

ZfRv

[Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht]
Mit Euro-Info ZER

**Beiträge 203 In Österreich wie in der Schweiz: Mängel von Baustoff
und Baugrund – „Jolly Joker“ jedes Bauprozesses**
Irene Welser

211 Steine statt Brot
Wolfgang Riering und Jens Tersteegen

217 Die Zivilgerichtsbarkeit in Portugal
Alexander Rathenau

225 Die Novellierung des japanischen IPR
Yoshiaki Sakurada, Yuko Nishitani und Eva Schwittek

Leitsätze 234 Nr 31 – 37

**Rechtsprechung 236 Internationalprivatrechtliche Anknüpfung
der Produkthaftung**

Begründet von
Fritz Schwind

Herausgeber
Hans Hoyer
Michael Schweitzer
Willibald Posch
Manfred Straube

Redaktion
Institut für Rechtsvergleichung
der Universität Wien

Dezember 2006

06

MANZ 

ISSN 0514-275X

In Österreich wie in der Schweiz: Mängel von Baustoff und Baugrund – „Jolly Joker“ jedes Bauprozesses

Im internationalen Anlagenbaugeschäft nehmen Streitigkeiten über die Gewährleistungs- und Schadenersatzpflicht immer breiteren Raum ein. Selbst wenn das Vorliegen eines Mangels schon feststeht, kann die Behauptung einer Warnpflichtverletzung sowie der gegenteilige Standpunkt, dass eine Mangelhaftigkeit des beigestellten Baustoffes nicht erkennbar war, die Haftungssituation des Unternehmers noch grundlegend ändern. Der vorliegende Artikel beleuchtet diese Problematik rechtsvergleichend nach österreichischem und Schweizer Recht und gibt Tipps für die Praxis.

Von Irene Welser^{*)}

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Erfolgsverbindlichkeit des Werkunternehmers
- C. Fälle der Beistellung von Stoff durch den Besteller
- D. Der Umfang der Prüf- und Warnpflicht
 - 1. Die Prüfpflicht
 - 2. Die Warnpflicht
- E. Form, Adressierung und Zeitpunkt der Warnung
 - 1. Form
 - 2. Adressierung
 - 3. Zeitpunkt
- F. Verbesserungsvorschläge
- G. Rechtsfolgen der Warnpflichtverletzung
 - 1. Allgemeines
 - 2. Die Fallvarianten im Einzelnen
 - 3. Geteilte Verantwortung von sachverständigem Werkbesteller und Werkunternehmer

A. Einleitung

Jeder, der Bauprozesse führt, weiß, dass diese „gespickt“ mit Beweisfragen sind, welche dem verständigen Anwalt eine Prognose über den voraussichtlichen Ausgang eines Prozesses nicht gerade erleichtern. Denn obwohl die Bestimmungen über Gewährleistung und Schadenersatz, um die es im Zusammenhang mit Haftungsprozessen und Abrechnungsstreitigkeiten vorwiegend geht, recht klar und unstrittig sind, ist es oft erst durch einen Sachverständigen im Prozess verbindlich zu klären, ob der Bauunternehmer ordentlich gearbeitet hat oder nicht. Die Frage, ob eine Leistung mangelhaft oder mangelfrei erbracht wurde, wird aber noch durch einen weiteren Umstand verkompliziert. Es geht dabei darum, ob womöglich gar nicht der Bauunternehmer ursächlich für die Mangelhaftigkeit war, sondern der Besteller selbst.

Dies kann dann der Fall sein, wenn der Werkbesteller verlangt hat, das Bauwerk auf ungeeignetem Grund zu errichten, oder wenn er hierfür ungeeignete Baumaterialien zur Verfügung stellt. Dann kommt es nämlich nicht mehr allein darauf an, ob der Unternehmer das Bauwerk fehlerlos errichtet und übergeben hat, sondern

zusätzlich auch darauf, ob ihm die mangelhafte Eignung des „Beitrages“ des Bestellers bei sorgfältigem Vorgehen hätte auffallen müssen. Ist dies der Fall, dann haftet er. Im gegenteiligen Fall haftet er nicht. Mit anderen Worten, hat der Unternehmer eine 50%-ige Chance trotz festgestellter Mangelhaftigkeit der rechtlichen Verantwortung hierfür zu entgehen. Es gibt daher kaum einen Bauprozess, in dem der Unternehmer das Argument, die Mangelhaftigkeit des Werkes sei durch den beigestellten Stoff verursacht, nicht gebraucht. Die Frage, ob der Bauunternehmer hätte erkennen müssen, dass das Material ungeeignet ist, wird damit häufig zum „Zünglein an der Waage“, zum Jolly Joker des Verfahrens. Jolly Joker deshalb, weil es im vorhinein nahezu unmöglich ist zu prognostizieren, ob die mangelnde Tauglichkeit des Stoffes bei sorgfältigem Vorgehen hätte erkannt werden müssen oder nicht.

Obwohl in Österreich ein Rechtsmittel an den Obersten Gerichtshof nur dann zulässig ist, wenn eine Rechtsfrage vorliegt, die über den Einzelfall hinausgeht, und der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist (§ 502 ZPO), gibt es jährlich mehrere Entscheidungen zu Fragen der Haftung bei Stoffbeistellung. Diese bringen zwar oft keine neuen, bahnbrechenden Erkenntnisse, sondern wiederholen nur die immer wiederkehrenden Leitsätze früherer Entscheidungen und wenden diese auf den konkreten Sachverhalt an. Sie zeigen aber doch die praktische Bedeutung dieser Thematik, sodass es gerechtfertigt scheint, ihr auch im Rahmen der vorliegenden Tagung einige Gedanken zu widmen. Die folgenden Ausführungen stellen die Problematik aus der Praxis des österreichischen Anwaltes dar. →

^{*)} Der vorliegende Beitrag gibt die erweiterte Fassung eines Vortrages wieder, den die Verfasserin am 7. September 2006 bei der St. Galler Baurechtstagung gehalten hat.

ZfRV 2006/31

§ 1168a ABGB;
Art 65, 369 OR

Werkvertrag;
Warnpflicht;
Baugrundrisiko;
Haftung;
Architekt

B. Die Erfolgsverbindlichkeit des Werkunternehmers

Durch den Bauvertrag verpflichtet sich der Werkunternehmer zur Herstellung des darin näher beschriebenen Bauwerkes. Der Werkunternehmer schuldet dabei den vereinbarten Erfolg; er trägt daher grundsätzlich auch selbst das volle Risiko, ihn herstellen zu können. Die Gewährleistung ist prinzipiell verschuldensunabhängig, es spielt also normalerweise keine Rolle, ob dem Unternehmer ein Vorwurf am Misslingen des Werkes gemacht werden kann oder nicht. Von dieser „Grundregel“ der vollen Erfolgshaftung wird in unseren Rechtsordnungen in bestimmten Fällen, in denen der Mangel doch eher der Sphäre des Bestellers zuzuordnen ist, eine einschneidende Ausnahme gemacht, eben jene, die vorhin schon als „Jolly Joker“ bezeichnet wurde. Sie kann die Haftungssituation genau ins Gegenteil verkehren.

§ 1168 a letzter Satz, des österreichischen ABGB bestimmt nämlich:

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

Ganz ähnlich lautet auch Art 365 OR:

„Zeigen sich bei der Ausführung des Werkes Mängel an dem vom Besteller gelieferten Stoffe oder an dem angewiesenen Baugrunde, oder ergeben sich sonst Verhältnisse, die eine gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden, so hat der Unternehmer dem Besteller ohne Verzug davon Anzeige zu machen, widrigenfalls die nachteiligen Folgen ihm selbst zur Last fallen.“

Nur auf den ersten Blick scheinen diese Bestimmungen verschieden strukturiert. Denn während nach dem österreichischen Recht von einem „offenbar untauglichen Stoff“ die Rede ist, der erst zum Misslingen des Werkes führen muss, spricht die Schweizer Bestimmung davon, dass sich „Mängel am Stoff oder dem Baugrunde“ erst bei der Ausführung des Werkes zeigen, was dann eine gehörige Ausführung des Werkes „gefährdet“.

