

BAUVERTRAG
UND
GENERALUNTERNEHMERVERTRAG

KURS LVNR: 030 374
SOMMERSEMESTER 2018

LV-LEITER:
RA DR. GEORG KARASEK

I. Die Strukturierung von Projektabwicklungen	15
A. Einzelvergabe oder Bündelung.....	15
B. Entscheidungsgrundlagen für die Strukturierung des Projektes	15
1. Haftung.....	15
2. Vollständigkeit der Leistung	15
a) Funktionale und konstruktive Ausschreibung	15
b) Pauschalpreisvertrag: Mengenrisiko und Vollständigkeitsgarantie.....	15
c) Garantierter Kostenvoranschlag	16
d) Generalunternehmervertrag	16
3. Kostensicherheit.....	16
a) Schätzungsgenauigkeit bei Kostenschätzungen	16
b) Kostengarantie	16
II. Die Strukturierung von Planungsleistungen	16
A. Der Generalplaner	16
1. Was ist ein Generalplaner?.....	16
2. Haftung des Generalplaners für alle Planungsleistungen	16
a) Die Haftung des Generalplaners hängt von der Vertragsgestaltung ab	16
i) Subplaner sind Erfüllungsgehilfen.....	16
ii) Subplaner sind nicht Erfüllungsgehilfen.....	17
B. Die Fachplaner.....	17
C. Die örtliche Bauaufsicht (ÖBA)	17
1. Aufgaben der örtlichen Bauaufsicht.....	17
b) Die früheren Regelwerke	17
c) Die Rechtsprechung	17
i) Überwachung der Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit den Plänen.....	18
ii) Überwachung der Herstellung auf Übereinstimmung mit den technischen Regeln.....	18
iii) Überwachung des Zeitplanes	19
iv) Abnahme von Teilleistungen	19
v) Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen	19
vi) Führung des Baubuches	19
vii) Koordination der Leistungen und die Vertretung des AG	19
d) Rechtsgeschäftliche Befugnisse der ÖBA.....	19
e) Solidarhaftung mit anderen Beteiligten.....	20
D. Die Projektsteuerung	20
E. Die begleitende Kontrolle	20
III. Die Strukturierung von Bauleistungen.....	20
A. Der Generalunternehmer	20
1. Was ist ein Generalunternehmer?.....	20
2. Leistungserbringung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.....	20
B. Der Subunternehmer.....	20

1. Was ist ein Subunternehmer?	20
2. Der Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Generalunternehmers	21
a) Wann ist der Subunternehmer Erfüllungsgehilfe?.....	21
b) Die Haftung des Generalunternehmers für das Verschulden des Subunternehmers	22
c) Die Haftung des AN für das Verschulden des Händlers	22
d) Die Haftung des Händlers für das Verschulden des Herstellers.....	22
e) Die Haftung des AN für das Verschulden des Herstellers.....	22
f) Die Haftung des Herstellers für das Verschulden des Zulieferanten	23
g) Haftung des Generalunternehmers für Begleitschäden?	23
h) Die Beweislastumkehr	24
i) Der Rückgriffsanspruch des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer	24
3. Verschränkung der Verträge?.....	25
a) Keine speziellen gesetzlichen Regelungen.....	25
b) Einzelfälle der Vertragsverschränkung	26
i) Durchstellen der Vertragsstrafe?.....	26
ii) Übernahme des Subunternehmergewerkes gleichzeitig mit Übernahme des GU-Gewerkes.....	27
iii) Zahlung an den Subunternehmer erst bei Zahlung des Bauherrn an den Generalunternehmer	27
iv) Gleichschaltung der Gewährleistung Bauherr – GU – SubU.....	28
v) Zahlungsansprüche des Subunternehmers bei Konkurs des Bauherrn	29
vi) Zahlungsansprüche des Subunternehmers bei Konkurs des Generalunternehmers.....	29
vii) Schädigung eines Subunternehmers durch einen anderen Subunternehmer	29
viii) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	29
C. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	29
1. Was ist der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?	29
2. Rechtliche Besonderheiten	30
a) Der geschützte Personenkreis.....	30
b) Haftung für Gehilfen.....	33
c) Beweislast	33
d) Umfang der Haftung	33
3. Der Umfang der Schutzpflichten.....	33
IV. Abrechnungsgrundlagen.....	33
A. Der Einheitspreisvertrag (8.1 Z 1).....	34
1. Der Begriff	34
2. Vergabe zu Einheitspreisen	34
3. Beschreibung der Leistung im Leistungsverzeichnis	34
a) Das Leistungsverzeichnis	34
b) Ausschreibungs-, Angebots- und Vertragsleistungsverzeichnis	34
c) Anforderungen an ein Leistungsverzeichnis	34
d) Die Gliederung eines Leistungsverzeichnisses	34
i) Positionen	34
ii) Leistungsgruppen.....	35

iii) Gesamtpreis	35
4. Abrechnung nach den tatsächlichen Mengen	35
B. Der Pauschalpreisvertrag (8.1 Z 2)	35
1. Der Begriff	35
2. Vergabe zu Pauschalpreisen	35
3. Die funktionale Leistungsbeschreibung	35
4. Pauschalierung des Preises	36
5. Pauschalierung der Leistung?	36
6. Abgrenzung Pauschalpreis – garantierter Kostenvoranschlag	36
C. Der Regiepreisvertrag (8.1 Z 3)	37
1. Der Begriff	37
2. Vergabe zu Regiepreisen	37
3. Beschreibung der Regieleistungen	37
4. Angehängte und selbständige Regieleistungen	37
a) Der Regiepreisvertrag über angehängte Regieleistungen	38
i) Der Begriff	38
ii) Das Optionsrecht des AG	38
iii) Der Leistungsvertrag	38
iv) Bis zu welchem Zeitpunkt kann der AG spätestens Regieleistungen abrufen?	38
v) Bis zu welchem Zeitpunkt sind rechtzeitig abgerufene Regieleistungen fertigzustellen?	39
vi) Hat der AG ein Wahlrecht zwischen der Abrechnung zu Einheitspreisen oder zu Regiepreisen?	39
b) Der Regiepreisvertrag über selbständige Regieleistungen	39
5. Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand	39
V. Das Zustandekommen des Bauvertrags	39
A. Der Abschluss des Bauvertrags	39
1. Formfreiheit	39
a) Der mündliche Vertragsabschluss und das kaufmännische Bestätigungsschreiben	39
b) Schriftformvorbehalt	40
c) Der schriftliche Vertragsabschluss	40
d) Der Abschluss des Bauvertrags durch schlüssiges Verhalten	40
i) Widerspruchslose Annahme von Bauarbeiten	40
ii) Schweigen zu einem Vertragsanbot	40
2. Bindung des Offerenten	40
B. Kostenvoranschläge	41
1. Was ist ein Kostenvoranschlag?	41
2. Die Entgeltlichkeit von Kostenvoranschlägen	41
a) Unternehmergeschäft	41
b) Verbrauchergeschäfte	43
VI. Vertragsbestandteile	43
A. Allgemeines (5.1.1)	43
1. Anwendbarkeit aller technischen und rechtlichen ÖNORMEN (5.1.1)	43

a) Normen technischen Inhalts (5.1.1 Z 1)	43
b) Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx (5.1.1 Z 2)	43
c) Die ÖNORMEN B 2111 und B 2114 (5.1.1 Z 3).....	43
B. Maßgebende Fassung der ÖNORMEN (5.1.2).....	43
C. Reihenfolge der Vertragsbestandteile	43
1. Vertragsbestandteile	44
a) Die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist (5.1.3 Z 1)	44
i) Wie kommt ein Vertrag zustande?.....	44
ii) Ausschreibung	44
iii) Leistungsverzeichnis	44
iv) Angebot	44
v) Angebotsannahme.....	44
vi) Schluss- und Gegenschlussbrief.....	45
vii) Übergabe eines Leistungsverzeichnisses ist die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots	45
viii) Durch die Annahme des Angebots kommt der Vertrag zustande	45
ix) Schriftlichkeit des Vertrags.....	45
b) Die Beschreibung der Leistung und das Leistungsverzeichnis (5.1.3 Z 2)	45
i) Funktionale und konstruktive Leistungsbeschreibung	45
ii) Lang- und Kurz-Leistungsverzeichnisse.....	45
iii) Standardisierte Leistungsbeschreibungen	45
c) Pläne, Zeichnungen, Muster (5.1.3 Z 3).....	46
i) Pläne für Bauleistungen	46
ii) Pläne für Leistungen der Haustechnik	46
d) Baubeschreibung, Technischer Bericht (5.1.3 Z 4).....	47
e) Besondere Bestimmungen für den Einzelfall (5.1.3 Z 5)	47
f) Allgemeine Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG oder AN (5.1.3 Z 6).....	47
i) Gemeinde Wien	47
ii) Wiener Stadtwerke.....	47
iii) Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ)	47
iv) Musterbauvertrag der Bundesinnung der Baugewerbe	47
g) Normen technischen Inhalts (5.1.3 Z 7).....	47
h) Die Werkvertragsnormen für einzelne Sachgebiete (5.1.3 Z 8).....	47
i) Die ÖNORMEN B 2110, B 2111 und B 2114 (5.1.3 Z 9).....	47
2. Die Reihenfolge der Vertragsgrundlagen	47
VII. Die Bedeutung von Normen im Bauvertragsrecht.....	49
A. Einteilung der Normen	49
1. ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten	49
a) Was sind ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten?.....	49
b) Welche ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten stehen zur Verfügung?.....	49
i) Die ÖNORM B 2110.....	49

ii) Die ÖNORM B 2111	49
iii) Die ÖNORM A 2114.....	49
iv) Die ÖNORMEN 22 xx und H 22 xx.....	49
c) Müssen ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten vereinbart werden?	49
i) ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten haben keine Gesetzesqualität.....	49
ii) ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten sind kein Gewohnheitsrecht	49
iii) ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten Unternehmensbrauch oder Verkehrssitte?	50
iv) Vertragliche Vereinbarung notwendig	50
2. Verfahrensnormen.....	51
a) Was sind Verfahrensnormen?	51
b) Welche Verfahrensnormen stehen zur Verfügung?	51
i) Die ÖNORM A 2050 und das BVergG 2006	51
ii) Die ÖNORM A 2061.....	51
iii) Die ÖNORM A 2062.....	51
iv) Die ÖNORM A 2063.....	51
3. Technische Normen.....	51
a) Was sind technische Normen?	51
b) Welche Normen technischen Inhalts stehen zur Verfügung?.....	51
i) Technische Normen	51
ii) Technische ÖNORMEN	52
c) Technische Normen und Regeln der Technik sind nicht gleichzusetzen.....	52
d) Müssen technische Normen vereinbart werden?.....	52
i) Technische Normen haben keine Gesetzesqualität	52
ii) Technische Normen sind kein Gewohnheitsrecht	52
iii) Technische Normen Unternehmensbrauch oder Verkehrssitte?	53
iv) Vertragliche Vereinbarung notwendig?	53
VIII. Gewährleistung	54
A. Umfang (12.2.1)	54
1. Was versteht man unter Gewährleistung?	54
2. Was ist ein Mangel?	55
3. Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften	55
a) Was sind gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften?.....	55
b) Die allgemein anerkannten Regeln der Technik sind gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften.....	55
i) Müssen die allgemein anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich vereinbart werden?	55
ii) Das Bauwerk ist trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht funktionstüchtig	55
iii) Das Bauwerk ist trotz Einhaltung der technischen Normen nicht funktionstüchtig.....	56
iv) Eine vereinbarte technische Norm entspricht nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik.....	56
v) Das Bauwerk ist funktionstüchtig, obwohl die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten wurden.	57
vi) Zu welchem Zeitpunkt müssen die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden?.....	57

c) Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen ist eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft	58
4. Zugesicherte Eigenschaften.....	58
a) Was ist eine zugesicherte Eigenschaft?.....	58
i) Deutliche Zusage erforderlich.....	58
ii) Vereinbarung technischer ÖNORMEN	60
iii) Eigenschaftvereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen.....	60
b) Leistung nach Probe und Muster.....	60
c) Vereinbarungsgemäße Verwendung muss möglich sein	60
5. Gewährleistung und Garantie	60
a) Echter Garantievertrag	60
b) Unechter Garantievertrag.....	61
c) Unterschied Gewährleistung und Garantie.....	61
d) Die Garantiefrist	61
e) Der Umfang der Garantie	61
f) Bei einer Garantie ist eine Mängelrüge nicht erforderlich.....	61
B. Einschränkung (12.2.2).....	62
1. Einschränkung (12.2.2.1)	62
a) Der AG missachtet die Warnung des AN.....	62
i) Der AG besteht auf umgeänderter Herstellung des Werkes.....	62
b) Die risikoverlagernde Anweisung des AG.....	62
i) Die risikoverlagernde Anweisung.....	62
2. Überwachung durch den AG schränkt die Gewährleistung nicht ein (12.2.2.2)	63
C. Geltendmachung von Mängeln (12.2.3)	63
1. Die Mängelrüge nach ABGB und UGB	63
a) Müssen beim Werkvertrag in die Augen fallende Mängel gerügt werden?	63
b) Keine Rügepflicht beim Werkvertrag	63
c) Abgrenzung Werkvertrag – Werklieferungsvertrag	63
d) Abgrenzung Werkvertrag – Kaufvertrag.....	65
i) Die rechtliche Bedeutung der Abgrenzung	65
ii) Die Zweifelsregel des § 1166 ABGB	65
iii) Eine Vereinbarung über die Anwendung von Werkvertragsrecht ist möglich.....	66
e) Abgrenzung Werkvertrag – Dienstvertrag – Mietvertrag.....	66
2. Die Mängelrüge beim ÖNORM-Vertrag (12.2.3.1)	69
a) Mängel müssen ehestens nach Bekanntwerden gerügt werden	69
b) Mängel sind schriftlich zu rügen.....	69
3. Gewährleistungsfrist (12.2.3.2)	70
a) Die Fristen.....	70
i) Die dreijährige Gewährleistungsfrist	70
ii) Zweijährige Gewährleistungsfrist.....	70
iii) Abgrenzung bewegliche Sache/unbewegliche Sache	70
b) Gerichtliche Geltendmachung erforderlich	71

i) Klage muss bei Gericht innerhalb der Frist eingebracht werden	71
ii) Gewährleistungsfrist kann ausnahmsweise durch Feststellungsklage gewahrt werden	71
c) Verkürzung und Verlängerung der Gewährleistungsfrist.....	72
d) Gewährleistungsfrist ist eine Verjährungsfrist	73
e) Der Beginn der Gewährleistungsfrist (10.6.1).....	73
i) Bei förmlicher Übernahme	73
ii) Bei formloser Übernahme.....	73
iii) Bei berechtigter Verweigerung der Übernahme	73
iv) Bei Teilleistungen	73
v) Bei Vorliegen von Mängeln.....	73
vi) Bei Anerkenntnis	73
vii) Durch Vergleichsverhandlungen	74
viii) Beim „verborgenen Mangel“	74
4. Vermutung der Mangelhaftigkeit (12.2.3.3).....	75
a) Die Mängel müssen im Zeitpunkt der Übernahme vorhanden sein.....	75
b) Die Vermutungsregel	75
5. AN muss den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt ermöglichen (12.2.3.4)	75
D. Rechte aus der Gewährleistung (12.2.4).....	75
1. Die Gewährleistungsbehelfe (12.2.4.1)	75
2. Vorrang des Verbesserungsanspruchs (12.2.4.2)	75
a) Wahlrecht des AG wurde eingeschränkt	75
i) Der Regelfall.....	75
ii) Die Ausnahmen	76
b) Die voreilige Ersatzvornahme.....	76
3. Der Verbesserungsanspruch (12.2.4.3).....	77
a) Der AN bestreitet die gerügten Mängel.....	77
b) Der AG hat keinen Anspruch auf Durchführung von Verbesserungsarbeiten in einer von ihm bestimmten Art und Weise	77
c) Verbesserungsverzug	78
d) Neu für alt (Vorteilsausgleich).....	79
4. Preisminderung und Wandlung (12.2.4.4).....	80
a) Wahlrecht des AG auf Preisminderung oder Wandlung	80
i) Sowohl Verbesserung als auch Austausch sind ausgeschlossen	80
ii) Unmöglichkeit von Verbesserung und Austausch	80
iii) Unverhältnismäßig hoher Verbesserungsaufwand.....	81
iv) Der AN lehnt die Verbesserung ab	84
v) Verbesserungsverzug	84
vi) Erhebliche Unannehmlichkeiten für den AG.....	85
vii) Triftige, in der Person des AN liegende Gründe	86
b) Preisminderung	87
i) Relative Berechnungsmethode.....	87
ii) Preisminderung durch richterliche Festsetzung	88

iii) Minderung bis zum Grenzwert Null?	89
iv) Preisminderung und Schadenersatz	89
c) Wandlung	90
i) Der Mangel darf nicht geringfügig sein	90
ii) Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen	90
iii) Anspruch des AG auf Beseitigung der Leistung?	91
iv) Anspruch des AN auf Rücknahme der Leistung?	91
5. Behelfsmäßige Behebung (12.2.4.5)	92
E. Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (12.2.5)	92
1. Gewährleistungsfrist beginnt mit der Mängelbehebung neu zu laufen (12.2.5.1)	92
2. Auswirkungen eines Mangels auf die Frist bei Ausstrahlen auf andere Bauteile (12.2.5.2)	92
F. Ende der Gewährleistung (12.2.6).....	92
IX. Sonderfragen der Gewährleistung	92
A. Anspruchslegitimation bei Wohnungseigentum	92
B. Umstellen der Gewährleistungsansprüche	93
1. Von Wandlung auf	93
a) Verbesserung	93
b) Preisminderung	93
2. Von Verbesserung auf	94
a) Preisminderung	94
b) Wandlung.....	94
c) Irrtumsanfechtung	94
3. Von Preisminderung auf	95
a) Verbesserung.....	95
b) Wandlung.....	95
C. Kumulation von Wandlung, Verbesserung und Preisminderung.....	95
D. Gewährleistungsverzicht durch Benützung der Sache.....	95
E. Abtretung der Gewährleistungsansprüche	95
X. Die Bedeutung der Regeln der Technik im Bauvertragsrecht	96
A. Die babylonische Sprachverwirrung	96
1. Allgemein anerkannte Regeln der Technik	96
a) Die Regel muss in der Wissenschaft anerkannt sein	96
b) Die Regel muss unter den einschlägigen Fachleuten bekannt und anerkannt sein	97
c) Die Regel muss in der Praxis angewandt werden.....	97
2. Stand der Technik.....	97
3. Stand von Wissenschaft und Technik.....	97
B. In welchen Rechtsbereichen spielen die allgemein anerkannten Regeln der Technik eine Rolle?	97
C. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik im Zivilprozess	98
1. Tat- oder Rechtsfrage	98
2. Der Beweis im Gerichtsverfahren	98
XI. Der AG hält Ausschreibungsstandards nicht ein.....	99

A. Einleitung	99
B. Öffentliche Auftraggeber.....	99
1. Verpflichtung zur Verwendung geeigneter Leitlinien (Normenbindung)	99
a) Gesetzliche Grundlagen für die Normenbindung	99
i) Technische Leitlinien (§ 97 Abs 2 BVergG 2006)	99
ii) Rechtliche Leitlinien (§ 99 Abs 2 BVergG 2006)	99
b) Was sind geeignete Leitlinien?	99
i) Standardisierte Leistungsbeschreibungen	100
ii) ÖNORMEN des Verdingungswesens	100
c) Exkurs: standardisierte Leistungsbeschreibungen.....	100
i) Was sind standardisierte Leistungsbeschreibungen?	100
ii) Der Aufbau von standardisierten Leistungsbeschreibungen ist in ÖNORMEN beschrieben	100
iii) Welche standardisierten Leistungsbeschreibungen stehen zur Verfügung?	100
iv) Leistungsbeschreibung Haustechnik.....	100
v) Standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau.....	101
vi) Standardisierte Leistungsbeschreibung Siedlungswasserbau.....	102
vii) Standardisierte Leistungsbeschreibung Verkehrsinfrastruktur	102
viii) Leistungsbeschreibungen für den Straßen- und den Brückenbau (RVS).....	102
d) Rechtsfolgen bei unzulässiger Abweichung von standardisierten Leistungsbeschreibungen	102
i) Sorgfaltspflichten dienen dem Schutz der Bieter.....	102
ii) Sachliche Rechtfertigung als Grenze für die Abweichung	102
2. Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Bieter.....	103
a) Der AG muss den Bestbieter beauftragen	103
b) Der AG muss nicht verbesserungsfähige Angebote ausscheiden.....	103
c) Der AG muss die Auswahlkriterien offenlegen	103
d) Rechtsfolgen bei Ungleichbehandlung.....	103
i) Schadenersatz	103
ii) Mitverschulden des Bieters.....	104
C. Private Auftraggeber.....	104
D. Zusammenfassendes Beispiel.....	104
XII. Problemstellung bei Ausschreibungen	106
XIII. Systematik der Ausschreibungsfehler	106
A. Sittenwidrige Vertragsbedingungen	106
B. Technisch falsche Ausschreibung.....	106
C. Widersprüchliche Leistungsbeschreibung	107
D. Unvollständige Leistungsbeschreibung	107
E. Mehrdeutige Leistungsbeschreibung	107
XIV. Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten (4.2).....	107
A. Leistungsbeschreibung und Ausmaß (4.2.1)	107
1. Vollständige Beschreibung und richtige Aufgliederung (4.2.1.1).....	107
a) Leistungen sind vollständig zu beschreiben und zu erfassen (4.2.1.1 erster Absatz)	107

i) Abweichen des Bau-Ist vom Bau-Soll	107
ii) Rechtsfolgen	107
b) Der AG darf nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung in einer Position erfassen (4.2.1.1 zweiter Absatz) ..	107
i) Verbot von Mischpreispositionen	107
ii) Rechtsfolgen	108
2. Bei Ausmaßermittlungen sind die ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten heranzuziehen (4.2.1.2).....	109
3. Anführung aller Umstände, die für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind (4.2.1.3)	109
a) Erschwernisse und Erleichterungen sind anzuführen (4.2.1.3 erster Satz)	109
i) Die Angaben müssen in den Ausschreibungsunterlagen gemacht werden	109
b) Auflagen aufgrund von behördlichen Bescheiden sind bekannt zu geben (4.2.1.3 zweiter Satz)	109
4. Bieter hat die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen (4.2.1.4)	109
a) Keine Verpflichtung des AN.....	109
b) Exkurs: Angebotserklärung.....	109
i) Keine Haftungsverschärfung zulasten des AN.....	109
ii) Keine Übertragung der Haftung für eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung.....	110
iii) Keine Übernahme des Baugrundrisikos.....	110
iv) Kein Ausschluss der Anfechtung wegen Kalkulationsirrtums	111
B. Angaben (4.2.2).....	111
C. Eigene Positionen (4.2.3).....	111
1. Konkretisierung der ÖNORM A 2050	111
2. Eigene Positionen im LV	111
D. Pläne, Zeichnungen (4.2.4).....	111
1. Übereinstimmung der Pläne mit dem LV (4.2.4.1)	111
2. Verfahren zur Planfreigabe (4.2.4.2).....	111
E. Übertragung von Risiken oder besonderen Auflagen (4.2.5).....	111
F. Regieleistungen (4.2.6)	112
G. Überprüfung von Unterlagen (4.2.7)	112
XV. Vertragsauslegung	112
A. Die Auslegungsregeln	112
1. Die Auslegungsschritte	112
2. Einfache Vertragsauslegung.....	112
a) Auslegung nach dem Wortsinn	112
b) Auslegung nach der Übung des redlichen Verkehrs	112
c) Systematisch-logische Interpretation	112
3. Ergänzende Vertragsauslegung	112
a) Der hypothetische Parteiwille	112
b) Die Übung des redlichen Verkehrs	113
c) Treu und Glauben.....	113
4. Die „Unklarheitenregelung“ des § 915 ABGB.....	113
5. Auslegung nach der Reihenfolge der Vertragsgrundlagen	113

B. Auslegung der ÖNORM.....	114
XVI. Unvollständige und mehrdeutige Leistungsbeschreibungen.....	115
A. Das unterschiedliche Verständnis der Vertragsparteien über das Bau-Soll.....	115
B. Auslegungsmaßstab ist der Empfängerhorizont	115
1. Der objektive Empfängerhorizont	115
2. Ex-ante-Betrachtung.....	115
3. Die schwierige Balance zwischen Vertrauen-Dürfen und Nachfragen-Müssen.....	115
a) Maßgebendes Dokument für die Kalkulation ist das Leistungsverzeichnis	116
i) Das Leistungsverzeichnis muss vollständig sein	116
ii) Die Leistungsbeschreibung muss widerspruchsfrei sein.....	117
iii) Das Leistungsverzeichnis darf nicht mehrdeutig sein.....	117
b) Maßgebende Person ist der Kalkulant.....	118
i) Sorgfaltsmaßstab.....	118
ii) Der Kalkulant ist kein Sonderfachmann	118
c) Kurzer Zeitraum für die Angebotskalkulation.....	119
C. Das Ergebnis der Vertragsauslegung	119
1. Hat der AG recht, hat der Bieter keine Vergütungsansprüche.....	119
2. Hat der Bieter recht, hat er zusätzliche Vergütungsansprüche	119
3. Ausnahme: Der Bieter hat die Mangelhaftigkeit der Ausschreibung erkannt	119
XVII. Die Bauzeit.....	121
A. Die Begriffe.....	121
B. Vorgang	121
C. Sammelvorgang	121
D. Abhängigkeiten (Anordnungsbeziehungen)	122
E. Meilenstein	122
F. Pufferzeiten	122
G. Freier Puffer	122
H. Gesamtpuffer.....	122
I. Der „kritische Weg“	123
J. Behinderung.....	123
K. Störung der Leistungserbringung	124
L. Verzögerung (Hemmung) der Bautätigkeit.....	124
M. Unterbrechung der Leistung (Stillstand der Bautätigkeit)	124
N. Abbruch (Einstellung) der Bauarbeiten	124
XVIII. Die gesetzliche und vertragliche Regelung der Bauzeit.....	125
A. Die gesetzliche Lage bei fehlenden Regelungen im Bauvertrag	125
1. Baubeginn	125
2. Bauende.....	125
3. Zwischentermine	125
4. Verzug.....	125
B. Die vertragliche Behandlung der Bauzeit	126

1. Vertragstermine	126
2. Terminpläne	126
a) Rahmenterminplan	126
i) Was ist ein Rahmenterminplan?	126
ii) Der Rahmenterminplan dient als internes Planungsinstrument des AG.....	127
iii) Der Rahmenterminplan als verbindliche Vorgabe für die AN.....	127
iv) Der Rahmenterminplan bei vertraglicher Übertragung der Koordinationspflichten auf die AN	127
b) Bauzeitenplan.....	127
i) Was ist ein Bauzeitplan?.....	127
ii) Der Bauzeitenplan wird bereits dem Bauvertrag beigelegt.....	127
iii) Der Bauzeitplan ist innerhalb einer bestimmten Frist nach Vertragsabschluss vom AN vorzulegen	127
iv) Ist der Bauzeitenplan für den AN verbindlich?.....	128
v) Einvernehmliche Festlegung eines neuen Bauzeitenplanes	129
XIX. Die Bedeutung von Plänen für die Bauzeit.....	130
A. Wann und in welcher Beschaffenheit muss der AG dem AN Pläne übergeben?.....	130
1. Wann muss der AG Pläne übergeben?	130
a) Die Planliefertermine sind datumsmäßig bestimmt.....	130
b) Ein Bauzeitplan ist vereinbart	130
i) Der Bauzeitplan legt die Fälligkeit der Planlieferungen durch den AG fest	130
ii) Problemfälle in der Baupraxis	130
iii) Vorlauffristen	131
c) Weder Planliefertermine noch ein Bauzeitplan sind vereinbart	131
2. Wie müssen die Pläne beschaffen sein?	131
B. Sonderfälle.....	132
1. Ist der AG berechtigt, seine Pläne später zu liefern, weil der AN „langsamer“ arbeitet?.....	132
a) Die Planliefertermine sind vereinbart.....	132
b) Ein Bauzeitplan ist vereinbart	132
c) Weder Planliefertermine noch ein Bauzeitplan sind vereinbart	132
2. Ist der AG verpflichtet, die Pläne schneller zu liefern, weil der AN „schneller“ arbeitet?.....	132
a) Ein Bauzeitplan oder Planliefertermine sind vereinbart	132
b) Weder Planliefertermine noch ein Bauzeitplan sind vereinbart	132
3. Muss der AN bei Verzug des AG mit der Planlieferung seine Pufferzeit zur Verfügung stellen?	133
C. Rechtsfolgen bei verspäteter Planlieferung	134
1. Geltendmachung von Mehrkosten und Rücktritt vom Vertrag nach § 1168 ABGB	134
2. Dokumentation von Planlieferverzügen	135
XX. Die Darstellung von Terminablaufplänen.....	135
1. Die möglichen graphischen Darstellungsformen von Bauabläufen.....	135
a) Der Balkenplan	135
b) Der Netzplan.....	136
c) Das Zeit-Wege-Diagramm	136
2. Die Darstellung von Abhängigkeiten	136

a) Normalfolge	137
b) Normalfolge mit Wartezeit	137
c) Anfangsfolge.....	137
d) Endfolge.....	138
e) Sprungfolge.....	138
XXI. Anhänge.....	139
A. Anhang I: Muster Bauwerkvertrag	
B. Anhang II: Beispiel für den Inhalt eines Bauwerkvertrages	
C. Anhang III: K-7 Blätter	
D. Anhang IV: Beispiel Bauzeitplan	
E. Anhang V: LV Baustellengemeinkosten	
F. Anhang VI: LV Unterleistungsgruppen (ULG) 703	
G. Anhang VII: LV Regiepreispositionen	

I. Die Strukturierung von Projektabwicklungen

A. Einzelvergabe oder Bündelung

Dem AG stehen sowohl bei der Vergabe der Planungsleistungen als auch der Bauleistungen zwei Möglichkeiten offen: Er kann alle Leistungen einzeln vergeben oder die Leistungen bündeln. Auch viele Zwischenlösungen und Kombinationen kommen in Frage (vgl. *Rindler* in *Pflaum/Karlberger/Wiener/Opetnik/Rindler* [Hrsg], Handbuch des Architektenrechts 129 ff).

Entschließt sich der AG zur Einzelvergabe, hat er es mit einer Vielzahl von Planern (Fachplanern) und Professionisten zu tun, die er koordinieren muss.

Entschließt sich der AG für eine Bündelung, kann er alle Planungsleistungen an einen **Generalplaner** vergeben und sich bei der Bauausführung eines **Generalunternehmers** oder einer **Arbeitsgemeinschaft** bedienen. Die radikalste Form der Bündelung ist die Beauftragung eines **Totalunternehmers**, der sämtliche Planungs- und Bauausführungsleistungen erbringt. Bei komplexen Projekten steht ihm darüber hinaus die Möglichkeit offen, eine **Projektsteuerung** und eine **begleitende Kontrolle** zu beauftragen. Schließlich kann der AG auch eine **örtliche Bauaufsicht** einsetzen.

B. Entscheidungsgrundlagen für die Strukturierung des Projektes

Bei der Strukturierung eines Projektes sollte der AG nicht nur wirtschaftliche, sondern auch rechtliche Überlegungen anstellen und dabei folgende Themenkreise im Auge haben:

- Haftung
- Vollständigkeit der Leistung
- Kostensicherheit

Entscheidet er sich für eine Bündelung, hat er den Vorteil einer **einheitlichen Haftung** und kann **Schnittstellenprobleme vermeiden**. Entscheidet er sich zu Einzelvergaben, hat er den Vorteil der Risikostreuung. Auch die Kostensicherheit wird bei der Entscheidung eine Rolle spielen. Für welche der Varianten sich der AG entscheidet, ist letztlich eine wirtschaftliche Frage, wobei die Regel gilt: **höhere Sicherheit, höhere Kosten**.

1. Haftung

Je stärker der AG die Leistungen bündelt, umso weniger potenzielle Verursacher stehen ihm gegenüber. Dadurch kann er Schnittstellenprobleme und das Risiko vermeiden, den Verursacher von Fehlern feststellen zu müssen.

2. Vollständigkeit der Leistung

a) Funktionale und konstruktive Ausschreibung

Will der AG maximale Sicherheit für die Vollständigkeit der Leistung erreichen, bietet sich eine **funktionale Ausschreibung** an. Entscheidet er sich für eine **konstruktive Ausschreibung**, kann er sich bei einem Einheitspreis- und einen Pauschalpreisvertrag vertraglich eine **Vollständigkeitsgarantie** sowohl vom Planer, als auch von den ausführenden Professionisten einräumen lassen.

b) Pauschalpreisvertrag: Mengenrisiko und Vollständigkeitsgarantie

Der AG kann mit den Professionisten **Pauschalpreisverträge** abschließen. Dies allein stellt aber noch keinen Schutz vor einer unvollständigen Leistung dar, da durch Abschluss eines Pauschalpreisvertrages nur sichergestellt ist, dass der **Preis pauschaliert ist, also eine Abrechnung der Massen entfällt**. Wenn die Parteien einen Pauschalvertrag abschließen, wollen sie bei der Vergütung nicht von der tatsächlich ausgeführten Menge ausgehen. Eine Abrechnung der Mengen erfolgt nicht. Es sind daher auch keine Abrechnungsunterlagen vorzulegen. **Es ist ein Charakteristikum des Pauschalvertrages, dass der AN das Mengenrisiko übernimmt**. Auch wenn vom AG im auszupreisenden Leistungsverzeichnis, das als Grundlage für den Pauschalpreisvertrag dient, Mengen vorgegeben waren, die sich als falsch herausstellen, trägt dennoch der AN das Berechnungsrisiko (vgl. *Rummel*, Das Baugrundrisiko, in FS Strasser 309 ff; aA *Hussian*, Das Vollständigkeits- und Mengenrisiko beim Pauschalvertrag, in FS Baurechtsgesellschaft 203 [210]).

Eine **Pauschalierung der Leistung** ist damit aber noch nicht automatisch verbunden. **Ob der AN durch Vereinbarung eines Pauschalpreises auch das Vollständigkeitsrisiko**, also das Risiko, dass mit den im Leistungsverzeichnis aufgelisteten Positionen das Bauwerk technisch einwandfrei hergestellt werden kann, **übernehmen wollte, ist eine Frage der Vertragsauslegung**: Es ist im Einzelfall festzustellen, ob die Vertragsparteien durch Vereinbarung eines Pauschalpreisvertrages nur eine Pauschalierung des Entgeltes, also die Abrechnung von Mehr- und Mindermengen ausschließen wollten, oder auch eine Pauschalierung der Leistung vereinbaren wollten. Ein Hinweis für die Pauschalierung der Leistung liegt vor, wenn die „schlüsselfertige

Herstellung“ vereinbart wird. **Im Zweifelsfall ist auch bei einem Pauschalpreisvertrag eine eigene Vollständigkeitsgarantie des AN empfehlenswert.**

c) **Garantierter Kostenvoranschlag**

Größere Kostensicherheit hat der AG mit dem Abschluss eines garantierten Kostenvoranschlages iSd § 1170 a ABGB. Ein **garantierter Kostenvoranschlag** ist ein Einheitspreisvertrag mit der Besonderheit, dass der AN keinen höheren Gesamtpreis als den veranschlagten verlangen kann.

d) **Generalunternehmervertrag**

Der Abschluss eines **Generalunternehmervertrages allein bietet dem AG keinen Schutz für die Vollständigkeit der Leistung**, weil auch beim Generalunternehmervertrag Leistungen vergessen werden können. Auch in diesem Fall schützt nur eine Vollständigkeitsgarantie.

3. **Kostensicherheit**

a) **Schätzungsgenauigkeit bei Kostenschätzungen**

Der vom AG mit der Planung beauftragte Ziviltechniker ist üblicherweise auch mit Kostenschätzungen beauftragt. Die **Schätzungsgenauigkeit hängt von der Leistungsphase ab**, in der die Schätzung erstellt wird (*Rindler/Pflaum in Pflaum/Karlberger/Wiener/Opetnik/Rindler* [Hrsg], Handbuch des Ziviltechnikerrechts 104). Eine grobe Orientierung bietet die von der Bundeskammer für Architekten und Ingenieurkonsulenten herausgegebene „Information Architekturleistung“, die folgende Toleranzgrenzen vorsieht:

– Erste Einschätzung vor der Projektentwicklung	+/- 40%
– Abschluss einer Studie zur Projektentwicklung	+/- 30%
– Abschluss des Vorentwurfes	+/- 25%
– Abschluss der Entwurfsplanung	+/- 15%
– Abschluss der Behördenverfahren	+/- 10%
– Abschluss der Ausführungs- und Detailplanung sowie der Kostenberechnungsgrundlagen	+/- 5%

b) **Kostengarantie**

Will der AG maximale Kostensicherheit erreichen, kann er mit dem Planer und den Professionisten eine Kostengarantie vereinbaren.

Üblicherweise wird für die Abgabe einer Kostengarantie ein gesondertes Entgelt vereinbart. Diese Garantie ist nicht von der standardmäßigen Architektenhaftpflichtversicherung umfasst.

II. **Die Strukturierung von Planungsleistungen**

A. **Der Generalplaner**

1. **Was ist ein Generalplaner?**

Als **Generalplaner** wird ein **Ziviltechniker bezeichnet, der sämtliche für ein Bauvorhaben erforderlichen Planungsleistungen selbst oder durch Beiziehung von Mitarbeitern oder Subkonsulenten erbringt** (*Rindler in Pflaum/Karlberger/Wiener/Oppetnik/Rindler* [Hrsg], Handbuch des Ziviltechnikerrechts 129).

2. **Haftung des Generalplaners für alle Planungsleistungen**

a) **Die Haftung des Generalplaners hängt von der Vertragsgestaltung ab**

Bei größeren Projekten werden die Planungsleistungen an verschiedene Fachleute vergeben: die Bauplanung etwa an einem Architekten oder Zivilingenieur, die Haustechnikplanung an einen Fachplaner, die künstlerische Beratung an einen Fachmann, die Anfertigung von Bodengutachten an einen Ziviltechniker. Um die Koordination der Planungsleistungen zu gewährleisten, bedient sich der AG häufig eines **Generalplaners**. Ob der Generalplaner für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Gesamtplanung dem AG allein haftet, hängt von der Vertragsgestaltung ab.

i) **Subplaner sind Erfüllungsgehilfen**

Sieht der Vertrag vor, dass der Generalplaner sämtliche Planungsleistungen selbst zu erbringen hat, steht dem AG nur ein Vertragspartner gegenüber, der ihm rechtlich für die übertragene Gesamtplanung

haftet. Sofern im Vertrag nichts Abweichendes vereinbart ist, kann sich der Generalplaner weiterer Subplaner bedienen, die dann seine Erfüllungsgehilfen iSd § 1313 a ABGB sind: Er haftet für deren Verschulden. **In diesem Fall haftet der Generalplaner dem AG für die Richtigkeit, Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit der gesamten Planungsleistungen.**

ii) Subplaner sind nicht Erfüllungsgehilfen

Die vertragliche Ausgestaltung des mit dem Generalplaner abgeschlossenen Generalplanervertrages kann aber auch vorsehen, dass der Generalplaner nur für die Beschaffung und zeitliche Koordination der Fachleute sorgen muss, die inhaltliche Verantwortung für die Planungsleistungen aber bei den einzelnen Planern liegen soll. **Dann ist der Generalplaner nicht für deren Leistungen verantwortlich:** Sie sind nicht seine Erfüllungsgehilfen, sondern direkte Vertragspartner des AG. Die Aufgabe des Generalplaners besteht dann im Bewirken des rechtzeitigen Vertragsabschlusses und in der Festsetzung der Vertragsbedingungen. Je nach vertraglicher Ausgestaltung des Generalplanervertrages schuldet er dem AG dann auch Beratungsleistungen.

B. Die Fachplaner

Beispielhaft seien hier folgende Fachplaner aufgezählt:

- Architekt
- Statiker
- Planer für technische Gebäudeausrüstung
- Bauphysiker
- Bodengutachter
- Vermessungsingenieur
- Baukoordinator

C. Die örtliche Bauaufsicht (ÖBA)

1. Aufgaben der örtlichen Bauaufsicht

b) Die früheren Regelwerke

Unter dem Begriff „**örtliche Bauaufsicht**“ (ÖBA) verstanden die früheren Regelwerke (zB GOA, GOB oder HOI), die 2006 außer Kraft getreten sind, die örtliche Überwachung der Herstellung des Werkes, die örtliche Koordination aller Lieferungen und Leistungen, die Überwachung auf Übereinstimmung mit den Plänen, Angaben und Anweisungen des Architekten, auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplanes, die direkte Verhandlungstätigkeit mit den ausführenden Unternehmen, die Abnahme von Teilleistungen, Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Aufmessungen, Führung des Baubuches, Prüfung aller Rechnungen auf Richtigkeit und Vertragsmäßigkeit, Schlussabnahme des Bauwerkes unmittelbar nach dessen Fertigstellung im Einvernehmen mit der Oberleitung sowie überhaupt die örtliche Vertretung der Interessen des Bauherrn einschließlich der Ausübung des Hausrechtes auf der Baustelle. Die örtliche Bauaufsicht umfasst nicht die Obliegenheiten der Bauführung. **Zu den Aufgaben der örtlichen Bauaufsicht gehört:**

- die Überwachung der Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit den Plänen
- die Überwachung der Einhaltung der technischen Regeln
- die Überwachung der behördlichen Vorschriften
- die Überwachung des Zeitplanes
- die Abnahme von Teilleistungen
- die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen
- die Führung des Baubuches
- in umfassender Weise die Interessen des Bauherrn auch gegenüber den Professionisten wahrzunehmen

c) Die Rechtsprechung

Die örtliche Bauaufsicht hat alle jene Kontrolltätigkeiten auszuüben, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können. Alle anderen zur Bauüberwachung gehörenden Tätigkeiten sind nicht örtliche Bauaufsicht (OGH 22. 10. 1991, 5 Ob 91/91; 12. 11. 1991, 5 Ob 106/91; 5 Ob 17/92 MietSlg 44.682; 1 Ob 2409/96 p SZ 70/198; 14. 4. 1999, 9 Ob 33/99 i).

Beispiel:

Zur Bauaufsicht gehört die Überwachung der Herstellung des Werks auf Übereinstimmung mit den Plänen sowie auf Einhaltung der technischen Regeln, der behördlichen Vorschriften und des Zeitplanes, die Abnahme von Teilleistungen und die Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen und die Führung des Baubuchs, also alle

Kontrolltätigkeiten, die sich unmittelbar auf den Baufortschritt beziehen und nur im Zusammenhang mit den Wahrnehmungen auf der Baustelle selbst sinnvoll ausgeübt werden können (OGH 14. 4. 1999, 9 Ob 33/99 i; 15. 7. 1999, 6 Ob 136/99 i).

i) Überwachung der Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit den Plänen

Zum Leistungsbild der örtlichen Bauaufsicht zählt die Überwachung der Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit den Plänen.

ii) Überwachung der Herstellung auf Übereinstimmung mit den technischen Regeln

Die örtliche Bauaufsicht hat die **Einhaltung der technischen Regeln** durch die mit der Ausführung der Arbeiten beauftragten Bauunternehmer zu überwachen.

Die örtliche Bauaufsicht haftet weder für eine mangelfreie Ausführung des Werkes noch für die Einhaltung technischer Vorschriften im Zuge der Bauausführung. Sie darf wie der Bauherr selbst auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten vertrauen und hat nur dort einzuschreiten, wo für sie Fehler erkennbar werden (OGH 30. 11. 1988, 1 Ob 680/88; 1 Ob 2409/96 p SZ 70/198; 14. 4. 1999, 9 Ob 33/99 i; 15. 7. 1999, 6 Ob 136/99 i; 29. 1. 2008, 1 Ob 238/07 t). Nach der Rsp ist daher bei den Überwachungspflichten der örtlichen Bauaufsicht der gleiche Sorgfaltsmaßstab anzulegen wie an die Prüf- und Warnpflicht des AN.

Beispiel 1:

In der Zeit vom 4. 3. 1981 bis 20. 7. 1981 führte die ÖBA 40 Baustellenbesichtigungen durch. Sie sah dabei, dass die Arbeiter des AN den Beton der Trennwände mit einem Holzstock verdichteten. Auf der Baustelle waren Innenrüttler vorhanden. Die nicht der ÖNORM und der Anweisung von Ing. Horst B*** entsprechende Verrüttlung und Verdichtung führte zu einer Schwächung des Betonkernes der Trennwände und damit zu einem nicht den ÖNORMEN entsprechenden Schallschutz.

Die ÖBA konnte wahrnehmen, dass die Arbeiter des AN den Beton mit einem Holzstock statt mit einem Innenrüttler verdichtet hatten. Die Verdichtung des eingebrachten Betones hatte aber nach Pkt 6.2 der ÖNORM B 3352 mittels Innenrüttlers zu erfolgen. Die ÖBA beobachtete demnach, dass die Leute des AN sowohl vertraglich als auch kraft Baubescheides vorgeschriebene Verpflichtungen nicht einhielten. Ihre Aufgabe wäre es aber gewesen, im Rahmen der ihm übertragenen örtlichen Bauaufsicht auf die Einhaltung der ÖNORM B 3352, deren Verletzung er wahrgenommen hatte, zu dringen.

Dieses Verhalten war auch für den Schadenseintritt kausal. Wäre der Hohlbetonmantelstein ordnungsgemäß mit Beton gefüllt worden, wäre der angeordnete Schallschutz erreicht worden (OGH 30. 11. 1988, 1 Ob 680/88).

Beispiel 2:

Ein Architekt wurde unter Zugrundelegung der Leistungsbilder gemäß GOB mit der Planung und der örtlichen Bauaufsicht für den Umbau und die Erweiterung einer Wasserkraftanlage beauftragt. Der Architekt verfasste die Ausschreibung der Asphaltierungsarbeiten am Triebwasserkanal und überwachte auch die Herstellung.

Am Triebwasserkanal wurden Schäden festgestellt. Die Art der aufgetretenen Schäden wies typisch auf Frost-Tau-Wechseleinwirkungen hin. Bei Analysen wurde festgestellt, dass das Mischgut sehr sandarm und mit geringem Bindemittelgehalt war. Im Bereich der Schadensfläche wurde eine unterschiedliche Dicke der Asphaltenschicht, die an einzelnen Stellen nur 5 cm betrug, festgestellt.

Der Bauherr klagte den Architekten auf Schadenersatz.

Nach den Feststellungen des Erstgerichtes war der Architekt durchschnittlich einmal am Tag auf der Baustelle und prüfte dabei stichprobenweise die Arbeiten. In Anbetracht der räumlichen Ausdehnung der Baustelle waren weitergehende Kontrollen nicht möglich.

Der Architekt stellte fest, dass die Asphaltschichten der geforderten Dicke entsprachen und auch ordentlich verdichtet wurden. Eine Überprüfung der Zusammensetzung des Mischguts an Ort und Stelle war dem Architekten dagegen nicht möglich, weil hiezu Laboruntersuchungen notwendig gewesen wären.

Für den Architekten waren während seiner Anwesenheit auf der Baustelle Anzeichen von mangelhaftem Material oder mangelhafter Arbeit nicht zu erkennen. Ausgehend von dieser Tatsachengrundlage ist daher die Rechtsfrage zu prüfen, ob er aufgrund des Vertrags mit dem Bauherrn verpflichtet gewesen wäre, darüber hinaus zeitlich und räumlich intensivere Kontrollen durchzuführen und das angelieferte Material durch spezielle Fachleute, allenfalls in Labors, untersuchen zu lassen.

Der Bauaufsichtsführende darf ebenso wie der Bauherr selbst auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten vertrauen und hat nur dort einzuschreiten, wo für ihn Fehler erkennbar werden.

Es liegt in der Natur gerade größerer Baustellen, dass der bauaufsichtsführende Architekt nicht in allen Arbeitsbereichen gleichzeitig anwesend sein kann, weshalb im allgemeinen stichprobenweise Kontrollen als ausreichend zu erachten sind. Jede andere, intensivere Überwachung, etwa durch Zuziehung weiterer Fachleute oder auch Hilfskräfte, müsste vertraglich gesondert vereinbart (und wohl auch gesondert honoriert) werden.

Dies gilt auch für die die grob sinnliche Wahrnehmung übersteigende Untersuchung des Baumaterials. Im Zuge des üblichen Baugeschehens kann von dem die Bauaufsicht ausübenden Architekten nicht erwartet werden, dass er von jeder einzelnen Materiallieferung Proben zieht und diese im Labor untersuchen lässt. Sollte derartiges ausnahmsweise wegen der besonders hohen – hier zweifellos nicht gegebenen – Sicherheitsanforderungen erforderlich sein, bedürfte es einer gesonderten Abrede.

Diese Überlegungen haben allerdings nur so lange Geltung, als im Rahmen einer fachlich einwandfreien und sorgfältig geführten Bauaufsicht nicht Mängel erkennbar werden, die weitergehende Untersuchungen erforderlich machen. Die Klage des Bauherrn wurde abgewiesen (OGH 1 Ob 2409/96 p SZ 70/198 = ecolex 1998, 204 = RdW 1998, 68 = bbl 1998/123).

Beispiel 3:

Die Bauaufsicht, deren Aufgabe es unter anderem ist, die Herstellung des Werkes auf Übereinstimmung mit der Planung und auf Einhaltung der technischen Regeln zu überwachen, soll den Bauherrn (der hierfür das Organ der Bauaufsicht auch

gesondert zu entlohnen hat) vor Fehlern schützen, die in den Verantwortungsbereich der einzelnen bauausführenden Unternehmer fallen.

Der hier beklagte Träger der Bauaufsicht müsste dem Bauherrn gegenüber sorgfaltswidrig und schuldhaft gehandelt haben. Dies ist hier jedoch nicht der Fall. Der Träger der Bauaufsicht haftet weder für eine mangelfreie Ausführung des Werkes noch für die Einhaltung technischer Vorschriften im Zuge der Bauausführung. Er darf sich auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten verlassen und hat nur dort einzuschreiten, wo für ihn Fehler erkennbar werden.

Die Bauaufsicht wurde durch ein Schreiben des Statikers auf die mangelhafte Pöhlung aufmerksam gemacht und ist ihrer Sorgfaltspflicht durch Weiterleitung dieser Beanstandung auch nachgekommen. Sie hat damit eine Veranlassung getroffen, die für sich gesehen geeignet war, den eingetretenen Schaden zu verhindern und durfte – mangels Erkennbarkeit des Gegenteils – darauf vertrauen, dass die Baufirma ihre Pölungsarbeiten der Anregung des Statikers folgend nunmehr fachgerecht ausführen werde.

Dass die Bauaufsicht aber anlässlich von Baustellenbesuchen nach dieser Beanstandung und vor Beendigung der Arbeiten (bzw. vor Schadenseintritt) hätte erkennen müssen, dass die Baufirma den Anweisungen des Statikers nicht entsprochen und die Pöhlung nicht fachgerecht ausgeführt hat und die Bauaufsicht dementsprechend weitere Anordnungen hätte treffen müssen, hat der bauausführende AN entgegen der ihn treffenden Verpflichtung, das objektiv sorgfaltswidrige Verhalten des potenziellen Mitverantwortlichen aufzuzeigen – im Verfahren erster Instanz nicht vorgebracht.

Mangels einer der Bauaufsicht zuzurechnenden Sorgfaltswidrigkeit scheidet deren Mitverantwortung für den dann schließlich eingetretenen Schaden von vornherein aus (OGH 15. 7. 1999, 6 Ob 136/99 i).

iii) Überwachung des Zeitplanes

Stellt die ÖBA fest, dass die ausführenden Unternehmen den Bauzeitplan nicht einhalten, ist sie verpflichtet, den AG unverzüglich zu informieren. Ob sie vom AG bevollmächtigt ist, Rechtshandlungen, wie etwa den Rücktritt zu erklären, hängt von der Vereinbarung ab. Im Zweifel ist sie dazu nicht berechtigt.

iv) Abnahme von Teilleistungen

Wenn die ehemaligen Regelwerke (zB GOA, GOB oder HOI) und die Rsp (OGH 22. 10. 1991, 5 Ob 91/91; 12. 11. 1991, 5 Ob 106/91; 5 Ob 17/92 MietSlg 44.682; 1 Ob 2409/96 p = SZ 70/198; 14. 4. 1999, 9 Ob 33/99 i) die Abnahme von Teilleistungen zum Leistungsbild der örtlichen Bauaufsicht zählen, **ist damit nicht die rechtsgeschäftliche Übernahme gemeint, sondern nur die technische Überprüfung** von einzelnen Leistungen („Teilleistungen“).

v) Kontrolle der für die Abrechnung erforderlichen Abmessungen

Die **Abnahme des Aufmaßes** gemeinsam mit dem AN ist Teil des Leistungsbildes der örtlichen Bauaufsicht.

vi) Führung des Baubuches

Auch die **Führung des Baubuches oder Eintragungen in Bautagesberichte** zählen zum Leistungsbild der örtlichen Bauaufsicht.

vii) Koordination der Leistungen und die Vertretung des AG

Zu den Aufgaben der örtlichen Bauaufsicht gehört nicht nur die Überwachung, sondern auch die **Koordination der Leistungen und die Vertretung des AG** (OGH 2 Ob 221/97 g ecollex 1998, 125; 1 Ob 2409/96 p SZ 70/198; 14. 4. 1999, 9 Ob 33/99 i).

Beispiel:

Dem AN wurde vom Architekten der Auftrag erteilt, das Dach zu entfernen, obwohl mit Regen zu rechnen war. Die Ursache der entstandenen Schäden liegt darin, dass die Baustelle nicht ausreichend abgedeckt wurde, weshalb es zu einem weiteren Wassereintritt in der Diskothek kam (OGH 2 Ob 221/97 g ecollex 1998, 125).

d) Rechtsgeschäftliche Befugnisse der ÖBA

Die Rsp geht davon aus, dass mit der Einsetzung einer ÖBA durch den AG der übereinstimmende Wille der Vertragspartner zum Ausdruck kommt, sie mit der Wahrnehmung der Interessen des Bauherrn gegenüber Behörden und Professionisten zu betrauen (OGH 10 Ob 31/00 g ecollex 2001, 604; 27. 3. 2008, 2 Ob 90/07 k). Immer wenn dem mit einem Architekten geschlossenen Vertrag diese Interessenwahrnehmungsaufgabe das Gepräge gibt, überwiegen die Elemente des Bevollmächtigtungsvertrages (OGH 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114).

Will der AG diese von der Rsp angenommene Bevollmächtigung der ÖBA vermeiden, weil er sich rechtsgeschäftliche Handlungen (zB Erteilung von Nachtrags- oder Regieaufträgen, Übernahme der Leistung, Terminänderungen, sofern es sich um Vertragstermine handelt etc) selbst vorbehalten möchte, muss er den dies durch entsprechende vertragliche Regelungen in den Verträgen mit den AN zum Ausdruck bringen und den Umfang der Vollmacht beschreiben.

e) Solidarhaftung mit anderen Beteiligten

Bei einer Haftung mehrerer Schädiger als Gesamtschuldner schuldet jeder Schädiger dem Geschädigten die ganze Leistung. Der Geschädigte kann jeden der Schädiger in Anspruch nehmen. Die gemeinsame Haftung der Gesamtschuldner nennt man **Solidarschuld**. Leistet einer davon, werden die anderen frei. Dem Schädiger, der die gesamte Leistung oder einen höheren Anteil, als er im Innenverhältnis schuldet, erbracht hat, steht allerdings ein Regressanspruch gegen seine Mitschädiger zu, dessen Höhe sich nach den jeden einzelnen Schädiger treffenden Verursachungs- und Verschuldensanteilen richtet. Im Zweifel trägt jeder Schuldner im Innenverhältnis die Schuld zu gleichen Teilen (§ 893 ABGB).

D. Die Projektsteuerung

Die Projektsteuerung (die auch als **Projektmanagement** bezeichnet wird) **übernimmt die Aufgaben des Auftraggebers bei den Koordinierungs- und Kontrollpflichten** (Wiener/Rindler in Pflaum/Karlberger/Wiener/Oppetnik/Rindler [Hrsg], Handbuch des Ziviltechnikerrechts 3).

E. Die begleitende Kontrolle

Die Aufgaben der begleitenden Kontrolle sind in Regelwerken nicht definiert. Sie ergeben sich daher aus dem Vertrag. Im Allgemeinen gehören zu den Aufgaben der begleitenden Kontrolle:

- Kontrolle der Planung (Wirtschaftlichkeitskontrolle und Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik)
- Kontrolle des Projektmanagements (Termin- und Kostenkontrolle)
- Kontrolle der ÖBA (Koordinierung, Aufmaße, Qualitätskontrolle, Dokumentation, Nachvollziehbarkeit der Abrechnungsprüfung)
- Kontrolle der Ausführungsplanung (Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik, inhaltliche Richtigkeit der Planung)

Sie steht als Stabstelle außerhalb der Projektorganisation.

