wo man sich aufgrund des Sorgfaltsmaßstabes nach § 1297 ABGB sagen müsste, dass die Anordnungen zur Gefahrenabwehr nicht reichen würden.

b) Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten

Grundsätzliche haftet ein Sachverständiger für die Richtigkeit seines Gutachtens nur gegenüber seinem Vertragspartner.

Daher hat der OGH in ständiger Rechtsprechung³⁴¹ judiziert, dass die Ersatzpflicht nach §§1299, 1300 ABGB als keine absolute Norm gesehen werden kann, es sei denn, es liegt eine sittenwidrige Schadenszufügung vor.

Gegenüber Dritten kam Haftung nur in Frage, wenn die Vereinbarung über Erstellung des Gutachtens als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritten angesehen werden konnte oder wenn das Gutachten als Anstiftung zur Schädigung des Dritten anzusehen wäre.

Heute wird eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten dann anerkannt, wenn der Besteller des Gutachtens, für den Sachverständigen erkennbar, auch die Interessen des Dritten

³⁴¹ RIS-Justiz RS0026234 = OGH 01.07.1970, 5 Ob 97/70; OGH 11.06.1970, 2 Ob 141/70; OGH 22.12.1970, 8 Ob 281/70; OGH 23.03.1976, 5 Ob 536/76; OGH 18.12.1979, 1 Ob 530/79; OGH 27.06.1984, 3 Ob 547/84; OGH 11.07.1985, 8 Ob 542/85; OGH 20.11.1985, 3 Ob 603/85; OGH 30.06.1988, 8 Ob 667/87; OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96; OGH 13.06.2000, 1 Ob 79/00z; OGH 23.01.2001, 7 Ob 273/00y; OGH 21.02.2002, 6 Ob 81/01g; OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g; OGH 09.03.2006, 6 Ob 39/06p; OGH 23.03.2007, 2 Ob 191/06m; OGH 14.08.2007, 1 Ob 78/07p; OGH 10.07.2008, 8 Ob 51/08w; OGH 31.05.2011, 10 Ob 16/11t; OGH 30.08.2011, 10 Ob 32/11w; OGH 19.09.2012, 1 Ob 91/12g.

mitverfolgt. Den Sachverständigen trifft eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zugunsten eines Dritten, wenn er damit rechnen muss, dass sein Gutachten die Grundlage für dessen Disposition bildet³⁴². In diesem Fall sind somit die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten auf den Dritten zu erstrecken.

Der Dritte ist geschützt, wenn eine Aussage erkennbar drittgerichtet ist, also ein Vertrauenstatbestand vorliegt, der für den Dritten eine Entscheidungsgrundlage darstellen soll. Wesentlich ist daher vor allem, zu welchem Zweck das Gutachten erstattet wurde. Mangels ausdrücklicher Bestimmung im Vertrag kann sich die Beurteilung nach der Verkehrsübung richten.

Der bloße Umstand, dass die Sphäre eines Dritten durch ein Privatgutachten berührt wird, ist jedoch noch nicht haftungsbegründend. Es müssen vielmehr nach einem, dem Sachverständigen erkennbaren Zweck des Gutachtensauftrages gerade auch die Interessen eines oder mehrerer bestimmter Dritter mitverfolgt werden³⁴³. Die Beantwortung der Frage, ob die Interessen eines Dritten mit der Gutachtenserstattung verfolgt werden, richtet sich nach der Verkehrsübung und im Besonderen danach, zu welchem Zweck das Gutachten erstattet wurde³⁴⁴.

Legt ein Sachverständiger in seinem Gutachten dessen Tauglichkeit zu einem bestimmten Zweck offen, so haftet er auch dafür, dass das Gutachten für diesen geeignet ist und diesen Anforderungen entspricht. Er kann sich später nicht darauf zurückziehen, dass er diese Behauptung nur zum Schein aufgestellt hat.

Es kann von einem (nicht immer fachkundigen) Auftraggeber nicht verlangt werden selbst zu prüfen, ob das Gutachten den vom Gutachter selbst genannten Anforderungen formell entspricht, oder nicht. Der aus dem Gutachten ersichtliche Gutachtensauftrag ist ausschlaggebend. Er ist der Maßstab, an dem die Tauglichkeit und Richtigkeit des Gutachtens zu prüfen ist. Aus ihm ergibt sich auch, welche Interessen Dritter geschützt sind³⁴⁵.

³⁴² RIS-Justiz RS0106433 = OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96; OGH 13.06.2000, 1 Ob 79/00z; OGH 05.09.2000, 5 Ob 18/00h; OGH 23.01.2001, 7 Ob 273/00y; OGH 21.02.2002, 6 Ob 81/01g; OGH 20.10.2005, 3 Ob 67/05g; OGH 09.03.2006, 6 Ob 39/06p; OGH 23.03.2007, 2 Ob 191/06m; OGH 14.08.2007, 1 Ob 78/07p; OGH 10.07.2008, 8 Ob 51/08w; OGH 19.01.2010, 4 Ob 63/09g; OGH 30.08.2011, 10 Ob 32/11w; OGH 07.09.2011, 7 Ob 77/11s; OGH 29.05.2012, 9 Ob 20/12z; OGH 29.05.2012, 9 Ob 56/11t; OGH 19.09.2012, 1 Ob 91/12g; OGH 29.11.2012, 2 Ob 125/12i.

³⁴³ OGH 10.07.2008, 8 Ob 51/08w = ecolex 2008,1018 = Zak 2008,367 = Zak 2008,374 = RdW 2008,776 = EvBl 2009,28 = ZVR 2009,60 = JBl 2009,174 = RZ 2009,116 = ZVR 2009,75.

³⁴⁴ OGH 05.09.2000, 5 Ob 18/00h.

³⁴⁵ OGH 23.01.2001, 7 Ob 273/00y.

Nach *Harrer*³⁴⁶ trifft den Maßstab der Sachverständigenhaftung jeden, der in einem Bereich agiert, welcher den Experten vorbehalten ist, die im Rahmen eines Gewerbes oder Berufes tätig werden. Entscheidend ist, dass für die Ausübung des Gewerbes bestimmte höhere Kenntnisse erforderlich sind.

Nach *Welser*³⁴⁷ lässt sich die Frage, ob ein Sachverständiger gemäß § 1299 ABGB für besondere Sorgfalt gegenüber jedermann oder nur gegenüber dem Partner eine Sonderbeziehung einzustehen hat, weder in der einen noch in der anderen Richtung unbedingt entscheiden, die Wahrheit liege in der Mitte.

Generell ist nach *Welser* daran festzuhalten, dass § 1299 ABGB keine erhöhte Sorgfaltspflicht gegenüber jedermann begründet, jedoch mit der Einschränkung, dass der Sachverständige sehr wohl rechtswidrig handelt, wenn er allgemein - gegenüber jedermann - geschützte Güter gefährdet oder wenn er ein Schutzgesetz verletzt, das zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht. Da nun ein Sachverständiger kraft seines Wissens und seiner sonstigen Fähigkeiten Tätigkeiten ausführe, die auch mit besonderen Gefahren verbunden sind, ist auch sachgerecht, ihn auch der Allgemeinheit gegenüber zu verpflichten, seine besonderen Fähigkeiten anzuwenden³⁴⁸.

Dass § 1299 ABGB keine haftungsbegründende Deliktsnorm ist, ergibt sich aus § 1300 Satz 1 ABGB, wonach ein Sachverständiger für den fahrlässigen falschen Rat nur einzustehen hat, wenn er "gegen Belohnung" tätig ist und es ist somit daran festzuhalten, dass § 1299 ABGB keine erhöhte Sorgfaltspflicht gegenüber jedermann begründet.

Dies gilt jedoch nur mit der wesentlichen Einschränkung, dass zu beachten ist, dass auch der Sachverständige rechtswidrig handelt, wenn er die allgemein gegenüber jedermann geschützten Güter qualifiziert gefährdet oder wenn er ein Schutzgesetz verletzt, das zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht.

Da solche Schutzgesetzte häufig im Interesse der Allgemeinheit erlassen sind und nur ein Sachverständiger kraft seines besonderen Wissens und seiner sonstigen Fähigkeiten derartige Tätigkeiten ausführt, die auch mit besonderen Gefahren für die Allgemeinheit verbunden sind, ist es nach *Welser* sachgerecht, ihn auch der Allgemeinheit gegenüber zu verpflichten, seine besonderen Fähigkeiten anzuwenden.

³⁴⁶ In *Schwimann*³ § 1299 Rz 1.

³⁴⁷ Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 24 ff.

³⁴⁸ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983), 26.

Diese so gesteigerte deliktische Verantwortlichkeit des Sachverständigen gilt jedoch nicht im Hinblick auf die reinen Vermögensschäden, da dieser Bereich nicht allgemein geschützt ist und § 1299 ABGB für sich keine haftungsbegründende Funktion hat, sondern bloß einen strengeren Maßstab für Verschulden anlegt³⁴⁹.

Im Zusammenhang mit "Bestätigungen" eines Sachverständigen und zur Vermeidung einer allgemeinen und uferlosen "Erklärungshaftung", muss nach *Welser*³⁵⁰ die Verantwortlichkeit demnach begrenzt werden.

Die Sorgfaltspflichten von Sachverständigen greifen nur dann, wenn es sich inhaltlich um eine Mitteilung handelt und die Auskunft sich aus einem Rechtsverhältnis oder Recht bezieht, an dem der Auskunftsgeber beteiligt ist oder beteiligt war. Auch muss die Erklärung entweder direkt "drittbezogen", also an den Dritten gerichtet sein, oder es muss aus den Umständen klar sein, dass sie zur Verwendung durch den Dritten eingeholt wurde. Der Auskunftsgeber haftet nach *Welser* außerdem nur dann, wenn der Dritte die Auskunft für Dispositionen verwendet, die der Auskunftsgeber nach der Übung des redlichen Verkehrs erwarten konnte.

*Harrer*³⁵¹ betont, dass § 1299 ABGB keine Anspruchsgrundlage ist, sondern lediglich den Haftungsmaßstab festlegt. Die Haftung des Sachverständigen setzt demnach eine vertragliche Beziehung voraus.

Die Einbeziehung Dritter in den vertraglichen Schutzbereich sollte jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen erwogen werden. Ein anschauliches Beispiel für eine legitime Erweiterung der vertraglichen Pflichten ist nach *Harrer* der Werkvertrag, den der Bauherr mit dem Bauunternehmer abgeschlossen hat, in Bezug auf die körperliche Integrität der Angehörigen des Bauherrn.

Soweit der Vertrag keine diesbezüglichen Regeln enthält, ist dennoch ein Weiterdenken des Vertrages im Sinne redlicher Parteivorstellungen legitimiert, da ein Bauunternehmer, der die Rechtsgüter des Vertragspartners, nicht aber die seiner Angehörigen schützen wollte, einen in hohem Maße aufklärungsbedürftigen Standpunkt einnehmen würde³⁵².

³⁴⁹ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983), 27.

³⁵⁰ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 90.

³⁵¹ In *Schwimmann*³ § 1299 Rz 1.

³⁵² *Harrer* in *Schwimmann*³ § 1300 Rz 8.

Nach *Wenusch*³⁵³ hingegen wird, wie für alle Regelungen im Zusammenhang mit Bauvorhaben, auch der Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten ausgelösten Schäden, wie beispielsweise Mehrkosten, die sich aus Planungs- oder Berechnungsfehlern ergeben, bezweckt und die Regelungen über den bestätigenden Experten beispielsweise stellen somit ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB dar. Somit ist eine Haftung gegenüber Dritten nach den allgemeinen Grundsätzen nach dieser Ansicht beispielsweise für den bestätigenden Experten generell möglich, sofern der Schaden innerhalb des Schutzzweckes der Norm, für welche die Bestätigung ausgestellt wurde, verblieben ist.

c) Zum Mitverschulden eines nicht fachkundigen Werkbestellers für Fehler der von ihm beigezogenen Berater

Es ist strittig, inwieweit ein selbst nicht fachkundiger Werkbesteller für Fehler der von ihm beigezogenen Berater, im Verhältnis zum seine Warnpflicht verletzenden Unternehmer, einzustehen hat.

In der Regel sieht zwar § 1168a ABGB im Unternehmer einen Sachverständigen, der den Besteller zu beraten hat. Dies schließt aber nicht aus, dass dem Besteller, ein Mitverschulden anzulasten ist, auch wenn der Bauherr vom Bauunternehmer nicht gewarnt wurde³⁵⁴.

Jedenfalls wurde in der Fallkonstellation, dass sich der Werkbesteller bei der Abwicklung seiner Vertragsbeziehungen mit dem Werkunternehmer einer sachkundigen Hilfsperson bedient - insbesondere, wenn dieser dem Werkunternehmer gegenüber als Repräsentant des Werkbestellers auftritt, wie zum Beispiel der Architekt, der auch mit der Bauaufsicht betraut ist - vom OGH³⁵⁵ dahin gelöst, dass das Verschulden der Hilfsperson - wie etwa

³⁵³ Die zivilrechtliche Haftung für Bestätigungen, die im Zuge „(teil-)privatisierter Bewilligungsverfahren“ ausgestellt werden, bbl 2010, 5.

³⁵⁴ RIS-Justiz RS0021766 = OGH 12.03.1968, 8 Ob 45/68; OGH 19.10.1971, 4 Ob 89/71; OGH 29.06.1972, 2 Ob 170/71; OGH 13.03.1974, 1 Ob 215/73; OGH 14.01.1976, 8 Ob 262/75; OGH 09.09.1980, 5 Ob 662/80; OGH 13.11.1980, 7 Ob 617/80; OGH 07.02.1983, 1 Ob 732/82; OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83; OGH 12.12.1984, 1 Ob 647/84; OGH 16.01.1985, 1 Ob 690/84; OGH 21.03.1985, 8 Ob 630/84; OGH 24.03.1988, 7 Ob 533/88; OGH 06.09.1988, 6 Ob 610/88; OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91; OGH 30.04.1997, 9 Ob 58/97p; OGH 22.10.1997, 7 Ob 142/97a; OGH 24.11.1998, 4 Ob 283/98s; OGH 16.03.1999, 10 Ob 371/98a; OGH 25.05.1999, 1 Ob 108/99k; OGH 22.10.1999, 1 Ob 278/98h; OGH 24.10.2001, 3 Ob 293/00k; OGH 27.11.2002, 3 Ob 34/02z; OGH 25.06.2004, 1 Ob 137/04k; OGH 14.09.2004, 5 Ob 51/04t; OGH 05.06.2007, 10 Ob 5/07v; OGH 18.07.2011, 6 Ob 229/10k; OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t; OGH 21.03.2013, 5 Ob 16/13h; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 17.10.2013, 1 Ob 184/13k; OGH 22.04.2014, 7 Ob 18/14v; OGH 26.06.2014, 8 Ob 75/13g.

³⁵⁵ OGH 22.10.1997, 7 Ob 142/97a.

Planungsfehler des Architekten und dadurch die Zurverfügungstellung fehlerhafter Pläne an den Werkunternehmer - dem Werkbesteller zuzurechnen ist³⁵⁶.

Die Verschuldenszurechnung des Gehilfen auf Seiten des Werkbestellers wurde bei der Frage der Warnpflichtverletzung darüber hinaus vom OGH³⁵⁷ auch schon generell für fachkundige Vorunternehmer bejaht, wenn diese nicht den Stoff, sondern Beratung, Gutachten oder Pläne und dergleichen lieferten, ohne dass auf die Repräsentanteneigenschaft abgestellt wurde. Die Frage demnach, ob für die Zurechnung des Gehilfenverschuldens eine grundsätzliche Unterscheidung zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zu treffen ist, stellt sich für diese Fallkonstellationen nicht³⁵⁸.

Der Werkbesteller muss sich nicht jedes mitwirkende Verschulden des von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen, sondern es kommt ein Mitverschulden nur dann in Betracht, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat³⁵⁹.

In der Regel ist die Verantwortlichkeit des Werkunternehmers höher zu veranschlagen als jene des Bestellers. Dieser Grundsatz kann aber im Einzelfall durchbrochen werden. In welchem Verhältnis die Schadensteilung vorzunehmen ist, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab³⁶⁰.

Die Lehre sieht das Vorliegen von Mitverschulden durch die Zurechnung von Fachkundigen differenziert.

Nach *Rebhahn*³⁶¹ käme die Zurechnung der Fehler seines Beraters an den nicht fachkundigen Werkbesteller einer Überspannung des Mitverschuldens im Vergleich zur Warnpflicht gleich und eine Zurechnung sollte nur dann in Betracht kommen, wenn der Unternehmer wie der Gehilfe des Werkbestellers sachkundig zu sein haben.

³⁵⁶ OGH 21.03.1985, 8 Ob 630/84; OGH 16.01.1985, 1 Ob 690/84 = SZ 58/7 = JBl 1985,622 ; OGH 18.04.1991, 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114.

³⁵⁷ OGH 25.01.1984, 1 Ob 769/83 = SZ 57/18 = JBl 1984,556 = RdW 1984,274; OGH 29.10.1992, 6 Ob 612/92 = JBl 1993, 521.

³⁵⁸ OGH 22.10.1997, 7Ob142/97a.

³⁵⁹ OGH 24.11.1998 ,4 Ob 283/98s.

³⁶⁰ OGH 25.06.2004, 1 Ob 137/04k = RdW 2004,660 = ecolex 2005,37= ecolex 2007,666.

³⁶¹ In *Schwimann*³ § 1168 Rz 17.

*Iro*³⁶² sieht eine Zurechnung der Fehler des Beraters jedenfalls dann als angemessen an, wenn sich der Besteller zur Abwicklung eines Vertrages eines Repräsentanten bedient hat.

Nach *Reischauer*³⁶³ hat sich derjenige, der einem mangelhaft Qualifizierten ein Geschäft überträgt, obwohl er diesen Mangel der fehlenden Qualifikation kannte oder zumindest kennen musste, ein Mitverschulden gemäß § 1304 ABGB anrechnen zu lassen. Dennoch hat derjenige, welcher die Leistung versprochen hat, voll für den Mangel der Fähigkeiten einzustehen.

d) Beispiele

OGH 24.06.1998, 30b138/98k

Dieser Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem ein Werkbesteller zur Projektrealisierung einen Generalunternehmer eingesetzt hatte, um ein Bauprojekt zu planen und zu realisieren, wobei jedoch aufgrund der Größe des Grundstückes und der maximalen Bebauungsdichte das geplante Bauprojekt von Beginn an nicht bewilligungsfähig war. Da aber ein offensichtlich untauglicher Stoff vorlag, stützte der Werkbesteller seinen Anspruch gegenüber dem von ihm beklagten Generalunternehmer auf eine Warnpflichtverletzung nach § 1168a ABGB und verlangte damit den Ersatz seiner bisher im Bewilligungsverfahren angelaufenen Aufwendungen.

Das Argument des Generalunternehmers, der Hauptvertragszweck wäre die Herstellung eines Gebäudes gewesen und die Einreichplanung sei damit lediglich ein nicht hauptberufsmäßig ausgeführtes Nebenprodukt, wurde vom OGH abgelehnt. Sobald ein Generalunternehmer die Einreichplanung vertraglich übernimmt, hat er gemäß § 1299 ABGB die dafür erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zu vertreten und deren Mangel ist ihm als Übernahmeverschulden anzulasten.

Der Werkunternehmer hätte aber nach Ansicht des OGH Einsicht in die Bebauungspläne nehmen müssen, ungeachtet der positiven Darstellung des Werkbestellers, und in diesem Verlangen konnte vom OGH keine Überspannung der Sorgfaltspflicht gesehen werden.

Der Generalunternehmer war demnach aufgrund seiner Verletzung der Warnpflicht dem Werkbesteller gegenüber schadenersatzpflichtig.

³⁶² *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 513; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ Rz 12/64.

³⁶³ In *Rummel*³ § 1299 Rz 11.

Es wurde ferner kein Mitverschulden des fachunkundigen Werkbestellers angenommen, da er sich auf die Auskünfte, die sich später als nicht vollständig oder unrichtig herausstellten, der zuständigen Gemeinde verlassen hatte.

Es wurde hier aber aufgrund dieser Bemühungen des Werkbestellers, den Unternehmer über alle Umstände zu informieren, kein Verschulden des Werkbestellers angesehen.

Ein Werkbesteller, der keine Kenntnisse über ein Bauprojekt besitzt, bleibt Laie, auch wenn er ein Gewerbeobjekt errichten wollte, wie in diesem Fall ein Finanzierungsberater, der jedoch noch nie ein Haus gebaut hatte und daher unerfahren war.

OGH 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08m

Der bereits in dieser Arbeit angeführte Rechtsstreit 2 Ob 277/08m³⁶⁴ umfasst neben anderen Problemkreisen iZm Baubewilligungen auch das Thema einer möglichen Sachverständigenhaftung eines Planverfassers.

Bei diesem Fall sollte an ein bereits bestehendes Gebäude ein Zubau samt Garage errichtet werden. Dem Eigentümer des Gebäudes war dabei von vornherein bekannt, dass bei diesem Projekt eine Unterschreitung der gesetzlichen Nachbarabstände nicht vermeidbar sein würde.

Nachdem letztlich keine Bewilligung für diesen Zubau erlangt werden konnte, klagte der Werkbesteller den Baumeister auf den Ersatz seiner bis dahin entstandenen Kosten.

Um die für die Baubewilligung erforderlichen Pläne herzustellen, war ein Baumeister mit einem Werkvertrag beauftragt worden. Die Pläne wurden von einem Architekten gegenüber der Baubehörde als Planverfasser und Bauführer eingereicht, der diesen Auftrag direkt vom Werkbesteller erhalten hatte. Gemäß dem anwendbaren Salzburger BauPolG, gehört zu den der Baubehörde vorzulegenden Bauplänen auch ein auf der Grundlage der erteilten oder beantragten Bauplatzerklärung verfasster Lageplan über den Bauplatz und seine Umgebung. Für diesen Zubau hätte der Plan auch den Altbestand erkennen lassen müssen. Des Weiteren wäre der Plan in einem bestimmten Mindestmaßstab zu erstellen gewesen.

Diese Bestimmungen der Erstellung von Bauplänen wurden nicht eingehalten, wobei unter anderem der Baumeister auf seine Unkenntnis dieser Bestimmungen hinwies und auf den Umstand, dass die Pläne über das bereits bestehende Gebäude, welche er vom Eigentümer

³⁶⁴ OGH 15.10.2009 2 Ob 277/08m = ZVB 2010, 123 (*Michl*) = SV 2010, 123 = bau aktuell 2010, 82.

erhalten hatte, ebenfalls nicht dem Mindestmaßstab entsprachen, sodass er auf diesen keinesfalls die für die Baubewilligung nötigen Details verzeichnen konnte.

Weiters wies der Baumeister darauf hin, dass er keine Berechtigung zur Einreichung der Unterlagen besaß, sodass diese von einem, vom Werkbesteller eingesetzten, hierfür berechtigten Architekten unterfertigt und bei der Baubehörde formell eingebracht wurden.

Beide Argumente wurden vom OGH jedoch abgelehnt, da einerseits ein Werkunternehmer, der einen Auftrag übernommen hat, welcher ein bestimmtes Können und Fachwissen voraussetzt, als Sachverständiger im Sinne des § 1299 ABGB gilt und sein Fachwissen einem Sachverständigenmaßstab entsprechend zu prüfen ist. Ferner ist es bedeutungslos, wenn auf Einreichunterlagen ein Dritter als Planverfasser oder Bauführer aufscheint. Auch wenn dieser Dritte dadurch gegenüber der Baubehörde die öffentlich-rechtliche Verantwortung übernimmt, bleibt doch das privatrechtliche Verhältnis zwischen den Parteien unberührt³⁶⁵.

Letztlich fehlte es laut OGH in diesem Fall jedoch am Kausalzusammenhang zwischen den fehlerhaften Plänen und dem entstandenen Schaden, da ja von vornherein bekannt war, dass die Mindestabstände nicht hätten eingehalten werden können und das Projekt somit von vornherein nicht bewilligungsfähig war.

Eigene Ansicht zu dieser Entscheidung

Hier ist gemäß OGH eine Schadenszurechnung zu dem planerstellenden Werkunternehmer nicht geglückt, da auch bei pflichtgemäßem Verhalten, nämlich dem Erstellen der Pläne im korrekten Maßstab, der Bau ohne Einhaltung der Mindestabstände errichtet worden wäre. Daher hat der OGH mangels Kausalität der nicht korrekt ausgeführten Pläne für den Schaden der Verzögerung des Projektfortschrittes die Haftung des Planverfassers verneint.

Auch bei korrekter Planerstellung wären die klagsgegenständlichen Kosten angefallen.

OGH 10.06.2008, 10b243/07b

In dieser E kam es aufgrund von, über mehrere Jahre hinweg von verschiedenen Unternehmen durchgeführten, Umbauarbeiten zum Einsturz einer Betonstützmauer eines Grundstückes in Hanglage. Die beteiligten Unternehmer (das die Grabungsarbeiten durchführende Unternehmen, der Baumeister, der unter anderem auch mit der Überwachung der

³⁶⁵ RIS-Justiz RS0112778 = OGH 18.11.1999, 2 Ob 266/99b; OGH 10.01.2002, 2 Ob 292/01g; OGH 22.10.2002, 10 Ob 292/02t; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m.

Grabungsarbeiten beauftragt war, sowie der eingesetzte Statiker) wurden vom Gebäudeeigentümer auf Ersatz des mit dem Einsturz der Betonstützmauer zusammenhängenden Schadens geklagt.

Die Besonderheit war, dass einerseits aufgrund der dem Statiker zur Verfügung gestellten Unterlagen dieser eine fehlerhafte statische Berechnung durchgeführt hatte, auf der anderen Seite die Bodenbeschaffenheit jedoch wesentlich besser als der Standard, sodass wegen des guten Bodens, trotz fehlerhafter Berechnung, praktisch zufällig eine standfeste Betonstützmauer errichtet worden war.

Mehrere nachfolgende Tätigkeiten unterschiedlicher Unternehmen, wie die Errichtung eines Schwimmbades, die Errichtung von Holzpalisaden und zum Schluss die Errichtung einer Löffelsteinmauer führten dazu, dass die Betonstützmauer letztlich nach einer starken Regenfallperiode zum Einsturz kam.

Keines der im Umkreis der Mauer mit Grabungs- oder Stützarbeiten tätigen Unternehmen hatte eine zusätzliche statische Berechnung eingeholt oder über die Möglichkeit der nachteiligen Veränderungen der Statik eine Warnung ausgesprochen.

Eine der Hauptthematiken dieser Fallkonstellation lag in der Bewertung, ob die Regeln der Technik verletzt worden waren, da die Berechnung der Stützmauer offensichtlich fehlerhaft war, und wie sich diese Verletzung auswirken würde.

Von den Vorinstanzen wurde argumentiert, dass bei der Berechnung, Ausarbeitung und Überwachung von den beteiligten Unternehmen die Regeln der Technik verletzt worden waren.

Hier wurde vom OGH hingewiesen, dass diese Argumentation außer Acht lässt, dass der die Mauer errichtende Werkunternehmer als auch der vom Werkbesteller mit der Bauaufsicht betraute Baumeister aus dem Werkvertrag, in Bezug auf die Standsicherheit der Mauer, einen bestimmten Erfolg schuldeten.

Dieser geschuldete Erfolg (Standsicherheit der Mauer) wurde auch tatsächlich erbracht. Allein aus dem Umstand, dass diese Standsicherheit nur zufällig erzielt worden war, seien keine Schadenersatzpflichten für die Wiederherstellung der Mauer abzuleiten. Wenngleich auch bei der Planung, Errichtung und Bauüberwachung Fehler unterliefen, führte diese

Sorgfaltspflichtverletzung zu keinem Schadenersatzanspruch, kommt doch dem Schadenersatzrecht nur Ausgleichs-, aber kein Strafcharakter zu³⁶⁶.

Im Hinblick auf den Umfang der Sorgfaltspflicht wurde erkannt, dass diese nur bezogen auf die zum Errichtungszeitpunkt vorhandenen Gegebenheiten zu beurteilen ist. Eine Stützmauer ist somit laut Werkvertrag nicht so zu dimensionieren, dass sie zukünftigen, nicht vorhergesehenen Arbeiten und Belastungen, standhalten muss.

Letztlich wurde dem geschädigten Eigentümer lediglich der fiktive Sanierungsaufwand für die Herstellung der Betonstützmauer, gemäß der im Werkvertrag und den Regeln der Technik entsprechenden Bestimmungen, zugesprochen, nicht jedoch der volle Ersatz der Kosten, die aus dem Einsturz der Mauer entstanden sind.

Der von den Werkunternehmern verursachte Schaden bestand somit lediglich in einer nicht vertragsgemäßen Errichtung der Mauer selbst, nicht jedoch in deren mangelnden Standfestigkeit. Jene Auswirkungen, die sich aus der vertragswidrigen Errichtung der Mauer bzw deren Mängeln ergaben, wurden durch die besseren Bodeneigenschaften - entgegen den vom Statiker in seinen Berechnungen zugrunde gelegten Verhältnissen - „egalisiert“, sodass eine ausreichende äußere und innere Standfestigkeit vorlag.

Demzufolge waren die von den Werkunternehmern verschuldeten Mängel der Mauer für deren Einsturz nicht kausal gewesen, sodass die Werkunternehmer nur für die fiktiven Sanierungskosten, nicht aber für die Wiederherstellungskosten der Mauer nach deren Einsturz, hafteten.

OGH 30.6.2010, 7 Ob 104/10k

In dieser Entscheidung³⁶⁷ war der Umfang der Aufklärungspflicht eines berufsmäßigen Vertragserrichters bei nachträglicher Änderung von Bauplänen das Hauptkriterium.

Nach ständiger Rechtsprechung³⁶⁸ ist der als Vertragserrichter gegenüber mehreren Vertragspartnern einschreitende Rechtsanwalt allen Vertragspartnern gegenüber zur sorgfältigen Wahrung ihrer Interessen verpflichtet. Die Vertragspartner können darauf

³⁶⁶ Vgl bereits OGH 25.03.1999, 6 Ob 201/98x = SZ 72/55.

³⁶⁷ OGH 30.06.2010 7 Ob 104/10k = bbl 2010/194 = wobl 2011/69.

³⁶⁸ ZB OGH 24.02.2004, 7 Ob 302/03t = MietSlg 56.191.

vertrauen, dass sie der Vertragsverfasser vor Nachteilen schützt und für ihre rechtliche und tatsächliche Sicherheit sorgt.

Die den Vertragserrichter gegenüber den Vertragspartnern treffenden Belehrungs- und Aufklärungspflichten dürfen aber nicht überspannt werden³⁶⁹. Sie hängen jedenfalls von den Umständen des Einzelfalls ab³⁷⁰.

Strittig war bei dieser Entscheidung die Frage, ob der Vertragserrichter darauf hätte hinweisen müssen, dass gemäß Bauträgervertragsgesetz keine Freigabe der ersten Zahlungsrate zu erfolgen hat, ehe eine rechtskräftige und endgültige Baubewilligung vorliegt.

Zum Zeitpunkt der Vertragserrichtung lag eine rechtskräftige Baubewilligung vor und es war mit den Bautätigkeiten auch schon begonnen worden. Es war aber bekannt, dass die den begonnenen Bauarbeiten zugrunde liegenden Baupläne von der Baubewilligung abwichen und daher eine nachträgliche Änderung der Baubewilligung notwendig sein werde.