Tatsächlich sind die Unterschiede in beiden Bestimmungen jedoch eher sprachlicher Natur, gemeint ist offenbar dasselbe: Stoff oder Baugrund taugen nicht für die Ausführung des beauftragten Bauwerkes, und dies soll den Unternehmer zu einer Warnung, zu einer Anzeige der drohenden Ausführungsprobleme verpflichten. Unterlässt er dies, so hat er die daraus resultierenden Nachteile selbst zu tragen, was nichts anderes heißt, als dass er dennoch für die Mangelfreiheit des Bauwerkes Gewähr leisten muss.

Die Warnpflichtproblematik hat im Bauvertragsrecht einen weiteren Anwendungsbereich: Für den Bauvertrag ist nämlich stets charakteristisch, dass das Werk nicht „im luftleeren Raum“ geschaffen wird, sondern auf dem vorhandenen Baugrund aufzusetzen ist. Daher stellt sich die Frage, ob womöglich dieser ursächlich für ein Misslingen ist, in 100% aller Fälle. Manchmal stellt der Besteller noch zusätzlich Baustoffe bei oder macht – etwa durch seinen Architekten – genaueste Vorgaben darüber, welches Material zu verwenden ist. Schließlich haben oft auch bereits andere Unternehmer Vorleistun-

gen erbracht, von denen aus weiterzuarbeiten ist. Der Werkunternehmer versucht daher in der Praxis fast immer, diesen die „Schuld“ am Misslingen in die Schuhe zu schieben, um seiner eigenen Haftung zu entgehen. Gelingt dem Werkunternehmer letztlich der Nachweis, dass der Stoff oder Baugrund die Ursache der Mangelhaftigkeit ist, so wird er jedenfalls dann vom Erfolgsrisiko befreit, wenn er seiner Warnpflicht nachgekommen ist.

C. Fälle der Beistellung von Stoff durch den Besteller

Unter **Stoff** ist nach österreichischem Verständnis alles zu verstehen, aus dem, an dem oder mit dessen Hilfe das Werk zu vollbringen ist.¹⁾ § 1168 a ABGB geht von einem „weiten“ Stoffbegriff aus und erfasst nicht nur Baumaterialien und beigestellte Einbauteile, sondern etwa auch den **Baugrund**²⁾ oder das Bauwerk, an dem Arbeiten durchzuführen sind. Daher kann die eigene Anführung des Baugrundes im Gesetz – wie das im Schweizer Recht der Fall ist – unterbleiben. Als Stoff werden auch **Vorarbeiten** anderer Unternehmer oder des Werkbestellers selbst angesehen.³⁾

Daher sind mehrere Fallgruppen denkbar:

Der erste Fall ist derjenige, dass der Besteller tatsächlich **selbst Baustoff**, zB bestimmte Ziegel, Fliesen oä zur Herstellung des Werkes **beibringt**. Dies ist der klassische, im Gesetz geregelte Fall. Der Unternehmer hat dieses Baumaterial zu prüfen und bei Bedenken gegen seine Eignung zu warnen. Kann er die mangelnde Eignung trotz Sachkunde nicht erkennen, gehen allfällige hiedurch verursachte Mängel des Bauwerkes zu Lasten des Bestellers. Was das genau heißt, ist in weiterer Folge noch zu erörtern.

Weiters ist es denkbar, dass der Besteller die **Verwendung bestimmter Baumaterialien verbindlich vorschreibt**. Darin liegt zwar keine „Stoffbeistellung“ im klassischen Sinn, aber nach herrschender Ansicht handelt es sich dabei um eine verbindliche „Anweisung“ des Bestellers, welche ebenso behandelt wird wie die Stoffbeistellung. Zwar wird auch in Österreich nicht jeder Wunsch des Werkbestellers als risikoverlagernde Anweisung angesehen. Die hM⁴⁾ und die Rechtsprechung⁵⁾ nehmen eine Anweisung aber dann an, wenn der Werkbesteller dem Werkunternehmer nicht nur das Ziel, also das herzustellende Werk, nennt, sondern auch die **Art der Durchführung** konkret und verbindlich vorschreibt. Dies ist im österreichischen Recht in derselben Vorschrift geregelt wie die „gewöhnliche“ Stoffbeistellung; im Schweizer Recht findet sich die entsprechende Vorschrift in Art 369 OR. Ein Beispiel für einen solchen Fall zeigt uns die oberstgerichtliche Entscheidung SZ 58/7. Der Besteller schrieb für den Bau eines Hauses laut Vertrag „Perlomant-Steine“ vor, für die ein Attest einer amtlichen Prüfstelle vorlag. Der Unternehmer

1) Iro, ÖJZ 1983, 506; Schopf, Bauwirtschaft 80; SZ 52/15; HS 24.610.

2) Krejci, wbl 1988, 425; Kres, 6/93; eclex 1998, 315 ua.

3) JBI 1990, 656 (Dullinger); eclex 1998, 26.

4) Siehe etwa Iro, ÖJZ 1983, 506; Kurschel, Gewährleistung 21; Welser/B. Jud, Gewährleistung 53.

5) JBI 1987, 44; RdW 1999, 137 ua.

meldete Zweifel über dessen Eignung für das geplante Bauwerk an, welche der Besteller ignorierte. In der Folge kam es zu Feuchtigkeitsschäden, die zum Teil auf die Verwendung der „Perlomant-Steine“ zurückzuführen waren. Der OGH sprach aus, der Besteller habe das Material verbindlich vorgeschrieben, und den Werkunternehmer treffe keine Pflicht zur „Nachprüfung“ des Attests. Daher sei er für die daraus resultierenden Mängel nicht haftbar.

Wählt der Besteller hingegen den Stoff aus mehreren **Vorschlägen des Werkunternehmers** aus, etwa aus mehreren Fabrikaten, die ihm vom Unternehmer zur Wahl gestellt werden, so ist fraglich, ob auch dies unter Stoffbeistellung durch den Besteller fällt. Richtigerweise ist dies zu **verneinen**.⁶⁾ Der Grund dafür, dass das Gesetz den Werkunternehmer von seiner vollen Haftung für Mängel befreit, die auf den Stoff zurückzuführen sind, liegt nämlich darin, dass dieser aus der Sphäre des Bestellers stammt. Die Pflicht zur Warnung vor offener (dh für ihn erkennbarer) Untauglichkeit besteht deshalb, weil der Werkunternehmer nicht alle Eigenschaften eines fremden Stoffes kennen kann. Das trifft aber gerade dann nicht zu, wenn der Stoff aus seinem eigenen Sortiment stammt. Überdies wäre es in solchen Fällen auch merkwürdig, wenn der Unternehmer vor einer mangelnden Eignung des **von ihm selbst** vorgeschlagenen Stoffes zu warnen hätte.

Eine weitere Sachverhaltsvariante liegt dann vor, wenn der Besteller zwar keinen Stoff (im Sinne von Baumaterialien) beistellt, jedoch das Werk **aufbauend auf den Vorleistungen anderer Unternehmer** – also anderer Professionisten – **zu errichten ist**: Das im Rohbau bestehende Badezimmer ist zu verputzen und zu verfliesen; der vom Zimmermann hergestellte Dachstuhl ist vom Dachdecker zu decken. In beiden Fällen wird die bestehende Substanz, also die Vorleistungen anderer Werkunternehmer, als „Stoff“ angesehen, den der Werkunternehmer auf Tauglichkeit für das weitere Bauvorhaben zu prüfen und gegebenenfalls zu warnen hat.