III. Die Strukturierung von Bauleistungen

A. Der Generalunternehmer

1. Was ist ein Generalunternehmer?

Unter einem Generalunternehmer versteht man einen Auftragnehmer, der die vollständige Herstellung eines Werkes im eigenen Namen und auf eigene Rechnung nach einer vorliegenden Planung übernimmt.

Hiebei erbringt er die unter seine Gewerbeberechtigung fallenden Leistungen in der Regel im Rahmen seines eigenen Unternehmens und vergibt Teile der Leistung an Subunternehmer. Nicht unter seine Gewerbeberechtigung fallende Leistungen vergibt er jedenfalls an Subunternehmer.

Bedient sich der AG eines Generalunternehmers, hat dieser für die ordnungsgemäße Zusammenarbeit seiner Lieferanten und Subunternehmer zu sorgen. **Der Generalunternehmer übernimmt die Koordinationsverpflichtung des AG.** Er hat den Terminplan zu erstellen, den zeitlichen Einsatz der Subunternehmer zu koordinieren und zu überwachen, die technische Kontrolle der Subunternehmerleistungen vorzunehmen, er trägt das Schnittstellen- und Insolvenzrisiko und hat für die vertragsgemäße Herstellung gegenüber dem Bauherrn einzustehen.

2. Leistungserbringung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung

Der Generalunternehmer erbringt die Leistung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (vgl. Meinhart, Der Sachverständige 1984/4 a, 4 [9]; Krejci in Rummel I³ §§ 1165, 1166 Rz 44; Frotz in Aicher/Korinek, Industrieanlagenbau 153; anders noch OGH im Brauhoffall OGH 5 Ob 174/69 SZ 42/122, der einen Unternehmer als Generalunternehmer bezeichnet, der den Bau im Namen und auf Rechnung des AG auszuführen hatte).

B. Der Subunternehmer

1. Was ist ein Subunternehmer?

Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist (Pkt 3.12).

Zwischen dem Auftraggeber des Allein-, General- oder Totalunternehmers (dem Bauherrn) und dem Subunternehmer bestehen keine unmittelbaren vertraglichen Rechte und Pflichten.

Der Rsp folgend (OGH 7 Ob 516/88 JBl 1988, 650; 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91; 3 Ob 2043/96 d JBl 1998, 178; 10 Ob 74/04 m ecolex 2005, 688) stellt Pkt 3.12 der ÖNORM klar, dass die Lieferung von Stoffen oder

Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, keine Subunternehmerleistung darstellt.

2. Der Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Generalunternehmers

a) Wann ist der Subunternehmer Erfüllungsgehilfe?

Wer mit dem Willen des Generalunternehmers bei der Erfüllung der diesem dem Bauherrn gegenüber obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird, ist Erfüllungsgehilfe iSd § 1313 a ABGB (OGH 8 Ob 530/81 ZVR 1982/266; 4 Ob 578/81 SZ 55/123; 1 Ob 566/88 wbl 1988, 493; 1 Ob 564/94 JBl 1995, 177; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 340; *Reischauer* in *Rummel* II³ § 1313 a Rz 8).

Normzweck dieser Bestimmung ist, dass der, der den Vorteil der Arbeitsteilung in Anspruch nimmt, auch das Risiko tragen soll, dass der an seiner Stelle tätige Gehilfe schuldhaft rechtlich geschützte Interessen des Gläubigers verletzt (OGH 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154 = RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 [*Lukas*] = VR 2004, 175 [*Strahwald*]; 2 Ob 124/02 b ecolex 2004, 608 [*Wilhelm*]).

Für die Beurteilung der Gehilfenhaftung gem § 1313 a ABGB ist maßgebend, ob der Gehilfe bei der Verfolgung der Interessen des Schuldners tätig war, dh ob er in das Interessenverfolgungsprogramm des Schuldners und damit in seinen Risikobereich einbezogen war (OGH 1 Ob 564/94 SZ 67/101; 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154 = JBl 2004, 648 [*Lukas*] = RdW 2004/356 = VR 2004, 175 [*Strahwald*] = ecolex 2004, 608 [*Wilhelm*]).

Beispiel 1:

Nach dem Sachverhalt dieser E hatte die beklagte Wohnbaugesellschaft der Klägerin ein Reihenhaus verkauft, das sie nach dem Vertrag „für eigene Rechnung“ zu errichten hatte. Insofern hatte die Verkäuferin eine spezifische Herstellungspflicht, wie sie sonst auch für den Werkvertrag kennzeichnend ist, übernommen. Deshalb war dort – wie beim Werkvertrag – nicht entscheidend, ob die Verkäuferin die Herstellungspflicht selbst oder durch Heranziehung anderer Unternehmer erfüllte, weshalb die von der Verkäuferin zur Erfüllung dieser Verpflichtung herangezogenen Personen als Erfüllungsgehilfen behandelt wurden, für deren Verschulden erstere gem § 1313 a ABGB einzustehen hatte (OGH 1 Ob 564/94 SZ 67/101).

Beispiel 2:

Der AN hatte über Auftrag des AG dessen Schwimmbecken abzudichten. Er bediente sich dazu des von X hergestellten Dichtungssystems. Ein Außenmitarbeiter der X überwachte die Installation des Dichtungssystems durch den AN und leitete ihn dabei an.

Jahre zuvor hatte eine amtliche Testung des Dichtungssystems dessen Untauglichkeit ergeben, was X jedoch bei Installation des Systems nicht offenbart hatte. Die Abdichtung des Beckens misslang.

Vor Lösung der Frage, ob die Lieferantin des Dichtungssystems als Erfüllungsgehilfin des AN tätig war, ist der Inhalt der werkvertraglichen Leistungspflicht des AN zu prüfen. Er hatte nach den getroffenen Feststellungen „das Becken abzudichten“. In Erfüllung dieser Leistungspflicht hatte er auch das Isoliersystem bereitzustellen. Der AN verkaufte dem AG nicht etwa das Isoliersystem eines bestimmten Dritten, sondern er hatte die werkvertragliche Pflicht zur „Abdichtung des Beckens“ übernommen. Dafür hatte er auch das Isoliersystem bereitzustellen. Hatte er als Teil seiner Vertragspflichten auch dieses System bereitzustellen, so musste er ein Isoliersystem auswählen, das sich für die Verarbeitung im Schwimmbecken des AG zur Herstellung der angestrebten Abdichtung in Entsprechung zumindest durchschnittlicher Qualitätsansprüche eignete. Darauf durfte der AG als Werkbesteller vertrauen, wäre doch die vom AN als Werkunternehmer herzustellende Abdichtung ohne geeignetes Dichtungssystem in Wahrheit gar nicht herstellbar.

Auf dem Boden dieser Vertragsgrundlagen fällt doch ins Gewicht, dass die Erzeugerin des Dichtungssystems die Arbeiten des AN im Hotel des AG durch ihren Außendienstmitarbeiter überwachte und dem AN dabei „die Anwendung“ des Systems erklärte, war sie doch in dieser Weise – aufgrund einer offenkundigen Heranziehung durch den AN- unmittelbar in dessen werkvertragliche Erfüllungshandlung eingebunden.

Diese Sachverhaltsvariante ist der Verarbeitung des Vorprodukts eines Lieferanten durch den Werkunternehmer nach einer allgemeinen schriftlichen Anleitung ohne Beteiligung des Lieferanten an der werkvertraglichen Erfüllungshandlung nicht gleichzuhalten. Diese Sicht der Rechtslage führt demnach zum Ergebnis, dass sich der AN der Nebeninterventientin, die das Dichtungssystem herstellte, in Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit(en) gegenüber dem AG bediente.

Dabei ist es nicht relevant, ob der AN als Schuldner die Tätigkeit des Dritten im Einzelnen beeinflussen konnte. Um dessen Verhalten dem AN zurechnen zu können, ist es im Grundsätzlichen nur erforderlich, dass der Dritte vom AN im Rahmen vertraglicher Erfüllungshandlungen herangezogen wurde. Das ist nach den getroffenen Feststellungen wegen des unlösbaren Zusammenhangs zwischen der Bereitstellungs- und der Verarbeitungspflicht in Verbindung mit der Einbeziehung der Erzeugerin des Dichtungssystems in die werkvertragliche Erfüllungshandlung zu bejahen. Der AN muss somit für ein Verschulden der Nebeninterventientin als Erfüllungsgehilfin schon deshalb eintreten, weil er sie, wenn auch als selbständige weisungsgebundene Dritte, in die Verfolgung seiner geschäftlichen Interessen einbezog und solcherart deren schuldhaft schädigendes Verhalten (adäquat) verursachte.

Die bisherigen Erwägungen sind daher zusammenzufassen: Hat ein AN nach vertraglichen Absprachen nicht nur eine bestimmte Werkleistung zu erbringen, sondern dafür auch ein nach deren Zweck erforderliches und geeignetes Produkt eines selbständigen und weisungsfreien Dritten bereitzustellen, und bezieht er diesen Dritten unmittelbar in die Erbringung der werkvertraglichen Erfüllungshandlung(en) ein, so bedient er sich dieses Dritten zur Erfüllung seiner Leistungspflicht(en) und hat daher für dessen Verschulden wie für sein eigenes einzustehen. Das gilt auch dann, wenn der unter unmittelbarer Anleitung und Kontrolle des Dritten ausgeführte Teil der Erfüllungshandlung(en) wegen einer Verletzung von Aufklärungspflichten eine Schädigung des AG verursachte (OGH 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154 = RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 [*Lukas*] = VR 2004, 175 [*Strahwald*] = ecolex 2004, 278 [*Wilhelm*]).

Kein Wesensmerkmal des Erfüllungsgehilfen ist es, dass er in wirtschaftlicher Abhängigkeit zum Generalunternehmer steht; auch selbständige Unternehmer können Erfüllungsgehilfen sein, wenn ihnen der Generalunternehmer den Auftrag erteilt hat (OGH 8 Ob 85/67 SZ 40/58; 2 Ob 133/78 SZ 51/176; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 340; *Reischauer* in *Rummel* II³ § 1313 a ABGB Rz 9).

b) Die Haftung des Generalunternehmers für das Verschulden des Subunternehmers

Bleibt der Generalunternehmer trotz Weitergabe von Arbeiten an Subunternehmer alleiniger Vertragspartner des AG, sind die Subunternehmer, deren er sich zur Erstellung des Werkes bedient, Erfüllungsgehilfen (*Kreji* in *Rummel* I³ §§ 1165, 1166 Rz 76). **Der Generalunternehmer haftet dem AG gewährleistungsrechtlich und darüber hinaus auch schadenersatzrechtlich nach § 1313 a ABGB für das Verschulden seines Subunternehmers wie für eigenes Verschulden.** So tritt zB der Verfall der Konventionalstrafe auch ein, wenn den Generalunternehmer kein eigenes Verschulden trifft, sondern nur seinen Erfüllungsgehilfen (*Beck-Managetta*, ÖJZ 1991, 185 [186]; OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91).

Die Haftung nach § 1313 a ABGB tritt nur dann nicht ein, wenn der Generalunternehmer die Leistung nicht selbst auszuführen hat, sondern nur verpflichtet ist, eine Person auszuwählen, die die Leistung ausführen soll. Eine solche Haftungseinschränkung muss sich aber aus dem Vertrag ergeben. In vielen Fällen ist dem Vertragspartner durchaus bewusst, dass die Leistung nur unter Mithilfe von weiteren Personen erbracht werden kann, sodass deren Beziehung als vertraglich vereinbart angesehen werden kann. Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass sich die Verpflichtung des Generalunternehmers nur auf die Auswahl von Personen beschränkt. Die Leistungspflicht trifft vielmehr den Generalunternehmer, der die Erfüllung unter Eigenverantwortlichkeit durchzuführen hat (*Koziol*, Haftpflichtrecht II², 342).

Die Haftung des Generalunternehmers nach § 1313 a ABGB wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Subunternehmer aufgrund seiner Sachkenntnis selbständig arbeitet und der Generalunternehmer gar nicht in der Lage ist, nähere Anweisungen zu geben; entscheidend ist nur, dass der Subunternehmer für den Generalunternehmer tätig wird und dieser die Befugnis hat, Anweisungen zu geben (OGH 8 Ob 85/67 SZ 40/58; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 341).

Der Umstand, dass der Subunternehmer dem Generalunternehmer mehr oder weniger aufgenötigt wurde (**nominated subcontractor**), **kann ihn nicht entlasten** (OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91).

c) Die Haftung des AN für das Verschulden des Händlers

Werden im Rahmen eines Werkvertrages zwischen AG und AN Waren (zB Rohstoffe) vom AN bei einem Händler (Zulieferanten) zugekauft, **ist der Händler nicht Erfüllungsgehilfe des AN**, weil der AN nicht verpflichtet ist, alle Rohstoffe selbst zu gewinnen oder alle Bestandteile selbst herzustellen (OGH 2 Ob 514/79 JBl 1979, 653; 6 Ob 521/81 SZ 54/116; 10 Ob 74/04 m ecolex 2005, 688).

Mangels Verschulden ist die Haftung des AN gegenüber dem AG für das Verschulden des Händlers aus dem Titel des Schadenersatzes zu verneinen, es sei denn, er hätte sich gegenüber dem AG selbst zur Herstellung des Materials verpflichtet, weil er dann die Erfüllung dieser Pflicht durch Händler (Lieferanten) wahrnehmen lässt, für deren Verschulden er gem § 1313 a ABGB einzustehen hat (*Bydlinski* in *Klang* IV/2², 180 ff, *Welser/Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung 42 ff; aA *Reischauer* in *Rummel* II³ § 1313 a Rz 17; OGH 2 Ob 514/79 SZ 52/74; 6 Ob 521/81 JBl 1982, 534; 7 Ob 516/88 JBl 1988, 650). **Der AN haftet dem AG gewährleistungsrechtlich, nicht jedoch schadenersatzrechtlich** für das Verschulden des Händlers, **wenn das zugekaufte Material mangelhaft ist.**

d) Die Haftung des Händlers für das Verschulden des Herstellers

Werden im Rahmen eines Kaufvertrages zwischen AN und Händler Waren (zB Rohstoffe) eines Herstellers (Erzeugers, Produzenten) vom AN (Käufer) zugekauft, **ist der Hersteller nicht Erfüllungsgehilfe des Händlers** (Zulieferanten). Der Händler haftet dem AN nur für die Erfüllung der ihn selbst treffenden Pflichten, etwa die Auswahl eines geeigneten Herstellers, einwandfreie Lagerung der Ware, Hinweis auf Gefahren und ordnungsgemäße Verpackung. Da der Händler nach dem Inhalt des Kaufvertrages zur Herstellung der Kaufsache nicht verpflichtet ist, hat er für das Verschulden des Herstellers nicht einzustehen. Der Käufer kann vom Händler regelmäßig nicht erwarten, dass dieser eine eigene kostspielige technische Kontrolle der Kaufsache vornimmt. Der Händler muss sich auf die ihm vom Produzenten erteilten Hinweise verlassen können, sofern er nicht aufgrund ihm bereits bekannt gewordener Schadensfälle Zweifel an der Richtigkeit haben müsste (OGH 1 Ob 775/80 SZ 54/13; 6 Ob 521/81 SZ 54/116; 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154 = JBl 2004, 648 [*Lukas*] = RdW 2004/356 = VR 2004, 175 [*Strahwald*] = ecolex 2004, 278 [*Wilhelm*]; 2 Ob 124/02 ecolex 2004, 277). **Der Händler haftet dem AN gewährleistungsrechtlich, nicht jedoch schadenersatzrechtlich** für das Verschulden des Herstellers, **wenn das verkaufte Material mangelhaft ist** (*Lukas*, Anmerkung zu OGH 2004, 648 JBl 2004, 648; 7 Ob 516/88 JBl 1988, 650; 30. 1. 2001, 1 Ob 299/00 b; 1 Ob 33/02 p RdW 2003/256; 10 Ob 74/04 m ecolex 2005, 688).

e) Die Haftung des AN für das Verschulden des Herstellers

Für die Haftung des AN für das Verschulden des Herstellers gelten die gleiche Grundsätze wie für die Haftung des Händlers für das Verschulden des Herstellers (OGH 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154

= JBl 2004, 648 [Lukas] = RdW 2004/356 = VR 2004, 175 [Strahwald] = ecolex 2004, 278 [Wilhelm]; 2 Ob 124/02 b ecolex 2004, 277). Auch der AN haftet dem AG gegenüber nur für die Erfüllung der ihm selbst treffenden Pflichten (Auswahl eines geeigneten Erzeugers, einwandfreie Lagerung der Ware, Hinweis auf Gefahren und ordnungsgemäße Verpackung). Der AN ist für fehlerhafte Teile, die er nicht selbst erzeugte, im Allgemeinen nur dann haftbar, wenn er den von einem Dritten gelieferten Teil nicht ausreichend kontrollierte oder den Zulieferer nicht sorgfältig auswählte. Daher kann der AN wegen eines bei der Produktion selbst unterlaufenen Mangels gewöhnlich nicht schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen werden.

Der AN haftet dem AG gewährleistungsrechtlich, nicht jedoch schadenersatzrechtlich für das Verschulden des Herstellers, **wenn das vom AN verwendete Material** mangelhaft ist. Bedient sich allerdings der AN eines Dritten zur Erfüllung seiner eigenen Leistungspflicht (gegenüber dem AG) hat er **für dessen Verschulden wie für sein eigenes einzustehen** (OGH 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154 = RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 [Lukas] = VR 2004, 175 [Strahwald] = ecolex 2004, 278 [Wilhelm]).

Beispiel:

Der AN hatte über Auftrag des AG dessen Schwimmbecken abzudichten. Er bediente sich dazu des von X hergestellten Dichtungssystems. Ein Außenmitarbeiter der X überwachte die Installation des Dichtungssystems durch den AN und leitete ihn dabei an.

Jahre zuvor hatte eine amtliche Testung des Dichtungssystems dessen Untauglichkeit ergeben, was X jedoch bei Installation des Systems nicht offenbart hatte. Die Abdichtung des Beckens misslang.

Der OGH nahm eine Haftung des AN an.

Das dem AN zurechenbare Verschulden der X liegt darin, dass diese ein Dichtungssystem, das der für die Verwendung in Schwimmbecken erforderlichen Hydrolyse- und Alkalibeständigkeit ermangelte, anpries, obgleich ihr die mangelnde Alkalibeständigkeit verwendeter Materialien seit 1985 bekannt war und sie – schon vor der Produkteinführung – zumutbare chemische Analysen zur Klärung einer dauerhaften Hydrolysebeständigkeit des Dichtungssystems nicht veranlasst hatte, sofern ihr ein in dieser Hinsicht bestehender Produktmangel nicht ohnehin bekannt gewesen sein sollte. Deshalb unterblieb schuldhaft auch die (vor)vertraglich gebotene Aufklärung des AG über die wahren Eigenschaften des angepriesenen Dichtungssystems, die seine Untauglichkeit für die Erreichung des Vertragszwecks offen gelegt hätte. Es bedarf auch keiner Prüfung der Frage, ob dem AN – wegen seiner spezifischen vertraglichen Bereitstellungspflicht – nicht ohnehin auch ein Eigenverschulden anzulasten wäre, weil er die gebotene chemische Untersuchung des ausgewählten Produkts nicht veranlasst hatte, um sich selbst eine verlässliche Information über dessen Eignung zur Erreichung des Vertragszwecks zu verschaffen. (OGH 1 Ob 265/03 g SZ 2004/19 = bbl 2004, 154 = RdW 2004/356 = JBl 2004, 648 [Lukas] = VR 2004, 175 [Strahwald] = ecolex 2004, 278 [Wilhelm]).

f) Die Haftung des Herstellers für das Verschulden des Zulieferanten

Werden im Rahmen eines Kaufvertrages zwischen dem AN (Käufer) und dem Hersteller Rohstoffe oder Bestandteile zur Herstellung des Kaufgegenstandes zugekauft, **ist der Zulieferant dieser Rohstoffe oder Bestandteile nicht Erfüllungsgehilfe des Herstellers** (OGH 2 Ob 514/79 SZ 52/74 = JBl 1979, 653 = EvBl 1980/2; 6 Ob 521/81 SZ 54/116 = JBl 1982, 534 = EvBl 1982/3; 7 Ob 516/88 JBl 1988, 650). **Der Hersteller haftet dem AN gewährleistungsrechtlich, nicht jedoch schadenersatzrechtlich für das verkaufte Material** (OGH 7 Ob 559/87 JBl 1987, 662).

g) Haftung des Generalunternehmers für Begleitschäden?

Die Haftung für widerrechtliche Handlungen des Erfüllungsgehilfen wird bejaht, wenn die Schadenszufügung bei Erbringung der Hauptleistung erfolgte (Kozioł, Haftpflichtrecht II², 344).

Der AN hat bei Erbringung der Hauptleistung alle Rechtsgüter des AG mit denen er in Berührung kommt, nach Tunlichkeit von Schaden zu bewahren. Verletzt sein Erfüllungsgehilfe diese Pflicht, haftet der AN gem § 1313 a ABGB für die **Begleitschäden** (OGH 2 Ob 591/83 JBl 1985, 239; 7 Ob 33/87 ZVR 1988/70). Die Verletzung dieser Pflicht durch den Erfüllungsgehilfen wird damit nicht nach Delikts-, sondern nach Vertragsrecht beurteilt.

Für die Beurteilung, in wessen Risikobereich Handlungen eines Erfüllungsgehilfen, die nicht die Hauptleistung des Vertrages betreffen, fallen (OGH 6 Ob 696/81 JBl 1982, 654) ist maßgeblich, ob der Generalunternehmer durch seine vertraglichen Beziehungen zum Subunternehmer diesem und dem für ihn tätig werdenden Erfüllungsgehilfen seine Rechtssphäre öffnete (OGH 6 Ob 337/59 MietSlg 7.106/44; 3 Ob 543, 544/76 MietSlg 28.186; 1 Ob 711/89 ecolex 1990, 312 = EvBl 1991/44; 4 Ob 57/02 i RdW 2002, 729).

Beispiel 1:

Der Hauseigentümer haftet gem § 1313 a ABGB, wenn er einen AN mit der Durchführung von Renovierungsarbeiten beauftragt und dabei Mieter geschädigt werden (OGH Ob 543, 544/76 MietSlg 28.186).

Beispiel 2:

Vertragsgegenstand des Subunternehmerauftrags war die Überprüfung und allfällige Reparatur der Ablaufsteuerung der Weißglaswanne; der Monteur des Subunternehmers versuchte aber außerhalb des ihm erteilten Auftrages einen geringfügigen Fehler beim Ausdruck der Gemengewerte der bis dahin klaglos funktionierenden Grünlasanlage, die sich im selben Schrank wie die Ablaufsteuerung der Weißglaswanne befand, zu beheben. Dabei unterlief ihm ein Fehler, der zu einem Schaden an der Anlage führte. Strittig ist die Haftung des Generalunternehmers für den Fehler des beim Subunternehmer beschäftigten Monteurs.

Die Haftung des Generalunternehmers für das Verhalten des Monteurs als ihres Erfüllungsgehilfen ist zu bejahen. Der Monteur hat zwar den erteilten Auftrag überschreitend offensichtlich aus Gefälligkeit einen geringfügigen Fehler beim

Ausdruck der Gemengewerte in der Grünglasanlage beheben wollen und dem Generalunternehmer fahrlässig einen Schaden zugefügt. Sein Verhalten ist aber weder örtlich noch sachlich aus dem allgemeinen Umkreis seines Aufgabenbereiches herausgefallen, die vertragliche Beziehung zwischen den Parteien hat ihm erst den Zugang zum Ort der Reparatur geöffnet, und er durfte auch annehmen, dass er bei der gefälligkeitshalber erfolgten Überschreitung seines Aufgabenbereiches im Rahmen der Verfolgung von Interessen seines Geschäftsherrn blieb. Damit besteht aber eine typische Gefahr des Gehilfeneinsatzes, der die Zurechnung des Gehilfenverschuldens rechtfertigt. Der Generalunternehmer hat somit für das schadensauslösende Verhalten des Dienstnehmers seines Erfüllungsgehilfen einzustehen (OGH 1 Ob 711/89 eclex 1990, 312 = EvBl 1991/44).

Beispiel 3:

Der AN führte im Auftrag des AG Grab- und Planierarbeiten im Bereich der Piste des Hirschenkogels durch. Der vom AN eingesetzte Baggerfahrer wurde vom Geschäftsführer des AG ersucht, nach Ende der Arbeit noch zwei Löcher zu graben. Dem Ersuchen kam der Baggerfahrer aus Gefälligkeit nach, wobei er ein Stromkabel des AG beschädigte. Die Haftung nach § 1313 a ABGB setzt einen Zusammenhang des schadensursächlichen Gehilfenverhaltens mit der vom Haftenden geschuldeten Leistung voraus.

Das Ersuchen des AG, noch zwei Löcher zu graben, war nicht mehr Gegenstand des Auftrags des AN. Übernahm nun der Gehilfe des AN eine, wenn auch in einem erweiterten räumlichen Zusammenhang mit der vom AN geschuldeten Leistung, die aber doch im Geschäftsleben allgemein als selbständige Leistung gewertet und sonst auch regelmäßig als solche entgolten wird, dann scheidet das damit verbundene Verhalten des Gehilfen des AN jedenfalls dann aus seinem Haftungsbereich aus, wenn die vom AG begehrte Leistung objektiv nicht eine bloße Konkretisierung der geschuldeten Leistung, sondern deren umfangliche Erweiterung bildet.

In einem solchen – hier vorliegenden – Fall verwirklicht sich im Verhalten des Gehilfen eine unmittelbare Anweisung des AG, die auch die Zuweisung des Fremdausführungsrisikos an ihn rechtfertigt, denn er bestimmt die Leistung und nicht der AN, den insoweit keine Leistungspflicht traf und dessen Leitungs- und Weisungsrecht gegenüber dem Gehilfen durch die Anordnung des AG ausgeschaltet wurde. Das schadensstiftende Verhalten des Baggerfahrers konnte demnach nicht dem AN, sondern nur dem AG zugerechnet werden. Allein der Umstand, dass die beschädigte Stromkabelleitung dem AN und dem Baggerfahrer bekannt war und nach der Rsp in den Schutzbereich des Vertrags des AN mit dem Baggerfahrer einbezogen war, hat noch nicht zur Folge, dass der von der zweitbeklagten Partei mit der erstbeklagten Partei geschlossene und vor dem 27. 10. 1998 erfüllte Werkvertrag betreffend die Planierung der Piste des Hirschenkogels, der jedenfalls nach dem Vorbringen der Parteien nicht den Schutz von Stromleitungen der Klägerin mitumfasste, die gleiche Schutzwirkung zugunsten der Klägerin entfalten konnte.

Die in EvBl 1991/44 vertretene Auffassung, dass der Geschäftsherr für Delikte seines Erfüllungsgehilfen immer dann hafte, wenn das bestehende Vertragsverhältnis dem Gehilfen die Schädigung des Gläubigers zumindest maßgeblich erleichtert hat, sofern nicht das Verhalten des Gehilfen aus dem allgemeinen Umkreis des Aufgabenbereiches herausfällt, den der Erfüllungsgehilfe für den Schuldner wahrzunehmen hat, steht der angefochtenen Entscheidung nicht entgegen. Damals war es darum gegangen, dass der Gehilfe aus eigenem Antrieb nicht geschuldete Handlungen vorgenommen hatte, die mit der geschuldeten Leistung in einem sachlichen Zusammenhang standen (dort: Überschreitung des Auftrags, indem der Gehilfe aus Gefälligkeit einen von ihm entdeckten geringfügigen Fehler in einer Anlage beheben wollte). Im hier zu beurteilenden Fall hingegen wurde der Gehilfe außerhalb der vom AN geschuldeten Leistung auf Ersuchen der Erstbeklagten tätig; diese Arbeit fiel somit aus dem Umkreis des Aufgabenbereiches des AN heraus. Eine Haftung des AN wurde nicht angenommen (OGH 4 Ob 57/02 i RdW 2002, 729).

h) Die Beweislastumkehr

Die Werkerstellung hat so zu erfolgen, dass die Rechtsgüter des AG vor Schaden bewahrt bleiben (OGH 1 Ob 545/76 SZ 49/37; 2 Ob 170/55 SZ 28/87; 1 Ob 639/78 EvBl 1979/1; 1 Ob 522/79 SZ 52/15; *Krejci in Rummel I* § 1169 Rz 9). Für schuldhaftes Fehlverhalten des Erfüllungsgehilfen hat der **Generalunternehmer** einzustehen. **Er wird von der Haftung nur befreit, wenn er beweist, dass seinem Erfüllungsgehilfen kein Verschulden zur Last fällt** (*Reischauer in Rummel II* § 1298 ABGB Rz 17; OGH 5 Ob 7/75 JBl 1975, 488; 5 Ob 529/76 SZ 49/66; 5 Ob 884/76 JBl 1978, 377; 6 Ob 687/78 JBl 1979, 259; 5 Ob 24/81 SZ 54/99; 6 Ob 507/83 EvBl 1983/72; 2 Ob 591/83 JBl 1985, 239; 1 Ob 23/86 JBl 1986, 789).

Sind mehrere AN mit der Werkherstellung betraut, trifft jeden von ihnen die Pflicht, sich dabei so sorgfältig zu verhalten, dass die bei der Werkherstellung beschäftigten Leute anderer AN nicht zu Schaden kommen. Ereignet sich ein Schaden, muss der AN, dessen Gehilfe den Schaden verursacht hat, beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (OGH 1 Ob 664/90 eclex 1991, 241 = JBl 1991, 453).

i) Der Rückgriffsanspruch des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer

Für den Bereich der Gehilfenhaftung – ohne Bestehen einer Solidarschuld – gewährt § 1313 Satz 2 ABGB dem haftenden Geschäftsherrn (Generalunternehmer) den Rückersatz gegen den Schuldtragenden (Subunternehmer).

Allfällige Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Generalunternehmers gegen den Subunternehmer schließen Regressansprüche nicht aus (OGH 6 Ob 40/98 w RdW 1999, 199; 9 Ob 236/99 t eclex 2000, 425; 3 Ob 279/06 k bbl 2007/172 = wobl 2008/23; 27. 11. 2003, 6 Ob 161/03 z; 3 Ob 35/07 d eclex 2007/352 = bbl 2007/195).

Die Frist zur Geltendmachung der Regressansprüche gemäß § 1313 Satz 2 ABGB beginnt erst mit Zahlung des Regressberechtigten (Generalunternehmer) an einen Dritten (Bauherr) zu laufen.

Kein fristauslösendes Ereignis ist die Inanspruchnahme einer Bankgarantie, die statt eines Haftrücklasses gegeben wurde. Die Leistung des Garanten (der Bank) ist, wegen der Abstraktheit der Garantie, nicht als Erfüllungshandlung des Schuldners (des Generalunternehmers) anzusehen, da die materielle Berechtigung der

Inanspruchnahme einer Garantie erst im Nachhinein geprüft werden kann. Die Zahlung erfolgt hinsichtlich des Valutaverhältnisses zwischen Bauherrn und Generalunternehmer erst dann endgültig, wenn der Generalunternehmer die erfolgte Zahlung ausdrücklich oder konkludent widmet (OGH 14.12.2010, 3 Ob 186/10i, Zak 2011, 57 mwN).

3. Verschränkung der Verträge?

a) Keine speziellen gesetzlichen Regelungen

Für den Vertrag zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer (Subunternehmervertrag) sieht das Gesetz keine speziellen Regelungen vor. Für ihn gelten daher genauso wie für den Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Generalunternehmer (Generalunternehmervertrag) die Regeln über das Werkvertragsrecht nach den §§ 1167 ff ABGB. Daraus ergeben sich eine Reihe von Problemen. Zum einen geht die gesetzliche Regelung, die aus dem Anfang des vorletzten Jahrhunderts stammt, nicht von einer arbeitsteiligen Wirtschaft aus, zum anderen stellen die gesetzlichen Regelungen darauf ab, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Leistung und Gegenleistung im Großen und Ganzen feststehen. Gerade aber bei komplexen Bauvorhaben sind diese Voraussetzungen nicht gegeben. Das ABGB hat den punktuellen Austauschvertrag vor Augen. Dem gegenüber stellen aber Bau- und Anlageverträge oft komplexe Langzeitverträge dar. Zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses können zumeist nicht alle Einzelheiten festgelegt werden. Während der Baudurchführung ist es häufig erforderlich, durch kurzfristige Koordination der verschiedenen Beteiligten Lösungen zu erarbeiten. Dies setzt vertragliche Regelungen voraus, die diesen Notwendigkeiten Rechnung tragen.

Sind die vom Generalunternehmer übernommenen vertraglichen Verpflichtungen nicht deckungsgleich mit jenen des Subunternehmers, obwohl beide Verträge auf die Herstellung des gleichen Bauwerks gerichtet sind, können Störungen, Änderungen oder sonstige Ereignisse in einem der Vertragswerke zu verschiedenen rechtlichen und wirtschaftlichen Ergebnissen führen. In L und Rsp wird die Frage erörtert, **inwieweit trotz aller rechtlicher Selbständigkeit der Generalunternehmervertrag und der Subunternehmervertrag nicht doch verschränkt sind.** L (*Krejci in Rummel I*³ §§ 1165, 1166 ABGB Rz 44; *Rebhahn in Schwimann*, ABGB³ V § 1165 Rz 50) und Rsp (OGH 9 Ob 236/99 t bbl 2000, 81 [*Csaky*]; 3 Ob 48/04 m ecolex 2005, 112; 3 Ob 279/06 k bbl 2007/172 = wobl 2008/23; 3 Ob 35/07 d ecolex 2007/352 = bbl 2007, 195) **gehen von einer rechtlichen Trennung beider Vertragswerke aus, nehmen jedoch eine partielle Verknüpfung vor:** Die Subunternehmerverträge bilden zusammen mit dem Hauptvertrag ein Netzwerk von Verträgen, das auf die Realisierung des Gesamtwerkes gerichtet ist. Im Laufe der Projektdurchführung können im Hauptvertrag zahlreiche Ereignisse eintreten, die faktisch die Subunternehmerleistungen berühren, weshalb die strikte Trennung der Verträge nicht in jedem Fall sachgerecht sein kann. Eine partielle Verknüpfung der Verträge im dreipersonalen Verhältnis ist nach den Grundsätzen der Vertragsauslegung nur in den Fällen notwendig und geboten, in denen die Leistungen des General- und des Subunternehmers so eng miteinander verbunden und gegenseitig abhängig sind, dass eine strikte Trennung zu grob unbilligen Ergebnissen führen müsste (*Rebhahn in Schwimann*, ABGB³ V § 1165 ABGB Rz 51; vgl auch *Nicklisch*, NJW 1985, 2361 ff; *Frotz in Aicher/Korinek*, Industrieanlagenbau 153; OGH 1 Ob 704/89 SZ 62/185 = ecolex 1990, 143 = JBl 1990, 587 = RdW 1990, 342; 6 Ob 550/91 JBl 1992, 387; 8 Ob 651/93 ecolex 1994, 314; 6 Ob 40/98 w RdW 1999, 199; 3 Ob 48/04 m ecolex 2005, 112; 9 Ob 146/04 t ecolex 2005, 907 [*Wilhelm*] = RdW 2005, 687 = bbl 2005, 254; 3 Ob 35/07 d ecolex 2007/352).

Beispiel 1:

Der Generalunternehmer, der auf die Tätigkeit seines Subunternehmers zurückzuführende Preisminderungsansprüche mit dem Bauherrn verglich, kann vom Subunternehmer nicht nur den verglichenen Betrag, sondern die volle gesetzliche Preisminderung begehren (OGH 1 Ob 704/89 SZ 62/185).

Beispiel 2:

Der Generalunternehmer vergab die Herstellung eines Hallendaches an einen Subunternehmer aufgrund eines Kostenvoranschlags. Der Kostenvoranschlag wurde beträchtlich überschritten. Eine Anzeige iSd § 1170 a ABGB wurde nicht erstattet. Dem Generalunternehmer gelang es vom Bauherrn Vollzahlung zu erhalten. Er weigerte sich jedoch dem Subunternehmer den Überschreibungsbetrag zu bezahlen.

Der OGH folgte den Argumenten des Generalunternehmers: Handelt es sich um zwei selbständige Verträge, so kann es dem Generalunternehmer nicht verwehrt sein, unabhängig von der eigenen Vertragsgestaltung mit dem Bauherrn alle ihm aus dem zwischen ihm und seinem Subunternehmer abgeschlossenen Werkvertrag zustehenden Rechte gegen den Subunternehmer selbst dann in Anspruch zu nehmen, wenn es ihm etwa gelang, den Bauherrn zu einem teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu bestimmen. Gleiches hat zu gelten, wenn der Bauherr eine beträchtliche Kostenüberschreitung ohne unverzügliche Anzeige iSd § 1170 a Abs 2 ABGB akzeptierte. Dem Generalunternehmer stehen also dem Subunternehmer gegenüber alle vertraglichen Rechte, somit auch das, nur unter den Voraussetzungen des § 1170 a Abs 2 ABGB einen höheren als den vereinbarten Werklohn zahlen zu müssen, grundsätzlich auch dann zu, wenn seine Ansprüche (einschließlich für Mehrleistungen) vom Bauherrn voll erfüllt wurden (OGH 6 Ob 550/91 JBl 1992, 387).

Beispiel 3:

Im vorliegenden Fall besteht bei sachgerechter Vertragsauslegung keine Verknüpfung der beiden Vertragsverhältnisse, dass der Generalunternehmer vom Subunternehmer nicht Schadenersatz für den Mangelschaden fordern könnte, zumal der

Subunternehmer Umstände, die für eine solche Verknüpfung der beiden Vertragsverhältnisse und grob unbillige Ergebnisse sprechen würden, gar nicht vorgebracht hat. Im vorliegenden Fall wurden ja an den Generalunternehmer Verbesserungsansprüche herangetragen (OGH 6 Ob 40/98 w RdW 1999, 199).

Beispiel 4:

Die Bauherrin ließ Mobilfunkanlagen in Tirol und Vorarlberg errichten. Sie beauftragte mit der Ausführung der Arbeiten die Generalunternehmerin. Diese vergab einen Teil der Arbeiten an die Beklagte, die ihrerseits wiederum die Klägerin mit der Ausführung eines Teils des Gewerkes beauftragte.

In seiner Leitentscheidung OGH 1 Ob 704/89 SZ 62/185 wies der OGH bereits darauf hin, dass eine strikte Trennung der Verträge nicht in jedem Fall sachgerecht sein kann und berief sich hierzu – bei vergleichbarer Rechtslage – auf deutsche Literatur und deutsche Judikatur. Es kann daher in Einzelfällen eine partielle Verknüpfung der Verträge notwendig oder jedenfalls billig und geboten sein. Nach der vorzitierten deutschen Judikatur liegt eine solche Unbilligkeit insb dann vor, wenn der Auftraggeber des Subunternehmers trotz einer Leistungsstörung (sei diese auch vom klagenden Subunternehmer verursacht) seinen vollen Werklohn erhält und dennoch seinem Auftragnehmer den Werklohn, gestützt auf eine Vertragsverletzung bzw Leistungsstörung oder auch wegen einer Leistungsrisikoverschiebung infolge Zufalls vorenthält.

Das Berufungsgericht berücksichtigte hier zwar die Zahlung der Bauherrin an die Generalunternehmerin, ließ aber unberücksichtigt, dass diese ihrerseits nicht bereit ist, ihrem Vertragspartner dem beklagten Subunternehmer, den Werklohn zu zahlen. Im Verhältnis zwischen Generalunternehmerin und beklagtem Subunternehmer mag eine Unbilligkeit im vorgenannten Sinn bestehen, doch hat die Beklagte das ihr Zumutbare getan, nämlich die Generalunternehmerin gerichtlich auf Zahlung zu belangen. Soweit sich daher die Beklagte im Verhältnis zur Klägerin auf die Einhaltung einer vertraglichen Pflicht, nämlich die Vorlage der Bautagesberichte, beruft, deren Fehlen von der Generalunternehmerin als Fälligkeitshindernis eingewendet wird, liegt darin kein grob unbilliges oder schikanöses Verhalten, welches unbeachtlich wäre. Zu Recht wendet die Beklagte daher der Werklohnforderung der Klägerin die mangelnde Fälligkeit mangels Erfüllung der weiteren vertraglichen Pflicht ein. Sollte die Beklagte jedoch Zahlung von der Generalunternehmerin erhalten, wird die von den Vorinstanzen angenommen Verknüpfung Bedeutung erlangen (OGH 9 Ob 146/04 t eclex 2005, 907).

Beispiel 5:

Nach stRsp sind mangels gegenteiliger Vereinbarung die Verträge zwischen Bauherr, Generalunternehmer und Subunternehmer grundsätzlich nicht verzahnt, sondern getrennt zu sehen. Der Subunternehmer steht grundsätzlich nur mit dem Generalunternehmer, nicht aber mit dem Bauherrn in einer vertraglichen Beziehung. In einem solchen Fall ist der Subunternehmer im Verhältnis zum Bauherrn selbständiger Erfüllungsgehilfe iSd § 1313 a ABGB. Daraus folgt, dass auch die gegenseitigen Rechte und Pflichten aus dem Vertrag zwischen General- und Subunternehmer unabhängig davon bestehen, welche gegenseitigen Rechte, Pflichten und Ansprüche zwischen dem Generalunternehmer und dem Bauherrn bestehen (OGH 3 Ob 279/06 k bbl 2007/172).

b) Einzelfälle der Vertragsverschränkung

i) Durchstellen der Vertragsstrafe?

Strittig ist, ob eine zwischen einem GU und einem Bauherrn vereinbarte Vertragsstrafe an den Verzug auslösenden Subunternehmer „durchgestellt“ werden kann.

Beispiel:

Der Bauherr vereinbart mit dem GU für den Verzugsfall eine Vertragsstrafe von € 1.000,- pro Kalendertag. Der GU vereinbart mit einem seiner Subunternehmer (SU) für den Verzugsfall eine Vertragsstrafe von € 100,- pro Kalendertag. Tatsächlich gerät der SubU 10 Tage in Verzug, sodass der GU dem Bauherrn eine Vertragsstrafe von € 10.000,- schuldet, der SubU dem GU eine Vertragsstrafe von € 1.000,-. Der GU verlangt jedoch vom SubU den über die Vertragsstrafe hinausgehenden Schaden von € 9.000,-, da er ja dem Bauherrn € 10.000,- zahlen musste.

Der die Vertragsstrafe übersteigende Schaden muss detailliert nachgewiesen werden. Dem Subunternehmer kann nicht unterstellt werden, dass er für die Vertragsstrafe, die der GU zu zahlen hat, einen Abrechnungsverzicht vereinbaren wollte. Hätten er dies tun wollen, hätte er im Subunternehmervertrag gleich jenen Betrag als Vertragsstrafe einsetzen können, den der GU als Vertragsstrafe mit dem Bauherrn vereinbart hat. Die Rsp nimmt allerdings den gegenteiligen Standpunkt ein (OGH 2 Ob 151/88 SZ 61/279; 7 Ob 189/98 i RdW 1999, 584).

Beispiel 1:

Ein LKW-Fahrer beschädigte den LKW des Klägers auf einer Baustelle in Wien, wodurch der Kläger mit den bereits beauftragten Bauarbeiten nicht rechtzeitig beginnen und diese auch nicht rechtzeitig fertigstellen konnte, sodass er pönalepflichtig wurde. Nach Ansicht des OGH ist dem Kläger durch die Bezahlung der Konventionalstrafe ein positiver Vermögensschaden entstanden, wobei die Verpflichtung zur Zahlung der Konventionalstrafe einen vom Rechtswidrigkeitszusammenhang umfassten zusätzlichen Folgeschaden der Sachbeschädigung darstelle und daher ersatzpflichtig wäre (OGH 2 Ob 151/88 SZ 61/279).

Beispiel 2:

Der AG beauftragte den GU mit der Herstellung eines Doppelkammerzementsilos. Dessen Errichtung besorgte der Subunternehmer SU als Erfüllungsgehilfe der Firma GU. Dabei unterlief ihm der Fehler, eine in der Trennwand des Silos verbliebene Öffnung von 2 × 8 cm nicht zu verschließen. Dieser nicht erkannte Mangel blieb bis zum Jahre 1993 folgenlos.

Im Jahre 1993 füllte der AG in die eine der beiden durch die Trennwand gebildeten Kammern des Silos statt Zement, Flugasche. Diese vermengte sich durch die verbliebene Öffnung mit dem in der anderen Kammer gelagerten Zement, wodurch dessen Qualität wesentlich vermindert wurde. Mit diesem Zement stellte der AG Beton her, den er dem Bauunternehmen O GmbH zur Verarbeitung in einem diesem Bauunternehmen von der Firma P GmbH in Auftrag gegebenen Bauwerk lieferte. Die – zunächst nicht erkannte – mindere Güte des Betons erforderte schließlich die Abtragung und Neuerrichtung der damit

hergestellten Säulen. Die Aufwendungen hierfür wurden vom GU getragen und dieser von seiner Haftpflichtversicherung ersetzt. Nicht ersetzt wurde ihm jedoch ein von der Bauherrin der Firma O GmbH, der P GmbH aufgrund des Bauwerkvertrages in Rechnung gestelltes und von dieser dem AG weiterverrechnete Vertragsstrafe von ATS 154.000,- für die Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins. Der AG wandte sich mit der Pönaleforderung an seinen Generalunternehmer GU, um sich an ihm zu regressieren. Diese trat seine Rückgriffsansprüche gegen den Subunternehmer SU ab. Der AG begehrt vom Subunternehmer SU den Ersatz dieses ihr verrechneten Vertragsstrafe als Regressforderung aus dem Titel des Schadenersatzes“.

Der OGH schloss sich den Argumenten des AG an: Es sei zu prüfen, ob der Subunternehmer wegen seines vorschrifts- und vertragswidrigen Verhaltens für die geltend gemachten Schäden zu haften hat. Nach der Äquivalenztheorie hat jeder Schädiger nicht nur für den „nächsten“ Schaden, sondern auch für Folgeschäden, also alle weiteren nachteiligen Auswirkungen beim Geschädigten einzustehen; dabei ist es gleichgültig, ob die Höhe des Schadens nur durch Hinzutreten außergewöhnlicher Umstände hervorgerufen wurde. Dass aber die Haftung nicht uferlos sein kann, sondern eine Begrenzung der Zurechnung stattzufinden hat, wird allgemein anerkannt. Der Haftungsbegrenzung dienen die Adäquanzlehre und die Lehre vom Schutzzweck der die Haftung begründenden Norm. Adäquität liegt – positiv umschrieben – vor, wenn das Schadensereignis die objektive Möglichkeit eines Erfolges von der Art des eingetretenen generell in nicht unerheblicher Weise erhöht. Inadäquat ist ein Schaden, wenn nach allgemeiner Lebenserfahrung das schädigende Ereignis für den eingetretenen Schaden gleichgültig ist und nur durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen eine Bedingung für den Schaden.

Auch derjenige, der eine Vertragspflicht verletzt, haftet seinem Vertragspartner gegenüber für daraus entstehende Schäden nur insoweit, als jene Interessen verletzt sind, deren Schutz die übernommene Vertragspflicht bezweckt. Welche die geschützten Interessen sind, ist aus dem Sinn und Zweck des Vertrags im Wege der Auslegung zu ermitteln; anstelle der verallgemeinerten schematisierenden Betrachtung ist der Adäquanztheorie tritt eine am konkreten Vertrags- oder Normzweck ausgerichtete individualisierende Betrachtung. Da, wie bereits zuvor ausgeführt worden ist, es vorhersehbar war, dass die mangelhafte Erfüllung der Silotrennwand zu einer späteren mangelhaften Erfüllung der Kauf- bzw Werkverträge mit der diesem Silo entnommenen Betonmenge führen wird, ist der aus der Fehlleistung des Subunternehmers resultierende Schaden als adäquat zu beurteilen (OGH 7 Ob 189/98 i RdW 1999, 584).

ii) Übernahme des Subunternehmergewerkes gleichzeitig mit Übernahme des GU-Gewerkes

Häufig findet sich in Bauverträgen die **Klausel, dass die Übernahme des Subunternehmergewerkes durch den Generalunternehmer gleichzeitig mit der Übernahme des Generalunternehmergewerkes durch den AG zu erfolgen hat.**

Mit der Übernahme des Werkes sind unter anderem der Gefahrenübergang und der Beginn der Gewährleistungsfrist verbunden. Diese Vertragsklausel bedeutet ein **Hinausschieben des Gefahrenüberganges** auf einen Zeitpunkt, der sehr lange nach Fertigstellung des Subunternehmergewerkes liegen kann. Unter Umständen ist der Subunternehmer zu diesem Zeitpunkt gar nicht mehr auf der Baustelle tätig. Eine derartige Bestimmung ist mE sittenwidrig, da sie den AN gröblich benachteiligt: er hat die Gefahr für das Abhandenkommen oder die Zerstörung seines Subunternehmergewerkes zu tragen, obwohl er keinerlei Möglichkeit der Gefahrenabwendung hat. Er bekommt hierfür weder ein Entgelt noch hat er die praktische Möglichkeit die Gefahr etwa durch Bewachung oder ähnliches abzuwenden, da er möglicherweise gar nicht mehr auf der Baustelle tätig ist. Nur der Generalunternehmer ist imstande, für ausreichende Sicherungsmaßnahmen zu sorgen.

Anders zu beurteilen ist diese Vertragsbestimmung hinsichtlich des **Beginnes der Gewährleistungsfrist**: Diese Bestimmung stellt eine Verlängerung der gesetzlichen dreijährigen Gewährleistungsfrist dar, da der Zeitpunkt zwischen Fertigstellung des Subunternehmergewerkes und Übernahme des Generalunternehmergewerkes durch den Bauherrn hinzuzurechnen ist. Diese Vereinbarung ist zulässig: Es ist allgemein anerkannt, dass eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist rechtlich möglich ist. Eine Sittenwidrigkeit kann darin nicht erblickt werden (OLG Wien 4. 11. 1982, 1 R 198/82).

iii) Zahlung an den Subunternehmer erst bei Zahlung des Bauherrn an den Generalunternehmer

Die Klausel, dass „**Zahlung des Subunternehmers erst zu jenem Zeitpunkt und in jenem Ausmaß erfolgt, als der Generalunternehmer seinerseits vom Bauherrn Zahlung erlangt**“, ist grundsätzlich zulässig.

Meistens wird aber die Anwendbarkeit dieser Klausel daran scheitern, dass die Vertragswerke zwischen Bauherrn und Generalunternehmer einerseits und Generalunternehmer und Subunternehmer andererseits nicht die gleichen Zahlungsbedingungen enthalten, sodass gar nicht feststellbar sein wird, ob eine Zahlung des Bauherrn an den Generalunternehmer gerade jene Leistung betrifft, die der Generalunternehmer dem Subunternehmer schuldet. Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Klausel ist daher, dass die Zahlungsbedingungen deckungsgleich sind.

Diese Klausel kann aber nicht bedeuten, dass es im Belieben des Generalunternehmers steht, Rechnungsabstriche oder Zahlungsverzögerungen des Bauherrn zu akzeptieren. Der Generalunternehmer ist verpflichtet, für die vertragsgemäße Zahlung durch den Bauherrn zu sorgen: Er muss sich um die Einbringung der Entlohnung bemühen, wie dies ein vernünftiger Geschäftsmann in seinen Angelegenheiten tut (OGH 1 Ob 646/56 JBl 1957, 563). Nötigenfalls ist er auch zur Klageeinbringung verpflichtet.

Bei Vereinbarung dieser Klausel ist auch zu beachten, dass nicht ein Widerspruch zu einer allfälligen Regelung über die Fälligkeit von Teilrechnungen entsteht: Es sollte klargestellt werden, dass die Fälligkeit einer Teilrechnung nur insoweit eintritt, als der Bauherr dem Generalunternehmer seinerseits Zahlung geleistet hat. Allfällige unklare Formulierungen gehen gem § 915 ABGB zulasten derjenigen Partei, die diese Formulierungen verwendet hat.

Die Klausel stellt lediglich eine besondere Fälligkeitsregelung dar, nicht jedoch eine gänzliche Überwälzung des Einbringlichkeitsrisikos auf den Subunternehmer. Eine **gänzliche Überwälzung des Einbringlichkeitsrisikos** ist **sittenwidrig**, da sie eine auffallende Inäquivalenz der beiderseitigen Rechtspositionen schafft (OGH 5 Ob 538/81 JBl 1982, 652). Soll das Risiko der Einbringlichkeit beim Bauherrn den Generalunternehmer und den Subunternehmer verhältnismäßig treffen oder wurde die Uneinbringlichkeit durch eigene Fahrlässigkeit des Generalunternehmers verursacht, liegt eine zulässige Vereinbarung vor.

Beispiel:

Bei der Inhaltskontrolle von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ und „Vertragsformblättern“ oder „Formularverträgen“, ist nach dem Maßstab der Anordnung des § 879 Abs 1 ABGB an dispositivem Recht als dem Leitbild eines abgewogenen und gerechten Interessensausgleiches Orientierung zu nehmen. Eine weitgehende einseitige Abweichung vom dispositiven Recht, das für den „Durchschnittsfall“ eine ausgewogene, gerechte Rechtslage anstrebt, kann unter den besonderen Verhältnissen der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“, nämlich im Bereich der „verdünnten Vertragsfreiheit“ rechtlich nicht toleriert werden; die auffallende Inäquivalenz der beiderseitigen Rechtspositionen begründet dann die Sittenwidrigkeit der abweichenden Regelung. Die Überwälzung des Risikos der Einbringlichkeit aus dem vom Subunternehmer dem Generalunternehmer erbrachten Werkleistungen ist nicht schon an sich wegen der Abweichung dieser Vereinbarung von dispositivem Recht sittenwidrig. Der Subunternehmer trägt wohl das Risiko der Einbringlichkeit der Werklohnforderung gegenüber dem Bauherrn, andererseits hat aber der Generalunternehmer die vertragliche Nebenpflicht unter Wahrung der Interessen des Subunternehmers an der Erfüllung seiner Forderung die Werklohnforderung beim Bauherrn ohne unnötigen Verzug zu betreiben und alle zur Einbringlichmachung gebotenen Schritte zu unternehmen.

Da aber der Generalunternehmer nur einen Teil seiner Leistungsverpflichtung an den Subunternehmer übertragen hat, widerspricht die Risikoüberwälzungsklausel insofern den guten Sitten, als sich das Einbringlichkeitsrisiko nur auf den der Werkleistung der Subunternehmerin entsprechenden Anteil erstrecken und nicht beide Parteien im Verhältnis der von ihnen wirtschaftlich dem Bauherrn erbrachten Werkleistung treffen sollte (OGH 5 Ob 538/81 JBl 1982, 652).

iv) Gleichschaltung der Gewährleistung Bauherr – GU – SubU

Der bloße Umstand, dass der Bauherr den Werklohn des GU trotz eines bestehenden Mangels nicht kürzt, führt noch nicht dazu, dass der GU seiner Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Subunternehmer verlustig ginge. Der GU muss das, was er durch sein Verhandlungsgeschick beim Bauherrn erreicht, nicht seinem Subunternehmer zukommen lassen (OGH 1 Ob 704/89 SZ 62/185; 7 Ob 298/04 f ecolex 2005, 440 = bbl 2005, 130).

Beispiel:

Der Generalunternehmer, der auf die Tätigkeit seines Subunternehmers zurückzuführende Preisminderungsansprüche mit dem Bauherren verglich, kann vom Subunternehmer nicht nur den verglichenen Betrag, sondern die volle gesetzliche Preisminderung begehren (OGH 1 Ob 704/89 SZ 62/185).

Eine vertragliche Gleichschaltung der Gewährleistungsansprüche zwischen Bauherr, Generalunternehmer und Subunternehmer ist zulässig. Besteht der Bauherr allerdings nicht mehr auf Verbesserung, kann der Generalunternehmer vom Subunternehmer auch nicht mehr Verbesserung verlangen (OGH 1 Ob 704/89 SZ 62/185 = ecolex 1990, 143 = JBl 1990, 587 = RdW 1990, 342).

Beispiel:

Die vom Baustoffhändler dem Subunternehmer verkauften Betonplatten waren entgegen der getroffenen Vereinbarung und Zusage nicht tausalzbeständig. Der Subunternehmer, der seinerseits dem Generalunternehmer vertraglich verpflichtet war, nur tausalzbeständige Betonplatten zu verlegen, verlegte die Platten in Unkenntnis des Mangels. Nach Verhandlungen mit dem Generalunternehmer erklärte sich der Subunternehmer schließlich mit einem Rechnungsabzug von ATS 100.000,- einverstanden. Zu diesem Zeitpunkt war ihm nicht bekannt, dass sich der Generalunternehmer selbst schon vorher mit einem sehr geringen Abzug an Preisminderung mit dem Bauherrn verglichen hatte.