³⁶⁹ RIS-Justiz RS0026349 = OGH 27.05.1964, 7 Ob 87/64; OGH 19.10.1965, 8 Ob 277/65; OGH 10.11.1965, 8 Ob 308/65; OGH 24.11.1965, 6 Ob 303/65; OGH 04.10.1966, 8 Ob 180/66; OGH 03.10.1967, 8 Ob 190/67; OGH 11.06.1968, 8 Ob 152/68; OGH 29.05.1969, 1 Ob 104/69; OGH 11.06.1969, 5 Ob 139/69; OGH 07.04.1970, 8 Ob 67/70; OGH 06.12.1972, 1 Ob 248/72; OGH 10.09.1974, 4 Ob 557/74; OGH 15.06.1976, 4 Ob 549/76; OGH 08.07.1980, 5 Ob 538/80; OGH 05.03.1981, 7 Ob 531/81; OGH 10.11.1981, 5 Ob 584/81; OGH 23.06.1982, 3 Ob 550/82; OGH 01.03.1984, 6 Ob 505/84; OGH 13.11.1985, 3 Ob 541/85; OGH 19.06.1986, 7 Ob 568/86; OGH 23.07.1987, 6 Ob 693/87; OGH 16.06.1988, 7 Ob 583/88; OGH 25.10.1988, 2 Ob 532/88; OGH 27.06.1989, 5 Ob 581/89; OGH 31.10.1989, 5 Ob 620/89; OGH 20.06.1990, 1 Ob 523/90; OGH 10.10.1995, 4 Ob 1629/95; OGH 28.01.1998, 3 Ob 233/97d; OGH 29.09.1998, 1 Ob 262/98f; OGH 25.09.2001, 4 Ob 184/01i; OGH 11.12.2001, 5 Ob 214/01h; OGH 24.02.2004, 7 Ob 302/03t; OGH 13.06.2005, 10 Ob 47/05t; OGH 31.05.2006, 7 Ob 23/06t; OGH 26.07.2006, 3 Ob 232/05x; OGH 03.03.2008, 9 Ob 30/07p; OGH 14.07.2008, 5 Ob 31/08g; OGH 17.12.2008, 6 Ob 260/08s; OGH 30.06.2010, 7 Ob 104/10k; OGH 22.11.2011, 8 Ob 108/11g; OGH 30.04.2012, 9 Ob 16/12m; OGH 19.12.2012, 3 Ob 159/12x; OGH 23.01.2013, 7 Ob 189/12p.

³⁷⁰ RIS-Justiz RS0026584 = OGH 24.09.1974, 4 Ob 563/74; OGH 10.10.1974, 7 Ob 165/74; OGH 09.04.1975, 1 Ob 22/75; OGH 15.06.1976, 4 Ob 549/76; OGH 21.03.1977, 5 Ob 519/77; OGH 04.04.1978, 3 Ob 518/77; OGH 30.03.1979, 1 Ob 10/79; OGH 08.07.1980, 5 Ob 538/80; OGH 04.03.1981, 1 Ob 516/81; OGH 23.06.1981, 5 Ob 628/81; OGH 29.09.1981, 5 Ob 664/81; OGH 07.10.1981, 1 Ob 608/81; OGH 10.11.1981, 5 Ob 584/81; OGH 15.12.1981, 4 Ob 567/81; OGH 05.10.1982, 5 Ob 715/82; OGH 09.03.1983, 3 Ob 681/82; OGH 13.04.1983, 3 Ob 557/83; OGH 26.04.1983, 4 Ob 505/83; OGH 14.05.1985, 5 Ob 520/85; OGH 03.04.1986, 8 Ob 659/85; OGH 24.04.1986, 7 Ob 550/86; OGH 05.03.1987, 7 Ob 534/87; OGH 20.10.1987, 4 Ob 557/87; OGH 11.12.1987, 2 Ob 685/87; OGH 26.01.1988, 8 Ob 593/87; OGH 15.03.1988, 8 Ob 645/87; OGH 31.05.1988, 5 Ob 556/88; OGH 07.02.1989, 2 Ob 586/88; OGH 25.04.1989, 2 Ob 44/89; OGH 01.03.1989, 1 Ob 516/89; OGH 27.04.1989, 7 Ob 568/89; OGH 24.10.1990, 1 Ob 674/90; OGH 21.11.1990, 2 Ob 555/90; OGH 25.07.1991, 7 Ob 555/91; OGH 29.10.1992, 8 Ob 555/91; OGH 30.05.1994, 1 Ob 503/94; OGH 21.11.1994, 9 Ob 508/94; OGH 23.11.1994, 1 Ob 637/94; OGH 10.10.1995, 4 Ob 1629/95; OGH 16.04.1997, 7 Ob 2113/96b; OGH 27.05.1997, 4 Ob 129/97t; OGH 29.04.1997, 1 Ob 33/97b; OGH 28.08.1997, 3 Ob 2034/96f; OGH 26.11.1997, 9 Ob 327/97x; OGH 20.10.1998, 4 Ob 264/98x; OGH 19.11.1998, 2 Ob 303/98t; OGH 22.04.1999, 6 Ob 288/98s; OGH 24.02.2000, 6 Ob 82/99y; OGH 29.03.2001, 2 Ob 67/01v; OGH 28.06.2001, 10 Ob 297/00z; OGH 03.12.2003, 7 Ob 177/03k; OGH 24.02.2004, 7 Ob 302/03t; OGH 21.10.2004, 6 Ob 247/04y; OGH 31.03.2005, 3 Ob 230/04a; OGH 25.01.2006, 9 Ob 37/05i; OGH 31.05.2006, 7 Ob 23/06t; OGH 30.05.2006, 3 Ob 87/05y; OGH 13.07.2006, 2 Ob 133/06g; OGH 09.05.2007, 7 Ob 60/07k; OGH 16.11.2007, 7 Ob 198/07d; OGH 08.02.2008, 9 Ob 38/07i; OGH 07.05.2008, 9 Ob 34/08b; OGH 14.07.2008, 5 Ob 31/08g; OGH 17.12.2008, 6 Ob 260/08s; OGH 30.06.2010, 7 Ob 104/10k; OGH 26.11.2012, 9 Ob 37/12z; OGH 19.12.2012, 3 Ob 159/12x; OGH 23.01.2013, 7 Ob 189/12p; OGH 04.09.2013, 7 Ob 121/13i; OGH 11.09.2014, 2 Ob 34/14k; OGH 21.10.2014, 4 Ob 183/14m.

Vom Vertragserrichter wurde jedoch aufgrund der ihm vorliegenden Informationen angenommen, dass nur geringfügige Änderungen der Baupläne vorlagen und dass die geänderten Pläne dann nicht bewilligt und ein Baustopp verhängt würde, musste der Vertragserrichter demnach keinesfalls voraussehen.

Nach Ansicht des OGH hätte eine nähere Überprüfung der Baupläne im Hinblick auf die vorliegende rechtskräftige Baubewilligung wohl die Kenntnisse eines Architekten erfordert und demnach die Sorgfaltspflicht des Vertragserrichters überspannt, womit eine Verletzung der Beratungs- und Belehrungspflichten verneint wurde.

4. Exkurs: Zur Haftung eines bestätigenden Experten

Im Zusammenhang mit Deregulierungen des Baurechts wurden baurechtliche Bewilligungen verfahrensrechtlich vereinfacht, in deren Mittelpunkt seitdem private Bestätigungen von fachkundigen Personen stehen, die der Baubehörde gegenüber einen ausreichenden Nachweis der technischen und rechtmäßigen Planung und Ausführung eines Bauvorhabens erbringen.

In einem dazu verfassten Aufsatz von *Wenusch*³⁷¹ sind die zivilrechtlichen Folgen, die sich hieraus für Sachverständige, Behörden und Bauwerber ergeben können, behandelt worden.

Grundsätzlich ist der bestätigende Experte, als Bezeichnung für die Person, welche die geforderten Bestätigungen ausstellt, Sachverständiger im Sinne des § 1299 ABGB, weshalb nicht auf den gewöhnlichen Grad an Aufmerksamkeit und Fleiß abzustellen ist, sondern auf den für die übernommene Tätigkeit notwendigen Fleiß³⁷². Für eine Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB ist demnach der objektive Maßstab ausschlaggebend, wobei es auf die übliche Sorgfalt jener Personengruppe ankommt, die die betreffende Tätigkeit ausübt³⁷³.

Dem Bauwerber gegenüber ergibt sich eine Haftung aus dem Vertrag, da der Vertrag über die Erstellung eines Gutachtens einen Werkvertrag darstellt, und geschuldet wird dementsprechend ein Erfolg. Der Sachverständige haftet jedoch nicht, wenn ein nach den

³⁷¹ Die zivilrechtliche Haftung für Bestätigungen, die im Zuge „(teil-)privatisierte Bewilligungsverfahren“ ausgestellt werden, bbl 2010, 1ff.

³⁷² *Karner* in KBB⁴ § 1299 Rz 1.

³⁷³ OGH 16.12.1986, 1 Ob 657/86 = SZ 59/222 = ÖBA 1987,264 = RdW 1987,121.

Regeln der Wissenschaft erarbeitetes Gutachten nicht standhält, sofern er den Auftraggeber auf allfällige Risiken hingewiesen hat³⁷⁴.

Generell haftet ein bestätigender Experte - wie auch ein Sachverständiger allgemein - für die Richtigkeit seines Gutachtens nur gegenüber seinen Vertragspartnern. Daher wurde vom OGH³⁷⁵ ursprünglich auch judiziert, dass die Ersatzpflicht nach §§ 1299, 1300 ABGB grundsätzlich auf den aus dem Schuldverhältnis Berechtigten beschränkt ist. Später wurde hingegen vom OGH³⁷⁶ eine Haftung gegenüber jeder beliebigen Person zuerkannt, wenn eine absichtliche, sittenwidrige Schadenszufügung erfolgt. Heute ist, wie bereits dargestellt, eine weitgehende Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten anerkannt, wenn der Besteller des Gutachtens für den Sachverständigen erkennbar gerade auch die Interessen des Dritten mitverfolgt³⁷⁷.

Für *Wenusch*³⁷⁸ steht es außer Zweifel, dass ein bestätigender Experte wissen muss, dass seine Bestätigung zur Vorlage bei der Baubehörde dient und dass damit auch deren Interessen verfolgt werden. Auch gegenüber der Behörde ist eine Haftung des bestätigenden Experten daher nach dieser Ansicht möglich, da über den Vertrag mit dem Bauwerber ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vorliegt und somit auch die Behörde nach *Wenusch* als geschützter Dritter anzusehen ist.

Nach *Wenusch*³⁷⁹ ist die Höhe des Schadens, der aus der Existenz eines baurechtswidrigen Gebäudes resultiert, hier fraglich, da der Adressat eines Beseitigungsanspruches generell der Bauwerber ist. Behebt der Bauwerber den Schaden, so erledigt sich damit eine allfällige Haftung des bestätigenden Experten. Ist der Bauwerber jedoch zu einer Schadensbehebung nicht oder nicht mehr in der Lage, kann für die Behörde ein Schaden aus dem baurechtswidrigen Gebäude entstehen, wofür eine allfällige Haftung des bestätigenden Experten zu berücksichtigen ist. Jedenfalls wäre der Behörde auch ein Vermögensschaden zu ersetzen, da beim Vertrag mit Schutzwirkung ein Vermögensschaden dann zu ersetzen ist, wenn die Hauptleistung gerade dem Dritten zukommen soll, was in diesen Konstellationen der Fall ist.

³⁷⁴ OGH 19.09.1984, 1 Ob 605/84.

³⁷⁵ OGH 11.06.1970, 2 Ob 141/70.

³⁷⁶ OGH 11.07.1985, 8 Ob 542/85.

³⁷⁷ OGH 10.07.2008, 8 Ob 51/08w.

³⁷⁸ Die zivilrechtliche Haftung für Bestätigungen, die im Zuge „(teil-)privatisierter Bewilligungsverfahren“ ausgestellt werden, bbl 2010, 2.

³⁷⁹ bbl 2010, 5.

Generell richtet es sich nach dem Zweck des Gutachtens, welche Personen die in den Schutzbereich einzubeziehenden Dritten sind, für die eine aus diesem Gutachten entstehende Auskunft die geeignete Vertrauensgrundlage darstellt und denen diese als Richtschnur dienen soll³⁸⁰.

Für den Umfang einer Haftung ist der vom Gesetz der Bestätigung zugeordnete Zweck zu beachten. Es wird vom bestätigenden Experten nicht dafür gehaftet, dass das Bauvorhaben insgesamt korrekt ist, sondern nur für die Aspekte, zu denen eine Bestätigung erteilt wurde.

Letztlich wurde die Frage behandelt, ob eine Haftung des bestätigenden Experten gegenüber dem Planer eines Bauwerbers auch ohne vertragliche Beziehung zwischen Planer und Experten möglich ist.

Eine „indirekte Haftung“ könnte sich hier durch den Ersatzanspruch des leistenden Solidarschuldners ergeben, wenn sowohl der bestätigende Experte als auch der Planer dem Werkbesteller einen Schaden schuldhaft verursacht haben und der Planer den gesamten Schaden begleichen musste.

Diese Haftungsmöglichkeit des Planers im Verhältnis zum bestätigenden Experten ist nach *Wenusch*³⁸¹ ebenfalls zu bejahen, da eine Haftung für Rat und Auskunft jedenfalls dann entstehen kann, wenn zwischen Planer und Experten eine Konsultation stattgefunden hat. Dem Erfordernis einer Belohnung gemäß § 1300 ABGB ist bereits dann Genüge getan, wenn der Rat oder die Auskunft nicht selbstlos erteilt wurde³⁸².

Da eine Baubewilligung auch den Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten ausgelösten Schäden bezweckt, und somit ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB darstellt, ist eine Haftung gegenüber Dritten nach den allgemeinen Grundsätzen jedenfalls auch für den bestätigenden Experten möglich, sofern natürlich der Schaden innerhalb des Schutzzweckes der Norm, für welche die Bestätigung ausgesellt wurde, verblieben ist.

Nachdem der bestätigende Experte gegenüber dem Bauwerber eigenständig eine eigene gesetzliche Pflicht erfüllt, entfällt eine „Gehilfenhaftung“ des Bauwerbers generell. Der Bauwerber haftet demnach lediglich für Auswahlverschulden und selbstverständlich dann,

³⁸⁰ OGH 21.02.2002, 6 Ob 81/01g.

³⁸¹ bbl 2010, 5.

³⁸² OGH 7.8.2008, 6 Ob 144/08g.

wenn der Bauwerber den Experten mit der Erstattung einer falschen Bestätigung beauftragt hätte.

Für den Umfang einer allfälligen Haftung ist der vom Gesetz der Bestätigung zuge dachte Zweck zu beachten. Gehaftet wird daher nicht dafür, dass das Bauvorhaben gesamt den Vorschriften entsprechend erstellt wurde sondern lediglich für die Aspekte, in denen gemäß der Bauordnungen vom bestätigenden Experten die Bestätigung zu erteilen sind.

5. Zusammenfassung und eigene Ansicht zur Sorgfaltspflicht des Sachverständigen

Aus meiner Sicht ist bei der Bewertung des Sorgfaltsmaßstabes des Unternehmers gegenüber dem Werkbesteller, die sich generell aus der Warnpflicht gemäß § 1168a ABGB bezieht, im ersten Schritt die vertragliche Leistungspflicht des Unternehmers und die damit verbundenen Schutz und Sorgfaltspflichten zu beurteilen. Lediglich bei Bejahung der vertraglichen Leistungsverpflichtung des Werkunternehmers ist die Frage der möglichen Warnpflichtverletzung relevant.

Die Aussage des OGH, dass die Warnpflicht entfallen kann, wenn dem Besteller oder seinem Berater die mit dem Gebrauch des Gutes verbundenen Gefahren aufgrund der nach Lage des Falles vorauszusetzenden Sachkunde bekannt seien, sehe ich als problematisch an, da damit der Werkbesteller, der sich eines Beraters bedient, als weniger Schutzwürdig angesehen wird, als der „unvorsichtige“ Besteller, der keine Berater betraut hat.

Ich teile die Ansicht von *Welser*³⁸³, dass sich die Frage, ob ein Sachverständiger gegenüber jedermann oder nur gegenüber dem Partner einer Sonderbeziehung einzustehen hat, nicht generell entscheiden lässt. Auch wenn man wie dieser die Ansicht vertritt, dass § 1299 ABGB grundsätzlich keine erhöhte Sorgfaltspflicht gegenüber jedermann begründet, so handelt der Sachverständige doch auch Dritten gegenüber rechtswidrig, wenn er ein Schutzgesetz verletzt, oder gegenüber jedermann geschützte Güter gefährdet. Der bloße Umstand, dass die Sphäre eines Dritten durch ein Privatgutachten berührt wird, ist jedoch aus meiner Sicht und in Übereinstimmung mit *Welser* noch nicht haftungsbegründend, sofern nicht nach einem dem Sachverständigen erkennbaren Zweck des Gutachtens gerade auch die Interessen Dritter mitverfolgt werden.

³⁸³ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 26.

Aus meiner Sicht geht hingegen die Auslegung von *Wenusch*³⁸⁴, der aufgrund der grundsätzlichen Zuordnung von Bauordnungen als Schutzgesetze nach § 1311 ABGB, für sämtliche im Rahmen von Bauordnungen erstellten Gutachten eine Schutzgesetzverletzung und damit eine Sachverständigenhaftung begründet, solange der entstandene Schaden im Schutzbereich der Norm gelegen ist, etwas zu weit.

ME ist hier die von *Welser*³⁸⁵ angeführte Präzision vorzunehmen, dass der Auskunftgeber nur dann haftet, wenn aus den Umständen klar ist, dass sie zur Verwendung (auch) durch Dritte eingeholt wurde und wenn der Dritte die Auskunft in einem Sinne weiterverwendet, die der Auskunftgeber nach der Übung des redlichen Verkehrs erwarten konnte.

Eine besondere Problematik liegt in der Frage, ob ein mögliches Mitverschulden eines nicht fachkundigen Werkbestellers, im Zusammenhang mit den von ihm beigezogenen Beratern, vorliegen kann. Um zu verhindern, den sorgfältigen Werkbesteller, der zusätzlich Berater heranzieht, gegenüber dem „unberatenen“ Werkbesteller schlechter zu stellen, ist aus meiner Sicht die Zuordnung restriktiv vorzunehmen, sodass ein Mitverschulden des Werkbestellers nur dann in Betracht kommen kann, wenn vom Berater eine Pflicht oder Obliegenheit verletzt wurde, die aufgrund Vereinbarung oder Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen.

In Übereinstimmung mit der Ansicht von *Reischauer*³⁸⁶ hat sich mE unter diesen Umständen der Werkbesteller, der einem mangelhaft Qualifizierten als Berater einsetzt, obwohl er diesen Mangel der fehlenden Qualifikation kannte oder zumindest kennen musste, ein Mitverschulden gemäß § 1304 ABGB anrechnen zu lassen.

Im Baurecht ist auch anerkannt, dass eine fehlerhafte Kontrolle den unmittelbaren Schädiger nicht entlasten soll. Der schuldhafte Werkunternehmer kann sich seiner Haftung für Schäden nicht dadurch entlasten, indem er die Behauptung aufstellt, der Bauherr selbst hätte im Rahmen seiner Bauaufsicht die Fehler, die bei seiner Arbeit entstanden sind, erkennen müssen³⁸⁷.

³⁸⁴ bbl 2010, 1 ff.

³⁸⁵ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 26 ff.

³⁸⁶ In *Rummel*³ § 1299 Rz 11.

³⁸⁷ RIS-Justiz RS0108535 = OGH 14.10.1997, 1Ob2409/96p; OGH 09.10.1997, 2Ob221/97g; OGH 05.05.1998, 4Ob79/98s; OGH 16.06.1998, 4Ob156/98i; OGH 25.02.1999, 2Ob376/97a; OGH 14.04.1999, 9Ob33/99i; OGH 15.07.1999, 6Ob136/99i; OGH 10.11.2003, 7Ob196/03d; OGH 25.05.2004, 5Ob113/04k; OGH 17.03.2005, 8Ob58/04v; OGH 30.08.2006, 7Ob17/06k; OGH 21.06.2007, 2Ob82/06g; OGH 29.01.2008, 10b238/07t; OGH 10.06.2009, 2Ob2/09x; OGH 28.01.2010, 2Ob128/09a; OGH 03.03.2010, 7Ob211/09v; OGH 18.06.2013, 4 Ob 88/13i; OGH 19.06.2013, 3 Ob 90/13a; OGH 19.09.2013, 2 Ob 211/12m.

Im Zusammenhang mit der Sorgfaltspflicht des Sachverständigen ist aus meiner Sicht von besonderer Relevanz, inwiefern über die Einhaltung der Vorschriften in den Bauordnungen, die zur Erreichung einer Baubewilligung benötigt werden, auch der Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen als erfüllt angesehen werden kann.

Da das konkrete Fachwissen miteinzubeziehen ist, ist jedenfalls eine Notwendigkeit zur Überprüfung des Einzelfalles gegeben. Auch bei den Baubewilligungen sollen diese nur den Mindeststandard decken und auch für die Zukunft von weiterer Sorgfalt nicht entbinden, da von den öffentlich-rechtlichen Vorschriften die Pflicht unberührt bleibt, weitere Vorkehrungen eigenverantwortlich zu prüfen.

Unter Berücksichtigung der immer umfangreicheren Bewilligungsverfahren und der Flut der Vorschriften, die für ein Gewerbeprojekt eingehalten werden müssen, sind jedoch oft auch die Sachverständigen mit der Einhaltung der Vorschriften überfordert. Wenn demnach die Bauvorschriften eingehalten wurden, sollte aus meiner Sicht auch der Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB im Großteil der Fälle auch als erfüllt angesehen sein.

Erbringt der Sachverständige den Beweis, die einschlägigen Normen beachtet zu haben, liegt damit aus meiner Sicht wohl die Annahme, dass damit "allgemein anerkannte Regeln der Technik" eingehalten wurden, nahe. Es ist aus meiner Sicht in diesem Zusammenhang - mit Ausnahmen - aber im Sinne einer gewissen Rechtssicherheit davon auszugehen, dass die in den Bauvorschriften behördlichen Anordnungen und Genehmigungsvoraussetzungen dem derzeitigen Wissensstand der Technik entsprechen sollten und somit mit Einhaltung dieser Regelungen von der Annahme einer Erfüllung der Sorgfaltspflicht ausgegangen werden kann.

Steht hingegen fest, dass das Werk nicht den einschlägigen, dem Bauwerkvertrag zugrunde gelegten technischen Normen entsprechend erstellt wurde, obliegt dem Sachverständigen der volle Beweis dafür, dass er sich wie der maßgerechte Mensch in der konkreten Lage verhalten hätte, wobei hier auch wieder die konkreten Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen.

Aus meiner Sicht wird demnach indirekt auch der Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen in den Anforderungen der Bewilligungsverfahren festgelegt, sodass bei Einhaltung der im Verfahren benötigten Normen in einem Großteil der Fälle der übliche Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB erfüllt sein wird. Demnach wird ein Sachverständiger aus meiner Sicht nur in Ausnahmefällen trotz Einhaltung der Bewilligungsvorschriften seiner, im Einzelfall festzulegenden, Sorgfaltsanforderung nicht nachgekommen sein.

Kapitel 4: Amtshaftung – Möglichkeit von Amtshaftungsansprüchen des Bauwerbers oder Projektbestellers

A) Allgemeines – Amtshaftung (iZm Behördenbewilligungen)

Nach dieser allgemeinen Betrachtung der Beziehung des Bauherrn zum Bauunternehmer oder, anders ausgedrückt, Werkbesteller zu Werkunternehmer wird nun erörtert, wie die Baubehörden, als weitere Partei des Projektes, bei Rechtsstreitigkeiten zu berücksichtigen sind.

In diesem Kapitel wird die Thematik der Amtshaftung näher betrachtet, da sich auch hier Rechtsprechungslinien im Zusammenhang mit Behördenbewilligungen entwickelt haben, die nun genauer dargestellt werden.

Prinzipiell fallen Baubewilligungen in den Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 AHG. Jedoch ist nach § 2 Abs 2 AHG der Amtshaftungsanspruch gegenüber sonstigen Rechtsbehelfen subsidiär, das heißt der Anspruch auf Amtshaftung entfällt gänzlich, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel und durch Beschwerde an den VwGH hätte abwenden können³⁸⁸.

B) Grundsätzliches – allgemeine Prinzipien iZm Amtshaftungsansprüchen

1. Amtshaftungsansprüche versus Entschädigungsrecht

In sämtlichen Raumordnungs- bzw Gemeindeplanungsgesetzen wird den betroffenen Eigentümern, wenn auch unter unterschiedlichen Grundbedingungen und Formen, für die durch Rückwidmung in Grünland entstandenen frustrierten Aufwendungen und Verkehrswertminderungen, Geldentschädigung zugesprochen³⁸⁹.

Das Entschädigungsrecht hat gegenüber dem Amtshaftungsrecht sowohl Nachteile als auch Vorteile. Es wird keine Rechtswidrigkeit oder Schuldhaftigkeit des Verhaltens der Organe für

³⁸⁸ Mader in Schwimann³ § 1 AHG Rz 34; Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ § 1 Rz 67.

³⁸⁹ §§ 57 - 59 Wr BÖ; § 70 Tir ROG; § 27 Bgld RPG; § 21 K-GplG; § 24 NÖ ROG; § 38 OÖ ROG; § 25 Sbg ROG; § 34 Stmk ROG; § 25 VlbG RPG.

einen Entschädigungsanspruch verlangt, jedoch besteht kein Anspruch auf entgangenen Gewinn nach §§ 1323 und 1324 ABGB³⁹⁰.

Nach *Klewein*³⁹¹ ist bei der Bewertung einer möglichen Amtshaftung, die sich aus den Verpflichtungen eines Behördenbewilligungsverfahrens ergeben kann, weiter generell zu beachten, dass reine Vermögensschäden nach ständiger Rechtsprechung³⁹² nur dann ersatzfähig sind, wenn sie Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes sind, ein Schutzgesetz nach § 1311 Satz 2 Fall 2 ABGB übertreten wird, das die Abwendung von reinen Vermögensschäden bezweckt, ein sittenwidriges Verhalten des Schädigers gemäß § 1295 Abs 2 ABGB vorliegt oder eine rechtliche Sonderverbindung besteht.

2. Anwendungsbereich des Amtshaftungsgesetzes

Gemäß § 1 Abs 1 AHG kann primär für Schäden aufgrund rechtswidrigen Verhaltens von Organwaltern aber auch für Schäden, die unmittelbar aufgrund gesetzwidriger Verordnungen zustande gekommen sind, als auch für solche Schäden, die durch einen Bescheid verursacht worden sind, der auf einer gesetzwidrigen Verordnung beruht, Ersatz des erlittenen Schadens verlangt werden³⁹³.

Beispiele hierfür können die Verweigerung einer Bauplatz- oder Baubewilligung sein oder aber auch eine Unterlassung eines Ordnungsgebers, sofern eine Pflicht zur Erlassung, Änderung oder auch Aufhebung von Plänen besteht. Somit kann ein Amtshaftungsanspruch entstehen, wenn beispielsweise ein Gemeinderat in Vollziehung der örtlichen Raumplanung bei der Erstellung, Änderung oder Genehmigung von Raumordnungsplänen durch ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten seiner Organe einen Schaden verursacht³⁹⁴.

Keine Anwendung findet das AHG auf die privatrechtlichen Instrumente der Raumordnung, da diese nicht der Hoheitsverwaltung zuzuordnen sind. Hier sind besonders die in der Raumordnung eingesetzten Verträge, die sogenannte Vertragsraumordnung, zu betonen.

³⁹⁰ *Klewein*, Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 4f.

³⁹¹ bbl 2008, 9.

³⁹² OGH 3.10.1990, 1 Ob 44/89 = SZ 63/166 = EvBl 1991/73; OGH 24.6.1992, 1 Ob 15/92 = SZ 65/94 = JBl 1993, 399; OGH 22.6.1993, 1 Ob 22/92 = SZ 66/77 = JBl 1993, 788; OGH 29.3.1994, 1 Ob 1/89 = JBl 1994, 695; OGH 6.9.1995, 1 Ob 22/95 = SZ 68/156; OGH 15.7.1997, 1 Ob 77/97y = SZ 70/144 = bbl 1998, 89; OGH 28.3. 2000, 1 Ob 272/995 = bbl 2000, 168; OGH 24.6.1992, 1 Ob 15/92 = SZ 65/94 = JBl 1993, 399.

³⁹³ *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ § 1 Rz 67; *Mader in Schwimann*³ § 1 AHG Rz 34.

³⁹⁴ *Klewein*, bbl 2008, 1.

Diese werden nicht der Hoheitsverwaltung zugerechnet und es finden demnach die allgemeinen Haftungsregeln des ABGB Anwendung³⁹⁵.

Nach herrschender Auffassung³⁹⁶ kann ein rechtswidriges und schuldhaftes Organhandeln in Vollziehung der Gesetze, das den Rechtsträger gemäß § 1 AGH zum Schadenersatz verpflichtet, auch in einer Unterlassung bestehen, wenn eine Pflicht des Organs zum Tätigwerden bestand und ein pflichtgemäßes Handeln den Schadenseintritt verhindert hätte.

3. Subsidiarität des Amtshaftungsgesetzes

Gemäß § 2 Abs 2 AHG ist der Amtshaftungsanspruch subsidiär und entfällt daher zunächst zur Gänze, wenn der Schaden durch ein anderes Rechtsmittel des Geschädigten hätte abgewendet werden können. Zu diesen Rechtsmitteln wird auch die Beschwerde an den VwGH gezählt. Der Geschädigte muss alle Rechtsmittel ergreifen, die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellt wurden. Wurde ein Rechtsbehelf der Rechtsordnung nicht ergriffen, und wäre dieses Rechtsmittel geeignet gewesen den Schaden abzuwenden, dann entfällt der Ersatzanspruch zur Gänze³⁹⁷. Es kommt demnach aufgrund der erwähnten Subsidiarität des Amtshaftungsanspruches in diesen Fällen, bei denen der Geschädigte nicht alle Rechtsbehelfe der Rechtsordnung vorweg ergriffen hat, auch zu keiner Schadensteilung nach § 1304 ABGB, da der Ersatzanspruch für den Geschädigten zur Gänze entfällt.

Es war somit bis 1999 auch für Fälle iZm Baubewilligungsverfahren ständige Rechtsprechung des OGH³⁹⁸, dass ein Amtshaftungsanspruch nur dann zusteht, wenn die von den Gesetzen primär zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe nicht ausreichen, um den Schaden zu verhindern. Es muss demnach von vornherein aussichtslos sein, den Nachteil durch die Ergreifung von Rechtsmitteln noch rechtzeitig abwenden zu können.

³⁹⁵ Kleewein, Vertragsraumordnung (2003) 385 ff.

³⁹⁶ Schragel AHG² Rz 131, Apathy in Aicher, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsrecht 213.

³⁹⁷ RIS-Justiz RS0053128 = OGH 21.12.1967, 1 Ob 231/67; OGH 01.10.1970, 1 Ob 170/70; OGH 29.03.1974, 1 Ob 44/74; OGH 08.05.1974, 1 Ob 40/74; OGH 16.02.1977, 1 Ob 4/77; OGH 29.08.1979, 1 Ob 26/79; OGH 15.02.1983, 1 Ob 34/82; OGH 10.02.1988, 1 Ob 42/87; OGH 18.09.1991, 1 Ob 33/91; OGH 29.05.1995, 1 Ob 15/95; OGH 30.01.1996, 1 Ob 6/95; OGH 25.06.1996, 1 Ob 55/95; OGH 26.07.1996, 1 Ob 2050/96v; OGH 24.06.1997, 1 Ob 145/97y; OGH 27.01.1998, 1 Ob 241/97s; OGH 09.06.1998, 1 Ob 391/97z; OGH 23.02.1999, 1 Ob 356/98d; OGH 23.03.1999, 1 Ob 373/98d; OGH 28.03.2000, 1 Ob 272/99b; OGH 25.07.2000, 1 Ob 95/00b; OGH 25.03.2003, 1 Ob 9/03k; OGH 17.05.2004, 1 Ob 181/03d; OGH 14.08.2007, 1 Ob 113/07k.