Der letzte Fall ist jener des „**klassischen Baugrundrisikos**“. Auch hier ist völlig offenkundig, dass der Unternehmer bei Bedenken, das Bauwerk könnte auf dem Baugrund nicht erfolgreich errichtet werden, zu warnen hat. Die Frage der Erkennbarkeit der Nichteignung des Baugrundes ist erfahrungsgemäß besonders problematisch. Mangels besonderer Anhaltspunkte muss der Unternehmer nicht prüfen, ob der Grund an der Baustelle **ausnahmsweise** besondere Mängel, etwa eine besondere Aggressivität des Grundwassers, aufweist, und muss auch nicht nach unbekanntem Mängeln suchen.⁷⁾ Im verbauten Gebiet einer Großstadt muss bei Vornahme von Erdarbeiten allerdings sehr wohl mit dem Vorhandensein von Kabeln gerechnet werden.⁸⁾ Andererseits besteht keine Pflicht, die Auskunft des Bauführers, es seien keine Kabel vorhanden, nochmals zu überprüfen.⁹⁾

D. Der Umfang der Prüf- und Warnpflicht

Eine der entscheidenden Determinanten dafür, ob der „Joker“ der Nichtverantwortung für Mängel, die aus dem beigegebenen Stoff resultieren, erfolgreich sein

kann, ist also die Frage, ob der Unternehmer seiner Warnpflicht, seiner Pflicht zur Anzeige von zu erwartenden Problemen, ausreichend nachgekommen ist.

Hinter dem Schlagwort Warnpflicht verbergen sich bei genauerer Betrachtung **zwei** verschiedene Pflichten: Einerseits hat der Werkunternehmer den zur Verfügung gestellten „Stoff“ – im eben dargestellten, weiten Sinn – zu **untersuchen**, also zu **prüfen**, andererseits hat er seinen Vertragspartner gegebenenfalls zu **warnen**, also auf das mit dem „Beitrag“ verbundene Risiko hinzuweisen. Im Gesetz ist zwar nur von einer Warn- oder Anzeigepflicht die Rede, allerdings nimmt die ganz hA eine dieser vorgelagerte Pflicht zur Überprüfung des Stoffes des Bestellers an.

1. Die Prüfpflicht

Das Schweizer Recht spricht von „Mängeln an dem Stoff oder Baugrund“, welche sich bei der Ausführung „zeigen“ und die gehörige oder rechtzeitige Ausführung des Werkes gefährden. Es ist anerkannt, dass damit eine – wenigstens summarische – Prüfpflicht für die Materialien einhergeht.¹⁰⁾ Ganz ähnlich ist die Rechtslage in Österreich: Nach dem Gesetzeswortlaut in Österreich löst zwar scheinbar nur eine „**offenbare**“ Untauglichkeit oder Unrichtigkeit des Baustoffes die Warnpflicht des Werkunternehmers aus. Dies ist jedoch nicht wörtlich zu nehmen; vielmehr sind alle Umstände, die dem Werkunternehmer **bei sorgfältigem Vorgehen auffallen hätten müssen**, von Relevanz.¹¹⁾ Der Unternehmer muss im Rahmen des Zumutbaren auch Überprüfungen vornehmen.¹²⁾ Der konkrete Umfang der Prüfpflicht kann im Einzelfall strittig sein, weshalb sich eine vertragliche Regelung empfiehlt.

Im **Interesse des Werkbestellers** ist an die Normierung einer Pflicht zur umfassenden Überprüfung des Baugrundes zu denken; im Falle der Übergabe von Bodengutachten oder sonstiger Gutachten über die Eignung von Baumaterialien sollte der Hinweis, dass diese nur als **Orientierungsgrundlage** dienen und den Werkunternehmer nicht von eigenen Überprüfungen entbinden, nicht fehlen. Ratsam ist auch die Festschreibung einer Pflicht zur umfassenden Beratung des Bauherren, die Pflicht zur Mitteilung von Verbesserungsvorschlägen, Einsparungsvorschlägen oder Alternativen sowie letztlich die Pflicht zur Ausführung notwendiger Änderungen ohne Mehrkosten. Da die Rechtsprechung oft für die Reichweite der Prüfpflicht darauf abstellt, ob hierfür ein besonderes Entgelt bezahlt wird, findet man im Interesse des Bestellers schon in den Ausschreibungstexten immer öfter die Formulierung, dass ein eventuell für die Prüfung anfallendes Entgelt „in die Einheits- oder Pauschalpreise einzukalkulieren“ ist. Dies eröffnet dem Besteller das Argument, dass für die Überprüfung des Stoffes ohnedies besonders bezahlt wurde und daher der Umfang der Prüfung weiter gehen muss. →

6) *Kurschel*, Gewährleistung 21.

7) JBI 1988, 98.

8) JBI 1973, 35; JBI 1988, 788.

9) 1 Ob 628/77; 7 Ob 635/85.

10) *Zindel/Pulver*, Bask³ zu § 365 OR, Rz 17.

11) *ecolex* 1998, 126 uva.

12) *Iro*, ÖJZ 1983, 506.

Der **Werkunternehmer** wird in der Regel versuchen, seine Prüf- und Warnpflicht soweit wie möglich einzuschränken. Diese Einschränkung betrifft vor allem die Pflicht zur Prüfung des Baugrundes. Insbesondere wenn bereits Bodengutachten eingeholt worden sind, sollte die Maßgeblichkeit dieser Bodengutachten für den Werkunternehmer – ohne weitere Prüfpflicht – ausdrücklich vereinbart werden. Ferner wird der Unternehmer auch darauf Wert legen, dass ihn keine Pflichten zur Überprüfung der Qualität der Leistung anderer vor ihm tätig gewesener Werkunternehmer treffen, und er wird seine Prüfpflicht auf „offensichtliche“ Fehler des Stoffes einzuschränken trachten. In seinem Interesse sinnvoll ist auch eine Entscheidungspflicht des Werkbestellers bei Änderungsvorschlägen nach erfolgter Warnung sowie – damit einhergehend – die Zulässigkeit der vorschlagskonformen Ausführung bei nicht umgehender Entscheidung.

Im **Interesse beider Vertragspartner** ist idR die Nominierung einer zuständigen Person für die Entgegennahme von Warnungen und insbesondere die Klarstellung, ob die örtliche Bauaufsicht hierzu befugt ist, weiters die Festlegung des Sorgfaltsmaßstabes (bloß eigenes Fachwissen oder ggfs. Beiziehung von Sonderfachleuten) sowie ein Schriftformerfordernis für die Anzeige oder Warnung sinnvoll. In diesem Zusammenhang sollte dann auch gleich festgelegt werden, ob Telefax und vor allem E-Mail Schriftform darstellt.