Der Baustoffhändler klagt den restlichen Kaufpreis ein. Der Subunternehmer wendet aufrechnungsweise den mit dem Generalunternehmer verglichenen Preisminderungsbetrag ein. Der Baustoffhändler erwiderte, der Subunternehmer sei seiner Schadensminderungspflicht nicht nachgekommen. Der OGH stellte fest, dass es dem Generalunternehmer nicht verwehrt sein kann, unabhängig von der eigenen Vertragsgestaltung mit dem Bauherrn alle ihm aus dem Werkvertrag zwischen ihm und seinem Subunternehmer zustehenden Rechte gegen den Subunternehmer selbst dann in Anspruch zu nehmen, wenn es ihm gelang, den Bauherrn zu einem teilweisen Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu bestimmen.

Eine partielle Verknüpfung der beiden Verträge wurde mit folgender Begründung angenommen: Bestand der Bauherr dem Generalunternehmer gegenüber nicht auf Verbesserung, wurde der Bauvertrag vielmehr dahin abgeändert, dass die Betonplatten nicht tausalzbeständig zu sein hatten, schlägt diese Abänderung auf den Subunternehmervertrag insoweit durch, als der Generalunternehmer nun nicht mehr von ihm ein Werk fordern konnte, das er selbst dem Bauherrn nicht zu erbringen hatte.

Der Dritte, der dem Subunternehmer mangelhaft liefert, wird schadenersatzpflichtig, wenn der Subunternehmer in Folge der mangelhaften Lieferung nur ein gemindertes Entgelt erlangen kann. Ist die Rechtslage zweifelhaft, so kann der Subunternehmer die Entgeltsminderung, die der vom Baustoffhändler zu ersetzende Schaden ist, auch durch Vergleich mit dem Generalunternehmer festsetzen, ohne dadurch seine Schadensminderungspflicht zu verletzen. Er darf allerdings bei den Vergleichsverhandlungen nicht von den Mangelbehebungskosten ausgehen, wenn vom Generalunternehmer nur eine viel geringere Entgeltsminderung begehrt wurde (OGH 1 Ob 704/89 ecolex 1990, 143 = JBl 1990, 587 = RdW 1990, 342).

Die mangelhafte Erfüllung durch den Subunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer führt im Verhältnis des Generalunternehmers zum Bauherrn zur Gewährleistungs- und Schadenersatzpflicht des Generalunternehmers. Der Generalunternehmer hat daher schon bei mangelhafter Leistung des Subunternehmers und bevor er seinerseits vom Bauherrn in Anspruch genommen wird, ein rechtliches Interesse

an der Feststellung der Gewährleistungs- und Schadenersatzpflicht des Subunternehmers ihm selbst gegenüber. Eine Feststellungsklage ist daher zulässig (OGH 6 Ob 525/90 ecolex 1990, 406; 8 Ob 73/07 d ecolex 2008, 72 = bbl 2008, 71).

v) Zahlungsansprüche des Subunternehmers bei Konkurs des Bauherrn

Aufgrund der rechtlichen Selbständigkeit der beiden Vertragswerke hat der Subunternehmer – sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde – Anspruch auf Zahlung seines Werklohnes gegenüber dem GU, selbst dann, wenn der Bauherr in Konkurs verfällt und der GU Zahlung nicht erlangen kann. In der BRD hat der BGH in solchen Fällen den Zahlungsanspruch des Subunternehmers bejaht (BGH 19. 12. 1976 zitiert nach *Aicher/Korinek*, Industrieanlagenbau 164 FN 17).

vi) Zahlungsansprüche des Subunternehmers bei Konkurs des Generalunternehmers

Auch wenn der Generalunternehmer mitteilt, sich für einzelne Arbeiten eines Subunternehmers zu bedienen, entsteht kein Vertragsverhältnis zwischen AG und Subunternehmer, selbst wenn dieser bei der Auftragsvergabe anwesend ist und in der Rubrik „für den Auftragnehmer“ mitunterfertigt. Der Subunternehmer hat deshalb bei Insolvenz des Generalunternehmers einen Entlohnungsanspruch nur gegen diesen, dem der AG seinerseits den vollen Werklohn zu zahlen hat (OGH 3 Ob 542/82 HdBW V/36; 25. 2. 1999, 6 Ob 324/98 k).

Beispiel:

Ein Generalunternehmervertrag enthielt folgende Klausel: „Der Generalunternehmer (GU) verpflichtet sich, entsprechend dem Baufortschritt und dem Prozentschlüssel, die Gelder an seine Vertragsfirmen (Subunternehmer SU) weiter zu delegieren (. . .). Bei Zuwiderhandeln ist der Bauträger ermächtigt, Direktanweisungen an die Vertragsfirmen zu tätigen (. . .).“

Infolge des Konkurses des GU leistete der Bauträger an die SU. Gestützt auf §§ 30, 31 KO begehrte der Masseverwalter des GU die Feststellung der Unwirksamkeit der Zahlungen des Bauträgers an die SU gegenüber den Gläubigern. Der OGH stellte fest, dass sich aus dem GU-Vertrag weder eine Treuhandvereinbarung noch ein echter Vertrag zugunsten Dritter ableiten lasse, sondern lediglich eine Zahlungsermächtigung. Durch die Zahlung des Bauträgers an die SU erfolgte einerseits die Tilgung der Schuld des Bauträgers gegenüber des GU und andererseits Zahlung der Schuld des GU an die SU in voller Höhe und nicht nur in Höhe der den SU zustehenden Konkursquote. Dadurch wurde die Masse geschmälert und die Gläubiger benachteiligt (OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 324/98 k).

Der Subunternehmer kann sich allerdings gegen die Insolvenz des Generalunternehmers absichern, wenn er sich die Forderungen des Generalunternehmers gegen den AG abtreten lässt (OGH 3 Ob 504/82 HdBW V/31).

Beispiel:

Ist die Zusage des AG, dem Subunternehmer abgetretene Forderungen des Generalunternehmers zu zahlen als deklaratives Anerkenntnis zu verstehen, verliert er nur jene Einwendungen, die er in diesem Zeitpunkt bereits kannte. Soweit er diese nicht kannte, kann er sich gegenüber dem Subunternehmer auch auf solche Gegenforderungen, die gegen den Generalunternehmer vor der Zession entstanden sind, stützen (OGH 3 Ob 504/82 HdBW V/31).

vii) Schädigung eines Subunternehmers durch einen anderen Subunternehmer

Beschädigen Leute eines Subunternehmers das von einem anderen Subunternehmer hergestellte Werk vor dessen Übernahme durch den Generalunternehmer, haftet der Generalunternehmer aufgrund der Schutzwirkungen, den sein Werkvertrag zugunsten des Geschädigten entfaltet, für den Schaden, der in der Verpflichtung zur Mangelbehebung liegt (*Iro*, RdW 1997, 263; OGH 3 Ob 520/93 ecolex 1994, 13 [*Wilhelm*]; vgl auch OGH 14. 11. 1996, 2 Ob 2363/96 f).

Beispiel:

Eine Installationsfirma war vom Generalunternehmer mit Installationsarbeiten betraut. Ein anderer Subunternehmer hatte die Baumeisterarbeiten durchzuführen. Leute des Baumeisters hatten ein Heizungsrohr beschädigt und dann unsachgemäß repariert. Das hatte später einen Druckabfall im Heizungssystem zur Folge, den der Installateur behob. Die Klage des Installateurs gegen den Baumeister war erfolgreich, obwohl keine direkte Vertragsbeziehung zwischen beiden Unternehmen besteht (OGH 3 Ob 520/93 ecolex 1994, 13).

Ereignet sich ein Schaden, so muss der AN, dessen Gehilfe den Schaden verursacht hat, beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft (OGH 1 Ob 664/90 ecolex 1991, 241 = JB1 1991, 453).

viii) Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Siehe Pkt II. C..

C. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

1. Was ist der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter?

Wird ein Dritter, der mit dem AN nicht in vertraglichen Beziehungen steht, geschädigt, kommt als Haftungsgrundlage neben der Verletzung der Verkehrssicherungspflicht auch der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Frage. Es ist heute allgemein anerkannt, dass die Schutz- und

Sorgfaltspflichten aus Schuldverhältnissen nicht nur zwischen den Vertragsparteien, sondern auch gegenüber bestimmten Dritten bestehen (*Bydlinski*, JBl 1960, 362 [363]; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 85 FN 110 mwN; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ VI § 1295 Rz 94; OGH 1 Ob 536/86 SZ 59/51 = JBl 1986, 381; 7 Ob 50/86 SZ 59/189 = JBl 1987, 40; 7 Ob 672/89 SZ 62/173; 5 Ob 521/91 RdW 1991, 322; 4 Ob 553/92 EvBl 1993/97).

Beispiel:

Schließt jemand mit einem Maurermeister einen Werkvertrag über die Ausbesserung des Hauses, so sind auch die Familienangehörigen des AG von den Schutzpflichten erfasst und auch ein allfälliger Vermögensschaden zu ersetzen (*Koziol*, Haftpflichtrecht II², 89 FN 131).

2. Rechtliche Besonderheiten

a) Der geschützte Personenkreis

Die Lehre vom Vertrag mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter wurde entwickelt, um dem Geschädigten, dem sonst nur deliktische Ansprüche zustünden, auch Ersatzansprüche wegen Verletzung einer rechtlichen Sonderverbindung zu verschaffen, die der Haftung aus Vertrag angenähert ist.

Der abgeschlossene Bauvertrag entfaltet nicht Schutzpflichten gegenüber jedermann. Sie sind auf Dritte beschränkt, die durch die Vertragserfüllung in erhöhtem Maße gefährdet werden und der Interessenssphäre eines Partners angehören.

Die Rsp ist *Franz Bydlinski* (*Bydlinski*, JBl 1960, 362) gefolgt: Die vertragliche Schadenersatzhaftung wird auf Dritte erstreckt, die der vertraglichen Hauptleistung nahestehen, weil sie ein Vertragspartner erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigt oder an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat oder denen er zur Fürsorge verpflichtet ist (zuletzt OGH 1 Ob 33/02 p RdW 2003/ 256; zuletzt OGH 9 Ob 79/06 t ecolex 2007, 382 = bbl 2008, 26 = EvBl 2007/178 uva). **Zum Bereich der begünstigten Personen gehören Dritte,**

- **deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung beim Vertragsabschluss vorhersehbar war.** Die Voraussetzbarkeit eines Kontakts mit der vertraglichen Hauptleistung darf nicht zu eng verstanden werden; es muss genügen, dass dem Vertragspartner generell erkennbar ist, dass möglicherweise dritte Personen oder deren Sachen im Gefahrenbereich sein werden. Wer dies im Einzelfall ist, muss bei Abschluss des Vertrages noch nicht feststellbar sein (OGH 1 Ob 582/84 JBl 1985, 295 = EvBl 1985/63; 4 Ob 229/04 m 2005/89)
- **die der Vertragspartner erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigt** (OGH 1 Ob 330/98 f SZ 72/89; 2 Ob 95/01 m ecolex 2002, 810)
- **an denen der Vertragspartner ein sichtbares eigenes Interesse hat** (OGH 2 Ob 266/74 SZ 48/23 = EvBl 1976/3; 2 Ob 266/74 SZ 43/236; 1 Ob 536/86 SZ 59/51; 3. 2. 1994, 8 Ob 614/93; 1 Ob 330/98 f SZ 72/89; 1 Ob 33/02 p RdW 2003/256)
- **denen der Vertragspartner selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist** (*Bydlinski*, JBl 1960, 362 [363]; OGH 1 Ob 330/98 f SZ 72/89; 2 Ob 95/01 m ecolex 2002, 810)

In diesen Fällen wird dem Dritten das Recht zuerkannt, den eigenen Schaden aus einem fremden Vertrag geltend zu machen. Hauptursache für die Anerkennung der Schutzwirkung ist die Unzulänglichkeit der Deliktshaftung, insb der ungenügende Schutz des § 1315 ABGB. Der erweiterte Schutzzweck wurde durch die Rsp mit einer objektiven ergänzenden Vertragsauslegung nach einem zu unterstellenden Vertragswillen der Parteien begründet (OGH 1 Ob 2371/9 h JBl 1997, 315). **Die objektive Auslegung des Vertrages bestimmt den begünstigten Personenkreis** (OGH 4 Ob 203/00 g bbl 2001/10 = RdW 2001/36). **Die Rsp ist kasuistisch.**

Beispiel 1:

Der Vertrag zwischen dem AG und der Baufirma entfaltet Schutzwirkungen zugunsten der Dienstnehmer des AG: wird das Auto eines VOEST-Arbeiters im Werksgelände der VOEST durch Sandstrahlarbeiten, die vom AN im Auftrag der VOEST durchgeführt werden, vom AN zerkratzt, hat der Geschädigte einen direkten Anspruch gegen den AN (OGH 7 Ob 72/74 SZ 47/72).

Beispiel 2:

Der Vertrag zwischen Mieter und Baufirma ist vom Schutzbereich des abgeschlossenen Bauvertrages entfaltet Schutzwirkungen zugunsten des Vermieters (OGH 2 Ob 266/74 SZ 48/23 = EvBl 1976/3).

Beispiel 3:

Der Vertrag zwischen dem AG und der Baufirma entfaltet Schutzwirkungen zugunsten der Mieter des AG (OGH 3 Ob 543, 544/76 MietSlg 28.186).

Beispiel 4:

Der Vertrag zwischen dem Hersteller eines Thermostromstahlkessels, der einen Produktionsfehler aufweist und dem Händler entfaltet Schutzwirkungen zugunsten des geschädigten Endverbrauchers durch. Der Anspruch wurde allerdings aus anderen Gründen verneint (OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169).

Beispiel 5:

Der Vertrag zwischen dem AG und der Baufirma entfaltet Schutzwirkungen zugunsten anderer vom AG beauftragter Unternehmer (OGH 5 Ob 565/81 HdBW V/21).

Beispiel 6:

Der Vertrag zwischen dem Eigentümer eines Güterweges und dem AN, der Erdbewegungsarbeiten verrichtet, entfaltet Schutzwirkungen zugunsten des Leitungsrechte über dem Luftraum des Eigentümers besitzenden Elektrizitätsunternehmen (OGH 1 Ob 714/80 SZ 54/65).

Beispiel 7:

Der Vertrag zwischen einem Mieter und einer Baufirma entfaltet Schutzwirkungen zugunsten anderer Mitmieter: Sind durch Bauarbeiten in der Wohnung eines Mieters Schäden in der Wohnung eines Mitmieters eingetreten, haftet der AN dem Mitmieter insoweit, als dieser nach der Verkehrssitte kleinere Ausbesserungen der Bestandssache selbst zu tragen (zB Ausmalen). Bei der Haftung des AN für Schäden, die er einem Mitmieter des AG zugefügt hat, handelt sich es zwar nicht um einen verschuldensunabhängigen Anspruch, doch liegt ein Verschulden bereits in der Tatsache des Inkaufnehmens eines zu erwartenden Schadens (OGH 7 Ob 545/83 HdBW V/61).

Beispiel 8:

Der Vertrag zwischen einem Mieter und einer Baufirma entfaltet Schutzwirkungen zugunsten anderer Mitmieter: Tritt durch unsachgemäße Installationsarbeiten Wasser in die Wohnung eines Mitmieters ein, hat dieser direkte Ansprüche gegen den Installateur, obwohl er mit ihm keinen Vertrag abgeschlossen hat (OGH 7 Ob 50/86 JBl 1987, 40, [Wilhelm], ecolx 1991, 157).

Beispiel 9:

Der Vertrag zwischen dem Verleiher und dem Entleiher von Baumaschinen entfaltet Schutzwirkungen zugunsten den Arbeitnehmern des Entleihers (OGH 1 Ob 603/90 ecolx 1991, 157).

Beispiel 10:

Der Vertrag zwischen dem Eigentümer eines Einfamilienhauses und einem Maurermeister über die Ausbesserung einer Wand entfaltet Schutzwirkungen zugunsten seiner Familienmitglieder (OGH 2 Ob 523/91 wobl 1992, 223 [Call]).

Beispiel 11:

Der Vertrag zwischen einer Universität und einer Baufirma entfaltet Schutzwirkungen zugunsten der Sachen eines Universitätsbediensteten: Beauftragt eine Universität einen AN mit der Lieferung und Montage einer Stahlkonstruktion für dieses Gebäude, haftet diese Firma für das Fehlverhalten eines Schlosserhelfers, der ein 500 kg schweres Schutzgitter schlecht am Kranhaken befestigt, wodurch der PKW eines Universitätsbediensteten einen Totalschaden erleidet. Den AN treffen Schutzpflichten nicht nur bezüglich der körperlichen Unversehrtheit Dritter, sondern auch gegenüber Sachen, die dritten Personen gehören, deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung voraussehbar war, an denen ein offensichtliches eigenes Interesse des Vertragspartners besteht oder die der Vertragspartner kraft eigener Sorgfaltspflicht gegenüber einem Dritten zu bewahren verpflichtet ist (OGH 4 Ob 553/92 EvBl 1993/97).

Beispiel 12:

Der Vertrag zwischen Eigentümer und Baufirma entfaltet Schutzwirkungen gegenüber Familienangehörigen des Eigentümers (OGH 5 Ob 521/91 SZ 64/76; 6 Ob 276/98 a MietSlg 51.189; 7 Ob 271/00 d JBl 2001, 525 = ZVR 2002/6).

Beispiel 13:

Der Vertrag zwischen einem Großhandelsunternehmen und einem Detailhändler über vulkanisierte Rundschnurringe entfaltet Schutzpflichten zugunsten des Kunden des Detailhändlers. Da aber einer reiner Vermögensschaden geltend gemacht wurde, wies der OGH das Klagebegehren ab (OGH 1 Ob 33/02 p RdW 2003/256).

Beispiel 14:

Der Vertrag zwischen AG und Baufirma entfaltet Schutzpflichten zugunsten des Baustellenkoordinators (OGH 4 Ob 229/04 m bbl 2005, 89).

Beispiel 15:

Der Vertrag zwischen einem Prüflingenieur nach der WrBauO und dem GU entfaltet keine Schutzpflichten zugunsten des AG (OGH 1 Ob 232/05 g bbl 2006, 94).

Beispiel 16:

Der Vertrag zwischen einem Generalunternehmer und einem Subunternehmer entfaltet Schutzpflichten zugunsten des Arbeiters des Subunternehmers (OGH 3 Ob 44/07 b ecolx 2007, 852).

Beispiel 17:

Der Vertrag zwischen einer Gemeinde, die einen Kanal verlegen lässt und einer Baufirma entfaltet Schutzpflichten zugunsten eines an den Kanal angrenzenden Bauern (OGH 1 Ob 153/07 t ecolx 2007, 381).

Gegen eine uferlose Ausweitung der Vertragshaftung wurden Abgrenzungsschwierigkeiten und die Erwägung ins Treffen geführt, dass die nach dem Gesetz bestehende unterschiedliche Ausgestaltung von Deliktsrecht und Vertragsrecht (zB unterschiedlichen Beweislastregeln und der Umfang der Schadenersatzansprüche) nicht aufgehoben oder verwischt werden dürfen. Der Kreis der geschützten Personen, denen statt deliktsrechtlicher auch vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, müsse eng gezogen werden (Reischauer in Rummel II³ § 1295 Rz 30; OGH 5 Ob 521/91 RdW 1991, 322; 9 Ob 79/06 t ecolx 2007, 382).

Grundvoraussetzung für die Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages ist ein schutzwürdiges Interesse (OGH 6 Ob 296/01 z bbl 2002, 116 = RdW 2002, 404; 6 Ob 146/04 w JBl 2005, 255 [Schmaranzer, JBl 2005, 267]).

Beispiel 1:

Ein Bauherr (AG) beauftragte ein Bauunternehmen (BU) mit Baumeisterarbeiten und der Herstellung eines Gerüsts bei der Errichtung eines Wohnhauses. Der BU beauftragte einen Subunternehmer (SU) mit Fassadenarbeiten und der Errichtung dieses Gerüsts, wobei dem SU bekannt war, dass es auch durch andere Professionisten benützt werden würde. Der SU schließlich ließ das Gerüst durch einen weiteren Subunternehmer herstellen (SU2). Zwei Arbeiter eines vom AG beauftragten Schlossereiunternehmens stürzten wegen fehlerhafter Verschweißung eines Konsolenstabes vom Gerüst. Sie klagten den Bauherrn (Erstbeklagter), den mit den Fassadenarbeiten beauftragten Subunternehmer SU (Zweitbeklagter) und den Sub-Subunternehmer, der das Gerüst errichtet hatte (Drittbeklagter).

Das Erstgericht verurteilte die Beklagten zur ungeteilten Hand zur Zahlung von jeweils ATS 250.000,- an die beiden Kläger. In rechtlicher Hinsicht führte das Erstgericht aus, dass der Hersteller des Gerüsts (SU2) nach Deliktsrecht hafte, der Bauherr (AG) für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen. Es sei aber auch die Haftung des Auftraggebers des Gerüstherrstellers (SU) zu bejahen, obwohl ihn kein eigenes Verschulden am Einsturz des Gerüsts treffe und er nicht in direkter Vertragsbeziehung zum Schlossereiunternehmen gestanden sei. Es könne den SU aber nicht entlasten, dass er sich eines Subunternehmers bedient habe. Er hafte nach § 1313 a ABGB. Unstrittig ist das Verschulden des Drittbeklagten am Unfall wegen der Verletzung von Sicherheitsvorschriften und fehlerhafter Errichtung des Gerüsts.

Der OGH hat das erstgerichtliche Urteil gebilligt. Zur Revision des zweitbeklagten Subunternehmers (SU) führte er aus: Nach ständiger oberstgerichtlicher Rsp wird die vertragliche Schadenersatzhaftung auf Dritte erstreckt, die der vertraglichen Hauptleistung nahestehen, weil sie ein Vertragspartner erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigt oder an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat oder denen er zur Fürsorge verpflichtet ist. Die objektive Auslegung des Vertrages bestimmt den begünstigten Personenkreis. Die Auslegung des vom Zweitbeklagten mit dem Bauunternehmen über die Aufstellung eines Gerüsts geschlossenen Vertrages durch die Vorinstanzen ist nach den getroffenen Feststellungen unbedenklich. Der Zweitbeklagten war nicht nur der bei der Errichtung der Fassade eines Wohnhauses regelmäßig auftretende Umstand bekannt, dass das Gerüst von Arbeitern verschiedener Professionisten Verwendung finden soll, es war dieser Verwendungszweck zumindest schlüssig und für die Zeit nach Beendigung der Arbeiten der Zweitbeklagten sogar ausdrücklich bedungen. Damit haben die Vertragsparteien die Arbeiter aller am Bau beschäftigten Unternehmen in den Schutzbereich des Vertrages einbezogen. Der Kontakt anderer Personen mit der Hauptleistung des Vertrages, also der Umstand, dass sich Dritte in den Gefahrenbereich begeben werden, war klar voraussehbar. Die Entscheidung OGH 4 Ob 553/92 EvBl 1993/97, der ein völlig vergleichbarer Sachverhalt zugrunde lag, bejahte die Schutzpflichten des Subunternehmers, der im Auftrag eines Hauptunternehmers tätig war, gegenüber einem Dienstnehmer des Werkbestellers. Der Geschädigte hatte – wie auch hier – weder zum Vertragspartner der Hauptschuldnerin noch zur Subunternehmerin eine eigene Vertragsbeziehung, weshalb der auf Schutzwirkung zugunsten Dritter gestützte Anspruch nicht deshalb zu verneinen war, weil der Geschädigte in einer rechtlichen Sonderbeziehung zu einem der Vertragspartner stand (OGH 6 Ob 296/01 z bbl 2002, 116 = RdW 2002, 404).

Beispiel 2:

Die Klägerin ist Halterin und Eigentümerin eines PKWs Opel Astra.

Das Fahrzeug wurde von einem Angestellten der Klägerin benützt. Anlässlich eines Einkaufs in einem Lebensmittelmarkt parkte dieser das Fahrzeug auf öffentlicher Verkehrsfläche vor einem zum Markt führenden Einfahrtstor.

An diesem Tag führte der beklagte AN Abbrucharbeiten auf der unmittelbar angrenzenden Liegenschaft durch. Im Bereich der gesamten Baustelle hatte der AN Baugitter aufstellen lassen, um dadurch das Begehen und Befahren der unmittelbar an das Abbruchobjekt anrainerenden öffentlichen Verkehrsflächen hintanzuhalten. Da sich die Hofeinfahrt der Nachbarliegenschaft unmittelbar im Anschluss an das Abbruchobjekt befand, war es nicht möglich, Baugitter auch in dem vor der Nachbarliegenschaft befindlichen Bereich aufzustellen, weil dadurch die Ab- und Zufahrt durch diese Hauseinfahrt verhindert worden wäre.

Ein Hilfsarbeiter war zur Reinigung der angrenzenden öffentlichen Verkehrsflächen von Schutt und Staub abgestellt. Ein weiterer Hilfsarbeiter wurde mit der Absicherung der Abbruchstelle zur Grenze der Nachbarliegenschaft hin beauftragt. Er hatte die Anweisung, Passanten und andere sich dem Gefahrenbereich nähernde Personen auf die Gefährdung aufmerksam zu machen. Zusätzlich spritzte er von der Straße aus mit einem Schlauch Wasser auf den Baustellenbereich, um die Staubeentwicklung einzudämmen.

Nachdem der Angestellte der Klägerin aus dem Auto ausgestiegen war, nahm er in ca 15 m Entfernung den zur Absicherung der Baustelle abgestellten Hilfsarbeiter wahr. Er bedeutete ihm mit Handzeichen, sich mit dem gerade abgestellten Fahrzeug wegzubewegen, was er auch so interpretierte. Er war jedoch der Meinung, dass ihn der Arbeiter lediglich vor Spritzwasser warnen wollte, ignorierte daher die Warnung und begab sich in den Lebensmittelmarkt.

Im Zuge des weiteren Abbruchs mit dem Bagger konnte es geschehen, dass Abbruchmaterial nicht nur im unmittelbaren Bereich vor der Abbruchliegenschaft auf die dort eingezäunte Fläche fiel, sondern darüber hinaus auch auf die öffentliche Verkehrsfläche vor dem Nachbarhaus gelangte und dort das abgestellte Fahrzeug der Klägerin beschädigte.

Es kann anders als bei Liegenschaftsnachbarn nicht verallgemeinerungsfähig gesagt werden, dass ein Bauherr erkennbar in einer besonderen Rechts- oder Interessenwahrungspflicht zu Benutzern einer öffentlichen Verkehrsfläche steht, sodass aus dem Vertrag zwischen dem Bauherrn und dem Bauunternehmer Schutzpflichten zugunsten Dritter bestünden. Die Klage wurde abgewiesen (OGH 9 Ob 79/06 t ecolx 2007, 382).

Ein schutzwürdiges Interesse des Dritten ist zu verneinen, wenn er kraft eigener rechtlicher Sonderverbindung mit seinem Vertragspartner, der seinerseits den späteren Schädiger vertraglich als Erfüllungsgehilfen beizog, einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat (zuletzt OGH 6 Ob 146/04 w JBl 2005, 255). Die jüngere Rsp hat zunehmend auf vertragliche Schutzwirkungen gestützte Ansprüche Dritter wegen ihrer eigenen Ansprüche gegen den Vertragspartner verneint (OGH 1 Ob 601/92 JBl 1994, 331 mit teilweise kritischer Anmerkung von *Karollus*; OGH 1 Ob 2317/96 h JBl 1997, 315; 3 Ob 71/97 f ecolx 1997, 663; 7 Ob 178/99 y MietSlg 51.188; 15. 9. 1998, 7 Ob 236/98 a; 4 Ob 325/98 t RdW 1999, 468; 1 Ob 93/00 h ZVR 2002, 21; 6 Ob 250/01 k bbl 2002, 77).

Auch der Vertrag zwischen dem Generalunternehmer und dem Subunternehmer ist regelmäßig keine Vereinbarung mit Schutzwirkungen zugunsten des AG. In den Fällen der Schädigung des AG durch den Subunternehmer hat der AG aber ohnehin vertragliche Ansprüche gegen den Generalunternehmer, sodass ihm ein

ausreichender Schutz zukommt (*Koziol*, Haftpflichtrecht II², 90; OGH 2 Ob 133/78 SZ 51/176 = JBI 1980, 39 [*Koziol*] = EvBl 1979/101; gegenteilig noch OGH 8 Ob 119/75 JBI 1976, 210; 1 Ob 601/92 JBI 1994, 331 [*Karollus*]).

Der Bauvertrag zwischen AG und AN ist keine Vereinbarung mit Schutzwirkungen zugunsten von Personen, mit denen der AG rein gesellschaftlich oder im allgemeinen Verkehr mit der Welt in Kontakt kommt.

Beispiel:

Kommt ein Briefträger auf der verschmutzten Stiegen eines umzubauenden Hauses zu Sturz, haftet der AN nicht aus dem Titel des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, jedoch wegen Vernachlässigung der Verkehrssicherungspflicht. Es besteht daher keine Haftung des AN (OGH 5 Ob 521/91 RdW 1991, 322).

b) Haftung für Gehilfen

Der AN haftet dem geschädigten Dritten für das Fehlverhalten seiner Gehilfen nicht nur dann, wenn er sich eines untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Gehilfen bedient hat, sondern **gem § 1313 a ABGB für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen wie für eigenes Verschulden** (*Koziol/Welser* II¹³, 355; OGH 1 Ob 714/80 SZ 54/65; 1 Ob 690/84 JBI 1985, 622; 7 Ob 50/86 SZ 59/189; 1 Ob 664/90 JBI 1991, 453; 4 Ob 553/92 EvBl 1993/97; 7 Ob 298/04 f ecolex 2005, 440 = bbl 2005, 130).

Beispiel:

Der AN haftet nicht anders, als wenn der AG selbst geschädigt worden wäre: er kann daher dem Dritten auch das Mitverschulden des AG entgegenhalten (OGH 1 Ob 690/84 JBI 1985, 622).

c) Beweislast

Der AN muss sich gem § 1298 ABGB freibeweisen, dh er muss dartun, dass ihn und seine Gehilfen kein Verschulden am eingetretenen Schaden trifft.

d) Umfang der Haftung

Anders als bei der Vertragshaftung ist das bloße Vermögen nicht geschützt. Der AN haftet nur für Schäden an absolut geschützten Rechtsgütern. Davon wird eine Ausnahme gemacht, wenn die Hauptleistung gerade einem Dritten zukommen soll, der der Interessenssphäre des Vertragspartners angehört (*Koziol/Welser* II¹³, 143; *Koziol*, Haftpflichtrecht II², 87; OGH 5 Ob 707/78 SZ 51/169 = JBI 1979, 483; 1 Ob 516/88 SZ 61/64; 2 Ob 26/90 JBI 1990, 801; 7 Ob 514/91 JBI 1991, 522). Das ist vor allem bei Verträgen zugunsten Dritter oder in Fällen mittelbarer Stellvertretung relevant.

Eine vertragliche Haftungseinschränkung auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz ist möglich und bindet den Geschädigten.

3. Der Umfang der Schutzpflichten

Welche zumutbaren Schutzmaßnahmen vom Schutzpflichtigen zu treffen sind, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und der Interessen der Beteiligten, welche unter Umständen gewisse Gefahren wegen der damit für sie verbundenen Vorteile in Kauf nehmen, zu lösen.

Beispiel:

Wenn ein Bauunternehmen eine Mischpumpe entlehnt, ist vom Verleiher ohne Überspannung der Sorgfaltspflicht zu fordern, präsumtive Benützer in hinreichender Weise mit der Bedienung der Mischpumpe, wozu auch die Behebung von „Verstopfern“ gehört, vertraut zu machen. Die erforderliche Aufklärung über die Gefährlichkeit der Mischpumpe bei der Behebung von „Verstopfern“ muss aber nur dem Personal gegenüber erfolgen, das der zuständige Polier des entlehrenden Bauunternehmens als einschulungsbedürftig erachtete. Es ist dem Verleiher unzumutbar, das gesamte, sicherlich wechselnde und zum Teil der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtige Personal eines Bauunternehmens, das Mischpumpen leihweise in Verwendung hat, einzuschulen und zu belehren (OGH 1 Ob 603/90 ecolex 1991, 157).

IV. Abrechnungsgrundlagen

Alle vertragsgemäß erbrachten Leistungen sind zu den vereinbarten Preisen abzurechnen:

- bei **Einheitspreisen** nach den Mengen der erbrachten Leistungen
- bei **Pauschalpreisen** nach dem vereinbarten Leistungsumfang
- bei **Regiepreisen** nach dem tatsächlichen Aufwand

Die ÖNORM unterscheidet in Pkt 8.1, ebenso wie die ÖNORM A 2050 in Pkt 4.9.2, drei Arten von Preisen:

- den Einheitspreis
- den Pauschalpreis
- den Regiepreis

Die ÖNORM A 2050 (Pkt 4.9.2.1, 4.9.2.2 und 4.9.3.3) geht davon aus, dass die **Abrechnung zu Einheitspreisen der Grundfall** ist, da sowohl die Ausschreibung zu Pauschalpreisen, als auch zu Regiepreisen

„nur dann“ zu erfolgen hat, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung genau bekannt sind.

A. Der Einheitspreisvertrag (8.1 Z 1)

1. Der Begriff

Ein Einheitspreisvertrag ist ein Bauwerkvertrag, der aufgrund eines Leistungsverzeichnisses zustande kommt, das aus technisch und wirtschaftlich einheitlichen Teilleistungen, den Positionen und den voraussichtlich benötigten Mengen besteht und dessen Abrechnung nach Fertigstellung der Leistungen durch Multiplikation der im Vertrag vereinbarten Einheitspreise mit den tatsächlich erbrachten Mengen erfolgt. Zwei Merkmale charakterisieren den Einheitspreisvertrag:

- die in den Positionen des Leistungsverzeichnisses detailliert beschriebene Leistung samt Angabe der voraussichtlich benötigten Mengen (zB m³ Beton, m² Putz, Stückzahl bestimmter Türen etc)
- die Abrechnung der tatsächlich erbrachten Menge zu den vereinbarten Einheitspreisen nach Fertigstellung der Leistungen

2. Vergabe zu Einheitspreisen

Ein Einheitspreisvertrag soll vereinbart werden, wenn die Leistung nach Art und Güte genau und nach dem Umfang zumindest annähernd bestimmen lässt (Pkt 4.9.2.1 der ÖNORM A 2050).

3. Beschreibung der Leistung im Leistungsverzeichnis

a) Das Leistungsverzeichnis

Unter einem Leistungsverzeichnis versteht man die nach Einzelpositionen beschriebene Leistung für ein bestimmtes Bauvorhaben, das für den AN die Grundlage für die Kalkulation und die Erstellung des Angebotes ist.

b) Ausschreibungs-, Angebots- und Vertragsleistungsverzeichnis

Das **Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis wird vom AG verfasst** und dient den Bietern zur Kalkulation. Nach der Auspreisung durch den AN wird es dem AG übergeben. Man spricht dann vom **Angebots-Leistungsverzeichnis**. Ist das Leistungsverzeichnis ausgepreist, hat es Angebotscharakter. Man spricht dann von einem **Angebot (Offert, Kostenvoranschlag, Anbot)**. Dem Angebot kann ein Kostenvoranschlag unter ausdrücklicher Garantie für seine Richtigkeit (§ 1170 a Abs 1 ABGB) oder ein Kostenvoranschlag ohne ausdrückliche Garantie für seine Richtigkeit (§ 1170 a Abs 2 ABGB) zugrunde liegen. Ab Zugang des ausgepreisten Leistungsverzeichnisses beim AG ist der AN an sein Angebot gebunden. Kommt es zu Verhandlungen über das Angebot, kann es zu Änderungen des Angebots-Leistungsverzeichnisses kommen. Jenes Leistungsverzeichnis, das schließlich dem Vertrag zugrunde gelegt wird, nennt man **Vertrags-Leistungsverzeichnis**.

c) Anforderungen an ein Leistungsverzeichnis

Siehe Pkt XI. – XVI.

d) Die Gliederung eines Leistungsverzeichnisses

Ein Leistungsverzeichnis ist in Positionen und Leistungsgruppen gegliedert.

i) Positionen

Technisch und wirtschaftlich einheitliche Teilleistungen werden als Position bezeichnet. Jede Position besteht aus folgenden Elementen:

- der Positionsbeschreibung
- den Vordersätzen (der geschätzten Menge)
- dem Einheitspreis
- den Einheitspreisanteilen
- dem Positionspreis als Produkt aus geschätzter Menge und Einheitspreis

Die **Positionsbeschreibung** ist eine Leistungsbeschreibung. Die **Vordersätze** geben die geschätzte Menge nach Maß, Zahl oder Gewicht an. Der **Einheitspreis** ist vom AN so zu ermitteln, dass er aufgrund vorgenommener Kalkulation (Lohn, Material, Baustellengemeinkosten, allgemeine Geschäftskosten [Zentralregie], Gewinn) den Einzelpreis für die jeweilige Maß-, Gewichts- oder Stückerheit, also die in der Positionsbeschreibung genannte Leistung festlegt. Dabei muss er von verschiedenen kalkulatorischen Annahmen ausgehen, zB welches Gerät er für den Aushub einsetzt, wie lange das Gerät eingesetzt wird und wie viel Arbeiter einer bestimmten Beschäftigungsgruppe (zB Hilfsarbeiter) er für diese Leistung einsetzen muss. Diese

kalkulatorischen Annahmen werden als Mengen- und Leistungsansätze bezeichnet (Pkt 3.11). Ob diese Annahmen richtig sind, stellt ein Risiko dar, das der AN tragen muss. Ist sein Aufwand höher, weil die Annahmen nicht zutreffen, kann der AN – von Ausnahmen abgesehen – nicht nach tatsächlichem Aufwand, sondern nur nach den vertraglichen Einheitspreisen abrechnen, auch wenn der Einheitspreis zu niedrig kalkuliert war. Der AN trägt also das Kalkulationsrisiko. Insoweit sind die einzelnen Positionen des Einheitspreisvertrages „kleine“ Pauschalen. Unter **Einheitspreisantellen** versteht man die Preisaufgliederung in Material, Lohn und Sonstiges. Der **Positionspreis** ist das Ergebnis der Multiplikation der Vordersätze mit dem Einheitspreis innerhalb der jeweiligen Position.

ii) Leistungsgruppen

Mehrere Positionen werden in Leistungsgruppen zusammengefasst und durch Addition der **Gruppenpreis** ermittelt.

iii) Gesamtpreis

Die Summe der Gruppenpreise bildet schließlich den **Gesamtpreis**.

4. Abrechnung nach den tatsächlichen Mengen

Die Abrechnung des Einheitspreisvertrages erfolgt nach den tatsächlichen Mengen zu den vereinbarten Einheitspreisen. Der Zweck des Einheitspreisvertrages besteht darin, eine enge Beziehung zwischen Leistung und Vergütung zu schaffen. **Beim Einheitspreisvertrag stehen nur die Einheitspreise, nicht jedoch die Vordersätze** (Menge, Stückzahl, Gewicht) **von vornherein fest.** Die im Leistungsverzeichnis angeführten Einheitspreise stellen dabei die vertraglich fix vereinbarte Vergütung dar, während der mit den geschätzten Vordersätzen (Mengen) und Einheitspreisen ermittelte Gesamtpreis lediglich dem Zweck dient, die voraussichtlichen Gesamtkosten zu ermitteln (*Raaber*, bau-intern 1987, 162; *Kropik/Müllner/Tschepl*, Bauvertrag 44). **Der vom AG zu leistende Werklohn kann daher erst nach Fertigstellung der Leistung durch Abrechnung der tatsächlichen Mengen ermittelt werden.**

B. Der Pauschalpreisvertrag (8.1 Z 2)

1. Der Begriff

Ein Pauschalpreisvertrag ist ein Bauwerkvertrag, bei dem die Leistung nach allgemeinen Merkmalen beschrieben und der Preis pauschaliert ist, also keine Abrechnung der Mengen erfolgt.

Zwei Merkmale charakterisieren den Pauschalpreisvertrag:

- die Beschreibung der Leistung nach allgemeinen Merkmalen
- eine Abrechnung der Mengen erfolgt nicht

Die Ansicht, ein Pauschalpreis sei ein nach oben begrenzter, in der Kalkulation nicht offen gelegter Gesamtpreis (OGH 6. 6. 1956 JBl 1956, 525; 4 Ob 2150/96 x KRES 1 c/10; 14. 1. 2000, 1 Ob 128/99 a), ist verfehlt. Auch bei einem Pauschalpreis kann die Kalkulation offen zu Tage treten.

2. Vergabe zu Pauschalpreisen

Zu Pauschalpreisen soll nur dann ausgeschrieben, angeboten und zugeschlagen werden, wenn Art, Güte und Umfang einer Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, zur Zeit der Ausschreibung genau bekannt sind und mit einer Leistungsänderung im Zuge der Ausführung nicht zu rechnen ist (Pkt 4.9.2.2 der ÖNORM A 2050).

3. Die funktionale Leistungsbeschreibung

Im Gegensatz zum Einheitspreisvertrag, bei dem eine detaillierte positionsweise Aufgliederung der Leistung erfolgt, **wird beim Pauschalpreisvertrag die Leistung üblicherweise nach allgemeinen Merkmalen, also in einer funktionale Leistungsbeschreibung, beschrieben (echter Pauschalpreisvertrag).** Gelegentlich wird die Leistung in Positionen, also in einer konstruktiven Leistungsbeschreibung, beschrieben (**unechter Pauschalpreisvertrag**; vgl *Krejci*, Wer trägt das Baugrundrisiko? 97 ff; OGH 9 Ob 41/04 a JBl 2005, 378 = RZ 2005/12). **Die Erscheinungsformen des Pauschalpreises können daher wie folgt unterteilt werden:**

- **Baubeschreibung (funktionale Leistungsbeschreibung):** Der Pauschalpreis wird, ohne Detaillierung in Einzelpositionen, für die in der Baubeschreibung beschriebene Leistung vereinbart. Unter einer Baubeschreibung versteht man eine allgemeine Beschreibung der gewünschten Bauleistung, während im Leistungsverzeichnis die vertraglich vereinbarte Bauleistung detailliert zergliedert und beschrieben wird („echter Pauschalpreisvertrag“)
- **Leistungsverzeichnis mit Einzelpreisen (konstruktive Leistungsbeschreibung):** Dem Pauschalpreis liegt ein detailliert zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, deren Einzelpositionen ausgepreist sind. Der Pauschalpreis ergibt sich aus der Addition der Einzelpositionen des Leistungsverzeichnisses („unechter Pauschalpreisvertrag“)

- **Leistungsverzeichnis ohne Einzelpreise:** Dem Pauschalpreis liegt ein detailliert zergliedertes Leistungsverzeichnis zugrunde, ohne dass deren Einzelpositionen ausgepreist sind („unechter Pauschalpreisvertrag“)

4. Pauschalierung des Preises

Das Wesen des Pauschalpreisvertrages besteht in der Pauschalierung des Preises. Darunter versteht man, dass eine Abrechnung der Mengen nicht erfolgt. Beim Pauschalpreisvertrag unterbleiben daher gemeinsame Aufmaßfeststellungen gemäß Pkt 8.2. Bei einer Pauschalpreisvereinbarung kann weder der AN eine Preiserhöhung wegen **Mengenerhöhungen** (*Rebhahn in Schwimann*, ABGB³ V § 1165 Rz 61; 2 Ob 613/86 EvBl 1987/176;), noch der AG wegen **Mengensenkungen** (29. 11. 2007, 1 Ob 126/07 x) verlangen.

Beispiel:

Bei Werkverträgen mit Pauschalpreisvereinbarung darf der AN grundsätzlich keine Preiserhöhung verlangen, auch wenn das Werk mehr Arbeit oder größere Auslagen erfordert, als er vorgesehen hatte. Der Pauschalpreisvertrag ist darauf angelegt, die Mengenermittlung durch Abrechnung zu ersparen, Mengenschwankungen ändern die Pauschalsumme nicht. Der Pauschalpreisvertrag enthält für beide Teile ein besonderes Wagnis, denn der Pauschalpreis ist verbindlich, auch wenn sich herausstellt, dass die übernommenen Arbeiten die veranschlagten Mengen erheblich über- oder unterschritten haben (OGH 2 Ob 613/86 EvBl 1987/176).

5. Pauschalierung der Leistung?

Ob auch die Leistung pauschaliert ist, hängt von der vertraglichen Vereinbarung ab.

Liegt dem Pauschalpreisvertrag eine detaillierte Leistungsbeschreibung (**konstruktive Leistungsbeschreibung**) zugrunde, wird **im Zweifel die Leistung nicht pauschaliert sein**. Mit dem Pauschalpreis ist lediglich der in der Leistungsbeschreibung beschriebene Leistungsumfang abgegolten: Die Leistung ist also nicht pauschaliert.

Liegt dem Pauschalpreisvertrag hingegen eine Leistungsbeschreibung (**funktionale Leistungsbeschreibung**) zugrunde, wird auch eine **Pauschalierung der Leistung anzunehmen sein**.

Das Vollständigkeitsrisiko beim Pauschalpreisvertrag wird unter Rz 697 und 1013 abgehandelt, die Anpassung des Pauschalpreises bei Störungen der Leistungserbringung unter Rz 1150 ff.

6. Abgrenzung Pauschalpreis – garantierter Kostenvoranschlag

Pauschalpreis und garantierter Kostenvoranschlag unterscheiden sich darin, dass bei der Pauschalpreisvereinbarung eine Abrechnung der Leistung durch Mengenermittlung entfällt, beim garantierten Kostenvoranschlag hingegen, eine Mengenermittlung nach Fertigstellung der Leistung vorzunehmen ist. Ergeben sich bei der Abrechnung des garantierten Kostenvoranschlags geringere als die veranschlagten Mengen, hat der AN dem AG diesen Vorteil weiterzugeben (unzutreffend *Adler/Höller in Klang* V², 421 und *Kropik in Straube/Aicher*, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II 3.1.4).

Der Pauschalpreis unterscheidet sich vom Kostenvoranschlag dadurch, dass bei diesem immer durch Einstellung der Preise der Einzelleistungen dem AG die Übersicht über Art und Umfang der Leistungen und über die Richtigkeit der Gesamtforderung ermöglicht wird. Je nachdem dann der AN die Gewähr für den Voranschlag übernimmt oder nicht, trifft ihn die Gefahr von Überschreitungen (§ 1170 a ABGB). **Wo aber von Einzelpreisen überhaupt nicht gesprochen wurde, kommt § 1170 a ABGB grundsätzlich nicht in Betracht** (OGH Ob III 1155/22 SZ 5/65).

Umgekehrt aber spricht die Tatsache, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Einzelpositionen offengelegt wurden, noch nicht automatisch dafür, dass ein Kostenvoranschlag vorliegt. Auch ein Pauschalpreis kann die Einzelpositionen offenlegen (vgl *Herrenhausbericht*, Blg 78 zu den stenografischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session 1912, 245 – 247).

Ob ein Kostenvoranschlag unter Garantie (§ 1170 a Abs 1 ABGB), ein Kostenvoranschlag ohne Garantie (§ 1170 a Abs 2 ABGB), eine bloße Schätzung („Schätzungsanschlag“), also ein summarischer Überschlag der voraussichtlichen Kosten (OGH 3 Ob 493 /56 EvBl 1957/61) oder eine Pauschalpreisvereinbarung iS der Vereinbarung eines nach oben begrenzten Gesamtpreises (OGH 6. 6. 1956 JBl 1956, 525) vorliegt, ist eine Frage der Vertragsauslegung im Einzelfall (*Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts II¹³, 370) und im konkreten Fall mitunter schwierig zu bestimmen (*Krejci in Rummel* I³ § 1170 a Rz 6 iVm Rz 5 und 31; OGH 4 Ob 2150/96 x KRES 1 c/10).

Beispiel:

Soweit das Berufungsgericht die Aufstellung Beilage ./A als Schätzungsanschlag gewertet hat, der ausschließlich der Orientierung dient, was der AG in etwa an Kosten zu erwarten hat, also als bloß überschlagsmäßige, beiläufige und demnach nicht ohne Weiteres verbindliche Angabe der vermutlichen Kosten, liegt darin keine Verkenntung der Rechtslage, sondern eine sich durchaus im Rahmen der Rsp des OGH haltende Auslegung der Parteierklärung.

Wenn der OGH in scheinbar ähnlichen Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen ist (vgl OGH 6. 6. 1956 JBl 1956, 525 einerseits, wo jeweils die Vereinbarung eines Höchstpreises angenommen wurde und OGH 3 Ob 493 /56 EvBl 1957/61, in der trotz der Erklärung, die Reparatur werde nicht mehr als ATS 12.000,- kosten, unter den besonderen Umständen des Falles nur eine unverbindliche Schätzung angenommen wurde), dann begründet dies im Gegensatz zu den Ausführungen des AG in seiner Zulassungsbeschwerde keine uneinheitliche Rsp; vielmehr handelt es sich um

einzelfallbezogene Auslegungen von Vereinbarungen aufgrund der jeweiligen besonderen Umstände. Eine weitere begriffliche Klärung erscheint insoweit nicht geboten.

Anders als in dem der Entscheidung OGH 1 Ob 546/82 SZ 55/83 zugrundeliegenden Fall hat der AN dem AG keinen Höchstpreis (. . . „zwischen . . . ATS u. . . ATS“) genannt, sondern „ca“-Preise angeführt, wobei zum Teil nicht einmal der Umfang der Arbeiten feststand („eventuell Stühle“). Soweit das Berufungsgericht aus den Feststellungen den Schluss zog, dass dem AG bei Auftragserteilung bewusst sein musste, dass die genannten „ca“-Preise im Hinblick auf die mangelnde Konkretisierung und Detaillierung des Auftrages ohne Weiteres auch beträchtlich überschritten werden könnten, und dass auch dem AN nicht erkennbar gewesen sei, dass der AG den Auftrag nur im Vertrauen auf die Verbindlichkeit des genannten Gesamtpreises erteilt habe, verstieß es damit weder gegen die Grundsätze der Rsp des OGH noch auch gegen die Denkgesetze. Ob aber auch eine andere Wertung vertretbar wäre, hat keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung.

War aber bei den gegebenen Verhältnissen keine Grundlage für ein Vertrauen des AG auch nur auf die ungefähre Richtigkeit der Preisangaben vorhanden, dann ist die Analogie zu § 1170 a Abs 2 ABGB nicht gerechtfertigt. Dass das Berufungsgericht von der in SZ 55/83 vertretenen Ansicht abgewichen wäre, trifft somit nicht zu (OGH 4 Ob 2150/96 x KRES 1 c/10).

C. Der Regiepreisvertrag (8.1 Z 3)

1. Der Begriff

Ein Regiepreisvertrag ist ein Vertrag über Leistungen, die bereits im Vertrag beschrieben und entweder schon im Vertrag selbst beauftragt sind (selbständige Regieleistungen) oder vom AG erst nach Vertragsabschluss einseitig abgerufen werden (angehängte Regieleistungen), welche nach tatsächlichem Aufwand (zB Leistungsstunde oder Materialeinheit) zu den vereinbarten Regiepreisen abgerechnet werden.

Für den Regiepreisvertrag charakteristisch ist die Abrechnung der Leistungen nach tatsächlichem Aufwand (zB Leistungsstunde oder Materialeinheit) zu den vertraglich vereinbarten Regiepreisen (Pkt 3.10).

2. Vergabe zu Regiepreisen

Eine Vergabe zu Regiepreisen sollte nur dann durchgeführt werden, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung sowie die Umstände, unter denen sie zu erbringen ist, nicht so genau erfasst werden können, dass eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreisen möglich ist und daher sinnvollerweise nach dem tatsächlichen Stunden- oder Materialaufwand abgerechnet werden kann (ÖNORM A 2050 Pkt 4.9.2.3).

Regieleistungen werden in der Regel dann beauftragt, wenn Leistungen zu erbringen sind, deren Art, Güte oder Umfang nicht genau feststeht, oder bei denen die Umstände, unter denen die Leistungen zu erbringen sind, nicht hinreichend erfasst werden können, sodass es unzweckmäßig oder unmöglich ist, hierfür Einheits- oder Pauschalpreise ohne unzumutbares Wagnis für die Vertragspartner zu ermitteln. In diesen Fällen wird die ausgeführte Leistung durch Feststellung der erforderlich gewesen Arbeitsstunden, der Menge der verbrauchten Stoffe und der eingesetzten Geräte abgerechnet: Die Abrechnung erfolgt nach tatsächlichem Aufwand.

3. Beschreibung der Regieleistungen

Im Regiepreisvertrag werden verschiedene Gattungen von Leistungen beschrieben. **Üblich ist es folgende Regiepreise zu vereinbaren** (vgl Pkt 8.3.6.1):

- Regiepreise für verschiedene Lohnempfänger zB Vorarbeiter, Hilfsarbeiter, Facharbeiter
- Regiepreise für verschiedene Gehaltsempfänger zB Polier
- Regiepreise für Überstunden, Nacht-, Sonn- und Feiertagsstunden, Schichtarbeit und Erschwernisse sowie für Ersatzruhezeiten
- Regiepreise für Material
- Regiepreise für Gerätebeistellung zB Bagger mit oder ohne Maschinisten
- Fremdleistungen
- sonstige Kosten

Pkt 6.4.2 enthält die Empfehlung folgenden Inhalt zu vereinbaren:

- Art und Umfang der Regieleistungen sowie
- Anzahl und Beschäftigungsgruppen der für die Durchführung der Leistungen erforderlichen Arbeitskräfte und der
- Umstände, die zu Aufzahlungen für Überstunden, Nacht-, Sonn- und Feiertagsstunden, Schichtarbeit und Erschwernisse sowie Aufwendungen für Ersatzruhezeiten führen können

Die vom AG abrufbare Regieleistung sollte so beschrieben werden, dass keine Zweifel über den späteren Leistungsumfang bestehen.

4. Angehängte und selbständige Regieleistungen

Die ÖNORM nimmt folgende Einteilung von Regieleistungen vor:

- **angehängte Regieleistungen**, das sind Leistungen, die im Rahmen eines mit Einheits- oder Pauschalpreisen abgeschlossenen Bauvertrages anfallen und daher nicht gesondert vergeben werden (Pkt 3.10.1) und

- **selbständige Regieleistungen**, das sind Leistungen, die in einem selbständigen Vertrag vergeben werden (Pkt 3.10.2)

a) **Der Regiepreisvertrag über angehängte Regieleistungen**

Die häufigste Form von Regiepreisvereinbarungen sind angehängte Regieleistungen im Rahmen eines Einheitspreisvertrages, oder – seltener – eines Pauschalpreisvertrages.

i) Der Begriff

Der Regiepreisvertrag über angehängte Regieleistungen ist ein Vertrag, der dem AG ein Optionsrecht auf Abschluss von Leistungsverträgen einräumt und eine Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand zu den vereinbarten Regiepreisen vorsieht. Erst durch Ausübung des Optionsrechts kommt ein Leistungsvertrag zustande.

ii) Das Optionsrecht des AG

In Pkt 6.4.1 wird festgelegt, dass jede Regieleistung „angeordnet“ werden muss. Der Begriff „angeordnet“ bedeutet, dass der AG durch einseitige Erklärung die im Regiepreisvertrag beschriebenen Gattungen von Leistungen oder Teile davon abrufen kann. **Dieses Recht zum Abruf von Leistungen ist ein Optionsrecht.** Der Begriff „angeordnet“ bedeutet aber auch, dass der AN nicht berechtigt ist, Regieleistungen ohne „Anordnung“ zu erbringen.

iii) Der Leistungsvertrag

Erst durch Ausübung dieses Optionsrechtes (Beauftragung, Abruf, Anordnung) kommt ein Leistungsvertrag zu jenen Preisen zustande, die vorweg für einzelne Gattungen von Leistungen vereinbart wurden. Im Leistungsvertrag wird erstmals auch die vom AG gewünschte Leistung, der Erfolg, das „Bau-Soll“ konkret beschrieben.