³⁹⁸ OGH 16.4.1980, 1 Ob 9/80 = SZ 53/61; OGH 2.6.1982, 1 Ob 24/81 = SZ 55/81; OGH 15.12.1982, 1 Ob 34, 35/82 = SZ 55/190; OGH 23.3.1999, 1 Ob 373/98d = JBl 2000, 307, auf die geänderte Rechtsprechung wird sofort im Text eingegangen.

4. Verschulden und Sorgfaltsmaßstab der Organe

Das Verschulden der Organe wird nach dem für Sachverständige geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab gemäß § 1299 ABGB beurteilt. Dieser erhöhte Sorgfaltsmaßstab für Organe findet allgemeine Anwendung, daher auch für politische Entscheidungsträger, wie beispielsweise die Mitglieder eines Gemeinderates.

Wie *Kleewein*³⁹⁹ weiter ausführt, wäre ein subjektives Verschulden den einzelnen Mitgliedern nur sehr schwer nachzuweisen, ist hier aber auch nicht nötig. Das lässt sich nach *Kleewein* schon aus § 2 Abs 1 AHG ableiten, wonach der Geschädigte ein bestimmtes Organ nicht zu nennen braucht.

Ein Verschulden in der Amtshaftung wird vor allem durch eine unvertretbare Rechtsansicht als begründet angesehen. Diese liegt vor, wenn eine Rechtsansicht entweder von der klaren Gesetzeslage oder von der ständigen Rechtsprechung abweicht, ohne dass hierfür Gründe oder sorgfältige Überlegungen aufgezeigt wurden⁴⁰⁰.

Solange sich ein Organ bei einer Entscheidung innerhalb einer denkbaren Interpretationsmöglichkeit bewegt, wird jedenfalls kein Vorwurf gemacht. Die Entscheidung muss demnach bei den Überlegungen noch innerhalb einer vertretbaren Rechtsauslegung Anwendung finden⁴⁰¹.

Da die Organe in Ausübung ihrer hoheitlichen Funktion stets dazu verpflichtet sind, sich rechtmäßig zu verhalten, trifft die Beweislast für dieses fehlende Verschulden den Rechtsträger. Wird somit ein Rechtsträger wegen Nichterfüllung der gesetzlichen Rechtspflicht beklagt, so obliegt diesem die Behauptungs- und Beweislast mangelnden Verschuldens⁴⁰².

³⁹⁹ In Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 5.

⁴⁰⁰ OGH 30.3.1979, 1 Ob 10/79 = SZ 52/56; OGH 27.5.1980, 1 Ob 12/80 = SZ 53/83; OGH 17.3.1982, 1 Ob 53/81 = SZ 55/36; OGH 23.5.1984, 1 Ob 10/84 = JBl 1985, 172; OGH 20.6.1990, 1 Ob 10/90 = SZ 63/106; OGH 24.6.1992, 1 Ob 15/92 = SZ 65/94 = JBl 1993, 399 ua;

⁴⁰¹ *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz³ §1 Rz 159.

⁴⁰² OGH 30.10.1991, 1 Ob 25/91 = JBl 1992, 253; OGH 24.05.1989, 1 Ob 5/89 = EvBl 1989/157 S 622 = SZ 62/98; OGH 26.04.1989, 1 Ob 1/89 = SZ 62/72.

5. Verschulden des Bauwerbers

Ein Verschulden des Bauwerbers selbst kann gegeben sein, wenn die Beurteilung des Verhaltens zu dem Ergebnis führt, dass dieser gegen die unrichtige Entscheidung der Behörde den Verfahrensweg hätte einleiten müssen. Die Unterlassung, ein Rechtsmittel einzulegen, kann jedoch auch darauf zurückzuführen sein, dass der Betroffene, ohne eigenes Verschulden, die Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns nicht erkannte oder nicht wissen konnte, dass ein Schaden entstehen wird. Es wird heute generell anerkannt, dass sich ein Rechtsunkundiger grundsätzlich auf richtige Rechtsanwendung durch Verwaltungsbehörden verlassen darf. Er ist nur verpflichtet, über ihm unverständliche Akte der Vollziehung Rat einzuholen⁴⁰³.

Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob sich ein Bauwerber auf die korrekte Durchführung von Prüfungen der Behörde verlassen durfte oder ob ihm bekannt sein musste, dass Fehler bei der Abwicklung der Behördenbewilligung vorliegen. Wenn Fehler bekannt waren oder bekannt sein mussten, dann ist die Fortführung eines Bauprojektes als schuldhaft anzusehen, was auch zu einem Amtshaftungsausschluss führen würde.

Diese Frage eines möglichen Verschuldens des Bauwerbers hat auch direkten Einfluss auf das oben erwähnte Subsidiaritätsprinzip der Amtshaftungsansprüche, da nur in Fällen, in denen dem Rechtsunkundigen bekannt war oder bekannt sein musste, dass ein Fehler bei der Abwicklung der Behördenbewilligung vorliegt, das Nichtergreifen weiterer Rechtsmittel des Bauwerbers als schuldhaftes Handeln angesehen wird, wodurch der Ersatzanspruch des Geschädigten erlischt.

6. Prüfung des Schutzzweckes der Norm

a) Allgemein

Um festzustellen, welche Personen vor welchen Schäden geschützt werden, muss immer der Schutzzweck der übertretenen öffentlich-rechtlichen Norm ermittelt werden. Die Norm muss nach der ständigen Rechtsprechung des OGH⁴⁰⁴ gerade auch den Zweck haben, den

⁴⁰³ OGH 22.2.2000, 1 Ob 14/00s = bbl 2000, 164; *Konecny/Augenhofer*, Amtshaftung für falsche Auskünfte, JAP 2000/2001, 165.

⁴⁰⁴ OGH 11.11.1992, 1 Ob 5/92 = JBl 1993, 532 ; OGH 22.6.1993, 1 Ob 22/92 = SZ 66/77 = JBl 1993, 788; OGH 29.3.1994, 1 Ob 20/93 = JBl 1994, 695; OGH 28.3.2000, 1 Ob 272/990 = bbl 2000, 168.

Geschädigten vor den eingetretenen Nachteilen zu schützen oder, anders ausgedrückt, es muss der Zweck, den Geschädigten gerade vor den eingetretenen Nachteilen zu schützen, vom Norminhalt umfasst sein.

Es ist somit bei jeder einzelnen Vorschrift durch ihre Auslegung der Schutzzweck zu ermitteln. Die Einräumung eines subjektiven-öffentlichen Rechts wird wohl ein starker Hinweis für die Einbeziehung in den Schutzzweck sein.

Dennoch können auch andere Personenkreise miteinbezogen werden. Daher ist diese Einräumung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes wohl ein starkes Indiz, jedoch keine notwendige Voraussetzung, für eine Umfassung von Personen innerhalb des Schutzzweckes der Norm.

Baurechtliche Bestimmungen dienen vor allem der Gefahrenabwehr und dem Schutz absolut geschützter Rechtsgüter. Durch den Schutzbereich der durch ein Bauwerk drohenden Gefahren sind jedoch alle Personen umfasst, denen aufgrund des Bauwerkes eine Gefährdung droht, egal, ob diese eine Parteistellung im Bauverfahren haben oder sich beispielsweise nur als Besucher vorübergehend auf dem Bauwerk aufhalten⁴⁰⁵.

Der Rechtswidrigkeitszusammenhang ist nur dann gegeben, wenn die Norm die Verhinderung des eingetretenen Schadens bezweckte. Es ist bereits ausreichend, wenn diese Schadensverhinderung lediglich mitbezweckt wurde. Kein Rechtswidrigkeitszusammenhang ist jedoch gegeben, wenn die Interessen eines Dritten lediglich mitberührt werden und als sogenannte Reflexwirkung dieser Dritte ebenfalls einen Vorteil der Schadensvermeidung erwirbt. Dieser Vorteil der Schadensvermeidung wird jedoch nicht als Schadensverhinderung, die vom Zweck der Norm erfasst wurde, angesehen.

Wie auch von *Kleewein*⁴⁰⁶ festgehalten, können bei raumordnungsrechtlichen Regelungen beispielsweise Liegenschaftseigentümer, die durch die Umwidmung eines benachbarten Grundstückes einen Schaden erleiden, aus der Verletzung der raumordnungsrechtlichen Vorschrift alleine noch keine Amtshaftungsansprüche ableiten.

Zu den Raumordnungsgesetzen hat der OGH bereits mehrmals ausgesprochen, dass die subjektiv-öffentlichen Rechte der Liegenschaftseigentümer bzw ihrer Rechtsnachfolger von

⁴⁰⁵ OGH 16. 2.1977, 1 Ob 4/77 = SZ 50/24; 23.9.1987, OGH 1 Ob 23/87 = SZ 60/177.

⁴⁰⁶ In Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 9; OGH 28.2.2003, 1Ob 148/02z.

deren Schutzzweck umfasst sind⁴⁰⁷. Die Rechte von Personen, die mit jenen in Vertragsbeziehungen stehen und behaupten, infolge eines durch die Änderung eines Flächenwidmungsplanes geschehenen Eingriffs in subjektiv-öffentliche Rechte des Liegenschaftseigentümers als ihres Vertragspartners gleichfalls geschädigt worden zu sein, wurden dagegen nicht als geschützt erachtet⁴⁰⁸. Nun kann Anrainern, jedenfalls in Ansehung von reinen Vermögensschäden, kein weitergehender Schutz zukommen als demjenigen, der mit dem Grundeigentümer in einer obligatorischen Rechtsbeziehung steht⁴⁰⁹.

Bezüglich der prüfungs- beziehungsweise aufsichtsbehördlichen Genehmigungspflichten, die den Behörden bei Bebauungsplänen hinsichtlich einer eventuellen Gesetzeswidrigkeit vorgeschrieben werden, ist der Schutzzweck primär die Erhaltung öffentlicher, insbesondere überörtlicher, Interessen. Nach der Ansicht von *Kleewein*⁴¹⁰ wird hier der Schutz der Planungsbetroffenen jedoch zumindest mitbezweckt.

Dies gilt vor allem im Zusammenhang mit der Feststellung der Baulandeignung als auch mit der ordnungsgemäßen Grundlagenforschung und Interessensabwägung. Daher können aus der Genehmigung von gesetzwidrigen Plänen, oder der Unterlassung der Aufhebung solcher, nach *Kleewein*⁴¹¹ durchaus auch Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers entstehen.

Gleichgelagert sind auch die Fälle zu sehen, wenn Raumordnungs- oder Gemeindeplanungsgesetze Grundflächen für eine Bebauung ausweisen, die hierfür ungeeignet oder sogar gefährlich sind. Sind solche Flächen als Bauland definiert, müssen sie rückgewidmet werden und für bereits begonnene Bautätigkeiten hat eine Bausperre zu erfolgen.

Jedenfalls vom Schutzzweck umfasst sind absolute Rechtsgüter wie Leben, Gesundheit und Eigentum als auch adäquate Folgeschäden im Vermögen. Die Abgrenzung, wann eine Schadensverhinderung mitbezweckt wurde und wann eine bloße Reflexwirkung vorliegt, ist jedoch letztlich immer eine, sich aus der Rechtsprechung und Lehre entwickelnde Bewertungsfrage.

⁴⁰⁷ RIS-Justiz RS0121624 = OGH 28.11.2006, 1 Ob 158/06a; OGH 18.12.2007, 1 Ob 220/07w; OGH 08.09.2009, 1 Ob 144/09x; OGH 06.03.2014, 1 Ob 239/13y.

⁴⁰⁸ OGH 28.03.2000, 1 Ob 272/99b; OGH 28.01.1997, 1 Ob 2312/96y; OGH 29.03.1994, 1 Ob 20/93 = *ecolex* 1994,534 = JBl 1994,695; OGH 24.02.1988, 1 Ob 54/87 = SZ 61/43 = NZ 1989,95 = JBl 1989,43; OGH 15.02.1983, 1 Ob 34/82 = SZ 55/190.

⁴⁰⁹ OGH 28.01.1997, 1 Ob 2312/96y; OGH 29.03.1994, 1 Ob 20/93 = *ecolex* 1994,534 = JBl 1994,695.

⁴¹⁰ bbl 2008, 7.

⁴¹¹ bbl 2008, 10.

Unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Voraussetzungen sind jedenfalls auch die beiden bedeutsamen Fragenstellungen zu beachten, inwiefern überhaupt eine Haftung der Bewilligungsbehörde für die Sicherheit und Korrektheit des Bauvorhabens gegenüber dem Bauwerber bestehen soll und inwieweit die Bewilligungsbehörde auch einer Aufklärungspflicht unterliegen sollte (Punkt 7).

In den Schutzbereich der baurechtlichen Bestimmungen, die vor allem und ursprünglich die Standfestigkeit und Gesundheitsverträglichkeit von Gebäuden sichern sollen, fällt jeder Benutzer, also auch beispielsweise ein Passant oder sonst jede Person, die sich in oder neben dem Gebäude aufhält. Somit ist jedermann einbezogen, dem aus der bauordnungswidrigen Errichtung von Gebäuden typischerweise Gefahren für Leben, Gesundheit und auch Eigentum drohen können. Weniger eindeutig ist jedoch die Feststellung, ob auch der Bauwerber selbst, also derjenige der aus Eigeninteresse ein Projekt verwirklichen will, als in diesen Schutzbereich einbezogen angesehen werden soll.

Die Frage, ob die Bauvorschriften auch den Bauwerber selbst vor Personen-, Sach- und solchen Vermögensschäden schützen sollen, die ihm durch sein Vertrauen auf eine rechtskräftige, wenngleich rechtswidrige Genehmigung erwachsen sind, ist umstritten.

Während *Thurnhart*⁴¹² mit Verweis auf *Rebhahn*⁴¹³ einen Amtshaftungsanspruch in diesen Fällen eher verneint, wäre nach Ansicht von *Seebacher/Sorger*⁴¹⁴, *Klewein*⁴¹⁵ und *Kerschner*⁴¹⁶ und *Helmberg*⁴¹⁷ eine Amtshaftung auch gegenüber dem Bauwerber unter gewissen Voraussetzungen durchaus zu bejahen.

Bis zu einer einschlägigen E⁴¹⁸ von 1999 hatte der OGH in ständiger Judikatur⁴¹⁹ vom Werkbesteller bzw Bauwerber verlangt, dass dieser gegen eine Bewilligung seines eigenen Antrages ein Rechtsmittel einlegen müsse.

Dies wurde über einen Umkehrschluss herbeigeführt, da nach dem AHG derjenige seinen Ersatzanspruch verliert, der ein Rechtsmittel unterlässt.

⁴¹² Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers wegen Bewilligung fehlerhafter Bauvorhaben, bbl 2000, 112 ff.

⁴¹³ Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 391 ff.

⁴¹⁴ Amtshaftung gegenüber dem Bauwerber trotz Baubewilligung, bbl 2006, 89.

⁴¹⁵ Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 1 ff.

⁴¹⁶ Amtshaftung bei rechtswidriger Erlaubnis?, RdU 2001, 129.

⁴¹⁷ Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 151 ff.

⁴¹⁸ OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98 m = bbl 1999/182; auf diese E wird unten noch näher eingegangen.

⁴¹⁹ OGH 16.04.1980, 1Ob9/80 = SZ 53/61; OGH 06.09.1995, 1Ob22/95 = SZ 68/156.

Zieht man dieses in Betracht, so müsse dies umso mehr für denjenigen gelten, der den Verwaltungsakt selbst herbeiführte, indem er ihn beantragte. Jene Partei, die den Verwaltungsakt selbst herbeiführte, hätte somit seine Anfechtungsmöglichkeit von vornherein verloren. Dies sollte jedenfalls dann gelten, wenn die Partei frei ist, von der Entscheidung eines Verwaltungsaktes Gebrauch zu machen, oder aber auch nicht.

Der Rechtsmittelbegriff des AHG umfasst alle prozessualen Anfechtungsmittel im weiteren Sinn, sodass nur für nicht sanierbare Akte der Vollziehung Ersatz zu gewähren ist. Das Gesetz überlässt auf diese Weise zunächst dem Betroffenen selbst die Wahrung seiner Interessen und gewährt ihm Amtshaftungsansprüche nur dort, wo er innerhalb des betreffenden Verfahrens alle Anfechtungsmittel vergeblich ausgeschöpft hat⁴²⁰.

Diese Voraussetzung führte zu praktisch keinem Anwendungsbereich für Amtshaftungsansprüche im Zusammenhang mit Baubewilligungen und wurde zum Beispiel von *Helmberg*⁴²¹ heftig kritisiert.

Das Hauptargument der Lehre gegen diese Einbeziehung des Bauwerbers in den Schutzbereich des AHG liegt darin, dass eine Amtshaftung im Ergebnis nicht zu einer kostenlosen Versicherung für jene Personen werden soll, die auf eigenes Risiko ein bestimmtes Vorhaben verwirklichen wollen. Strittig ist vor allem, ob man den Bewilligungswerber vor reinen Vermögensschäden schützen soll.

Die Einschränkung nach dem Schutzzweck wird über § 1300 ABGB begründet, da nach dieser Bestimmung der uneigennützig Auskunftgeber lediglich für Schäden, die er wissentlich verursacht hat, einzustehen hat⁴²².

Sowohl bei der Baubewilligung, die einer Bauausführung dient, welche im alleinigen Interesse des Bauführers gelegen ist, als auch bei der Erteilung eines falschen Rates gemäß § 1300 ABGB, gilt, dass die Tätigkeit, aus der der Schaden entsteht, im alleinigen Interesse des Geschädigten liegt. Aus diesem Umstand folgt somit die Subsumierung unter § 1300 ABGB,

⁴²⁰ RIS-Justiz RS0026901 = OGH 18.10.1978, 1 Ob 16/78; OGH 29.08.1979, 1 Ob 26/79; OGH 16.04.1980, 1 Ob 9/80; OGH 03.06.1981, 1 Ob 39/80; OGH 02.06.1982, 1 Ob 24/81; OGH 15.02.1983, 1 Ob 34/82; OGH 04.04.1984, 1 Ob 41/83; OGH 27.02.1985, 1 Ob 3/85; OGH 27.07.1995, 1 Ob 18/95; OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95; OGH 27.01.1998, 1 Ob 241/97s; OGH 28.04.1998, 1 Ob 107/97k; OGH 09.06.1998, 1 Ob 391/97z; OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98m; OGH 28.03.2000, 1 Ob 272/99b; OGH 25.07.2000, 1 Ob 95/00b; OGH 26.02.2002, 1 Ob 310/01x; OGH 17.05.2004, 1 Ob 181/03d; OGH 12.08.2004, 1 Ob 231/03g; OGH 14.08.2007, 1 Ob 113/07k; OGH 25.01.2011, 1 Ob 197/10t.

⁴²¹ bbl 1998, 151 ff.

⁴²² OGH 11.07.1990, 1 Ob 587/90 = JBl 1991,249 = SZ 63/129 = NZ 1992,110.

wonach für einen Ratschlag, der nicht gegen Belohnung und somit aus bloßer Gefälligkeit gegeben wurde, nur bei wissentlicher Schädigung gehaftet wird.

Bei bloßen Vermögensschäden wird nach ständiger Judikatur⁴²³ für einen Rat nur dann gehaftet, wenn dieser nicht aus bloßer Gefälligkeit erteilt wurde. Der Schutz des Bauherrn vor Vermögensschäden, die durch die Mangelhaftigkeit seines Bauwerkes bestehen, stellt kein staatliches Eigeninteresse dar.

Bei den Überlegungen zum Schutzbereich der Norm wird von der Frage der Eigengefährdung ausgegangen, deren Verhinderung in erster Linie dem Einzelnen selbst obliegt. Generell wird festgehalten, dass jeder, der von der Freiheit über sein Eigentum zu verfügen Gebrauch macht, auch für die Folgen des eigenen Verhaltens einzustehen hat. Demzufolge sind dadurch entstandene Schäden nicht auf die Gemeinschaft abzuwälzen⁴²⁴.

b) Judikatur

OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95

In dieser E⁴²⁵ wurden die Amtshaftungsansprüche wegen der Erteilung einer Baubewilligung davon abhängig gemacht, ob der Antragsteller die Mangelhaftigkeit seines Projektes auch selbst hätte erkennen müssen.

Es ging um Zusatzkosten, die aus einer unzureichenden Wasserversorgung auf Grundstücken entstanden sind, welche von der Gemeinde mit Baubewilligung zur Bebauung freigegeben worden waren.

Die Kläger waren die Eigentümer der Liegenschaften samt den darauf jeweils zu Wohnzwecken errichteten Häusern. Alle Liegenschaften gehörten ursprünglich einem

⁴²³ RIS-Justiz RS0026596 = OGH 27.05.1980, 1Ob12/80; OGH 25.03.1981, 3Ob594/80; OGH 25.03.1981, 8Ob532/83; OGH 27.06.1984, 3Ob547/84; OGH 14.11.1984, 1Ob33/84; OGH 28.01.1988, 10Ob512/87; OGH 11.07.1990, 1Ob587/90; OGH 10.01.1991, 7Ob685/90; OGH 19.10.1993, 1Ob43/92; OGH 08.02.1995, 7Ob623/94; OGH 09.02.1995, 2Ob588/94 (2Ob514/95); OGH 15.07.1997, 1Ob182/97i; OGH 05.05.1998, 7Ob79/98p; OGH 14.11.2000, 4Ob252/00p; OGH 28.08.2007, 5Ob159/07d; OGH 07.11.2007, 6Ob110/07f; OGH 24.01.2008, 6Ob104/06x; OGH 07.08.2008, 6Ob144/08g; OGH 14.10.2008, 4Ob169/08v; OGH 26.03.2009, 6Ob44/09b; OGH 30.06.2010, 9Ob49/09k; OGH 31.08.2010, 4Ob137/10s; OGH 24.11.2010, 9Ob5/10s; OGH 22.02.2011, 8Ob127/10z; OGH 24.11.2010, 9Ob76/10g; OGH 24.04.2012, 8Ob60/11y; OGH 19.04.2012, 7Ob185/11y.

⁴²⁴ Thunhart, Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers wegen Bewilligung fehlerhafter Bauvorhaben, bbl 2000, 112 ff.

⁴²⁵ OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95 = SZ 68/156 .

Eigentümer, der eine Trink- und Nutzwasserversorgungsanlage errichtete, ohne um die hierfür erforderliche wasserrechtliche Bewilligung anzusuchen. Beklagt wurde die Stadtgemeinde, deren Organ die Baubewilligungen den ursprünglichen Eigentümern der Liegenschaft erteilt hatte.

Den Klägern bzw deren Rechtsvorgängern wurde in den einzelnen Kaufverträgen vom Verkäufer das Recht des Wasserbezuges und der Wasserleitung aus dieser Wasserversorgungsanlage eingeräumt. Die Organe der beklagten Stadtgemeinde erteilten im Zeitraum von 1965 bis 1988 über entsprechende Ansuchen der Kläger Baubewilligungen für die zu errichtenden Wohnhäuser.

Im Zuge des Verwaltungsverfahrens überprüften die Organe der Beklagten die Wasserversorgung anhand der Kaufverträge lediglich dahin, ob die rechtlichen Voraussetzungen für den Wasserbezug gegeben seien. Ermittlungen zur Feststellung, ob die Quellschüttung für die Wasserversorgung der Siedlung ausreichen würde, wurden im Zuge der Bauverfahren nicht durchgeführt.

Im Winter 1989 kam es erstmals zu Problemen mit der Wasserversorgung. Aufgrund weiterer Beanstandungen überprüfte die Wasserrechtsbehörde 1991 die Wasserversorgungsanlage, stellte eine bei weitem zu niedrige Quellschüttung je Minute fest und forderte die Liegenschaftsverkäufer und Eigentümer der Wasserversorgungsanlage auf, um die wasserrechtliche Bewilligung anzusuchen. Eine derartige Bewilligung wurde im Folgenden nicht mehr erteilt.

Die Schwierigkeiten bei der Wasserversorgung der Liegenschaften hätten durch Anschluss der bestehenden Wasseranlage an die öffentlich betriebene Wasserversorgung beseitigt werden können, wobei hierfür jedoch erhebliche Kosten der Einbindung der Siedlung in das öffentliche Wassernetz entstanden wären.

Die Organe der Beklagten hatten sich bei Prüfung, ob die Voraussetzungen gemäß Bauordnung vorliegen, wonach Gebäude auf Grundstücken nur dann errichtet werden dürfen, wenn eine dem vorgesehenen Verwendungszweck entsprechende Wasser- und Energieversorgung sowie Abwasserbeseitigung rechtlich sichergestellt und technisch möglich ist, mit den positiven Erklärungen der (ursprünglichen Eigentümer) und der Einsicht in die jeweils das Wasserbezugs- und Leitungsrecht regelnden Kaufverträge begnügt.

Eine Überprüfung dahingehend, ob die zur Verfügung stehende Quellschüttung für den jeweils zu erwartenden Bedarf ausreichend sei, hatte nicht stattgefunden.

Die klagenden (späteren) Liegenschaftseigentümer brachten dazu vor, das Organ des beklagten Rechtsträgers wäre als Baubehörde erster Instanz verpflichtet gewesen, im Zuge der, die Häuser der Kläger betreffenden, Bauverfahren die Frage der ausreichenden Wasserversorgung von Amts wegen eingehend zu prüfen.

Die Kläger hätten im Vertrauen auf die Ordnungsgemäßheit des Bauverfahrens ihre Häuser errichtet oder erworben und würden im Zuge der erforderlichen Sanierung der Wasserversorgung einen Schaden erleiden, den die Behörde aus dem Titel der Amtshaftung zu ersetzen habe.

Der OGH legte dazu dar, dass die Kläger mit ihrem Begehren auf Feststellung der Ersatzpflicht der Behörde für Schäden aus nicht ausreichender Trink- und Nutzwasserversorgung einen reinen Vermögensschaden geltend machten.

Dessen Verursachung macht nach herrschender Auffassung⁴²⁶ nur ersatzpflichtig, wenn eine vorwerfbare Verletzung eines absoluten Rechtes, eines Schutzgesetzes im Sinne des § 1311 ABGB, oder ein sittenwidriges Verhalten des Schädigers vorliegt, oder sich die Rechtswidrigkeit des schädigenden Verhaltens sonst aus der Rechtsordnung unmittelbar aufgrund des Gesetzes ableiten lässt. Von diesen Voraussetzungen ist in diesem Fall nur eine Schutzgesetzverletzung in Betracht gekommen.

Auch für den Bereich des Amtshaftungsrechtes gilt aber der allgemeine Grundsatz, dass die übertretene Vorschrift gerade auch den Zweck haben muss, den Geschädigten vor eingetretenen (Vermögens-)Nachteilen zu schützen⁴²⁷.

Bereits in dieser Entscheidung von 1995 wurde somit festgehalten, dass beispielsweise die Standfestigkeit eines Gebäudes, gesundheitliche (sanitäre) und feuerpolizeiliche Belange, Stadtplanungs- und Verkehrsrücksichten sowie allenfalls der ästhetische Eindruck im öffentlichen Interesse zu berücksichtigen ist⁴²⁸. Dies gilt auch für die Prüfung, ob durch ein

⁴²⁶ OGH 3.10.1990, 1 Ob 44/89 = SZ 63/166 = EvBl 1991/73; OGH 24.6.1992, 1 Ob 15/92 = SZ 65/94 = JBl 1993, 399; OGH 22.06.1993 1 Ob 22/92 = SZ 66/77 = JBl 1993,788; *Koziol*, Haftpflichtrecht² II 20 f.

⁴²⁷ OGH 07.09.1988 1 Ob 24/88 = SZ 61/189; OGH 26.04.1989, 1 Ob 7/89 = SZ 62/73; OGH 22.06.1993 1 Ob 22/92 = SZ 66/77 = JBl 1993,788; *Schragel* AHG², Rz 121.

⁴²⁸ OGH 16.04.1980, 10b9/80 = SZ 53/61; OGH 16. 2.1977, 1 Ob 4/77 = SZ 50/24; *Krzizek*, System des öffentlichen Baurechtes II 178 f.

Gebäude die Standfestigkeit anderer baulicher Anlagen gefährdet bzw die Tragfähigkeit des Baugrundes von Nachbargrundstücken nachteilig verändert werden könnte.

Es wurde hier vom erkennenden Senat auch ausgesprochen, dass sich der Rechtsunkundige prinzipiell auf die richtige Rechtsanwendung von Behörden verlassen darf. Er ist nur verpflichtet, über ihm unverständliche Akte der Vollziehung Rat einzuholen, sodass rechtliche Unerfahrenheit nicht ohne weiteres entschuldigt⁴²⁹.

Es ist daher gemäß OGH zu prüfen, ob sich die Kläger darauf verlassen durften, die Behörde werde die, nunmehr als unzureichend erkannte, Quellschüttung überprüfen oder ob ihnen bekannt sein musste, dass der Inhalt der Verträge sowie allfällige Zusicherungen der Eigentümer über die ausreichende Wasserversorgung als einzige Entscheidungsgrundlage der Organe der beklagten Behörde herangezogen wurden.

Hätten die Kläger selbst diese Kenntnis besessen, müsste die Antragstellung und die Fortführung des Verfahrens als schuldhaft angesehen werden, weshalb auch in diesem Umfang der Amtshaftungsanspruch zu versagen wäre.

Die Amtshaftungsansprüche wegen der Erteilung einer Baubewilligung wurden sohin davon abhängig gemacht, ob der Antragsteller die Mangelhaftigkeit seines Projektes auch selbst hätte erkennen können und damit auch erkennen hätte müssen. Da das Erstgericht hierüber keine Feststellung getroffen hatte, wurde die Rechtssache vom OGH an das Erstgericht zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurückverwiesen.

Zusammenfassung:

In dieser Entscheidung wird einerseits auf den Schutzzweck der Norm verwiesen, der insofern die Haftung begrenzen solle, als nur bei unmittelbarem Zusammenhang zwischen Normzweck und eingetretenem Schaden ein ersatzfähiger Schaden vorliegt. Andererseits werden die öffentlichen Interessen beispielsweise aufgezählt, und besonders die Standfestigkeit eines Gebäudes, gesundheitliche (sanitäre) und feuerpolizeiliche Belange sowie Stadtplanungs- und Verkehrsrücksichten bzw auch ästhetische Eindrücke angeführt.

Aus dem Blickwinkel der Beurteilung von Schadenersatzansprüchen nach dem Amtshaftungsgesetz gesehen, dient das Baubewilligungsverfahren vor allem dem Zweck, die Allgemeinheit vor Gefahren zu schützen, die durch das Erstellen von Bauwerken, die mit der bestehenden Bauordnung nicht im Einklang stehen, entstehen könnten.

⁴²⁹ OGH 09.03.1983, 1 Ob 1/83 = SZ 56/36.

Die Aufgabe der Baubehörden liegt insbesondere in der Wahrung der oben erwähnten öffentlichen Interessen in Bezug auf statische Bemessungen sowie in der Sicherstellung der Feuersicherheit und der erforderlichen gesundheitlichen Verhältnisse. Es sollen damit durch Bauten möglicherweise hervorgerufene Gefahren für das Leben, die Gesundheit und das Eigentum abgewendet werden.

In dieser Entscheidung wurde nun auch der Bauwerber selbst in den Schutzbereich des öffentlichen Baurechtes miteinbezogen. Dieser soll durch die richtige Anwendung baupolizeilicher Vorschriften nicht bloß vor Personen- und Sach-, sondern auch vor solchen Vermögensschäden bewahrt werden, die ihm aus dem Vertrauen darauf, dass einer der Baubewilligung entsprechenden Ausführung des Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen, entstanden sind.