Als **Grenzen** sind die für einen Haftungsausschluss geltenden Prinzipien und dort insbesondere die **Sittenwidrigkeitsklausel** des § 879 ABGB beachtlich.¹³⁾ Bis zu dieser Grenze ist sogar ein kompletter Ausschluss der Warnpflicht möglich. Selbst bei einem vertraglichen Haftungsausschluss bleibt jedoch die Pflicht des Werkunternehmers aufrecht, den Besteller **vor** Abschluss des Vertrages über die möglichen Gefahren des Misslingens des Werkes aufzuklären.¹⁴⁾

Mangels besonderer Vereinbarung kommt es darauf an, in welchem Umfang der Werkbesteller eine Prüfung **nach der Verkehrsauffassung** erwarten durfte.¹⁵⁾ Es sind alle jene Nachforschungen zu verlangen, die von einem sorgfältigen Werkunternehmer dieser Branche in der konkreten Situation gewöhnlich vorgenommen werden. Der Werkunternehmer muss die gem § 1299 ABGB von einem Sachverständigen zu erwartenden Fachkenntnisse bei der Untersuchung einsetzen. Er muss aber keine besonderen, nicht üblichen Prüfungen und Untersuchungen anstellen.¹⁶⁾ Ebenso wenig hat er davon auszugehen, dass der Baugrund an der Baustelle schlechter oder gefährlicher ist, als dies seiner Lage entspricht.¹⁷⁾ Im Zweifel darf der Werkunternehmer darauf vertrauen, dass die für die bestellte Leistung erforderlichen Voraussetzungen auf Seite des Werkbestellers vorliegen, sofern der Werkbesteller selbst nicht darauf hinweist, dass diesbezüglich Unklarheiten bestehen.¹⁸⁾ Die dem Werkunternehmer auferlegte Prüfpflicht darf daher generell nicht überspannt werden.¹⁹⁾ Insofern kein Entgelt für beizuziehende Prüforgane vorgesehen ist, muss davon ausgegangen werden, dass die Prüfung nur nach Maßgabe der vom Werkunternehmer zu gewährleistenden **eigenen Fachkenntnisse** zu erfolgen hat.²⁰⁾

Eine gewisse Rolle spielt auch die eigene **Fachkenntnis des Werkbestellers** oder der dem Werkbesteller zuzurechnenden Personen: Zwar ist prinzipiell auch ein fachkundiger Besteller zu warnen. Erhält der Werkunternehmer aber zB den Stoff vom Besteller unter Verweis auf ein Gutachten einer Stelle, deren Fachwissen weit über dem eigenen liegt – etwa ein Attest einer städtischen Prüf- und Versuchsanstalt – kann er in höherem Maße auf die Tauglichkeit vertrauen, als bei einem Beitrag eines Laien. So verneint der OGH²¹⁾ etwa die Haftung des Werkunternehmers, der unter Vorweisung eines unbedenklichen Gutachtens über die Materialeignung angewiesen wurde, einen bestimmten Werkstoff zu verwenden. Der Werkunternehmer muss auch nicht per se davon ausgehen, dass Vorarbeiten eines fachkundigen Dritten, auf denen seine Leistung aufbaut, nicht fachgerecht erfolgt sind.²²⁾

Die Beantwortung der Frage nach dem erforderlichen Ausmaß der Prüfpflicht ist im Wesentlichen das Ergebnis **wirtschaftlicher Überlegungen**.²³⁾ Der Prüfungsaufwand muss in einem **vernünftigen Verhältnis zur Werkleistung** und der **Höhe des Werklohnes** stehen.²⁴⁾ Der Werkunternehmer schuldet kommerziell vertretbare Nachforschungen. Besonders teure und aufwendige Untersuchungen muss er nicht durchführen, es sei denn, dies wurde ausdrücklich vereinbart,²⁵⁾ was freilich nach der Rechtsprechung auch konkludent durch ein besonders hohes Entgelt erfolgen kann.

2. Die Warnpflicht

Erkennt der Werkunternehmer im Rahmen seiner Prüfpflicht die Untauglichkeit des Stoffes (oder müsste er sie erkennen), so hat er dem Werkbesteller seine Bedenken mitzuteilen und ihn zu **warnen**. Der Werkunternehmer hat dem Werkbesteller mitzuteilen, welche Konsequenzen sich seiner Meinung nach aus der Verwendung des Stoffes ergeben; etwa dass das Werk misslingen könnte oder gar mit Sicherheit misslingen wird.²⁶⁾ Zweck der Warnpflicht ist es, dem Werkbesteller die **Möglichkeit zur Abwägung der Gefahren** und somit zur Entscheidung zu geben, ob er weiterhin auf der Verwendung des Stoffes beharren möchte. Die bloße Mitteilung der Fehlerhaftigkeit des Beitrags („Alibiwarnung“) genügt nicht.²⁷⁾ Die Warnung muss dem Werkbesteller auf eine Art und Weise zugehen, die ihn in die Lage versetzt, sie als solche zu erken-

13) Vgl. bspw. *ecolex* 1998, 204; s. auch *Krejci*, wbl 1999, 385.

14) So *RdW* 2000/109; vgl. auch *SZ* 33/139; *JBI* 1978, 208.

15) *Schopf*, *Bauwirtschaft* 82.

16) *JBI* 1992, 114 (*Karollus*); *ecolex* 1998, 126 uva; *Iro*, *ÖJZ* 1983, 506; *Langer*, *Bauvertragsnorm* 29.

17) So *RdW* 1998/2; *ecolex* 1998, 315.

18) wbl 1989, 259.

19) *SZ* 57/197; *SZ* 63/20; *ecolex* 1990, 543; *bbl* 2001/14 (*Frad*); *bbl* 2001/41.

20) wbl 1987, 119.

21) *SZ* 58/7.

22) *ecolex* 1994, 675; *ecolex* 1998, 26; vgl. aber auch *bbl* 2001/41.

23) *Schopf*, *Bauwirtschaft* 82.

24) Siehe etwa *Iro*, *ÖJZ* 1983, 507.

25) Siehe etwa *Kres* 6/93.

26) Siehe etwa *SZ* 27/292; *RZ* 1968, 107; vgl. auch *ecolex* 1998, 838 (*Wilhelm*).

27) *Iro*, *ÖJZ* 1983, 508; *Schopf*, *Prüf- und Warnpflicht* 35.

nen.²⁸⁾ Die bloße Eintragung im Bautagebuch ohne ausdrücklichen Hinweis an den Werkbesteller reicht daher für die Erfüllung der Warnpflicht nicht aus.²⁹⁾ Auch der bloße Vorschlag, zur näheren Überprüfung des Baugrundes einen Statiker beizuziehen, ohne darauf weiter zu bestehen und ausdrücklich auf die aus einer Unterlassung dieser Maßnahme resultierenden Gefahren hinzuweisen, genügt nicht.³⁰⁾

Die Warnung hat vielmehr – soweit zumutbar – die Ursache und die **Wahrscheinlichkeit** des **zu erwartenden Misserfolgs** zu enthalten. Dem Werkbesteller müssen die drohenden Folgen, die aus der Verwendung des Stoffes resultieren können, **deutlich vor Augen** geführt werden.³¹⁾

Mit welcher **Eindringlichkeit** der Hinweis auf die Folgen des Misslingens des Werkes im Einzelnen zu erfolgen hat, hängt von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von der **Fachkenntnis des Werkbestellers** oder seines Beauftragten, ab. Es ist allerdings nicht erforderlich, dass ein vollkommener Laie jedes technische Risiko im Detail versteht.³²⁾

Bei der Anwendung **neuer Bauweisen** oder **neuer Baustoffe** ist die Warnpflicht besonders intensiv.³³⁾ Vor allem hat der Werkunternehmer vor (noch) nicht anerkannten Methoden der Technik zu warnen. Entscheidend ist der Wissensstand und die technische Erkenntnis zum Zeitpunkt der Herstellung des Werkes; es besteht daher keine Warnpflicht, wenn wesentlich später technische Entwicklungen eine andere Art der Werkerstellung zweckmäßiger erscheinen lassen.³⁴⁾ Ohne hinreichende Einwilligung des Werkbestellers nach erschöpfender Aufklärung über die Risiken der neuen Arbeitsmethode trägt der Unternehmer das Risiko des Fehlschlagens.³⁵⁾ Die Warnpflicht besteht auch, wenn nicht der Stoff selbst mangelhaft ist, sondern die dem Werkunternehmer zur Verfügung stehende veraltete Bearbeitungsunterlage eine Beschädigung des Stoffes möglich erscheinen lässt.³⁶⁾

Hat der Werkunternehmer vor einem erkennbaren, das Werk beeinträchtigenden Mangel des Stoffes nicht gewarnt, aber vor einem anderen, der dann letztlich **kausal** für das Misslingen ist, so stellt dies keine ordnungsgemäße Warnung dar, denn der Werkbesteller war über die entscheidende Gefahr nicht aufgeklärt.³⁷⁾ Erlangt der Werkbesteller jedoch von sich aus Kenntnis über die Mangelhaftigkeit seines Stoffes oder Baugrundes und gibt dieses Wissen nicht an den Werkunternehmer weiter, so entfällt dessen Warnpflicht.³⁸⁾ In diesem Sinne wurde auch judiziert, dass ein Besteller, dem Bedenken von dritter Seite vorgetragen wurden, und der diese Bedenken bereits verworfen hat, nicht neuerlich zu warnen ist.³⁹⁾

Kommt der Werkunternehmer bei seiner Prüfung zu **keinem eindeutigen Ergebnis** oder kann er die Gefahr mangels einschlägiger, branchenfremder Spezialkenntnis nicht einschätzen, muss ihm aber die Un-tauglichkeit des Stoffes **möglich** erscheinen, hat er den Werkbesteller zumindest darüber aufzuklären und in diesem Sinne **zu warnen**.⁴⁰⁾ Die Warnpflicht geht somit weiter als die Prüfpflicht. Dem Werkunternehmer wird es durch eine solche Warnung wenigstens ermöglicht, weitergehende Untersuchungen zu veranlassen.