Hat der Leistungsvertrag die Erbringung eines bei Abruf beschriebenen Erfolges zum Gegenstand, etwa die Herstellung einer Gartenmauer oder die Ausbesserung einer alten Ziegelmauer, liegt ein **Werkvertrag** vor (OGH 7 Ob 9/95 VersE 1647; 1 Ob 165/04 b bbl 2005/52). Da üblicherweise eine größere Anzahl von Abrufen erfolgt, werden im Allgemeinen wiederholte Werkverträge zustande kommen. Ob der Leistungsvertrag ein Werkvertrag oder unter einem sonstigen, anderen Vertragstypus einzureihen ist, hängt von der getroffenen Vereinbarung ab: Ist nur Baumaterial zu liefern (zB Schotter), liegt ein **Kaufvertrag** vor, ist Personal zur Verfügung zu stellen, das alle fachlichen Anweisungen vom Entleiher empfängt und auch ausschließlich von ihm kontrolliert wird, liegt ein **Dienstverschaffungsvertrag** („Personalgestellungsvertrag“) vor, ist ein Baugerät mit Personal zur Verfügung zu stellen ein **Mietvertrag in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrag**. Die Einordnung der geschuldeten Tätigkeit unter einer dieser Verträge ist insb für die Gewährleistung, Schadenersatz und die Abrechnung (zB bei Leistungsentfall) bedeutend.

iv) Bis zu welchem Zeitpunkt kann der AG spätestens Regieleistungen abrufen?

Bei selbständigen Regieleistungen, die in einem selbständigen Vertrag vergeben werden, wird sich diese Frage nicht stellen, da ein eigener „Abruf“ nicht erfolgt, weil die Leistungen bereits im Vertrag beauftragt sein werden.

Nur bei angehängten Regieleistungen, die im Rahmen eines Einheitspreis- oder Pauschalpreisvertrages vereinbart werden, können sich Probleme ergeben, da die ÖNORM keine Regelung enthält, bis zu welchem Zeitpunkt der AG angehängte Regieleistungen spätestens abrufen kann. Angehängte Regieleistungen sind nach Pkt 3.10.1 „im Rahmen eines abgeschlossenen Bauvertrages“ zu erbringen. Die zu klärende Frage ist daher, wann der Bauvertrag, also die Verpflichtung des AN Leistungen zu erbringen, „endet“. Zwei Zeitpunkte kommen in Frage: die tatsächliche Fertigstellung der Leistung und die Übernahme. Ist keine förmliche Übernahme im Vertrag vorgesehen, gilt die Leistung mit der tatsächlichen Fertigstellung als übergeben (formlose Übernahme). Fertigstellung und Übernahme fallen daher zusammen. Bei Vereinbarung einer förmlichen Übernahme können nach Pkt 10.2.1 der ÖNORM zwischen der Fertigstellungsmeldung, die die vertragsgemäße Fertigstellung der Leistung voraussetzt, und der Übernahme maximal 30 Tage liegen. Unter der Voraussetzung, dass die Leistung zum Zeitpunkt der Fertigstellungsmeldung der Leistung übernahmereif war, endet die Verpflichtung des AN weitere Leistungen – mit Ausnahme von Gewährleistungsarbeiten – zu erbringen. Dies muss umso mehr (Größenschluss) auch für Regieleistungen gelten. **Die Verpflichtung des AN, vom AG abgerufene angehängte Regieleistungen zu erbringen, endet daher mit der vertragsgemäßen Fertigstellung der (Haupt)leistung, also in der Regel mit der Fertigstellungsmeldung.** Die Anordnung des AG muss demnach vor vertragsgemäßer Fertigstellung der Leistung erfolgen. War allerdings die Leistung des AN zum Zeitpunkt der Fertigstellungsmeldung nicht übernahmereif, lag also noch keine vertragsgemäße Fertigstellung der Leistung vor, muss der AN angeordnete Regieleistungen erbringen. Ein Subunternehmer, der sein Gewerk bereits fertiggestellt aber noch nicht übergeben hat, weil mit dem Generalunternehmer vereinbart ist, dass er sein Gewerk erst gleichzeitig mit der Übernahme der Generalunternehmerleistungen durch den Bauherrn übernehmen muss, ist nicht zu weiteren Regieleistungen verpflichtet.

v) Bis zu welchem Zeitpunkt sind rechtzeitig abgerufene Regieleistungen fertigzustellen?

Bei selbständigen Regieleistungen, die in einem selbständigen Vertrag vergeben werden, sollte sich diese Frage nicht stellen, da eine Leistungsfrist vereinbart sein wird. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, gilt die allgemeine Regel, dass die Leistungen innerhalb einer angemessenen Frist fertig zu stellen sind.

Bis zu welchem Zeitpunkt angehängte Regieleistungen, die erst nach Abschluss der Regiepreisvereinbarung abgerufen werden, fertigzustellen sind, ist keiner vertraglichen Regelung zugänglich, da zu diesem Zeitpunkt weder feststeht, ob und wann sie vom AG angeordnet werden, noch welcher Leistungsumfang vom AG gewünscht wird. Die Vereinbarung einer Leistungsfrist ist daher zu diesem Zeitpunkt nicht möglich. **Erst nach einseitigem Abruf der Leistungen durch den AG kann eine Vereinbarung über die Leistungsfrist getroffen werden.** Eine einseitige Festsetzung der Leistungsfrist durch den AG ist nicht möglich, da jede Vereinbarung das Einvernehmen beider Vertragspartner voraussetzt. Werden die Regieleistungen erst zu einem späten Zeitpunkt, knapp vor tatsächlicher Fertigstellung der (Haupt)leistung abgerufen, hat der AN Anspruch auf Bauzeitverlängerung und Mehrkosten, etwa wenn er Geräte länger als geplant vorhalten muss.

vi) Hat der AG ein Wahlrecht zwischen der Abrechnung zu Einheitspreisen oder zu Regiepreisen?

Die ÖNORM in der nunmehrigen Fassung stellt in Pkt 6.4.1 klar, dass Regieleistungen nur dann anzuordnen sind, wenn für erforderliche Leistungen keine zutreffenden LV-Positionen vorhanden sind. Der AG hat daher kein Wahlrecht zwischen Beauftragung eines Nachtrags zu Einheitspreisen und Regieleistungen.

b) Der Regiepreisvertrag über selbständige Regieleistungen

Bei selbständigen Regieleistungen, die in der Regel bereits den geschuldeten Erfolg umschreiben, zB die Herstellung einer Gartenmauer oder die Ausbesserung einer alten Ziegelmauer, fällt die „zweistufige Vertragsstruktur“ des Regiepreisvertrages über angehängte Regieleistungen – zunächst Abschluss einer Optionsvereinbarung, später Abruf der Leistung und Beschreibung des geschuldeten Erfolges – weg. In diesen Fällen **ist die Vereinbarung von selbständigen Regieleistungen bereits ein Werkvertrag.** Ebenso wie bei angehängten Regieleistungen ist die Einordnung unter andere Vertragstypen – je nachdem, welche Leistung vereinbart ist – möglich.

5. Abrechnung nach tatsächlichem Aufwand

Bei einem **Regiepreisvertrag** erfolgt die Abrechnung **nach tatsächlichem Aufwand. Der AN trägt also kein Kalkulationsrisiko.** Dies unterscheidet den Regiepreisvertrag vom Einheitspreisvertrag.

V. Das Zustandekommen des Bauvertrags

A. Der Abschluss des Bauvertrags

1. Formfreiheit

Der Bauvertrag ist an keine Form gebunden (OGH 7 Ob 265/00 x ÖGEBAU Journal 2001/2, 181 = bbl 2001/85). Er **kommt nach allgemeinem Vertragsrecht durch Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen zustande.** Die Willenserklärungen können mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden.

a) Der mündliche Vertragsabschluss und das kaufmännische Bestätigungsschreiben

Häufig werden mündlich getroffene Vereinbarungen dem Partner durch ein **kaufmännisches Bestätigungsschreiben** bestätigt. Solange sich dieses Bestätigungsschreiben mit dem mündlich Vereinbarten deckt, hat es die Funktion eines deklarativen Beweismittels für den Inhalt und den Abschluss des Vertrages (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 270).

Weicht das Bestätigungsschreiben von den mündlich getroffenen Vereinbarungen ab, stellt sich die Frage, wie das Schweigen des Empfängers zu werten ist.

In der **älteren österreichischen L und Rsp** wurde das Schweigen regelmäßig als Zustimmung interpretiert (*Kramer in Straube*, HGB I³ § 346 Rz 46 mwN). Erst *Wahle* (*Wahle in Klang* IV/2², 37 ff.) und *Bydlinski* (Anmerkung zu OGH 22. 4. 1970 JBl 1970, 478) traten dieser Auffassung entgegen.

Die **neuere L und Rsp** werten das **Schweigen des Empfängers nicht mehr als Zustimmung**, außer bei konkretisierenden und ergänzenden Bestätigungsschreiben (*Bydlinski*, JBl 1970, 478; *Rummel in Rummel* I³ § 861 Rz 13; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 269; OGH 1 Ob 73/74 SZ 47/83 = EvBl 1975/62 = JBl 1975, 89 [*Bydlinski*]; 1 Ob 613/76 JBl 1977, 593; 6 Ob 696/77 SZ 50/112; 1 Ob 673/79 SZ 52/120).

Werden etwa Qualitätsmerkmale präzisiert oder ergänzt, kann eine Zustimmung bei vernünftiger Überlegung aller Umstände (§ 863 ABGB) angenommen werden, wenn die Ergänzung (Präzisierung) den Interessen des Empfängers gerecht wird. Durch Stillschweigen auf ein vom vereinbarten Text abweichendes Schreiben eines Vertragspartners kann in der Regel keine Vertragsmodifikation eintreten. Dies gilt jedoch dann

nicht, wenn diesbezüglich keine ausdrückliche, dem schriftlichen Bestellvorgang vorausgehende Vereinbarung getroffen wurde: Weicht der AN in der Auftragsbestätigung vom Bestellschreiben ab und widerspricht der AG nicht unverzüglich, muss der AN annehmen, dass der AG mit der Abweichung einverstanden ist (OGH 4 Ob 555/81 HdBW V/16).

Diese Grundsätze über das kaufmännische Bestätigungsschreiben gelten nicht nur unter Unternehmern, sondern auch im geschäftlichen Verkehr unter Personen, die nicht Unternehmer sind.

Von der Frage nach der **konstitutiven Wirkung** eines abweichenden Bestätigungsschreibens und des Schweigens darauf ist die Frage der **Beweiswirkung** streng zu trennen. Das nicht widersprochene Bestätigungsschreiben hat nämlich die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für sich. Der Empfänger muss nachweisen, dass diese Vermutung unrichtig ist (*Kramer in Straube*, HGB II² Rz 52 zu § 346). Es ist also dringend anzuraten, Abweichungen von mündlich getroffenen Vereinbarungen unverzüglich zu widersprechen.

b) Schriftformvorbehalt

Sofern ein **Schriftformvorbehalt** (§ 884 ABGB) gemacht wurde, **ist der Vertrag mit der mündlichen Vereinbarung noch nicht zustande gekommen**. In diesem Fall ist das „**kaufmännische Bestätigungsschreiben**“ ein **annahmebedürftiges Angebot**, den Vertrag iS des Inhalts des Schreibens schließen zu wollen (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 270).

c) Der schriftliche Vertragsabschluss

Der schriftliche Vertragsabschluss erfolgt nach Zuschlag. Der Zuschlag ist eine an den Bieter abgegebene Willenserklärung, sein Angebot anzunehmen.

Bei einem Bieter handelt es sich um einen Unternehmer oder Bietergemeinschaft von Unternehmern, der/die ein Angebot eingereicht hat.

Der Bieter gibt gegenüber dem AG ein Angebot ab. Auf Grundlage dieses Angebotes erfolgt dann der Zuschlag.

d) Der Abschluss des Bauvertrags durch schlüssiges Verhalten

Die Annahme eines Angebots kann auch **durch schlüssiges Handeln**, also **stillschweigend**, erfolgen.

i) Widerspruchslose Annahme von Bauarbeiten

Gibt der AN ein schriftliches Angebot ab und beginnt mit den Bauarbeiten, die vom AG widerspruchslos entgegengenommen werden, liegt ein zu den Bedingungen des Angebots wirksam angenommener Vertrag vor (OGH 8 Ob 58/62 EvBl 1962/392; 5 Ob 12/68 SZ 41/16 = EvBl 1968/211 = JBl 1968, 476).

Beispiel:

Ein Vertrag kommt zustande, wenn der AN ein Angebot abgibt, das vom AG mit einem Preisnachlass von 5% „angenommen“ wird. Beginnt der AN mit der Ausführung der Arbeiten, ohne zu widersprechen, kommt der Vertrag mit einem um 5% ermäßigten Preis zustande.

Diese Grundsätze gelten auch bei Nachtragsofferten, die eine Vertragsergänzung darstellen. Legt der AN **noch vor der Ausführung der Zusatzleistung** ein von den Preisansätzen der Hauptofferte abweichendes Zusatzangebot und beginnt der AN mit der Ausführung der Leistung, ohne dass der AG widerspricht, kommt eine wirksame Vereinbarung zustande, selbst wenn im Vertrag die ÖNORM-Regelung vorgesehen war, wonach Zusatzaufträge zu den Preisansätzen und den Preisgrundlagen der Hauptofferte zu kalkulieren sind. Soll dieses Ergebnis vermieden werden, muss der AG, wie dies in Pkt 7.3.3 letzter Satz vorgesehen ist, das Zusatzangebot ehestens prüfen und der vertragswidrigen Preisgestaltung widersprechen.

ii) Schweigen zu einem Vertragsanbot

Das Schweigen zu einem Vertragsangebot kann als Annahme oder Zustimmung gedeutet werden, wenn der Schweigende nach Treu und Glauben hätte reden müssen, um den Eindruck der Zustimmung zu vermeiden (OGH 5 Ob 337/98 i ecolex 1999, 761).

Beispiel:

Wenn ein in wirtschaftlichen Schwierigkeiten steckender AN um vorzeitige Schlusszahlung bittet und der AG dieser Bitte unter der Bedingung entsprechen zu wollen erklärt, dass er im Gegenzug ein vereinbartes Pönale einbehalten könne, so hätte der AN nach Treu und Glauben dieser Bedingung widersprechen müssen, um nicht durch sein Schweigen den Eindruck zur Zustimmung zur gesamten Abmachung zu erwecken. So wie die ausdrückliche Annahme zu einem Anbot unter Anwesenden oder mittels Fernsprecher sofort zu erfolgen hat, führt unter gleichen Umständen auch das als Zustimmung gedeutete Schweigen sofort zum Vertragsabschluss (OGH 5 Ob 337/98 i ecolex 1999, 761).

2. Bindung des Offerenten

Das Angebot begründet eine **Bindung des Offerenten**, für deren Dauer er sich nicht einseitig lösen kann. Bis zum Zugang des Angebots ist ein Widerruf möglich. Ein telefonischer oder telegraphischer Widerruf muss

spätestens gleichzeitig mit dem Angebot beim Empfänger eingehen (*Rummel in Rummel I³ § 862 a Rz 7* und *Koziol/Welser I³, 125*, wollen einen Widerruf bis zur tatsächlichen Kenntnisnahme zulassen; OGH 28. 4. 1954 SZ 27/110).

Zugegangen ist die Offerte jedenfalls bei Kenntnisnahme durch den Empfänger, jedoch auch schon vorher, sobald sie in seinen Machtbereich gelangt, zB der Sekretärin übergeben oder in den Briefkasten geworfen wird und mit seiner Kenntnisnahme gerechnet werden kann (vgl *Koziol/Welser I³, 124*).

Die **Dauer der Bindungsfrist** richtet sich nach der Erklärung des Offerenten (zB „bleibe eine Woche im Wort“). Wird keine Bindungsfrist angegeben, greift die gesetzliche Regelung ein: Mündliche Angebote sind sofort anzunehmen. Bei schriftlichen Angeboten ist der Offerent während einer angemessenen Überlegungsfrist des Empfängers gebunden. Danach ist die Offerte erloschen (*Rummel in Rummel I³ § 862 Rz 3*). Was eine angemessene Frist ist, wird im Einzelfall zu entscheiden sein.

Beispiel 1:

Unterbreitet der AN dem AG im Verlauf eines Gesprächs das Angebot, die Rohbauarbeiten für € 200.000,- auszuführen, kann der AG den Vertragsabschluss nur durch sofortige Annahme des Angebots herbeiführen. Sagt der AG nichts und wird auch keine Frist zur Annahme vereinbart, sondern überlegt er sich die Sache bis zum darauffolgenden Tag und erklärt erst dann die Annahme, so ist diese wirkungslos, es sei denn, der AN hat dem AG eine Überlegungsfrist eingeräumt.

Beispiel 2:

Bietet der AN dem AG die Durchführung von Bauarbeiten zum Preis von 1 Mio Euro an, der nach neun Monate dauernden, kostenintensiven Finanzierungsverhandlungen das Angebot annimmt, wird der AN erfolgreich die verspätete Annahme geltend machen können: Die Bindung an sein Angebot ist bereits erloschen. Ein Bauvertrag könnte nur noch zustande kommen, wenn der AN das in der verspäteten Annahme des AG liegende neue Angebot seinerseits annimmt (*Vygen, Bauvertragsrecht³ Rz 45*).

Durch ein bindendes Angebot entsteht noch keine Leistungspflicht (OGH 1 Ob 73/74 SZ 47/83 = EvBl 1975/62 = JBl 1975, 89 [*Bydlinski*]; 1 Ob 613/76 JBl 1977, 593; 6 Ob 696/77 SZ 50/112; 1 Ob 673/79 SZ 52/120), doch macht sich der, der die Leistung während aufrechter Bindungsfrist vereitelt, schadenersatzpflichtig (*Rummel in Rummel I³ Rz 3 zu § 861*). Der AN hat die Möglichkeit, die Bindung an seine Offerte einzuschränken oder gänzlich auszuschließen. Für diesen Ausschluss werden zumeist die Klauseln „freibleibend“ oder „ohne Obligo“ verwendet. Die Wirkung dieser Klauseln wird nicht einheitlich beurteilt (vgl *Rummel in Rummel I³ § 862 Rz 5*), doch wird in der Regel das Recht des Offerenten begründet, nach Annahme des Anbots unverzüglich den Rücktritt zu erklären (OGH 2 Ob 987/22 SZ 4/100; so offenbar auch *Koziol/Welser I³, 125*).

B. Kostenvoranschläge

1. Was ist ein Kostenvoranschlag?

Der Begriff **Kostenvoranschlag** hat sich im Lauf der Jahre gewandelt (*Maitisch*, JBl 1887, 354; *Hellmann*, JBl 1888, 402; *Rentner* in GruchBeitr 56, 452 ff; *Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1170 a Rz 1 f; *Gschmitzer/Faistenberger*, Schuldrecht BT und Schadenersatz², 245; *Krejci* in *Rummel I³ § 1170 a Rz 1*; *Hutter*, Der Kostenvoranschlag 14 ff; OGH 1 Ob 206/57 SZ 30/63 = EvBl 1958/55 = ImmZ 1958, 90). **Nach der Rsp ist für das Vorliegen eines Kostenvoranschlags die Zergliederung der mutmaßlichen Kosten unter ausführlicher Berechnung der einzelnen Ansätze nach Arbeits- und Materialkosten wesentlich** (OGH 3 Ob 493 /56 EvBl 1957/61; 19. 9. 1962, 5 Ob 134/62; 30. 3. 1977, 1 Ob 561/77; 1 Ob 546/82 SZ 55/83). **Fehlt die Zergliederung, liegt ein Schätzungsanschlag vor** (OGH 10 Ob 82/00 g ecolex 2002/62 = RdW 2001/740 = JBl 2002, 108).

Beispiel:

Mangels detaillierter Kostenaufstellung liegt kein Kostenvoranschlag vor, weil die Aufschlüsselung dem AG zur Kenntnis gebracht werden muss. Erst dadurch ist die Überprüfung der Ansätze des Kostenvoranschlags möglich (OGH 1 Ob 546/82 SZ 55/83).

Ein Kostenvoranschlag liegt vor, wenn die zu erwartenden Kosten (nach technisch kaufmännischen Gesichtspunkten) **detailliert berechnet und aufgegliedert werden**, wobei die erforderlichen Arbeits- und Materialkosten (nach Einheitspreisen) möglichst bis auf Einzelheiten nach Art, Zahl, Gewicht etc festzustellen und abzuschätzen sind (*Hutter*, Der Kostenvoranschlag 18). Dem AG ist neben der Endsumme in jedem Fall auch die Aufschlüsselung der einzelnen Kosten mitzuteilen.

Mit einem Kostenvoranschlag ist meist, aber nicht immer, eine Offerte verbunden, die Arbeit nach diesem Voranschlag auszuführen bzw das Werk zu vollbringen.

2. Die Entgeltlichkeit von Kostenvoranschlägen

a) Unternehmungsgeschäft

Ob ein Kostenvoranschlag entgeltlich ist, ist nach den Regeln des allgemeinen Privatrechts zu beurteilen.

Die **ältere Rsp** (OGH Nr 3894 GIU 12.757 = GZ 1889, Nr 40 = ZBl 1889, 635; Nr 8509 GIU 14.328 = JBl 1892 Nr 44; Nr 1361 GIU 15.971; Rv II 849/10 GIUNF 5.320; Rv I 538/150 GIUNF 7.653 = ZBl 1916, 135; 1 Ob 514/24 SZ 6/296) erblickte in der Bestellung eines Kostenvoranschlags durch den AG ein selbständiges und

damit gem § 1152 ABGB angemessen zu vergütendes Werk, weil davon auszugehen sei, dass der, der ein Werk bestellt, auch in eine angemessene Vergütung eingewilligt habe und ein Gewerbetreibender ohne Entlohnung nicht arbeite. Die **neuere Rsp** (OGH 1 Ob 1072/28 SZ 10/352; 1 Ob 206 /57 SZ 30/63 = EvBl 1958/55 = ImmZ 1958/90; 19. 4. 1961, 1 Ob 190/61; 30. 5. 1978, 5 Ob 588/78; 30. 8. 2007, 2 Ob 245/06 b ecolex 2008/3 = bbl 2008/32) **vertritt die Ansicht, dass es einem AN freistehe, sich an einem Wettbewerb zu beteiligen. Stelle er eine Offerte, müsse er damit rechnen, dass ihm der Bau nicht übertragen werde, sondern auch, dass er keine Entlohnung für die notwendigen Vorarbeiten erhält.**

Beispiel:

Der OGH hat für den Kostenvoranschlag eines kleinen Baumeisters zum Umbau einer Veranda in Fremdenzimmer und zum Zubau der Pension Unentgeltlichkeit angenommen, obwohl der Baumeister persönlich zwei volle Tage (Samstag und Sonntag) für die Erstellung des Kostenvoranschlags aufgewendet hatte, der AG hingegen den Auftrag an einen anderen Baumeister erteilte. Der OGH verneinte eine Entgeltspflicht. In der Begründung verwies der OGH darauf, dass der Baumeister den Kostenvoranschlag im eigenen Interesse gemacht habe, um den Auftrag zu erhalten; Außerdem habe der Kostenvoranschlag keinen selbständigen Wert (OGH 1 Ob 206/57 SZ 30/63 = EvBl 1958/55 = ImmZ 1958, 90).

In der BRD geht L und Rsp noch weiter: Selbst **Projektierungskosten**, die den Charakter einer selbständigen Leistung haben, sind nicht zu honorieren, wenn der AN den Auftrag nicht erhält (BGH 12. 7. 1979, BauR 1979, 509; vgl auch OLG Hamm 28. 10. 1974 BauR 1975, 418).

Beispiel:

Wer zur Vorbereitung oder Durchführung eines Bauvorhabens zur Abgabe von Angeboten auffordert, verfolgt damit nach der Lebenserfahrung auch dann wettbewerbliche Zwecke, wenn er eine öffentliche Ausschreibung unterlässt und sich auf die freihändige Vergabe beschränkt. Auch die an die Klägerin allein ergangene Aufforderung zum Angebot einer Fußbodenheizung – statt einer konventionellen Heizung – steht daher der Feststellung nicht entgegen, dass das Angebot erkennbar zum Zwecke des Wettbewerbs eingeholt worden ist. Ob die Beteiligten, also der AG und der AN, die Ausarbeitung eines Angebots auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zum Gegenstand eines besonderen Vertrags gemacht haben, hängt zwar von den Umständen des Einzelfalles ab, wird aber in der Regel zu verneinen sein, wobei es auch nicht auf den Umfang der entstandenen Kosten (hier: DM 18.664,81) ankommt. Dies gilt sowohl für den Architekten, der Planungsleistungen in der Hoffnung auf eine Auftragserteilung erbringt (vgl BGH 18. 1. 1971 – VII ZR 82/69), als auch für den Bauhandwerker oder Unternehmer, der ein Leistungsverzeichnis ausarbeitet und daraufhin ein Angebot abgibt. Wer sich in einem Wettbewerb um einen Auftrag für ein Bauvorhaben bemüht, muss nicht nur damit rechnen, dass er bei der Erteilung des Zuschlags oder der Auftragsvergabe unberücksichtigt bleibt. Er weiß außerdem oder muss wissen, dass der Veranstalter des Wettbewerbs, der eine Entschädigung für eingereichte Angebote in der Ausschreibung nicht ausdrücklich festgesetzt hat, dazu im Allgemeinen auch nicht bereit ist. Darauf muss er sich einstellen. Das ist auch interessengerecht. Nur der Anbieter vermag hinreichend zu beurteilen, ob der zur Abgabe seines Angebots erforderliche Aufwand das Risiko seiner Beteiligung an dem Wettbewerb lohnt. Glaubt er, diesen Aufwand nicht wagen zu können, ist er aber gleichwohl an dem Auftrag interessiert, so muss er entweder versuchen, mit dem Veranstalter des Wettbewerbs eine Einigung über die Erstattung der Angebotskosten herbeiführen, oder aber vom Angebot absehen und dieses den Konkurrenten überlassen, die zur Übernahme jenes Risikos bereit geblieben sind. Deshalb kann der Unternehmer ohne besondere vertragliche Regelung eine Vergütung der Projektierungskosten nicht verlangen (BGH 12. 7. 1979 BauR 1979, 509).

Schilcher (in *Krejci*, Handbuch zum KSchG 412 ff), *Krejci* in *Rummel* I³ § 1170 a Rz 33 f) und *Hutter* (Der Kostenvoranschlag 31) haben die neuere Rsp weiterentwickelt. *Schilcher* meint, dass es weder auf den „Offert-Charakter“, die „Branchenüblichkeit“, noch auf den „selbständigen Wert“ eines Kostenvoranschlags allein ankomme. Der typische Kostenvoranschlag (üblicher Aufwand, volle Abwälzbarkeit) eines durchschnittlichen österreichischen Unternehmers sei regelmäßig unentgeltlich. Im Sinne des „Offert-Charakters“ überwiege das Interesse des Unternehmers. Je mehr die einzelnen Kriterien von dieser Basiswertung abweichen, desto mehr komme man in den Bereich der gemischt entgeltlichen und voll entgeltlichen Kostenvoranschläge: Je aufwendiger die Vorarbeiten, je größer der selbständige Wert des Kostenvoranschlags für den Besteller und je weniger verteilbar etwaige frustrierte Kosten für den Unternehmer sind, desto eher ist Entgeltlichkeit anzunehmen.

Hutter zufolge sind Kostenvoranschläge grundsätzlich dann unentgeltlich, wenn sie – insb im Rahmen eines förmlichen Wettbewerbs oder einer Ausschreibung – als Bestandteil einer Offerte iSd § 861 ABGB anzusehen sind; er schließt sich damit der von *Schilcher* vertretenen Meinung an. Führe die Vertragsauslegung nicht weiter, sei im Zweifel nach § 1152 ABGB Entgeltlichkeit anzunehmen.

Für den Bereich der **öffentlichen Auftragsvergabe** gilt nach Pkt 6.4.1 der ÖNORM 2050 und § 86 Abs 1 BVergG, dass Angebote grundsätzlich ohne gesonderte Vergütung zu erstellen sind. Die Kalkulation und alle hiezu erforderlichen Vorarbeiten, das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses und die Erstellung von Alternativangeboten sind nicht als besondere Ausarbeitung iSd Absatz 3 anzusehen. Gem § 86 Abs 3 BVergG ist, wenn besondere Ausarbeitungen verlangt werden, eine Vergütung – allenfalls nach bestehenden Tarifen – vorzusehen.

Wird von einem Bewerber die Erstellung eines (auch von ihm auszupreisenden) Leistungsverzeichnisses verlangt, das in weiterer Folge – etwa durch Abdecken der Preise – auch der Offerteinholung bei Mitbewerbern dient, ist im Zweifel Entgeltlichkeit anzunehmen, weil auch der AG ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt. Er erspart sich dadurch die nach § 34 lit d GOA honorierungspflichtige Tätigkeit eines Architekten, zu dessen Aufgaben die Erstellung von Leistungsverzeichnissen gehört. Er wird durch Ausnützung der Arbeit des Bewerbers in die Lage versetzt, die angebotenen Leistungen in preislicher Hinsicht genau zu vergleichen. Diesen Vorteil hätte er nicht, würde er mehrere Bewerber zur Anbotslegung auffordern, da häufig verschiedene Systeme angeboten werden, die insb einem Laien einen exakten Preis-Leistungsvergleich nicht ermöglichen. Außerdem

würde der AG den anderen Bewerbern einen Wettbewerbsvorteil verschaffen, weil sie sich die aufwendige Erstellung des Leistungsverzeichnisses, etwa Baustellenbesichtigung, Zusammenstellen der Materialliste etc ersparen; Sie werden billiger kalkulieren können als jener Bewerber, der diese Arbeiten kostenlos vorgenommen und in die Preise einkalkuliert hat.

Der Bewerber, dessen Angebot vom AG ohne sein Wissen – etwa durch Abdeckung der Preise – als Leistungsverzeichnis benutzt und an Mitbewerber zur Auspreisung übergeben wird, ist nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen berechtigt, hierfür ein Entgelt zu verlangen. Nach § 1041 ABGB steht dem Eigentümer, dessen Sache ohne Rechtsgrund zum Nutzen eines anderen verwendet wurde, ein Ersatzanspruch gegen den Bereicherten zu (vgl OGH 4 Ob 350/64 ÖBl 1965, 78; 6 Ob 327/66 EvBl 1967/268; 4 Ob 362/85 wbl 1987, 240 [Smolik]; 4 Ob 337/80 ÖBl 1981, 8). Da es sich um einen Verwendungsanspruch handelt, trifft den AN für das allenfalls fehlerhafte oder unvollständige Leistungsverzeichnis nicht die Sachverständigenhaftung nach § 1300 ABGB, die eine „Belohnung“ des Sachverständigen voraussetzt.

b) Verbrauchergeschäfte

§ 5 Abs 1 KSchG ordnet für **Verbrauchergeschäfte** an, dass der **Verbraucher ein Entgelt für die Erstellung eines Kostenvoranschlags iSd § 1170 a ABGB durch den Unternehmer nur zu zahlen braucht, wenn er vorher auf diese Pflicht hingewiesen worden ist**. Die Erläuternden Bemerkungen der Regierungsvorlage (ErläutRV) gehen davon aus, dass Kostenvoranschläge in der Regel Angebote iSd § 861 ABGB darstellen, für die grundsätzlich kein Entgelt zu zahlen sei. Es gäbe aber Kostenvoranschläge, die eine selbstständige Leistung darstellen, wenn sie mit Planungsarbeiten verbunden sind, die etwa der Leistung eines Architekten entsprechen (744 BlgNr 14 GP 20).

VI. Vertragsbestandteile

A. Allgemeines (5.1.1)

1. Anwendbarkeit aller technischen und rechtlichen ÖNORMEN (5.1.1)

a) Normen technischen Inhalts (5.1.1 Z 1)

Mit der Vereinbarung der ÖNORM B 2110 gelten auch **alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhalts**.

b) Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx (5.1.1 Z 2)

Mit Vereinbarung der ÖNORM B 2110 gelten auch die in Betracht kommenden **ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten für einzelne Sachgebiete** (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) als **vereinbart**, soweit die Leistung oder auch Teile der Leistung diese Sachgebiete betreffen. Diese Bestimmung ist rechtlich bedenklich, da Normen mit mehreren tausend Seiten Inhalt vereinbart werden, die den Vertragsparteien gar nicht bekannt sind.

c) Die ÖNORMEN B 2111 und B 2114 (5.1.1 Z 3)

Mit der Vereinbarung der ÖNORM B 2110 gelten auch die ÖNORMEN B 2111 und B 2114 als vereinbart.

Die **ÖNORM B 2111 „Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen“**, Ausgabe 1. 5. 2007 enthält Bestimmungen, nach denen bei Änderungen der vereinbarten Preisumrechnungsgrundlagen die Preise von Bauleistungen in Verträgen zu veränderlichen Preisen umzurechnen sind.

Die **ÖNORM B 2114 „Vertragsbestimmungen bei automationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen“** enthält Vertragsbestimmungen für die elektronische Bauabrechnung.

B. Maßgebende Fassung der ÖNORMEN (5.1.2)

Sind im Vertrag ÖNORMEN (sowohl rechtliche als auch technische ÖNORMEN) ohne Ausgabedatum angeführt, ist jene Fassung maßgebend, die zum Zeitpunkt des Beginns der Angebotsfrist Gültigkeit hatte. Ändert sich die Norm zwischen dem Beginn und dem Ende der Angebotsfrist, aber noch zu einem Zeitpunkt, bevor der AN sein Angebot abgegeben hat, gilt trotzdem jene Fassung, die zu Beginn der Angebotsfrist gültig war. Diese Bestimmung soll die Gleichbehandlung aller Bieter sicherstellen, die nicht gewährleistet wäre, wenn etwa auf den Zeitpunkt der Abgabe des Anbots abgestellt würde: in diesem Fall würden jene Bieter, die vor Änderung der Norm ein Angebot abgeben, die alte Fassung zugrunde legen, während jene, die nach Änderung der Norm – aber noch innerhalb der Angebotsfrist – das Angebot abgeben, bereits die neue Norm berücksichtigen müssten. Dies würde bei Beurteilung der Angebote zu einer Ungleichbehandlung führen.

C. Reihenfolge der Vertragsbestandteile

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die Unterlagen in folgender Reihenfolge:

- die schriftliche Vereinbarung (zB Angebotsannahme, Auftragsschreiben, Bestellschein, Auftragsbestätigung, Schluss- und Gegenschlussbrief), durch die der Vertrag zustande gekommen ist
- die Beschreibung der Leistung oder das mit Preisen versehene Leistungsverzeichnis
- Pläne, Zeichnungen, Muster
- Baubeschreibung, technischer Bericht, und dgl
- besondere Bestimmungen für den Einzelfall; allenfalls Hinweise auf Abweichungen von ÖNORMEN
- allgemeine Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG oder AN
- Normen technischen Inhalts
- die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten
- die vorliegende ÖNORM sowie die ÖNORMEN B 2111 und B 2114
- Richtlinien technischen Inhalts

1. Vertragsbestandteile

a) Die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist (5.1.3 Z 1)

Als ersten und maßgeblichen Vertragsbestandteil nennt die ÖNORM „die schriftliche Vereinbarung, durch die der Vertrag zustande gekommen ist“.

i) Wie kommt ein Vertrag zustande?

Unter Rz 223 wurde bereits darauf hingewiesen, dass **der Bauvertrag** an keine Form gebunden ist. Er **kommt nach § 861 ABGB durch Abgabe übereinstimmender Willenserklärungen zustande**. Die Willenserklärungen können mündlich, schriftlich oder durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden. Die ÖNORM geht allerdings von einer „schriftlichen Vereinbarung“ aus, ohne sie vorzuschreiben.

Bei öffentlichen Auftraggebern bestehen Besonderheiten, die in den §§ 271 ff BVergG geregelt sind. Gem § 272 BVergG hat der AG den Bietern zunächst die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben. § 273 BVergG darf der Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer Zuschlagsfrist von vierzehn Tagen erteilt werden. Gem § 273 BVergG kommt das Vertragsverhältnis während der Zuschlagsfrist zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebots erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, kommt das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters zustande, dass er den Auftrag annimmt.

Bauwerksverträge kommen selten durch gleichzeitige Unterfertigung einer Vertragsurkunde zustande. Zumeist erstellt der AG eine „Ausschreibung“, die er den Bietern zur Auspreisung übergibt. Dies ist im Folgenden näher zu erläutern.

Zunächst erscheint es notwendig, einige Begriffsabklärungen vorzunehmen.

ii) Ausschreibung

Pkt 3.5 der ÖNORM B 2050 versteht unter einer Ausschreibung die Erklärung des AG an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte.

iii) Leistungsverzeichnis

Unter einem Leistungsverzeichnis versteht man die nach Einzelpositionen beschriebene Leistung für ein bestimmtes Bauvorhaben, das vom AN die Grundlage für die Kalkulation und die Erstellung des Angebots ist. Es wird in der Regel vom AG erstellt und den Bietern gemeinsam mit den sonstigen Ausschreibungsunterlagen übergeben. Es ist das „Herz“ jeder Ausschreibung.

iv) Angebot

Ein Angebot ist der den Angebotsleger bindende Vorschlag, einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschließen zu wollen (vgl *Perner in Welser*, Fachwörterbuch 18). Das Angebot wird auch als Anbot, Antrag oder Offerte bezeichnet.

v) Angebotsannahme

Die Angebotsannahme ist die vom Adressaten des Angebots abgegebene Erklärung das Angebot unverändert anzunehmen. Mit der Angebotsannahme kommt der Vertrag zustande. Die Angebotsannahme wird auch als Auftragsschreiben, Bestellschein, Schlussbrief oder Auftragsbestätigung bezeichnet. Weicht die Angebotsannahme vom Angebot ab, kommt ein Vertrag nicht zustande. In der vom Angebot abweichenden Angebotsannahme ist ein Gegenanbot zu erblicken.

vi) Schluss- und Gegenschlussbrief

Unproblematisch ist die rechtliche Einordnung des Schlussbriefes. Er ist die schriftliche Annahme des Angebots. Mit Zugang des Schlussbriefes beim AN kommt der Vertrag zustande. In der Baupraxis ist es aber üblich, dass der AG den AN im Schlussbrief auffordert diesen zu unterfertigen und als „Gegenschlussbrief“ zurückzusenden. Dem Gegenschlussbrief kommt keine rechtliche Bedeutung zu, da der Vertrag bereits durch das Angebot und den Schlussbrief zustande gekommen ist. Er hat bestenfalls deklarative Bedeutung. Diese Vorgangsweise ist rechtlicher Unfug, wie die immer wieder in diesem Zusammenhang auftretenden Streitigkeiten beweisen.

vii) Übergabe eines Leistungsverzeichnisses ist die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots

Übergibt der AG dem AN ein Leistungsverzeichnis zur Auspreisung, ist darin die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zu erblicken (Locher, Privates Baurecht⁶ Rz 26).

Erst die Rücksendung des ausgepreisten Leistungsverzeichnisses durch den AN stellt ein Angebot iSd § 861 ABGB dar.

viii) Durch die Annahme des Angebots kommt der Vertrag zustande

Durch die unveränderte Annahme eines Angebots (auch Auftragsbestätigung, Schlussbrief) **kommt der Vertrag zustande.**

Weicht die Annahme vom Angebot ab, entsteht gem § 869 ABGB vorerst kein Vertrag. Das Angebot erlischt. Die „geänderte Annahme“ gilt aber als neues Angebot (OGH 8 Ob 58/62 EvBl 1962/392; 5 Ob 538/81 JBl 1982, 652; 5 Ob 122/69 SZ 42/103; 7 Ob 19/77 SZ 50/69; 1 Ob 579/82 SZ 55/134; 9. 3. 1983, 3 Ob 692/82 HS 14.615; 1 Ob 519/94 eclex 1995, 24 = RdW 1995, 299). Dieses neue Angebot kann entweder ausdrücklich oder auch schlüssig angenommen werden: Beginnt der AN mit der Bauausführung, ohne dem „neuen Angebot“ zu widersprechen, kommt der Vertrag zu den geänderten Bedingungen zustande (Rummel in Rummel I³ § 861 Rz 4; OGH 8 Ob 58/62 EvBl 1962/392; 5 Ob 12/68 1968 SZ 41/16 = EvBl 1968/211 = JBl 1968, 476).

ix) Schriftlichkeit des Vertrags

Die ÖNORM setzt in Pkt 5.1.3 Z 1 für die Vereinbarung, mit der der Vertrag zustande kommt, Schriftlichkeit voraus. Dieser Bestimmung kommt keine normative Bedeutung zu, dh sie „ordnet“ Schriftlichkeit als Voraussetzung für das wirksame Zustandekommen des Vertrages nicht an. Sie setzt die Schriftlichkeit nur voraus. Dies ändert aber nichts daran, dass ein mündlich oder schlüssig bereits zustande gekommener Vertrag rechtswirksam ist. Die ÖNORM kann schon deshalb die Schriftlichkeit nicht anordnen, da sie erst mit Zustandekommen des Vertrages als vereinbart gilt. Sie „gilt“ nicht schon im vorvertraglichen Stadium (vgl OGH 7 Ob 101/74 HS 9479; 8 Ob 661/90 woBl 1991/42 = MietSlg 42.054; 14. 4. 1998, 10 Ob 122/98 h; 14. 8. 2008, 2 Ob 164/08 v).

b) Die Beschreibung der Leistung und das Leistungsverzeichnis (5.1.3 Z 2)

i) Funktionale und konstruktive Leistungsbeschreibung

Die Konkretisierung der technischen Beschaffenheit der Bauleistung ist in den einzelnen Verträgen unterschiedlich. Vor allem bei kleineren Bauvorhaben beschränkt sich die Vereinbarung über die technische Ausführung der Leistung auf das unbedingt Notwendige. Oft wird über technische Fragen gar nicht geredet.

In der überwiegenden Mehrzahl der Verträge, vor allem bei größeren Bauvorhaben, wird die vom AN geschuldete Leistung entweder durch eine **funktionale Leistungsbeschreibung** (die ÖNORM nennt sie „Beschreibung der Leistung“) oder durch eine **konstruktive Leistungsbeschreibung** (die ÖNORM nennt sie „Leistungsverzeichnis“) umschrieben. Während die Leistungsbeschreibung die Bauaufgabe lediglich erläutert, gliedert das Leistungsverzeichnis die Bauleistung in einzelne Teilleistungen auf (Fischer, Die Regeln der Technik 84).

ii) Lang- und Kurz-Leistungsverzeichnisse

Bei Leistungsverzeichnissen wird zwischen **Lang-Leistungsverzeichnissen** (Lang-LV) und **Kurz-Leistungsverzeichnissen** (Kurz-LV) unterschieden. Das Lang-LV enthält im Gegensatz zum Kurz-LV eine detaillierte Positionsbeschreibung.

iii) Standardisierte Leistungsbeschreibungen

Siehe Pkt XI. B. 1. c).

c) Pläne, Zeichnungen, Muster (5.1.3 Z 3)

i) Pläne für Bauleistungen

Folgende Pläne werden unterschieden:

- Im Stadium des **Vorentwurfs** werden in der Regel zeichnerische Darstellungen im **Maßstab 1 : 200** angefertigt
- Aufgrund des genehmigten Vorentwurfs wird die Lösung der Bauaufgabe so erarbeitet, dass sie ohne grundsätzliche Änderungen als Grundlage für die weitere **Planung** dienen kann, in der Regel in Grundrissen, Schnitten und Ansichten im **Maßstab 1 : 100**
- Die **Einreichplanung** wird zweckmäßigerweise in Abstimmung mit der Behörde erstellt. Ihr werden Pläne im **Maßstab 1 : 100** zugrunde gelegt. Sie müssen vom Grundeigentümer, dem Bauwerber, dem Planverfasser und, falls schon möglich, vom Bauführer unterfertigt werden. Sie müssen einen Lageplan enthalten
- Für die **Ausführungsplanung sind Polierpläne (1 : 50)**, die erforderlichen Detailpläne (1 : 20, 1 : 10, 1 : 1), für die Hochbaugewerke die Schalungspläne, die Bewehrungspläne, die Eisenlisten und die Ausführungspläne für die Haustechnikgewerke dem AN zur Verfügung zu stellen. Hinsichtlich der Architektenleistung umfasst die Planung die Durcharbeitung aufgrund des genehmigten Entwurfs unter Berücksichtigung der behördlichen Bewilligungen und der anderen Fachplaner. Die Ausführungs- und Detailzeichnungen sind in den jeweils erforderlichen Maßstäben zu erstellen und haben alle Maßangaben und Materialbestimmungen zu enthalten (*Habison*, Handbuch Bauwirtschaft 1.11 ff)

ii) Pläne für Leistungen der Haustechnik

Die Führungsplanung

Für **Leistungen der Haustechnik** besteht in der Regel die Ausführungsplanung aus der **Führungsplanung** (lagerichtige Trassenführung, Dimensionierung der Querschnitte und Anlagenkomponenten, Durchbruchs- und Aussparungsangaben etc) und **der Ausführungsplanung** wie zB Werkstättenpläne, Abwicklungspläne, montagespezifische Details (Montagepläne). Die Entwurfspläne sind in der Regel im Maßstab 1 : 100, die Ausführungspläne im Maßstab 1 : 50 zu erstellen. Für spezielle Bereiche ist fallweise die Vergrößerung vorhandener Unterlagen, dh die Erstellung eigener, besonderer Pläne in einem größeren Maßstab vorzunehmen.

Welche Pläne hat der AN üblicherweise zu liefern?

Heizungsanlagen:

- Grundrisspläne der einzelnen Geschosse, in denen Heizkörper und/oder Verteilerleitungen installiert sind, sowie auch Leerpläne jener Geschosse, in denen keine Heizung eingebaut ist
- Strangschemata über die vertikalen Verrohrungen
- Grundrissplan über die Wärmezentrale, allenfalls Öllagerraum, Gasregelstation etc
- wesentliche Schnitte, soweit erforderlich
- Bauangaben
- zusammenhängendes Schaltschema

Lüftungs- und Klimaanlageanlagen:

- Grundrisspläne der einzelnen Geschosse, in denen lufttechnische Geräte und Verteilungen installiert sind, ergänzt durch Querschnitte für Deckenhohlräume, Installationsschächte etc
- Strangschema über (allenfalls vorhandene) vertikale Luftleitungen
- Grundrissplan(pläne) über die Lüftungszentrale(n)
- wesentliche Schnitte, soweit erforderlich
- Bauangaben
- Schaltchemata

Kältetechnische Anlagen:

Es gelten sinngemäß die Ausführungen für Heizungsanlagen.

Sanitäranlagen:

Zu liefern sind (mindestens) folgende Entwurfspläne:

- Grundrisspläne der einzelnen Geschosse bzw Außenflächen, in denen sanitäre Einrichtungen sowie Verteil- und Sammelleitungen installiert sind, und Dachflächenpläne für die Entwässerung
- Strangschemata über die vertikalen Verrohrungen
- Grundrisspläne über die Sanitärzentralen (Warmwasserbereitung, Sprinklerzentrale, Rohwasser-Aufbereitung etc)
- wesentliche Schnitte, soweit erforderlich
- Bauangaben
- zusammenhängendes Schaltschema (soweit erforderlich)

Regel- und steuertechnische Anlagen inkl Schaltschränke:

- Regel- und Steuerschemata über die einzelnen Anlagen mit Darstellung der Schnittstellen zwischen mechanischen und elektrotechnischen Regelkomponenten
- Funktionspläne über die einzelnen Anlagen
- Kabelliste/Lastaufstellung

d) Baubeschreibung, Technischer Bericht (5.1.3 Z 4)

Eine **Baubeschreibung** ergänzt die Baupläne in jenen Belangen, die zeichnerisch nicht darzustellen sind. Hierzu gehören Angaben über den umbauten Raum, die bebaute Fläche und die vorgesehenen Baumaterialien und Bauweisen mit der Angabe, ob es sich um neue Baumaterialien oder Bauweisen handelt und ob diese von der Behörde bereits zugelassen sind (*Oberndorfer/Jodl, Handwörterbuch der Bauwirtschaft 32*).

e) Besondere Bestimmungen für den Einzelfall (5.1.3 Z 5)

Gelegentlich werden eigene Vertragsbestimmungen für die Errichtung eines bestimmten Bauwerks vereinbart. Auch Abweichungen von ÖNORMEN sollen erwähnt werden.

f) Allgemeine Bestimmungen für den Bereich eines bestimmten AG oder AN (5.1.3 Z 6)

Große Auftraggeber legen ihren Bauverträgen eigene Geschäftsbedingungen zugrunde.

i) Gemeinde Wien

Die Gemeinde Wien legt ihren Bauverträgen nicht die ÖNORM, sondern die VD 314 Vertragsbestimmungen für Bauleistungen zugrunde, die auf der ÖNORM B 2110 aufbauen.

ii) Wiener Stadtwerke

Die Wiener Stadtwerke legen ihren Bauverträgen die WSTW 9314 zugrunde.

iii) Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ)

Die Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) gibt Allgemeine Bedingungen für Professionistenleistungen (zuletzt Auflage 2003) heraus. Diese Bedingungen können in Verträgen zwischen Generalunternehmern und Subunternehmern zugrunde gelegt werden.

iv) Musterbauvertrag der Bundesinnung der Baugewerbe

Die Bundesinnung der Baugewerbe gibt einen Musterbauvertrag heraus, dem die ÖNORM B 2110 zugrunde liegt.

g) Normen technischen Inhalts (5.1.3 Z 7)

Siehe Pkt. VI.

h) Die Werkvertragsnormen für einzelne Sachgebiete (5.1.3 Z 8)

Siehe Pkt. VI.

i) Die ÖNORMEN B 2110, B 2111 und B 2114 (5.1.3 Z 9)

Siehe Pkt. VI.

2. Die Reihenfolge der Vertragsgrundlagen

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die in 5.2 angeführten Unterlagen in der dort angegebenen Reihenfolge. Ob ein Widerspruch zwischen einzelnen Vertragsgrundlagen vorliegt, kann im Einzelfall schwierig festzustellen sein. Widersprüche sind von ergänzenden Bestimmungen in Vertragsbestimmungen mit niedriger Rangfolge zu unterscheiden. Ein Widerspruch wird immer dann vorliegen, wenn die Auslegung verschiedener Vertragsunterlagen zu gegenteiligen wirtschaftlichen oder rechtlichen Ergebnissen führt (vgl OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91; 7 Ob 35/08 k ecolex 2008, 729).

Beispiel 1:

Der AN verfasst eine Ausschreibung für die Lieferung und Legung von Baustahl. Im Angebot der Stahlfirma wird der Einheitspreis (Material und Arbeit) von ATS 3.300,- pro Tonne angeboten, wenn der AN eine Mindestmenge von fünf Tonnen pro Tag abnimmt. Wird diese Menge unterschritten, sollte die Arbeit nach Regie abgerechnet werden. Der AN übermittelt daraufhin ein Schreiben mit folgendem Wortlaut:

„Wir beauftragen Sie aufgrund Ihres Angebotes mit der Lieferung und Verlegung von Baustahl zum Preis von ATS 3.300,- pro Tonne.

Auftragsgrundlagen sind:

- dieses Auftragschreiben

- die beiliegenden Allgemeinen Bedingungen für Professionistenleistungen der VIBÖ samt Baustellenordnung
- die Ausschreibung bzw Ihr Anbot, die Allgemeinen und Besonderen Vertragsbedingungen
- die Bau- und Konstruktionspläne
- die einschlägigen ÖNORMEN und subsidiär die DIN

Die erwähnten Auftragsgrundlagen gelten bei Widersprüchen in der oben angeführten Reihenfolge.

Den beiliegenden Gegenbrief senden Sie bitten firmenmäßig gefertigt binnen acht Tagen zurück, andernfalls wird Ihr Einverständnis mit dem Auftrag als gegeben angenommen.“

Das Stahlunternehmen unterfertigt diesen Gegenbrief und beginnt mit den Arbeiten. Im Zuge der Baudurchführung wird die Menge von fünf Tonnen pro Tag unterschritten. Die Stahlfirma beruft sich nun auf das Anbot und will die Arbeit nach Regie abrechnen. Ihr Anbot sei durch das Schreiben des AN angenommen worden („Wir beauftragen Sie aufgrund Ihres Angebotes“), im Übrigen sei Ihr Angebot Auftragsgrundlage. Ein Widerspruch zwischen dem Auftragschreiben und dem Anbot bestehe nicht, da im Auftragschreiben keine Regelung über eine Mindestabnahmemenge getroffen worden sei. Es gelte daher die im Angebot festgelegte Mindestabnahme.

Anm:

ME ist ein solcher Widerspruch anzunehmen, weil aufgrund des Schlussbriefes der Preis ATS 3.300,- pro Tonne beträgt, während nach dem Anbot der Preis ATS 3.300,- pro Tonne nur dann beträgt, wenn der AN eine Mindestmenge von fünf Tonnen pro Tag abnimmt. Da das Auftragschreiben höherrangig ist, wird die Vereinbarung laut Auftragschreiben (Schlussbrief) gelten. Eine Ergänzung liegt nicht vor, sondern eine im Ergebnis wirtschaftlich andere Regelung. Der vom AG übermittelte Schlussbrief ist als Gegenofferte zum Anbot anzusehen. Diese Gegenofferte wurde durch Unterfertigung des Gegenschlussbriefes durch den AN angenommen.

Beispiel 2:

In einem Bauvertrag wurde für die Überschreitung der Ausführungsfrist für jeden Werktag der Verspätung eine von der Schlussrechnung in Abzug zu bringende Vertragsstrafe in Höhe von 0,5% der Auftragssumme vereinbart.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen war die Geltung der ÖNORM B 2110 Ausgabe 1. 3. 1973 vereinbart, in deren Pkt 2.17.1 (nunmehr 5.35.1) eine richterliche Mäßigung vorgesehen ist.

Der OGH vertrat die Ansicht, dass die bloße Vereinbarung der Konventionalstrafe einen Ausschluss der ÖNORM-Bestimmung darstelle, die gerade für diesen Fall eine ergänzende Regel enthält. Auch die Vertragsbestimmung, die Konventionalstrafe könne von der Abrechnungssumme einbehalten werden, reiche nicht aus, iSd § 863 ABGB eine konkludent zustande gekommene Vereinbarung auf Ausschluss des Mäßigungsrechtes im Widerspruch zu der Regelung der ÖNORM anzunehmen, und bedeute auch sonst keinen Widerspruch zur ÖNORM. Sie habe auch ohne einen solchen Verzicht einen Sinn, indem für den Fall der Geltendmachung der Konventionalstrafe dem AG das sofortige Verrechnungsrecht eingeräumt und damit dem AN die Klägerrolle aufgenötigt werde (OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91).

Beispiel 3:

Punkt 12 des Auftragschreibens lautet: „Abänderungen und Ergänzungen des Auftragschreibens und seiner Bestandteile bedürfen zu ihrer Rechtswirksamkeit der schriftlichen Bestätigung **beider** (Anm: Hervorhebung durch den Verfasser) Vertragspartner; dies gilt für den Fall einer Vereinbarung des Abgehens von dieser vereinbarten Schriftform.“

Punkt 5.5 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen ÖNORM B 2110 idF 1. 3. 2002 bestimmt, dass das Erfordernis der Schriftlichkeit auch dann als erfüllt gilt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von **einem** (Anm: Hervorhebung durch den Verfasser) Vertragspartner schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner nicht widerspricht, wobei sowohl die Bestätigung als auch der Widerspruch innerhalb angemessener Frist zu erfolgen haben.

Auftragsgrundlage war vor allem das Auftragschreiben. Subsidiär wurde („bei Widerspruch“) noch die Geltung der ÖNORM B 2110 vereinbart.

Am 29. 11. 2005 wurden bei einer Besprechung Preisanpassungen diskutiert.

Schriftlich festgehalten wurde dieses gesamte Verhandlungsergebnis nicht. Seitens des AN wurde jedoch unaufgefordert ein die mündlich erzielte Einigung wiedergebender Aktenvermerk verfasst und mit Begleitschreiben vom 1. 12. 2005 allen Teilnehmern der Verhandlung vom 29. 11. 2005 übermittelt. Der Aktenvermerk ging beim AG am 6. 12. 2005 ein. Ein Antwortschreiben wurde von ihm allerdings erst am 17. 1. 2006 verfasst. Darin wurde zum Ausdruck gebracht, dass sie sich mit der Formulierung des Aktenvermerks über das Gespräch vom 29. 11. 2005 „in keinsten Weise einverstanden erkläre“; es sei bisher keine Vereinbarung geschlossen, sondern es seien lediglich angedachte Lösungsmöglichkeiten diskutiert worden. Das Berufungsgericht ging ebenfalls davon aus, dass die subsidiäre Bestimmung der ÖNORM zur Anwendung komme, ergänzte aber die Begründung der Erstgerichtet dahingehend, dass Pkt 5.5 der ÖNORM B 2110 zwar das in Punkt 12. des Auftragschreibens enthaltene Formgebot abschwäche, aber inhaltlich nicht von der Zweiseitigkeit desselben abhebe.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Streitparteien hätten die Geltung der ÖNORM B 2110 vereinbart. Deren Pkt 5.5 stehe nicht im Widerspruch zu den Auftragsgrundlagen, sondern ergänze das Auftragschreiben lediglich. In der Besprechung vom 29. 11. 2005 sei es zur festgestellten Vereinbarung gekommen. Dem vom AN diesbezüglich erstellten, eine schriftliche Bestätigung dieser Vereinbarung darstellenden Aktenvermerk habe der AG nicht innerhalb angemessener Frist im Sinn der ÖNORM B 2110 widersprochen. Das Klagebegehren bestehe daher nicht zu Recht.