Dieser Schluss ist vom OGH als gerechtfertigt angesehen worden, da dieser die Wahrnehmung der vom Bauwerber nicht überschaubaren öffentlich-rechtlichen Rücksichten nicht in seinen, sondern in den Verantwortungs- und Risikobereich der Baubehörde zugeordnet hat.

Als weitere Konsequenz wird in dieser Entscheidung festgehalten, dass auch wenn es das Gesetz nicht ausdrücklich so wiedergibt, die Unterlassung eines Rechtsmittels schuldhaft erfolgt sein muss, um einen Amtshaftungsausschluss nach § 2 Abs 2 AHG zu begründen.

Bei Verschulden des Geschädigten erlischt der Anspruch gegen den Rechtsträger insoweit, als das Rechtsmittel hätte Abhilfe schaffen können.

Hätte somit der Baubewilligungswerber die Mangelhaftigkeit des Einreichprojektes selbst erkennen können, dann geht diese Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten ausschließlich zu Lasten des Baubewilligungswerbers und es kommt dann nach dieser Ansicht des OGH auch zu keiner Anwendung einer Schadensteilung nach § 1304 ABGB, da aufgrund der Subsidiarität der Amtshaftungsansprüche der Geschädigte seinen Ersatzanspruch zur Gänze verliert.

OGH 23.02.1999, 10b362/98m

In dieser OGH Entscheidung⁴³⁰ kam es nach dem Ausheben eines Kellers zu einer Hangrutschung, die einen erheblichen Schaden sowohl am Bauplatz des Werkbestellers selbst als auch auf den Nachbargrundstücken verursachte. Vor dem Kelleraushub war der Hang stabil.

Der in den Vorprozessen gegenüber den Nachbarn zur Wiederherstellung des Hanges und zu Schadenersatz verurteilte Werkbesteller, machte diese Kosten im Gegenzug als Amtshaftungsansprüche gegenüber der Bewilligungsbehörde geltend.

Für den Werkbesteller als Ortsfremden sei die Rutschgefahr des Hanges nicht vorhersehbar gewesen. Die Organe der beklagten Partei wären als Fach- und Ortskundige im Zuge des Bauverfahrens verpflichtet gewesen, sich von der gefahrlosen Durchführung der Baumaßnahmen zu überzeugen.

Der Baubehörde sei aufgrund anderer Bauvorgänge im Nahebereich des Bauvorhabens des Klägers bekannt gewesen, dass das Grundstück des Klägers gefährdet sei. Der von der Baubehörde beigezogene Amtssachverständige sei überdies bei der Bauverhandlung auf - in unmittelbarer Nachbarschaft eingetretene - extreme Hangrutschungen von einer Anrainerin aufmerksam gemacht worden.

Unter Bedachtnahme auf diese Umstände wäre die Baubehörde der beklagten Partei verpflichtet gewesen, entsprechende Auflagen zu erteilen oder zumindest Bodenproben anzuordnen.

Der OGH hat dieser Klage mit der Begründung stattgegeben, dass die Behörde die Rutschgefahr hätte erkennen müssen und somit wären im Zuge des Baubewilligungsverfahrens auch entsprechende Auflagen zu erteilen gewesen. Um verlässlich beurteilen zu können, ob der Behörde bei Erteilung der Baubewilligung pflichtwidrige Unterlassungen unterlaufen sind, wurde vom OGH eine Ergänzung des erstinstanzlichen Verfahrens beauftragt. Dabei wurde vom OGH darauf hingewiesen, dass allfällige festgestellte Pflichtwidrigkeiten des von der Baubehörde beigezogenen Amtssachverständigen dem beklagten Rechtsträger zur Last fallen werden.

⁴³⁰ OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98 m = bbl 1999/182.

Zusammenfassung:

Bis zu dieser Entscheidung hatte der OGH⁴³¹ verlangt, dass der Bauwerber selbst einen Einspruch gegen den Bescheid erhoben hatte, um nicht das Verfahren wegen Nichtausschöpfung des verwaltungsrechtlichen Instanzenzuges gemäß § 2 Abs 2 AHG wegen abzuweisen.

In dieser Entscheidung nun jedoch hatte der OGH erstmals, entgegen der bisherigen höchstgerichtlichen Judikatur⁴³², Schadenersatz wegen Erteilung einer Bewilligung zugesprochen, und nicht wie bisher von vornherein den Amtshaftungsanspruch wegen Nichtausschöpfen des verwaltungsbehördlichen Instanzenzuges gemäß § 2 Abs 2 AHG abgewiesen.

Hier wurde die Auffassung vertreten, dass der Bauwerber selbst in den Schutzbereich des öffentlichen Baurechtes einbezogen wird und er somit auch vor derartigen Vermögensschäden bewahrt werden soll, die ihm im Vertrauen darauf entstanden sind, dass einer der Baubewilligung entsprechenden Ausführung keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen⁴³³.

Ob der Bauherr die Entstehung von Schäden mitzuverantworten hat, die auf eine der Baubewilligung nicht widersprechende Bauführung zurückzuführen sind, hängt nach Ansicht des OGH in erster Linie davon ab, ob er Anlass dazu hatte, der Rechtmäßigkeit der Baubewilligung zu misstrauen, also schon im eigenen Interesse gehalten war, solche Zweifel bei Inangriffnahme der Bauführung zu berücksichtigen.

In dieser Entscheidung wurde jedoch Interpretationsspielraum offengelassen, da keine ausführlichen Erörterungen oder Einschränkungen nach dem Schutzzweck des Bewilligungsverfahrens angestellt wurden.

Der OGH hält bei dieser Entscheidung fest, dass bei der Prüfung der Frage, ob der Bauwerber selbst in den Schutzbereich von baurechtlichen Normen fallen soll, und wenn diese Voraussetzung vorliegt, vor welchen Schäden er dann geschützt werden sollte, man immer den Einzelfall und die einzelne Norm betrachten müsse.

⁴³¹ OGH 16.04.1980, 1Ob9/80 = SZ 53/61; OGH 06.09.1995, 1Ob22/95 = SZ 68/156.

⁴³² OGH 16.4.1980, 1 Ob 9/80 = SZ 53/61; OGH 2.6.1982, 1 Ob 24/81 = SZ 55/81; OGH 15.12.1982, 1 Ob 34, 35/82 = SZ 55/190; OGH 06.09.1995, 1Ob22/95 = SZ 68/156.

⁴³³ OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98 m = bbl 1999/182 = SZ 72/29 = EvBl 1999/138 = JUS Z/2762 = RdW 1999, 717 = RZ 1999/54 = bbl 2000, 112.

Des Weiteren wird vom OGH betont, dass jedenfalls die für den Bauwerber nicht überschaubaren öffentlich-rechtlichen Rücksichten grundsätzlich nicht in den Risikobereich des Bauwerbers fallen können. Diese sind somit nach Ansicht des OGH dem Verantwortungsbereich der Baubehörde zuzuordnen.

c) Ansichten der Lehre

Nach *Helmberg*⁴³⁴ liegt die Antwort auf die Frage, ob auch der Bauwerber selbst vor Schäden bewahrt werden soll, die er durch eine mangelnde Einhaltung von Bauvorschriften erleidet, generell in der Beurteilung des Schutzzweckes der Norm. Die Prüfung muss daher im Einzelfall norm- und fallbezogen erfolgen. Sofern gemäß dieser Beurteilung der Bauwerber geschützt ist, kann es für die weitere Prüfung jedoch keine Relevanz haben, wenn der Bauwerber gegen seine eigene Bewilligung kein Rechtsmittel eingebracht hat. Der Ausschluss der Amtshaftung nach § 2 Abs 2 AHG wegen schuldhafter Unterlassung der Einbringung eines Rechtsmittels sei daher aus systematischen Erwägungen abzulehnen.

*Helmberg*⁴³⁵ betont hier die sonst unvernünftige Konsequenz, dass derjenige, dessen Bauansuchen trotz mangelhafter Erfüllung der Voraussetzungen bewilligt wurde, aus dem Grunde des § 2 Abs 2 AHG kein Amtshaftungsanspruch zustehen könnte, da er kein Rechtsmittel eingebracht habe, während hingegen die Sorgfaltswidrigkeit desjenigen, der gar nicht um die Baubewilligung angesucht hatte, unter dem Gesichtspunkt des Mitverschuldens gemäß § 1304 ABGB für einen Amtshaftungsanspruch zu prüfen wäre.

Es dürfe daher im Ergebnis für die Beurteilung von möglichen Amtshaftungsansprüchen gegenüber dem Bauwerber selbst keinen Unterschied machen, ob dieser ein Bauansuchen gestellt hat oder nicht.

Nach *Thunhart*⁴³⁶ jedoch würde eine Einbindung des Bauwerbers in den Schutzbereich des Amtshaftungsgesetzes bedeuten, dass damit das Risiko des im privaten Interesse gelegenen Bauvorhabens auf die Allgemeinheit überwälzt wird. Er will nur in Ausnahmefällen, wenn das Verschulden der Baubehörde stark überwiegt, eine zumindest anteilige Haftung als gerechtfertigt ansehen.

⁴³⁴ Amtshaftung im Baurecht, bbl 1998, 154 ff.

⁴³⁵ bbl 1998, 159.

⁴³⁶ Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers wegen Bewilligung fehlerhafter Bauvorhaben, bbl 2000, 112.

Die Baubewilligung, die einer Bauausführung dient, welche im alleinigen Interesse des Bauführers liegt, ähnelt nach *Thunhart*⁴³⁷ der Erteilung eines falschen Rates gemäß § 1300 ABGB. In beiden Fällen liegt die Tätigkeit, aus der der Schaden entsteht, im alleinigen Interesse des Geschädigten. Aus diesem Umstand folgt die Zuordnung von § 1300 ABGB, nachdem für einen Ratschlag, der nicht „gegen Belohnung“ gegeben wird, nur bei wissentlicher Schädigung als eigene Rechtsgrundlage gehaftet wird.

Nach der Judikatur des OGH⁴³⁸ wird hier nicht auf die Entgeltlichkeit abgestellt, sondern auf die Frage, ob der Ratgeber auch Eigeninteressen verfolgt. Die im § 1300 ABGB enthaltenen Worte „gegen Belohnung“ bedeuten lediglich, dass der Rat nicht bloß aus Gefälligkeit, sondern im Rahmen eines, wenn auch allenfalls öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnisses, gegeben worden sein muss. Eine solche Verpflichtung ist bei Anwendung des § 1300 ABGB auch dann anzunehmen, wenn der Rat von einem Organ bei hoheitlichem Handeln erteilt wird.

Der OGH übersieht daher nach der Ansicht von *Thunhart* in der Entscheidung von 1995⁴³⁹, bei der dem Bauherrn ein möglicher Amtshaftungsanspruch in der Höhe der Zusatzkosten der nötigen Wassernetzanbindung wegen einer unzureichenden Wasserversorgung zuerkannt wurde, dass Schäden, die aufgrund eigener Planungsfehler des Bauführers entstanden sind, nicht vom Schutzzweck des Bewilligungsverfahrens gedeckt sind.

Somit ist für *Thunhart* in diesen Fällen eine Amtshaftung ohnehin ausgeschlossen, da nach § 1300 ABGB auch der uneigennützigte Auskunftgeber nur für wissentliche Schädigungen haftet. Liegt eine wissentliche Erteilung eines falschen Rates der Behörde vor, und hat auch der Bauherr die Stabilität des Hanges falsch eingeschätzt und somit aus eigener Sorglosigkeit gehandelt, führt dies nach *Thunhart* gemäß der allgemeinen Regel des § 1304 ABGB, lediglich zur anteilmäßigen Minderung des Anspruches. Es kommt daher nicht zu einem

⁴³⁷ bbl 2000, 114.

⁴³⁸ RIS-Justiz RS0026596 = OGH 27.05.1980, 1Ob12/80; OGH 25.03.1981, 3Ob594/80; OGH 25.03.1981, 8Ob532/83; OGH 27.06.1984, 3Ob547/84; OGH 14.11.1984, 1Ob33/84; OGH 28.01.1988, 10Ob512/87; OGH 11.07.1990, 1Ob587/90; OGH 10.01.1991, 7Ob685/90; OGH 19.10.1993, 1Ob43/92; OGH 08.02.1995, 7Ob623/94; OGH 09.02.1995, 2Ob588/94 (2Ob514/95); OGH 15.07.1997, 1Ob182/97i; OGH 05.05.1998, 7Ob79/98p; OGH 14.11.2000, 4Ob252/00p; OGH 28.08.2007, 5Ob159/07d; OGH 07.11.2007, 6Ob110/07f; OGH 24.01.2008, 6Ob104/06x; OGH 07.08.2008, 6Ob144/08g; OGH 14.10.2008, 4Ob169/08v; OGH 26.03.2009, 6Ob44/09b; OGH 30.06.2010, 9Ob49/09k; OGH 31.08.2010, 4Ob137/10s; OGH 24.11.2010, 9Ob5/10s; OGH 22.02.2011, 8Ob127/10z; OGH 24.11.2010, 9Ob76/10g; OGH 24.04.2012, 8Ob60/11y; OGH 19.04.2012, 7Ob185/11y; OGH 22.01.2015, 1 Ob 241/14v.

⁴³⁹ OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95 = SZ 68/156.

Amtshaftungsausschluss nach § 2 Abs 2 AHG, wie in der früheren Rechtsprechung⁴⁴⁰, jedoch auch nicht zu einer vollen Schadensübernahme aufgrund von Amtshaftung der Behörden.

Die Aufteilung nach Verschuldenskriterien erfolgt nach dem Anteil des zur Last fallenden Verschuldens. Ein Mitverschulden ist dann nicht mehr zu berücksichtigen, wenn es nicht mehr messbar ins Gewicht fällt und gegenüber Schädigung in der Verschuldensform Vorsatz, ist Fahrlässigkeit in der Regel ganz zu vernachlässigen⁴⁴¹.

Wenngleich § 1300 ABGB auch bei stark überwiegendem Verschulden generell keine Schadensteilung vorsieht, so ist dies in anderen Stellen längst anerkannt. Beispielsweise wird hier von *Thunhart* auf die Rechtsprechung verwiesen, indem das Ausmaß der Ersatzansprüche eines Geschäftsführers ohne Auftrag vom Verschulden der Beteiligten abhängig gemacht wird⁴⁴², oder das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, das nur bei grobem Verschulden zu einer Haftung führt.

Die in diesen Fällen anerkannte Schadensteilung würde nach *Thunhart*⁴⁴³ dafürsprechen, auch im Falle des § 1300 ABGB eine anteilige Haftung zuzulassen, wenn der Geschädigte entweder völlig schuldlos ist oder das Verschulden des Ratgebers stark überwiegt.

Als Ausgangsbasis wird von *Thunhart* die Überlegung angestellt, welchen Zweck die technischen Überprüfungen, die im Behördenbewilligungsverfahren zu erfolgen haben, verfolgen. Hier wird in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung⁴⁴⁴ grundsätzlich erkannt, dass diese Überprüfungen nur jenen Gefahren vorbeugen, die aus der Gefahr einsturzgefährdeter Bauwerken drohen würden. Der Schutz des Bauherrn selbst vor Schäden in seinem Vermögen oder Eigentum beispielsweise aufgrund Verwendung ungeeigneten Baumaterials ist nach derzeitiger Judikatur⁴⁴⁵ jedenfalls nicht von diesem Schutzzweck umfasst.

Das Hauptargument für diese Auslegung des Schutzzweckes liegt darin, dass das prinzipielle Risiko des Bauvorhabens weiterhin im privaten Interesse bleiben soll und nicht grundlos auf die Allgemeinheit überwälzt werden darf. Somit haben technische Überprüfungen generell nicht den Zweck, den Bauführer vor Schäden zu bewahren, die auf technische

⁴⁴⁰ OGH 16.04.1980, 1 Ob 9/80 = SZ 53/61 = EvBl 1981,4 S 16; *Schragel* AHG² Rz 193.

⁴⁴¹ *Reischauer in Rummel*³ § 1298 Rz 5.

⁴⁴² OHG 18.6.1997, 3Ob2032/96m = JBl 1998,114 = SZ 70/114.

⁴⁴³ Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers, bbl 2000, 115.

⁴⁴⁴ BGH 25. 11. 1968 NJW 1969, 234; 25. 1. 1973 BGHZ 60, 112 = NJW 1973, 616; 8. 5. 1980 NJW 1980, 2578.

⁴⁴⁵ OGH 26.11.2002, 10b253/02s = JBl 2003,376; OGH 11.03.1994, 1 Ob 40/93 = SZ 67/39; OGH 08.10.2002, 10b313/01p = SZ 2002/128.

Mangelhaftigkeit des Bauvorhabens zurückzuführen sind. Das Risiko des technischen Mangels soll nicht auf die Allgemeinheit überwältzt werden.

Die Baubewilligung hat nach dieser Ansicht eben nicht den Zweck, einen Bauführer zu entlasten, sondern lediglich den Sinn, einen zusätzlichen Sicherheitsmechanismus für den Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren, die aus einem Bauprojekt ausgehen können, zu bewahren.

Thunhart verweist hier auf *Rebhahn*⁴⁴⁶, der aus der grundsätzlichen Überlegung heraus, dass dem Bauherrn alle Vorteile aus einem Bauvorhaben zugutekommen, ebenfalls zu dem Schluss kommt, dass dieser somit auch das damit verbundene Risiko technischer Mängel nicht auf die Allgemeinheit übertragen kann. Baubewilligungen sollen wegen der grundsätzlichen Gefährlichkeit lediglich einen zusätzlichen Sicherheitsmechanismus einrichten, nicht aber den Bauführer entlasten

Wie bereits dargestellt, gilt entsprechend der Rechtsprechung⁴⁴⁷ ein Haftungsausschluss für bloße Vermögensschäden für den unentgeltlichen Rat nur dann, wenn er aus bloßer Gefälligkeit erteilt wurde. Ein Schutz des Bauherrn vor Vermögensschäden, die ihm durch die Mangelhaftigkeit seiner Bauführung entstehen können, stellt ohne Zweifel kein staatliches Eigeninteresse dar.

Lediglich bei einem stark überwiegenden Verschulden der Behörden stellt *Thunhart*⁴⁴⁸ die Überlegung an, ob dieses doch zu einer zumindest anteiligen Haftung führen kann. Er betont, dass nach § 1300 ABGB das Haftungsprivileg des uneigennütigen Ratgebers auch vom Verschulden abhängig gemacht wird, da bei der wissentlichen und somit vorsätzlichen Erteilung eines falschen Rates sehr wohl Haftungsfolgen ausgelöst werden.

Zusammenfassend kommt *Thunhart* zu dem Schluss, dass, im Zusammenhang mit technischen Planungsfehlern des Bauherrn, eine Amtshaftung in der Regel am Schutzzweck

⁴⁴⁶ Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 391ff.

⁴⁴⁷ RIS-Justiz RS0026596 = OGH 27.05.1980, 10b12/80; OGH 25.03.1981, 30b594/80; OGH 25.03.1981, 80b532/83; OGH 27.06.1984, 30b547/84; OGH 14.11.1984, 10b33/84; OGH 28.01.1988, 100b512/87; OGH 11.07.1990, 10b587/90; OGH 10.01.1991, 70b685/90; OGH 19.10.1993, 10b43/92; OGH 08.02.1995, 70b623/94; OGH 09.02.1995, 20b588/94 (20b514/95); OGH 15.07.1997, 10b182/97i; OGH 05.05.1998, 70b79/98p; OGH 14.11.2000, 40b252/00p; OGH 28.08.2007, 50b159/07d; OGH 07.11.2007, 60b110/07f; OGH 24.01.2008, 60b104/06x; OGH 07.08.2008, 60b144/08g; OGH 14.10.2008, 40b169/08v; OGH 26.03.2009, 60b44/09b; OGH 30.06.2010, 90b49/09k; OGH 31.08.2010, 40b137/10s; OGH 24.11.2010, 90b5/10s; OGH 22.02.2011, 80b127/10z; OGH 24.11.2010, 90b76/10g; OGH 24.04.2012, 80b60/11y; OGH 19.04.2012, 70b185/11y.

⁴⁴⁸ Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers, bbl 2000, 114.

des Baurechtes scheitern wird, welches nur die Allgemeinheit vor mit der Bauführung verbunden Gefahren schützen, nicht aber den Bauführer entlasten will.

Dieses ergibt sich aus § 1300 ABGB und aus dem Umstand, dass das Bewilligungsverfahren nicht die Funktion einer Gratis-Versicherung haben soll. Somit stellt sich für *Thunhart* mangels Einbindung von Amtshaftungsansprüchen des Bauherrn in den Schutzzweck der Baubewilligungsvorschriften in diesen Fällen auch nicht die Frage, ob eine anteilige Haftung nach § 1304 ABGB aufgrund Mitverschuldens der Behörde zu berücksichtigen wäre. *Thunhart* sieht jedoch generell die Möglichkeit, im Fall des § 1300 ABGB eine anteilige Haftung zu berücksichtigen als nicht denkunmöglich an, auch wenn nach ständiger Rechtsprechung⁴⁴⁹ der Beschädigte nach § 1304 nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat und bei Vorsatz des Schädigers § 1304 ABGB generell nicht angewandt wird.

Von *Seebacher/Sorger*⁴⁵⁰ wird hingegen vertreten, dass eine generelle Wahrnehmungspflicht der Baubehörden im Bauverfahren vorliegt, welche durchaus eine Amtshaftung begründen kann. Sie betonen in ihrer Argumentation die Bedeutung der vom Bauherrn zu erstellenden Einreichpläne und sie weisen darauf hin, dass in der Praxis gerade diese Wichtigkeit und Unabdingbarkeit der Baupläne für das Baubewilligungsverfahren als Projekt-genehmigungsverfahren oftmals unterschätzt wird. Es kommen daher nicht selten Baupläne zur Anwendung, die nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend ausgestellt wurden. Gerade aber diese teilweise unzureichenden oder nicht den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Pläne sind häufig die Ursache für Bauverzögerungen und daraus können, nach deren Meinung⁴⁵¹, auch Amtshaftungsansprüche entstehen.

Auch hier wird die Entscheidung von 1995 zitiert, in welcher der OGH ausgesprochen hatte, dass der Haftungsausschluss nach § 2 Abs 2 AHG nur dann Anwendung finden würde, wenn

⁴⁴⁹ RIS-Justiz RS0027116 = OGH 20.01.1965, 7 Ob 1/65; OGH 30.06.1965, 7 Ob 199/65; OGH 22.12.1965, 6 Ob 340/65; OGH 13.12.1966, 8 Ob 227/66; OGH 12.02.1970, 1 Ob 14/70; OGH 03.03.1971, 5 Ob 39/71; OGH 30.06.197, 1 5 Ob 88/71; OGH 19.01.1972, 1 Ob 343/71; OGH 07.06.1972, 1 Ob 120/72; OGH 31.10.1973, 1 Ob 173/73; OGH 08.05.1974, 1 Ob 40/74; OGH 06.05.1975, 7 Ob 83/75; OGH 18.11.1975, 4 Ob 625/75; OGH 18.11.1975, 4 Ob 625/75; OGH 24.06.1976, 7 Ob 573/76; OGH 13.01.1977, 2 Ob 266/76; OGH 30.03.1977, 1 Ob 556/77; OGH 06.09.1977, 4 Ob 86/77; OGH 21.09.1978, 2 Ob 540/78; OGH 19.10.1978, 6 Ob 677/78; OGH 09.11.1978, 2 Ob 180/78; OGH 21.11.1978, 8 Ob 177/78; OGH 05.04.1979, 8 Ob 30/79; OGH 12.06.1979, 4 Ob 42/79; OGH 26.06.1979, 2 Ob 528/79; OGH 12.11.1980, 1 Ob 570/80; OGH 04.12.1980, 8 Ob 206/80; OGH 23.04.1981, 8 Ob 24/81; OGH 04.05.1982, 4 Ob 29/82; OGH 01.07.1982, 8 Ob 148/82; OGH 21.10.1982, 6 Ob 793/82; OGH 12.01.1983, 1 Ob 827/82; OGH 14.04.1983, 7 Ob 582/83; OGH 27.10.1983, 8 Ob 97/83; OGH 24.11.1983, 8 Ob 198/83; OGH 23.05.1985, 8 Ob 29/85; OGH 12.09.1990, 1 Ob 17/90; OGH 17.01.1991, 8 Ob 38/90; OGH 09.05.1995, 4 Ob 41/95; OGH 02.09.2009, 7 Ob 115/09a; OGH 15.12.2010, 4 Ob 214/10i; OGH 14.09.2011, 6 Ob 201/11v; OGH 25.03.2014, 4 Ob 21/14p.

⁴⁵⁰ Amtshaftung gegenüber dem Bauwerber trotz Baubewilligung, bbl 2006, 89 ff.

⁴⁵¹ bbl 2006, 91.

die Unterlassung eines Rechtsmittels schuldhaft erfolgt ist. Diese Schuldhaftigkeit liegt jedenfalls vor, wenn der Baubewilligungswerber die Mangelhaftigkeit selbst hätte erkennen können. Entgegen der Bestimmungen des § 1304 ABGB ginge die Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten ausschließlich zu Lasten des Baubewilligungswerbers.

Es wird betont, dass die örtliche Raumordnung und die örtliche Baupolizei den Gemeinden obliegen und die in diesen tätigen Bauamtsleiter oder Baureferenten die Fülle von Vorschriften sehr oft nicht mehr zur Gänze kennen und überblicken können. In diesem Zusammenhang sehen *Seebacher/Sorger*⁴⁵² im garantierten eigenen Wirkungsbereich der Gemeinden jedoch nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, für deren Wahrnehmung das jeweilige Bundesland die geeigneten Ziviltechniker heranzuziehen hätte, die Gemeinde aber dadurch nicht von diesen Aufgaben entlastet werden könnte.

Nach dieser Auffassung wird mit der Erteilung der Baubewilligung ein Vertrauenszustand dahingehend geschaffen, dass einer der Baubewilligung entsprechende Durchführung eines Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Es soll darüber hinaus ein Bauwerber in den Schutzbereich von öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften insofern einbezogen werden, dass er darauf vertrauen darf, nicht später von anderen als den bewilligenden Behörden wegen Nichteinhaltung von Bauvorschriften des ursprünglich bewilligten Gebäudes belangt zu werden.

Wenn also zum Beispiel nachträglich erkannt wird, dass die Einreichpläne nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprochen hatten, dann müsste das nach Ansicht von *Seebacher/Sorger*⁴⁵³ auch den Baubewilligungsbehörden auffallen, sodass eben ein Bauansuchen abzuweisen oder nur mit Erteilung von Auflagen zu genehmigen gewesen wäre. Dieses Verschulden der Baubehörden ändert sich auch nicht durch das Verschulden des Erstellers der fehlerhaften Pläne.

Die Baubehörden treffe eine Verpflichtung einen Bauwerber, bei Widerspruch eines Bauvorhabens zu gesetzlichen Bestimmungen, ausdrücklich darauf hinzuweisen und ihm nahelegen, sein Projekt entsprechend zu ändern. Diese Verpflichtung der Baubehörde, auf Unstimmigkeiten hinzuweisen, wird unter Analogie zu § 1168a ABGB hergeleitet, wonach bei Untauglichkeit des beigestellten Stoffes eine Warnpflicht des Werkunternehmers besteht.

⁴⁵² bbl 2006, 92.

⁴⁵³ bbl 2006, 91.

Die neue Betrachtungsweise in diesem Aufsatz liegt darin, dass die Baubehörde als verpflichtet angesehen wird, eine Art Konformitätsprüfung mit allen anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften vorzunehmen. Begründet wird das mit der Konsequenz, dass ohne diese Prüf- und Hinweispflicht der Baubehörden gerade aufwändige Projekte gar nicht, oder nur sehr unzureichend, auf ihre Gesetzmäßigkeit hin geprüft würden. Dies würde dem Sinn und Zweck eines Bewilligungsverfahrens widersprechen, welches die Gesetzeskonformität der Einreichunterlagen als Voraussetzung einer erforderlichen Bewilligung beinhaltet.

Keinesfalls sollte man daher die Bedeutung der Baupläne unterschätzen. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass die Einreichpläne nicht allen gesetzlichen Vorschriften entsprechen, liegt dies einerseits im Verschulden des Einreichplaners. Auf der anderen Seite hätte die Unstimmigkeit aber auch der Behörde auffallen müssen, und damit wäre die Bewilligung abzuweisen oder nur mit Auflagen zu bewilligen gewesen. Auch die Behörde könnte man unter die Schutz- und Sorgfaltspflicht des § 1168a ABGB eingebunden sehen. Der Bauwerber muss grundsätzlich darauf vertrauen können, dass die Baubehörde die Prüfung der Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften vornimmt.

Nach Ansicht von *Seebacher/Sorger*⁴⁵⁴ ist daher ein Amtshaftungsanspruch zu bejahen, wenn diese Konformitätsprüfung der Behörden mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfolgt. Dies wird mit dem Rechtsschutzgedanken innerhalb des Staates begründet, dessen Ausfluss eine „beinahe unüberschaubare Anzahl von Vorschriften auferlegt wird“. Damit müsse im Umkehrschluss jeder darauf vertrauen dürfen, dass die Verwaltungsbehörden ihre Kontrollfunktion wahrnehmen, was letztlich die Begründung der Amtshaftung darstellt.

*Kleewein*⁴⁵⁵, in seinem bereits eingehend zu diesem Unterthema erwähnten Aufsatz von 2008, bezieht sich hier auf *Kerschner*⁴⁵⁶, der das Vertrauen des Bürgers nur dann als schutzwürdig ansieht, wenn dieser auf das Wissen und Fachkönnen der Behörden angewiesen ist, er also nicht nur darauf vertraut, sondern auch darauf vertrauen darf, dass keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse vorhanden sind.

Im Zusammenhang mit Flächenwidmungsplänen würde dieses ergeben, dass der Bauwerber trotz Vorliegen einer Baubewilligung ohne Auflagen bei einem rutschgefährdeten Baugebiet nicht davon ausgehen darf, dass keine weiteren Sicherungsmaßnahmen nötig wären, andernfalls ihm ein Mitverschulden anzulasten wäre. Ein Mitverschulden könnte nach dieser

⁴⁵⁴ bbl 2006, 93.

⁴⁵⁵ Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 13.

⁴⁵⁶ Amtshaftung bei rechtswidriger Erlaubnis?, RdU 2001, 129.

Ansicht auch bereits dann vorliegen, wenn sich aus der Natur Anhaltspunkte für eine entsprechende Gefahr ergeben würden.

7. Prüfung des Bestehens einer Warn- und Aufklärungspflicht der Behörden

a) Allgemein

Der Grund für das Bestehen einer Warn- und Aufklärungspflicht im Zusammenhang mit Bewilligungsverfahren kann nach *Kleewein*⁴⁵⁷ aus der im Bewilligungsverfahren geschaffenen, öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehung zwischen Bauwerber und Behörde abgeleitet werden.

Behördenauskünfte bezwecken den Dispositionsschutz. Danach sollen Auskünfte wirtschaftliche Dispositionen erleichtern oder überhaupt erst sinnvoll ermöglichen und deren beabsichtigte Verwirklichung sichern. Das ist nur erreichbar, wenn die nach dem Auskunftsantrag erteilte Information richtig ist. Der Auskunftsanspruch bezieht sich auf eine der Sache nach richtige Information. Der allfällige Ausgleich eines reinen Vermögensschadens infolge des durch eine Fehlinformation vereitelten Dispositionsschutzes ist durch die Gewährung von Schadenersatz realisierbar. Ein solcher Ersatz ist nach dem Amtshaftungsgesetz zu leisten, wenn eine falsche oder unzureichende, schadensursächliche Auskunft als fehlerhafter Hoheitsakt zu qualifizieren ist⁴⁵⁸.