E. Form, Adressierung und Zeitpunkt der Warnung

1. Form

Gemäß § 883 ABGB gilt im österreichischen Recht der Grundsatz der Formfreiheit; demnach reicht eine mündliche Warnung grundsätzlich aus, sofern der Vertrag keinen allgemeinen Schriftformvorbehalt enthält. Aus Gründen der **Beweiserleichterung** ist aus praktischer Sicht jedenfalls zu **empfehlen**, dass die Warnung auch ohne gesonderte Vereinbarung **schriftlich** erfolgt.⁴¹⁾

Fraglich ist, ob der Werkunternehmer auch dann haftet, wenn er zwar gewarnt, aber das Schriftformerfordernis außer Acht gelassen hat. Unbestritten ist, dass das Schriftformgebot primär der Beweissicherung und der Gewährleistung der ausreichenden Warnung dient.⁴²⁾ Eine zuverlässige mündliche Mitteilung wird daher idR als ausreichend anzusehen sein; allerdings obliegt dann dem Werkunternehmer der Beweis, dass die Verletzung der Formvorschrift keine nachteiligen Folgen für den Werkbesteller hatte. Wären dieselben nachteiligen Folgen auch bei Beachtung der gebotenen Formvorschriften eingetreten, so genügt die mündliche Warnung.⁴³⁾

2. Adressierung

§ 1168 a ABGB trifft keine Aussage darüber, wer Adressat der Warnung ist, sondern setzt ganz selbstverständlich voraus, dass **der Werkbesteller** zu warnen ist. Auch wenn dem Werkunternehmer im täglichen Baugeschehen vorwiegend eine vom Werkbesteller verschiedene Person (zB die örtliche Bauaufsicht oder der planende Architekt) gegenüber tritt, ist die Warnung im Zweifel nicht dieser, sondern dem Werkbesteller gegenüber auszusprechen.⁴⁴⁾ Dies gilt insbesondere dann, wenn Reichweite und Inhalt der Vollmachten dieser Personen unklar sind. In der Praxis kommt es häufig vor, dass der Werkunternehmer seine Bedenken dem überwachenden Architekten mitteilt, weil dieser den Werkbesteller in den „technischen Angelegenheiten“ gegenüber dem Werkunternehmer vertritt.⁴⁵⁾ Damit wird zwar oft zumindest eine entsprechende **Anscheinsvollmacht** verbunden sein. Bei Unklarheiten sollten vorsichtshalber beide Personen, in jedem Fall aber der Werkbesteller gewarnt werden.⁴⁶⁾ Teilt der Bevollmächtigte oder ein Ge-

28) *Krejci* in *Rummel*⁹, § 1168 a Rz 29.

29) *bbl* 1998/166.

30) *Krejci* in *Rummel*⁹, § 1168 a Rz 29.

31) *ecolex* 1998, 838 (*Wilhelm*).

32) *ecolex* 1990, 543; vgl auch *SZ* 57/197; *SZ* 63/20; *bbl* 2001/14 (*Frad*); *bbl* 2001/41.

33) *Krejci* in *Rummel*⁹, § 1168 a Rz 33 a; *wbl* 1987, 120; *wbl* 1989, 307 (*Wilhelm*); *JB* 1992, 114.

34) *Krejci* in *Rummel*⁹, § 1168 a Rz 33 a; *JB* 1992, 114 (*Karollus*).

35) *Kres* 6/104.

36) *SZ* 43/210.

37) Siehe *Iro*, *ÖJZ* 1983, 507 f.

38) *bbl* 1999/95, *RdW* 1999/2.

39) *wbl* 1987, 219; *Krejci*, *wbl* 1988, 245.

40) *Iro*, *ÖJZ* 1983, 508.

41) *Schopf*, *Bauwirtschaft* 83.

42) *Schwarz*, *Bauvertragsrecht* 39; *Kaufmann*, *bbl* 2000, 154; *SZ* 58/7.

43) *IdS* auch *Kaufmann*, *bbl* 2000, 154.

44) *Schwarz*, *Bauvertragsrecht* 40; *Schopf*, *Bauwirtschaft* 83; *SZ* 35/73.

45) *Schwarz*, *Bauvertragsrecht* 40.

46) *Schwarz*, *Bauvertragsrecht* 40; *Schopf*, *Prüf- und Warnpflicht* 35 f.

hilfe des Werkbestellers die Bedenken des Werkunternehmers nicht, so muss er sich jedenfalls an den Werkbesteller wenden,⁴⁷⁾ der dann endgültig entscheidet.

3. Zeitpunkt

Die Warnpflicht ist, wie der OGH definiert hat,⁴⁸⁾ eine werkvertragliche Interessenwahrungspflicht, die – vor allem hinsichtlich des Baugrundes – auch schon **in contrahendo** bestehen kann. Die Hinweispflicht trifft den Werkunternehmer aber auch später, etwa nach Vertragsabschluss oder während der Ausführungsarbeiten, wenn erst dann Baumaterialien beigelegt werden.⁴⁹⁾ Entscheidend ist der Zeitpunkt der Erkennbarkeit der Untauglichkeit. Ist der Fehler erst im Zuge der Ausführungen erkennbar, ist eben dann unverzüglich zu warnen. Nach hA ist die Warnung innerhalb **angemessener Frist**, bei Gefahr in Verzug jedoch unverzüglich auszusprechen.⁵⁰⁾

F. Verbesserungsvorschläge

Häufig ist dem Werkbesteller – vor allem wenn er Laie ist – mit der Warnung allein nicht „gedient“; vielmehr sind für seine Entscheidung über das weitere Vorgehen Verbesserungsvorschläge des Werkunternehmers (etwa das Aufzeigen von Alternativen) und oft auch eine überschlagsmäßige Schätzung der damit verbundenen Kosten notwendig.⁵¹⁾ Der Werkunternehmer hat weiters **nach Möglichkeit** Verbesserungsvorschläge zu erstatten, weil aus der Warnpflicht auch die Pflicht abgeleitet werden kann, für den Werkbesteller eine taugliche Entscheidungsgrundlage zu schaffen.⁵²⁾

Maßstab für die „Möglichkeit“ des Werkunternehmers, konkrete Abhilfe vorzuschlagen, stellt wiederum (wie schon für die Prüfpflicht) das durchschnittliche Wissen und Können eines Fachmannes auf dem betreffenden Gebiet dar. Auch die für die Erarbeitung von Verbesserungsvorschlägen **notwendige Zeit** ist ein Kriterium.⁵³⁾ Insgesamt ist der Werkunternehmer jedenfalls nicht verpflichtet, umfangreiche Unterlagen auszuarbeiten oder Studien anzustellen. Maßstab könnte auch sein, ob die Ausarbeitung der Alternative nach der Verkehrsauffassung bereits als selbständiger Planungsauftrag anzusehen ist. Für die Mitteilung von Verbesserungsvorschlägen hat der Werkunternehmer jedenfalls – ebenso wie für die Prüfung und Warnung – mangels gegenteiliger Vereinbarung keinen gesonderten Entgeltsanspruch.