Der OGH kam zu dem Ergebnis, dass eine Vereinbarung nicht zustande kam, weil die ÖNORM als subsidiäre Vertragsgrundlage nicht zur Anwendung komme und die von Pkt 12 des Vertrages geforderte schriftliche Bestätigung **beider** Parteien nicht vorliege.

Pkt 5.5 der ÖNORM B 2110 stellt insofern eine „einfachere“ (und daher mit Punkt 12 des Auftragschreibens im Widerspruch stehende) Schriftformklausel dar, als es danach zur Wahrung des Schriftformgebots genügt, wenn mündliche Vereinbarungen nachträglich von einem Vertragspartner schriftlich bestätigt werden und der andere Vertragspartner dagegen in angemessener Frist keinen Widerspruch erhebt. Diese Bestimmung kommt aber nicht zur Anwendung, weil die Parteien im maßgeblichen Auftragschreiben diesbezüglich eine Regelung getroffen haben, die die Wirksamkeit jeder Änderung oder Ergänzung, insb auch des Schriftlichkeitsgebots, von der schriftlichen Bestätigung beider Vertragspartner abhängig macht. Für die Frage, ob die am 29. 11. 2005 von den Streitparteien mündlich getroffenen Vereinbarungen rechtswirksam wurden, ist daher allein Punkt 12. des Auftragschreibens entscheidend. Die darin genannte Voraussetzung einer schriftlichen Bestätigung einer

bloß mündlich getroffenen abändernden Vereinbarung durch beide Vertragspartner wurde hinsichtlich der Absprachen vom 29. 11. 2005 unstrittig nicht erfüllt (OGH 7 Ob 35/08 k ecolx 2008, 729).

VII. Die Bedeutung von Normen im Bauvertragsrecht

A. Einteilung der Normen

1. ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten

a) Was sind ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten?

ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten werden auch als **Vertragsnormen, rechtliche ÖNORMEN**, oder als **ÖNORMEN des Verdingungswesens** bezeichnet.

Sie enthalten vornormierte **Verträge, die mit allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) zu vergleichen sind** (Koziol/Welser I³, 130; vgl. Krejci, Unternehmensrecht⁴, 27). Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) oder rechtliche ÖNORMEN werden immer dann ausgearbeitet, wenn Unternehmen häufig inhaltlich ähnliche Verträge abschließen. Zwecks Vereinfachung der Verwaltung, zur Rationalisierung und um eine gleichartige und gleichmäßige Behandlung der einzelnen Kunden zu ermöglichen, werden in AGB oder rechtlichen ÖNORMEN gleichbleibende Bedingungen, wie beispielsweise Lieferfristen, Zahlungsmodalitäten, Gewährleistungsbestimmungen usw. geregelt (Hartmann, Der Sachverständige 1979/3, 4 ff).

b) Welche ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten stehen zur Verfügung?

i) Die ÖNORM B 2110

Gegenstand der ÖNORM B 2110 sind Bauleistungen. Sie ist eine Werkvertragsnorm.

ii) Die ÖNORM B 2111

Gegenstand der ÖNORM B 2111 ist die Umrechnung veränderlicher Preise von Bauleistungen. Sie ist eine Werkvertragsnorm.

iii) Die ÖNORM A 2114

Gegenstand der ÖNORM B 2114 sind Vertragsbestimmungen bei automationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen. Sie ist eine Werkvertragsnorm.

iv) Die ÖNORMEN 22 xx und H 22 xx

Die ÖNORMEN 22 xx sind Handwerksnormen, die Normen H 22 xx Haustechniknormen. Sie sind Werkvertragsnormen.

c) Müssen ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten vereinbart werden?

i) ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten haben keine Gesetzesqualität

Nach **L** (Rummel in Rummel I³ § 861 Rz 12; Apathy/Riedler in Schwimann, ABGB IV³ § 861 ABGB Rz 5; vgl. auch Larcher, Die neuen ÖNORMEN des Verdingungswesens A2060 und B2110 in RdW 1984, 166 ff; Thienel, Verweisungen auf ÖNORMEN, 14 mwN aus dem Schrifttum in FN 6) **und Rsp** (OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101 = RdW 1986/272 = ÖBl 1987, 78; 3 Ob 564/94 = SZ 68/35 = ecolx 1995, 634; 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w) **haben rechtliche ÖNORMEN nicht den Charakter einer generellen Norm**. Sie sind nur Richtlinien (Allgemeine Geschäftsbedingungen), die als Bestandteile von Einzelverträgen gelten sollen, was im Besonderen für die ÖNORMEN des Verdingungswesens gilt.

ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten haben keine Gesetzesqualität.

ii) ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten sind kein Gewohnheitsrecht

Unter **Gewohnheitsrecht** versteht man eine nicht gesetzte, **lang andauernde, gleichförmige, österreichweite, allgemeine Gepflogenheit, von der man überzeugt ist, dass sie verbindliches Recht darstellt** (Krejci, Unternehmensrecht⁴, 23). Eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung von rechtlichen Normen scheidet schon deshalb aus, weil dies zu einer unzulässigen Rechtsetzungsbefugnis durch die Normungsorganisation führen würde.

ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten sind nicht Gewohnheitsrecht.

iii) ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten Unternehmensbrauch oder Verkehrssitte?

Unternehmensbräuche sind während einer gewissen Zeit tatsächlich geübte, von den beteiligten unternehmerischen Verkehrskreisen anerkannte Gepflogenheiten im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs. Unternehmensbräuche sind kein Gewohnheitsrecht. Sie sind weder generelle noch individuelle Rechtsquellen, sondern bloß faktische Gepflogenheiten ohne normative Qualität. Sie sind nichts anderes als Verkehrssitten im Bereich des unternehmerischen Verkehrs (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 24). **Unternehmensbräuche (§ 346 UGB) und Verkehrssitte (§ 914 ABGB) unterscheiden sich daher nur im Wirkungskreis.**

Einzelpunkte von ÖNORMEN können durch tatsächliche Übung der beteiligten Verkehrskreise zum Unternehmensbrauch oder zur Verkehrssitte erstarken und damit zur ergänzenden Auslegung heranzuziehen sein (OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w; 7 Ob 265/00 x ÖGEBAU Journal 2001/2, 181 = bbl 2001/85; OGH 27. 3. 2001, 1 Ob 262/00 m RdW 2001/555). Bei ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten wurde dies, soweit ersichtlich, von der Rsp noch nie angenommen. Im Allgemeinen wird ein Unternehmensbrauch bei rechtlichen Normen nicht anzunehmen sein (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 27).

ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten stellen weder Unternehmensbrauch noch Verkehrssitte dar.

iv) Vertragliche Vereinbarung notwendig

ÖNORMEN sind rechtlich nichts weiter als Vertragsschablonen oder Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Es steht den Vertragspartnern frei, sie zu vereinbaren oder nicht. Sie werden – ihrer Rechtsnatur als AGB entsprechend – **nur dann zum Vertragsgegenstand, wenn sie die Vertragsparteien vereinbart haben** (*Krejci* in *Rummel* I³ §§ 1165 Rz 23, 1166; *Rummel* in *Rummel* I³ § 861 Rz 12; *Larcher*, RdW 1984, 166 [168]; OGH 8 Ob 151/71 JBl 1972, 200; 6 Ob 159/73 SZ 46/79; 6 Ob 586/79 HS 10.553; 6 Ob 566/95 eclex 1995, 891; 6 Ob 98/00 f ÖGEBAU-Journal 2001/2, 178 [Längle] = bbl 2001, 120 = RdW 2001/433; 7 Ob 265/00 x ÖGEBAU Journal 2001/2, 181 = bbl 2001/85).

Eine **konkludente Vereinbarung ist möglich** (OGH 6 Ob 98/00 f ÖGEBAU-Journal 2001/2, 178 [Längle] = bbl 2001, 120 = RdW 2001/433). Ob eine bestimmte ÖNORM als Ganzes oder Teile davon – konkludent – zum Vertragsbestandteil wurde, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des § 914 ABGB.

Beispiel:

ÖNORMEN sind rechtlich nichts weiter als Vertragsschablonen. Es steht den Vertragspartnern frei, sie zu vereinbaren oder nicht, dh sie werden ihrer Rechtsnatur als allgemeine Geschäftsbedingungen entsprechend nur dann zum Vertragsgegenstand, wenn die Vertragsparteien ihre Geltung zumindest konkludent vereinbart haben (OGH 6 Ob 98/00 f ÖGEBAU-Journal 2001/2, 178 [Längle] = bbl 2001, 120 = RdW 2001/433).

Im Bauwerksvertrag sollte möglichst präzise angegeben werden welche rechtlichen und technischen ÖNORMEN vereinbart sein sollen. Mitunter in Verträgen anzutreffende Formulierungen, dass alle „*entsprechenden ÖNORMEN als vereinbart gelten*“ können Anlass für Auseinandersetzungen sein, da nicht klar ist, ob nur die rechtlichen oder die rechtlichen und technischen ÖNORMEN gemeint sind (OGH 15. 4. 1998, 3 Ob 70/98 k; 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w). Bei der Formulierung, dass alle „*entsprechenden rechtlichen und technischen ÖNORMEN*“ als vereinbart gelten (*Krejci*, Handbuch zum KSchG 690), könnte sich die Frage stellen, welche rechtlichen ÖNORMEN gemeint sind.

Beispiel 1:

Ein Subunternehmer wurde mit der Herstellung eines Lüftungsschachtes bei einem Tunnelbau beauftragt. Vereinbart war, dass alle „*entsprechenden rechtlichen und technischen ÖNORMEN*“ als vereinbart gelten. Die Streitfrage war, ob die Subunternehmerleistungen der allgemeinen Werkvertragsnorm B 2110 oder der ÖNORM B 2117, die den Straßenbau und den Straßenbrückenbau zum Gegenstand hat, zu unterstellen ist.

Beispiel 2:

Im Vertrag waren „die ÖNORMEN in ihrer jeweils neuesten Fassung“ vereinbart Die zweite Instanz vertrat unter Hinweis auf *Larcher* die Auffassung, die ÖNORM B2110 stelle seit Langem das in der Bauwirtschaft häufigste verwendete Werkvertragsmuster dar und habe für die Bauwirtschaft die Bedeutung eines „Quasigesetzes“ erlangt. Wenn auch in Punkt 6 f der beiden Werkverträge lediglich auf „die ÖNORMEN in ihrer jeweils neuesten Fassung“ als Auftragsgrundlage verwiesen werde, ohne die ÖNORM B 2110 ausdrücklich zu zitieren oder mit ihrer näheren Bezeichnung anzuführen, ergebe sich doch bei verständiger Auslegung dieser Vertragsbestimmungen unter Bedachtnahme auf die Art der abgeschlossenen Verträge, dass sie damit jedenfalls auch die Anwendung der zitierten Verdingungsnorm auf die für die beiden Gewerke begründeten werkvertraglichen Rechtsverhältnisse vereinbaren wollten.

Ob eine konkrete in einer ÖNORM enthaltene Bestimmung zwischen Vertragsparteien vereinbart wurde, ist eine nicht reversible Tatfrage. Ob aber mangels ausdrücklicher Vereinbarung eine bestimmte Regelung einer ÖNORM als zumindest stillschweigend bedingener Vertragsbestandteil anzusehen ist, ist wegen der Abhängigkeit von der konkreten Vertragsgestaltung und von der Reichweite und der Bedeutung des entsprechenden Punkts der ÖNORM eine solche des Einzelfalls.

Generelle Aussagen dahin, dass schon jeder Verweis auf ÖNORMEN des Verdingungswesens diese immer vollinhaltlich zum Vertragsbestandteil mache, lassen sich nach Auffassung des erkennenden Senats nicht treffen. Im konkreten Fall war ein Haftrücklass zwischen den Parteien vereinbart; dessen Höhe ergab sich hinreichend deutlich aus der maßgeblichen ÖNORM des Verdingungswesens. Dem Gericht zweiter Instanz ist somit keine Fehlbeurteilung – auch nicht bei der Lösung der Frage, dass eine undeutliche Äußerung nicht vorliege – unterlaufen, weil mit dem Hinweis in den Verträgen auf die „ÖNORMEN in

ihrer jeweils neuesten Fassung“ – wie im Folgenden darzulegen sein wird – nur eine ganz bestimmte ÖNORM in Frage kam [Anm: in diesem Fall die ÖNORM B 2110] (OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w).

2. Verfahrensnormen

a) Was sind Verfahrensnormen?

Verfahrensnormen sind Normen, die das Vergabeverfahren regeln. Sie sind nicht dazu bestimmt, Vertragsbestandteil zu werden.

b) Welche Verfahrensnormen stehen zur Verfügung?

i) Die ÖNORM A 2050 und das BVergG 2006

Pkt 4.1 der ÖNORM B 2110 sieht vor, dass bei Ausschreibungen und bei der Erstellung von Angeboten die Bestimmungen des ÖNORM A 2050 und das BVergG 2006 einzuhalten sind.

Die ÖNORM A 2050 hat die Vergabe von Aufträgen über Leistungen, Ausschreibung, Angebot und Zuschlag zum Gegenstand. Ihr kommt bei der **Vergabe von Leistungen durch die öffentliche Hand** Bedeutung zu. Sie ist keine Vertragsnorm sondern eine **Verfahrensnorm**.

Bis zur Einführung von Vergabegesetzen in Österreich im Jahr 1994 lag die ÖNORM A 2050 fast allen öffentlichen Auftragsvergaben zugrunde, zumal sich die einzelnen Vergabeordnungen von Bund, Ländern und Gemeinden zumeist auf die ÖNORM A 2050 stützten.

Das BVergG 2006 sieht vor, dass die ÖNORM A 2050 nur mehr dort unmittelbar anwendbar ist, wo bei öffentlichen Auftragsvergaben das BVergG nicht anwendbar ist: Nach der Rsp konkretisiert die ÖNORM A 2050 den anzuwendenden Gleichheitsgrundsatz und das primärrechtliche Diskriminierungsverbot (OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 236/01 a ecolx 2002/161 = JBI 2002, 534).

Ein **privater AG** ist nicht zur Einhaltung der ÖNORM A 2050 verpflichtet, es sei denn, er hat sich durch einseitige Erklärung verpflichtet, die ÖNORM A 2050 anzuwenden (Selbstbindung).

ii) Die ÖNORM A 2061

Gegenstand der ÖNORM B 2061 ist die Preisermittlung für Bauleistungen. Sie ist eine Verfahrensnorm.

iii) Die ÖNORM A 2062

Gegenstand der ÖNORM B 2062 ist der Aufbau von standardisierten Leistungsbeschreibungen unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren. Sie ist eine Verfahrensnorm.

iv) Die ÖNORM A 2063

Gegenstand der ÖNORM B 2063 sind Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren. Sie ist eine Verfahrensnorm.

3. Technische Normen

a) Was sind technische Normen?

Eine **technische Norm ist ein Dokument, das mit Konsens von einer anerkannten Institution erstellt und angenommen wurde und das für die allgemeine und wiederkehrende Anwendung Regeln, Leitlinien oder Merkmale für Tätigkeiten oder deren Ergebnisse festlegt, wobei ein optimaler Ordnungsgrad in einem gegebenen Zusammenhang angestrebt wird.** Normen sollten auf den gesicherten Ergebnissen von Wissenschaft, Technik und Erfahrung basieren und auf die Förderung optimaler Vorteile für die Gesellschaft abzielen (Europäische Norm EN 45020 Ausgabe 1991 Pkt 3.2).

b) Welche Normen technischen Inhalts stehen zur Verfügung?

i) Technische Normen

Die ÖNORM verwendet in **Pkt 5.1.3 (7)**, der die Reihenfolge der Vertragsbestandteile festlegt, die Bezeichnung „**Normen technischen Inhalts**“ (sie werden in der Folge als „**technische Normen**“ bezeichnet). Da die ÖNORM den Begriff „**Normen**“ (nicht „**ÖNORMEN**“) verwendet, sind unter diesem Begriff nicht nur die vom Österreichischen Normungsinstitut herausgegebenen ÖNORMEN technischen Inhalts zu verstehen, sondern **alle technischen Regelwerke, die technische Regeln oder Leitlinien enthalten**. Alle Normen technischen Inhalts gelten nach dieser Bestimmung als Vertragsbestandteile. Ergänzend wird in **Pkt 5.1.1 (1)** klargestellt, dass auch „**alle im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhalts**“ als vereinbart gelten (sie werden im Folgenden als „**technische ÖNORMEN**“ bezeichnet). Der Begriff „**technische NORMEN**“ ist der weitere Begriff: er umfasst auch die „**technischen ÖNORMEN**“.

Eine vollständige Aufzählung aller technischen Normen ist aufgrund ihrer großen Anzahl nicht möglich. Allein für das Bauwesen gab es mit Stand 1999 2000 Normen (*Gamerith*, Der „Stand der Technik“ im Bauwesen, in *Saria* [Hrsg], Der „Stand der Technik“ [2007] 80 ff). Die folgende Aufzählung beschränkt sich daher auf wesentliche Regelwerke in der Baupraxis:

- Deutsche Industrie Normen (DIN)
- EVE Normen (Elektrotechnik)
- TRVB 128 (Brandschutz)
- Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS)

Technische Normen finden sich nicht nur in Regelwerken, die von anerkannten Normungsorganisationen herausgegeben werden, sondern auch in Gesetzen oder Verordnungen, wie zB:

- Elektrotechnikgesetz 1992
- Elektrotechnikverordnung 2002
- Wiener Veranstaltungsstättenengesetz 1978

ii) Technische ÖNORMEN

In Österreich stehen zahlreiche vom Österreichischen Normungsinstitut herausgegebene technische ÖNORMEN zur Verfügung, die im Bauwesen zu beachten sind. Sie sind im ÖNORMEN-Verzeichnis des Österreichischen Normungsinstituts enthalten.

c) Technische Normen und Regeln der Technik sind nicht gleichzusetzen

Technische NORMEN sind nicht mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik gleichzusetzen, da technische Bestimmungen der Normungsorganisationen einer Überalterung unterliegen und in bestimmten zeitlichen Abständen einer Überarbeitung bedürfen. Sie halten daher nicht immer mit den Veränderungen der Technik Schritt (*Krejci*, Regeln der Technik 438; *Fischer*, Die Regeln der Technik 45 ff, 69 ff; *Saria*, Der „Stand der Technik“ im Spiegel gesetzlicher Regelungen, in Der „Stand der Technik“ [2007] 73, sowie für die BRD Literaturnachweise in FN 187 und dt Rsp in FN 194; aA lediglich *Hartmann*, ÖNORMEN, ihr Zustandekommen, ihre Rechtsnatur und ihre Anwendung im technischen Recht, in *Korinek/Krejci*, Handbuch der Bauwirtschaft V-Mon-1, 27; *Wolfensberger*, Dissertation 61 ff und 116, zitiert in *Fischer*, Die Regeln der Technik 37 FN 23 und 45).

Pkt 6.2.1.1 sieht vor, dass **der AN** die Leistung vertragsgemäß auszuführen hat: „dabei hat er **die allgemein anerkannten Regeln der Technik einzuhalten**“.

Technische Normen zählen nur dann zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik, wenn sie die hierfür erforderlichen Kriterien erfüllen, was auf die weitaus überwiegende Zahl der Technischen Normen zutreffen wird. **Im Regelfall kann davon ausgegangen werden, dass die technischen Normen eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den AN (also die allgemein anerkannten Regeln der Technik) darstellen** und dieser verpflichtet ist, die dort für den Regelfall vorgesehenen Maßnahmen einzuhalten (OGH 5 Ob 515/90 *ecolex* 1990, 543; 15. 4. 1998, 3 Ob 70/98 k; 1 Ob 278/98 h RdW 2000, 142). **Der Gegenbeweis ist allerdings möglich und zulässig.**

d) Müssen technische Normen vereinbart werden?

i) Technische Normen haben keine Gesetzesqualität

Dass **technische Normen** auch wenn sie von anerkannten Organisationen herausgegeben werden, **keine Gesetzesqualität** haben, entspricht allgemeiner Ansicht (*Marburger*, Die Regeln der Technik 330 ff; *Fischer*, Die Regeln der Technik 27 mwN; OGH 1 Ob 262/00 m RdW 2001/555).

Der **Gesetzgeber kann allerdings technische Normen** durch Bundesgesetz, (zB die ÖNORM B 3800-1 Brandverhalten von Baustoffen und Bauteilen) oder durch Landesgesetze oder Verordnungen, (zB in Niederösterreich: B 2450-1 [Bauvorschriften für Aufzüge], Oberösterreich: B 4200-10 [Beton], Salzburg: B 4200-2 [Betonbauwerke], Wien: B 2531-2 [Trinkwasserversorgungseinrichtungen] **für verbindlich erklären** (§ 5 Normengesetz 1971).

ii) Technische Normen sind kein Gewohnheitsrecht

Unter **Gewohnheitsrecht** versteht man eine nicht gesetzte, **lang andauernde, gleichförmige, österreichweite, allgemeine Gepflogenheit, von der man überzeugt ist, dass sie verbindliches Recht darstellt** (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 23).

Da bautechnische Normen wegen der ständig erforderlichen Anpassung an die veränderten technischen Verhältnisse häufig inhaltlichen Änderungen unterliegen, fehlt es bereits an einer lang andauernden Übung. Außerdem fehlt die Überzeugung, dass die angewendeten technischen Regeln Recht seien, da technische Regeln kein Rechtsnormencharakter zukommt. Schließlich scheidet eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung auch deshalb aus, weil dies zu einer unzulässigen Rechtsetzungsbefugnis durch die Normungsorganisation führen würde.

iii) Technische Normen Unternehmensbrauch oder Verkehrssitte?

Unternehmensbräuche sind während einer gewissen Zeit tatsächlich geübte, **von den beteiligten unternehmerischen Verkehrskreisen anerkannte Gepflogenheiten** im Bereich des unternehmerischen Geschäftsverkehrs. Handelsbräuche sind kein Gewohnheitsrecht. Sie sind weder generelle noch individuelle Rechtsquellen, sondern bloß faktische Gepflogenheiten ohne normative Qualität. Sie sind nichts anderes als Verkehrssitten im Bereich des unternehmerischen Verkehrs (*Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 25). **Unternehmensbräuche (§ 346 UGB) und Verkehrssitte (§ 914 ABGB) unterscheiden sich daher nur im Wirkungskreis.**

Technische Normen sind im Allgemeinen weder Unternehmensbrauch noch Verkehrssitte (*Krejci*, Regeln der Technik, in FS Kralik [1986] 435 [442]), **doch können sie durch tatsächliche Übung der beteiligten Verkehrskreise dazu erstarken** (*Rummel in Rummel*³ § 861 Rz 12; OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101). **Ein Unternehmensbrauch ist nach allgemeinen Beweisregeln** (vgl. *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 25) **zu beweisen** (OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101).

Beispiel:

Eine wiederholte Anwendung bestimmter ÖNORMEN durch die in Betracht kommenden Verkehrskreise kann dazu führen, dass diese auch in künftigen Fällen mit ihrer Anwendung rechnen und insb technische Angaben im Zweifel im Sinne einer bestehenden ÖNORM auslegen. Die bestehende Verkehrsauffassung der angesprochenen Verkehrskreise ist eine Sachverhaltsfrage und muss daher durch Beweisaufnahme (Sachverständigengutachten) ermittelt werden (OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101).

Ann:

Im konkreten Fall ging es um die Anwendbarkeit der ÖNORMEN M 7500 und M 7506, die vertraglich nicht vereinbart waren.

iv) Vertragliche Vereinbarung notwendig?

Da **technische Normen** weder Gesetzesqualität haben, noch Gewohnheitsrecht sind und im Allgemeinen auch keinen Unternehmensbrauch oder Verkehrssitte darstellen, **müssen sie vertraglich vereinbart werden**, wenn sie zwischen den Parteien des Bauwerkvertrags gelten sollen (*Apathy/Riedler in Schwimann*, ABGB³ IV § 861 Rz 5; *Rummel in Rummel*³ § 861 Rz 12; OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101; 15. 4. 1998, 3 Ob 70/98 k; 23. 10. 2003, 6 Ob 58/03 b; 8 Ob 109/04 v ecolex 2005/156 = ÖJZ 2005/123; 6 Ob 151/05 g ecolex 2006/44 = bbl 2006/25 = RdW 2006/82; 1 Ob 51/05 i RdW 2006/158; 10 Ob 37/06 y ecolex 2007/138; 2 Ob 192/07 k RdW 2008/423).

Beispiel:

Die Feststellung, dass die Parteien die „einschlägigen ÖNORMEN“ als Vertragsgrundlage vereinbart haben, reicht keinesfalls aus. Derartige Regelwerke stellen zwar eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den Werkunternehmer dar, sind aber bloß Richtlinien, die als Vertragsbestandteile gelten sollen. Mangels einer hier nicht behaupteten Anordnung durch den Gesetz- oder Ordnungsgeber gelten sie daher nur kraft Vereinbarung oder als Verkehrssitte. Ob eine konkrete Bestimmung aus einer ÖNORM zwischen Vertragsparteien vereinbart wurden, ist daher eine Tatfrage und hätte vom AG schon in erster Instanz behauptet (und bewiesen) werden müssen (OGH 15. 4. 1998, 3 Ob70/98 k).

Wurde die ÖNORM vereinbart, sind alle in Betracht kommenden, im ÖNORMEN-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhalts (Pkt 5.1.1 Z 1) und alle weiteren Normen technischen Inhalts (Pkt 5.1.3 Z 7) vereinbart.

Der AN muss die allgemein anerkannten Regeln der Technik einhalten, weil sie gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften sind. Diese werden sich in aller Regel – aber nicht zwingend – in technischen Normen manifestieren (OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 543; 4 Ob 539/94 ecolex 1994, 675). **Dies relativiert die Notwendigkeit technische Normen zu vereinbaren. Dort wo sich technische Normen und die allgemein anerkannten Regeln der Technik decken, muss der AN eine technische Norm auch dann beachten, wenn sie vertraglich nicht vereinbart ist.**

Beispiel 1:

Die klagende Wohnbaugenossenschaft beauftragte den AN mit der Ausführung der Zimmermannsarbeiten beim Bau der Wohnhausanlage und Mehrzweckhalle in Theresienfeld. Dem Werkvertrag lag das Anbot mit dem Leistungsverzeichnis zugrunde, wonach alle auszuführenden Leistungen und Lieferungen nach den allgemein technischen Vorschriften für Bauleistungen nach der ÖNORM erfolgen sollten. In der Leistungsbeschreibung war die sturmsichere Verankerung der Dachkonstruktion mit dem Bauwerk enthalten.

Das Bauwerk ist mit einer Flachdachkonstruktion eingedeckt, die mittels Lochband-Stahlbändern durch Stahlstifte in der Betondecke verankert war. Diese Verankerung war zur Zeit der Werksausführung üblich und ausreichend.

Sechs Jahre nach Fertigstellung wurde ein Teil der Dachkonstruktion durch eine Sturmböe mit rund 130 km/h aus der Verankerung gerissen, weil die Verankerung der Stahlbänder durch die Stahlstifte im Beton der Beanspruchung nicht standhielt.

Der AG veranlasste sofort nach dem Sturmschaden die Erneuerung der beschädigten Konstruktionsteile. Er begehrt den Aufwand für die Schadensbehebung von ATS 445.272,72 sA vom AN.

Alle Instanzen wiesen die Klage ab. Nach der zum Zeitpunkt der Herstellung anzuwendenden ÖNORM B 4000 Teil 3 vom 1. 4. 1979 sei für die Statik nur mit 28,2 m/sec Windgeschwindigkeit zu rechnen gewesen. Zur Zeit des Schadenseintritts habe aber im Raum Theresienfeld ein Sturm mit 36 m/sec Geschwindigkeit gewütet. Der Schaden sei durch den außergewöhnlichen Sturm, also höhere Gewalt verursacht worden.

Da die Herstellung des Werkes nach der Verkehrsauffassung für den Verwendungszweck fachmännisch erfolgte, fehlte es schon am Nachweis des Mangels und der durch diesen gegebenen Verursachung des Schadens. Der AN hat seine vertragliche Pflicht aus dem Werkvertrag nicht schlecht erfüllt und die Zimmermannsarbeiten nach dem damals anzuwendenden Fachwissen ausgeführt. Die vom AN vorgenommene Verankerung der Holzkonstruktion mit dem Bauwerk entsprach der üblichen Sorgfalt und war ausreichend.

Dabei kann davon ausgegangen werden, dass die ÖNORM eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den AN darstellt und ihn verpflichtet, die für den Regelfall vorgesehenen Maßnahmen einzuhalten. Nach der zur Zeit des Zustandekommens des Werkvertrags und der Werkherstellung maßgebenden ÖNORM entsprach die Befestigungsart der gegen Sturmwindwirkung ausreichenden Verankerung den Regeln und war nicht ungenügend.

Die vertragliche Verpflichtung des AN, für eine sturmsichere Ausführung der übernommenen Zimmermannsarbeiten zu sorgen, ist nach der Verkehrssitte dahin aufzufassen, dass er zu der Verankerung der Dachkonstruktion verpflichtet war, die nach dem damaligen Wissensstand ausreichend war, selbst bei Sturm standzuhalten. Eine ausdrückliche Zusicherung, das Werk werde auch ungewöhnlichen Spitzenböen, die schon als Elementarereignis anzusehen sind, jedenfalls ohne Schaden überstehen, kann daraus nicht abgeleitet werden (OGH 5 Ob 515/90 eclex 1990, 543).

Anm:

Wie diese Entscheidung zeigt, stellen die technischen ÖNORMEN – werden sie zwischen den Vertragsteilen nicht ausdrücklich vereinbart – zwar nicht eine Vertragsgrundlage dar, sind aber für die Beurteilung der Sorgfaltsanforderungen an den AN ein wesentliches Auslegungskriterium.

Beispiel 2:

Dass die Parteien die ÖNORM B 2218 nicht vereinbart haben, ändert nichts an der Warnpflicht des AN. Der AN hat jene Sorgfalt zu beachten, die bei der Verlegung von Holzböden üblich ist (OGH 4 Ob 539/94 eclex 1994, 675).

Beispiel 3:

Der AN verlegte in einem Büroraum einen Holzstöckelparkettboden.

Der Untergrund bestand aus Spanplatten-Polsterholz, die im Auftrag des AG von einem Tischler geliefert und verlegt wurden.

Vor der Verlegung erkundigte sich der Tischler beim AN, welche Spanplatten zu verwenden seien und ob eine Verlegung mit Nut und Feder notwendig sei. Er erhielt entweder vom AN die Auskunft, dass es ausreiche, die Spanplatten zu verschrauben.

Nachdem die Unterkonstruktion hergestellt war, verlegte der Beklagte die Holzstöckel schubfest verklebt auf den Spanplatten; er schliff die Oberfläche und versiegelte sie. Die Holzstöckel sind mängelfrei; sie sind ordnungsgemäß verklebt und verlegt.

Zu den Fugenrissen und Aufwölbungen kam es während der ersten Heizperiode durch Feuchtigkeitseinwirkung, weil die nach den örtlichen Gegebenheiten notwendige 0,4 mm starke Dampfsperre aus Alufolie nicht eingebaut worden war.

Der Tischler hatte nur einen Teilbereich mit einer überdies unzureichenden Wärmedämmung versehen; eine vollflächig wirksame Dampfbremse oder gar Dampfsperre fehlt. Diese wäre unter den Spanplatten einzubauen gewesen.

Der AN hat den AG vor der Verlegung des Parkettbodens nicht darauf aufmerksam gemacht, dass eine Feuchtigkeitsabdichtung und Dampfsperre notwendig sei.

Gemäß Pkt 2.3.12.3 ÖNORM B 2218 ist der AN zwar nicht verpflichtet, festzustellen, ob eine Dampfdiffusionssperre erforderlich, eingebaut und wirksam ist. Es muss jedoch bei Verlegung von Holzfußböden über Durchgängen und Garagen den Auftraggeber nachweislich auf die Notwendigkeit einer Feuchtigkeitsabdichtung und Dampfsperre aufmerksam machen.

Der AG begehrt ATS 84.150,- sA.

Das Klagebegehren wurde abgewiesen.

Gem § 1168 a Satz 3 ABGB ist der AN für den Schaden verantwortlich, wenn das Werk infolge offener Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers misslingt und er den Besteller nicht gewarnt hat.

Der AN konnte aus der Beschaffenheit des Unterbodens, soweit sie für ihn wahrnehmbar war, nicht erkennen, dass eine wirksame Dampfsperre fehlte. Auch war nicht zu ersehen, dass dem Tischlermeister das nötige Fachwissen für die Herstellung der Unterkonstruktion fehlte. Für den AN war das Fehlen einer wirksamen Feuchtigkeitsabdichtung daher kein „offenbarer“ Mangel, sodass ihn keine Warnpflicht traf.

Aus der ÖNORM B 2218 folgt nichts Gegenteiliges. Es kann daraus keine allgemeine Sorgfaltsanforderung – insoweit wäre die (technische) ÖNORM auch ohne Vereinbarung heranzuziehen – auch an denjenigen abgeleitet werden, der nur den Holzfußboden verlegt und nicht auch die Unterkonstruktion herstellt.

Der AN hätte seine Warnpflicht daher nur dann verletzt, wenn er Grund gehabt hätte anzunehmen, dass der (fachkundige) Hersteller der Unterkonstruktion nicht fachgerecht arbeiten werde oder nicht fachgerecht gearbeitet habe. Da für eine solche Annahme jeder Anhaltspunkt fehlte, entfällt auch die Grundlage für die vom AG geltend gemachte Haftung (OGH 4 Ob 539/94 eclex 1994, 675).

VII. Gewährleistung

A. Umfang (12.2.1)

1. Was versteht man unter Gewährleistung?

Gewährleistung bedeutet, dass der AN für die vereinbarten oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einzustehen hat. Die Gewährleistung stellt eine verschuldensabhängige Erfolgshaftung für die Mangelfreiheit des Werkes dar: Es kommt nicht darauf an, ob den AN ein Verschulden am Mangel (Fehler) trifft. Pkt 12.2.1 ist inhaltlich mit § 922 ABGB ident. Er sieht ebenso wie das ABGB vor, dass der AN

Gewähr leistet, dass seine Leistungen die im Vertrag bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften haben, dass sie seiner Beschreibung, einer Probe oder einem Muster entsprechen und sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Vereinbarung gemäß verwendet werden können.

2. Was ist ein Mangel?

Im Werkvertragsrecht ist ein Mangel das Abweichen vom geschuldeten Erfolg (vgl. *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB³ V § 1167 Rz 20). Der geschuldete Erfolg richtet sich nach dem Vertrag und den darin enthaltenen Bestimmungen und Beschreibungen. Das Leistungsverzeichnis (in der Regel bei Einheitspreisverträgen) oder die Leistungsbeschreibung (in der Regel bei Pauschalpreisverträgen) ist Hauptbestandteil des Vertrags. Soweit für das Werk oder Teile davon keine bedungenen Eigenschaften vereinbart sind, hat das Werk die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften aufzuweisen (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB³ V § 1167 Rz 27).

3. Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

a) Was sind gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften?

§ 922 ABGB und Pkt 12.2.1 sehen vor, dass ein Werk die **gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften** aufzuweisen hat. Ob eine Eigenschaft einer Bauleistung als gewöhnlich vorausgesetzt gilt, hängt davon ab, ob der AG nach der Verkehrsauffassung annehmen kann, dass sie vorhanden ist (vgl. *Koziol/Welser II*¹³, 68). Gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften sind Eigenschaften, die **bei Vertragsabschluss nicht besprochen** werden, weil sie von den Beteiligten als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Sie werden deshalb als **selbstverständlich** vorausgesetzt, **weil sie der „Verkehrssitte“ entsprechen**. Die **Rsp nimmt** in diesen Fällen **eine konkludente Zusicherung an** (OGH 6 Ob 641/83 HS 14.718; 1 Ob 515/85 SZ 58/11= JBl 1985/620; 1 Ob 662/85 SZ 58/174 = JBl 1986, 245; 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315; 1 Ob 564/95 ecoclex 1995, 485 = RdW 1995, 422; 4 Ob 2258/96 d SZ 69/218; 1 Ob 414/97 g SZ 71/88 = ecoclex 1998, 687 = RdW 1998, 608 = JBl 1998, 652; 19. 12. 2002, 2 Ob 304/02 y; 3 Ob 24/05 h MietSlg 57.587; 15. 11. 2007, 2 Ob 209/07 k).

b) Die allgemein anerkannten Regeln der Technik sind gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften

i) Müssen die allgemein anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich vereinbart werden?

Ob die allgemein anerkannten Regeln der Technik ausdrücklich vereinbart werden müssen, hängt davon ab, ob sie als gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften anzusehen sind. Ob die allgemein anerkannten Regeln der Technik überhaupt „Eigenschaften“, also Teil der geschuldeten Leistung sind, bedarf einer eigenen Untersuchung. **Beim Bauwerkvertrag, der technische Leistungsinhalte zum Gegenstand hat, ist nach hM davon auszugehen, dass die Beteiligten eine Leistungserbringung nach den üblichen technischen Standards voraussetzen** (vgl. *Straube*, Technik Klauseln im Recht 22; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴, 27; *Saria*, Der „Stand der Technik“ 48; OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101 = RdW 1986/272 = ÖBl 1987, 78; 10 Ob 212/98 v SZ 71/133 = ecoclex 1999/32 = bbl 1999/93; 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w). **Daraus ergibt sich, dass die allgemein anerkannten Regeln der Technik konkludent vereinbart und daher Teil der vom AN geschuldeten Leistung sind. Sie müssen im Gegensatz zu den technischen Normen nicht ausdrücklich vereinbart werden.** Dennoch stellen sich verschiedene Fragen: Ist der AN gewährleistungspflichtig,

- wenn das Bauwerk trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht funktionstüchtig ist?
- wenn das Bauwerk trotz Einhaltung der technischen Normen nicht funktionstüchtig ist?
- wenn eine technische Norm vereinbart wurde, die nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht?
- wenn das Bauwerk funktionstüchtig ist, obwohl die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten wurden?

Dies soll im Folgenden geklärt werden.

ii) Das Bauwerk ist trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht funktionstüchtig

Heikel ist die Frage, was gilt, wenn ein Werk trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln nicht funktionstüchtig ist. Wir haben bereits bei der Definition des Mangels festgehalten, dass im Werkvertragsrecht ein Mangel vorliegt, wenn das das Geleistete vom geschuldeten Erfolg abweicht (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB³ V § 1167 Rz 20).

Was der geschuldete Erfolg ist, richtet sich primär nach dem Vertrag (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimann*, ABGB³ V 1165 Rz 30). Werden im Vertrag keine besonderen Eigenschaften zugesichert, schuldet der AN die gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften. Das Werk ist also so auszuführen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Der Übung des redlichen Verkehrs entspricht nur ein funktionstüchtiges Werk. Der AN schuldet also ein funktionstüchtiges Werk. Das Problem ist aber, dass der AN auch die Einhaltung der allgemein

anerkannten Regeln der Technik schuldet, weil auch sie eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft darstellen. Dies stellt einen Widerspruch dar, weil unser Fall so liegt, dass der AG ein funktionstüchtiges Werk erwartet, gleichzeitig aber die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik aber gerade nicht zu einem funktionstüchtigen Werk führt. Beide „Erwartungen“ des AG sind gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften, die sich allerdings widersprechen. Welche der beiden Eigenschaften geht nun vor? Der hier erörterte Fall ist jenem Fall ähnlich, dass eine ausdrücklich bedungene (zugesicherte) Eigenschaft mit einer gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft kollidiert: dann geht die bedungene Eigenschaft der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaft vor. Der Unterschied besteht aber darin, dass sich in unserem Fall zwei gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften widersprechen, sodass nach einer anderen Lösung gesucht werden muss. **Ansatzpunkt für die Lösung ist folgende Überlegung: Der Vertrag kann das Werk (den geschuldeten Erfolg) entweder durch Substanzeigenschaften (Funktionseigenschaften) beschreiben (Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V § 1165 Rz 27 und Rebhahn/Kietaibl § 1167 Rz 20), oder es kann eine tätigkeitsbezogene Vertragspflicht vereinbart werden (Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V Rebhahn/Kietaibl § 1165 Rz 27 und § 1167 Rz 20).** Der Vertrag kann den Erfolg, das Ziel (die Substanz- oder Funktionseigenschaften) und den Weg (tätigkeitsbezogene Vertragspflichten) auf dem das Ziel erreicht werden soll, vorgeben. **Unbestritten ist, dass im Werkvertragsrecht immer der Erfolg, also das Ziel geschuldet ist. Das Ziel geht daher dem Weg vor. Widersprechen sich Substanz- und Funktionseigenschaften und tätigkeitsbezogene Vertragspflichten, gehen die tätigkeitsbezogenen Vertragspflichten vor. Ist ein funktionstüchtiges Werk bei Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht möglich, schuldet der AN ein funktionstüchtiges Werk, ohne sich an die allgemein anerkannten Regeln der Technik halten zu müssen.** Diese Ergebnis wird auch von der Rsp in Deutschland vertreten, die im Verstoß gegen die allgemein anerkannten Regeln der Technik keine zwingende Voraussetzung für die Annahme der Mangelhaftigkeit eines Werkes sieht (OLG Frankfurt 27. 5. 1981 NJW 1983, 456). **Ist das Bauwerk trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht funktionstüchtig, also mangelhaft, ist der AN Gewährleistungspflichtig (Rutkovsky, NJW 1991, 86; Welser in Koziol/Welser¹³, 260 f; Saria, Der „Stand der Technik“ 50; Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V § 1165 Rz 32; OGH 5 Ob 510/83 wbl 1989, 307 [Wilhelm] = Der Sachverständige 1984/4, 19; 3 Ob 560/86 JBl 1987, 450; 5 Ob 556/90 SZ 63/57 = ecolex 1990, 347 = wbl 1990/279; 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114 [Karollus] = KRES 6/104).**

iii) Das Bauwerk ist trotz Einhaltung der technischen Normen nicht funktionstüchtig

Eine andere Frage ist, ob der AN Gewährleistungspflichtig ist, wenn das Bauwerk trotz Einhaltung der technischen Normen nicht funktionstüchtig ist.

Hält der AN die technischen Normen ein, besteht die Vermutung, dass er die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten hat. Diese Vermutung ist allerdings widerlegbar. Durch den Beweis des ersten Anscheins (prima facie Beweis) ist der AN von der Führung des vollen Beweises solange entlastet, als der AG nicht ernsthaft darlegt, dass die Norm nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Dieser **Anscheinsbeweis** wird wegen der hohen Anforderungen, die an seine Erschütterung zu stellen sind, zutreffend im Ergebnis als eine Beweislastumkehr angesehen (vgl zur deutschen Rechtslage auch: *Oppler in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar*¹⁶ Rz 162 B § 4, *Werner/Pastor/Müller, Baurecht von A – Z* 94; OLG Stuttgart 26. 2. 1976 BauR 1977, 129).

Die Vermutung, der AN habe durch Einhaltung der technischen Norm auch die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten, ändert nichts an seiner Gewährleistungspflicht, weil der AN trotz Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik Gewährleistungspflichtig wird, wenn das Werk dennoch nicht funktionstüchtig ist. Dies wurde unter Rz 1835 bereits erörtert. Gelingt dem AG der Beweis, dass der AN die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten hat, weil die Norm von der technischen Entwicklung bereits überholt ist, ist der AN jedenfalls Gewährleistungspflichtig.

Die Vermutung, der AN habe durch Einhaltung der technischen Norm auch die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten, stellt aber für den AN eine Beweiserleichterung bei Schadenersatzansprüchen dar: Hat der AN eine technische Norm eingehalten, muss er grundsätzlich nicht Schadenersatz leisten, solange der AG nicht beweist, dass die technische Norm nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Gelingt dem AG allerdings dieser Beweis, wird der AN in der Regel auch schadenersatzpflichtig, weil er seiner Warnpflicht nachkommen und den AG auf die (veraltete) technische Norm hätte hinweisen müssen.

iv) Eine vereinbarte technische Norm entspricht nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik

Besonders heikel ist die Frage, was rechtens ist, wenn eine technische Norm vereinbart wurde, die nicht mehr den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht.

In diesem Fall ist zu differenzieren, ob das Werk funktionstüchtig ist oder nicht. **Ist das Werk nicht funktionstüchtig, ist der AN Gewährleistungspflichtig,** weil er ein funktionstüchtiges Werk schuldet. Dies wurde bereits unter Rz 1836) erörtert. **Ist das Werk funktionstüchtig,** ist zunächst zu berücksichtigen, dass durch Vereinbarung der ÖNORM B 2110 auch die technischen ÖNORMEN zur Vertragsgrundlage gemacht werden. Dies bedeutet, dass sich der AN grundsätzlich an die vereinbarten technischen ÖNORMEN halten muss: *Krejci* ist der Ansicht, es gilt das Vereinbarte (*Krejci* in FS Kralik [1986] 443), auch wenn es nicht den allgemein anerkannten Regeln der Technik entspricht. Er denkt aber eine Irrtumsanfechtung an, wenn beide Parteien bei

Vertragsabschluss nicht wussten, dass sich die Regeln der Technik weiterentwickelt haben. Es ist *Krejci* zu folgen, dass in diesen Fällen das Vereinbarte gilt, also die technische Norm. Dann **liegt kein Mangel, sondern ein widersprüchlicher Werkvertrag vor**, weil die zugesicherte Eigenschaft (die technische Norm) nicht mit den allgemein vorausgesetzten Eigenschaften (den allgemein anerkannten Regeln der Technik) übereinstimmt. **Der AG kann in diesem Fall den Vertrag wegen Irrtums anfechten mit der Folge, dass der Vertrag so angepasst wird, dass der AN ein den allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechendes Werk, der AG aber dem AN die „Sowieso-Kosten“ schuldet.**

Jene Kosten, die ausschließlich durch die nachträgliche „Verbesserung“ entstanden sind, trägt der AN alleine, wenn er hätte erkennen müssen, dass die vereinbarte technische ÖNORM hinter den allgemein anerkannten Regeln der Technik zurückbleibt. Er hat dann seine Warnpflicht verletzt. Konnte er dies nicht erkennen – was nur in sehr seltenen Fällen denkbar ist – muss er die nachträglichen Verbesserungskosten nicht tragen.

v) Das Bauwerk ist funktionstüchtig, obwohl die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten wurden.

Eine weitere Frage ist, was gilt, wenn das Bauwerk funktionstüchtig ist, obwohl die allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht eingehalten wurden.

Es wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass der AN bei einem Werkvertrag einen Erfolg schuldet. Er ergibt sich aus dem Vertrag und den darin enthaltenen Bestimmungen und Beschreibungen. Das vom AN Geschuldete ist daher mittels Vertragsauslegung zu ermitteln. Es wurde bereits ebenfalls erörtert, dass der Vertrag das Werk entweder durch Substanzeigenschaften (Funktionseigenschaften) festlegen kann (*Rebhahn* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1165 Rz 27 und *Rebhahn/Kietaibl* § 1167 Rz 20), oder eine bestimmte Art der Herstellung (tätigkeitsbezogene Vertragspflicht) vereinbart werden kann.

Ist eine bestimmte Art der Herstellung (tätigkeitsbezogene Vertragspflicht) vereinbart worden, stellt der AN das Werk aber nicht wie vereinbart her, könnte man – betrachtet man nur diesen Aspekt – zu dem Ergebnis kommen, dass er vertrags- und damit rechtswidrig handelt (so *Rebhahn* § 1165 Rz 32 und *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1167 Rz 20; OGH 7 Ob 687/90 SZ 64/9; 2 Ob 291/97 a bbl 1998/30). Dies ist aber unzutreffend. *Rebhahn* widerspricht sich selbst. Unter § 1165 Rz 32 führt er zunächst aus, dass der AN **rechtswidrig** handelt, wenn er das Werk nicht auf die vertraglich vereinbarte Art und Weise herstellt, dass die Verletzung einer tätigkeitsbezogenen Vertragspflicht jedoch dann keine Mangelhaftigkeit des Werkes begründet und daher auch keine Minderung des Werklohnanspruchs, wenn nur der vertraglich vereinbarte Erfolg herbeigeführt wurde. Im nächsten Satz kommt er allerdings zu dem Ergebnis, dass der AN allfällige Schäden, die dem AG durch die **vertragswidrige Herstellungsart** entstanden sind, aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen hat. Wie kann die vom AN gewählte Herstellungsart keine Mangelhaftigkeit des Werkes und keine Minderung des Werklohnanspruchs begründen, andererseits aber vertrags- und dadurch rechtswidrig sein und Schadenersatz auslösen? Dies passt auch nicht mit der richtigen Ansicht von *Rebhahn/Kietaibl* unter § 1167 Rz 20 zusammen, wo sie schreiben: „Wird der geschuldete Erfolg erreicht, so liegt kein Mangel vor, wenn der Unternehmer bei der Durchführung eine bloß tätigkeitsbezogene Vertragspflicht verletzt hat.“ ME gehören tätigkeitsbezogene „Vertragspflichten“ nicht zum geschuldeten Erfolg, wenn nur der Erfolg herbeigeführt wurde und das Werk funktionstüchtig ist. Auch für diesen Fall gilt, dass das Ziel dem Weg vorgeht. **Die Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik führt also nicht zu Gewährleistungsfolgen, wenn das Werk brauchbar, also funktionstüchtig ist** (vgl *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht 500; *Saria*, Der „Stand der Technik“ 51; vgl OGH 7 Ob 687/90 SZ 64/9; vgl 2 Ob 291/97 a bbl 1998/30).

Beispiel:

Bei einem Werkvertrag hat der AN das vertraglich geschuldete Werk herzustellen. Das Geschuldete ergibt sich aus dem Vertrag und den darin enthaltenen Bestimmungen und Beschreibungen. Das vom AN Geschuldete ist daher mittels Vertragsauslegung zu ermitteln und es kann der Vertrag das Werk durch Substanz- und Funktionseigenschaften festlegen, es kann aber auch eine bestimmte Art der Herstellung vereinbart werden. Stellt der AN das Werk nicht auf die vereinbarte Art und Weise her, so handelt er vertrags- und damit rechtswidrig, mag auch die von ihm gewählte Art der Herstellung den Regeln der Technik und dem Stand der Wissenschaft entsprechen. Zwar begründet die Verletzung einer bloß tätigkeitsbezogenen Vertragspflicht keine Mangelhaftigkeit des Werkes und damit keine Minderung des Werklohns, wenn nur der Erfolg voll herbeigeführt wurde, dies ändert aber nichts daran, dass der AN allfällige Schäden, die dadurch entstanden sind, dass er eine vertragswidrige Herstellungsart wählte, aus dem Titel des Schadenersatzes zu ersetzen hat. Dass der AN ohne sein Verschulden nicht in der Lage gewesen wäre, beim Einbau des Filters ein Cross-Over-Tool einzusetzen, hat sie gar nicht behauptet (§ 1298 ABGB). Grundsätzlich hat daher der AN allfällige Schäden des AG, die sich dadurch ergeben, dass vereinbarungswidrig kein Cross-Over-Tool verwendet und nicht die verlangte Filtertype eingebaut wurde, zu ersetzen (2 Ob 291/97 a bbl 1998/30).

vi) Zu welchem Zeitpunkt müssen die allgemein anerkannten Regeln der Technik eingehalten werden?

Welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der allgemein anerkannten Regeln der Technik maßgebend ist, wird seit Langem kontrovers diskutiert. Nach *Jagenburg* (in FS Korbion 179, 185) und *Lampe/Helbig* (in FS Korbion 249, 261) soll der **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** maßgebend sein. Ergeben sich nach diesem Zeitpunkt Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik, haben der Planer und der AN eine Hinweispflicht gegenüber dem Bauherrn. Nach *Nicklisch/Weik* (in VOB/B³ Rz 43 zu § 4) und *Rebhahn/Kietaibl* (in *Schwimmann*,

ABGB³ V § 1165 Rz 32) kommt es auf den **Zeitpunkt der Ausführung** an. *Koebler* (in Gewährleistung und Beweissicherung 37) und *Oppler* (in *Ingenstau/Korbion*, VOB-Kommentar¹⁴ Rz 143 B § 4) stellen auf den **Zeitpunkt der Abnahme** ab.

Beispiel:

Da im Bauvertragsrecht die Abnahme der maßgebliche Zeitpunkt für die Frage der Mangelhaftigkeit einer Leistung ist, muss grundsätzlich dieser Zeitpunkt auch darüber entscheiden, welche Regel der Technik oder die Norm anwendbar ist; spätere Änderungen müssen sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht außer Betracht bleiben; es kann nicht auf die Zufälligkeit ankommen, ob durch eine Verzögerung oder dergleichen erst zu einem späteren Zeitpunkt ein Sachverständiger zur Beurteilung herangezogen wird oder gar ein Gericht im Prozess erst nahezu ein Jahrzehnt danach über den Mangel entscheiden kann (OLG Köln 10. 6. 1992 NJW-RR 1994, 470).

Der deutsche Bundesgerichtshof (BGH 12. 10. 1967 BGHZ 48, 310 = BauR 1971, 58) und das OLG Köln (OLG Köln 6. 5. 1991 BauR 1991, 759, 762) stellen auf den **Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung im Gewährleistungsprozess** ab.

Beispiel:

Der Senat ist der Ansicht, dass bei der Frage, ob die Leistung des Beklagten zum Zeitpunkt der Abnahme Anfang 1987 ordnungsgemäß gewesen ist, die technischen Regeln und Forschungsergebnisse zu berücksichtigen sind, die zur Bestimmung der Soll-Beschaffenheit einer Werkleistung zwischenzeitlich, dh innerhalb der Gewährleistungsfrist bzw bis zur letzten Tatsachenverhandlung im hier vorliegenden Gewährleistungsprozess vor dem Senat, aufgestellt bzw erzielt worden sind. Der Senat schließt sich im Bezug auf die Frage, welcher Zeitpunkt für die Festlegung technischer Regeln maßgeblich ist, der – umstrittenen – Rsp des BGH (12. 10. 1967 BGHZ 48, 310) an, nach der für die Bewertung der Ordnungsgemäßheit der Werkleistung zum Zeitpunkt der Abnahme auch noch nachträglich erzielte neuere wissenschaftliche und/oder technische Erkenntnisse zu berücksichtigen sind. Dieser Grundsatz ist auf alle Werkleistungen zu erstrecken. Denn der Unternehmer hat aufgrund seiner Erfolgshaftung auch dafür einzustehen, dass seine Werkleistung zum Zeitpunkt der Abnahme nicht mit einem Mangel behaftet ist, der sich erst aufgrund neuerer Erkenntnisse herausstellt (OLG Köln 6. 5. 1991 BauR 1991, 759, 762).

Die Rsp (OGH 5 Ob 515/90 *ecolex* 1990, 543) hat in einem Fall, in dem es um eine sturmsichere Ausführung einer Dachkonstruktion durch einen Zimmermann ging, die Ansicht vertreten, dass es auf den Wissensstand im **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses** ankomme. In einem anderen Fall stellte er auf den Zeitpunkt der **Herstellung des Werkes** ab (OGH 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114; 6 Ob 572/87 RdW 1988, 289).

Richtig wird es wohl sein, auf den Zeitpunkt der **Abgabe des Angebots** abzustellen: Für die Beurteilung, was geschuldet wird, kann nur der Beginn der Bindungsfrist, letztlich also der Vertrag maßgebend sein. Der AN ist allerdings **im Rahmen seiner Warnpflicht verpflichtet, den AG auf Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik, die nach Vertragsabschluss eintreten, hinzuweisen**. Eine Unterlassung dieser Hinweispflicht macht ihn schadenersatzpflichtig.

Bei einem ABGB-Vertrag kann der AG nach Vertragsabschluss keine einseitige Änderung der Leistung „anordnen“. Machen allerdings Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik eine Leistungsänderung notwendig, ist der AN bei einem ÖNORM-Vertrag (Pkt 7.1) dazu verpflichtet, wenn ihm dies zumutbar ist. Im Übrigen wird der AN nicht nur aufgrund der Bestimmungen von Pkt 7.1, sondern auch bei einem ABGB-Vertrag – Zumutbarkeit der Leistungsänderung vorausgesetzt – verpflichtet sein, Leistungsänderungen durchzuführen, wenn dies aufgrund der eingetretenen Änderungen der allgemein anerkannten Regeln der Technik notwendig ist. Allfällige Mehrkosten werden vom AG zu tragen sein, wenn die Leistungsänderung von ihm beauftragt wird (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1165 Rz 32).