Tritt ein Bauwerber zu einer Behörde etwa dadurch in ein engeres Verhältnis, weil er ein Gesuch eingebracht hat, und beabsichtigt er die Vornahme ihm unerkannter nachteiliger Maßnahmen im Zusammenhang mit der von ihm angestrebten Bestellung, Verleihung oder Bewilligung, so hat ihn die Behörde über diese nachteiligen Folgen aufzuklären, zu belehren oder zu beraten, soweit nicht öffentliche Interessen oder Interessen Dritter entgegenstehen⁴⁵⁹.

Baulandwidmung und Baubewilligungen erwecken jedenfalls den Anschein der gefahrlosen Nutzbarkeit. Somit ist der Bauwerber darauf angewiesen, dass ihn die Behörde über vorhandene oder auch erst später erkannte Gefahren aufklärt.

⁴⁵⁷ bbl 2008, 15.

⁴⁵⁸ RIS-Justiz RS 0113363 = OGH 22.02.2000, 1 Ob 14/00s; OGH 18.03.2004, 1 Ob 290/03h; OGH 01.07.2004, 1 Ob 173/03b; OGH 20.06.2006, 1 Ob 113/06h; OGH 31.03.2009, 1 Ob 154/08s.

⁴⁵⁹ RIS-Justiz RS0023608 = OGH 04.03.1987, 1Ob 3/87 = JBl 1987, 529 = SZ 60/36.

Dem Wesen nach ist dies eine öffentlich-rechtliche culpa in contrahendo⁴⁶⁰, die nur bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte im Gesetz angenommen werden kann. Solche Anhaltspunkte kann man nach *Kleewein*⁴⁶¹ in den allgemeinen verfahrensrechtlichen Manuduktionspflichten finden und in der speziellen Pflicht der Baubehörde, Bewilligungswerber zur Beseitigung von Widersprüchen zu den Bauvorschriften oder zu Projektänderungen aufzufordern.

In seiner Arbeit werden sehr ausführlich die Aspekte des Vertrauensschutzes des Bauwerbers als auch der Behandlung der Auskünfte der Behörden dargestellt. Eine Vertrauensinvestition des Bauwerbers soll dann nicht mehr schutzwürdig sein, wenn ein durchschnittlich sorgfältiger Bauwerber die Rechtswidrigkeit der Bewilligung hätte erkennen müssen. Es kommt somit nicht darauf an, ob ein Bauwerber auf die Bewilligung tatsächlich vertraut hat, sondern ob er auf sie vertrauen durfte. Er verlangt eine Nachforschungspflicht des Bauwerbers bei offensichtlichen, auch von einem nicht mit dem Bauwesen Vertrauten erkennbaren Mängeln. Als Beispiel werden Auskünfte eines Bürgermeisters über Flächenwidmungspläne genannt, die nur vom Gemeinderat als zuständiges Organ erstellt oder abgeändert werden dürften oder wenn eine Behörde zwei gegensätzliche Bescheide erlassen hat. Hätte ein durchschnittlich sorgfältiger Bauwerber die Rechtswidrigkeit der Bewilligung erkennen müssen, ist sein Vertrauen demnach nicht mehr schutzwürdig.

Andererseits hat ein Auskunftswerber ein subjektiv-öffentliches Recht auf richtige Auskunft über alle bekannten Voraussetzungen der Bebaubarkeit einer Liegenschaft. Hier ist nach *Kleewein*⁴⁶² nicht auf den Schutzzweck der entsprechenden baurechtlichen Regelung abzustellen, sondern auf den Schutzzweck der Norm des Auskunftspflichtgesetzes. Hat der Auskunftswerber ein subjektiv-öffentliches Recht auf richtige Informationen, um vor wirtschaftlichen Schäden geschützt zu werden, dann kommt eine Amtshaftung hierfür jedenfalls in Betracht.

*Kleewein*⁴⁶³ bestimmt damit über den Schutzzweck der Norm des Auskunftsgesetzes, ob ein Amtshaftungsanspruch besteht oder nicht, wobei auch die Nachforschungspflicht des Bauwerbers vorweg zu prüfen ist. Zwischen der übertretenen Norm und dem beim Geschädigten eingetretenen Nachteil muss demnach ein Rechtswidrigkeitszusammenhang

⁴⁶⁰ OGH 4.3.1987, 1 Ob 3/87 = JBl 1987,529 = SZ 60/36.

⁴⁶¹ bbl 2008, 15.

⁴⁶² bbl 2008, 13.

⁴⁶³ bbl 2008, 5ff.

bestehen. Es kommt entscheidend darauf an, ob die dem Rechtsträger auferlegten Pflichten nur dem Interesse der Allgemeinheit oder auch dem Interesse einzelner Betroffener dienen, somit der Betroffene in den personellen Schutzbereich miteinbezogen ist. Gehaftet wird außerdem nur für solche Schäden, die sich als Verwirklichung derjenigen Gefahr darstellen, derentwegen der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten gefordert oder untersagt hat, somit der sachliche Schutzbereich gegeben ist. Angesichts der primär öffentlichen Interessen währenden raumordnungsrechtlichen Vorschriften genügt es für das Vorliegen eines Rechtswidrigkeitszusammenhangs zwar, dass die Verhinderung eines Schadens bei einem Dritten bloß mitbezweckt ist, doch muss die übertretene Norm die Verhinderung eines Schadens von der Art des eingetretenen intendiert haben.

Nur wenn der personelle Schutzbereich als auch der sachliche Schutzbereich zu bejahen sind und auch ein Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben ist, kommt ein Amtshaftungsanspruch in Frage.

b) Judikatur

OGH 28.11.2006, 1 Ob 178/06t

In dieser E⁴⁶⁴ stand das Thema der Unterlassung der Aufklärungspflicht im Mittelpunkt.

Der Kläger war der Eigentümer einer Liegenschaft mit dem Vorhaben, hierauf ein Wohnhaus und eine Garage neu zu bauen. Das Grundstück war bereits mit der vom Gemeinderat der beklagten Marktgemeinde beschlossenen, aufsichtsbehördlich genehmigten und kundgemachten Änderung des Flächenwidmungsplanes von einer Landwirtschaftsfläche in ein Wohngebiet umgewidmet worden.

Als Grundlage für die Flächenwidmungsplanänderung dienten unter anderem die Stellungnahme der Wasserrechtsbehörde sowie die Stellungnahmen der Abteilung Wasserbau der oberösterreichischen Landesregierung, in denen keinerlei wasserrechtliche Einwände gegen die Änderung des Flächenwidmungsplanes erhoben wurden.

Die Nachbarn des Klägers hatten ein wasserrechtliches Verfahren eingeleitet. In dessen Rahmen wurden von dem diesem Verfahren beigezogenen Amtssachverständigen für Wasserbautechnik und dem wasserwirtschaftlichen Planungsorgan massive Bedenken gegen

⁴⁶⁴ = RdU 2007/112 (Anm Kleewein).

die Bebaubarkeit nicht nur des Grundstücks des Nachbarn, sondern auch jenes des Klägers erhoben.

Es kam im Rahmen dieses Verfahrens der Nachbarn auch zu einer Besprechung, an welcher der Bürgermeister der beklagten Partei sowie deren Amtsleiter teilnahmen. Bei dieser Besprechung stellte der Amtssachverständige für Wasserbautechnik fest, dass unter anderem das Grundstück des Klägers nicht für eine Bebauung geeignet sei, da es sich im Abflussbereich eines statistisch durchschnittlich einmal in dreißig Jahren auftretenden Hochwassers befinde.

Es sei daher vorerst wassertechnisch zu prüfen, ob und inwieweit einer Bebauung zugestimmt werden könne. Das wasserwirtschaftliche Planungsorgan wies darauf hin, dass diese Flächen aufgrund der gegebenen Hochwassergefahr weder als Bauland gewidmet, noch als Bauplatz bewilligt werden dürften.

Dennoch erteilte der Bürgermeister mit Bescheid die Baubewilligung, ohne im Hinblick auf die nunmehr erkannte Hochwassergefährdung Auflagen zu erteilen. In der Folge errichtete der Bauherr das Wohnhaus und eine Garage.

Im August 2002 kam es zu einem 200-jährlichen Hochwasserereignis, im Zuge dessen das Wohnhaus des Klägers 70 bis 85 cm hoch überflutet wurde.

Der Bauherr brachte nun vor, die Organe der Behörde hätten gegen das entsprechende oberösterreichische Raumordnungsgesetz (Oö. ROG) verstoßen, weil das Grundstück in Bauland umgewidmet wurde, obwohl die Hochwassergefahr amtsbekannt gewesen sei. Hätten die Organe der Behörde die Baubewilligung nicht ohne Befassung der Wasserrechtsbehörde erlassen, so wären Auflagen erteilt worden, die das Eindringen des Wassers in sein Wohnhaus verhindert hätten.

Die Organe der Behörde wären somit nach Ansicht des klagenden Bauherrn im Rahmen der Bauverhandlung verpflichtet gewesen, die Hochwassersituation zu erörtern. Sie wären des Weiteren verpflichtet gewesen, Auflagen zur Herstellung eines höheren Niveaus zu erteilen, um eine Überschwemmung hintanzuhalten. Bei Kenntnis der Hochwassergefährdung oder des Hochwasserabflussbereichs hätte der Bauherr das Grundstück nicht gekauft und das Bauvorhaben nicht verwirklicht.

Der OGH führt in seiner rechtlichen Beurteilung über die Erteilung der Baubewilligung aus, dass nach herrschender Rechtsprechung⁴⁶⁵ das Baubewilligungsverfahren vor allem dem Zweck dient, den künftigen Besitzer des bewilligten Baus vor Personen-, Sach-, aber auch solchen Vermögensschäden zu bewahren, die ihm deshalb erwachsen, weil er darauf vertraute, dass einer der Baubewilligung entsprechenden Ausführung des Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Die Wahrnehmung dieser vom Bauwerber oftmals nicht überschaubaren öffentlich-rechtlichen Rücksichten fällt nicht in seinen, sondern in den Verantwortungs- und Risikobereich der Baubehörde.

Im Hinblick auf den mit der Erteilung der Baubewilligung geschaffenen Vertrauenszustand muss die Baubehörde im Zuge des Baubewilligungsverfahrens auf die Interessen des Bauwerbers Rücksicht nehmen⁴⁶⁶. Es lag daher im Verantwortungsbereich der Behörde, den Bauherrn im Rahmen des Baubewilligungsverfahrens darüber zu informieren, dass die Hochwassergefährdung des Bauplatzes erst nach Änderung der Flächenwidmung und Erteilung der Bauplatzbewilligung erkannt worden war. Gerade aus der, wenngleich nicht schuldhaft, verspätet gewonnenen Kenntnis der Behörde über die Hochwassergefährdung ergab sich die besondere Schutzwürdigkeit der Interessen des Bauwerbers, der nur durch eine entsprechende Erörterung der Hochwassergefährdung Rechnung getragen hätte werden können.

Der Einwand der beklagten Behörde, es bestehe deswegen keine Aufklärungspflicht, weil sich das Baubewilligungsverfahren auf die Prüfung zu beschränken habe, ob das Bauvorhaben den baurechtlichen Vorschriften und dem, wenngleich ohne Berücksichtigung der Hochwassergefährdung, erstellten Flächenwidmungs- und Bebauungsplan entspricht, lässt diese spezielle Situation und das mit Erteilung der Baubewilligung geschaffene besondere Vertrauensverhältnis außer Acht.

Nach Ansicht des OGH ist die schuldhafte Unterlassung dieser amtswegig zu veranlassenden Aufklärung rechtswidrig und führt demnach zu einer Haftung des Amtsträgers der beklagten Behörde, sofern pflichtgemäßes Handeln den Schaden vermieden hätte.

⁴⁶⁵ OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98 m = bbl 1999/182 = SZ 72/29 = EvBl 1999/138 = JUS Z/2762 = RdW 1999, 717 = RZ 1999/54 = bbl 2000, 112 OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95 = SZ 68/156.

⁴⁶⁶ *Schrage* AHG² Rz 132; OGH 23.02.1999, 1 Ob 362/98 m = bbl 1999/182 = SZ 72/29 = EvBl 1999/138 = JUS Z/2762 = RdW 1999, 717 = RZ 1999/54 = bbl 2000, 112 OGH 06.09.1995, 1 Ob 22/95 = SZ 68/156.

Zusammenfassung:

Die Gemeinde hatte für Hochwasserschäden einzustehen, da sie im Baubewilligungsverfahren eines Wohnhauses nicht auf die entsprechende Gefahr hingewiesen hatte, obgleich die Kenntnis über diese Hochwassergefahr kurz vor Erteilung der Baubewilligung bereits vorlag. Die Bewilligung beruhte demnach auf einem gesetzwidrigen Flächenwidmungsplan.

Für die Beurteilung des OGH war die Unterlassung der pflichtgemäßen Aufklärung maßgeblich. Er beruft sich auf das Vertrauensverhältnis, aus dem heraus die Behörde bereits im Bewilligungsverfahren auf die Interessen des Bauwerbers Rücksicht nehmen müsse. Es wäre in der Verantwortung der Gemeinde gelegen, über die Hochwassergefahr zu informieren und im Bedarfsfall eine Bausperre zu verhängen.

Als besonders schutzwürdig wurde der Bauwerber erkannt, da die Hochwassergefahr erst verspätet bekannt geworden ist. Es wäre nach Ansicht des OGH die Aufgabe des Bürgermeisters gewesen, sich vor Unterzeichnung des Baubewilligungsbescheides zumindest darüber zu vergewissern, dass die Hochwassergefährdung der Liegenschaft im Baubewilligungsverfahren mit dem Kläger erörtert worden war.

Sofern diese Aufklärung schuldhaft unterlassen wurde, führt dies zu einer Haftung des Amtsträgers der Behörde, wenn nachgewiesen ist, dass pflichtgemäßes Handeln den Schaden vermieden hätte.

*Kleewein*⁴⁶⁷ betont hier, dass die Amtshaftung in dieser Entscheidung auch mit der Nichterlassung der Bausperre begründet hätte werden können, welche jedenfalls nach Kenntnis der Hochwassergefahr hätte verhängt werden müssen.

Eigene Ansicht zur hier angeführten Judikatur

Nach meiner Meinung ist diese Einschränkung einer möglichen Amtshaftung auf die Fälle, in denen eine Auskunftspflicht der Behörden besteht, immer noch (zu) eng definiert. Es dürfte wohl auch dann, wenn keine entsprechende Verpflichtung der Behörde zur Auskunft vorhanden ist, im Gedanken der Rechtssicherheit prinzipiell von der Richtigkeit einer Auskunft ausgegangen werden.

Die Einschränkung könnte man noch genauer bestimmen, indem zusätzlich zur Frage der Auskunftsverpflichtung auf die Frage, wer die besonderen Kenntnisse des im Bewilligungsverfahren zu klärenden Themas besitzt, eingegangen wird.

⁴⁶⁷ Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 16.

Auch von *Kleewein*⁴⁶⁸ wird selbst für Fälle, in denen eine Auskunftspflicht der Behörde besteht, eine Nachprüfungspflicht des Bauwerbers angenommen, sofern Zweifel an der Richtigkeit der Auskunft bestehen bleiben. Damit wird die Kenntnis des Bauwerbers über das Spezialthema durchaus berücksichtigt.

Gleichzeitig sollte nach meiner Ansicht auch in Fällen, in denen keine Auskunftspflicht besteht, ein Amtshaftungsanspruch gegen die Rechtsträger der Behörde möglich sein, wenn die Kenntnisse der Behörde der unrichtigen Auskunft bzw dem unrichtig erstellten Bescheid entgegenstehen. Die Behörde hätte demnach aufgrund ihres Wissensstandes diese Auskunft nicht erteilen dürfen oder den Bescheid nicht in der Form erlassen dürfen, unabhängig davon, ob sie zu hierzu gesetzlich verpflichtet gewesen ist oder nicht.

In der Praxis würde dies wohl ohnehin häufig zur gleichen Lösung führen, da für besondere Ausnahmen und projektspezifische Spezialthemen selten eine Auskunftspflicht der Behörden verankert sein würde. Es ist jedoch davon auszugehen, dass in diesen Fällen die Behörde auch kein höheres Wissen als der Bauwerber besitzen würde. Demnach würde für eine unkorrekte Auskunft dann auch unter Berücksichtigung der Frage, wer die Sonderkenntnisse besitzt, keine Haftung der Behörden entstehen.

Dennoch könnte es auch sein, dass die Behörden sehr wohl einen Wissensvorsprung gegenüber dem Bauwerber besitzen könnten und dann sollte aus meiner Sicht eine falsche Auskunft zu einer Haftung der Behörden führen können, selbst wenn diese Auskunft ohne entsprechende gesetzliche Verpflichtung erteilt wurde.

8. Die Frage der Beweislastumkehr iZm Amtshaftungsansprüchen

Nach der Rechtsprechung⁴⁶⁹ wird von der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB nur das leichte Verschulden erfasst. Für einen höheren Grad des Verschuldens ist der Geschädigte beweispflichtig. Lediglich in jenen Fällen, in denen ein vertraglicher Haftungsausschluss für

⁴⁶⁸ Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 16.

⁴⁶⁹ RIS JustizRS0028020 = OGH 28.04.1970, 4 Ob 27/70; OGH 25.03.1980, 4 Ob 2/80; OGH 20.05.1981, 1 Ob 572/81; OGH 16.12.1982, 7 Ob 574/82; 05.02.1985, 4 Ob 150/83; OGH 28.11.1985, 6 Ob 689/85; OGH 14.06.1989, 3 Ob 527/89; OGH 06.04.1993, 4 Ob 1530/93; OGH 15.12.1994, 8 ObA 296/94; OGH 13.10.1994, 8 Ob 14/94; OGH 31.05.1995, 7 Ob 519/94; OGH 27.02.1997, 2 Ob 79/94; OGH 22.04.2008, 10 Ob 103/07f; OGH 22.01.2014, 3 Ob 191/13d.

leichte Fahrlässigkeit vereinbart wurde, muss der Schädiger beweisen, dass ihn kein grobes Verschulden trifft (§ 1298 Satz 2).

Die Aufteilung nach Verschuldenskriterien erfolgt nach dem Anteil des jedem Teil zur Last fallenden Verschuldens. Überwiegt dabei das Verschulden des einen das Verschulden des anderen derart weitaus, so hat jener den Schaden alleine zu tragen. Ein Mitverschulden ist dann nicht mehr zu berücksichtigen, wenn es nicht mehr messbar ins Gewicht fällt und gegenüber Schädigung in der Verschuldensform Vorsatz ist Fahrlässigkeit in der Regel ganz zu vernachlässigen⁴⁷⁰.

Der Beweis des Schadens und der Kausalität trifft jedenfalls den Geschädigten⁴⁷¹. Ob § 1298 ABGB auch die Beweislast für eine objektive Sorgfaltswidrigkeit umkehrt, ist in der Lehre strittig⁴⁷².

Rechtsträger haften nach herrschender Judikatur⁴⁷³ nicht nur für grobes, sondern auch für leichtes, am Maßstab des § 1299 ABGB zu messendes Verschulden ihrer Organe. Allerdings begründet nicht jede objektiv unrichtige Entscheidung einen Amtshaftungsanspruch. Ein Verschulden des Organs liegt dann nicht vor, wenn seine Entscheidung auf einer bei pflichtgemäßer Überlegung vertretbaren Rechtsauslegung oder Rechtsanwendung beruht. Die Unvertretbarkeit der Rechtsansicht und damit ein Verschulden des Organs wird dann angenommen, wenn die Entscheidung von einer klaren Gesetzeslage oder einer ständigen Rechtsprechung ohne sorgfältige Überlegung und Darlegung der Gründe abweicht⁴⁷⁴.

Der OGH⁴⁷⁵ hat die Ansicht vertreten, dass eine gesetzliche Pflicht zur Erteilung richtiger Auskünfte besteht und nach § 1298 ABGB die Beweispflicht, dass kein Verschulden vorliegt, den Rechtsträger des entsprechenden Organs trifft.

Auch nach *Klewein*⁴⁷⁶ sind die Organe, die in Ausübung ihrer hoheitlichen Funktionen tätig werden, gemäß Art 18 B-VG ausnahmslos dazu verpflichtet, sich rechtmäßig zu verhalten. Somit trifft nach *Klewein* gemäß § 1298 Satz 1 ABGB ("gesetzliche Verbindlichkeit") die

⁴⁷⁰ *Reischauer in Rummel*³ § 1298 Rz 5.

⁴⁷¹ *Karner in KBB*⁴ § 1304 Rz 2.

⁴⁷² *Reischauer*, Entlastungsbeweis 116 ff; *Koziol*, HPR I³ Rz 16/28; *Karollus* ZVR 1994, 132 f; dagegen *Binder*, JBl 1990, 815; *Welser*, Schadenersatz 63 ff; *Karner in KBB*⁴ § 1304 Rz 2.

⁴⁷³ OGH 22.05.1985, 1 Ob 9/85 = JBl 1986, 182; OGH 26.04.1989, 1 Ob 1/89 = SZ 62/6 = JBl 1989, 655; OGH 13.04.1988, 1 Ob 8/88 = SZ 68/133.

⁴⁷⁴ OGH 27.01.1998, 1 Ob 241/97s = Jus-Extra OGH-Z 2515 = Jus-Extra OGH-Z 2516 = SZ 71/7 = EFSlg 87.177.

⁴⁷⁵ OGH 26.04.1989, 1 Ob 1/89 = SZ 62/72.

⁴⁷⁶ Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008,3.

Beweislast für ein fehlendes Organverschulden bei Ausübung der hoheitlichen Funktion stets den Rechtsträger.

Nach *Reischauer*⁴⁷⁷ hingegen könne eine Anwendung des § 1298 ABGB auch nicht damit begründet werden, dass man die Pflicht des Hoheitsträgers, nicht durch rechtswidriges hoheitliches Handeln zu schädigen, zur gesetzlichen Verbindlichkeit erklärt. Unrichtig wäre es aus dieser Sicht, das AHG zur Gänze als Schutzgesetz zu betrachten und daher alle Verhaltenspflichten, die nach allgemeinem Recht als bloße Sorgfaltspflichten zu begreifen sind, wie zB die Pflicht, sich gegenüber der körperlichen Integrität anderer sorgfältig zu verhalten, als Schutzgesetze zu begreifen und darauf aufbauend eine Beweislast nach § 1298 ABGB umzukehren.

Das gelte nach *Reischauer*⁴⁷⁸, da der Gesetzgeber mit den Schutzgesetzen lediglich eine besondere positivrechtliche Kategorie innerhalb des deliktischen Bereiches geschaffen hat, und somit sei auf Schutzgesetze nach § 1311 ABGB die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB nicht anwendbar. Aus der Verschiedenheit der deliktischen Norm lässt sich nach *Reischauer* nicht ableiten, dass in diesem Falle der Schädiger wie ein Schuldner zu behandeln wäre.

C) Zusammenfassung und eigene Ansicht

Zusammenfassung

Der Kernpunkt der Kontroverse liegt in der Bewertung, wie weit die Öffentlichkeit im Wege einer Amtshaftung für die Gefahren eines Projektes einzustehen hat. Das Hauptargument für die Einbeziehung des Bauwerbers liegt in der Rechtssicherheit. Dieser soll demnach insoweit in den Schutzbereich des öffentlichen Baurechts einbezogen werden, als mit der Baubewilligung ein Vertrauenszustand geschaffen wurde, dass einer der Baubewilligung entsprechende Durchführung des Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen würde.

Das Gegenargument ist gleichermaßen schlagkräftig, als das Projekt im alleinigen Interesse des Bauherrn liegt und durch Amtshaftungsansprüche keinesfalls Planungsfehler auf die Allgemeinheit abgewälzt werden sollen.

⁴⁷⁷ In *Rummel*³ § 1298 Rz 30a.

⁴⁷⁸ In *Rummel*³ § 1311 Rz 17.

Es ist wohl unstrittig, dass Bauwerber, die ein im Normalfall doch sehr umfangreiches Bewilligungsverfahren durchgeführt haben, tatsächlich davon ausgehen werden, dass dieses Projekt demnach, zumindest nach dem heutigen Wissensstand und Stand der Technik, auch korrekt, sicher und den gesetzlichen Vorgaben entsprechend konzipiert sein würde. Unter diesem Gedanken der Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Bürger kommen daher die Vertreter, die für die Zulässigkeit einer Amtshaftung eintreten, über das Amtshaftungsgesetz auch zu einer entsprechenden Verantwortung der Behörden.

Die wohl vorherrschende Meinung nimmt jedoch den Bauwerber im Normalfall aus dem Schutzbereich der entsprechenden Vorschriften aus, da von einer gewissen Uferlosigkeit der Ansprüche, die sich in diesem Zusammenhang ergeben könnten, ausgegangen wird⁴⁷⁹.

Der Schutz vor reinen Finanzschäden des Bauwerbers sowie das Risiko von technischen Fehlerhaftigkeiten soll nach dieser Ansicht nicht auf die Allgemeinheit überwälzt werden. Dieses wird vor allem damit gerechtfertigt, dass der Bauwerber, der den Vorteil aus dem geplanten Projekt für sich in Anspruch nehmen kann, auch das entsprechende Risiko zu tragen hat.

Eigene Ansicht

Im Einklang mit *Kleewein*⁴⁸⁰ sollte differenziert werden, bei wem die benötigten Kenntnisse für die Entscheidung vorliegen bzw vorliegen sollten. Handelt es sich um Themen, die klar in den alleinigen Aufgabenbereich der Behörde fallen, wie zB bei Flächenwidmungsplänen, sollte nichts gegen Amtshaftungsansprüche sprechen, auch wenn der Schaden im Vermögen des Bauwerbers entsteht.

In den Flächenwidmungsprozess (Grünfläche oder Bauland) ist nämlich erstens der Bauwerber üblicherweise nicht eingebunden, zweitens ist vermutlich auch kein neues Risiko durch das Projekt entstanden, welches nicht ohnehin zustande gekommen wäre, da wohl ein anderer Bauwerber ein Projekt auf einer als Baufläche gekennzeichneten Zone früher oder später errichtet hätte. Da drittens auch das og Hauptargument des alleinigen Interesses hier zumindest eine untergeordnete Rolle spielt, hat aus meiner Sicht das Argument der Überwälzung eines Risikos auf die Allgemeinheit demnach auch keine Rechtfertigung.

⁴⁷⁹ Thunhart, Amtshaftungsansprüche des Bauwerbers wegen Bewilligung fehlerhafter Bauvorhaben, bbl 2000, 112; Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 391ff; Kleewein, Amtshaftung in der Raumplanung, bbl 2008, 1.

⁴⁸⁰ bbl 2008, 1 ff.

Wird hingegen ein komplexes Projekt, wie zum Beispiel der Bau eines Gewerbebetriebes oder auch ein architektonisch kompliziertes Wohnhaus eingereicht, so hat der Bauwerber hierfür die Fachkenntnis zu erlangen oder über seine Werkunternehmer herzustellen. In diesem Fall sind die besonderen, für dieses Projekt nötigen, Sachkenntnisse daher beim Bauwerber zu sehen, wodurch ein Ausschluss der Verantwortung der Behörden aus meiner Sicht gerechtfertigt ist.

Aus rechtlicher Sicht ergeben sich hier folgende grundlegende Fragestellungen, sofern davon ausgegangen wird, die frühere Spruchpraxis - ein Amtshaftungsanspruch würde an einer Nichtausschöpfung des verwaltungsbehördlichen Instanzenzuges gemäß § 2 Abs 2 AHG scheitern - sei mittlerweile obsolet geworden.

Wird das Hauptaugenmerk auf die Analogie der Ausstellung einer Baubewilligung zu der Erteilung eines falschen Rates nach § 1300 ABGB gelegt, so hat *Thunhart* darauf verwiesen, dass Amtshaftungsansprüche wegen einer bloß fahrlässigen Bewilligung technisch fehlerhafter Bauvorhaben schon nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts im Sinne des § 1300 ABGB ausgeschlossen sind. Hier könnte es generell lediglich zu einer Haftung der Baubehörde kommen, wenn diese wissentlich eine falsche Baubewilligung ausgestellt hätte.

Diese Aussage ist jedoch in dieser Allgemeinheit nach meiner Ansicht nur korrekt, sofern der Rat oder die Auskunft der Behörde unentgeltlich getätigt wurde (es sich um keine Schutzgesetzverletzung) handelt und lediglich bloße Vermögensschäden aufgetreten sind.

Werden hingegen aufgrund der Auskunft der Behörde (ihrer Sachverständigen) absolut geschützte Rechtsgüter qualifiziert gefährdet, (ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB verletzt), so handelt jeder Sachverständige rechtswidrig, auch wenn er bloß fahrlässig einen falschen Rat erteilt hat, was mE auch beim Bewilligungsverfahren zu berücksichtigen wäre. Im og Beispiel des überfluteten Hauses spricht daher auch der Vergleich mit dem allgemeinen Schadenersatzrecht für die prinzipielle Zulässigkeit eines Amtshaftungsanspruches des Betroffenen.

Daher ist nach meiner Ansicht auch klar zu unterscheiden, ob der mögliche Amtshaftungsanspruch auf der Verletzung eines reinen Vermögensschadens des Bauwerbers basiert, dann müsste bei unentgeltlichem Rat nach dem oben erwähnten Argument Vorsatz des Rechtsträgers der Behörde vorliegen, oder ob es sich um die Verletzung eines absolut

geschützten Rechtsgutes handelt, wofür dann auch schon fahrlässiges Vorgehen der Behörde haftungsbegründend wäre.

Man kann jedoch auch die Behörde durchaus unter Analogie in die Schutz- und Sorgfaltspflicht des § 1168a ABGB eingebunden sehen, nachdem eine Verpflichtung der Behörde besteht, bei Widerspruch eines Bauvorhabens zu gesetzlichen Bestimmungen dem Bauwerber entsprechende Auflagen zu verordnen und damit den Bauherrn entsprechend auch über die Untauglichkeit des Stoffes zu warnen. Der Bauwerber muss auch im Sinne der Rechtssicherheit grundsätzlich darauf vertrauen können, dass die Baubehörde die Prüfung gemäß den öffentlich-rechtlichen Vorschriften vornimmt.

Mit dieser Analogie zu § 1168a ABGB kann aus meiner Sicht auch dem Gedanken der Berücksichtigung, welche Partei die überwiegenden Sachkenntnisse hat oder haben kann, entsprechend Rechnung getragen werden. Ist die Baubehörde aufgrund ihrer Sach- oder Vorkenntnisse der Entwicklungen der überragende Wissensträger über die öffentlich-rechtlichen Vorschriften, so hat sie nach meiner Meinung auch eine Kontrollinstanz zu erfüllen, auch wenn damit unstrittig gewisse Risiken des Bauherrn auf die Allgemeinheit übertragen werden.

Liegt hingegen das Verschulden beim Bauherrn, aufgrund von beispielsweise Planungsfehlern bei den Einreichplänen für die Verwirklichung komplexer Projekte, dann entstünde keine Warnpflicht der Behörden nach § 1168a ABGB und das Risiko würde beim Bauherrn verbleiben.

Kapitel 5: Sonderthema: Der Scheinbauführer

A) Allgemeiner Begriff des Scheinbauführers

Man spricht von einem Scheinbauführer, wenn eine Vertragspartei im öffentlich-rechtlichen Außenverhältnis, das heißt im Verhältnis zu den Baubehörden, aber auch beispielsweise zu den auf der Baustelle tätigen weiteren Werkunternehmern, mehr Verpflichtungen übernimmt, als tatsächlich im vertraglichen Innenverhältnis zwischen den Parteien, somit zwischen dem Scheinbauführer und dem Werkbesteller, vereinbart wurde⁴⁸¹.