G. Rechtsfolgen der Warnpflichtverletzung

1. Allgemeines

Hat der Unternehmer all das eben Erwähnte getan, also den Stoff oder Baugrund sorgfältig geprüft und deutlich und eindringlich gewarnt, so gibt es in der Praxis selten ein Problem. Viel häufiger aber sind die Fälle, in denen sich eine ordnungsgemäße Prüfung und Warnung nicht eindeutig beweisen lässt. Dann wird diese Frage zur großen Unbekannten im bevorstehenden Bauprozess, eben zum „Jolly Joker“: Denn je nachdem, ob der Bauunternehmer die fehlende Eignung des Baugrundes oder Baustoffes erkennen musste oder nicht, haftet er entweder voll oder gar nicht.

Aus der Bestimmung über die Prüf- und Anzeigepflicht bei Stoffbeistellung wird nämlich nach herrschender Ansicht⁵⁴⁾ abgeleitet, dass der Unternehmer **nur dann** für den Schaden verantwortlich ist **und auch nur dann Gewähr leisten muss**, wenn er seine Warnpflicht verletzt hat. Dasselbe gilt, wenn der Unternehmer die Untauglichkeit des vom Besteller stammenden „Beitrags“ (mangels Offenkundigkeit) nicht erkennen musste, sodass keine Warnpflicht bestand. Diese Regelungen decken sich auch mit der Schweizer Rechtslage, wonach dem Werkunternehmer ebenfalls nur bei einer Verletzung seiner Anzeigepflicht nach § 365 Abs 3 OR die „nachteiligen Folgen zur Last fallen“.⁵⁵⁾

Der **Werkunternehmer** ist also gem § 1168 a ABGB für Mängel oder Schäden, die auf einen mangelhaften Stoff oder Baugrund des Werkbestellers zurückgehen, **nicht verantwortlich**, wenn er den Werkbesteller vor den mit dem Material (oder einer Anweisung, die insofern gleichbehandelt wird) verbundenen **Risiken ausreichend gewarnt** hat.⁵⁶⁾ Er hat aber auch nicht für Mängel oder Schäden einzustehen, wenn Stoff oder Baugrund, die für die Errichtung des Bauwerkes ungeeignet sind, **nicht „offenbar“⁵⁷⁾ untauglich oder ungeeignet** waren, dh wenn der Werkunternehmer die Untauglichkeit des Beitrags des Werkbestellers nicht erkennen konnte und daher auch nicht vor seiner Untauglichkeit warnen musste.

Eine Verletzung der Warnpflicht setzt ein **Verschulden** des Unternehmers, also den Vorwurf voraus, dass er die Untauglichkeit des „Beitrags“ des Bestellers **bei gehöriger Sorgfalt hätte erkennen müssen**.⁵⁸⁾

Misslingt das Werk auf Grund einer **Warnpflichtverletzung**, **so verliert** der Werkunternehmer seinen **Entgeltsanspruch**. Hat das Werk für den Werkbesteller noch einen Wert, schuldet er nur eine diesem reduzierten Wert angemessene Vergütung.⁵⁹⁾ Außerdem ist der Werkunternehmer verpflichtet, den entstandenen **Schaden** zu ersetzen. Dies betrifft nicht nur den sogenannten „Mangelschaden“, etwa erforderliche Verbesserungskosten, sondern auch den weitergehenden „Mangelfolgeschaden“. Der Werkunternehmer haftet allerdings nur für die Differenz zwischen dem tatsächlich eingetretenen und jenem (fiktiven) Schaden, der auch bei rechtmäßigem Verhalten, also bei ordnungsgemäßer Warnung, eingetreten wäre.⁶⁰⁾ Der geschädigte Werkbesteller ist so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Warnpflicht gestanden wäre.⁶¹⁾ Kosten, die auch bei entsprechender Warnung entstanden wä-

47) Schwarz, Bauvertragsrecht 40; bbl 1998/166.

48) JBI 1987, 662.

49) Schwarz, Bauvertragsrecht 39; SZ 63/20; ecolx 1993, 519.

50) Schopf, Prüf- und Warnpflicht 34; ders, Bauwirtschaft 83; Schwarz, Bauvertragsrecht 39.

51) Schopf, Prüf- und Warnpflicht 37.

52) Schopf, Prüf- und Warnpflicht 37; Schwarz, Bauvertragsrecht 40.

53) Schopf, Prüf- und Warnpflicht 37.

54) Krejci im Rummel⁸, § 1168 Rz 38; SZ 58/7.

55) Zindel/Pulver, Bask³ zu § 365 OR, Rz 34.

56) Zu den Rechtsfolgen vgl auch Karasek, ecolx 2000, 620.

57) Zur Auslegung dieses Begriffs vgl Wenusch, ecolx 1998, 756.

58) Kurschel, Gewährleistung 28; zu den Anforderungen an den Unternehmer Iro, ÖJZ 1983, 506ff.

59) Schwimann/Rebhahn, ABGB V, § 1168 a Rz 32.

60) Krejci im Rummel⁸, § 1168 a Rz 35.

61) wbl 1987, 119.

ren, sind demnach nicht ersatzfähig.⁶²⁾ Das Interesse an einem mangelfreien Werk ist somit nicht zu ersetzen.⁶³⁾

Obwohl in der Warnpflichtbestimmung des § 1168 a ABGB ausdrücklich nur auf den Schadenersatz Bezug genommen wird, gilt diese Bestimmung nach hM⁶⁴⁾ auch für die **Gewährleistungspflicht**, die somit **ausnahmsweise von einem Verschulden des Werkunternehmers abhängig ist**.⁶⁵⁾ Dies ist eine konsequente Fortführung der prinzipiell im Werkvertragsrecht geltenden „Sphärentheorie“. Danach hat der Besteller den Werklohn zu entrichten, wenn ihm die Umstände zuzurechnen sind, die zum (vollständigen) Unterbleiben des Werkes führen. Dasselbe soll gelten, wenn der Unternehmer die Herstellung des Werkes zwar versucht, dies aber schließlich aus unvorhersehbaren Gründen aus der Sphäre des Bestellers, insbesondere wegen ungeeignetem Stoff oder Baugrund misslingt. In diesen Fällen kann der Werkbesteller daher auch im Wege der Gewährleistung nicht die Herstellung eines mangelfreien Werkes verlangen.

Vorwerfbare, fehlerhafte Bodenuntersuchungen können weiters auch zur Anfechtung oder Anpassung des Bauvertrages durch den Werkunternehmer führen, wenn derartige Unterlagen ihn bei Vertragsabschluss in die Irre geführt haben.⁶⁶⁾ Wenn aber der Bauvertrag trotz erheblicher Erfüllungsstörungen aufrecht bleibt, kommen die werkvertragsrechtlichen Gefahrtragungsregeln zum Zuge.⁶⁷⁾

2. Die Fallvarianten im Einzelnen

Bei der Beistellung des Stoffes oder Baugrundes durch den Werkbesteller sind **vier Fälle** zu unterscheiden:

1. Der Werkunternehmer **erkennt die Untauglichkeit des Stoffes oder Baugrundes und warnt**. Der Werkbesteller beachtet die Warnung und es kommt insofern zu einer nachträglichen **Abänderung des Vertragsinhalts**, die auch mit einer Entgeltsänderung verbunden sein kann. Das Bauwerk kann deshalb mangelfrei hergestellt werden; eine Haftungssituation (sowohl gewährleistungs- als auch schadenersatzrechtlich) entsteht gar nicht.