Ändern sich die allgemein anerkannten Regeln der Technik nach Beginn, aber vor dem Ende der Angebotsfrist, hat der öffentliche Auftraggeber entweder die Möglichkeit, die Ausschreibung zu ändern, unter der Voraussetzung, dass er allen Bietern davon Mitteilung macht oder allenfalls die Ausschreibung aufzuheben.

Im Bereich der privaten Auftragsvergabe ergeben sich keinerlei Probleme, da es dem AG jederzeit freisteht, das Angebot des AN, dem die alten Normen zugrunde liegen, nicht anzunehmen.

Ändern sich die technischen Normen vor Ausführung der Leistung, ist der AN jedoch verpflichtet, den AG darauf hinzuweisen. Wünscht der AG aufgrund dieses Hinweises eine Leistungsänderung, sind allfällige Mehrkosten von ihm zu tragen.

c) Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen ist eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft

Die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen ist eine gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaft (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1165 Rz 27). Der AG ist aber verpflichtet, diese in das Leistungsverzeichnis einzuarbeiten.

4. Zugesicherte Eigenschaften

a) Was ist eine zugesicherte Eigenschaft?

i) Deutliche Zusage erforderlich

Zugesichert (ausdrücklich bedungen) ist eine Eigenschaft, die dem AG speziell und mit hinreichender Deutlichkeit zugesagt wurde (*Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1167 Rz 21). Dafür reicht es nicht aus, dass der AG tiefere Überlegungen anstellt, sondern es ist erforderlich, dass dem AN die Wichtigkeit

der bedungenen Eigenschaft erkennbar ist (OGH 4 Ob 2258/96 d = SZ 69/218). **Die Rsp hat als Zusicherung einer Eigenschaft angesehen:**

- die Ausführung von Vorzimmermöbeln in Kirsch statt in Ahorn (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509)
- die Erklärung, dass eine Aluminiumfassade keiner Erhaltung bedarf (BGH 30. 10. 1975 BauR 1976, 66)
- die Zusage eines Installateurs, dass durch eine bestimmte Heizung eine Energieersparnis von 12% pro Jahr erzielt werden könne (BGH 29. 6. 1981 NJW 1981, 2404 = BauR 1981, 575)
- die Zusage einer bestimmten Schlag-, Druck- und Biegezugfestigkeit eines Industriefußbodens (OGH 8 Ob 501 – 503/81 HdBW V 41/9)
- die Angabe eines Wärmedurchlasswiderstandes (k-Wert) bei Fenstern (BGH 10. 10. 1985 NJW 1986, 711 = BauR 1986, 93 = ZfBR 1986, 23)

Nicht als Zusicherung einer Eigenschaft wurde angesehen:

- das Verlangen nach erstklassiger Arbeit stellt keine Vereinbarung bestimmter Eigenschaften dar, weshalb das Werk nicht an einem solchen Mangel leidet, der zur Wandlung berechtigt (OGH 3 Ob 670/82 HdBW V/59)
- in der vertraglich übernommenen Verpflichtung eines Zimmermeisters, für eine sturmsichere Ausführung des Dachstuhls zu sorgen, und der Aussage, das Werk werde auch ungewöhnliche Spitzenböen, die schon als Elementarereignis anzusehen sind, ohne Schaden überstehen (OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 543)
- eine Zinsliste, die während der Vertragsverhandlungen übergeben wurde (OGH 1 Ob 207/07 h Zak 2008/237)

Es genügt, dass dem Vertragspartner mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar ist, für welchen Zweck das herzustellende Werk benötigt wird und dass der AG den Vertrag ohne diese ausdrückliche Zusicherung nicht abgeschlossen hätte (OGH 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315; 27. 4. 1993, 5 Ob 1534/93; 4 Ob 2258/96 d = SZ 69/218; 6 Ob 72/00 g bbl 2001/45). Die bedungene Eigenschaft muss also für den Vertragsabschluss kausal gewesen sein (OGH 4 Ob 2258/96 d = SZ 69/218; 19. 12. 2000, 5 Ob 172/00 f; 22. 5. 2003, 8 Ob 17/03 p; 11. 5. 2005, 8 Ob 60/06 s).

Beispiel 1:

Der AN führt im Auftrag einer Gemeinde Asphaltierungsarbeiten auf einer Straße durch. Er bezieht den Splitt bei einem Lieferanten, dem bekannt ist, dass der Splitt für den Straßenbelag verwendet werden soll. Eine bestimmte Festigkeit des Splitts war zwischen dem AN und dem Lieferanten nicht vereinbart. Die später aufgetretenen Schäden, die auf die mangelnde Festigkeit des Splitts zurückzuführen waren, müssen vom AN behoben werden. In allen drei Instanzen wurde das Klagebegehren des AN abgewiesen, da der Lieferant bereits früher diesen Splitt für Straßenbeläge geliefert hat und keine Reklamationen vorlagen. Er habe daher davon ausgehen können, dass der Splitt geeignet war; eine konkludente Zusicherung einer bestimmten Festigkeit des Splitts sei nicht zustande gekommen (OGH 6 Ob 669/86 JBl 1987, 315).

Beispiel 2:

Die Frage, ob die bedungene Eigenschaft des Werkes für den Vertragsabschluss kausal war, hängt aber nicht allein davon ab, dass der AG entsprechende Überlegungen anstellt, sondern auch davon, dass dem AN die Wichtigkeit dieser Eigenschaft erkennbar ist (OGH 6 Ob 72/00 g bbl 2001/45).

Eine Belehrungspflicht des Verkäufers von Baumaterialien besteht nicht, wenn der Käufer keinen bestimmten Verwendungszweck nennt, jedoch nur dadurch die sich aus den Umständen ergebende Gefahr erkennbar wird. Es besteht keine allgemeine Pflicht des Verkäufers, den Geschäftspartner über all abstrakten Gefährdungsmöglichkeiten aufzuklären (OGH 6 Ob 27/05 x bbl 2005/152)

Für die Zusicherung einer Eigenschaft genügt nicht die bloße Angabe oder Beschreibung von Eigenschaften, sondern es muss zum Ausdruck kommen, dass der AN für die gemachten Angaben auch einstehen will. **Die Angaben in einer Bau- oder Leistungsbeschreibung stellen die Zusicherung einer Eigenschaft nur dar, wenn dem AN deren Wichtigkeit für den AG mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar war** (Koeble, Gewährleistung und Beweissicherung 28; Wirth in *Ingenstau/Korbion*, VOB-Kommentar¹⁴ Rz 117, 119 zu B § 13; BGH 12. 2. 1981 NJW 1981, 1448 = BauR 1981, 284). Das muss bei ausdrücklich erklärten Vorgaben allerdings angenommen werden; das Gegenteil ist vom AN zu beweisen (OGH 4 Ob 2258/96 d SZ 69/218). **Die Abgrenzung wird im Einzelfall schwierig sein, doch wäre es zu weitgehend, würde man jede Angabe in einem Leistungsverzeichnis als zugesicherte Eigenschaft ansehen**, die – wenn sie nicht vorliegt – letztlich zur Wandlung berechtigt. Das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft ist nur dann ein wesentlicher Mangel, wenn der AG den Vertrag ohne die bedungene Eigenschaft nicht geschlossen hätte. Sind etwa in einem Leistungsverzeichnis bestimmte Ziegel ausgeschrieben, werden aber andere Ziegel geliefert, die genau die gleichen Eigenschaften aufweisen, liegt im Allgemeinen ein wesentlicher Mangel nicht vor. **Ein Verstoß gegen die ausdrückliche Bedingung stellt nur einen wesentlichen Mangel dar, wenn die bedungene Eigenschaft kausal für den Vertragsabschluss war**, wenn es dem AG also speziell auf sie ankam (Apathy, JBl 1975, 572 [578]; Kurschel, Gewährleistung beim Werkvertrag 34 mWn der hM; OGH 7 Ob 596/81 SZ 54/128 = JBl 1982, 603 = EvBl 1982/2; 1 Ob 690/84 SZ 58/7 = JBl 1985, 622; 7 Ob 689/86 wbl 1987, 120; 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 345).

Beispiel 1:

Eine ganz bestimmte Dachhaut wurde bestellt, die aber zur Dachkonstruktion nicht passte und undicht wurde. Es lag eine zugesicherte Eigenschaft vor (OGH 7 Ob 596/81 SZ 54/128 = JBl 1982, 603 = EvBl 1982/2).

Beispiel 2:

Eine Brücke (Blasbachbrücke) wird in Spannbetonbauweise ausgeschrieben. Diese Bauweise erweist sich als für die Größe der Brücke ungeeignet (OLG Frankfurt 27. 5. 1983 NJW 1983, 456).

Beispiel 3:

Der AG schrieb die Verwendung eines bestimmten Mantelbetonsteines („Perlomant Mantelbetonstein“) vor, der sich als ungeeignet erwies (OGH 1 Ob 690/84 SZ 58/7 = JBl 1985, 622).

Beispiel 4:

Ein Dach sollte eine Tragfähigkeit von 200 kg/m² haben, war aber aufgrund eines schwerwiegenden Planungsfehlers für die vereinbarte Belastung nicht geeignet (OGH 7 Ob 689/86 wbl 1987, 120).

Beispiel 5:

Eine Heizungs- und Entlüftungsanlage weist nicht die in der Ausschreibungsunterlage ausdrücklich zugesicherten Eigenschaften auf. Da ein wesentlicher Mangel vorlag, hätte der AG das Recht, Wandlung zu erklären und vom Vertrag iSd § 1167 Satz 1 ABGB abzugehen, auch wenn das Werk nicht unbrauchbar war. Da der AG jedoch vom Wandlungsrecht nicht Gebrauch gemacht, sondern die Verbesserung der Mängel verlangt hat, kam es nicht zur Aufhebung des Vertrages (OGH 3 Ob 552/89 SZ 55/29 = JBl 1990, 461 = RdW 1990, 109 = RZ 1990/90).

Beispiel 6:

Der beklagte AN hatte im Kostenvoranschlag die Armierung des herzustellenden Außenputzes mittels Glasseidengewebes angeboten. Diese Herstellungsmethode verstieß gegen die anerkannten Regeln der Technik. Der OGH erblickte darin keine zugesicherte Eigenschaft, weil der AG nicht sachkundig war und daher die Auswahl der Armierung und die technische Ausführung dem AN überlassen hatte. Er schuldete dem AG somit nur die Herstellung eines technisch einwandfreien Außenputzes und nicht auch eine bestimmte Armierung (OGH 5 Ob 515/90 ecolex 1990, 345).

ii) Vereinbarung technischer ÖNORMEN

Die **Vereinbarung technischer ÖNORMEN stellt nicht automatisch die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft dar**. Wie bei den Angaben in einer Bau- oder Leistungsbeschreibung ist **im Einzelfall zu prüfen**, ob der AG den Vertrag ohne die bedungene Eigenschaft nicht geschlossen hätte, es ihm bei Vertragsabschluss also geradezu darauf ankam die Einhaltung der ÖNORM sichergestellt zu wissen oder ob er mit deren Vereinbarung nur zum Ausdruck bringen wollte, dass er ein dem allgemein anerkannten Regeln der Technik entsprechendes Werk errichtet haben möchte

Die bloße Bezugnahme im Vertrag auf Normen rechtfertigt, sofern nicht besondere Umstände hinzukommen, grundsätzlich nicht die Annahme, der AN wolle für die Einhaltung dieser Normen ohne Verschulden einstehen (*Wirth in Ingenstau/Korbion VOB-Kommentar*¹⁶ Rz 118 zu B § 13; BGH 25. 2. 1981 NJW 1981, 1501; aA *Gruber* Gewährleistung 80 ff).

iii) Eigenschaftsvereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen

Die **Eigenschaftsvereinbarung kann auch stillschweigend erfolgen** (*Koziol/Welser* II¹³, 67; *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 33; *Rebhahn/Kietaibl in Schwimann*, ABGB³ V § 1167 Rz 21; OGH 25. 3. 1959 EvBl 1959/218). Das Fehlen dieser Eigenschaft ist dann als wesentlich zu beurteilen, wenn der Vertrag bei Fehlen dieser Eigenschaft überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre (OGH 1 Ob 662/85 JBl 1986, 245; 7 Ob 642/85 JBl 1986, 448 = RdW 1986, 106).

b) Leistung nach Probe und Muster

Bei Leistungen nach Probe oder Muster gelten die Eigenschaften der Probe oder des Musters als zugesichert.

c) Vereinbarungsgemäße Verwendung muss möglich sein

Die Leistungen müssen **der Natur des Geschäftes** oder **der getroffenen Vereinbarung** gemäß verwendet werden können. Solche Eigenschaften gelten als vorausgesetzt und gelten als stillschweigend zugesichert.

5. Gewährleistung und Garantie

Unter Garantie versteht man die Abrede, mit der bestimmte Eigenschaften des Leistungsgegenstandes oder die Mängelfreiheit während des Garantiezeitraums zugesichert wird. Zu unterscheiden ist der echte Garantievertrag vom unechte Garantievertrag.

a) Echter Garantievertrag

Übernimmt der Produzent einer Ware dem Endabnehmer (Bauherr oder AN) gegenüber, mit dem er sonst in keiner vertraglichen Beziehung besteht, bestimmte Verpflichtungen in Ansehung des von ihm erzeugten Produkts liegt ein echter Garantievertrag vor (*Koziol/Welser* II¹³, 92; *Koziol*, Garantievertrag 4; OGH 3 Ob 174/74 SZ 47/138 = EvBl 1975/183; 2 Ob 525/89 EvBl 1990/7).

Beispiel:

Der AN erhielt den Auftrag, die Dachfläche eines Stiftes mit Tonziegeln einzudecken. Er hat die Ziegel bei der M-OHG bezogen.

Die M-OHG hat als Erzeugerin der Tonziegel die Erklärung gegenüber dem Stift (AG) abgegeben, für die gelieferten Ziegel 20 Jahre volle Garantie in der Form zu leisten, dass alle in dieser Zeit unbrauchbar gewordenen Ziegel kostenlos ersetzt und auch die damit verbundenen Dachdeckerarbeiten auf ihre Kosten durchgeführt werden würden.

In der Folge stellte sich die Unbrauchbarkeit der gelieferten Ziegel heraus. Es wurden Reparaturen am Dach durchgeführt und schließlich die Kosten der Ersatzvornahme eingeklagt, weil die M-OHG deren Ersatz verweigerte.

Strittig war zunächst, ob die kurze 3-jährige oder die lange 30-jährige Gewährleistungsfrist gilt.

Der OGH nahm einen echten Garantievertrag an. Dieser Vertrag bewirkte die Begründung einer selbständigen, vom Rechtsverhältnis zwischen dem Stift und dem von ihr beauftragten Dachdecker als AN unabhängigen Schuld gegenüber dem Stift. Den Garanten trifft die Garantiepflcht im Rahmen der von ihm abgegebenen Garantiezusage, wenn ihm der Mangel aufgrund dieser Garantiezusage zuzuordnen ist auch dann, wenn die Ursache des Mangels ungeklärt bleibt.

Für den Eintritt des Garantiefalls, also für das Auftreten eines ihn auslösenden Mangels, trifft den die Beweislast, der die Garantie in Anspruch nimmt.

Kommt der Garant seiner Verpflichtung nicht nach und lässt der aus der Garantie Berechtigte die dem Garanten obliegende Tätigkeit nach vergeblicher Mahnung und Fristsetzung von Dritten erbringen, dann ist der Anspruch auf die Kosten dieser Ersatzvornahme weder ein Erfüllungsanspruch, noch ein Anspruch nach § 1042 ABGB, sondern ein der kurzen Verjährung des § 1489 ABGB unterliegender Schadenersatzanspruch iSd § 921 ABGB (OGH 2 Ob 525/89 EvBl 1990/7).

Der echte Garantievertrag bewirkt die Begründung einer selbständigen Schuld, die von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig ist (*Schlegelberger*, Kommentar zum HGB 1604, *Baumbach/Hopt*, HGB³⁰ § 349; *Klang in Klang* VI², 203).

b) Unechter Garantievertrag

Ein unechter Garantievertrag liegt vor, wenn der AN bestimmte Eigenschaften des Leistungsgegenstandes oder die Mängelfreiheit während des Garantiezeitraums zusichert.

Die **Abgrenzung zwischen einer reinen Gewährleistungsvereinbarung und einer Garantiezusage** kann mitunter schwierig sein. Eine reine Gewährleistungszusage, nämlich in der Regel die Zusicherung besonderer Eigenschaften, liegt vor, wenn nicht durch irgendeine besondere Erklärung erkannt werden konnte, dass durch diese Erklärung eine vom Vertrag unabhängige Schuld begründet werden sollte (OGH 1 Ob 745/79 EvBl 1980/193 = JBl 1981, 203; 1 Ob 617/77 SZ 50/93 = JBl 1979, 34; vgl auch OGH 1 Ob 607, 608/83 SZ 56/76 = JBl 1985, 743 [*Reidinger*]).

Muss der geltend gemachte Mangel bei der **Gewährleistung** zumindest latent bereits im **Zeitpunkt der Übernahme vorhanden gewesen** sein (OGH 1 Ob 651/81 HS 12 936; 2 Ob 604/89 eolex 1990, 543), genügt bei der **Garantie**, bei der die Mängelfreiheit der Leistung während eines bestimmten Zeitraums zugesichert wird, dass sich der Mangel **innerhalb der Garantiefrist offenbart**. Bei der Garantie kommt es also nicht darauf an, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Übernahme wenigstens als Anlage vorhanden war.

c) Unterschied Gewährleistung und Garantie

Gewährleistung und Garantie unterscheiden sich auch darin, dass die **Gewährleistung auf dem Gesetz** beruht und die daraus abzuleitenden Rechte dem AG zustehen, auch wenn sie **nicht vereinbart** wurden, während Ansprüche aus einer **Garantie nur bei vertraglicher Vereinbarung** geltend gemacht werden können. Die Gewährleistung ist demnach ihrem Inhalt und Umfang nach im Gesetz festgelegt, während die Garantie je nach vertraglicher Vereinbarung unterschiedlich gestaltet sein kann.

d) Die Garantiefrist

Die Garantiefrist muss vertraglich vereinbart werden. Sie kann länger oder kürzer als die Gewährleistungsfrist sein. Ist die Garantiefrist kürzer als die Gewährleistungsfrist, ist bei Verbrauchergeschäften zu beachten, dass die gesetzliche Gewährleistungsfrist nicht verkürzt werden kann.

e) Der Umfang der Garantie

Auch der Umfang der Garantie hängt von der getroffenen Vereinbarung ab: Die Garantieverpflichtung kann vorsehen, dass nur die kostenlose Lieferung des Ersatzteiles zugesagt wird, jedoch die Fahrtspesen und Montagekosten in Rechnung gestellt werden. Genauso kann aber eine „Vollgarantie“ vereinbart werden, die sämtliche Spesen abdeckt.

Im Gegensatz zum Gewährleistungsanspruch, der nur durch Klage oder Einrede im Prozess geltend gemacht werden kann, kann der Garantieanspruch bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung auch außergerichtlich geltend gemacht werden.

f) Bei einer Garantie ist eine Mängelrüge nicht erforderlich

Der aus der Garantie Begünstigte ist nicht verpflichtet, dem Garantieübernehmer gegenüber Mängelrüge nach § 377 UGB zu erheben, weil ihm ein im Garantievertrag wurzelnder Anspruch zusteht, der mit einem Gewährleistungsanspruch nicht identisch ist, sondern über diesen in der Regel hinausgeht (vgl OGH 3 Ob 174/74 SZ 47/138 = EvBl 1975/183).

B. Einschränkung (12.2.2)

1. Einschränkung (12.2.2.1)

a) Der AG missachtet die Warnung des AN

i) Der AG besteht auf umgeänderter Herstellung des Werkes

Besteht der AG trotz Warnung auf umgeänderter Herstellung des Werkes und misslingt es dann, hat der AG die Preis- und Leistungsgefahr zu tragen und muss das vereinbarte Entgelt zahlen (OGH 6 Ob 610/88 ÖJZ 1988/325 NRsp 1988/325; 5 Ob 222/67 RZ 1968, 107).

Beispiel:

Der AN errichtete für den AG auf deren Grundstück an einer durch einen Wüschelrutengänger ermittelten Stelle einen Bohrbrunnen.

Die Bohrarbeiten wurden bis in eine Tiefe von 50 m durchgeführt, ohne auf Wasser zu stoßen, und dann wegen Aussichtslosigkeit eingestellt.

Der AN begehrt die Zahlung des Werklohns, die der AG mit der Begründung verweigerte, das geschuldete Werk (ein wasserführender Brunnen) sei nicht ausgeführt worden, und hatte Erfolg.

Der OGH gab der Klage statt.

Das Risiko des Fündigwerdens von Wasser fällt – unbeschadet der den AN treffenden Warnpflicht – grundsätzlich in die Sphäre des AG.

Daran ändert ein (allenfalls verbindlicher) Kostenvoranschlag nichts. Der AN kann die Abgeltung jener Mehrkosten begehren, die auf Umstände in der Bestellersphäre zurückzuführen sind.

Bei einer Warnpflichtverletzung durch den AN hingegen hätte er jeglichen Entgeltanspruch verloren. Die Warnpflicht kann auch schon in contrahendo bestehen. Ihre Verletzung setzt ein Verschulden voraus. Für Umstände auf Bestellerseite, die dem AN nicht erkennbar sein müssen, ist dieser aber nicht verantwortlich. Die Aufklärungs- und Warnpflichten entfallen bei Fehlen eines Schutzbedürfnisses des Vertragspartners.

Letzteres ist etwa der Fall, wenn die Gefahr des Werkmisslingens offenkundig und für jedermann sogleich erkennbar ist. Hier ist daher eine Pflichtverletzung des AN zu verneinen.

Sein Vorschlag zur Errichtung eines Bohrbrunnens war schon durch den Wunsch des AG zur Verwendung des Brunnenwassers auch als Trinkwasser indiziert. Es ist daher keine Warnpflichtverletzung, dem AG in diesem Zusammenhang nicht im Einzelnen die Vor- und Nachteile verschiedener, sondern (richtigerweise) nur die Kostengünstigkeit der erstgenannten Brunnenbauart erwähnt zu haben.

Die Beiziehung eines Geologen hätte einen im Verhältnis zum Werklohn nicht unerheblichen Aufwand bedeutet. Sie wird branchenweit möglichst vermieden, zumal selbst ein Geologe nicht exakt sagen kann, an welcher Stelle genau in einem geologischen Umfeld Wasser zu finden ist.

Der AN musste den AG auch nicht auf das Risiko der Wasserhöflichkeit aufmerksam machen, weil es jedermann offenkundig ist, dass bei Errichtung eines Brunnens die Gefahr besteht, kein Wasser aufzufinden.

Nach erfolgloser Bohrung lehnte der AG die Errichtung eines Schachtbrunnens ab und erteilte auch sonst nicht die erbetenen Anweisungen. Damit ist aber der AN seiner jetzt erst entstandenen Warnpflicht nachgekommen.

§ 1168 Abs 2 ABGB gewährt dem AN wahlweise ein besonderes Rücktrittsrecht und hindert ihn damit nicht, am Vertrag festzuhalten, um den eingeschränkten Entgeltanspruch geltend machen zu können (OGH 6 Ob 610/88, ÖJZ 1988/325 NRsp 1988/325).

Der AG hat dann weder Gewährleistungsansprüche (OGH 1 Ob 791/81 SZ 55/67), **noch Schadenersatzansprüche** (*Adler/Höller* in *Klang* V², 409; *Krejci* in *Rummel* I³ § 1168 Rz 38 und § 1168 a Rz 29; *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 18; OGH 7 Ob 596/81 SZ 54/128; 1 Ob 690/84 SZ 58/7 = JB1 1985, 622; 27. 2. 1990, 4 Ob 582, 583/89).

Die Weisung, das Werk ungeändert herzustellen, darf der AN nur befolgen, wenn keine Gefahr für absolut geschützte Rechtsgüter besteht.

Der AN ist gem Pkt 7.4.1 (1) von seiner Haftung befreit, wenn der Mangel auf

- eine besondere Weisung des AG,
- die vom AG beigestellten Ausführungsunterlagen,
- das vom AG beigestellte Material oder
- Vorleistungen anderer AN des AG

zurückzuführen ist und er den Mangel trotz Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht erkannt hat oder nicht hätte erkennen können.

b) Die risikoverlagernde Anweisung des AG

i) Die risikoverlagernde Anweisung

Eine **Einschränkung der Gewährleistungspflicht bildet die risikoverlagernde Anweisung**. Sie ergibt sich aus der Gefahrtragungsregel des § 1168 a.

Ist ein Mangel auf

- eine besondere Anweisung des AG
- die vom AG beigestellten Ausführungsunterlagen

- das vom AG beigestellte Material oder
- Vorleistungen anderer AN des AG

zurückzuführen, ist der AN von der Gewährleistung hinsichtlich dieses Mangels frei, wenn er den Mangel trotz Beachtung der pflichtgemäßen Sorgfalt nicht erkennen konnte. **Im Falle einer risikoverlagernden Anweisung ist die Gewährleistungspflicht des AN ausnahmsweise vom Verschulden des AN abhängig.** Trifft den AN kein Verschulden am Nichterkennen des Anweisungsfehlers, **hat der AG das Risiko der unrichtigen Anweisung zu tragen**, sodass den AN **keine Gewährleistungspflicht** trifft (OGH 1 Ob 690/84 JBl 1985, 622 = SZ 58/7; 4 Ob 404/86 wbl 1987, 307 [Wilhelm] = Der Sachverständige 1984/4 a, 19).

2. Überwachung durch den AG schränkt die Gewährleistung nicht ein (12.2.2)

Die Gewährleistung des AN wird durch das Bestehen einer Überwachung seitens des AG gemäß 6.2.6 nicht eingeschränkt.

C. Geltendmachung von Mängeln (12.2.3)

1. Die Mängelrüge nach ABGB und UGB

a) Müssen beim Werkvertrag in die Augen fallende Mängel gerügt werden?

§ 928 ABGB, der sowohl auf Kaufverträge, als auch Werkverträge anwendbar ist, lautet: „Fallen die Mängel einer Sache in die Augen . . . so findet außer dem Falle arglistigen Verschweigens des Mangels oder einer ausdrücklichen Zusage, dass die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei, keine Gewährleistung statt“.

Beim Kaufvertrag ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses für das „in die Augen fallen“ maßgebend. **Beim Werkvertrag ist § 928 ABGB nach hL unanwendbar** (Reischauer in Rummel I³ § 928 Rz 2; Madl, RdW 1985, 362; Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher, Schuldrecht AT², 134; Kurschel, Gewährleistung beim Werkvertrag 119; aA lediglich die ältere L und Rsp: Ehrenzweig, System II/1², 521; OGH 7 Ob 41/66 JBl 1966, 315), weil der Werkvertrag ein zukünftiges Werk zum Gegenstand hat, sodass noch nicht bekannte Mängel bei der Vertragsgestaltung nicht berücksichtigt werden können.

Die Rsp folgt im Ergebnis der zutreffenden L nicht, weil sie einen konkludenten Verzicht auf die Gewährleistung annimmt, wenn ein offenkundiger Mangel im Zeitpunkt der Übernahme nicht gerügt wird (OGH 7 Ob 41/66 JBl 1966, 315; 6 Ob 623/87 wbl 1987, 312 [ablehnend Wilhelm]). Diese Rsp ist abzulehnen, weil an die Annahme eines schlüssigen Verzichtes ein strenger Maßstab anzulegen ist (vgl OGH 1 Ob 31/75 JBl 1976, 98; 1 Ob 554/91 eolex 1991, 683) und sie im Ergebnis zu einer unverzüglichen Rügepflicht bei der Übernahme führt, die aber im Gesetz nicht vorgesehen ist.

Beispiel 1:

Der AG verabsäumte bei der Begehung des Geländes, die offensichtlich der Abnahme durch die Bauleitung dienen sollte, die Rüge offenkundiger Mängel (ausstehende Aufräumungsarbeiten, mangelnde Einebnung, Schäden am die Trasse querenden Weg; OGH 6 Ob 623/87 wbl 1987, 312 [Wilhelm]).

Mängel sind augenfällig, wenn sie bei Anwendung des Fleißes und der Aufmerksamkeit, die im Rahmen gewöhnlicher Fähigkeiten liegen (§ 1297 ABGB), wahrgenommen werden können. Ist ein Mangel nur für einen Fachmann erkennbar, ist er kein offener Mangel (OGH 7 Ob 79 /55 EvBl 1955/292; 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509).

Beispiel 2:

Werden Vorzimmermöbel in Kirschfurnier anstatt in Ahornfurnier geliefert, liegt ein nur für den Fachmann erkennbarer Mangel vor. Das Zugeständnis des AG, ihm sei bei der Lieferung zu seiner unangenehmen Überraschung aufgefallen, dass die gelieferten Möbel rötlich-braun mit einem Stich ins Grüne gefärbt seien, keine streitentscheidende Bedeutung in dem Sinne zu, dass das mangelhafte Werk genehmigt und auf Gewährleistung verzichtet worden wäre (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509).

b) Keine Rügepflicht beim Werkvertrag

Eine Verpflichtung zur unverzüglichen Rüge besteht im Werkvertragsrecht nicht (Rebhahn/Kietaibl in Schwimann, ABGB³ V § 1167 Rz 26; OGH 5 Ob 655/77 SZ 25/277). Unter Rz 1862 wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Rsp diesen Grundsatz aushöhlt. Da das Sonderkaufrecht des UGB eine Rügepflicht bei unternehmensbezogenen Kaufverträgen und auch bei Werklieferungsverträgen vorsieht, sind diese Vertragstypen abzugrenzen.

c) Abgrenzung Werkvertrag – Werklieferungsvertrag

Liegt ein beiderseitiges Unternehmensgeschäft vor, so besteht seit dem HaRÄG auch bei Werkverträgen über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen eine Rügepflicht gem § 377 f UGB (§ 381 Abs 2 UGB). Werkverträge über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen schließen sowohl Werkverträge ein, bei denen das Material vom AG stammt, als auch – wie bisher – Werklieferungsverträge, bei denen das Material vom AN beigestellt wird (Schauer in Krejci, RK § 381 UGB Rz 1). **Reine Werkverträge über die Herstellung unbeweglicher Sachen begründen dagegen – nach wie vor – keine Rügepflicht nach § 377 UGB.** Abgrenzungsfragen können sich somit in erster Line beim Kriterium „beweglich“ ergeben, zB wenn eine bewegliche Sache durch Einbau Bestandteil einer unbeweglichen Sache wird.

Die **Abgrenzung des Werklieferungsvertrages vom Werkvertrag** ist wie folgt vorzunehmen: Stammt das (weit überwiegende) Material vom AG oder wird eine Sache des AG ver- oder bearbeitet, dann liegt reiner Werkvertrag vor. **Wesentlich für das Vorliegen eines Werkvertrages ist, dass die geschuldete Leistung nach den individuellen Wünschen und Bedürfnissen des AG herzustellen ist** (*Rebhahn in Schwimann*, ABGB V³ § 1165 Rz 2; *Kerschner in Jabornegg*, HGB Rz 6 zu § 381 mwN).

Charakteristisch für den sog **Werklieferungsvertrag** ist die Herstellung einer **nicht vertretbaren beweglichen Sache aus einem vom AN zu beschaffenden Stoff** (OGH 2 Ob 260/05 g bbl 2006/193; 8 Ob 97/00 y SZ 73/109 = wbl 2001, 286 [*Korn*]). Bloß geringfügiges Material des AN begründet keinen Werklieferungsvertrag (*Kerschner in Jabornegg*, HGB Rz 7 zu § 381). **Dadurch, dass eine erst anzufertigende bewegliche Sache zum festen Einbau in eine unbewegliche Sache bestimmt ist, wird sie an sich noch nicht zu einer unbeweglichen Sache** (*Kramer in Straube*, HGB I³ § 381 Rz 4; vgl auch OGH 8 Ob 97/00 y SZ 73/109 = wbl 2001, 286; 1 Ob 142/01 s RdW 2002/134; 6 Ob 83/03 d RdA 2004/27; 2 Ob 260/05 g bbl 2006/193). Gleiches gilt, wenn eine erst anzufertigende Sache Bestandteil oder Zubehör eines Grundstücks werden soll. **Wird die gelieferte bewegliche Sache (nur) dazu bestimmt, in einer unbeweglichen eingebaut zu werden, bleibt sie eine bewegliche Sache und § 381 Abs 2 UGB ist anwendbar** (OGH 1 Ob 142/01 s RdW 2002, 150; gegenteilig OGH 5 Ob 142/04 z bbl 2005/57). Dies gilt auch, wenn die Verträge über Lieferung und Montage nicht getrennt sind, sondern von einem einheitlichen Vertrag auszugehen ist (*Kramer in Straube*, HGB I³ § 381 Rz 4 und §§ 377, 378 Rz 7; vgl auch *Krejci in Rummel* I³ §§ 1165, 1166 Rz 7; OGH 6 Ob 83/03 d ecollex 2003/732 = RdA 2004/27). **Wird sowohl die Lieferung beweglicher als auch die Herstellung unbeweglicher Sachen geschuldet, ist darauf abzustellen, ob in der Gesamtheit die unbeweglichen oder die beweglichen Sachen überwiegen** und dadurch den Charakter des Vertrages bestimmen (OGH 8 Ob 524/81 Der Sachverständige 1984/4 a, 24; 1 Ob 823/82 HdBW V/56; 27. 6. 1984, 1 Ob 603/84; OLG Wien 19. 12. 1985, 2 R 221/85; 8 Ob 97/00 y SZ 73/109 = ecollex 2000/310 = wbl 2001/194 [*Korn*] = bbl 2000/169).

Beispiel:

Der AN führte am Hotel des AG „diverse Zu- und Umbauarbeiten“ durch, in deren Verlauf „auch ein Gastlokal geplant errichtet und ausgestattet“ wurde. Nach Auffassung des OGH würde sich die Gesamtbeurteilung des Vertrages, der dann von der Planung und Errichtung eines Bauwerkes bestimmt wäre, in einer die Anwendung des § 381 Abs 2 HGB (Anm: nunmehr § 381 Abs 2 UGB) wohl ausschließenden Weise verändern (OGH 8 Ob 97/00 y SZ 73/109 = ecollex 2000/310 = wbl 2001/194 [*Korn*] = bbl 2000/169).

Für die Einordnung des Vertrages ist **irrelevant**, ob der **Wert des Materials oder der Arbeit größer** ist.

Für die Unterscheidung zwischen Werklieferungsvertrag und reinem Werkvertrag nach bürgerlichem Recht ist ua auch der **Vertragszweck** maßgeblich. Wenn die Montagepflicht eine bloße Nebenpflicht ist und der **Schwerpunkt** aber im **Liefergegenstand** selbst liegt, ist von einem **Werklieferungsvertrag** auszugehen (so schon OGH 1 Ob 727/83 HS 14.206/20; 1 Ob 142/01 s RdW 2002/134; 6 Ob 83/03 d ecollex 2003/372 = RdA 2004/27 [abl *Kerschner*] = RdW 2004/62).

Beispiel 1:

Der AN lieferte Holzstiegen, die nach Aufnahme der Maße im Haus des AG zu produzieren und im Haus des AG (als bloße Nebenleistungspflicht) zu montieren waren. In diesem Fall wurde ein Werklieferungsvertrag angenommen (OGH 6 Ob 83/03 d ecollex 2003/372 = RdA 2004/27 [abl *Kerschner*] = RdW 2004/62).

Anm:

Nach *Kerschner* (RdA 2004/27 [Entscheidungsanm]) erscheine diese Entscheidung nicht sachgerecht, bezwecke § 381 Abs 2 doch va (im Hinblick auf die Mängelrüge) Werkverträge miteinzubeziehen, die dem Kaufvertrag typischerweise inhärente Überprüfbarkeit der gelieferten Ware aufweisen. In einem durchaus ähnlichen Fall der Errichtung einer Zaunanlage hat der OGH (OGH 1 Ob 142/01 s RdW 2002/134) gegenteilig, also gegen das Vorliegen eines Werklieferungsvertrages entschieden.

Beispiel 2:

Der AN hatte eine nach den Bedürfnissen des AG zu konstruierende Erdnussförderanlage im Betrieb der AG mit einbetonierten Schrauben aufzustellen. Der OGH entschied für das Vorliegen eines Werklieferungsvertrages (OGH 1 Ob 727/83 HS 14.206/20).

Anm:

Das werkvertragliche Element beschränkte sich im Wesentlichen auf die Montagepflicht, der Vertragsschwerpunkt lag jedoch im Liefergegenstand selbst.

Beispiel 3:

Liefert der AN nach den Bedürfnissen des AG hergestellte Weintanks, die erst durch Einbetonieren seitens des AG zum Bestandteil einer unbeweglichen Sache gemacht wurden, handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag (OGH 1 Ob 823/82 HdBW V/56).

Beispiel 4:

Bei der Errichtung von Scheindecken im Bereich eines Flughafenkomplexe wurden die (auch einzeln wieder aushängbaren) Kassetten statt aus dem Material A***** 1500 auch dem glänzenderen Material A***** 1520 hergestellt. Da der AN die von ihm zu beschaffenden Alu-Paneele zur Herstellung einer Scheindecke lieferte und montierte (die Paneele sind auch nach Montage noch einzeln abnehmbar), lag nach Auffassung des OGH hier ein Werklieferungsvertrag zur Beurteilung vor (OGH 5 Ob 142/04 z bbl 2005/57).

Anm:

Diese Entscheidung ist verfehlt. Richtig ist, dass § 381 Abs 2 HGB (nunmehr UGB) anwendbar bleibt, wenn die gelieferte bewegliche Sache dazu bestimmt ist, in einer unbeweglichen eingebaut zu werden. Bei der Abgrenzung des Werklieferungsvertrages zum Werkvertrag ist aber zu prüfen, ob trotz der Materialbeistellung durch den AG die Herstellung des Werks nach den Wünschen des AG überwiegt. Dies kann im Vorliegenden nicht zweifelhaft sein. Die OGH-Entscheidung 1 Ob 142/02 s RdW 2002/134, auf die sich der 5. Senat beruft, führt diesen Gesichtspunkt richtigerweise ins Treffen. Sie kann daher nicht zur Stützung seiner verfehlten Ansicht dienen.

Überwiegt trotz Materialbeistellung durch den AN bei einem als einheitlichen Vertrag zu beurteilenden Rechtsgeschäft die Herstellung des Werkes, liegt ein Werkvertrag vor, ist doch auch sonst der Bauvertrag im Hoch- und Tiefbau regelmäßig Werkvertrag (*Krejci in Rummel I*³, §§ 1165, 1166 Rz 7; OGH 2 Ob 260/05 g bbl 2006/193). Sollen etwa **Maschinen** in ein Gebäude **nicht nur einmontiert werden, sondern soll ihre Einfügung eine Anlage erst betriebsfertig machen**, liegt ein **Werkvertrag** vor (*Brüggemann in Staub, GroßKomm zum HGB*⁴, § 381 Abs 2 Rz 14; OGH 1 Ob 142/01 s RdW 2002/134; 6 Ob 260/05 g bbl 2006/193).

Beispiel 1:

Der vom Bauherrn zur Errichtung einer Zaunanlage verpflichtete AG beauftragte den AN als Subunternehmer mit dem Anbohren eines Zaunsockels aus Beton, mit dem Einsetzen und Eingießen der vom AN zu liefernden Zaunsteher und schließlich mit der Befestigung von Zaunelementen an den Zaunstehern. Der Vertrag der Streitparteien war auf die Komplettierung einer Zaunanlage, somit einer nach den individuellen Vorstellungen und Bedürfnissen des Bauherrn anzufertigenden, unvertretbaren und unbeweglichen Sache gerichtet, wobei vom klagenden AG der – durch einen Dritten (NI) errichtete – Zaunsockel beigestellt wurde, auf den die vom beklagten AN zu liefernden Zaunsteher nach Vorbereitung des Sockels (Anbohren, Einzementieren) und die Zaunelemente zu montieren waren. Trotz der Materialbeistellung durch den AG prävaliert aber bei diesem als einheitlichen Vertrag zu beurteilenden Rechtsgeschäft die Herstellung des Werks, ist doch auch sonst der Bauwerkvertrag im Hoch- und Tiefbau regelmäßig Werkvertrag (OGH 1 Ob 142/01 s RdW 2002/134).

Anm:

Im vorliegenden Fall fehlt der hergestellten Sache jedenfalls die dem Kaufvertrag typischer Weise inhärente Überprüfbarkeit der gelieferten „Ware“ und scheidet damit schon aufgrund der ratio legis die Anwendung der §§ 377, 378 HGB (nunmehr UGB) aus.

Beispiel 2:

Der AG beauftragte den AN mit der Lieferung und dem Einbau der Türen und Fenster in die neu errichteten Gebäude eines Wohnparks. Der OGH hat den gegenständlichen Vertrag als Werkvertrag qualifiziert und diesen Rechtsstandpunkt im Wesentlichen damit begründet, dass ein Gebäude ohne Fenster und Türen nicht „betriebsfertig“ und daher unbenutzbar sei. Der Vertrag über die Errichtung eines Gebäudes sei zweifellos ein Werkvertrag. Schon um Wertungswidersprüche zu vermeiden, müsse dies auch für einen Vertrag über die Herstellung von Teilen des Gebäudes, die mit diesem untrennbar verbunden sind, gelten. Wie in dem zu 1 Ob 142/01 s beurteilten Fall (Errichtung einer Zaunanlage) fehle auch insoweit die dem Kaufvertrag typischerweise inhärente Überprüfbarkeit der gelieferten „Ware“ (OGH 2 Ob 260/05 f bbl 2006/193).

Anm:

Der Vertrag über die Lieferung und Montage von Fenstern und Fensterbänken wurde in EvBl 1983/174 als Werklieferungsvertrag qualifiziert.

Beispiel 3:

Das Betonlieferwerk lieferte Fertigbeton der Güte B 300. Zwischen dem Polier und dem Mischmeister wurden Gespräche über zusätzliche Sicherheiten in Bezug auf Wasserdichte geführt, die dazu führten, dass Plastocrete beigemischt wurde. Bei jeder Lieferung entschied der Polier über die jeweilige Güte. In diesem Fall wurde ein Werkvertrag angenommen (OGH 27. 6. 1984, 1 Ob 603/84).

d) Abgrenzung Werkvertrag – Kaufvertrag

i) Die rechtliche Bedeutung der Abgrenzung

Auch die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag ist wegen der Rügepflicht von Bedeutung, weil der Käufer bei einem für beide Seiten unternehmensbezogenen Warenkauf Mängel gem § 377 UGB in angemessener Frist anzuzeigen hat. § 377 UGB gilt für Werkverträge nicht.

ii) Die Zweifelsregel des § 1166 ABGB

§ 1166 ABGB nimmt die Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag so vor: „Hat derjenige, der die Verfertigung einer Sache übernommen hat, den Stoff zu liefern, so ist der Vertrag im Zweifel als Kaufvertrag; liefert aber der Besteller den Stoff, im Zweifel als Werkvertrag zu betrachten.“

§ 1166 ABGB stellt eine Zweifelsregel auf: Nach dieser läge ein Kaufvertrag vor, wenn der AN neben der Werkerstellung auch noch den Stoff zu liefern hätte. Die Auslegungsregel des § 1166 ABGB ist aber nach hRsp (vgl nur OGH 2 Ob 85/05 x ecolex 2006/2 = bbl 2006/54 a = EvBl 2006/27) und L (M. Bydlinski in KBB² § 1166 Rz 1; Rebhahn in Schwimann, ABGB³ V §§ 1165, 1166 Rz 1) weitgehend obsolet, weil ein Werkvertrag immer dann angenommen wird, wenn der Gegenstand nach den besonderen Wünschen und Bedürfnissen des Bestellers herzustellen ist. Der Bauvertrag ist daher gleichgültig, ob er nach ÖNORM oder nach ABGB abgewickelt wird, immer ein Werkvertrag. Dies gilt auch dann, wenn die benötigten Stoffe und Bauteile nicht vom AG beigestellt, sondern vom AN beschafft werden. Für den Werkvertrag wesentlich ist

die bei der Werkerstellung erforderliche Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse und der individuellen Umstände und Wünsche des AG.

In der Rsp wurden als Werkvertrag angesehen:

- Einbau eines Aufzuges (OGH 3 Ob 318/51 SZ 24/171)
- Herstellung eines Kachelofens, der einer Maueröffnung angepasst werden musste (OGH 3 Ob 194 /56 EvBl 1957/257)
- Lieferung und Verlegung von Fliesen und Platten (OGH 2 Ob 476/59 HS 249/75; 22. 4. 1965 HS 5408)
- Einbau sanitärer Anlagen und einer Zentralheizung (OGH 5 Ob 141/62 HS 3161/38)
- Lieferung und Verlegung eines Fußbodenbelags (OGH 8 Ob 118/65 HS 6427 = EvBl 1965/402)
- Lieferung und Verlegung eines Fußbodens (OGH 8 Ob 118/65 HS 6427 = EvBl 1965/402)
- eine nach besonderen Wünschen hergestellte Kühlanlage (OGH 7 Ob 189/68 EvBl 1969/95)
- Lieferung eines Dachstuhls (OGH 2 Ob 580/79 Der Sachverständige 1984/4 a, 17)
- Anfertigung von Fenstern nach Naturmaßen und deren Einbau (OGH 1 Ob 716/79 SZ 52/178 = JBl 1981, 594)
- Montage einer Tanzfläche (OGH 7 Ob 559/87 JBl 1987, 662)
- Ausführung und Lieferung von Schutzraumtüren, auch wenn sie von einem anderen AN eingebaut werden (OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91)

Beispiel:

Die Republik Österreich beauftragte beim Bau einer Landwehrkaserne einen AN mit der Ausführung und Lieferung von Schutzraumtüren. Der OGH erblickte darin keinen Warenkauf, wenn auch der Einbau der Türen nicht dem AN selbst oblag, so hatte die Montage doch unter seiner Aufsicht stattzufinden. Nach dem Willen der Parteien lag das Gewicht des Vertrages erkennbar mehr auf der Erbringung einer nach den Bedürfnissen und Wünschen des AG individualisierten Leistung als auf der Lieferung einer nur gattungsmäßig bestimmten Sache. Der vorliegende Vertrag war daher als Werkvertrag anzusehen (OGH 3 Ob 550/91).

Ebenso als Werkvertrag zu beurteilen ist die Errichtung eines Fertigteilhauses oder einer Fertigteilgarage (BGH 10. 3. 1983 BGHZ 87, 112 = NJW 1983, 1489; OGH 1 Ob 617/83 RdW 1984, 41). Weil der Fertigteilhausvertrag mit der Errichtungsverpflichtung des Veräußerers verbunden ist, unterscheidet er sich wesentlich von einem Vertrag, aufgrund dessen lediglich genormte Bauteile zu liefern sind. Dieser ist Kaufvertrag. Bloß geringfügige Anpassungen von Anlagen führen allerdings nicht zur Qualifikation als Werkvertrag (*Krejci in Rummel I* §§ 1165, 1166 Rz 127; 1 Ob 508/32 SZ 14/129; 8 Ob 118/65 SZ 38/69 = HS 6427; 5 Ob 243/67 EvBl 1968/306 = JBl 1969, 561; 7 Ob 189/68 SZ 41/133 = EvBl 1969/95; 8 Ob 4/71 JBl 1971, 630; 5 Ob 9/72 SZ 45/11 = EvBl 1972/200 = JBl 1973, 309; 7 Ob 559/87 JBl 1987, 662; uva). Sie sind als Kaufvertrag zu qualifizieren.

In der Rsp wurden als Kaufvertrag angesehen:

- Montage einer Kühlanlage, wenn sie nicht besonderen Bedürfnissen des AG angepasst wird (OGH 3 Ob 222/51 EvBl 1951/238 = JBl 1952, 17)
- Montage einer Kegelbahn, wenn sie nicht besonderen Bedürfnissen des AG angepasst wird (OGH 1 Ob 69/63 HS 4351)
- Montage einer Blitzschutzanlage, wenn sie nicht besonderen Bedürfnissen des AG angepasst wird (OGH 8 Ob 118/65 SZ 38/69 = EvBl 1965/402)

iii) Eine Vereinbarung über die Anwendung von Werkvertragsrecht ist möglich

Liegt kein Werkvertrag vor, können die Vertragsparteien vereinbaren, dass auf das Vertragsverhältnis die Regeln des Werkvertragsrechts anzuwenden sind. Die Vereinbarung kann nicht nur ausdrücklich, sondern auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen (*Krejci in Rummel I* § 1165 Rz 126; OGH 2 Ob 377/51 EvBl 1951/356).

e) Abgrenzung Werkvertrag – Dienstvertrag – Mietvertrag

Beim **Dienstvertrag schuldet der Dienstnehmer** im Unterschied zum Werkunternehmer (AN) keinen Erfolg, sondern **bloß eine bestimmte Bemühung**. Der Dienstnehmer verpflichtet sich dem Dienstgeber gegenüber auf Zeit zur Arbeitsleistung.

Die reine Beistellung von Baumaschinen und -geräten mit oder ohne Bedienungspersonal fällt **nicht** unter den Begriff „Bauleistungen“. Die **Bereitstellung ohne Bedienungspersonal** erfolgt im Rahmen eines **Mietvertrags**, die **Bereitstellung mit Bedienungspersonal** im Rahmen eines **Mietvertrags in Verbindung mit einem Dienstverschaffungsvertrag** (*Krejci in Rummel I* §§ 1165, 1166 Rz 33; OGH 2 Ob 51/76 SZ 49/48; 7 Ob 543/76 JBl 1976, 537; 7 Ob 659/82 HdBW V/53; 8 ObA 203/02 i ARD 5408/8/2003).

Maßgebend für die **Abgrenzung des Mietvertrags vom Werkvertrag** ist, ob der Erfolg von dem bewirkt werden soll, für dessen Zwecke die Sache verwendet wird, oder vom Eigentümer des Geräts.

Beispiel:

Wenn ein Tieflader zum Transport eines Baggers zur Verfügung gestellt wird, ist für die Qualifikation als Miete oder Werkvertrag maßgeblich, ob der Tieflader dem AG für bestimmte Zeit gegen Entgelt zum Gebrauch nach seiner Vorstellung überlassen wird, oder ob der Eigentümer des Tiefladers selbst eigenverantwortlich den vom AG erwünschten Erfolg herbeiführen soll. Stellt der Transportunternehmer auch den Fahrer zur Verfügung, der mittels eines Tiefladers einen Bagger

abtransportieren soll, haftet der Transportunternehmer für das Verschulden seines Fahrers gem § 1313 a ABGB, wenn der Bagger während der Fahrt vom Tieflader stürzt und schwer beschädigt wird (OGH 2 Ob 51/76 SZ 49/48).

Anm:

Es hätte geprüft werden müssen, ob ein Dienstverschaffungsvertrag abgeschlossen wurde, da der Transportunternehmer auch einen Fahrer zur Verfügung gestellt hat.

Entscheidendes Kriterium für die **Abgrenzung des Dienstverschaffungsvertrags vom Werkvertrag ist, ob das Bedienungspersonal an Weisungen des Entleihers gebunden** ist und daher temporär in seine Betriebsorganisation eingegliedert ist (OGH 8 ObA 203/02 i ARD 5408/8/2003). Ist das dem Ausleiher zur Verfügung gestellte Personal in fachlicher Hinsicht an seine Weisungen gebunden und in seine Betriebsorganisation eingegliedert, liegt ein Dienstverschaffungsvertrag vor (OGH 7 Ob 543/76 JBl 1976, 537; 2 Ob 51/76 SZ 49/48; 7 Ob 659/82 HdBW V/53; 8 ObA 203/02 i ARD 5408/8/2003).

Beispiel 1:

Das Zurverfügungstellen eines Krans mit Kranführer zum Gebrauch nach Belieben des Ausleihers gegen Entgelt ist Sachmiete verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag (OGH 7 Ob 543/76 JBl 1976, 537).

Beispiel 2:

Die Vermietung eines Baggers unter Beistellung eines Fahrers gegen Stundenlohn ist nicht als Werkvertrag, sondern als eine mit einem Leiharbeitsverhältnis verbundene Gerätemiete zu qualifizieren, weil der Vermieter keinen bestimmten Arbeitserfolg schuldet, sondern vielmehr nur für eine bestimmte Zeit das Arbeitsgerät und eine zur Bedienung geeignete Person zur Verfügung stellen muss. Er hat daher nur für die durchschnittliche Eignung dieser Person Gewähr zu leisten. Gegen die Qualifikation als Werkvertrag spräche, dass die vereinbarte Tätigkeit nach Stunden und nicht nach dem Werkerfolg zu entlohnen war (OGH 7 Ob 659/82 HdBW V/53).

Beispiel 3:

Die Zurverfügungstellung einer Arbeitsmaschine samt Überlassung einer Arbeitskraft gegen Entgelt ist Sachmiete verbunden mit einem Dienstverschaffungsvertrag, jedenfalls dann, wenn es dem Mieter überlassen ist, wie er die Arbeitsmaschine zusammen mit der Arbeitskraft verwendet. Wurde dem Generalunternehmer lediglich ein Bagger samt Fahrer zur Verfügung gestellt, der nach den Anweisungen des Generalunternehmers einzusetzen war, dann handelte es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung iSd Arbeitskräfteüberlassungsgesetzes (AÜG), da die Überlassung von Arbeitskräften durch den Vermieter von Maschinen gem § 1 Abs 2 Z 3 AÜG nur dann vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen ist, wenn die überlassene Arbeitskraft zur Inbetriebnahme, Wartung oder Reparatur der Maschinen oder zur Einschulung von Arbeitnehmern des Beschäftigers erforderlich ist und der Wert der Sachleistung überwiegt. Auf das Zurverfügungstellen eines Baggers mit Fahrer treffen diese Voraussetzungen nicht zu. Steht fest, dass der Betreffende mit der Beistellung eines Baggers samt Baggerfahrer zwecks Durchführung von Zuschütтарbeiten beauftragt wurde, lässt sich der Abschluss eines Werkvertrags nicht ableiten, wenn Vertragsgegenstand gerade nicht die eigenverantwortliche Herstellung des gewünschten Erfolges war, sondern die Zurverfügungstellung eines Baggers samt Fahrer gegen Entgelt, der an die Weisungen der an der Baustelle anwesenden Verantwortlichen gebunden war. Dann liegt kein Werkvertrag, sondern ein Dienstnehmerüberlassungsvertrag vor. Ob der Überlasser über eine Bewilligung iSd § 257 GewO 1994 verfügte, ist nicht entscheidend: Die Formulierung in § 1 Abs 3 AÜG lässt keinen Zweifel darüber aufkommen, dass es nicht auf das tatsächliche Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung ankommt, sondern ausschließlich darauf, ob die Pflicht zu Erwirkung einer solchen besteht (OGH 8 ObA 203/02 i ARD 5408/8/2003).

Im Rahmen der Gewährleistung schuldet der Verleiher beim **Dienstverschaffungsvertrag** lediglich die durchschnittliche berufliche oder fachliche Qualifikation und die Arbeitsbereitschaft des überlassenen Dienstnehmers (stRsp vgl etwa OGH 9 ObA 80/04 m ecolex 2005/293 = ZAS 2005/127), nicht aber einen bestimmten Erfolg.

Die Abgrenzung zwischen Sachmiete verbunden mit Arbeitskräfteüberlassung und einem Werkvertrag ist vor allem bei **Regiearbeiten mit Baumaschinen** besonders schwierig und die Grenzen oftmals fließend, wie die folgenden Beispiele lehren. Es kommt in besonderem Maße auf die Begleitumstände und das (rechtsgeschäftliche) Erklärungsverhalten der Beteiligten an. Dass ein Werkvertrag dann vorliegt, wenn der AN, der Gerät und Personal zur Verfügung stellt, die Arbeiten unter eigener Verantwortung ausführt (vgl OGH 7 Ob 9/95 VersE 1647; 1 Ob 165/04 b bbl 2005/52), trifft sicherlich zu, ist aber beim geradezu klassischen Fall – nämlich wenn Arbeitnehmer des AN auf Anweisung des AG Arbeiten „in Regie“ ausführen – für sich allein genommen nicht hilfreich.