Dieses, in der Praxis häufig vorkommende, „bloße“ Aufstellen eines „Baustellentaferls“ des Baumeisters, der jedoch nie auf der Baustelle gesehen wird, oder das Abstempeln der Pläne durch den Architekten, der diese weder geprüft noch selbst erstellt hat, führte bereits des Öfteren zu entsprechenden Rechtsstreitigkeiten, wenn es letztlich um die Haftungsfrage wegen Baupfuschschäden ging und vom geschädigten Werkbesteller eine schuldige Partei gesucht wurde.

Den öffentlich-rechtlichen Anforderungen wird demnach nur zum Schein entsprochen, um die verwaltungsrechtlichen Vorschriften pro forma einzuhalten. Daher auch der Begriff des Scheinbauführers, der sich in diesem Zusammenhang durchgesetzt hat.

In Rechtsstreitigkeiten wird von den Parteien später dann häufig über einen formalen Ansatz argumentiert, indem davon ausgegangen wird, dass die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, die oft durch die Unterschrift bzw den Firmenstempel des beklagten Unternehmens bestätigt wird, nun dem zivilrechtlichen Innenverhältnis übergeordnet wäre.

B) Rechtsprechung zum Thema Scheinbauführer

1. Trennung öffentlich-rechtlicher zu zivilrechtlicher Seite

OGH 18.11.1999, 2 Ob 266/99b

In dieser E⁴⁸² brachte der Bauherr Klage gegenüber dem beklagten Scheinbauführer ein, weil über das Bauwerk wegen grober Planwidrigkeit ein Abbruchbescheid erlassen wurde. Dieser

⁴⁸¹ RIS-Justiz RS0112778 = OGH 18.11.1999, 2 Ob 266/99b; OGH 10.01.2002, 2 Ob 292/01g; OGH 22.10.2002, 10 Ob 292/02t; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m.

⁴⁸² OGH 18.11.1999, 2Ob 266/99b = bbl 2000/55 = ecolex 2000/145.

Bauführer hatte zwar fehlerhafte Einreichpläne gegenüber der Baubehörde unterfertigt, es war aber - im Gegensatz zu der im Außenverhältnis zu der Behörde gezeigten Verantwortung - tatsächlich gegenüber dem Werkbesteller keine Übernahme von Bauführertätigkeiten des Scheinbauführers vereinbart worden.

Nun erhob der Bauherr gegen den Scheinbauführer schadenersatzrechtliche Ansprüche, da dieser seiner, in den entsprechenden verwaltungsrechtlichen Vorschriften vorgesehenen, Verpflichtung zur Überprüfung der planmäßigen Erstellung des Werkes nicht nachgekommen sei.

Die privatrechtliche Vereinbarung zwischen den Parteien hatte jedoch, entgegen der nach außen wirksamen scheinbaren Vereinbarung, im Innenverhältnis nicht den Inhalt, diese Arbeiten auch tatsächlich vom Bauführer durchführen oder überwachen zu lassen, sodass ein klassisches Scheinbauführerthema vorlag.

Der Bauwerber oder Werkbesteller, der den Bau tatsächlich von einem anderen Bauführer als jenem, der seine Unterschrift auf die Baupläne gesetzt hat, durchführen lässt, wird jedenfalls als eine nicht im persönlichen Schutzbereich der Norm umfasste Partei angesehen⁴⁸³.

Wer sich daher gegenüber der Behörde eines Scheinbauführers bedient, kann demnach wegen dieses Verstoßes gegen die Bauordnung, für die plan- und konsenswidrige Bauführung des tatsächlich beauftragten Bauführers, den Scheinbauführer nicht belangen. Der Werkbesteller konnte somit mit seiner Schadenersatzklage gegen den Scheinbauführer nicht durchdringen.

OGH 15. 10. 2009, 2 Ob 277/08

In einem anderen Rechtsstreit, der zum OGH⁴⁸⁴ gelangte, ist auf den für die Behördenbewilligung notwendigen Einreichunterlagen ein Dritter als Planverfasser (Bauführer) aufgeschienen. Der planverfassende Architekt hingegen, der beauftragt worden war, die für die Baubewilligung erforderlichen Pläne herzustellen, war auf den Einreichunterlagen nicht ausgewiesen.

Auch diese formale Benennung eines Dritten auf den Einreichunterlagen wurde vom OGH mit der ständigen Argumentationslinie⁴⁸⁵, das privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verhältnis sei hier zu unterscheiden, als zivilrechtlich bedeutungslos qualifiziert. Auch wenn

⁴⁸³ Reischauer in Rummel³ §1311 ABGB Rz 13.

⁴⁸⁴ OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08 m = ZVB 2010/38 (123).

⁴⁸⁵ RIS-Justiz RS0112778 = OGH 18.11.1999, 2 Ob 266/99b; OGH 10.01.2002, 2 Ob 292/01g; OGH 22.10.2002, 10 Ob 292/02t; OGH 15.10.2009, 2 Ob 277/08m.

der Dritte durch seine Nominierung und Unterschrift gegenüber der Baubehörde die öffentlich-rechtliche Verantwortung übernimmt, so bleibt das privatrechtliche Verhältnis zwischen den Werkvertragsparteien doch unberührt.

Somit konnte auch in diesem Fall der Bauherr gegen den lediglich der Baubehörde gegenüber als Planverfasser auftretenden Bauführer, der jedoch die Pläne tatsächlich nicht erstellt hatte, nicht für deren Fehlerhaftigkeit mit seiner privatrechtlichen Schadenersatzklage durchdringen. Die privatrechtliche Vereinbarung hatte die Tätigkeit des Erstellens der Pläne des Bauführers nicht beinhaltet, sodass der Prozess gegen den Bauführer auch hier für den Bauherrn erfolglos blieb.

Zusammenfassung:

Der OGH vertritt also somit eine sehr klare Rechtsprechungslinie, die einer Entstehung von vertraglichen Verpflichtungen aufgrund der bloß formalen Übernahme der Position des Bauführers entgegensteht. In den höchstgerichtlichen Entscheidungen wurde mehrmals klargestellt, dass bei der Verantwortlichkeit des Bauführers die öffentlich-rechtliche von der zivilrechtlichen Seite zu trennen ist⁴⁸⁶.

Die Vereinbarung, dass ein Baumeister dem Bauherrn, der die Bauausführung durchführt, lediglich seine Firmentafel zur Verfügung stellt, beinhaltet nach einer Ansicht des OGH auch einen Verzicht des Bauherrn auf Schadenersatzforderungen aus einer Verletzung der Bauaufsicht, die eben im Innenverhältnis nicht übernommen werden sollte⁴⁸⁷.

Die Normen der Bauordnung sollen die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften sicherstellen, nicht aber die zivilrechtlichen Verträge zwischen Bauherrn und Bauführer reglementieren. Es kommt in diesem Zusammenhang nur auf die im Innenverhältnis getroffene Vereinbarung an. Für im Innenverhältnis vom Bauführer nicht übernommene Arbeiten haftet dieser demnach auch grundsätzlich nicht⁴⁸⁸.

Mit dieser Trennung der öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Seite wird daher eine Haftung gegenüber dem Werkbesteller negiert, da dieser ursprünglich die Verantwortungen des Scheinbauführers festgelegt hat. Dem Werkbesteller gegenüber liegt gerade der Schein

⁴⁸⁶ OGH 28.04.1961, 2 Ob 169/61 = SZ 34/68; OGH 29.04.2004, 2 Ob 80/04k; OGH 28.09.1988, 1 Ob 668/88 = JBl 1989,307.

⁴⁸⁷ RIS-Justiz RS0022035 = OGH 14.10.1992, 3 Ob 1602/92; OGH 23.07.1997, 7 Ob 82/97b.

⁴⁸⁸ OGH 18.11.1999, 2Ob266/99b = bbl 2000/55 = ecolex 2000/145; OGH 10.01.2002, 2Ob292/01g = bbl2002/70; OGH 14.10.1992, 3Ob1602/92; OGH 23.07.1997, 7Ob82/97b = RdW197,717 = bbl1998/72; OGH 22.10.2010, 10Ob292/02t.

einer weiteren Verantwortung nicht vor, sodass es nur konsequent ist, hier auch keine Möglichkeit eines Schadenersatzes zu gewähren.

2. Warn- und Aufklärungspflichten iZm mit Scheinbauführern

Während in den beiden oben erwähnten Entscheidungen die Frage der Haftung des Scheinbauführers für Arbeiten, die im zivilrechtlichen Innenverhältnis nicht übernommen wurden, über die Zuordnung als Schutzgesetz nach § 1311 ABGB gelöst wurden, liegt in den folgenden Entscheidungen das Vertragsverhältnis zwischen Besteller und Scheinbauführer im Vordergrund.

a) Vorarbeiten, die der Scheinbauführer im vertraglichen Innenverhältnis nicht übernommen hat

Übernimmt der Scheinbauführer gegenüber den Baubehörden Verpflichtungen, die im vertraglichen Innenverhältnis zwischen Werkbesteller und Bauführer nicht seinem Arbeitsumfang entsprechen, so stellt sich die Frage, ob der Scheinbauführer dennoch für einen entstandenen Schaden an diesen Arbeiten vom Werkbesteller belangt werden kann.

OGH 23.07.1997, 70b82/97b

In dem Rechtsstreit, der zu dieser Entscheidung⁴⁸⁹ führte, war der vor den Behörden als Planverfasser und Bauführer auftretende Werkunternehmer nur teilweise auf der Baustelle tätig, teilweise wurden die Arbeiten in Schwarzarbeit unter Aufsicht des Werkbestellers direkt durchgeführt.

Entgegen der Darstellung im entsprechenden Behördenbewilligungsverfahren wurden vom Bauführer weder die Planung noch die Statik für das Haus, insbesondere für die Fundamentierung und den Keller, durchgeführt. Erst als diese Arbeiten bereits durchgeführt waren, übernahm der bis dahin bloß als Scheinbauführer auftretende Unternehmer auch tatsächlich die Arbeiten als Bauführer für die Fertigstellung des Bauwerkes. Später traten dann Risse im Fundament auf, die erhebliche Mehrkosten für die Schadensbereinigung verursacht haben.

⁴⁸⁹ OGH 23.07.1997, 7 Ob 82/97b.

Der Werkbesteller brachte vor, dass der Scheinbauführer zumindest teilweise die Verantwortung für die schadhafte Arbeiten übernommen habe, da dieser die Bautafel zur Verfügung gestellt hatte und gegenüber den Behörden als Bauverantwortlicher aufgetreten sei. Somit läge zumindest eine Mitverantwortung vor und der Bauführer hätte den Werkbesteller auf mögliche Schäden der nicht fachgerecht durchgeführten Vorarbeiten hinweisen müssen. Daher hätte er aufgrund Unterlassung der Warnpflicht den Schaden dem Werkbesteller zu ersetzen.

Das Hauptargument in dem Rechtsstreit war auf die Unterlassung der Prüf- und Warnpflicht des Bauführers gegenüber dem nun klagenden Werkbesteller gelegt. Unabhängig davon, dass dieser auch für die Vorarbeiten, die jedoch tatsächlich nicht unter der Aufsicht des Scheinbauführers durchgeführt wurden, bereits vor den Behörden als Bauführer aufgetreten ist, hätte er jedenfalls zu dem Zeitpunkt, als er die Bauführertätigkeit übernommen hat, über die offenbare Untauglichkeit des Stoffes warnen müssen.

Gemäß § 1168a Satz 3 ABGB ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisung des Bestellers misslingt und der Unternehmer den Werkbesteller hierüber nicht gewarnt hat.

Stoff in diesem Sinne ist alles, aus dem oder mit dessen Hilfe ein Werk herzustellen ist. Auf jeden Fall zählen dazu auch Vorarbeiten des Bestellers, oder aber auch eines anderen Unternehmers, auf denen der Werkunternehmer aufbauen muss.

Der OGH hat jedoch hierzu auch schon in früheren Entscheidungen festgehalten, dass die daraus resultierenden Aufklärungs- und Prüfpflichten des Unternehmers nicht überspannt werden dürfen⁴⁹⁰. Es geht jedenfalls nicht so weit, dass der Werkunternehmer davon ausgehen müsse, dass sein fachkundiger Vormann nicht fachgerecht arbeiten werde.

In diesem Fall nun war jedoch dem Werkunternehmer zwar durchaus bewusst, dass die Vorarbeiten gerade nicht von einem fachkundigen Vormann durchgeführt wurden. Dennoch hat der OGH festgehalten, dass die mangelhafte Fundamentierung nur durch teilweises

⁴⁹⁰ RIS-Justiz RS0021941 = OGH 08.07.1980, 5Ob581/80; OGH 09.04.1981, 8Ob504/81; OGH 31.05.1983, 5Ob691/82; OGH 12.12.1984, 1Ob647/84; OGH 03.09.1986, 3Ob548/86; OGH 28.04.1987, 2Ob614/86; OGH 27.04.1987, 1Ob42/86; OGH 05.11.1987, 8Ob588/87; OGH 06.09.1988, 6Ob610/88; OGH 15.02.1990, 8Ob579/90; OGH 29.11.1990, 6Ob735/89; OGH 05.02.1992, 2Ob590/91; OGH 10.05.1994, 4Ob539/94; OGH 23.07.1997, 7Ob82/97b; OGH 12.02.1998, 6Ob35/98k; OGH 08.11.2001, 6Ob53/01i; OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k; OGH 15.10.2009, 2Ob277/08m.

Freilegen des Fundamentes am Bau hätte festgestellt werden können und dieses Verlangen hieße, die Prüfpflicht des Werkunternehmers bei weitem zu überspannen.

Der Schutzgesetzcharakter der Bauordnung wurde, der ständigen Rechtsprechung gemäß, entsprechend bejaht. Dennoch wurde daraus keine Verpflichtung für die Übernahme der Verantwortung des neuen Bauführers für Arbeiten, die vor seiner Bestellung unter anderer Bauführung durchgeführt wurden, abgeleitet. Die Planung der Fundamente wurde von einem Statiker durchgeführt und die Pläne baubehördlich genehmigt, sodass hier argumentiert wurde, es sei vom Werkunternehmer nicht zu erwarten gewesen, diese einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

Da der Werkunternehmer lediglich gegenüber der Baubehörde als Bauführer für die Fundamentierung auftrat, im zivilrechtlichen Innenverhältnis jedoch keine Verantwortung für diese Arbeiten übernommen hatte, und diese vom Werkbesteller selbst bzw unter dessen Aufsicht durchgeführt wurden, hatte der OGH die Erstellung der Fundamente als Vorarbeiten klassifiziert. Obwohl der prinzipielle Schutzcharakter der Bauordnung nach herrschender Rechtsprechung⁴⁹¹ bejaht wurde, kann daraus gemäß OGH nicht ohne weiteres ein Schadenersatzanspruch des Bauherrn abgeleitet werden. Wenn im Innenverhältnis eine Vereinbarung getroffen wurde, diese Arbeiten und damit auch Verantwortung nicht zu beauftragen, so kann damit gemäß Ansicht des OGH⁴⁹² dem Bauherrn auch ein Verzicht auf Schadenersatzansprüche unterstellt werden.

Auch in dieser Entscheidung wurde somit kein Haftungsanspruch des Werkbestellers gegenüber dem Bauführer zuerkannt.

b) Leistungsverzeichnis, dem der Scheinbauführer nur im vertraglichen Innenverhältnis unterliegt

Unter einem Leistungsverzeichnis wird in der Praxis eine mehr oder minder genaue, in Einzelpositionen aufgegliederte und pro Arbeitspaket mit Preisen versehene Aufstellung der Arbeiten gesehen, die mit dem Werkunternehmer vereinbart wurden. Diese Bezeichnung findet sich häufig als Gegenstück zur Pauschalpreisvereinbarung, bei der diese Aufgliederung

⁴⁹¹ RIS-Justiz RS0027592 = OGH 12.07.1961, 1 Ob 323/61; OGH 18.11.1999, 2 Ob 266/99b.

⁴⁹² OGH 18.11.1999, 2 Ob 266/99b.

der jeweiligen Arbeitspositionen charakteristisch nicht dargestellt wird, sondern lediglich eine Gesamtsumme zur Herstellung des Werkerfolges vereinbart wird.

Bei einem Vertrag mit zugrunde liegendem Leistungsverzeichnis wird der Werkunternehmer generell vom Werkbesteller mit den jeweiligen Aufgaben bzw Aufgabenpaketen einzeln beauftragt, sodass damit der Koordination durch den Werkbesteller mehr Verantwortung zukommt, als dies typischerweise bei einem Vertrag mit Pauschalpreis der Fall wäre.

OGH 29.04.2004, 2Ob80/04k

In der Entscheidung vom 29.04.2004⁴⁹³ wurde ein Bauplaner vom Werkbesteller direkt zur Planung und Bauleitung eingesetzt, während der gegenüber der Behörde als Bauleiter auftretende Bauführer tatsächlich Arbeiten nur aufgrund eines vorgegebenen Leistungsverzeichnisses und gemäß der Anweisungen des vom Werkbesteller real als Bauführer eingesetzten Planers durchführte.

Der Mangel des Werkes lag in einer fehlenden Abdichtung gegenüber Bodenfeuchtigkeit, die nach der zuständigen Bauordnung bzw dem anzuwendenden Bautechnikgesetz verpflichtend vorgeschrieben war. Den Bauführer traf gemäß der anwendbaren Bauordnung die Verpflichtung, für die Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften zu sorgen. Im vertraglichen Innenverhältnis waren diese Arbeiten, die zu dem Schaden geführt hatten, jedoch nicht im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen.

Der Scheinbauführer hatte die Mangelhaftigkeit der Arbeiten und damit die fehlende Feuchtigkeitsisolierung auch erkannt und dem tatsächlich als Planer und Bauleiter eingesetzten Unternehmer eine entsprechende Warnung ausgesprochen.

Vom Werkbesteller wurde nun behauptet, der beklagte Scheinbauführer hätte seine Warn- und Aufklärungspflicht verletzt, da dieser im Wissen darüber, dass der als Bauleiter eingesetzte Planer keine Berechtigung als Bauführer besaß, dennoch genau an diesen die Warnung ausgesprochen hatte. Somit sei die Warnung nicht an den korrekten Adressaten gerichtet gewesen.

Der Scheinbauführer gründete seine Argumentation auf das vertragliche Innenverhältnis, da er nur gegenüber der Behörde als Bauführer aufgetreten war, seine Arbeiten jedoch nach Anweisung des vom Werkbesteller eingesetzten Planers und Bauführers und aufgrund des vertraglichen Leistungsverzeichnisses durchgeführt hatte.

⁴⁹³ OGH 29.04.2004, 2Ob80/04k=RdW 2004,529=bbl 2004,202=Jus-Extra OGH-Z 3786=Schopf, ecolex 2007,666

Ein strittiger Punkt lag darin, ob diese Warnung an den Planer, der real vom Werkbesteller mit der Bauleitung eingesetzt war, die Warnpflicht, welche gemäß § 1168a ABGB grundsätzlich an den Werkbesteller zu erfolgen hat, somit auch erfüllt hatte. Hier wurde vom OGH angeführt, dass bei der Erwägung des korrekten Adressaten einer Warnung nach § 1168a ABGB, nicht auf den Umfang der tatsächlich übernommenen Arbeiten abgestellt wird. Für den Architekten ist insbesondere zu berücksichtigen, dass dieser gewöhnlich auf fremde Rechnung handelt und Anweisungen und Aufträge für einen Dritten erteilt, sodass im Empfängerhorizont eine Vertretungshandlung des Architekten anzunehmen ist⁴⁹⁴. Wird daher eine Warnung gegenüber einem bauüberwachenden Architekten vorgenommen, so darf der Werkunternehmer auf eine zumindest schlüssige Bevollmächtigung des Architekten zur Empfangnahme von Warnungen vertrauen.

Sind jedoch Reichweite und Inhalt der Befugnisse einer vom Besteller unterschiedlichen Person, die dem Werkunternehmer gegenübersteht, nicht klar definiert, so ist im Zweifel nicht nur diese Person, sondern auch der Werkbesteller selbst zu warnen. Für den Bauführer gilt daher, dass bei Unklarheit der Befugnisse beide, somit Werkbesteller als auch Bauführer, zu warnen sind.

In diesem Fall war den Parteien die Bauführertätigkeit des Planers bekannt, jedoch war auch bekannt, dass der Planer keine Berechtigung zur Bauführertätigkeit und die dafür nötigen Qualifikationen nicht besaß, sodass eine Warnung auch gegenüber dem Bauherrn hätte getätigt werden müssen. Für den Besteller gilt, sofern er sich eines nicht qualifizierten Planers bedient hatte, dass dies als Sorglosigkeit in eigener Angelegenheit zu werten ist und zur Kürzung eines Schadenersatzanspruches gemäß § 1304 ABGB führen könnte.

Entgegen dieser Ansicht des Berufungsgerichtes hat der OGH jedoch auch hier seine Rechtsprechungslinie vertreten, wonach grundsätzlich der Scheinbauführer nur für jene Arbeiten haftet, die auch im Innenverhältnis zwischen Besteller und Scheinbauführer zur Durchführung vereinbart wurden. Die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit des Bauführers besteht daher nur gegenüber der Baubehörde, das privatrechtliche Verhältnis zwischen Bauwerber und Bauführer bleibt hiervon unberührt. Im Innenverhältnis waren die entsprechenden Arbeiten von dem Scheinbauführer nicht übernommen worden, sodass mit diesem Anspruch der Werkbesteller nicht durchdringen konnte.

⁴⁹⁴ OGH 06.10.2005, 6Ob195/05b = bbl 2006, 70.

Die Warnpflicht hingegen wurde vom Bauführer verletzt, da die Warnung, wie oben dargestellt, auch an den Bauherrn zu richten gewesen wäre, sodass aus diesem Umstand der Werkunternehmer für den entstandenen Schaden einzustehen hatte. Jedoch könnte es zu einer Kürzung des Schadenersatzes nach § 1304 ABGB kommen, wenn nachgewiesen ist, dass sich der Kläger selbst eines erkennbar nicht qualifizierten Planers bedient hatte. Dieser Umstand war nun vom Berufungsgericht mit einer neuerlichen Beweisaufnahme nochmals zu erörtern.

3. Mögliche Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB

Zu einer Haftung des Scheinbauführers gegenüber dritten Geschädigten, wie beispielsweise den auf der Baustelle tätigen Arbeitern oder anderen, aufgrund eines unsicheren Gebäudes geschädigten Personen, könnte es jedoch auch im Zusammenhang mit im zivilrechtlichen Innenverhältnis nicht übernommenen Arbeiten kommen, da den Bauordnungen der Rang eines Schutzgesetzes nach § 1311 ABGB zukommt, und die Bestellung eines Bauführers von den Behörden unter anderem deswegen aufgetragen wird, um den Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren im Zusammenhang mit der Bauführung oder dem Bauwerk zu gewährleisten⁴⁹⁵.

OGH 28.9.1988, 10b668/88

In dieser Entscheidung⁴⁹⁶ hatte ein sogenannter Scheinbauführer seine Baumeistertafel auf der Baustelle angebracht, ohne jedoch seiner Bauführertätigkeit nachzukommen. In der Folge geschah ein Arbeitsunfall, bei dem ein auf der Baustelle für Hilfsarbeiten eingesetzter Schüler schwer verletzt wurde.

Nach der hier anwendbaren Bauordnung des Landes lag die Einhaltung der arbeitssicherheitstechnischen Schutzbestimmungen im Verantwortungsbereich des Bauführers. Der Bauführer hätte alle Maßnahmen treffen müssen, die Sicherheit von

⁴⁹⁵ OGH 26.11.2002 1 Ob 253/02s = SZ 2002/158; RIS-Justiz RS0027415 = OGH 17.04.1969, 2 Ob 393/68; OGH 26.08.1971, 1 Ob 208/71; OGH 10.05.1972, 7 Ob 115/72; OGH 07.06.1972, 1 Ob 107/72; OGH 30.11.1977, 1 Ob 13/77; OGH 22.06.1978, 6 Ob 651/78; OGH 27.09.1978, 8 Ob 133/78; OGH 02.07.1979, 8 Ob 139/79; OGH 24.11.1983, 8 Ob 135/83; OGH 22.11.1984, 7 Ob 679/84; OGH 28.05.1986, 1 Ob 17/86; OGH 19.06.1986, 7 Ob 14/86; OGH 22.08.1996, 1 Ob 2047/96b; OGH 14.09.1999, 4 Ob 216/99i; OGH 19.12.2000, 1 Ob 178/00h; OGH 28.01.2002, 2 Ob 310/01d; OGH 26.11.2002, 1 Ob 253/02s; OGH 18.03.2004, 2 Ob 187/02t; OGH 18.05.2004, 10 Ob 237/02d; OGH 24.06.2005, 1 Ob 127/04i; OGH 29.10.2009, 2 Ob 157/09s; OGH 17.06.2010, 2 Ob 143/09g; OGH 07.10.2010, 2 Ob 156/10w; OGH 16.06.2011, 6 Ob 100/11s; OGH 22.06.2011, 2 Ob 112/10z OGH 28.03.2014, 2 Ob 213/13g; OGH 09.07.2014, 2 Ob 212/13k.

⁴⁹⁶ OGH 28.09.1988, 1 Ob 668/88 = JBl 1989, 307.

Menschen und Sachen zu gewährleisten. Er habe damit auch die Einhaltung aller Vorschriften zu überwachen, welche zur Sicherheit der auf dem Bau tätigen Personen erlassen wurden.

Der Bauführer hat nicht bloß geduldet, dass seine Bautafel auf der Baustelle aufgestellt wurde, er ist im Zuge einer Amtshandlung der Baubehörde dieser gegenüber auch als Bauführer aufgetreten. Er hat somit die von ihm übernommene Tätigkeit als Bauführer zum Teil auch tatsächlich der Baubehörde gegenüber entfaltet. Das Aufstellen der Bautafel wurde somit als kausal für den Schaden angesehen und der Bauführer hatte für den Schaden an der Person des Verletzten einzustehen.

Es lag zusätzlich eine Formgebotsverletzung vor, da der Behörde die offiziell geforderte schriftliche Mitteilung über die Bestellung des Bauführers nicht gemacht wurde. Nun stellt sich die Frage, ob aufgrund der Nichtbenennung des Bauführers bei den Behörden gar keine Übernahme der Bauführertätigkeit vorläge. In dieser Entscheidung wurde in diesem Zusammenhang die Rechtsansicht vertreten, dass reine Formgebote, die in den verwaltungsrechtlichen Ordnungsvorschriften vorliegen, die Gültigkeit von Rechtsvorschriften, die dagegen verstoßen, nicht berühren sollen.

Diese Namhaftmachung vor den Behörden wurde jedoch, wie von dem Berufungsgericht dargestellt und vom OGH in der Folge auch bestätigt, als reine Formvorschrift eingeordnet, die nur den Behörden im Anlassfall die Ermittlungstätigkeit erleichtern soll, nicht aber eine Schutzfunktion vor übereilter Übernahme von Verantwortungen für den Bauführer darstellen kann.

Vor allem in Bezug auf Sicherheitsvorschriften, die ja auch zum Schutz Dritter einzuhalten sind, kann deren Gültigkeit nicht von internen schriftlichen Mitteilungen an die Baubehörde abhängig gemacht werden. Der OGH betont in dieser Entscheidung, dass dies andernfalls auch einen groben Wertungswiderspruch ergäbe. Bei einer differenzierten Betrachtung würden den vorschriftsgemäß schriftlich namhaft gemachten Bauführer die gesetzlichen Pflichten treffen, wogegen der bestellte und nach außen in Erscheinung tretende Scheinbauführer wegen eines Formfehlers von jeder Verantwortung befreit werden könnte.

OGH 12.02.2004, 2 Ob87/02m

In diesem Fall wurde zwischen den Parteien vereinbart, dass in dem Ansuchen um Baubewilligung die beklagte Partei als Planverfasser und als Bauführer genannt wird. Die Bestätigung auf dem Einreichplan durch Firmenstempel und Unterschrift lag vor. Tatsächlich aber war von vornherein klar, dass der Bau vom Bauherrn selbst errichtet werden sollte. Nun

kam es auf dieser Baustelle zu einem Arbeitsunfall mit einem Schwerverletzten. Hier ergab aber die Vorschrift der Bauordnung des Landes, die die Verpflichtungen des Bauführers festlegt, dass dieser lediglich für die Einhaltung der Bewilligung einschließlich der Pläne und technischen Beschreibungen zu sorgen hat.

Nach der hier anwendbaren Bauordnung lag somit keine Verpflichtung des Bauführers vor, auch die Einhaltung der Sicherheitsvorschriften sicherzustellen. Auch eine Partei, die tatsächlich die Aufgaben des Bauführers erfüllt hätte, wäre demnach für den Unfall, der auf der Baustelle geschehen ist, nicht haftbar gewesen, da der Schutz vor dieser Gefahr von Baustellenunfällen nicht dem Bauführer zugeordnet wurde. Damit konnte aus der Zurverfügungstellung einer Baustellentafel kein haftungsbegründendes Verhalten dargestellt werden, und zwar unabhängig davon, dass dadurch die Arbeiten und somit der Unfall selbst erst ermöglicht wurden.

Obwohl Bauordnungen als Schutzgesetze nach § 1311 ABGB anzusehen sind setzt eine Ersatzpflicht jedoch jedenfalls einen Rechtswidrigkeitszusammenhang voraus. Die generelle Begrenzung der Schadenszurechnung durch den Normzweck ergibt sich ganz allgemein aus der teleologischen Interpretationsmethode. Wenn nun ein Bauführer für etwas nach dieser Interpretationsmethode nicht haftet, dann kann hierfür auch der Scheinbauführer nicht belangt werden.

Auch bei dieser Entscheidung wurde das Überlassen der Baustellentafel als kausal für den Schaden angesehen, da damit die Durchführung der Arbeiten erst ermöglicht wurde. Da jedoch den Scheinbauführer nicht mehr Pflichten treffen können, als dies bei tatsächlicher Übernahme der Arbeiten der Fall gewesen wäre, konnte es zu keiner Haftung wegen der Nichteinhaltung von Sicherheitsvorschriften kommen.

Zusammenfassung:

Diese angeführten Entscheidungen führen, bei sonst gleichen Grundvoraussetzungen, zu einem gänzlich unterschiedlichen Ergebnis. Da die Bauordnungen der Länder die Aufgaben des Bauführers unterschiedlich zugewiesen hatten, ist der Scheinbauführer bei der Entscheidung gemäß der Tiroler Bauordnung für den Arbeitsunfall gegenüber dem Geschädigten aus Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB als haftbar erkannt worden, nicht so jedoch nach der Kärntner Bauordnung, die keine entsprechende Bestimmung beinhaltet.

4. Zusammenfassung der Rechtsprechung zum Thema Scheinbauführer

Als Grundsatz gilt, dass es für die zivilrechtliche Beurteilung einer Werkleistung prinzipiell bedeutungslos ist, wer auf den Einreichunterlagen gegenüber der Baubehörde als Planverfasser und Bauführer aufscheint. Auch wenn dadurch gegenüber der Baubehörde die öffentlich-rechtliche Verantwortung übernommen wird, bleibt das privatrechtliche Verhältnis zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer davon unberührt. Die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit wird von dem privatrechtlichen Innenverhältnis strikt unterschieden.