2. Der Werkunternehmer **erkennt die „Gefährlichkeit“ des Beitrags des Werkbestellers und warnt ihn** ausreichend. Der **Werkbesteller missachtet aber die Warnung** und besteht auf der ursprünglichen Ausführung des Werkes. Kommt es deshalb zu Mängeln, so behält der Werkunternehmer seinen vollen Entgeltsanspruch. Es bestehen – trotz Mangelhaftigkeit des Werkes – keine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche.

3. Der Werkunternehmer **erkennt die Untauglichkeit des Stoffes nicht**, obwohl er den „Beitrag“ des Werkbestellers **ausreichend sorgfältig geprüft** hat. In diesem Fall haftet er für Mängel, die auf die Ungeeignetheit des Stoffes oder Baugrundes zurückgehen, nicht. Vielmehr schlägt der Gedanke durch, dass der Werkbesteller jenen Mangel zu vertreten hat, der durch einen „Beitrag“ aus seiner Sphäre ausgelöst wurde. Der Werkunternehmer behält – trotz Mangelhaftigkeit des Werkes – seinen vollen Entgeltsanspruch. Es bestehen keine Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche.

4. Der Werkunternehmer **erkennt die Untauglichkeit des Stoffes nicht, obwohl er sie bei ausreichender Sorgfalt erkennen müsste**. Er warnt den Werkbesteller daher nicht. Misslingt das Werk, so kann der Werkbesteller Gewährleistungsansprüche und auch Schadenersatz geltend machen, obwohl der „Beitrag“, der zum Misslingen geführt hat, von ihm stammt. Grund dafür ist, dass der Werkunternehmer schuldhaft seine Warnpflicht verletzt hat.

Zwischen Fall 3 und Fall 4 besteht nur der eine Unterschied, ob der Unternehmer die mangelnde Eignung des Stoffes hätte erkennen müssen. Tatsächlich erkannt hat er sie in beiden Fällen nicht. Diese Erkennbarkeit wird somit zum Gegenstand langer Prozesse, an deren Beginn ein mangelhaftes Werk und an deren Ende für jede Prozesspartei die Frage steht, ob der „Jolly Joker“ der Warnpflicht letztlich den gewünschten Erfolg gebracht hat. Unvorhersehbar ist das Ergebnis meistens, insbesondere für den beratenden Juristen.

3. Geteilte Verantwortung von sachverständigem Werkbesteller und Werkunternehmer

Die Warnpflicht besteht nach unbestrittener Ansicht **auch gegenüber einem sachverständigen Werkbesteller**,⁶⁸⁾ wobei diesem ein allenfalls beigezogener sachkundiger Berater ebenso zuzurechnen ist wie eigener Sachverstand. Allerdings kann der Werkunternehmer in höherem Maße auf die Tauglichkeit des Stoffes oder Baugrundes vertrauen, wenn dieser bereits von einem Fachmann überprüft wurde. Auch das deckt sich mit dem Schweizer Recht, nach dem die Anzeigepflicht des Werkunternehmers umso geringer ist, je mehr Sachkunde der Werkbesteller hat.⁶⁹⁾

Das Verschulden von beigezogenen Sachverständigen ist dem Werkbesteller jedoch nur dann zuzurechnen, wenn diese **Pflichten** oder **Obliegenheiten** verletzt haben, die **ihn selbst** gegenüber dem Werkunternehmer auf Grund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung **treffen** oder die er nachträglich übernommen hat.⁷⁰⁾ Zu fragen ist also, ob der Werkbesteller dem Werkunternehmer gegenüber verpflichtet ist, bestimmte Leistungen selbst zu erbringen.

Kauft der Werkbesteller untaugliches **Baumaterial**, muss er sich ein allfälliges Verschulden des Verkäufers idR nicht zurechnen lassen, da der Verkäufer bei der Erbringung seiner Leistung nicht Pflichten nachkommt, die den Werkbesteller gegenüber dem Werkunternehmer treffen, sondern mit der Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten nur seine eigenen Belange wahrnimmt.⁷¹⁾ Es bleibt hier bei der allgemeinen Warnpflichtregel. →

62) *ecolex* 1999, 823 (*Wilhelm*).

63) *ecolex* 1998, 315; RdW 1999, 648.

64) *Kurschel*, Gewährleistung 18; *Krejci* in *Rummel*, § 1168 Rz 38 uva.

65) *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹² II 249.

66) Vgl. *Krejci*, wbl 1989, 259.

67) *Krejci*, wbl 1988, 425.

68) Vgl. bspw. JBI 1992, 114.

69) *Zindel/Pulver*, Bask⁹ zu § 365 OR, Rz 19.

70) *Welser*, Schadenersatz 48; *ecolex* 1999, 393 (*Spunda*).

71) *Iro*, ÖJZ 1983, 513.

Aus demselben Grund muss sich der Werkbesteller auch nicht das Verschulden von Werkunternehmern zurechnen lassen, die **Vorarbeiten** verrichtet haben. Ebenso wenig kann der die Vorarbeiten ausführende Unternehmer argumentieren, der „Nachfolger“ hätte seine Leistung doch zu überprüfen und ein „Ausufern“ des Schadens zu verhindern gehabt: Erleidet ein Werkbesteller also einen Schaden durch die Schlechterfüllung eines Werkunternehmers, so ist die Warnpflichtverletzung eines zweiten Werkunternehmers, dessen Leistung auf der des ersten aufzubauen hatte, ihm nicht als Gehilfenverschulden zuzurechnen, das die Verantwortlichkeit des ersten Werkunternehmers mindert. Denn der Besteller war nicht zur Kontrolle der ersten Werkleistung verpflichtet. Beide Unternehmer haften dem Besteller dann, wenn ihr Beitrag zum Schaden sich nicht ermitteln lässt, solidarisch.⁷²⁾

Der OGH rechnet dem Werkbesteller ganz allgemein das Verschulden von fachkundigen Vorunternehmern nur zu, wenn diese nicht den Stoff, sondern Beratung, Gutachten, Pläne u.ä. liefern.⁷³⁾ So hat beispielsweise der Werkbesteller, der zur Abwicklung seiner Vertragsbeziehung mit dem Unternehmer einen Sachverständigen bezieht, auch für dessen Fachkunde einzustehen, weil dieser die Pflichten des Bauherrn bei der Koordination der Bauarbeiten übernimmt.⁷⁴⁾ Sappo gesagt, kann also auf den ersten Blick der nicht fachmännisch beratende Besteller haftungsmäßig besser gestellt sein, weil ihn idR kein Mitverschulden trifft.

Verursacht nämlich der vom Werkbesteller beige-stellte Stoff oder Baugrund einen Schaden, obwohl sowohl der Werkbesteller als auch der Werkunternehmer dessen Ungeeignetheit hätten erkennen können und müssen, so kommt nach hL⁷⁵⁾ und Rsp eine **Schadens- teilung** wegen Mitverschuldens in Betracht.⁷⁶⁾ Das Verhältnis der Schadenstragung bestimmt sich nach dem Grad des Verschuldens.⁷⁷⁾ Während technische Sachverständige oft eine „prozentgenaue“ Zuordnung ermitteln können, nehmen Gerichte häufig eine Teilung 1:1 oder 1:2 vor. Ein Teil der Lehre lehnt die Berücksichtigung eines Mitverschuldens im Rahmen der Warnpflichtverletzung jedoch ab.⁷⁸⁾ Nach einer jüngeren Entscheidung des OGH⁷⁹⁾ hat die Zurechnung des Misserfolgs an beide Parteien dabei in der Form zu erfolgen, dass die Höhe des dem Unternehmer zustehenden Werklohnes der dem Verschuldensanteil des Bestellers entsprechenden Quote vom vereinbarten Entgelt entspricht oder – bei Vorauszahlung – der Besteller einen Rückzahlungsanspruch auf einen Teil des hingegebenen Geldbetrages hat, der sich nach dem Mitverschulden des Unternehmers richtet.