Beispiel 1:

Der AG ließ einen auf seiner Liegenschaft befindlichen Zufahrtsweg ausbauen und beauftragte in Zuge dessen im Mai den AN – ein Bauunternehmen – zunächst Abgrabungsarbeiten mit einem Bagger in Erfüllung eines Werkauftrags „in Regie“ im Ausmaß von etwa fünf Stunden durchzuführen. Im August – also Monate nach deren Beendigung – rief der AG beim AN an und erklärte, „er würde neuerlich einen Bagger samt Fahrer benötigen“. Daraufhin entsandte der AN „einen Bagger mit dem Baggerfahrer“ zur Liegenschaft des AG. Dort erfolgten sodann Baggerungen nach dessen „Anweisungen“. Der OGH hob hervor, dass dem AN allein aus dem für den gegenständlichen Auftrag angegebenen Einsatzort im Zusammenhang mit dem Vorauftrag klar sein musste, dass der AG wieder Abgrabungsarbeiten für den Straßenausbau vornehmen lassen will. Daraus allein ergibt sich schon, dass der vom AG geforderte Einsatz eines Caterpillars wesentliche Elemente eines Werkvertrags enthält. In den Fällen, in denen fremde Sachen zur Herbeiführung eines Arbeitserfolgs benützt werden, kommt es darauf an, ob der Erfolg von dem bewirkt werden soll, für dessen Zwecke die Sache verwendet wird, oder vom Eigentümer der Sache. Eine Verrechnung nach Stunden steht der Annahme eines Werkvertrags nicht entgegen (OGH 7 Ob 9/95 VersE 1647).

Beispiel 2:

Der klagende AN betreibt ein Unternehmen, in dem auch Erdarbeiten durchgeführt und Baumaschinen vermietet werden. Er führte für den AG bereits einmal Erdbauarbeiten aus. Aus dieser Geschäftsbeziehung war dem AG die – „Stundensätze“ enthaltende – Preisliste des AN für Erdbauarbeiten bekannt. Dieser fungierte später als Generalunternehmer bei einem anderen Bauvorhaben. Im Zuge dieser Bauarbeiten beauftragte er den AN mit der Durchführung von Erdbauarbeiten aufgrund eines von diesem ausgepreisten Leistungsverzeichnisses. In Erfüllung dieses Auftrags bedienten auf der Baustelle sodann zwei Mitarbeiter des AN Bagger verschiedener Größe. Im Verlauf dieser Erdbauarbeiten ergab sich immer wieder die Notwendigkeit für zusätzliche, vom ursprünglichen Auftrag nicht umfasste Arbeiten, wie etwa die Herstellung einer Künette. Diese Regiearbeiten wurden von den Arbeitern des AN erbracht, vom AG auf Stundenzetteln bestätigt und vom AN nach den Stundensätzen seiner Preisliste verrechnet. Im Zuge der Bauarbeiten mussten schließlich bei einem Altbau Isolierplatten von Wänden und Decke entfernt werden. Der Bauleiter des AG und dessen Polier zeigten einem der Arbeiter des AN die abzureißenden Platten. Der Polier fragte ihn, ob er diese Platten mit einem Bagger abreißen könne oder ob dies durch die Leute des AG händisch geschehen müsste. Der Arbeiter erwiderte, er habe einen Minibagger, mit dem man dies machen könnte. Danach begann ein anderer Arbeiter des AN, mit dem Abbruch der Isolierplatten. Dabei wurde der verwendete Bagger durch von der Decke herabfallende Platten beschädigt, als dessen Fahrer gerade nicht auf der Arbeitsmaschine war (OGH 1 Ob 165/04 b bbl 2005/52).

Der OGH vertrat die Auffassung, dass der AN auch die Abrissarbeiten, bei denen der Bagger beschädigt wurde, als eigenverantwortlicher Werkunternehmer ausführte und grenzte in seiner Beurteilung diesen Sachverhalt vom oben in OGH 8 ObA 203/02 i ARD 5408/8/2003 beschriebenen Sachverhalt ab.

Allein aus dem Umstand, dass Leistungen auf „Stundenzetteln“ bestätigt und nach „Stundensätzen“ einer Preisliste verrechnet werden, ist noch nicht abzuleiten, dass Sachmiete verbunden mit einer Dienstverschaffung vorliegt. Wie der OGH weiter ausführt, war hier ausschlaggebend, dass der AN als Generalunternehmer zunächst mit Erdbauarbeiten als Subunternehmer beauftragt wurde und sich während dieser Arbeiten die Notwendigkeit weiterer, im ursprünglichen Auftrag nicht enthaltener und daher nunmehr in Regie durchgeführter Arbeiten ergab. Aus dem festgestellten Gespräch zwischen dem Polier des AG und einem Arbeiter des AN vor Inangriffnahme der Abrissarbeiten konnte kein Anhaltspunkt dafür entnommen, dass der AN nicht weitere Werkleistungen – nunmehr „in Regie“ –, sondern den Abschluss eines mit einer Dienstverschaffung verbundenen Mietvertrags über einen Bagger anbieten wollte.

Der Grund, warum der Umstand, dass **Leistungen auf „Stundenzetteln“ bestätigt und nach „Stundensätzen“** einer Preisliste verrechnet werden, **noch nicht für** die Einordnung als **Miete samt Arbeitskräfteüberlassung spricht**, liegt darin, dass die Verrechnung nach bestimmten Stundensätzen das Wesen von Regiearbeiten mit Baumaschinen ausmacht. Wie der OGH in 1 Ob 165/04 b bbl 2005/52 zutreffend hervorhebt, werden Regieleistungen häufig aufgrund von Werkverträgen ausgeführt. Arbeiten, die sich im Zuge einer Bauführung als notwendig erweisen, jedoch den Auftragsumfang des AN überschreiten, werden häufig als zusätzliche Werkleistungen in Regie ausgeführt (angehängte Regieleistungen) und nach Regielisten oder entsprechenden Aufzeichnungen in Bautagebüchern abgerechnet.

Die in der Rsp oft herangezogene Abgrenzung danach, ob der AN bei der Leistungserbringung weisungsunterworfen, oder ob eine eigenverantwortliche Herstellung eines gewünschten Erfolgs geschuldet war, ist für sich allein – wie die Beispiele aus der Rsp zeigen – wenig tauglich. Denn die Weisungsunterworfenheit bzw die Eigenverantwortlichkeit ist lediglich die Folge der Einordnung unter den einen oder anderen Vertragstypus. Gerade bei den sog angehängten Regieleistungen – also jenen, die im Vertrag noch nicht umschrieben, sondern selbständig beauftragt werden (vgl dazu Rz 1461) – sind „Weisungen“ das AG geradezu charakteristisch. Hier kommt es entscheidend darauf an, dass der AG zwar „Weisungen“ erteilt, diese jedoch bloß die gewünschte Leistung beschreiben, nicht aber Weisungen in fachlicher Hinsicht darstellen. Fachliche Weisungen („das Wie“) sind einem Werkunternehmer idR nicht zu erteilen. Er muss sie nicht befolgen. Der AN hat für seine Sachkunde einzustehen und darin äußert sich dann auch die Eigenverantwortlichkeit.

Bloß nebenbei bemerkt werden soll, dass es für die Frage, ob Maschinenmiete mit Arbeitskräfteüberlassung vorliegt, nicht darauf ankommt, dass der AN über eine Bewilligung iSd § 257 GewO 1994 verfügt und überhaupt dazu befugt wäre. § 1 Abs 3 AÜG stellt nämlich nicht auf das Vorhandensein einer Konzession oder Bewilligung ab, sondern ausschließlich darauf, ob die Pflicht zu Erwirkung einer solchen besteht (OGH 8 ObA 203/02 i ARD 5408/8/2003; 8 ObA 28/01 b ARD 5325/7/2002 = Arb 12.163).

Eine Analyse der Fallgestaltungen in der Judikatur fördert zu Tage, dass **die Rsp bei der Überlassung von Arbeitsgerät samt Personal dann eher zu Sachmiete mit Arbeitskräfteüberlassung tendiert, wenn diese Leistungen ohne örtlichen oder sachlichen Bezug auf ein bereits bestehendes (Werk-)Vertragsverhältnis oder im Anschluss an einen bereits abgewickelten Werkvertrag erbracht werden**. Dem ist schon allein deswegen zuzustimmen, weil in diesen Fällen die Überlassung des Arbeitsgeräts samt dem – meistens auf der Baustelle ohnedies bereits anwesenden – Personal idR soweit in den Hintergrund tritt, dass dem keine eigenständige Bedeutung zukommt. Anders wäre dies nur, wenn der AN klar zum Ausdruck bringt, dass er für einen Erfolg nicht einsteht will. Dies folgt der Regel, dass derjenige, der sich an einem schlüssigen Verhalten, das der Verkehr in eine gewisse Richtung deutet, nicht festhalten lassen will, das Gegenteil besonders hervorkehren muss.

Beispiel:

In 8 ObA 73/03 y ecolx 2005/108 = JBI 2005, 114 war der Ausgangssachverhalt ganz ähnlich wie in 7 Ob 9/95 VersE 1647, jedoch mit dem ganz wesentlichen Unterschied, dass die Leistung in keinem zeitlichen oder räumlichen Zusammenhang zu einem bestehenden oder schon früher abgewickelten Werkvertrag beauftragt wurde.

An einem Wohn- und Bürogebäude sollten Renovierungsarbeiten durchgeführt werden. Vorerst sollte am Gebäude die Dachrinne abmontiert und ein Dachfangerüst angebracht werden. Da der Verantwortliche des AG wegen der Gebäudehöhe Bedenken gegen die Verwendung einer Leiter hatte, sollten die Arbeiten mittels eines Ladekrans und eines Arbeitskorbs durchgeführt werden. Der AG bestellte daher bei einem Transportunternehmen einen LKW mit Ladekran samt Fahrer/Kranführer, teilte dem Transportunternehmer aber nicht genau mit, wofür er den LKW benötigte. Er sagte ihm auch

nicht, dass der Kran zur Personenbeförderung eingesetzt werden sollte oder welche Arbeiten durchzuführen waren. An diesen Sachverhaltselementen wird ersichtlich, dass sich ein Unfall ereignen wird und daher das Hauptaugenmerk in der Entscheidung – neben der Frage der Anwendung des Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetzes (EKHG) – unter anderem auch darauf gerichtet war, ob das Dienstgeberhaftungsprivileg der §§ 332, 333 ASVG zu Anwendung gelangt. Zur hier interessierenden Abgrenzungsfrage sprach der OGH Folgendes aus: Stellt der Unternehmer lediglich einen LKW mit Ladekran samt Fahrer zur Verfügung, der nach den Anweisungen des Bestellers einzusetzen ist, dann handelt es sich um eine Arbeitskräfteüberlassung iSd AÜG. Da der Transportunternehmer nicht einmal über den geplanten Verwendungszweck des LKWs informiert war, lässt sich der Abschluss eines Werkvertrags in keinem Falle ableiten. Vertragsgegenstand war gerade nicht die eigenverantwortliche Herstellung des gewünschten Erfolgs.

Die Ablehnung der Einordnung als Werkvertrag bot sich in diesem Beispiel natürlich besonders an, weil mit dem Vertragspartner die Verwendung nicht besprochen und vereinbart wurde, jedoch bestand auch keinerlei Zusammenhang zu irgendeinem bestehenden oder bereits abgewickelten Bauvorhaben unter den Parteien. Jedoch kommt es im Baugeschehen vor allem bei geringfügigen Regieleistungen häufig vor, dass der AG Arbeitskräfte samt -gerät anfordert und erst vor Ort konkretisiert, welche Leistung zu erbringen ist. Dann ist die zeitliche und räumliche Nähe zum bestehenden Werkvertrag natürlich idR dafür ausschlaggebend, was sich die Parteien vorgestellt haben und was redlicherweise vereinbart werden sollte. Im Zweifel ist dies nicht Sachmiete (OGH 8 ObA 73/03 y eceolex 2005/108 = JBl 2005, 114).

2. Die Mängelrüge beim ÖNORM-Vertrag (12.2.3.1)

Der AG hat dem AN Mängel, die nicht bereits bei der Übernahme gerügt wurden, ehestens nach Bekanntwerden, jedoch innerhalb der vereinbarten Gewährleistungsfrist schriftlich bekannt zu geben (Mängelrüge). Der Hinweis für Verbrauchergeschäfte lautet: „bei Verbrauchergeschäften ist die ehest mögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) keine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche“.

a) Mängel müssen ehestens nach Bekanntwerden gerügt werden

Die ÖNORM sieht eine Verpflichtung des AG vor, Mängel ehestens nach Bekanntwerden zu rügen. Ehestens bedeutet ohne unnötigen Aufschub. **Werden Mängel nicht ehestens nach Bekanntwerden vom AG gerügt, ist damit allerdings nicht der Verlust der Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche verbunden,** weil die Regelung dies nicht vorsieht. Der Hinweis, dass bei Verbrauchergeschäften die ehest mögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) keine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche ist, kann im Umkehrschluss nicht bedeuten, dass die ehest mögliche Bekanntgabe von Mängeln (Mängelrüge) bei Unternehmern Voraussetzungen für Gewährleistungsansprüche ist. **Hätte die ÖNORM diese weitreichende Folge gewünscht, hätte sie dies ausdrücklich und deutlich so regeln müssen.** Da ÖNORMEN objektiv unter Beschränkung auf den Wortlaut gem § 914 ABGB auszulegen sind, sind sie so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen (*Larcher*, RdW 1984, 166; OGH 8 Ob 504/89 SZ 63/51; 3 Ob 2327/96 v eceolex 1997, 87; 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w; 7 Ob 110/01 d ÖGEBAU Journal 2001/2, 182 [*Karasek*] = eceolex 2001/276 = bbl 2001/139 = RdW 2001/660). Da in erster Linie Techniker Adressaten der ÖNORM B 2110 sind, kann diesen nicht zugesonnen werden, mit dem Instrument des Umkehrschlusses, der selbst unter Juristen umstritten ist, operieren zu müssen, um aus der ÖNORM die weitreichende Folge herauszufiltern, dass Gewährleistungsansprüche verlorengehen, wenn Mängel nicht ehestens gerügt werden. Aus dem Hinweis, der Verbrauchergeschäfte zum Gegenstand hat, kann daher e contrario nicht geschlossen werden, dass bei einem Unternehmerngeschäft die Mängelrüge eine Voraussetzung für Gewährleistungsansprüche darstellt. Auch Pkt 10.2.3 sieht keine Sanktion vor, wenn auffällige Mängel bei der förmlichen Übernahme nicht beanstandet werden. **Selbst der Gesetzgeber hat in § 377 Abs 2 UGB ausdrücklich auf die Rechtsfolgen hingewiesen, wenn keine unverzügliche Mängelrüge erfolgt.** (Siehe aber zum konkludenten Verzicht auf die Mängelbehebung Rz 1862.)

b) Mängel sind schriftlich zu rügen

Das Schriftformgebot stellt lediglich eine Ordnungsvorschrift dar. Erfolgt die Rüge nicht schriftlich, ist der AG dafür beweispflichtig, dass die Mängelrüge erfolgt ist. **Wird dem Erfordernis der Schriftlichkeit nicht entsprochen, steht dem an die Formvorschrift gebundenen Vertragsteil dennoch eine Beweisführung auch mittels anderer Beweismittel offen.** Er trägt nur das Risiko, dass ihm der Beweis misslingt, ohne dass aber die Gültigkeit der nach dem Vertrag formgebundenen Handlung davon berührt wird (OLG Wien 6. 9. 1996, 3 R 133/96 t).

3. Gewährleistungsfrist (12.2.3.2)

a) Die Fristen

Falls im Vertrag oder in den einschlägigen Fachnormen keine andere Gewährleistungsfrist festgelegt ist, beträgt sie drei Jahre; für technische Ausrüstungen, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, zwei Jahre. Die ÖNORM hat die gesetzliche Regelung des § 933 Abs 1 ABGB übernommen.

i) Die dreijährige Gewährleistungsfrist

Die dreijährige Gewährleistungsfrist gilt, wenn entweder

- der Vertragsgegenstand als unbewegliche Sache anzusehen ist (zB Bau eines Hauses) oder
- die Leistungen an einer unbeweglichen Sache vorgenommen werden und die bewegliche Sache durch den Lieferanten zu einem unselbständigem Bestandteil der unbeweglichen Sache eingebaut wird

Beispiele:

- Gas-, Wasser- und Lichtleitungen (OGH 1 Ob 639/33 SZ 15/238; OGH 17. 10. 1963 RZ 1964, 41)
- Steigleitungen (OGH 2 Ob 409/35 JBI 1935, 474)
- Zentralheizungsanlage in einem Hotel (OGH 3 Ob 361/60 EvBI 1960/379)
- Asphaltkegelbahn (OGH 7 Ob 207/63 HS IV/23)
- Leitungsrohre, insb bei Verlegung im Mauerwerk (OGH 1 Ob 14/72 SZ 45/29)
- Kühlräume, die ohne Substanzverlust nicht abgetrennt werden könnten, und maschinelle Kühlanlagen, die für sich allein keinen Wert hätten (OGH 6 Ob 886, 887/82 MietSlg 35.008)
- der Hauskanal gilt nach § 5 Abs 2 Wiener Kanalgesetz LGBl 1955/22 als integrierender Bestandteil des Hauses auch in seiner Fortsetzung unter dem Straßenniveau (OGH 1 Ob 21/82 SZ 55/105)

ii) Zweijährige Gewährleistungsfrist

Für technische Ausrüstungen, sofern diese bewegliche Sachen bleiben, beträgt die Gewährleistungsfrist zwei Jahre.

Bleibt die technische Ausrüstung ein selbständiger Bestandteil, ist die kurze Gewährleistungsfrist anzuwenden (OGH 1 Ob 24/66 SZ 39/23; 3 Ob 42/66 JBI 1967, 85; OGH 5 Ob 136/67 SZ 40/104; 6 Ob 79/70 SZ 43/88; OGH 1 Ob 14/72 SZ 45/29).

Beispiele:

- ein Heizkessel für die Zentralheizung und die Warmwasseraufbereitung (OGH 1 Ob 24/66 SZ 39/23)
- ein Kessel eine Zentralheizungsanlage (OGH 3 Ob 42/66 JBI 1967, 85)
- nach Maß gefertigte Fensterflügel (OGH 5 Ob 136/67 SZ 40/104)
- eine Ölsammelheizung mit Kessel (OGH 6 Ob 79/70 SZ 43/88)
- eine Tank, Öl- und Wasserpumpe sowie Radiatoren, nicht aber die im Mauerwerk verlegten Leitungsrohre (OGH 1 Ob 14/72 SZ 45/29)
- vier Gaskühler und ein Kessel die nicht vom Lieferanten, sondern vom bestellenden Unternehmen selbst eingebaut werden. (OGH 3 Ob 195/74 EvBI 1975/144 = SZ 47/118 = HS 9410 = JBI 1975, 432)
- Panzerjalousien in einer Kaserne, die ohne Schädigung der Substanz wieder abgebaut werden können (OGH 7 Ob 610/88 SZ 61/164)

Wird die technische Ausrüstung hingegen durch den Einbau zu einer unbeweglichen Sache, beträgt die Gewährleistungsfrist drei Jahre. Die Verkürzung der dreijährigen Verjährungsfrist auf zwei Jahre gilt auch für Zubehör von technischen Ausrüstungen. Zubehöreigenschaft liegt vor, wenn eine Sache desselben Eigentümers dem wirtschaftlichen Zweck einer unbeweglichen Sache tatsächlich dient, dazu dauernd gewidmet ist und eine entsprechende räumliche Verbindung vorliegt (*Klicka* in *Schwimann*, ABGB³ II § 294 Rz 11; *Spielbüchler* in *Rummel I*³ § 294 Rz 2). Zubehör gilt – obwohl es eine an sich bewegliche Sache ist – als rechtlich unselbständig und daher unbeweglich. Pkt 12.2.3.2 der ÖNORM stellt jedoch für die Geltung der zweijährigen Frist darauf ab, dass technische Ausrüstungen tatsächlich bewegliche Sachen bleiben. Daher ist die kurze Gewährleistungsfrist der ÖNORM – anders als nach ABGB – auch auf Zubehör anzuwenden.

iii) Abgrenzung bewegliche Sache/unbewegliche Sache

Zur Abgrenzung der Frage, wann eine technische Ausrüstung eine bewegliche Sache bleibt und wann sie zur unbeweglichen Sache wird, sind die allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen heranzuziehen. § 293 ABGB normiert, dass Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz entfernt werden können, beweglich sind, im entgegengesetzten Fall unbeweglich (OGH 4 Ob 523/90 RdW 1991, 203). Lassen sich die Bestandteile hingegen tatsächlich und wirtschaftlich von der Restsache trennen, dann nennt man sie selbständige Bestandteile (OGH 6 Ob 146/73 HS 8.355; 1 Ob 21/82 SZ 55/105; 1 Ob 643/87 ImmZ 1988, 74). Die Abtrennung ist unwirtschaftlich, wenn Teil- und Restsache zusammen weniger wert sind als die ungeteilte Sache (*Koziol/Welser I*³, 247). Entscheidend ist die Verkehrsauffassung (*Spielbüchler* in *Rummel I*³ § 294 Rz 7; OGH 5 Ob 136/67 SZ 40/104; 5 Ob 599/84 SZ 57/192 = JBI 1985, 543; 7 Ob 642/85 JBI 1986, 448; 8 Ob 651/84 SZ 58/89 = JBI 1986, 724 [*Hoyer*] ; 11. 11. 1987, 3 Ob 112/87; 4 Ob 523/90 RdW 1991, 203).

Beispiel 1:

Entfernungskosten von 25 bis 50% des Wertes eingebauter Fenster und Türen sind ausreichend, um nach der Verkehrsauffassung eine wirtschaftlich endgültige Verbindung anzunehmen (OGH 11. 11. 1987, 3 Ob 112/87).

Beispiel 2:

Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Absonderung der in Teilen gelieferten Balkonverkleidung ist von jenen Absonderungskosten auszugehen, die bei einer Lösung der Verbindung ohne Verletzung der übrigen Bausubstanz des Hauses (§ 293 ABGB) entstehen.

Die unter diesen Voraussetzungen erforderlichen Demontagekosten belaufen sich auf ca. ATS 16.000,-. Zu berücksichtigen sind außerdem die Kosten des Rücktransportes der Teile zum Verkäufer, die Kosten der vom AN schon in der Klage erwähnten „gewissen Nacharbeiten“ sowie die Kosten der Ergänzung des Schiffbodens am Balkon des Hauses des AG, müssen doch zur Demontage der Eisensteher einzelne Bretter dieses Schiffbodens gelöst und durch neue ersetzt werden.

Auch kann nicht zweifelhaft sein, dass für – zwar unbeschädigt abmontierte, aber schon in einer bestimmten Farbe gebeizte – Balkonelemente bei einem Wiederverkauf nur ein wesentlich geringerer als der ursprüngliche Neupreis erzielt werden kann. Dazu kommt aber noch, dass auch das Haus des AG über den Wert der entfernten Verkleidung hinaus etwa in der Höhe der Kosten einer neuerlichen Montage einer (gleichartigen) Balkonverkleidung entwertet ist. Auch auf diese Wertverminderung der Hauptsache ist Bedacht zu nehmen.

Unter Berücksichtigung der gesamten Kosten der Absonderung ist somit nach der Verkehrsauffassung eine wirtschaftlich endgültige Verbindung zwischen dem Haus und der vom AN gelieferten Balkonverkleidung anzunehmen (OGH 4 Ob 523/90 RdW 1991, 203).

Für die **Lieferung zum Einbau bestimmter beweglicher Sachen, die aber nicht vom Lieferanten eingebaut werden**, gilt die **zweijährige Frist**, weil die dreijährige Gewährleistungsfrist nur gilt, wenn der Lieferant der Sache auch den Auftrag zu deren Einbau hat.

b) Gerichtliche Geltendmachung erforderlich

i) Klage muss bei Gericht innerhalb der Frist eingebracht werden

Zur Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen muss die Klage bei Gericht innerhalb der Frist des § 933 ABGB eingebracht werden. Das Geltendmachen durch Einrede ist auch später zulässig, wenn der AG den Mangel innerhalb der Gewährleistungsfrist angezeigt hat (*Rebhahn/Kietaibl in Schwimann*, ABGB³ V § 1167 Rz 31).

Hat der AG bereits Zahlung geleistet und liegen die Voraussetzungen für die **Wandlung** vor, ist eine **Leistungsklage auf Rückzahlung des Werklohnes** einzubringen. In der Leistungsklage sieht die Rsp ein Rechtsgestaltungsbegehren auf Wandlung konkludent miteingeschlossen (OGH 6 Ob 639/88 SZ 61/238 = JBl 1989, 241).

Liegen die Voraussetzungen für die Preisminderung vor, ist eine Leistungsklage auf **teilweise Rückzahlung des Werklohnes** einzubringen. Begehrt der AG Verbesserung, ist die Klage **auf Verbesserung** zu richten.

Lehnt der AN die Verbesserung ab, kann die **Klage auf Verbesserung oder auf Ersatz der Verbesserungskosten** gerichtet werden.

Hat der AG innerhalb der Gewährleistungsfrist den Mangel gerügt kann er der auf Zahlung gerichteten Klage des AN die **dauernde Einrede der Mangelhaftigkeit** nach § 933 Abs 2 ABGB entgegensetzen (*Gschnitzer in Klang²* V § 1167 Rz 396 bei Anm 34; OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509).

ii) Gewährleistungsfrist kann ausnahmsweise durch Feststellungsklage gewahrt werden

Die Gewährleistungsfrist kann durch Feststellungsklage gewahrt werden, wenn der Gewährleistungsberechtigte die aus dem Mangel abzuleitenden Rechtsfolgen noch nicht verlässlich beurteilen kann (vgl. *Greiter*, AnwBl 2002, 566). **Das Feststellungsbegehren ist jedoch nur dann zulässig, wenn nicht bereits ein Leistungsbegehren möglich ist.** Die Feststellungsklage dient:

- dem **Ausschluss der Verjährungsgefahr**. Der Gewährleistungsgläubiger ist oft aufgrund mangelnder Kenntnis der Ursachen eines Mangels und deren technischer oder wirtschaftlicher Behebbarkeit nicht immer in der Lage, die daraus ableitbare Rechtsfolge (Wandlung, Preisminderung, Verbesserung, Nachtrag des Fehlenden oder Ersatz des Mangelschadens) mittels Leistungsklage geltend zu machen (*Ofner in Schwimann*, ABGB³ IV § 933 Rz 33 mwN; *Reischauer in Rummel I³* § 933 Rz 8; 5 Ob 664/80 EvBl 1982/32; 6 Ob 616/93 ecolex 1994, 615; 29. 11. 1995, 7 Ob 612/94; 7 Ob 211/97 y ecolex 1997, 921; 25. 11. 1997, 4 Ob 332/97 w; 7 Ob 140/98 h EvBl 1999/29)

Beispiel:

Der AG beehrte die Feststellung der Gewährleistungspflicht des AN für „Mängel im Bereich des Schallschutzes“, die Verurteilung des AN, Schallschutzmängel durch im Einzelnen beschriebene Maßnahmen zu beheben und letztere „durch einen Akustiker“ auf ihre „schalltechnische Wirksamkeit“ zu überprüfen. Er begründete sein Feststellungsinteresse damit, dass die Mängelursachen sowie mögliche und erforderliche Sanierungsmaßnahmen unbekannt seien und weil er nicht beurteilen könne, ob die Mängel durch Maßnahmen entsprechend dem Leistungsbegehren behebbar seien. Dem Feststellungsbegehren wurde stattgegeben. In Ansehung des Klagebegehrens, der AN sei schuldig, die schalltechnische Wirksamkeit der Sanierungsmaßnahmen nach deren Beendigung „durch einen Akustiker“ zu überprüfen, wurden die Urteile der Vorinstanzen aufgehoben.

Der AG war berechtigt, die nach den Feststellungen zur Behebung bestehender Schallschutzmängel tauglichen Verbesserungsmaßnahmen zu begehren. Es trifft zwar zu, dass sich der AG im Falle einer Klagestattgebung aufgrund eines allgemeiner formulierten Verbesserungsbegehrens einen Exekutionstitel zur Erzwingung der gänzlichen Beseitigung aller

Schallschutzmängel verschaffen hätte können, das benimmt ihm jedoch nicht das Feststellungsinteresse, weil es bei dessen Beurteilung nicht nur auf die Möglichkeit einer alle Verbesserungserfordernisse abdeckenden Leistungsklage ankommt, muss doch der AG – gleichviel, ob sich die den ordentlichen Wohnungsgebrauch iSd § 932 Abs 1 ABGB hindernden und daher wesentlichen Schallschutzmängel in weiterer Folge doch als unbehebbar herausstellen oder bloß die Verbesserungsversuche des AN als untauglich erweisen sollten – weitere Verbesserungsversuche selbst bei Vorliegen an sich behebbarer Mängel nicht mehr zulassen, sondern weil der AG dann Wandlung oder allenfalls auch Preisminderung geltend machen kann. Solange daher entweder die Durchführbarkeit einer den vertragsgemäßen Zustand des Kaufobjekts erst herstellenden Verbesserung ungewiss ist oder der AG nach erfolglosen Versuchen zur Beseitigung behebbarer Mängel auch einen anderen Gewährleistungsanspruch geltend machen kann, dient das Feststellungsbegehren seinem schutzwürdigen Interesse an der Feststellung der – über die vorerst bloß angestrebte konkrete Verbesserung – hinausgehenden grundsätzlichen Gewährleistungspflicht des AN (OGH 7 Ob 140/98 h EvBl 1999/29).

- der **Vermeidung späterer Beweisschwierigkeiten** (OGH 2 Ob 211/00 v JBl 2001, 386)
- der **Klarstellung der Haftungsfragen dem Grunde nach**, wenn ein eingetretener Schaden noch nicht bezifferbar ist **Dass der AG die Kosten der Mängelbehebung nicht abschätzen kann, berechtigt ihn nicht zur Feststellungsklage, da ihm auch der Feststellungsprozess diese Kenntnis nicht vermitteln und daher die spätere Leistungsklage nicht erleichtert wird.** Sind Art und Umfang der Mängel grundsätzlich bekannt und ist sich der AG bloß über die Höhe des Preisminderungsanspruchs nach der relativen Berechnungsmethode im Unklaren, besteht kein das Feststellungsbegehren rechtfertigendes rechtliches Interesse (OGH 5 Ob 536/89 ecolex 1990, 346; 1 Ob 628/92 ecolex 1993, 382; 2 Ob 602/94 ecolex 1995, 336; 25. 11. 1997, 4 Ob 332/97 w). Hat der AG das volle Entgelt bereits bezahlt, liegt es an ihm, die Rückzahlung des Minderungsbetrages aufgrund eigener Einschätzung zu begehren (OGH 7 Ob 211/97 y ecolex 1997, 921). Die Rsp ist aber nicht einheitlich. Nach anderen Judikaten kann der AG eine Feststellungsklage einbringen, wenn der eingetretene Schaden noch nicht bezifferbar ist (OGH 2 Ob 597/89 ecolex 1990, 408; 2 Ob 590/91 ecolex 1992, 473; 1 Ob 522/94 ecolex 1994, 537)

Beispiel 1:

Nach erfolglosen Verbesserungsversuchen – der AN hatte das von ihm herzustellende Steinpflaster mangelhaft verlegt – klagte der AG das für die Verbesserung erforderliche Deckungskapital ein, beehrte aber zusätzlich auch die Feststellung, dass ihn der AN für alle künftigen Schäden aus der nicht fachgerechten Ausführung des Auftrages haftet, da sich jetzt noch nicht sagen ließe, welche Kosten ihm durch die Verbesserung letzten Endes wirklich entstehen würden. Der OGH stellte fest, dass es für den Gewährleistungsberechtigten nicht immer möglich sei, aufgrund seiner mangelhaften Kenntnisse der Ursache der unzureichenden Qualität der Leistung und der technischen oder wirtschaftlichen Möglichkeiten ihrer Behebung einen aus dem vorhandenen Qualitätsmangel ableitbaren konkreten Anspruch mit Leistungsklage geltend zu machen. In derartigen Fällen ist auch einer Feststellungsklage die Eignung zuzuerkennen, Gewährleistungsansprüche iSd § 933 ABGB durch gerichtliche Geltendmachung zu wahren. Da sich der Zustand der vom AN gepflasterten Fläche immer weiter verschlechterte und insb vor Ablauf der Gewährleistungsfrist nicht verlässlich beurteilt werden konnte, ob mit einer Teilsanierung das Auslangen gefunden werden konnte oder eine Generalsanierung erforderlich war, wurde die Gewährleistungsfrist durch das Feststellungsbegehren gewahrt (OGH 2 Ob 597/89 ecolex 1990, 408).

Beispiel 2:

Ein Architekt hatte einen Dachbodenausbau in einem Althaus geplant. Die behördlich vorgeschriebene Trittschalldämmung nach dem Standard der ÖNORM B 8115 konnte nicht erreicht werden, weil die vorgesehene Bodenkonstruktion ungeeignet, die einzig geeignete aber nach dem AltstadtschutzG verboten war. Die Folgen waren Zerwürfnisse mit den Nachbarn, die sich auch nach der Veräußerung des im Wohnungseigentum stehenden Dachbodens mit den Käufern fortsetzten. Die Vertragspartner des Architekten, die sich verpflichtet hatten, die Käufer vollkommen schad- und klaglos zu stellen, klagten diesen erfolgreich auf Feststellung seiner Ersatzpflicht, obwohl der Schaden noch nicht beziffert werden konnte, weil die Nachbarn noch keine Ansprüche gestellt haben (OGH 2 Ob 590/91 ecolex 1992, 473).

Die mangelhafte Erfüllung durch den Subunternehmer gegenüber dem Generalunternehmer als seinen Vertragspartner führt im Verhältnis des Generalunternehmers zu seinem Auftraggeber, dem Bauherrn, zur Gewährleistungs- und Schadenersatzpflicht des Generalunternehmers. Dieser hat daher schon bei mangelhafter Leistung des Subunternehmers und bevor er seinerseits vom Bauherrn in Anspruch genommen wird, ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Gewährleistungs- und Schadenersatzpflicht des Subunternehmers ihm selbst gegenüber (OGH 6 Ob 525/90 ecolex 1990, 406).

Der Gewährleistungsgläubiger kann – selbst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist – einen rechtzeitig geltend gemachten Gewährleistungsanspruch durch einen anderen ersetzen (*Reischauer in Rummel I*³ § 933 Rz 10; OGH 3 Ob 520/94 SZ 68/152; 1 Ob 555/94 ecolex 1994/754; OGH 30. 10. 2002 ecolex 2003/39), weil das, was für die Perpetuierung der Gewährleistungseinrede durch fristgerechte Mängelanzeige gilt, in gleicher Weise auf die Perpetuierung des Gewährleistungsrechts durch Klage anzuwenden ist, soweit letztere nur fristgerecht und auf den Mangel gestützt eingebracht wurde (*Reischauer in Rummel I*³ § 933 Rz 8 und 10; *Gschntzer in Klang IV*^{1,2}, 555; OGH Ob I 890/27 SZ 9/149; 5 Ob 664/80 EvBl 1982/32; 1 Ob 662/85 SZ 58/174 = JBl 1986, 245; 3 Ob 520/94 SZ 68/152).

c) Verkürzung und Verlängerung der Gewährleistungsfrist

§ 933 Abs 1 ABGB stellt ausdrücklich klar, dass die Gewährleistungsfrist verkürzt oder verlängert werden kann. Die Verkürzung ist bei Verbrauchergeschäften allerdings nicht möglich.

d) Gewährleistungsfrist ist eine Verjährungsfrist

Seit dem neuen Gewährleistungsrecht stellt die Marginalrubrik zu § 933 ABGB klar, **dass die Gewährleistungsfristen Verjährungsfristen sind**. Sie wurden bisher als Präklusivfristen angesehen. **Der Fristablauf ist daher nicht von Amts wegen wahrzunehmen, und nach Ablauf der Frist bleibt eine Naturalobligation bestehen.**

e) Der Beginn der Gewährleistungsfrist (10.6.1)

Die Gewährleistungsfrist beginnt gem § 933 Abs 1 Satz 2 ABGB mit Übernahme der Leistung. Pkt 10.6.1 entspricht daher der gesetzlichen Regelung.

i) Bei förmlicher Übernahme

Die Gewährleistungsfrist beginnt mit förmlicher Übernahme der Leistung.

ii) Bei formloser Übernahme

Nach der Rsp, gilt das Werk als übernommen, wenn es in die Verfügungsmacht des AG gekommen ist und der AG ausdrücklich oder schlüssig die Erfüllung seines Auftrages zur Kenntnis nimmt.

iii) Bei berechtigter Verweigerung der Übernahme

Verweigert der AG zu Recht die Übernahme des Werkes wegen Vorliegens von Mängeln, beginnt die Gewährleistungsfrist erst mit dem Zeitpunkt der späteren Übernahme des Werkes. Hätte der AG die Leistung übernehmen müssen, beginnt die Gewährleistungsfrist mit dem Zeitpunkt der vereinbarten Übernahme zu laufen.

iv) Bei Teilleistungen

Bei Übernahme von Teilleistungen beginnt die Gewährleistungsfrist mit dem Zeitpunkt der Übernahme der Teilleistung. Bei Erfüllung in Teilleistungen laufen daher verschiedene Gewährleistungsfristen. Dies ergibt sich aus Pkt 10.7.

v) Bei Vorliegen von Mängeln

Werden nach der Übernahme Mängel behoben, beginnt mit dem Abschluss der auf Verbesserung gerichteten Tätigkeit eine neue Gewährleistungsfrist, allerdings nur für die verbesserten Teile zu laufen (OGH 3 Ob 504/82 HdBW V/30; 1 Ob 607, 608/83 SZ 56/76 = JBl 1985, 743, 8 Ob 172/70 SZ 43/152; 6 Ob 405/61 SZ 34/161 uva). Wurden mehrere Verbesserungsversuche gemacht, beginnt die Frist ab dem letzten Verbesserungsversuch zu laufen (OGH 1 Ob 531/77 SZ 50/85). Auch für die Verbesserung gilt, dass die „verbesserte“ Leistung vom AG zumindest schlüssig übernommen werden muss (vgl RG 6. 6. 1940 EvBl 1940/309, OGH 3 Ob 457/55 SZ 28/237). **Die Verjährungsfrist beginnt auch ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab dem sich die Unbehebbarkeit des Mangels herausstellt** (OGH 1 Ob 621/55 SZ 28/226). Werden weitere Verbesserungsversuche abgelehnt, beginnt mit diesem Zeitpunkt die Verjährungsfrist zu laufen (OGH 2 Ob 44/61 HS 649). **Allerdings beginnt die Gewährleistungsfrist nicht zu laufen, solange die Aussichtslosigkeit eines neuerlichen Verbesserungsversuches nicht feststeht**, oder solange der AG im Einvernehmen mit dem AN nach Wegen sucht, den Mangel irgendwie auszugleichen. Dadurch wird der Fristbeginn der Verjährung schlüssig auf jenen Zeitpunkt hinausgeschoben, in dem feststeht, dass entweder das eine oder das andere nicht möglich ist (OGH 7 Ob 642/85 JBl 1986/448 = RdW 1986, 106 und *Wilhelm*, RdW 1986, 102). Die Werkvertragsparteien können vereinbaren, die nötige Verbesserung durch einen Dritten vornehmen zu lassen. Misslingt in der Folge die Verbesserung, beginnt die Verjährung zu laufen, wenn für den AG feststeht, dass die Verbesserung durch den Dritten misslungen ist (OGH 1 Ob 191/98 i JBl 1999, 463).

vi) Bei Anerkenntnis

Die Zusage der Verbesserung stellt nach hM ein Anerkenntnis dar, das die Unterbrechung der Gewährleistungsfrist bewirkt. Die neue Gewährleistungsfrist beginnt mit:

- der Vollendung der Mängelbehebung (OGH 1 Ob 621/55 EvBl 1956/21 = HS 7342; 7 Ob 627, 628/77 MietSlg 29.113; 3 Ob 504/82 HdBW V/30; 1 Ob 607, 608/83 SZ 56/76 = JBl 1985, 743) oder
- dem fruchtlosen Versuch einer solchen (OGH 1 Ob 621/55 EvBl 1956/21 = HS 8341; 3 Ob 504/82 HdBW V/30; 7 Ob 642/85 JBl 1986, 448 = RdW 1986, 106) oder
- der Weigerung der Mängelbehebung trotz Zusage (OGH 1 Ob 621/55 EvBl 1956/21 = HS 8341; 1 Ob 621/55 SZ 28/226 = EvBl 1956/21 = HS 1839; 8 Ob 172/70 SZ 43/152; 3 Ob 504/82 HdBW V/30; 1 Ob 1958/58 SZ 31/123)

Allerdings beginnt die Gewährleistungsfrist solange nicht, als der AN Maßnahmen trifft, die den Mangel in anderer Weise ausgleichen sollen (OGH 7 Ob 642/85 RdW 1986, 106 = JBl 1986, 448).

vii) Durch Vergleichsverhandlungen

Vergleichsverhandlungen hemmen nach hM den Fristenlauf für die Verjährung: Während der Verhandlungen läuft die Frist nicht weiter (*Bydlinski*, JBI 1967, 130; *Mader*, JBI 1986, 7 ff; *Koziol*, ZAS 1976/6; *Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 110; OGH 5 Ob 237/73 EvBl 1974/158; 7 Ob 61/82 RZ 1984/59 = Der Sachverständige 1984/4 a FN 83; 3 Ob 510/86 wbl 1987, 94). Es handelt es sich dabei um eine **Fortlaufshemmung**, dh dem AG bleibt genauso viel Zeit, wie er bei Aufnahme der Verhandlungen für die Gewährleistung noch hatte. Scheitern die Vergleichsverhandlungen, läuft die gehemmte Frist weiter. Werden Vergleichsverhandlungen bis nach Ablauf der Verjährungsfrist geführt, tritt eine **Ablaufshemmung** ein. Gehemmt wird das Zuendegehen der Verjährungsfrist. Scheitern die Vergleichsverhandlungen nach einem Zeitpunkt, in dem ohne sie der Rechtsverlust bereits eingetreten wäre, tritt Verjährung dann nicht ein, wenn die Klage unverzüglich, dh in angemessener Frist, eingebracht wird (OGH 1 Ob 510/85 SZ 58/58; 9 Ob A 190/88 JBI 1989, 460). Eine Frist von zwei Monaten ist nicht unangemessen (OGH 1 Ob 564/94 JBI 1995, 177). Wird der Mangel anerkannt, beginnt die Gewährleistungsfrist mit dem Anerkenntnis zu laufen. Auch bei Abschluss eines außergerichtlichen Vergleiches gilt die ursprüngliche Gewährleistungsfrist (*Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 111).

viii) Beim „verborgenen Mangel“

Unter einem **verborgenen Mangel (er wird mitunter auch geheimer Mangel genannt) wird ein Mangel verstanden, der zum Zeitpunkt der Übernahme nicht erkennbar** war und erst danach, oft erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist, bekannt wird. **Ein verborgener Mangel lässt sich bei ordnungsgemäßer Untersuchung bei der Übernahme nicht feststellen** und darf dem AG bei der Übernahme des Werkes auch tatsächlich nicht bekanntgeworden sein (*Schlegelberger*, Kommentar zum HGB III⁴ Anm 60 zu § 377).

Offen ist jeder Mangel, der nicht verdeckt ist, also diesseits der Grenze des bei der Untersuchung zu Erkennenden liegt. Zu den offenen Mängeln gehören alle Mängel, die entweder einer Untersuchung nicht bedurften oder bei einer Untersuchung, falls sie ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, zutage gefördert wurden oder, falls die Untersuchung nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden ist, bei ordnungsgemäßer Untersuchung hätten zutage gefördert werden können (*Brüggemann*, Großkommentar zum HGB V⁴, 393; OGH 3 Ob 540/79 SZ 53/63 = EvBl 1980/202; 7 Ob 612/83 EvBl 1984/41).

Von einem Teil der L wird die Ansicht vertreten, dass die Gewährleistungsfrist erst ab der tatsächlichen Erkennbarkeit des Mangels einsetzt (*Gschntzer* in *Klang*, ABGB-Kommentar IV/1², 552, 556 ff; *Mayrhofer* in *Ehrenzweig*, Schuldrecht I³, 451), oder dass die Gewährleistungsfrist – zumindest bei beweglichen Sachen – erst mit der Erkennbarkeit des Mangels beginnt (*P. Bydlinski*, in *RdW* 1986, 235 ff). **Die Rsp ist dieser neuen Auffassung zu recht nicht gefolgt.** Die klare Anordnung des § 933 Abs 1 ABGB über den Beginn des Laufes der Gewährleistungsfrist bei Sachmängeln unterscheidet nicht zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Mängeln. Wenn in den Gesetzesmaterialien ausgeführt wurde, es entspreche „der Natur der Sache, die Frist mit dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in welchem der Erwerber den Gegenstand empfängt und daher in der Lage ist, ihn zu prüfen“, wird daraus nur deutlich, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, den Fristenlauf mit dem Zeitpunkt der tatsächlichen Prüfungsmöglichkeit des Empfängers beginnen zu lassen, nicht aber eine im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommene abweichende Regelung für den Fall zu treffen, dass trotz dieser Prüfungsmöglichkeit ein Sachmangel nicht erkennbar wäre (OGH 1 Ob 536/90 JBI 1990, 648). Ist die Gewährleistungsfrist bereits abgelaufen, besteht vielfach der Irrglaube, dass der Mangel dennoch erfolgreich geltend gemacht werden kann. **Auch für verborgene Mängel beginnt bei Bauwerkverträgen die Gewährleistungsfrist mit der Übernahme der Leistung zu laufen** (*Bernat/Schwarzenegger*, Baumängel, Schadenersatz und Verjährung, in *FS Baurechtsgesellschaft* 99 [107 f]).

Beispiel:

Gem § 933 Abs 1 ABGB sind Gewährleistungsansprüche, betreffen sie unbewegliche Sachen, binnen drei Jahren, sonst hingegen binnen sechs Monaten gerichtlich geltend zu machen. Die Frist beginnt bei offenkundigen Mängeln vom Tage der Übernahme an zu laufen. Für geheime, also bei der Ablieferung nicht erkennbare Mängel sieht das Gesetz keine abweichende Regelung für den Beginn des Fristenlaufs vor. Bei Arbeiten an unbeweglichen Sachen beträgt die Frist drei Jahre; sie ist vom Zeitpunkt der Übernahme durch den AG an zu berechnen. Im neueren Schrifttum wird zunehmend der Standpunkt vertreten, dass der Fristenlauf bei bestimmten verborgenen Mängeln erst mit der tatsächlichen Erkennbarkeit des Mangels einsetzte. Auch die Rsp hat – allerdings stets in Fällen von Viehmängeln oder der Bemängelung von beweglichen Sachen – unter Berufung auf *Gschntzer* (in *Klang*, ABGB-Kommentar IV/1², 552, 556 ff) bei Zusicherung bestimmter Eigenschaften, die erst längere Zeit nach der Ablieferung festgestellt werden könnten, den Beginn der Gewährleistungsfrist bis zu dem Zeitpunkt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet, hinausgeschoben; auch eine stillschweigende vertragliche Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist kann in Betracht kommen, sofern der Mangel nach der Sachlage während der Frist gar nicht hervorkommen konnte (vgl OGH 7 Ob 604/82 SZ 55/151 mwN). Die Argumente, die für eine Hinausschiebung des Fristbeginns sprechen, wie etwa die Besonderheiten bei trüchtigem Vieh oder jahreszeitlich bedingte Erscheinungen (zB Frost), können wohl bei der kurzen sechsmonatigen Frist ins Treffen geführt werden, nicht aber auch bei der dreijährigen Frist im Zusammenhang mit unbeweglichen Sachen bzw Arbeiten an solchen (vst Senat OGH 1 Ob 536/90 JBI 1990, 648; dieser Entscheidungsteil ist jedoch nicht veröffentlicht).

Nur bei Zusicherung einer bei Ablieferung nicht feststellbaren Eigenschaft einer beweglichen Sache ist der Fristbeginn Kraft konkludenter Parteidisposition auf den Zeitpunkt verlegt, der das Erkennen des Mangels mit Sicherheit gestattet (OGH 2 Ob 535/90 ecolex 1991, 84 mit zustimmender Glosse von *Wilhelm*; OGH 5 Ob 57/82 MietSlg 35.104).

4. Vermutung der Mangelhaftigkeit (12.2.3.3)

Treten Mängel innerhalb von sechs Monaten ab der Übernahme auf, wird vermutet, dass diese Mängel zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden waren. Die Vermutung tritt nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

a) Die Mängel müssen im Zeitpunkt der Übernahme vorhanden sein

Mängel, für die Gewähr zu leisten ist, müssen im Zeitpunkt der Übernahme vorhanden sein (Koziol/Welser II¹³, 65). Für Mängel, die erst nach vollzogener Erfüllung, also nach Übernahme entstehen, wird nicht gehaftet (OGH 6 Ob 65/67 HS 6362; Gschnitzer in Klang IV/1², 544). Häufig wird aber ein Mangel, der sich erst nach Erfüllung herausstellt, schon im Zeitpunkt der Übernahme zumindest „schlummernd“ existent gewesen sein oder doch auf einen anderen Fehler zurückgeführt werden können, den die Sache bereits im Erfüllungszeitpunkt aufgewiesen hat. Bei verborgenen Mängeln genügt es, wenn der Mangel bei der Übernahme bereits latent vorhanden war (OGH 1 Ob 651/81 HS 12.936; 1 Ob 509/90 ecolex 1990, 543).

Dieser Bestimmung kommt insb bei Haustechnikleistungen, etwa Aufzugsanlagen oder anderen Anlagen, die einem rapiden Verschleiß unterliegen Bedeutung zu, weil entscheidend ist, ob der Fehler bereits zum Zeitpunkt der Übernahme vorhanden war, oder eine normale Verschleißerscheinung im Rahmen der ordnungsgemäßen Benützung vorliegt.

b) Die Vermutungsregel

Nach § 924 Satz 2 ABGB und Pkt 12.2.3.3 wird das Vorliegen des Mangels im Zeitpunkt der Übergabe vermutet, wenn er innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe hervorkommt. Diese Vermutung gilt nicht, wenn sie mit der „Art der Sache“ oder der „Art des Mangels“ unvereinbar ist, etwa bei Gebrauchs- oder Abnutzungserscheinungen (die Regierungsvorlage nennt hier etwa Bremsbeläge, Verkalken von Bügeleisen etc) oder bei einer offenkundigen Fehlbehandlung. Diese Regelung gilt nach der Vereinheitlichung des Gewährleistungsrechts auch für Werkverträge (OGH 1 Ob 273/06 p ecolex 2007/210 [B. Jud] = JBl 2007, 786 = Zak 2007/444). Jud weist in ihrer Entscheidungsbesprechung zutreffend darauf hin, dass § 924 ABGB nur die Vermutung begründet, dass ein auftretender Mangel bereits bei der Übergabe vorhanden war, aber **keine Vermutung für die Mangelhaftigkeit der Leistung selbst enthält. Diese muss, den allgemeinen Grundsätzen entsprechend, der AG beweisen** (Welser / B. Jud, Die neue Gewährleistung § 924 Rz 2; aA OGH 1 Ob 199/07 g ecolex 2008/73 [ablehnend B. Jud] = Zak 2008/119 = JBl 2008, 37 = RdW 2008/274). Das „Hervorkommen“ (das „offenkundig“ werden) des Mangels innerhalb der sechs Monate ist ebenfalls vom AG zu beweisen. Dies soll bewirken, dass er Mängel rasch dem AN bekanntgibt.

5. AN muss den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt ermöglichen (12.2.3.4)

Zur Besichtigung oder Behebung der Mängel hat der AG dem AN zu den vereinbarten Terminen den Zutritt zum Gewährleistungsobjekt zu ermöglichen. Dies ist ja wohl selbstverständlich.

D. Rechte aus der Gewährleistung (12.2.4)

1. Die Gewährleistungsbehelfe (12.2.4.1)

Dem AG stehen gem § 932 Abs 1 ABGB und Pkt 12.2.4 folgende Gewährleistungsbehelfe zur Verfügung:

- Verbesserung (Nachbesserung oder Nachtrag des Fehlenden)
- Austausch der Sache
- angemessene Preisminderung
- Aufhebung des Vertrages (Wandlung)

2. Vorrang des Verbesserungsanspruchs (12.2.4.2)

§ 932 Abs 2 ABGB und Pkt 12.2.4.2 sind ident: Nach diesen Bestimmungen kann der AG zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen, es sei denn, dass die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe, mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Wert der mangelfreien Leistung, der Schwere des Mangels oder den mit der anderen Abhilfe für den AG verbundenen Unannehmlichkeiten. Der Verbesserungsanspruch hat daher Vorrang vor allen anderen Gewährleistungsbehelfen.

a) Wahlrecht des AG wurde eingeschränkt

i) Der Regelfall

Zunächst kann der AG nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache (primäre Rechtsbehelfe auf der ersten Ebene) vor Preisminderung und Wandlung (sekundäre Rechtsbehelfe auf der zweiten Ebene) verlangen: Der AG muss dem AN eine Chance geben, den Fehler selbst zu beheben und so den vertraglich

vereinbarten Zustand herzustellen (*Reischauer*, JBl 2002, 137 [142]; *Ofner* in *Schwimann*, ABGB³ IV § 932 ABGB Rz 2; *Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 [143 ff]). Mit dem Vorrang der Mängelbeseitigungsansprüche bietet die RL im Interesse des Verkäufers beim Kaufvertrag und des AN beim Werkvertrag die wirtschaftlichere Lösung, weil das „Recht zur zweiten Andienung“ gegenüber den sekundären Rechtsbehelfen (Preisminderung und Wandlung) für den AN regelmäßig günstiger ist (OGH 5 Ob 191/05 g eclex 2006/311 [*B. Jud*] = JBl 2006, 518 [*P. Bydlinski*] = RdW 2006, 328 = bbl 2006, 18 = Zak 2006, 115).

ii) Die Ausnahmen

Der AG hat, auf der ersten Ebene nur ein Wahlrecht zwischen Verbesserung und Austausch, es sei denn, dass

- die Verbesserung oder der Austausch unmöglich ist oder
- für den AN, verglichen mit der anderen Abhilfe mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden wäre

b) Die voreilige Ersatzvornahme

Was gelten soll, wenn AG den Mangel selbst oder durch Dritte im Wege einer Ersatzvornahme behebt, ohne den AN zur Verbesserung aufzufordern oder der AN mit der Verbesserung gar nicht in Verzug ist, ist umstritten. In der L werden hiezu folgende Auffassungen vertreten:

P. Bydlinski (*P. Bydlinski*, Neues zum neuen Gewährleistungsrecht, JBl 2005, 681 [684 ff]) setzt sich ausführlich mit den Konsequenzen „voreiliger Selbstverbesserung“ auseinander. Es sei nicht einzusehen, warum sich der AG die Kosten der Ersatzvornahme zur Gänze ersparen können sollte, obwohl er mangelhaft geleistet habe. In Österreich werde deshalb von manchen ein Anspruch nach § 1042 ABGB erwogen. Nach Ansicht des Autors lasse sich aber die „Ersparnisvorschrift“ des § 1168 Abs 1 zur Begründung eines solchen Anspruchs besser fruchtbar machen, da es dort um eine ganz vergleichbare Interessenlage gehe und die Norm eine unverdiente Bereicherung des einen Vertragsteils verhindern sollte.

Augenhofer (*Augenhofer*, JBl 2006, 437 [439]) hält es zwar für zutreffend, dem AG, der die Verbesserung selbst unmöglich macht, die sekundären Rechtsbehelfe zu verwehren, erachtet es jedoch als nicht sachgerecht, dass der AG nicht einmal die Kosten ersetzt bekommen sollte, die auch dem AN bei der Verbesserung, entstanden wären.

Reischauer (*Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 [151 ff]) tritt für eine analoge Anwendung des § 1042 ABGB ein.

Kletečka (*Kletečka*, Gewährleistung neu § 933 a Rz 6) erachtet die gesetzgeberische Anordnung des Vorrangs der Verbesserung im weiteren Sinn überhaupt nur dann als erträglich, wenn man wenigstens die Forderung auf die Selbstkosten des AN nach § 1042 ABGB anerkenne. Verneine man den Anspruch, habe das zur Folge, dass der AG, jedes Recht aus der Schlechterfüllung verlieren würde. Das Recht auf eine zweite Chance könne nicht dazu führen, dass der AN ganz frei und damit so gestellt werde, als hätte er vertragskonform erfüllt.

Bollenberger (*Bollenberger*, Das stellvertretende Commodum 225 ff) vertritt, dass bei vertraglichen Schuldverhältnissen auch Anrechnungsregeln einschlägig seien, beim Werkvertrag etwa § 1168 Abs 1 ABGB.

Jud (*Jud*, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung 120 ff) vertritt die Auffassung, dass der Aufwendersatzanspruch nach § 1042 ABGB und damit auch die Konkurrenz von Schadenersatz statt Gewährleistung und Bereicherungsansprüchen abzulehnen sei. Damit sei aber nicht gesagt, dass der AG „leer“ ausgehe, ihm also gegen den AN gar keine Ansprüche mehr zustehen. Halte man sich nämlich vor Augen, dass Verbesserung und Austausch die nach der Übergabe erhaltenen Erfüllungsansprüche darstellen, so könne die vom AG herbeigeführte Unmöglichkeit der Verbesserung (des Austausches) nicht anders beurteilt werden, als die vom AG herbeigeführte Unmöglichkeit der „Primärleistung“ selbst. Der AN behalte den Anspruch auf die Gegenleistung, doch müsse er sich das anrechnen lassen, was er sich infolge Unterbleibens der eigenen Leistung erspart habe.