Argumentativ wird dies einerseits mit dem Rechtswidrigkeitszusammenhang begründet, da aufgrund der teleologischen Interpretationsmethode der Werkbesteller in diesem Zusammenhang als nicht vom persönlichen Schutzzweck der Norm umfasst angesehen wird. Der Werkbesteller, der sich gegenüber der Behörde eines Scheinbauführers bedient, soll diesen nicht im Schadensfall wegen des Verstoßes gegen die Bauordnung haftbar machen dürfen. Er sei demnach in diesem Zusammenhang nicht vom persönlichen Schutzbereich der Bauordnungen erfasst.

Des Weiteren wird vom OGH argumentiert, dass in der Bestellung eines Scheinbauführers ein Verzicht des Werkbestellers auf hieraus resultierende Schadenersatzansprüche gesehen werden kann. Hier werden jedoch die Voraussetzungen des § 863 ABGB für einen Verzicht auf Schadenersatz mE selten vorliegen.

Zudem ist dem Werkbesteller jedenfalls eine Sorglosigkeit in eigenem Verhalten vorzuwerfen, die zu einer Kürzung des Schadenersatzes nach § 1304 ABGB führen kann.

Ein Scheinbauführer haftet aber dritten Geschädigten, weil selbst das bloße Aufstellen eines Baustellentaferls kausal für Arbeiten auf der Baustelle ist, und Dritten gegenüber die begrenzte Tätigkeitsbeschreibung der vertraglichen Vereinbarung zwischen Werkbesteller und Scheinbauführer keine Einschränkung darstellt.

Drittgeschädigte können somit auch einen Scheinbauführer erfolgreich klagen, und dabei könne die Gültigkeit nicht von internen schriftlichen Mitteilungen an die Baubehörde abhängig gemacht werden. In der hier bereits erörterten Entscheidung⁴⁹⁷ wurde vom OGH auf die Thematik der Gültigkeit oder Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes, welches gegen ein gesetzliches Formgebot verstößt, eingegangen und dessen Gültigkeit im Zweifel bejaht. Er

⁴⁹⁷ OGH 28.09.1988, 1 Ob 668/88 = JBl 1989, 307.

betont, dass andernfalls auch ein grober Wertungswiderspruch entstünde. Den vorschriftsgemäß und schriftlich namhaft gemachten Bauführer würden die gesetzlichen Pflichten treffen, wogegen der bestellte und bloß nach außen in Erscheinung tretende Scheinbauführer wegen eines Formfehlers von jeder Verantwortung befreit sein könnte.

Nach OGH ist nach den jeweiligen Bauordnungen zu bestimmen, ob der eingetretene Schaden innerhalb des Schutzbereiches der übertretenen Norm liegt, da die Bauordnungen als Landesgesetze durchaus unterschiedliche Regelungen zu den Verpflichtungen des Bauführers in den Ländern treffen.

Aus dieser Auslegung des Schutzbereiches der Norm ist die Überprüfung der Einhaltung der Arbeitssicherheitsvorschriften nach manchen Bauordnungen der Länder auch eine Verantwortung des Bauführers, nach anderen Bauordnungen jedoch nicht.

C) Ansichten der Lehre zum Thema Scheinbauführer

1. Berücksichtigung des Rechtswidrigkeitszusammenhanges

In der Lehre werden die Bestimmungen der Bauordnungen grundsätzlich als Schutzgesetze nach § 1311 ABGB angesehen. Wie *Reischauer*⁴⁹⁸ betont, kann eine Ersatzpflicht jedoch nur eintreten, wenn auch der Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben ist. Es müssen demnach gerade jene Schäden eingetreten sein, die die übertretene Norm auch verhindern wollte⁴⁹⁹. Diese Begrenzung der Schadenszurechnung ergibt sich, da bei der Auslegung einer Norm teleologisch vorzugehen ist.

Wer sich demnach gegenüber der Baubehörde eines Scheinbauführers bedient, kann diesen nicht wegen Verstoßes gegen die Bauordnung für die plan- und konsenswidrige Bauführung des tatsächlich beauftragten Bauführers haftbar machen, da er nicht in den persönlichen Schutzbereich der Norm fällt⁵⁰⁰.

Nach *Harrer*⁵⁰¹ liegt ein Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB auch dann vor, wenn die betreffende Norm eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit

⁴⁹⁸ In *Rummel*³ § 1311 Rz 4.

⁴⁹⁹ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1311 Rz 10.

⁵⁰⁰ *Reischauer* in *Rummel*³ § 1311 Rz 13a.

⁵⁰¹ In *Schwimann*³ § 1311 Rz 16.

anordnet. Wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften dem Schutz der Allgemeinheit dienen, ist zu prüfen, ob individuelle Schutzintentionen einbezogen sind. Bauvorschriften bezwecken vor allem den Schutz der Allgemeinheit vor Schäden durch nicht fachgerechte Ausführung der Bauarbeiten. Sie verfolgen aber auch nach *Harrer* nicht das Ziel, den Bauherrn vor Nachteilen zu bewahren, die durch Verwendung ungeeigneten Materials oder durch Befolgung unrichtiger Empfehlungen entstehen können.

2. Gültigkeit/Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes, das gegen die Bauordnung verstößt

Generell sind die Rechtsfolgen, die an die Außerachtlassung eines gesetzlichen Formgebotes geknüpft sind, den einschlägigen Vorschriften entweder unmittelbar oder nach deren Sinn und Zweck zu entnehmen⁵⁰².

In der Regel wird vom Gesetz ausdrücklich angeordnet, wenn das Rechtsgeschäft, welches gegen die gesetzliche Regelung verstößt, tatsächlich als ungültig zu beurteilen sein soll. Der OGH hat hier, in Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung⁵⁰³, die Auffassung vertreten, dass baurechtliche Vorschriften die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen sie verstoßen, im Zweifel nicht nach sich ziehen.

Die baurechtlichen Vorschriften stellen demnach als Formgebote bloße Ordnungsvorschriften dar, bei denen sich das Gesetz mit den entsprechenden verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen begnügt, welche die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes jedoch nicht berühren.

Kritisch hierzu äußert sich *Krejci*⁵⁰⁴, der einwendet, dass die Gültigkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Errichtung eines Bauwerkes, trotz Fehlens einer entsprechenden Baubewilligung, als problematisch anzusehen ist. Wenn die Gültigkeit bejaht wird, dann muss nach *Krejci* die Nichteinhaltung möglicherweise dennoch nicht mit einem Verschuldensvorwurf verbunden sein.

⁵⁰² *Rummel in Rummel*³ § 886 Rz 8.

⁵⁰³ *Mayer-Maly in MünchK*² § 134 BGB, Rz 74; *Soergel-Hefermehl*, BGB¹² Rz 20; *Dilcher in Staudinger*, BGB¹² Rz 31.

⁵⁰⁴ In *Rummel*³ §1168a Rz 34b.

3. Erwägungen zur möglichen Warnpflichtverletzung des Scheinbauführers

In der Judikatur wird im Zusammenhang mit Warnpflichtverletzungen des Scheinbauführers gegenüber dem Werkbesteller an dem Grundsatz festgehalten, dass diese Aufklärungs- und Prüfpflicht des Werkunternehmers generell nicht überspannt werden sollte⁵⁰⁵. Daher wurde auch selbst bei Kenntnis, dass Arbeiten von einem nicht fachkundigen Vormann getätigt wurden, nicht verlangt, dass im Zuge der Prüfpflicht beispielsweise ein Fundament freigelegt werden müsste⁵⁰⁶.

Für die Thematik des Scheinbauführers ist besonders bedeutsam, dass auch bei der Warn- und Aufklärungspflicht wieder das vertragliche Innenverhältnis als Basis der Prüfung, welche Arbeiten übertragen wurden, herangezogen wird. Daher kann auch lediglich für die im Innenverhältnis tatsächlich angeordneten Arbeiten eine Warnpflicht des Scheinbauführers gegenüber dem Werkbesteller vorhanden sein.

Im Hinblick auf Vorarbeiten hängt die Warnpflicht generell von den vom Unternehmer übernommenen Pflichten ab. Nur wer die Kontrolle der Vorarbeiten anderer Unternehmer übernimmt, hat vor Inangriffnahme der eigenen Arbeiten vor der Mangelhaftigkeit der Vorarbeiten zu warnen⁵⁰⁷.

Hierzu hält *Rebhahn*⁵⁰⁸ fest, dass bezüglich des Umfanges der Prüfpflicht ebenfalls gilt, dass den Scheinbauführer nicht mehr Pflichten treffen sollen, als dies bei einer tatsächlichen Übernahme der Bauführung der Fall gewesen wäre. Bei Vorarbeiten eines anderen Unternehmers muss der Werkunternehmer generell nicht davon ausgehen, dass die Vorarbeiten nicht fachgerecht durchgeführt worden wären. Selbst wenn der Scheinbauführer durchaus weiß, dass die Vorarbeiten nicht von einem ausreichend fachkundigen Unternehmen durchgeführt wurden, trifft ihn nicht die Pflicht, im gleichen Umfang wie der primär prüfpflichtige Werkbesteller eigene Untersuchungen anzustellen.

⁵⁰⁵ RIS-Justiz RS0021941 = OGH 08.07.1980, 5Ob581/80; OGH 09.04.1981, 8Ob504/81; OGH 31.05.1983, 5Ob691/82; OGH 12.12.1984, 1Ob647/84; OGH 03.09.1986, 3Ob548/86; OGH 28.04.1987, 2Ob614/86; OGH 27.04.1987, 1Ob42/86; OGH 05.11.1987, 8Ob588/87; OGH 06.09.1988, 6Ob610/88; OGH 15.02.1990, 8Ob579/90; OGH 29.11.1990, 6Ob735/89; OGH 05.02.1992, 2Ob590/91; OGH 10.05.1994, 4Ob539/94; OGH 23.07.1997, 7Ob82/97b; OGH 12.02.1998, 6Ob35/98k; OGH 08.11.2001, 6Ob53/01i; OGH 25.06.2004, 1Ob137/04k; OGH 15.10.2009, 2Ob277/08m.

⁵⁰⁶ OGH 23.07.1997, 7 Ob 82/97b.

⁵⁰⁷ *Krejci in Rummel*³ § 1168a Rz 34c.

⁵⁰⁸ In *Schwimann*³ § 1168 Rz 16.

D) Eigene Ansicht zum Thema Scheinbauführer

1. Im Verhältnis zwischen Werkbesteller und Scheinbauführer

Im Zusammenhang mit der Thematik des Scheinbauführers ist grundsätzlich die Unterscheidung zu treffen, wer der Geschädigte aus der Scheinbauführertätigkeit ist. Ist der Geschädigte der Werkbesteller selbst, der bewusst den Scheinbauführer bestellt hat, um gewisse Arbeiten entgegen den Vorschriften der Bauordnung selbst oder von einem nicht der Behörde gegenüber als Bauführer benannten Dritten durchführen zu lassen, so ist gemäß Judikatur lediglich das vertragliche Innenverhältnis zwischen Werkbesteller und Bauführer relevant. Eine Haftung des Scheinbauführers gegenüber dem Werkbesteller kommt demnach nur für tatsächlich übernommene Aufgaben in Frage.

Diese Rechtsprechungslinie zum Scheinbauführer kommt mE den Anforderungen der Praxis entgegen. Wäre in einem Rechtsstreit zwischen den Parteien die privatrechtliche Vereinbarung nicht höher bewertet als die entsprechenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen aus den Verwaltungsvorschriften, so würde dies in den Werkverträgen zu großer vertraglicher Unsicherheit führen.

Ein weiteres Prüfungskriterium im Verhältnis Scheinbauführer zu Werkbesteller ist eine mögliche Warnpflichtverletzung des Scheinbauführers, insbesondere im Hinblick auf bereits getätigte Vorarbeiten. Einem Scheinbauführer wird nach meiner Ansicht im Normalfall durchaus bewusst sein, dass sein Vormann nicht die ausreichende Fachkenntnisse besaß, da die Arbeiten, die ein Werkbesteller wissentlich aus der vertraglichen Beziehung des Scheinbauführers ausgenommen hat, wohl eher selten an einen fachkundigen Werkunternehmer übergeben werden. Häufig wird der Werkbesteller diese Arbeiten aus Kostenersparnisgründen entweder selbst oder durch ein nicht ausreichend qualifiziertes Unternehmen durchführen lassen.

Ein Werkbesteller, der Tätigkeiten aus der vertraglichen Beziehung mit seinem Scheinbauführer wissentlich ausschließt oder, im Extremfall, die gesamten Bauführungsaufgaben selbst übernimmt, sollte jedoch im Gegenzug nicht wegen einer Warnpflichtverletzung über diese nicht beauftragten Arbeiten gegen diesen Bauführer durchdringen können. Indem ein Scheinbauführer eingesetzt wird, werden üblicherweise gewisse Tätigkeiten aus den Aufgaben des Bauführers ausgeschlossen. Der Werkbesteller

schließt damit häufig zumindest indirekt auch eine Vereinbarung, verwaltungsrechtlichen Vorschriften nicht zu entsprechen.

Mit der dargestellten Rechtsprechungslinie des OGH zu dem Thema Scheinbauführer, mit ihrer klaren Trennung der öffentlich-rechtlichen von der zivilrechtlichen Seite im Zusammenhang mit der Bestimmung der Verantwortlichkeit des Bauführers, sind diese Streitfälle sehr eindeutig zu entscheiden. Es kommt lediglich auf das Innenverhältnis der getroffenen Vereinbarung an, und für die im Innenverhältnis vom Bauführer nicht übernommenen Arbeiten haftet dieser demnach auch grundsätzlich nicht.

Der Scheinbauführer ist dem Werkbesteller gegenüber für diese von ihm nicht übernommenen Tätigkeiten nicht schadenersatzpflichtig, sodass hier aus meiner Sicht das schwächere Argument, es läge zwischen Scheinbauführer und Bauführer ein Verzicht des Werkbestellers auf Schadenersatzforderung aus Verletzung der Bauaufsicht vor⁵⁰⁹, nicht benötigt wird. Diese Argumentationslinie ist aus meiner Sicht überflüssig, weil für jene Arbeiten, die dem (Schein)bauführer vertraglich nicht übertragen wurden, konsequenterweise kein Schadenersatzanspruch entstehen kann. Wie man an den hier behandelten Fällen sieht, hat der Bauherr gerade nicht auf Schadenersatz verzichten wollen. Viel wahrscheinlicher lag aus meiner Sicht der Aspekt einer erhofften Kostenersparnis im Vordergrund. Er hat auch keinen solchen Verzicht ausdrücklich erklärt, und auch die Voraussetzungen für einen konkludenten Verzicht iS des § 863 scheinen mir nicht gegeben zu sein.

Auch für den Scheinbauführer besteht allerdings die allgemeine Warnpflicht des Werkunternehmers gegenüber dem Bauherrn als Werkbesteller vor, aus deren Verletzung uU Schadenersatz abgeleitet werden könnte.

Dass nach § 1304 das eigene sorglose Verhalten des Bauherrn dann wiederum zu einer entsprechenden Schadensminderung führt, ist es aus meiner Sicht auch gerechtfertigt, weil jeder Werkunternehmer generell davon ausgehen darf, dass sein fachkundiger Vormann auch fachgerecht gearbeitet hat. Ist dem Scheinbauführer jedoch bekannt, dass die Vorarbeiten nicht von einem fachkundigen Vormann durchgeführt wurden, ist wohl eher von einer Aufklärungs- und Prüfpflicht des Unternehmers dem Werkbesteller gegenüber auszugehen.

Da der Einsatz eines Scheinbauführers auch das Wissen beinhaltet, dass die gesetzlichen Anforderungen höher sind, als der Werkbesteller einzusetzen gewillt ist, führt diese

⁵⁰⁹ RIS-Justiz RS0022035 = OGH 14.10.1992, 3 Ob 1602/92; OGH 23.07.1997, 7 Ob 82/97b.

Rechtsprechungslinie der Trennung des zivilrechtlichen Innenverhältnisses vom öffentlich-rechtlichen Außenverhältnis nach meiner Ansicht zu einer klaren und verständlichen Entscheidungspraxis mit dem Ergebnis einer häufigen Schadenszuordnung zum Werkbesteller, die auch in der Lehre durchaus anerkannt wird.

Generell wird das Tätigkeitsgebiet des Bauführers mit diesen Scheinbauführer-Vereinbarungen eingeschränkt und daher liegt aus meiner Sicht eine mögliche Kostenersparnis aus dem Einsatz eines Scheinbauführers beim Werkbesteller. Somit ist es nur konsequent, diesem Werkbesteller auch das Risiko aus der Arbeit mit Nicht-Professionisten zuzuordnen und nur in Ausnahmefällen, bei groben Warnpflichtverletzungen des Unternehmers, auch für den Unternehmer eine schadensersatzrechtliche Haftung zu befürworten.

2. Im Verhältnis zu Dritten

Die Thematik des Scheinbauführers liegt nicht nur vor, wenn die Parteien wissentlich eine andere Vereinbarung getroffen haben, als in den Bauordnungen vorgesehen, sondern auch in jenen Fällen, in denen den Werkvertragsparteien nicht bewusst war, dass die verwaltungsrechtliche Zuordnung der Verantwortungen eine andere Wertung getroffen hat. Auch wäre wohl das Verfahren vor den Zivilgerichten zeitlich aufwändiger, würde nicht die privatrechtliche Seite gesondert betrachtet werden. Diese Bewertung kann natürlich nur zwischen den Parteien gelten, die die privatrechtlichen Vereinbarungen getroffen haben, nicht jedoch für die Bewertung, wenn einem Dritten ein Schaden entstanden ist.

In Bezug auf den Dritten, für den die Schutzgesetzwirkung nach § 1311 ABGB der bauordnungsrechtlichen Vorschriften eintreten soll, wird die Zuordnung der verwaltungsrechtlichen Verantwortung naturgemäß anders gesehen.

In der oben ausgeführten Entscheidung 1Ob 668/88⁵¹⁰, in der sich die Frage der Auswirkung der Nichteinhaltung von bauordnungsrechtlichen Formvorschriften in Zusammenhang mit der Haftung eines Scheinbauführers aus Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB wegen Körperverletzung eines unbeteiligten Dritten stellte, hat der OGH die Wertung klar ausformuliert.

⁵¹⁰ OGH 28.09.1988, 1 Ob 668/88 = JBl 1989, 307.

Dem Gesetzgeber kann demnach nicht unterstellt werden, eine nach außen hin so deutlich in Erscheinung tretende und auch Dritte schützende Handlung, wie die Übernahme der Bauführertätigkeit, in ihrer Gültigkeit von einer verwaltungsrechtlichen Formvorschrift abhängig zu machen.

Auch in diesem Zusammenhang wird, wie im Verhältnis zwischen den Parteien, der tatsächlichen Vereinbarung, bzw hier der zumindest scheinbaren Übernahme der Verantwortung, eine größere Bedeutung zugeordnet als der genauen Einhaltung der verwaltungsrechtlichen Vorschriften.

Ob nun jedoch eine Haftung aus der Schutzgesetzverletzung besteht, kann sich nur aus dem Inhalt der verwaltungsrechtlichen Vorschriften ergeben. Wenn für den tatsächlichen Bauführer keine Haftung besteht, so muss das auch für den Scheinbauführer gelten. In diesem Sinne wurde auch eine Haftung eines Scheinbauführers aus Schutzgesetzverletzung für Körperverletzung auf der Baustelle verneint, wenn diese in der Bauordnung dem Verantwortungsbereich des Bauführers nicht zugeordnet wurde.

Nach meiner Ansicht stimmt auch hier die Rechtsprechungsregelung des OGH mit den Anforderungen der Praxis überein, da die Verantwortung des Scheinbauführers nicht davon abhängig gemacht wird, ob auch die Formalerfordernisse der verwaltungsrechtlichen Vorschriften eingehalten wurden, sondern dem Anschein der Übernahme der Tätigkeit zum Schutze Dritter ein höherer Stellenwert zugeordnet wird.

Problematisch ist jedoch auch in diesem Zusammenhang, dass die Bauordnungen der Länder die Verantwortungen der Bauführer unterschiedlich regeln, was sich auch zum Thema Scheinbauführer gezeigt hatte.

Die in diesem Kapitel beispielsweise angeführten Entscheidungen 1Ob668/88 und 2Ob87/02 legen dar, dass es bei Fällen mit gleichen Grundvoraussetzungen zu gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann. Da die Bauordnungen der Länder die Aufgaben des Bauführers unterschiedlich zugewiesen hatten, ist der Scheinbauführer bei der Entscheidung gemäß der Tiroler Bauordnung für einen Arbeitsunfall gegenüber dem Geschädigten aus Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB haftbar erkannt worden, nicht so jedoch nach der Kärntner Bauordnung, die keine entsprechend Bestimmung beinhaltet. Somit zeigt sich auch bei der Thematik des Scheinbauführers, wie hilfreich es wäre die grundsätzlichen Verantwortungen in den Bauordnungen abzustimmen. ME wäre eine grundsätzliche gleiche Regelung der Bauordnungen, vor allem in Bezug auf

Baustellensicherheit dringend nötig, wie sie in einem Teilbereich durch das Baustellenkoordinationsgesetz⁵¹¹ auf europaweiter Ebene auch erfolgt ist.

Generell wird jedenfalls bei dem Einsatz eines Bauführers der Anschein gegeben, die Baustelle würde von hierfür ausgebildeten Personen abgewickelt, sodass auch von der Einhaltung von Grundvoraussetzungen der Baustellensicherheit ausgegangen wird. Somit ist eine Zuordnung der Baustellensicherheit in den entsprechenden Bauordnungen zu dem Bauführer hin nach meiner Ansicht die zu bevorzugende Regelung.

⁵¹¹ Bauarbeitenkoordinationsgesetz, BGBl I 1999/37.

Kapitel 6: Zusammenfassung der wichtigsten Grundaussagen

Die Einzelergebnisse der vorliegenden Arbeit werden hier nicht nochmals wiederholt. Nur die wichtigsten Aussagen werden zusammengefasst:

A) Besondere Pflichten des Werkbestellers

1. Die Koordinierungspflicht und Bauaufsichtspflicht des Bauherrn

- Ganz allgemein ausgedrückt ist die Koordinierungspflicht eine aus dem Werkvertrag resultierende gesetzliche Nebenpflicht, die den Bauherrn oder Werkbesteller gegenüber seiner Werkunternehmer trifft und die grundsätzlich der Sicherstellung der Gesamtplanung dient. Es müssen die einzelnen aufeinander aufbauenden Leistungen derart abgestimmt werden, dass die Vorleistung eine taugliche Grundlage für die Nachfolgeleistung darstellt.
- Es obliegt daher dem Bauherrn oder Werkbesteller, die Leistungen der Werkunternehmer zeitlich und technisch fachgerecht zu koordinieren, indem er Anordnungen zum fachgerechten Zusammenwirken der Professionisten treffen muss, um eine fehlerfreie Gesamtplanung sicherzustellen.
- Unter Bauaufsicht (Bauüberwachung) wird die Überprüfung der Werkleistungen der einzelnen Bauunternehmer auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit verstanden. Die Bauaufsicht soll den Bauherrn vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen Unternehmer fallen, nicht jedoch diese von ihrer Verantwortung entlasten oder deren Verantwortung mindern.
- Im Gegensatz zur Koordinierungspflicht, die als eine Verpflichtung des Bauherrn gegenüber den von ihm beauftragen Werkunternehmern gesehen wird, besteht aus der Bauaufsichtspflicht heraus generell keine Verpflichtung des Bauherrn gegenüber seinen Werkunternehmern.
- Auch fehlerhafte Kontrolle kann den unmittelbaren Schädiger nicht entlasten. Nach herrschender Meinung kann sich der schuldhaftes Werkunternehmer seiner eingeschränkten Verantwortung nicht dadurch entziehen, indem er behauptet, der Bauherr hätte im Rahmen seiner Bauaufsicht die Fehlerhaftigkeit seiner Arbeit erkennen müssen.

- Als Stoff nach § 1168a ABGB im Zusammenhang mit Bauwerkverträgen werden insbesondere Vorleistungen anderer Werkvertragsunternehmer gesehen, als Anweisung hingegen gelten vor allem die vom Bauherrn beigestellten Planunterlagen.
- Für den Stoff im Sinne des § 1168a ABGB ist herrschende Meinung, dass die vom Bauherrn beigestellte Leistung die Warnpflicht des Unternehmers auslöst, der Bauherr diese Vorleistung jedoch nicht schuldet und ihn daher für fehlerhafte Vorleistungen eines anderen kein Mitverschulden trifft.
- Für beigestellte Pläne hingegen, die als Anweisung gesehen werden, gilt, dass diese nicht nur eine Warnpflicht auslösen, sondern dass der Bauherr dem Unternehmer die Beistellung fehlerfreier Pläne auch schuldet.
- Hat nun der Besteller selbst einen untauglichen Beitrag geleistet, so können nach derzeitiger Rechtsprechung seine Schadenersatzansprüche aus Warnpflichtverletzung wegen seines Mitverschuldens gemindert werden. Dieses Mitverschulden nach § 1304 für den Besteller ergibt sich, da eine Obliegenheit des Werkbestellers zur Koordinierung im Rahmen seiner nebenvertraglichen Mitwirkungspflichten besteht.
- Die oben angeführte Unterscheidung zwischen Koordinierung und Bauaufsichtspflicht ist in diesem Zusammenhang besonders relevant, da nach derzeitiger Judikatur nur Fehler bei der Koordinierung ein Mitverschulden des Werkbestellers gegenüber seinen Werkunternehmern begründen können.
- Der Vertrag über die Bauaufsicht begründet nach herrschender Judikatur auch keine Schutzpflicht zugunsten der einzelnen Werkunternehmer, da nur der Schutz des Bauherrn darin begründet wird. Auch öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des Werkbestellers zur Überwachung der Erfüllung behördlicher Aufträge verfolgen nicht den Zweck, den Werkunternehmer zu entlasten.
- Wird vom Werkbesteller aber ein Architekt oder Generalunternehmer mit der Erfüllung der Koordinierungspflicht beauftragt, und entstehen aus der Verletzung dieser Koordinierungspflicht durch den beauftragten Architekten oder Generalunternehmer den Werkunternehmern gegenüber Schäden, dann muss der Bauherr infolge Gehilfenhaftung nach § 1313a ABGB wiederum einstehen.

- Liegt dagegen lediglich ein Bauaufsichtsfehler des Architekten vor, so trifft den Bauherrn gegenüber seinen Werkunternehmern kein Mitverschulden. Der Bauunternehmer haftet daher für Sachschäden gegenüber dem Bauherrn zunächst voll. Der Bauunternehmer sollte sich jedoch in weiterer Folge an dem, seiner Bauaufsichtspflicht nicht nachkommenden, Architekten regressieren können.
- Die Unterscheidung zwischen einer Baustellenkoordinierungstätigkeit und einer Bauaufsichtstätigkeit ist in der Praxis bei weitem nicht so eindeutig als dies nach den Regelungen, die von der Lehre und Judikatur aufgestellt wurden, den Anschein erweckt. Ein passives Nichtstun des mit der Bauaufsicht betrauten Architekten ist aber dem Bauherrn häufig nicht zurechenbar, sofern dies als Bauaufsichtsfehler eingestuft werden kann. Dagegen wird im Normalfall, wenn eine falsche Anordnung getroffen wird, von einer Koordinierung auszugehen sein, die dann in weiterer Folge auch vom Bauherrn zu vertreten ist.
- Die Herausforderung liegt bei komplexen Projekten jedoch in der Planung und koordinierten Abwicklung, da hierfür ein Grundverständnis für die Aufgaben aller Werkunternehmer vorausgesetzt wird. Dieses Gesamtverständnis haben üblicherweise lediglich die erfahrenen Architekten und Baumeister, oder Generalunternehmer bei Großprojekten.
- Der Regressanspruch wurzelt darin, dass der Regressschuldner dem Geschädigten ersatzpflichtig gewesen wäre. Die Rechtswidrigkeit seiner schädigenden Handlung kann daher nur in Bezug zum ursprünglich Geschädigten von Relevanz sein. Ob sein Verhalten dagegen auch im Verhältnis zum Regress nehmenden Solidarschuldner rechtswidrig war, kann keine Rolle spielen.
- Dem Bauherrn gegenüber ist ein schädigendes schuldhaftes Verhalten seines Architekten beispielsweise jedenfalls haftungsbegründend, unabhängig ob dieses aus Bauaufsichtsfehlern oder aber aus Fehlern der Baustellenkoordinierung begründet wurde. Der Umstand, dass lediglich ein Bauaufsichtsfehler vorliegt, sollte demnach den Regress nach § 896 ABGB nicht ausschließen.
- Wenn sowohl der Architekt als auch ein Bauunternehmer einen schadenskausalen Fehler begangen haben, und die Anteile am Bauschaden

nicht bestimmt werden können (was in der Regel der Fall sein wird), ordnet das Gesetz, wie bereits oben dargestellt, Solidarhaftung an.

- Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Höhe der im Innenverhältnis aufzuteilenden Anteile der von einem Mitschuldner bereits erbrachten Leistung, richtet sich der regressfähige Teil einerseits danach, inwieweit durch die Zahlung eine teilweise Befreiung der übrigen Mitschuldner eingetreten ist, wobei das Ausmaß einer solchen Befreiung das Höchstmaß der Regressforderung bildet. Andererseits ist die Regressforderung mit jenem Betrag begrenzt, der im Innenverhältnis von dem regressverpflichteten Mitschuldner zu tragen ist.
- Die Höhe des Regressanspruches zwischen solidarisch haftenden Schadenersatzverpflichteten ergibt sich aus dem Ausmaß der Beteiligung oder der unterschiedlichen Schwere des Verschuldens.

2. Das Baustellenkoordinationsgesetz:

- Wurde früher die Fürsorgepflicht des Werkbestellers gemäß § 1169 ABGB für Fragen der Baustellensicherheit herangezogen, so wird diese nun durch das BauKG als Schutzgesetz konkretisiert, sofern diese Verpflichtung innerhalb des Anwendungsbereiches des BauKG gelegen ist. Das BauKG ist somit als *lex specialis* anzusehen und verdrängt in diesem Anwendungsfall insoweit den bisherigen Ansatz einer Verletzung der Fürsorgepflicht nach § 1169 ABGB.
- Das BauKG als Schutzgesetz konkretisiert die Koordinierungspflicht jedoch lediglich für den Bauherrn und nur in Bezug auf Haftungsfragen, die im Zusammenhang mit Unfällen auf einer Baustelle entstehen können.
- Wurden bisher vor allem die Bauunternehmer bzw Arbeitgeber zur Erlassung und Einhaltung von Sicherheitsvorschriften und Sicherheitsmaßnahmen verpflichtet, so richtet sich das BauKG in erster Linie an den Bauherrn, also denjenigen, der auch das wirtschaftliche Risiko für die Errichtung des Bauwerkes trägt.
- Die Verpflichtungen nach dem BauKG werden demnach grundsätzlich dem Bauherrn auferlegt, jedoch ohne Änderung des Umstandes, dass die einzelnen Arbeitgeber dadurch nicht von ihrer, aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht bestehenden, eigenen Sicherheitspflicht entbunden werden.