In diesen Mitverschuldensfällen ist es nur konsequent, auch die **Gewährleistung**, die in diesen Fällen ja vom Verschulden abhängt, ebenso wie den Schadenersatz, zu **teilen**.⁸⁰⁾ Im Rahmen der Wandlung kann der Werkbesteller dann nicht den gesamten Werklohn, sondern nur den dem Verschuldensanteil des Werkunternehmers entsprechenden Teil zurückfordern; ebenso ist in den Preisminderungs-fällen vorzugehen. Wählt der Werkbesteller die Verbesserung, muss er einen seinem Mitverschuldensanteil entsprechenden Zuschuss zu deren Kosten bezahlen.⁸¹⁾

Der (österreichische) OGH hat zu einer expliziten **Teilung der Gewährleistungsansprüche selbst** zwar noch nicht Stellung genommen. Er hat allerdings ausgesprochen, dass in einem Fall, in dem dem **Werkbesteller ein Verschulden trifft**, „insoweit“ auch seine **Gewährleistungsansprüche entfallen**.⁸²⁾ Bei weitaus überwiegendem Mitverschulden des Werkbestellers hat dieser den Schaden allein zu tragen; die Gewährleistung „entfällt“ in diesen Fällen ebenfalls zur Gänze.⁸³⁾

Dem nicht sachverständigen oder sachverständig beratenen Werkunternehmer ist idR kein Mitverschulden vorzuwerfen. Nur wenn die Ungeeignetheit des Stoffes oder Baugrundes auch einem Laien deutlich erkennbar ist, sodass er trotz Unterbleibens von Einwendungen des Werkunternehmers mit dem Misslingen des Werkes rechnen muss, kommt trotz mangelnden Sachverständes ein Mitverschulden in Betracht.⁸⁴⁾

72) eclex 1995, 714.

73) Siehe etwa JBI 1987, 44; SZ 58/7; eclex 1999, 393 (Spunda).

74) Vgl JBI 1992, 114.

75) *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 263; *Kurschel*, Gewährleistung 19 ff; *Kozio*, Haftpflichtrecht I Rz 12/23.

76) Etwa JBI 1993, 521 (*Iro*); eclex 1999, 393 (Spunda); eclex 2000, 793 (*Thaler*); SZ 58/7; vgl auch *Dullinger*, JBI 1990, 95 f.

77) *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 327 mwN.

78) *Kletečka*, Gehilfenverhalten 73 ff; JBI 1992, 114 (*Karollus*); *Wilhelm*, eclex 1998, 822. Die Rechtsgrundlage dafür bietet § 1304 ABGB: „Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen.“

79) RdW 2002, 460.

80) *Kurschel*, Gewährleistung 19 f; *Dullinger*, JBI 1990, 95; *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II 263; *Welser/B. Jud.*, Gutachten 65 ff; *Sturm* in wbl 2000, 299; vgl aber auch (de lege ferenda) *Krejci*, Reform 28 ff, aA *Karollus*, JBI 1992, 117; *I. Welser*, Die Allein- und Mitverantwortlichkeit des Bauherrn für Baumängel, in *Koller* (Hrsg), Haftung für Werkmängel (1998) 70 ff.

81) *I. Welser*, Allein- und Mitverantwortlichkeit des Bauherrn für Werkmängel, in *Koller*, Hrsg, Haftung für Werkmängel 71.

82) SZ 58/7; Hiezu hat der OGH einzelne Mängel dem Werkbesteller und andere dem Werkunternehmer zugeordnet, was praktisch auf eine geteilte Gewährleistung hinausläuft.

83) eclex 1991, 609 (*Wilhelm*).

84) Siehe etwa *Iro*, ÖJZ 1983, 510 ff.

→ In Kürze

Die Vielzahl der eben dargelegten Fallkonstellationen zeigt, dass die zur Beurteilung einer Haftung des Werkunternehmers zu klärenden zentralen Fragen, nämlich ob dieser die Mangelhaftigkeit des beige-stellten Stoffes auch tatsächlich erkennen konnte und ob er den Werkbesteller hinreichend gewarnt hat, fast ausschließlich auf Sachverhaltsebene zu lösen und damit Gegenstand der freien richterlichen Beweiswürdigung sind. „Theoretisch“ klar und eindeutig zu beurteilende Fragen der Haftung des

Werkunternehmers können daher durch entsprechende Sachverständigengutachten und Zeugenaussagen noch gewaltig ins „Schwanken“ gebracht werden. Noch facettenreicher sind die daraus resultierenden Rechtsfolgen: Volle Haftung bei Warnpflichtverletzung, keine Haftung bei nicht erkennbarer Untauglichkeit des Stoffes; geteilte Haftung dann, wenn auch der Besteller die schlechte Qualität des Baugrundes hätte erkennen müssen. Die „Palette“ der möglichen Prozessausgänge reicht von 0 bis 100 Prozent, obwohl die faktische Ausgangssituation – nämlich das Vorliegen eines mangelhaften Bauwerkes – von vornherein



feststeht. Die Behauptung einer Warnpflichtverletzung des Werkunternehmers sowie der gegenteilige Standpunkt, dass die Mangelhaftigkeit des beigestellten Baustoffes nicht erkennbar war, können daher die Haftungssituation grundlegend ändern und sind daher – prozessual gesehen – wahrlich ein „Jolly Joker“ jedes Bauprozesses.

→ Zum Thema

Über die Autorin:

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser ist Rechtsanwältin und Partner bei Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwältinnen, dort leitet sie die Abteilung „contentious business“. Weiter lehrt sie Privatrecht (Zivil- und Handelsrecht) an der Sozial- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien. Sie ist Autorin von nahezu 50 Publikationen zu den verschiedensten wirtschaftlichen Themen, darunter die Bauvertragsmuster im „Wiener Vertragshandbuch“, Prüferin für die Rechtsanwaltsprüfung und ständiger Vortragender zu bauvertraglichen Themen. Tätigkeitsschwerpunkte als Anwältin: Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht, Bauvertragsrecht, Vergaberecht, allgemeines Wirtschaftsrecht, Prozessführung und Schiedsgerichtbarkeit, Universitäts-, Krankenanstalten- sowie Luftfahrtrecht. Kontaktadresse: CHSH, Parkring 2, A-1010 Wien, Telefon: 43/1/514 35 121, Telefax: 43/1/514 35 37, E-Mail: irene.welser@chsh.at

Von derselben Autorin erschienen:

Irene Kurschel, Die Gewährleistung beim Werkvertrag (1989); *Rudolf und Irene Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994); *Irene Welser*, Y2K – Das Jahr 2000-Problem (1999); *Irene Welser*, Warnpflicht des Werkunternehmers in *Straube/Aicher* (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II (2002); *Irene Welser*, Bauverträge in *Hausmaninger/Petsche/Vartian* (Hrsg), Wiener Vertragshandbuch, Bd 1 Wirtschaftsrecht (2006); weitere Literatur s www.chsh.at

Literatur:

Elsner, Bauverträge gestalten (D) (2003), *Ingenstau/Korbion*, VOB¹⁵ (D) (2003), *Iro*, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ 1983, 505; *Karasek*, ÖNORM B 2110 (2003); *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts¹³ II (2007); *Kropik*, Der Bauvertrag und die ÖNORM B 2100 (2002); *Langer*, Die Bauvertragsnorm B 2110/2000² (2000); *Welser Rudolf* unter Mitarbeit von *Welser Irene*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994); *Welser Rudolf/Jud Brigitta*, Die neue Gewährleistung (2001); *Welser Irene*, Warnpflicht in *Straube/Aicher* (Hrsg); Warnpflicht Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II (2002); *Zindel/Pulver*, Bask³, Obligationsrecht I.