- Das BauKG legt nun ausdrücklich eine Koordinierungsverantwortung des Bauherrn in Sicherheitsfragen fest, indem dieser nach § 3 Abs 1 BauKG verpflichtet wird, einen Planungskoordinator für die Vorbereitungsphase sowie einen Baustellenkoordinator für die Ausführungsphase eines Projektes zu bestellen.
- Nach ständiger Rechtsprechung wird die Zuordnung der Regelungen des BauKG zu den Schutzgesetzen im Sinne des § 1311 ABGB bejaht. Eine Haftung wegen Verletzung des BauKG gegenüber den auf der Baustelle eingesetzten Arbeitnehmern ist, mangels besonderer gesetzlicher Regelungen, nach den allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechtes zu beurteilen.
- Sofern ein Baustellenkoordinator gültig vom Werkbesteller eingesetzt wurde, steht die Fürsorgepflicht des Werkbestellers nach § 1169 ABGB nicht mehr im Vordergrund und der Baustellenkoordinator erfüllt nach Übertragung der schutzgesetzlichen Pflichten eigenverantwortlich eigene Pflichten.
- Für Fälle im Zusammenhang mit dem Baustellenkoordinationsgesetz, bei denen somit die Baukoordination eine eigenverantwortliche gesetzliche Pflicht darstellt, und diese zulässige Übertragung der schutzgesetzlichen Pflicht wirksam stattgefunden hat, haftet der Bauherr nur noch für Auswahlverschulden.
- Der Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Baustellenkoordinator über dessen Bestellung ist ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der auf der Baustelle eingesetzten Dienstnehmer. Aus diesem Grund entsteht für den Baustellenkoordinator nicht nur eine deliktische Haftung aus Gehilfen.
- Für eine wirksame Übertragung der Verpflichtungen an den Baustellenkoordinator ist dessen Zustimmung ein Voraussetzungskriterium, ohne die keine Verpflichtungsübertragung stattfinden kann.

3. Bauordnungen als Schutzgesetze gemäß § 1311 ABGB

- Gemäß § 1311 ABGB haftet für zufällige Beschädigungen, wer ein Gesetz übertreten hat, welches diesen Beschädigungen vorzubeugen sucht. Schutzgesetz im Sinne des § 1311 ABGB ist nicht nur ein Gesetz im formellen Sinn, sondern jede Rechtsvorschrift, die inhaltlich einen Schutzzweck verfolgt.
- Die Frage, vor welcher Art von Schäden der Bauherr durch Erteilung der Baubewilligung geschützt werden soll, kann nicht generell beantwortet werden, sondern muss im Einzelfall normbezogen und fallbezogen geprüft werden.
- Reine Vermögensschäden sind im Bereich der außervertraglichen Haftung nur selten ersatzfähig. Eine Haftung ist jedoch insbesondere möglich bei der Verletzung von Schutzgesetzten, die gerade Vermögensschäden verhindern sollen, als Folge eines Eingriffs in absolut geschützte Rechtsgüter oder bei vorsätzlich sittenwidrigem Verhalten.
- Das Baubewilligungsverfahren soll durch Bauten möglicherweise hervorgerufene Gefahren für das Leben, die Gesundheit und das Eigentum abwenden.
- Auch wenn die Einordnung als Schutzgesetz nach § 1311 ABGB generell für Bauordnungen bejaht wird, so muss, um festzustellen, welche Personen vor welchen Schäden geschützt werden, immer der Schutzzweck der übertretenen öffentlich-rechtlichen Norm ermittelt werden. Die Norm muss nach der ständigen Rechtsprechung des OGH auch den Zweck haben, den Geschädigten vor den eingetretenen Nachteilen zu schützen.
- Die Bauordnung bezweckt primär den Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht fachgerechte Ausführung von Bauarbeiten ausgelöste Schäden. Auch bei weiter Auslegung ergibt sich jedoch kein Schutzzweck dahingehend, dass damit die mängelfreie Vertragserfüllung zu sichern ist.
- Auch wenn durch die Bauordnungen Schäden hätten abgewendet werden können, kann es sich um eine bloße sogenannte Reflexwirkung handeln, die über den Schutzzweck der Norm hinausgeht, womit der Rechtswidrigkeitszusammenhang unterbrochen ist.
- Nachdem das Vermögen des Bauherrn grundsätzlich kein Schutzobjekt derartiger Bauvorschriften ist, kann eine bloße Reflexwirkung vorliegen,

deren Einhaltung den Bauherrn nicht vor Vermögensschäden bewahren soll.

- Der Erfüllungsgehilfe haftet jedoch dann mit dem vertraglich gebundenen Geschäftsherrn solidarisch, wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses, in das er nicht einbezogen war, rechtswidrig und schuldhaft war.
- Dass raumordnungsrechtliche wie etwa auch baurechtliche Normen in erster Linie dazu dienen, öffentliche Interessen zu fördern, soll keineswegs ausschließen, konkrete physische Personen, die bei der Missachtung dieser Vorschriften gesundheitliche Nachteile erleiden könnten, in den Schutzbereich einzubeziehen. Dies gilt unabhängig davon, ob sie eine besonders intensive Beziehung zum betreffenden Grundstück haben, wie zum Beispiel dinglich Berechtigte, oder sich aus anderen Gründen dort aufhalten und deshalb mit der bestehenden Gefahr konfrontiert werden.
- Im Zusammenhang mit der Verletzung baurechtlicher Normen hat der erkennende Senat des OGH etwa ausgesprochen, dass in den Schutzbereich der baurechtlichen Bestimmungen, die unter anderem im öffentlichen Interesse die Standfestigkeit von Bauwerken sichern sollen, jedermann fällt, dem aus der bauordnungswidrigen Errichtung typischerweise Gefahren drohen.

B) Die Pflichten des Werkunternehmers

1. Preisgefahr und Warnpflicht

- Nach der Sphärentheorie verliert der Werkunternehmer seinen Entgeltanspruch, wenn das Werk durch Umstände vereitelt wird, die nicht auf der Seite des Bestellers liegen, wenn also die Unmöglichkeit der Werkserstellung durch den Werkunternehmer selbst oder aber durch eine „dritte Sphäre“ begründet wurde.
- Wird das Werk durch Umstände verhindert, die auf der Seite des Bestellers liegen, so behält der Unternehmer den Anspruch auf Entgelt. Die Preisgefahr liegt somit in diesem Fall beim Werkbesteller.

- Der Werkunternehmer muss sich jedoch die Kosten anrechnen lassen, die er sich im Falle des Unterbleibens der Leistung erspart oder durch andere Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.
- Grundsätzlich obliegt dem Besteller die Erwirkung der Behördenbewilligung. Die Nichterlangung bildet demnach grundsätzlich einen auf Seite des Bestellers liegenden Umstand, der die Werkausführung verhindert.
- Als Konsequenz hat der Bauherr das bis zur Einreichung um die **Baubewilligung** vereinbarte Entgelt zu bezahlen, wenn er, trotz geeigneter und dem Auftrag entsprechender Pläne, nicht um Baubewilligung angesucht hatte. Dieses volle vereinbarte Entgelt stehe selbst dann zu, wenn für den Fall ihrer Nichterteilung ein vermindertes Entgelt vereinbart gewesen sei.
- Mehraufwendungen, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind, sind selbst bei Zugrundelegung eines „Kostenvoranschlages unter ausdrücklicher Gewährleistung“ im Sinne des § 1170a Abs 1 ABGB, nicht ausgeschlossen. Voraussetzung ist lediglich, dass die Mehrkosten als unvermeidlich anzusehen sind und durch Umstände in der Bestellersphäre begründet sind.
- Vertraglich getroffene Vereinbarungen ergeben eine von der Sphärentheorie abweichende Bewertung lediglich dann, wenn mit der vertraglichen Regelung das Risiko zweifelsfrei vom Werkbesteller hin zum Werkunternehmer verlagert werden sollte.
- Ist der für das Werk benötigte und vom Werkbesteller beigestellte Stoff für die Werkserstellung offenbar ungeeignet oder hat der Werkbesteller eine untaugliche Anweisung erteilt, so unterliegt der Werkunternehmer einer Warnpflicht. Kommt der Werkunternehmer dieser Warnpflicht nach, so bleibt die Preisgefahr beim Werkbesteller, er muss somit dem Werkunternehmer den - um das möglicherweise Ersparte verringerten - Werklohn vergüten, auch wenn der Werkerfolg nicht hergestellt werden konnte.
- Unter „Stoff“ in dieser Gesetzesstelle ist alles zu sehen, aus dem oder mit dessen Hilfe ein Werk herzustellen ist. Stellt der Werkbesteller dem Werkunternehmer Pläne zur Verfügung, so fallen diese grundsätzlich in den Verantwortungsbereich des Werkbestellers. Der Werkbesteller hat dafür Sorge zu tragen, dass er brauchbare und zuverlässige Pläne zur Verfügung stellt und

jene Anordnungen trifft, die für eine reibungslose Abwicklung des Vertrages nötig sind.

- Die nach § 1168a ABGB normierte gesetzliche Warnpflicht wird nach Rechtsprechung und Lehre auch auf das Bewilligungsrecht erstreckt.
- Die gesetzliche Warnpflicht setzt eine offenbar unrichtige Anweisung des Bestellers voraus. Der Unternehmer hat demnach vor erkannten und naheliegenden Gefahren zu warnen. Seine Haftung aus Warnpflichtverletzung setzt Verschulden voraus.
- Die Beweispflicht für die Erfüllung der Warnpflicht trifft den Unternehmer. Dieser hat demnach zu belegen, dass er den Besteller gewarnt hat oder aber dass eine Warnung im konkreten Fall nicht erforderlich war.
- Die Warnpflicht des Werkunternehmers darf jedoch nach herrschender Judikatur nicht überspannt werden und kann gänzlich entfallen, wenn sich der Besteller selbst von der Unrichtigkeit der von ihm erteilten Weisung überzeugen konnte.
- In Bezug auf den Architektenvertrag in Verbindung mit Wirtschaftlichkeit kann festgehalten werden, dass die Honorarvereinbarung selbst noch keine Aussage über das Vorliegen einer Baukostenobergrenze darstellt. Diese kann nur angenommen werden, wenn die Vertragsauslegung klar und unmissverständlich ergibt, dass keine Kostenabweichungen im vertraglichen Rahmen beinhaltet sind. Daher spricht die ursprünglich bereits vorhandene und vorhersehbare Notwendigkeit von Umplanungen gegen eine vereinbarte Baukostenobergrenze. Durch nachträgliche Veränderung der Planungsgrundlage seitens des Bauherrn, oder wenn der Bauherr trotz ursprünglich vereinbartem Baukostenlimit in Kenntnis der Kostenüberschreitung weiterplanen lässt, entfällt selbst ein ursprünglich vereinbartes Baukostenlimit.
- Bei der vertraglich vereinbarten Baukostenschätzung kann die Beratungspflicht dann entfallen, wenn der Bauherr positive Kenntnis von den aufzuklärenden Umständen besitzt und selbst in der Lage ist, die Konsequenzen, welche sich aus einer weiteren Planung und Durchführung des geänderten Bauvorhabens ergeben, einzuschätzen.

2. Sorgfaltspflicht des Sachverständigen

- Grundsätzlich haftet ein Sachverständiger für die Richtigkeit seines Gutachtens nur gegenüber seinem Vertragspartner.
- Heute wird eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten jedoch dann anerkannt, wenn der Besteller des Gutachtens, für den Sachverständigen erkennbar, auch die Interessen des Dritten mitverfolgt. Den Sachverständigen trifft eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zugunsten eines Dritten, wenn er damit rechnen muss, dass sein Gutachten die Grundlage für dessen Disposition bildet. In diesem Fall sind somit die objektiv-rechtlichen Sorgfaltspflichten auf den Dritten zu erstrecken.
- Der bloße Umstand, dass die Sphäre eines Dritten durch ein Privatgutachten berührt wird, ist jedoch noch nicht haftungsbegründend. Es müssen vielmehr nach einem, dem Sachverständigen erkennbaren, Zweck des Gutachtensauftrags gerade auch die Interessen eines oder mehrerer bestimmter Dritter mitverfolgt werden.
- Planungsmängel des Baumeisters und das Unterbleiben einer Beanstandung im Rahmen der Bauaufsicht begründen generell kein Mitverschulden des Bestellers gegenüber einem schädigenden Werkunternehmer. Die Beistellung mangelhafter Pläne führt zu einem Mitverschulden des Bestellers. Jedoch liegt keine Warnpflichtverletzung vor, wenn Unrichtigkeit oder mangelnde Pläne dem Unternehmer bei der ihm zumutbaren Fachkenntnis nicht erkennbar waren.
- Als Anforderungen an die Sorgfaltspflicht sind nur der Fleiß und die Kenntnisse zu verlangen, die die Fachgenossen üblicherweise haben. Bei der Beurteilung sind auch der Auftrag und das im Einzelfall davon betroffene Geschäft zu berücksichtigen.
- Zum Beispiel kann im Falle der Änderung von Bauplänen für eine nähere Überprüfung der Baupläne im Hinblick auf eine vorliegende rechtskräftige Baubewilligung wohl die Sachkenntnis eines Architekten nötig sein, die dann die Sorgfaltspflicht eines Nicht-Architekten überspannen kann.
- In der Regel sieht zwar § 1168a ABGB im Unternehmer einen Sachverständigen, der den Besteller zu beraten hat. Dies schließt aber nicht aus, dass dem Besteller, wenn dieser, vertreten durch einen Sachverständigen,

welcher die genügende Sachkenntnis hat um zu erkennen, dass die dem Unternehmer erteilte Anweisung oder die vereinbarte Arbeitsweise verfehlt ist, ein Mitverschulden anzulasten ist, auch wenn der Bauherr vom Bauunternehmer nicht gewarnt wurde.

- Es besteht generell keine allgemeine Rechtspflicht, den Geschäftspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine Entscheidung einen Einfluss haben können. Eine Aufklärungspflicht besteht in der Regel nur dann, wenn der andere Teil nach den Grundsätzen des redlichen Verkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Die Aufklärungspflicht endet an der Grenze objektiver Voraussehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Gegners.
- Ein Werkbesteller, der keine Kenntnisse über ein Bauprojekt besitzt, bleibt Laie, auch wenn er ein Gewerbeobjekt errichten wollte.
- Nach ständiger Rechtsprechung ist der als Vertragserrichter gegenüber mehreren Vertragspartnern einschreitende Rechtsanwalt allen Vertragspartnern gegenüber zur sorgfältigen Wahrung ihrer Interessen verpflichtet. Die Vertragspartner können darauf vertrauen, dass sie der Vertragsverfasser vor Nachteilen schützt und für ihre rechtliche und tatsächliche Sicherheit sorgt.
- Grundsätzlich ist der bestätigende Experte als Bezeichnung für die Person/das Unternehmen, welche bestimmte amtlich geforderte Bestätigungen ausstellt, Sachverständiger im Sinne des § 1299 ABGB, weshalb nicht auf den gewöhnlichen Grad an Aufmerksamkeit und Fleiß abzustellen ist, sondern auf den für die übernommene Tätigkeit notwendigen Fleiß. Für eine Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB ist demnach der objektive Maßstab ausschlaggebend, wobei es auf die übliche Sorgfalt jener Personengruppe ankommt, die die betreffende Tätigkeit ausübt.
- Für die Fälle, in denen nach den anwendbaren Bauordnungen ein bestätigender Experte gesetzlich zu bestellen ist, und dieser damit eigenständig eine eigene gesetzliche Pflicht erfüllt, entfällt eine Gehilfenhaftung des Bauwerbers generell. Der Bauwerber haftet demnach lediglich für Auswahlverschulden und selbstverständlich dann, wenn der Bauwerber den Experten zur Erstattung einer falschen Bestätigung beauftragt hätte.

C) Amtshaftung

- Ein Amtshaftungsanspruch steht nur dann zu, wenn die von den Gesetzen primär zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe nicht ausreichen, um den Schaden zu verhindern.
- Das Verschulden der Organe wird nach dem für Sachverständige geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab gemäß § 1299 ABGB beurteilt. Dieser erhöhte Sorgfaltsmaßstab für Organe findet allgemeine Anwendung, daher auch für politische Entscheidungsträger, wie beispielsweise die Mitglieder eines Gemeinderates.
- Ein Verschulden in der Amtshaftung wird durch eine unvertretbare Rechtsansicht begründet. Diese liegt vor, wenn eine Rechtsansicht entweder von der klaren Gesetzeslage oder von der ständigen Rechtsprechung abweicht, ohne dass hierfür Gründe oder sorgfältige Überlegungen aufgezeigt wurden.
- Es ist zu ermitteln, welche Personen vor welchen Schäden geschützt werden sollen. Dieses wird über den Schutzzweck der übertretenen Norm bestimmt. Darunter wird verstanden, dass gerade der Zweck, den Geschädigten gerade vor den eingetretenen Nachteilen zu schützen, vom Norminhalt umfasst sein muss.
- Die Abgrenzung, wann eine Schadensverhinderung mitbezweckt wurde und wann eine bloße Reflexwirkung vorliegt, ist jedoch letztlich immer auch eine Bewertungsfrage, die sich aus der Rechtsprechung und Lehre entwickelt.
- Prinzipiell fallen Baubewilligungen in den Anwendungsbereich des § 1 Abs 1 AHG. Jedoch ist nach § 2 Abs 2 AHG der Amtshaftungsanspruch gegenüber sonstigen Rechtsbehelfen subsidiär, das heißt der Anspruch auf Amtshaftung entfällt gänzlich, wenn der Geschädigte den Schaden durch Rechtsmittel und durch Beschwerde an den VwGH hätte abwenden können.
- Ein Verschulden des Bauwerbers selbst kann gegeben sein, wenn die Beurteilung seines Verhaltens zu dem Ergebnis führt, dass dieser gegen die unrichtige Entscheidung der Behörde den Verfahrensweg hätte einleiten müssen. Die Unterlassung, ein Rechtsmittel einzulegen, kann jedoch auch darauf zurückzuführen sein, dass der Betroffene ohne eigenes Verschulden die Rechtswidrigkeit behördlichen Handelns nicht erkannte oder nicht wissen konnte, dass ein Schaden entstehen wird. Es wird heute generell anerkannt,

dass sich ein Rechtsunkundiger grundsätzlich auf richtige Rechtsanwendung durch die Verwaltungsbehörden verlassen darf. Er ist nur verpflichtet, über ihm unverständliche Akte der Vollziehung Rat einzuholen.

- Baurechtliche Bestimmungen dienen vor allem der Gefahrenabwehr und dem Schutz absolut geschützter Rechtsgüter. In dem Schutzbereich, der durch ein Bauwerk drohende Gefahren, sind jedoch alle Personen umfasst, denen aufgrund des Bauwerkes eine Gefährdung droht, egal ob diese eine Parteistellung im Bauverfahren haben oder sich beispielsweise nur als Besucher vorübergehend auf dem Bauwerk aufhalten.
- Die Frage, ob die Bauvorschrift auch den Bauwerber selbst vor Personen-, Sach- und solchen Vermögensschäden schützen soll, die ihm durch sein Vertrauen auf eine rechtskräftige, wenngleich rechtswidrige Genehmigung erwachsen sind, ist umstritten. Das Hauptargument gegen diese Haftung liegt darin, dass eine Amtshaftung im Ergebnis nicht zu einer kostenlosen Versicherung für jene Personen werden soll, die auf eigenes Risiko ein bestimmtes Vorhaben verwirklichen.
- Strittig ist demnach vor allem, ob man den Bewilligungswerber vor reinen Vermögensschäden schützen soll.
- Aus einer Analogie zu § 1300 ABGB heraus werden gemäß einem Teil der Lehre Amtshaftungsansprüche wegen einer bloß fahrlässigen Bewilligung technisch fehlerhafter Bauvorhaben schon nach den allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechtes ausgeschlossen, da das Kriterium der Wissentlichkeit nicht erfüllt ist und die Behörde nach dieser Ansicht kein Eigeninteresse mit der Erstellung des Behördenaktes verfolgt, sondern das Interesse des Bauwerbers überwiegt.
- Nach einer anderen Auffassung wird mit der Erteilung der Baubewilligung ein Vertrauenszustand dahingehend geschaffen, dass einer der Baubewilligung entsprechende Durchführung eines Bauvorhabens keine öffentlich-rechtlichen Hindernisse entgegenstehen. Es soll daher ein Bauwerber in den Schutzbereich von öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften insofern einbezogen werden, dass er darauf vertrauen darf, nicht später von anderen als den bewilligenden Behörden wegen Nichteinhaltung von Bauvorschriften des ursprünglich bewilligten Gebäudes belangt zu werden. Nach dieser Ansicht ist daher ein

Amtshaftungsanspruch zu bejahen, wenn diese Konformitätsprüfung der Behörden mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfolgt.

- Nach derzeit herrschender Ansicht soll der Schutz vor Finanzschäden des Bauwerbers sowie das Risiko von technischen Fehlerhaftigkeiten nicht auf die Allgemeinheit überwältzt werden. Dieses wird vor allem damit gerechtfertigt, dass der Bauwerber, der den Vorteil aus dem geplanten Projekt für sich in Anspruch nehmen kann, auch das entsprechende Risiko zu tragen hat.
- Bei der Bewertung einer Amtshaftung, die sich aus den Verpflichtungen eines Behördenbewilligungsverfahren ergeben kann, ist jedoch generell zu beachten, dass reine Vermögensschäden nach ständiger Rechtsprechung nur dann ersatzfähig sind, wenn sie Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes sind, ein Schutzgesetz (§ 1311 Satz 2 Fall 2 ABGB) übertreten wird, das die Abwendung von reinen Vermögensschäden bezweckt, ein sittenwidriges Verhalten des Schädigers (§ 1295 Abs 2 ABGB) vorliegt oder eine rechtliche Sonderverbindung besteht.
- Daher ist in diesen Fällen mit Baubewilligungen nach meiner Ansicht auch zu unterscheiden, ob es um einen reinen Vermögensschaden des Bauwerbers geht, dann ist es meines Ermessens nur konsequent, hierfür nur bei Vorsatz der Behörde einen Amtshaftungsanspruch zu bejahen, sofern es sich jedoch um eine Schutzgesetzübertretung oder die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes handelt, so sollte ein Amtshaftungsanspruch auch schon bei Fahrlässigkeit in Frage kommen können.

D) Der Scheinbauführer

- Man spricht von einem Scheinbauführer, wenn eine Vertragspartei im öffentlich-rechtlichen Außenverhältnis mehr Verpflichtungen übernimmt, als tatsächlich im vertraglichen Innenverhältnis zwischen den Parteien vereinbart wurde.
- Die Normen der Bauordnung sollen die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bauvorschriften sicherstellen, nicht aber die zivilrechtlichen Verträge zwischen Bauherrn und Bauführer reglementieren.
- Für eventuelle Schadenersatzansprüche des Bauherrn kommt es in diesem Zusammenhang nur auf die im Innenverhältnis getroffene Vereinbarung an.

Für im Innenverhältnis vom Bauführer nicht übernommene Arbeiten haftet dieser demnach dem Bauherrn auch grundsätzlich nicht.

- Wer sich demnach gegenüber der Baubehörde eines Scheinbauführers bedient, kann diesen nicht wegen Verstoßes gegen die Bauordnung für die plan- und konsenswidrige Bauführung des tatsächlich beauftragten Bauführers haftbar machen, da er nicht in den persönlichen Schutzbereich der Norm fällt.
- Die Vereinbarung, dass ein Baumeister dem Bauherrn, der die Bauausführung durchführt, lediglich seine Firmentafel zur Verfügung stellt, beinhaltet nach Ansicht des OGH auch einen Verzicht des Bauherrn auf Schadenersatzforderungen aus einer Verletzung der Bauaufsicht, die eben im Innenverhältnis nicht übernommen werden sollte. Diese Rechtsprechung ist jedoch entbehrlich, da mangels privatrechtlicher Vereinbarung ohnehin keine Schadenersatzpflicht für die im Innenverhältnis nicht übernommenen Arbeiten entsteht und teilweise unzutreffend, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 863 ABGB nicht erfüllt sein werden.
- Zu einer Haftung des Scheinbauführers (insbesondere gegenüber Dritten) kann es jedoch auch im Zusammenhang mit im zivilrechtlichen Innenverhältnis nicht übernommenen Arbeiten aus den gesetzlichen Pflichten des Bauführers kommen, da den Bauordnungen der Rang eines Schutzgesetzes nach §1311 ABGB zugesprochen wird. Von den Behörden wird die Bestellung eines Bauführers aufgetragen, um den Schutz der Allgemeinheit vor den Gefahren im Zusammenhang mit der Bauführung oder dem Bauwerk zu gewährleisten.
- Eine Ersatzpflicht des Scheinbauführers setzt jedoch jedenfalls einen Rechtswidrigkeitszusammenhang voraus. Die generelle Begrenzung der Schadenszurechnung durch den Normzweck ergibt sich ganz allgemein aus der teleologischen Interpretationsmethode. Wenn nun ein Bauführer für etwas nach dieser Interpretationsmethode nicht haftet, dann kann hierfür auch der Scheinbauführer nicht belangt werden.

Anhang

Zusammenfassung: Zivilrechtliche Auswirkungen des Behördenbewilligungsverfahrens bei Werkverträgen

In der Praxis spielt die Frage der Möglichkeit oder auch des nötigen Aufwandes, der für die Erlangung einer Behördenbewilligung verbunden ist und den damit zusammenhängenden rechtlichen Konsequenzen und Haftungsfragen, eine immer größere Rolle bei der Entscheidung, ob man ein „Projekt“, sei dies der Bau eines Einfamilienhauses oder die Errichtung eines hochkomplexen Kraftwerkes, verwirklichen kann.

In dieser Arbeit wurde in Kapitel 1 die Grundsatzfrage behandelt, wer für die Haftung bei Fehlern im Zusammenhang mit Bewilligungen generell in Frage kommt. Es werden die möglichen Schäden und Schädiger behandelt, und die wichtigsten allgemeinen Prinzipien des Werkvertrages dargestellt, welche zu berücksichtigen sind.

In Kapitel 2 werden die besonderen Pflichten des Werkbestellers und deren Auswirkungen iZm Baubewilligungen dargestellt. Auf die äußerst praxisrelevante Unterscheidung der Bauaufsichtspflicht versus der Pflicht des Werkbestellers zur Baustellenkoordination, und deren Konsequenzen sowie die Frage der Regressmöglichkeit des Werkunternehmers bei Bauaufsichtsfehlern der vom Werkbesteller eingesetzten Architekten oder Baumeistern, ist in diesem Abschnitt im Detail eingegangen worden. Auch die Einteilung der Bauordnung als Schutzgesetze sowie der Einfluss des Bauarbeitenkoordinationsgesetzes (BauKG) als *lex specialis* zur Fürsorgepflicht gemäß § 1169 ABGB wurde ausgearbeitet.

Im folgenden Kapitel 3 werden die besonderen Pflichten des Werkunternehmers angeführt, wobei die Warnpflicht des Werkunternehmers zur sogenannten Sphärentheorie in Verbindung gebracht werden. Des Weiteren wird die Informationspflicht nach Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz und deren Auswirkungen behandelt. Letztlich wird in diesem Abschnitt die Sorgfaltspflicht des Sachverständigen und als Exkurs die Sonderfrage der Haftung eines bestätigenden Experten ausgearbeitet.

Da bei den Bewilligungen auch die Organe der Behörden eine wesentliche Rolle spielen, wird in Kapitel 4 auf die Möglichkeit von Amtshaftungsansprüchen des Bauwerbers oder Projektbestellers eingegangen. Die generelle Subsidiarität des Amtshaftungsgesetzes sowie die Prüfung des Bestehens einer Warn- und Aufklärungspflicht der Behörden steht hier im Mittelpunkt.

Aufgrund der in der Praxis durchaus großen Bedeutung wird in Kapitel 5 als Sonderthema der Scheinbauführer behandelt. Den öffentlich-rechtlichen Anforderungen wird in diesen Fällen durch den

Bauführer oder Architekten nur zum Schein entsprochen, um die verwaltungsrechtlichen Vorschriften pro-forma einzuhalten. Daher auch der Begriff des Scheinbauführers, der sich in diesem Zusammenhang durchgesetzt hat.

In Kapitel 6 werden die wichtigsten Grundaussagen dieser Arbeit nochmals zusammengefasst, ohne jedoch die Einzelergebnisse der vorliegenden Arbeit zu wiederholen.

Summary: Civil law consequences on contracts for services based on governmental proceedings

Nowadays in practice the question of feasibility and the required effort resulting from governmental proceedings, as well as the legal consequences und liabilities therefrom, become more and more important by reaching a decision, if a “project”, which can be anything from building a family home to the construction of a highly technical complex powerplant, shall be executed or not.

In this document Chapter 1 deals with the general question who might be liable for mistakes in connection with governmental proceedings. The possible harming parties are defined as well as the general civil law principles of contracts for services are shown, which have influence on the evaluation of liabilities on that topic.

Chapter 2 defines the main responsibilities from the buyer of the services and the consequences resulting from these responsibilities. The main topic is the differentiation between supervision and coordination duties of the customer or buyer of services. The resulting consequences from this different responsibilities are explained and the question if further regress from service providers to architects or contractors, which are acting on behalf of the customer, might be possible in general is evaluated. Also the “Baustellenkoordinationsgesetz” (BauKG) as a special civil law regulation concerning coordination duties from the buyer of the services is explained and compared to the general civil law rules under § 1169 ABGB.

Next in Chapter 3 the main responsibilities from the service providers are defined and the service providers responsibility to warn the buyer of services and the impact of the so called “Sphärentheorie” is demonstrated. Further the responsibility to inform the buyer of services resulting from the Verbraucherrechte-Richtlinie-Umsetzungsgesetz and the consequences are shown. At last in this Chapter the special liability question from the so called “confirming expert” is explained.

In Chapter 4 the importance of the govenmental institutions on that topic is considered and the possibility of liability of governmental institutions to the project owners is evaluated. The main focus here is the subsidiarity of the liability of institutions and the question of the responsibility of governmental authorities to warn and inform project owners about dangers in the project execution.

Because of the relevance in practice the consequences of using a “appearance contractor” as a party that only seems to take over the responsibilities to the authorities or third parties, but in reality does not conduct these duties, is shown in Chapter 5.

Chapter 6 gives a summary of the most important statements and conclusions from this work, without repeating all the in-between results from this work.

Lebenslauf

Name: Mag. Nadja Keränen
Nationalität: Österreich

Ausbildung: 1987 bis 1992– Handelsakademie Tulln
1993 bis 2000 – Rechtswissenschaften Juridicum Wien
2010 bis dato – Doktoratsstudium Rechtswissenschaften Juridicum Wien

Arbeitserfahrung:

2000 bis 2010 – SIEMENS AG Austria (ehemals VA TECH HYDRO)

- Februar 2000 bis Mai 2003
 - Human Resources International Department
- Mai 2003 bis Oktober 2010
 - Commercial Project Management Department for Combined Cycle Power Plant Business

2011 bis heute EconGas GmbH

- Juli 2011 bis Dezember 2013
 - Financial Risk Management
- Jänner 2014 bis heute
 - Compliance Manager

Details zu den Arbeitserfahrungen:

- **Siemens: Februar 2000 bis Mai 2003:** HR Abteilung zuständig für Expats Verträge
- **Siemens: Mai 2003 bis 2006 – Commercial Site Manager** für das Projekt Termoli (800 MW Combined Cycle Power Plant) tätig in Italien
- **Siemens: Oktober 2006 bis 2010 – Commercial Project Manager** tätig in Wien
 - **Project Termoli:** Koordinierung der rechtlichen Betreuung des Schiedsgerichtsverfahrens
 - **Project Kulim:** Erstellung und Abwicklung des “recommissioning” Vertrages und Strukturierung des Projektabschlusses inclusive der Schließung der Niederlassung
 - **Project Hemweg:** Finale Vertragsverhandlung des EPC Vertrages mit dem Kunden und Abschluss der Vertragsverhandlungen der Hauptlieferanten
- **EconGas: Juli 2011 bis Dezember 2013– Financial Risk Management**
 - Verantwortlich für das Kreditrisikomanagement der Abteilung Supply & Trading; LNG Vertragsverhandlungen
- **EconGas: Jänner 2014 bis dato – Compliance Manager**
 - Verantwortlich für alle EU-Compliance Agenden der EconGas GmbH; insbesondere interne Umsetzung der Belangend der REMIT, EMIR und MiFID Verordnungen.