Karollus (*Karollus*, Das neue Gewährleistungsrecht – Offene Rechtsfragen und Unsicherheitsfaktoren für die Praxis, in *Pirker-Hörmann/Hammerl* 124 ff) lässt die Frage offen, ob der AG, der den Vertragsgegenstand ohne Vorliegen der Voraussetzungen des § 932 Abs 4 ABGB bei einem Dritten habe reparieren lassen, endgültig auf diesen Kosten sitzen bleibe oder ob er den Ersatz zumindest eines Teils der Kosten noch nach einer anderen Rechtsgrundlage verlangen könne; als alternative Anspruchsgrundlage seien zwischenzeitig freilich auch die Anrechnungsvorschriften des § 1168 Abs 1 ABGB ins Spiel gebracht worden.

Vgl dazu jüngst zur vergleichbaren Rechtslage in Deutschland BGH 23. 2. 2005, VIII ZR 100/04, NJW 2005, 1348; weiters *Herrestal*, Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungenrecht, NJW 2005, 1457; *Lorenz*, Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht, NJW 2003, 1417; *ders*, Voreilige Selbstvornahme der Nacherfüllung im Kaufrecht, NJW 2005, 1321; *Ebert*, Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer, NJW 2004, 1761).

Die Rsp hat in der ersten Entscheidung zu diesem in der L strittigen Thema den bereicherungsrechtlichen Aufwendersatz nach § 1042 ABGB mit der Begründung abgelehnt, dass der AN im Hinblick auf das bestehende Vertragsverhältnis auf die Geltendmachung seiner rechtsgeschäftlichen Ansprüche beschränkt sei. Es wäre nicht zu rechtfertigen, dass der AG Vertragsregeln dadurch umgehen könnte, dass man ihm die Möglichkeit einräumte, Bereicherungsansprüche geltend zu machen. Sie schloss sich der weitaus überwiegenden L an, die einen Anspruch des AN auf §§ 1168 Abs 1 stützt und sprach dem AN jene Kosten zu, die der AG hätte aufwenden müssen, wenn ihm die im Gesetz grundsätzlich vorgesehene „Chance zur zweiten Andienung“ eingeräumt worden wäre (OGH 8 Ob 14/08 d = ecolex 2008/334 [ablehnend Wilhelm, ecolex 2008, 881] = RdW 2008/589 [Holzinger, Rdw 2008, 636] = Zak 2008/538).

3. Der Verbesserungsanspruch (12.2.4.3)

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

a) Der AN bestreitet die gerügten Mängel

Stellt der AN fest, dass gerügte Mängel nicht die Folge einer mangelhaften Erfüllung, sondern auf andere, von ihm nicht zu verantwortende Ursachen zurückzuführen sind, muss der AN, will er den Mangel nur entgeltlich beheben, vom AG den Abschluss eines neuen Werkvertrages verlangen, sonst kommt kein neuer Werkvertrag zustande (OGH 1 Ob 293/75 SZ 48/120).

Die Erklärung des AN, zur Behebung der von ihm zu vertretenden Mängel – soweit hiezu eine gesetzliche Verpflichtung für ihn bestehe – bereit sei, ist weder ein Anerkenntnis noch eine den Fristenlauf beeinflussende einvernehmliche Bemühung um außergerichtliche Sachverhaltsklärung (OGH 1 Ob 573/95 ecolex 1996, 250 = RdW 1996, 110 = JBl 1996, 392).

b) Der AG hat keinen Anspruch auf Durchführung von Verbesserungsarbeiten in einer von ihm bestimmten Art und Weise

Dem AN steht es frei, die Verbesserung entsprechend seiner Sachkunde in einer ihm geeignet erscheinenden Weise durchzuführen, sofern dadurch der vertraglich geschuldete Erfolg herbeigeführt werden kann. Für die Verbesserung gilt nichts anderes als für den ursprünglichen Vertrag: sofern nicht eine bestimmte Konstruktionsart vereinbart ist, ist der AN in der Wahl der technischen Methode frei. Er hat das Werk so auszuführen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Der AG hat keinen Anspruch auf Durchführung von Verbesserungsarbeiten in einer von ihm bestimmten Art und Weise (OGH 11. 2. 1997, 10 Ob 2454/96 x; 20. 5. 1980, 2 Ob 528/80; 7 Ob 543/76 JBl 1976, 537; 1 Ob 166/98 p EvBl 1999/29).

Nur wenn der AN zu ungeeigneten oder unzureichenden Verbesserungsarbeiten bereit ist, kann der AG die Vornahme ganz bestimmter geeigneter und erforderlicher Maßnahmen verlangen (*Ofner in Schwimann*, ABGB³ IV § 932 Rz 49; *Reischauer in Rummel* I³ § 932 Rz 10; 5 Ob 656/82 JBl 1984, 204 = HdBW V/40) oder die Arbeiten ohne weitere Rechtsfolgen verbieten (OGH 5 Ob 17/82 MietSlg 34.174; 1 Ob 166/98 p EvBl 1999/29).

Durch das Verbot offenbar untauglicher Verbesserungsarbeiten wird der AN nicht an der Erfüllung seiner Pflicht zur Herstellung des vereinbarten Werkes gehindert, denn er hätte bei der Durchführung des untauglichen Verbesserungsversuches seine Verbesserungspflicht nicht erfüllt.

Beispiel:

Der AG kann zunächst auf Art, Umfang und Durchführung von Verbesserungen nur insoweit Einfluss nehmen, als ihm das der zugrundeliegenden Vertrag eröffnet. Es bleibt daher gewöhnlich dem AN überlassen, eine notwendige Verbesserung – wenngleich im Rahmen von Sachkunde und Vertragstreue – nach eigenem besten Wissen vorzunehmen, ohne dass ihm hiefür vom AG Weisungen erteilt werden könnten. War jedoch der AN – wie hier – nur zu einer ungeeigneten oder unzureichenden Verbesserung bereit, kann der AG jene Verbesserung begehren, die etwa aufgrund des Gutachtens eines Gerichtssachverständigen notwendig und zielführend ist. Dabei ist das Gelingen einer ordnungsgemäßen Verbesserung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands nur dann zu bejahen, wenn der Mangel zur Gänze behoben wurde (OGH 1 Ob 166/98 p EvBl 1999/29).

Das Beurteilungsrisiko, ob ein ungeeigneter oder unzureichender Verbesserungsvorschlag vorliegt, der ihn zu konkreten Weisungen berechtigt, trägt der AG. War der Verbesserungsvorschlag des AN tauglich, wird er aber vom AG abgelehnt und die Verbesserung nach seinen Vorschlägen und Weisungen begehrt, ist er trotz vorhandener Mängel zur sofortigen Bezahlung des Werklohnes verpflichtet. Der AG verliert zwar nicht den Mängelbehebungsanspruch an sich, wohl aber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (OGH 7 Ob 543/76 JBl 1976, 537; 1 Ob 540/89 EvBl 1989/101 = wbl 1989, 225; 6 Ob 505/76 SZ 49/9 = HS 9416; 2 Ob 823/52 EvBl 1953/161; 8 Ob 329/66 SZ 39/208).

Beispiel 1:

Ein Installateur hatte Rohrleitungen einer Heizung mangelhaft verlegt, sodass das Kaltwasser an den einzelnen Kaltwasserausflussstellen im Haus erst nach geraumer Zeit entnommen werden konnte. Trotz seiner Bereitschaft, die Mängel

zu beheben, verlangte der AG genaueste Detailplanungen und Unterlagen über die erforderlichen Aufstemmarbeiten sowie Ergänzungsmaterialien (Verfügbarkeit der zur übrigen Einrichtung passenden Fliesen, Dekorstoffe etc). Der OGH begründet das Fehlen einer Einflussmöglichkeit des AG auf die Ausführung der verlangten Verbesserung damit, dass der Verbesserungsanspruch ein Rest des ursprünglichen Anspruchs auf Erfüllung ist. Die Erfüllung hat der AN jedoch in eigener, freier Verantwortung zu erbringen. Anderes könnte sich lediglich daraus ergeben, dass schon aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnis Verpflichtungen des AN zur Befolgung von Weisungen des AG abzuleiten gewesen wären. Dies war jedoch im gegenständlichen Fall nicht möglich. Befürchtet der AG etwa eine unzumutbare Störung seines Haushalts oder hatte er das Vertrauen zum AN verloren, wäre es an ihm gelegen, ein anderes wahlweises Recht aus der Gewährleistung geltend zu machen. Nach der Rechtsansicht des OGH hat der AG die Forderung nach Detailplanungen und Unterlagen über die erforderlichen Aufstemmarbeiten sowie Ergänzungsmaterialien zu Unrecht erhoben und dadurch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verloren (OGH 7 Ob 543/76 JBl 1976, 537).

Beispiel 2:

Das vom AN errichtete Einfamilienhaus wies zahlreiche Mängel auf. Der AG, der das Haus bereits bewohnte, verlangte vom AN für die Dauer der Verbesserungsarbeiten die Bezahlung einer Ersatzwohnung und die Transportkosten der Möbel in ein Depot. Dies wurde vom AN unter Hinweis darauf, dass es ihm zumutbar sei, in den ersten Stock des Hauses zu ziehen, der von den Arbeiten nicht betroffen war, abgelehnt, worauf die Verbesserungsarbeiten nicht zugelassen wurden. Der vom AN unter Vornahme eines Preisabzuges eingeklagte Werklohn wurde ihm vom OGH zugesprochen (OGH 12. 01. 1983, 3 Ob 612, 613/82).

Anm:

Die vom AG gewählte Vorgangsweise war riskant: Lehnt der AG die von ihm begehrte und vom AN angebotene Verbesserung ab oder unterlässt er trotz Aufforderung die zur Vornahme der Verbesserung erforderlichen Mitwirkungshandlungen, ist er verpflichtet, den gesamten – und nicht nur den wegen der vorhandenen Mängel geminderten Werklohn – zu bezahlen, weil der AG nicht berechtigt ist, vom gewählten Gewährleistungsbehelf – der Verbesserung – abzugehen, solange der AN zur Verbesserung bereit ist.

c) Verbesserungsverzug

Der AN muss die Verbesserung innerhalb angemessener Frist vornehmen. Welche Frist „angemessen“ gem § 932 Abs 4 ABGB ist, wird weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie näher determiniert. **Welche Umstände bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind, ergibt sich allerdings zum Teil aus dem Gesetz selbst, nämlich aus § 932 Abs 3 ABGB, wonach die Art der Sache und der damit verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind** (*Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 ABGB Rz 26; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 123). **Der Tatbestand stellt nicht bloß auf Umstände auf Seiten des AG, sondern auch auf die des AN ab.** Die Angemessenheit ist danach zu bestimmen, welcher Zeitraum für die Vorbereitung und Durchführung der Leistung nötig ist und wie dringend sie der AG braucht (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 58; OGH 3 Ob 1028/29 SZ 11/270). Es ist etwa zu berücksichtigen, dass komplizierte Reparaturen mehr Zeit als einfache benötigen, aber auch, ob die Sache ihrer Natur nach besonders dringend gebraucht wird (*Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 124 mwN; *Ofner in Schwimann*, ABGB³ IV § 932 Rz 36 f; OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71; 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 = RdW 2007/154 = bbl 2006/197).

Beispiel 1:

Nach diesen Kriterien war die dem Kläger mit Schreiben vom 14. 4. 2003 gesetzte Frist zur Behebung der zugleich gerügten Mängel von bloß vierzehn Tagen zu kurz.

Der Kläger hätte, um die Verbesserung ordnungsgemäß auszuführen, die Materialien, die zur Herstellung einer Farbgleichheit zwischen den einzelnen Küchenteilen, zur Beseitigung der infolge von Sprüngen schadhafte Küchenschranktüren und insb auch zur Ersetzung der gesprungenen Arbeitsplatte erforderlich gewesen wären, seinerseits erst bestellen und dann die Anfertigung neuer Küchenteile in seiner Werkstatt durchführen müssen. Es liegt auf der Hand, dass derartige Vorgänge längere Zeit in Anspruch nehmen. Außerdem war einzukalkulieren, dass der Kläger zunächst die behaupteten Mängel an Ort und Stelle besichtigen und sich selbst im Klaren werden musste, auf welche Art und Weise eine zielführende Mängelbeseitigung durchzuführen sein werde.

Andererseits beeinträchtigten die Mängel die Funktion der Küche nicht. Sie waren bloß optisch störend. Eine besondere Dringlichkeit der Verbesserungsarbeiten war daher nicht gegeben. Die Frist, die zwischen der Mängelrüge und der angekündigten Abholung der restlichen Fronten und Besichtigung der Sprünge in der Arbeitsplatte lag, ist im Hinblick auf die fehlende Dringlichkeit und insb darauf, dass die Frist ohnehin nicht ungenützt verstrich, sondern ein Teil der Küchenfront versuchsshalber zwecks Verbesserung bearbeitet wurde, in diesem Einzelfall noch nicht unangemessen lang (OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71).

Beispiel 2:

Vereinbarter Fertigstellungstermin laut Werkvertrag war der 13. 6. 2003. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Heizanlage betriebsbereit sein.

Der AG hat dem beklagten AN bis Ende März 2004 die Möglichkeit zu Verbesserungen gegeben, um die Funktionsfähigkeit der Heizanlage herzustellen. Die bis dahin unternommenen Verbesserungsversuche blieben erfolglos.

Für die Frage, ob die dem AN gewährte Frist „angemessen“ iSd § 932 Abs 4 ABGB war, sind die Art des Werks und der damit verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Umstände auf Seiten des Bestellers sind in die Beurteilung ebenso einzubeziehen wie Umstände auf Seiten des AN.

Wendet man diesen Beurteilungsmaßstab im vorliegenden Fall an, ist die tatsächlich eingeräumte Verbesserungsfrist von über neun Monaten auch bei Berücksichtigung des Umstands angemessen, dass es sich bei der Heizungsanlage für das

Einfamilienhaus um ein „Pilotprojekt“ handelte. Auch in einem solchen Fall muss angenommen werden, dass der AN einen annähernd realistischen Fertigstellungszeitpunkt nennt und jedenfalls innerhalb von neun Monaten danach die Heizungsanlage auch tatsächlich funktionsfähig herstellen kann (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 = RdW 2007/154 = bbl 2006/197).

Wird der Mangel nicht innerhalb der gesetzten angemessenen Nachfrist oder trotz wiederholter Verbesserungsversuche behoben, tritt Verbesserungsverzug ein. Der AG kann schon bei Misslingen des ersten Verbesserungsversuches die sekundären Gewährleistungsbefehle (Wandlung oder Preisminderung) geltend machen (OGH 7 Ob 194/05 p ecolex 2006/6 = RdW 2006/7 = ZVR 2006/91; 7 Ob 239/05 f ecolex 2006/228 = JBl 2006, 585 = RdW 2006/448 = Zak 2006/329; 6 Ob 143/07 h ecolex 2007/355 [B. Jud] = EvBl 2007/166 = bbl 2007/196 = Zak 2007/710).

Bleibt das Werk trotz wiederholter Verbesserungsversuche des AN mit Mängeln behaftet, hat der AG folgende Möglichkeiten: Hat der AG bereits mit der Setzung einer angemessener Nachfrist eine Rücktrittserklärung abgegeben, kann er

- **den Rücktritt (Wandlung) wirksam werden lassen** oder
- **einen Dritten mit den Verbesserungsarbeiten beauftragen** und die Kosten der Ersatzvornahme einklagen oder
- **weiter auf Verbesserung bestehen**

Hat der AG bereits mit der Setzung einer angemessener Nachfrist eine Rücktrittserklärung abgegeben, kann er den Rücktritt wirksam werden lassen und je nach Lage des Falles den Werklohn nicht bezahlen oder klagsweise zurückfordern (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509; 6 Ob 16/68 SZ 41/9; 6 Ob 741/78 EvBl 1979/127). Bei Verbesserungsverzug darf der AG selbst einen behebbaren Mangel als unbehebbar behandeln und Wandlung begehren (*Ofner* in *Schwimmann* ABGB³ IV § 932 Rz 51 f; *Reischauer* in *Rummel* I³ § 932 Rz 12; OGH 6 Ob 639/88 SZ 61/238 = JBl 1989, 241). Ob die Erklärung des AG den Vertrag aufzuheben einen Rücktritt nach § 918 ABGB darstellt oder eine Wandlung nach § 1167 ABGB, ist umstritten. Die L erblickt darin überwiegend einen Rücktritt (*Bydlinski* in *Klang* IV/2², 153; *Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 539; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Eccher*, Schuldrecht AT², 422 f; *Koziol/Welser* II¹³, 75; *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag, 77 ff; *Wilhelm* in JBl 1975, 113). Die Rsp verwendet in manchen Fällen den Begriff **Rücktritt** (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509; 6 Ob 16/68 SZ 41/9; 6 Ob 7/42 JBl 1973, 529), in anderen Fällen den Begriff **Wandlung** (OGH 6 Ob 741/78 EvBl 1979/127; 8 Ob 32/66 SZ 39/34; 1 Ob 531/77 SZ 50/85; 8 Ob 182/67 HS 6377; 1 Ob 26/75 SZ 48/56 = HS 9413). Aus praktischer Sicht ist diese dogmatische Einordnung nicht von besonderer Bedeutung.

Selbst wenn der AG schon den Rücktritt erklärt hat, kann er weiter auf Verbesserung bestehen. Er muss dies allerdings in analoger Anwendung der Regeln über das Fixgeschäft (§ 919 ABGB) unverzüglich dem AN anzeigen und ihm eine weitere angemessene Nachfrist setzen (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 61 ff und 72).

Hat der AG lediglich Verbesserung innerhalb angemessener Nachfrist begehrt, aber noch keine Rücktrittserklärung abgegeben, muss er

- entweder nunmehr eine **Rücktrittserklärung abgeben** (Wandlung erklären) **und** gleichzeitig eine **neuerliche Nachfrist setzen**
- oder **auf Verbesserung bestehen und Verbesserung** sowie den Verspätungsschaden (§ 918 Abs 1 ABGB) – Verschulden vorausgesetzt – innerhalb der Gewährleistungsfrist **einklagen**

Eine neuerliche Rücktrittserklärung ist notwendig, weil die bloße Setzung einer Nachfrist ohne Rücktrittserklärung nach der überwiegenden Rsp für den Rücktritt nicht genügt (*Wilhelm*, JBl 1976, 515 ff; OGH 4 Ob 587, 588/87 JBl 1988, 241; 1 Ob 688/87 SZ 60/287 = EvBl 1988/72 = JBl 1988, 317, 341). Diese zweite Nachfrist wird allerdings kürzer sein können, weil nunmehr die zur Beschleunigung und Vollendung der bereits vorbereiteten Erfüllung notwendige Zeit gewährt werden muss (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 66; *Reischauer* in *Rummel* I³ § 918 Rz 11; OGH 5 Ob 88/61 SZ 34/54; 7 Ob 507/77 EvBl 1978/2; 1 Ob 688/87 SZ 60/287 = JBl 1988, 317, 341 = EvBl 1988/72).

d) Neu für alt (Vorteilsausgleich)

Ergeben sich aus der verspäteten Erfüllung der Verbesserung für den AG insofern Vorteile, als mit der Verbesserung als Nebenwirkung auch zwischenzeitig an der Sache entstandene Mängel mitsaniert werden, oder eine Besserstellung durch Verwendung einer neueren Technologie erfolgt, oder wenn die Behebung eines Mangels auch zur Erneuerung eines an sich mangelfreien Teiles führt, **bildet dies im Gewährleistungsrecht keinen Gegenstand der Vorteilsausgleichung.** Wird bei Verzug mit der Verbesserung der Verbesserungsaufwand als Erfüllungsinteresse begehrt, wäre es unvertretbar, den AG schlechter zu stellen, als dieser bei fristgerecht durchgeführter Verbesserung stünde. Wird also bei Verzug mit der Verbesserung der Verbesserungsaufwand als Erfüllungsinteresse begehrt, bilden Vorteile, die der AG bei ordnungsgemäßer Verbesserung nicht erlangt hätte, keinen Gegenstand der Vorteilsausgleichung (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 74 ff; *Krejci*, Reform des Gewährleistungsrechts 108; *Fenyves*, JBl 1999, 2 ff; aA *Welser* Schadenersatz statt Gewährleistung 17; OGH 1 Ob 829/81 SZ 55/29; 9 Ob 91/04 d bbl 2005/25 = JBl 2005, 312; 5 Ob 292/05 k bbl 2006/158).

Beispiel:

Fassadenplatten wiesen nicht die vereinbarte Lichtbeständigkeit auf. Im Rahmen der Verbesserung mussten die Platten abgeschliffen und mit einem UV-beständigen Harz gestrichen werden. Dadurch ersparte sich der AG die Entfernung von verschmutzten Stellen der Fassade. Bei einer vertraglich verlängerten Gewährleistungsfrist von über zwei Jahren ist es geradezu unvermeidlich, dass sich aus der verspäteten Erfüllung des geschuldeten Anspruches durch Verbesserung insofern Vorteile für den AG ergeben können, als mit der Verbesserung als Nebenwirkung auch Mängel beseitigt werden, die inzwischen an der Sache entstanden und mit der Verbesserung mitsaniert werden.

Hätte der AN die Mängel über Aufforderung behoben und dadurch einen Verzug mit der ihm obliegenden Verbesserung vermieden, hätte er nur das herbeigeführt, wozu er aufgrund des abgeschlossenen Vertrages verpflichtet war. Dass die Erfüllung des Vertrages für den AG einen beim Vertragsabschluss nicht vorhergesehenen, sich aus der verspäteten Erfüllung ergebenden Vorteil gebracht hätte, berechtigte den AN nicht, für die Verbesserung ein Entgelt zu verlangen. Schon gar nicht ist dann der Schadenersatzanspruch des AG wegen abermaliger Nichterbringung der vertragsgemäßen Leistung durch Verweigerung der Verbesserung aus dem Titel der Vorteilsausgleichung zu schmälern; es wäre vielmehr unvertretbar, den AG schlechter zu stellen als er es bei durchgeführter Verbesserung wäre.

Dieses Ergebnis entspricht auch der herrschenden Differenztheorie, wonach das Interesse die Differenz zwischen dem Betrag des Vermögens des Geschädigten, wie es ohne das schädigende Ereignis bestünde, und dem tatsächlichen Vermögensstand ist. Hätte nämlich der AN pflichtgemäß verbessert, hätte sich der AG den Aufwand für die Beseitigung der „Nasen“ ebenfalls erspart. Wird also bei Verzug mit der Verbesserung der Verbesserungsaufwand als Erfüllungsinteresse begehrt, bilden Vorteile, die der AG auch bei ordnungsgemäßer Verbesserung erlangt hätte, keinen Gegenstand der Vorteilsausgleichung (OGH 1 Ob 829/81 SZ 55/29).

4. Preisminderung und Wandlung (12.2.4.4)

§ 932 Abs 4 ABGB und Pkt 12.2.4.4 sind ident: **Sind sowohl die Verbesserung als auch der Austausch unmöglich oder für den AN mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden, hat der AG das Recht auf Preisminderung oder, sofern es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt, das Recht auf Wandlung.** Dasselbe gilt, wenn der AN die Verbesserung oder den Austausch verweigert oder nicht in angemessener Frist vornimmt, wenn diese Abhilfen für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären oder wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar sind.

a) Wahlrecht des AG auf Preisminderung oder Wandlung

i) Sowohl Verbesserung als auch Austausch sind ausgeschlossen

Erst wenn Verbesserung und Austausch ausgeschlossen sind, weil Unmöglichkeit der Verbesserung oder Unverhältnismäßigkeit vorliegen (§ 932 Abs 2 ABGB), hat der AG auf der zweiten Ebene ein Wahlrecht zwischen Preisminderung und Wandlung (Bollenberger, RdW 2002, 713). Weitere Voraussetzungen für Preisminderung und Wandlung sind (§ 932 Abs 4 ABGB):

- Weigerung des AN zu verbessern oder
- Verzug des AN mit der Verbesserung oder
- wenn die Verbesserung oder der Austausch dem AG erhebliche Unannehmlichkeiten verursachen oder
- wenn dem AG die Verbesserung aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar ist

Der AG kann Wandlung darüber hinaus nur dann verlangen, wenn kein geringfügiger Mangel vorliegt. Liegt ein geringfügiger Mangel vor, ist der AG auf Preisminderung beschränkt.

ii) Unmöglichkeit von Verbesserung und Austausch

Gem § 932 Abs 2 Satz 1 ABGB kann zwar der AG sogleich Wandlung oder Preisminderung begehren, wenn die Verbesserung (der Austausch) „unmöglich“ ist.

Diese Bestimmung ist aber dahin auszulegen, dass sich der AG auf die von ihm selbst herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung nicht berufen kann. **Es liegt nicht im Belieben des AG, die Verbesserung zu vereiteln und damit dem AN eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung zu nehmen** und so den Vorrang der Verbesserung „ab absurdum“ zu führen (Welser/Jud, Die Gewährleistung Rz 31; OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBL 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71; 4 Ob 112/06 h ecolex 2006, 989 = bbl 2006/197; 8 Ob 14/08 d = ecolex 2008/334 = RdW 2008/589 = Zak 2008/538). **Fordert daher der AG den AN nicht zur Verbesserung auf, sondern lässt er den Mangel sofort durch einen Dritten reparieren, steht ihm die Preisminderung nicht zu** (OGH 5 Ob 191/05 g ecolex 2006/ 311 [B. Jud] = JBl 2006, 518 [P. Bydlinski] = RdW 2006, 328 = bbl 2006, 18 = Zak 2006, 115).

Unmöglichkeit liegt vor, wenn die Verbesserung technisch nicht möglich ist. Ist Austausch möglich, liegt keine Unmöglichkeit vor. Dadurch ist die bisher strittige Frage, ob Neuherstellung im Rahmen der Gewährleistung verlangt werden kann, wenn sie nur so möglich ist, in diesem Sinne entschieden. **Ob ein Mangel überhaupt nicht beseitigt werden kann, ist eine Frage menschlicher Möglichkeit (Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 932 Rz 13). In stRsp wird der zeitliche Aspekt der Behebbarkeit eines Mangels neben dem der Wirtschaftlichkeit als maßgeblich angesehen.** Ein behebbarer Mangel ist – selbst wenn er technisch behebbbar ist – in rechtlicher Hinsicht dem unbehebbareren gleichgestellt, wenn die Mängelbehebung nicht in absehbarer Zeit bewerkstelligt werden kann (Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 932 Rz 13; OGH 1 Ob 428/49 SZ 22/145; 5 Ob 226/71 JBl 1972, 531 = EvBl 1972/170; 5 Ob 104/99 a bbl 2000, 124 = RdU 2001/61). Dem liegt der Gedanke

zugrunde, dass der AG dafür einzustehen hat, dass sich die Sache schon bei Übernahme in brauchbarem Zustand befindet.

Beispiel 1:

Welche Folgen eintreten, wenn die Verbesserung durch ein Verhalten des AG unmöglich wird, sagt § 932 ABGB nicht ausdrücklich. Gem § 932 Abs 2 Satz 1 ABGB kann zwar der AG – sogleich – Wandlung oder Preisminderung begehren, wenn die Verbesserung (der Austausch) „unmöglich“ ist. Diese Bestimmung ist aber dahin auszulegen, dass sich der AG auf die von ihm selbst herbeigeführte „Unmöglichkeit“ der Verbesserung nicht berufen kann. Es darf, wenn primär Verbesserung zu gewähren und dem AN damit eine „zweite Chance“ zur Erbringung der geschuldeten Leistung einzuräumen ist, nicht im Belieben des AG liegen, diese Möglichkeit zu vereiteln und dadurch den Vorrang der Verbesserung „ab absurdum“ zu führen (Welser/Jud, Die neue Gewährleistung § 932 ABGB Rz 31; OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBL 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71).

Ist die Behebung in absehbarer Zeit nicht möglich, liegt ein unbehebbarer Mangel vor (OGH 1 Ob 428/49 SZ 22/145).

Beispiel 2:

Die Klägerin erwarb ein Grundstück. Die Baubewilligung wurde erteilt. Danach stellten sich Kontaminationen heraus. Die Freiheit von massiven Kontaminationen gehört zu den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften einer zur Errichtung eines Hauses gekauften Liegenschaft. Die Notwendigkeit des Zuwartens mit der Bauführung auf unbestimmte Zeit, weil erst mit Abschluss der Untersuchung des kontaminierten Bodens durch die Bundesumweltbehörde der Umfang der notwendigen Altlastensanierung festgestellt werden kann, ist die Annahme der Unbehebbarkeit des Mangels infolge Unzumutbarkeit des Zuwartens begründet. In Übereinstimmung mit der dargestellten Rsp haben die Vorinstanzen der Klägerin deshalb die Berechtigung zur Vertragsaufhebung zugestanden (OGH 5 Ob 104/99 a bbl 2000, 124).

iii) Unverhältnismäßig hoher Verbesserungsaufwand

Nur wenn beide primären Rechtsbehelfe (Verbesserung und Austausch) mit einem unverhältnismäßigem Aufwand möglich sind, kann der AN den AG auf die sekundären Rechtsbehelfe (Preisminderung und Wandlung) verweisen. Das Gleiche gilt, wenn etwa nur Austausch möglich wäre, dieser aber mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist. Die Bejahung der Unverhältnismäßigkeit hat zur Folge, dass überhaupt kein primärer Gewährleistungsbehelf zur Verfügung steht, der AG sohin seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch verliert (OGH 6 Ob 134/08 m JBl 2008, 786 = EvBl 2008/180).

Unverhältnismäßig hoher Aufwand liegt nach der Rsp vor, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem AG gewährt, gegen den dafür erforderlichen Aufwand an Arbeit und Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand in einem offensichtlichen Missverhältnis stehen, die Arbeit sich also nicht lohnt (Koziol/Welser II¹³, 71; OGH Rep III 483/06 RGZ 66, 167; 1 Ob 428/49 SZ 22/145; 3 Ob 661/52 SZ 25/277; 3 Ob 457/55 SZ 28/237; 3 Ob 380/59 JBl 1960, 445; 6 Ob 58/74 SZ 47/58 = EvBl 1975/18; 7 Ob 654/79 SZ 53/7; 1 Ob 829/81 SZ 55/29; 3 Ob 552/89 = JBl 1990, 461 = RdW 1990, 109 = RZ 1990/90; 7 Ob 515/91 JBl 1992, 114; 7 Ob 131/99 m bbl 1999, 242; 7 Ob 238/99 x RdW 2000/110; 8 Ob 97/00 y ecolex 2000/310 = wbl 2001/194 = bbl 2000/169; 4 Ob 150/02 s RdW 2003/75).

Dass die Verbesserung dem AN hohe Kosten verursacht, selbst wenn diese Kosten den Wert des Werkes übersteigen, reicht zur Annahme der Unverhältnismäßigkeit des Aufwandes noch nicht aus, da es auf das Verhältnis zwischen Werklohn und Verbesserungsaufwand nicht ankommt, insb ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den AG Bedacht zu nehmen. Wenn sich der Mangel eher nur als geringer Nachteil im Gebrauch darstellt, können schon verhältnismäßig geringe Behebungskosten unverhältnismäßig sein; demgegenüber sind auch verhältnismäßig hohe Behebungskosten noch kein Grund, die Verbesserung abzulehnen, wenn der Mangel den Gebrauch entscheidend beeinträchtigt (OGH 7 Ob 131/99 m RdW 1999,780 = bbl 1999/265; 7 Ob 238/99 c ecolex 2000/167 [Rabl] = RdW 2000/110; 4 Ob 150/02 s RdW 2003/75; 8 Ob 108/06 z SZ 2006/184 = JBl 2007, 519 [Faber] = EvBl 2007/66 = RdW 2007/481 = Zak 2007/119).

Auch der Ästhetik kann unter Umständen eine gewisse Werksfunktion zukommen, nämlich insb dann, wenn das Werk gerade mit Rücksicht auf seine optische Qualität besonders kostspielig ist (OGH 7 Ob 131/99 m RdW 1999,780 = bbl 1999/265; 26. 9. 2001, 7 Ob 187/01 b; 7 Ob 235/02 p ecolex 2003/198; 31. 3. 2004, 7 Ob 33/04 k).

Beispiel 1:

Der AN lieferte ein Badezimmer. Die Verfliesung ließ er durch einen Subunternehmer durchführen.

Etwa drei bis vier Monate nach Fertigstellung und Rechnungslegung traten an vier Bodenfliesen und einer Wandfliese Sprünge auf. Ursache der Sprünge in den Bodenfliesen waren Setzungsrisse in einer Ausgleichsmasse, die der Fliesenleger zum Ausgleich des Gefälles bei einem zugemauerten Gully aufgebracht hatte. Der Riss in der Wandfliese war auf die Montage der Duscharmatur zurückzuführen.

Der AG forderte den AN auf zur Behebung der Schäden Ersatzfliesen zur Verfügung zu stellen. Dies war aber nicht möglich, weil ihr italienischer Hersteller im Konkurs war und auch keine Restbestände mehr vorhanden waren.

Der AG fordert vom AN aus dem Titel des Schadenersatzes die Kosten einer Neuverfliesung, die inklusive Demontage und neuerliche Montage der Armaturen ATS 73.032,– betragen würden. Eine Sanierung sei nur durch eine Gesamtauswechslung der Fliesen möglich. Der Klage wurde stattgegeben.

Lässt sich jemand, wie dies hier zweifellos zutrifft, ein insb auch mit Rücksicht auf optische Qualität besonders kostspieliges Werk errichten, kommt selbstverständlich auch der Ästhetik eine gewisse Werksfunktion zu. Es erschiene daher unbillig, den Besteller eines solches Werks, das einen störenden optischen Mangel aufweist, der nur mit hohem Aufwand beseitigbar ist, darauf zu verweisen, dass die Funktionalität ohnehin gewahrt sei. Es kann als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass teure Fliesen nicht (nur) wegen ihrer besseren Gebrauchstauglichkeit, sondern auch und wohl sogar vorwiegend aus optischen, ästhetischen Gründen gekauft werden. Dass im vorliegenden Fall ästhetische Kriterien trotz eines dies

indizierenden vereinbarten Werklohns für das Bad von über ATS 180.000,- keine wesentliche Rolle gespielt hätten, hat der AN nicht einmal behauptet. Zieht man all dies ins Kalkül, erschiene eine Sanierung mit farblich nicht exakt entsprechenden Fliesen der Klägerin aber nicht zumutbar.

Da Fliesen, mit denen eine entsprechende Mängelbehebung vorgenommen werden könnte, nicht mehr zur Verfügung stehen, ist die Meinung der Vorinstanzen, eine taugliche Sanierung könne nur durch eine Neuverfliesung geschehen, zu billigen. Der Einwand der „Unverhältnismäßigkeit“ des für eine Neuverfliesung notwendigen Aufwandes erweist sich demnach als unberechtigt (OGH 7 Ob 131/99 m bbl 1999, 242).

Beispiel 2:

Auch der Ästhetik kann unter Umständen eine gewisse Werksfunktion zukommen, nämlich insb dann, wenn das Werk gerade mit Rücksicht auf seine optische Qualität besonders kostspielig ist.

Ausgehend von diesen Grundsätzen kann die Ansicht des Berufungsgerichts, die nach den erstgerichtlichen Feststellungen mit etwa ATS 670.000,- (= € 48.690,80) zu veranschlagenden Kosten einer Mängelbehebung seien im Vergleich zu dem dadurch erzielten Nutzen (doch noch) nicht unverhältnismäßig hoch, gebilligt werden. Der vom Berufungsgericht betonte Aspekt, ein – mangelnde Hygiene suggerierender – „unordentlicher Zustand“ des Parkettbodens sei bei einer Ordination von Augenfachärzten keineswegs hinzunehmen, rechtfertigt auch einen (fast) die Herstellungskosten erreichenden Sanierungsaufwand. Die Behauptung des AN, die optische Qualität der Parkettböden werde durch die zahlreichen (in insgesamt 19 Räumen bzw Bereichen festgestellten) Mängel nur geringfügig beeinträchtigt, wird durch die erstgerichtlichen Feststellungen, die durch die im Akt erliegenden 27 Fotos sowie die anlässlich der Beweissicherung angefertigten weiteren Lichtbilder unterstützt und bestätigt werden, widerlegt. Dass der AG angesichts der zahlreichen Fehler und Mängel des vom AN hergestellten Werks nach unzureichenden Mängelbehebungsversuchen weitere Verbesserungsversuche abgelehnt hat, machte zwar die Werklohnforderung fällig; der AN hat aber dem AG die (fiktiven) Kosten der noch nicht vorgenommenen Verbesserungsarbeiten zu ersetzen (OGH 7 Ob 235/02 p ecolox 2003/198).

Beispiel 3:

Der AG verweigert dem AN die Bezahlung des Werklohns für die Herstellung des Bodens einer Produktionshalle in der Farbe „Verkehrsblau“. Der verlegte Boden sei (aufgrund seiner Farbe) für den dem AN bekannten Verwendungszweck vollkommen ungeeignet, der AG sei darauf aber nicht hingewiesen worden. Neben der Irrtumsanfechtung macht der AG geltend, dass die Klageforderung wegen vorhandener „grob mangelhafter“ Werkleistung nicht fällig sei.

Die der Vorinstanzen haben festgestellt, dass

- die (den Boden maßgeblich in seiner Ästhetik beeinträchtigenden) Kratzspuren schon wenige Wochen nach Benützung des neuen Bodens durch die im Druckereibetrieb des AG üblicherweise verwendeten Geräte (in der Halle bedingter Rollverkehr von „Flurförderfahrzeugen“ und Handgabelstaplern) entstanden sind, weil dadurch „systemimmanent“ die hellen Füllstoffe des „verkehrsblauen“ Bodens sichtbar werden
- sich dadurch ein ästhetisch unansehnliches Erscheinungsbild der neu verlegten Beschichtung ergibt
- es sich bei dem (aus dem Anbot des AN ausgewählten) Farbton „Verkehrsblau“ um den insoweit ungeeignetsten Farbton handelt (weil die bestehenden Kratzer auf einem zB grauen Boden nur für einen Fachmann, nicht aber für einen Laien ersichtlich wären)
- der AN den AG auf diese Folge der Auswahl des Farbtönen „Verkehrsblau“ hinwies (wobei der alte Boden viel heller gewesen war)
- dem AN nicht nur die Beanspruchung des Bodens sondern auch der Umstand bekannt war, dass der AG großen Wert auf ein gutes Aussehen des Bodens legte
- der Boden bei der vorgegebenen Benützung immer zerkratzt wird, das Problem (des „auffällig unästhetischen“ Bodens) also nicht beseitigbar ist

Nach der Rsp ist der vom AN zu leistende Aufwand dann unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem AG gewährt, gegen den für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig ist, dass Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Missverhältnis stehen und sich die Beseitigung daher nicht lohnt.

Die Höhe der Behebungskosten ist allerdings nicht allein ausschlaggebend. Es ist vielmehr auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den AG Bedacht zu nehmen. Dabei sind nicht nur Mängel, die die Gebrauchstauglichkeit des Werkes beeinträchtigen, zu berücksichtigen, sondern auch die Unzumutbarkeit des Mangels für den AG aus sonstigen Gründen, wobei auch der Ästhetik unter Umständen eine gewisse Werksfunktion zukommen kann, nämlich insb dann, wenn das Werk gerade mit Rücksicht auf seine optische Qualität besonders kostspielig ist.

Ist der störende optische Mangel nur mit hohem Aufwand beseitigbar, kann in einem solchen Fall der AG nicht darauf verwiesen werden, dass die Funktionalität ohnehin gewahrt sei (OGH 31. 3. 2004, 7 Ob 33/04 k).

Auch nach der neuen Rechtslage (§ 932 ABGB idF BGBl I 2001/48) ist die „Unverhältnismäßigkeit“ der Verbesserung iSd § 932 Abs 4 ABGB nicht – wie nach § 932 Abs 2 ABGB – „relativ“ im Verhältnis zu einer konkreten sekundären Abhilfe (Preisminderung) zu beurteilen, sondern wie bisher „absolut“ und gewichtiger. Eine Übertragung der in § 932 Abs 2 ABGB vorgegebenen Beurteilungsmechanismen und deren Gewichtung ist daher nicht möglich. **Die „absolute“ Unverhältnismäßigkeit kann daher – wie bisher – bejaht werden, wenn der mit der Verbesserung verbundene Aufwand in keinem Verhältnis zu der Bedeutung des Mangels für den AG steht,** wobei dabei insb die für den AG durch den Verweis auf die bloßen Geldansprüche (Preisminderung) verbundenen zusätzlichen Unannehmlichkeiten zu berücksichtigen sind. Ist die Beeinträchtigung des AG als wesentlich anzusehen, so werden auch über den Wert des Werkes liegende Kosten für die Verbesserung aufzuwenden sein (OGH 8 Ob 108/06 z SZ 2006/184 = JBl 2007, 519 [Faber] = EvBl 2007/66 = RdW 2007/481 = Zak 2007/119; 6 Ob 241/06 v ecolox 2008/180 = Zak 2008/396). **Ein Mangel ist demnach unbehebbar, wenn er sich mit wirtschaftlich vernünftigen Mitteln nicht beseitigen lässt. Behauptungs- und beweispflichtig ist der AG (Reischauer in Rummel I³ § 932 Rz 1; 8 Ob 97/00 y ecolox 2000/310 = bbl 2000/169 = RdW 2000/718 = wbl 2001, 286).**

Unverhältnismäßiger Behebungsaufwand wurde angenommen:

Beispiel 1:

Für die Errichtung einer Kirchenmauer wurden nicht die vereinbarten Steine verwendet. Da der Austausch der Steine DM 20.000,-, dem eine Wertsteigerung von nur DM 8.000,- gegenüberstand, gekostet hätte, wurde Unverhältnismäßigkeit angenommen (OGH Rep III 483/06 RGZ 66, 167).

Beispiel 2:

Als unverhältnismäßig angesehen wurde der Behebungsaufwand von ATS 2.500,- bei einer um ATS 10.683,- gelieferten Gastzimmereinrichtung angesehen: die Bretter der Tische und Bänke waren zu kurz und passten in Farbe und Maserung nicht zusammen (OGH 3 Ob 380/59 JBl 1960, 445).

Beispiel 3:

Unverhältnismäßig ist auch ein Behebungsaufwand für eine mangelhafte Heizungs- und Lüftungsanlage, wenn die Wohnungseigentümer der beklagten Wohnungsgenossenschaft im Großen und Ganzen einverstanden sind. Dazu kommt, dass die Wohnungseigentümer für längere Zeit eine ihnen in jedem Fall unangenehme Beeinträchtigung der Wohnqualität durch Baumaßnahmen hinnehmen müssten, da praktisch eine andere Heizungs- und eine andere Lüftungsanlage eingebaut würden. Andererseits würde das Beharren auf die Verbesserungsarbeiten einen „Justament-Standpunkt“ darstellen und das Erzwingen der buchstabengetreuen Einhaltung der ursprünglich getroffenen Vereinbarung einen sehr erheblichen Kostenaufwand erfordern (OGH 3 Ob 552/89 JBl 1990, 461 = RdW 1990, 109).

Beispiel 4:

Der AG beauftragte den AN mit der Versiegelung einer Werkshalle. Der Werklohn belief sich auf ATS 287.280. Wenige Wochen nach Vervollendung der Arbeit traten auf dem Boden Abplatzungen auf. Nachdem sich die Ausbesserungsversuche des AN als „nicht zielführend“ herausgestellt hatten, ließ der AG den Boden von einem Dritten um ATS 513.120,- generalsanieren. Eine bloß „örtliche Sanierung“ der schadhaften Stellen hätte ATS 8.400,- gekostet, gleichzeitig aber den Boden optisch wie einen „Fleckerlteppich“ erscheinen lassen. Der AN klagte den AG auf Zahlung des restlichen Werklohns, der dagegen Schadenersatzansprüche und Preisminderung einwendete.

Die Verbesserung ist unzulässig, wenn der Vorteil für den AG im Verhältnis zu den hierzu erforderlichen Kosten so gering ist, dass Vorteil und Aufwand im auffallenden Missverhältnis stehen. Ausschlaggebend sind dabei nicht allein die Behebungskosten, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den AG Bedacht zu nehmen.

Soweit nur optische oder funktionelle, dh bei Gebrauch des Werkes nicht ins Gewicht fallende Mängel vorliegen, hält sich die Beurteilung des Berufungsgericht, das eine Unverhältnismäßigkeit der den Klagsbetrag zumindest erreichenden Sanierung durch Erneuerung praktisch der gesamten Kunstharzbeschichtung bejaht hat, im Rahmen dieser Rsp (OGH 7 Ob 238/99 c ecocolex 2000/167 = RdW 2000/110).

Beispiel 5:

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann der AG bei Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Verbesserung nur Preisminderung begehren (OGH 5 Ob 630/89 SZ 62/169 = JBl 1990, 248 [*Rebhahn*] mwN).

Der vom AN zu leistende Aufwand ist unverhältnismäßig, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem AG gewährt, gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand an Kosten und Arbeit so geringwertig ist, dass Vorteil und Aufwand in offensichtlichem Missverhältnis stehen und sich die Beseitigung daher nicht lohnt.

Die Höhe der Behebungskosten allein ist nicht ausschlaggebend, sondern es ist auf die Wichtigkeit einer Behebung des Mangels für den Besteller Bedacht zu nehmen. Hierbei ist nicht nur auf Mängel, die die Gebrauchstauglichkeit des Werkes beeinträchtigen, sondern auch auf die Unzumutbarkeit des Mangels für den Besteller aus sonstigen Gründen Bedacht zu nehmen.

Auch der Ästhetik kann unter Umständen eine gewisse Werksfunktion zukommen, nämlich insb dann, wenn das Werk gerade mit Rücksicht auf seine optische Qualität besonders kostspielig ist.

Das Verhältnis zwischen Vorteil und Aufwand einer Mängelbeseitigung unter Berücksichtigung der Unzumutbarkeit des Mangels für den AG aus sonstigen Gründen hängt aber regelmäßig von den konkreten Umständen ab. Ein Abweichen des Berufungsgerichts von den von der Rsp des OGH vorgegebenen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall ebenso wenig erkennbar wie eine Überschreitung des im Einzelfall jeweils bestehen bleibenden Ermessensspielraumes, wenn es die hier beschriebenen Mängel (geringfügige Vertiefungen in der Asphaltdecke des Vorplatzes, die dessen Nutzung nicht beeinträchtigen, aber nur durch Abtragen der gesamten Asphaltfläche saniert werden könnten; Errichtung einer Steinschichtung als Stützmauer, die zwar die ihr zukommende statische Funktion erfüllt, aber in Ausführung und Optik hinter dem Üblichen zurückbleibt, wobei eine Sanierung nach dem Gutachten des Sachverständigen hohen wirtschaftlichen Aufwand erfordert) rechtlich als unbehebbar gem § 932 ABGB beurteilt hat. Auch insoweit liegt daher entgegen den Ausführungen des Rekurses keine Rechtsfrage von der Qualifikation des § 502 Abs 1 ZPO vor (OGH 4 Ob 150/02 s RdW 2003/75).

Kein unverhältnismäßiger Behebungsaufwand wurde angenommen:

Beispiel 1:

Der Aufwand für die Wiederherstellung eines mangelhaften Dachstuhls war höher als der vereinbarte Werklohn: Der OGH hielt dies für irrelevant, weil die Kosten für die Reparatur, im Vergleich zu den Kosten einer Neuherstellung immer noch geringer waren (OGH 3 Ob 661/52 SZ 25/277).

Beispiel 2:

Die Terrazzoplatten in einer Bäckerei konnten nur mit Bimsstein gereinigt werden; trotz der hohen Verbesserungskosten (50% des Werklohnes) lag aufgrund der sanitären Interessen des AG keine Unverhältnismäßigkeit vor (OGH 6 Ob 58/74 SZ 47/58 = EvBl 1975/18).

Beispiel 3:

Bei Schwimmbadkabinen waren Spalten in den Wänden, durch die man durchsehen konnte: Der Behebungsaufwand betrug ATS 300.000,-, der Werklohn 2 Mio ATS (OGH 7 Ob 654/79 SZ 53/7).

Beispiel 4:

Die Sanierungskosten nicht lichtechter Kunststoffpaneele lagen weit unter dem Kaufpreis und stellten die einzige Möglichkeit dar, den dem AG garantierten ästhetischen Gesamteindruck des Gebäudes herbeizuführen (OGH 1 Ob 829/81 SZ 55/29 = HdBW V/25).

Beispiel 5:

Bei Neuherstellung des Bodens einer Produktionshalle, weil die Farbe „Verkehrsblau“ ungeeignet war (OGH 31. 3. 2004, 7 Ob 33/04 k).

iv) Der AN lehnt die Verbesserung ab

Lehnt der AN die Verbesserung ab, kann der AG die Rechtbehelfe der „zweiten Ebene“ wählen.

v) Verbesserungsverzug

Der AN muss die Verbesserung innerhalb angemessener Frist vornehmen. Welche Frist „angemessen“ gem § 932 Abs 4 ABGB ist, wird weder in den Gesetzesmaterialien noch in der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie näher determiniert. **Welche Umstände bei der Beurteilung der Angemessenheit zu berücksichtigen sind, ergibt sich allerdings zum Teil aus dem Gesetz selbst, nämlich aus § 932 Abs 3 ABGB, wonach die Art der Sache und der damit verfolgte Zweck zu berücksichtigen sind** (*Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 ABGB Rz 26; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 123). **Der Tatbestand stellt nicht bloß auf Umstände auf Seiten des AG, sondern auch auf die des AN ab.** Die Angemessenheit ist danach zu bestimmen, welcher Zeitraum für die Vorbereitung und Durchführung der Leistung nötig ist und wie dringend sie der AG braucht (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 58; OGH 3 Ob 1028/29 SZ 11/270). Es ist etwa zu berücksichtigen, dass komplizierte Reparaturen mehr Zeit als einfache benötigen, aber auch, ob die Sache ihrer Natur nach besonders dringend gebraucht wird (*Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 124 mwN; *Ofner in Schwimann*, ABGB³ IV § 932 Rz 36 f; OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71; 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 = RdW 2007/154 = bbl 2006/197).

Beispiel 1:

Nach diesen Kriterien war die dem Kläger mit Schreiben vom 14. 4. 2003 gesetzte Frist zur Behebung der zugleich gerügten Mängel von bloß vierzehn Tagen zu kurz.

Der Kläger hätte, um die Verbesserung ordnungsgemäß auszuführen, die Materialien, die zur Herstellung einer Farbgleichheit zwischen den einzelnen Küchenteilen, zur Beseitigung der infolge von Sprüngen schadhafte Küchenschranktüren und insb auch zur Ersetzung der gesprungenen Arbeitsplatte erforderlich gewesen wären, seinerseits erst bestellen und dann die Anfertigung neuer Küchenteile in seiner Werkstatt durchführen müssen. Es liegt auf der Hand, dass derartige Vorgänge längere Zeit in Anspruch nehmen. Außerdem war einzukalkulieren, dass der Kläger zunächst die behaupteten Mängel an Ort und Stelle besichtigen und sich selbst im Klaren werden musste, auf welche Art und Weise eine zielführende Mängelbeseitigung durchzuführen sein werde.

Andererseits beeinträchtigten die Mängel die Funktion der Küche nicht. Sie waren bloß optisch störend. Eine besondere Dringlichkeit der Verbesserungsarbeiten war daher nicht gegeben. Die Frist, die zwischen der Mängelrüge und der angekündigten Abholung der restlichen Fronten und Besichtigung der Sprünge in der Arbeitsplatte lag, ist im Hinblick auf die fehlende Dringlichkeit und insb darauf, dass die Frist ohnehin nicht ungenützt verstrich, sondern ein Teil der Küchenfront versuchsshalber zwecks Verbesserung bearbeitet wurde, in diesem Einzelfall noch nicht unangemessen lang (OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71).

Beispiel 2:

Vereinbarter Fertigstellungstermin laut Werkvertrag war der 13. 6. 2003. Zu diesem Zeitpunkt sollte die Heizanlage betriebsbereit sein.

Der AG hat dem beklagten AN bis Ende März 2004 die Möglichkeit zu Verbesserungen gegeben, um die Funktionsfähigkeit der Heizanlage herzustellen. Die bis dahin unternommenen Verbesserungsversuche blieben erfolglos.

Für die Frage, ob die dem AN gewährte Frist „angemessen“ iSd § 932 Abs 4 ABGB war, sind die Art des Werks und der damit verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Umstände auf Seiten des Bestellers sind in die Beurteilung ebenso einzubeziehen wie Umstände auf Seiten des AN.

Wendet man diesen Beurteilungsmaßstab im vorliegenden Fall an, ist die tatsächlich eingeräumte Verbesserungsfrist von über neun Monaten auch bei Berücksichtigung des Umstands angemessen, dass es sich bei der Heizungsanlage für das Einfamilienhaus um ein „Pilotprojekt“ handelte. Auch in einem solchen Fall muss angenommen werden, dass der AN einen annähernd realistischen Fertigstellungszeitpunkt nennt und jedenfalls innerhalb von neun Monaten danach die Heizungsanlage auch tatsächlich funktionsfähig herstellen kann (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 = RdW 2007/154 = bbl 2006/197).

Wird der Mangel nicht innerhalb der gesetzten angemessenen Nachfrist oder trotz wiederholter Verbesserungsversuche behoben, tritt Verbesserungsverzug ein. Der AG kann schon bei Misslingen des ersten Verbesserungsversuches die sekundären Gewährleistungsbehelfe (Wandlung oder Preisminderung) geltend machen (OGH 7 Ob 194/05 p ecolex 2006/6 = RdW 2006/7 = ZVR 2006/91; 7 Ob 239/05 f ecolex 2006/228 = JBl 2006, 585 = RdW 2006/448 = Zak 2006/329; 6 Ob 143/07 h ecolex 2007/355 [*B. Jud*] = EvBl 2007/166 = bbl 2007/196 = Zak 2007/710).

Bleibt das Werk trotz wiederholter Verbesserungsversuche des AN mit Mängeln behaftet, hat der AG folgende Möglichkeiten: Hat der AG bereits mit der Setzung einer angemessener Nachfrist eine Rücktrittserklärung abgegeben, kann er

– den Rücktritt (Wandlung) wirksam werden lassen oder

- **einen Dritten mit den Verbesserungsarbeiten beauftragen** und die Kosten der Ersatzvornahme einklagen oder
- **weiter auf Verbesserung bestehen**

Hat der AG bereits mit der Setzung einer angemessener Nachfrist eine Rücktrittserklärung abgegeben, kann er den Rücktritt wirksam werden lassen und je nach Lage des Falles den Werklohn nicht bezahlen oder klagsweise zurückfordern (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509; 6 Ob 16/68 SZ 41/9; 6 Ob 741/78 EvBl 1979/127). Bei Verbesserungsverzug darf der AG selbst einen behebbaren Mangel als unbehebbar behandeln und Wandlung begehren (*Ofner* in *Schwimmann* ABGB³ IV § 932 Rz 51 f; *Reischauer* in *Rummel* I³ § 932 Rz 12; OGH 6 Ob 639/88 SZ 61/238 = JBl 1989, 241). Ob die Erklärung des AG den Vertrag aufzuheben einen Rücktritt nach § 918 ABGB darstellt oder eine Wandlung nach § 1167 ABGB, ist umstritten. Die L erblickt darin überwiegend einen Rücktritt (*Bydlinski* in *Klang* IV/2², 153; *Gschntzer* in *Klang* IV/1², 539; *Gschntzer/Faistenberger/Barta/Escher*, Schuldrecht AT², 422 f; *Koziol/Welser* II¹³, 75; *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag, 77 ff; *Wilhelm* in JBl 1975, 113). Die Rsp verwendet in manchen Fällen den Begriff **Rücktritt** (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/509; 6 Ob 16/68 SZ 41/9; 6 Ob 7/42 JBl 1973, 529), in anderen Fällen den Begriff **Wandlung** (OGH 6 Ob 741/78 EvBl 1979/127; 8 Ob 32/66 SZ 39/34; 1 Ob 531/77 SZ 50/85; 8 Ob 182/67 HS 6377; 1 Ob 26/75 SZ 48/56 = HS 9413). Aus praktischer Sicht ist diese dogmatische Einordnung nicht von besonderer Bedeutung.

Selbst wenn der AG schon den Rücktritt erklärt hat, kann er weiter auf Verbesserung bestehen. Er muss dies allerdings in analoger Anwendung der Regeln über das Fixgeschäft (§ 919 ABGB) unverzüglich dem AN anzeigen und ihm eine weitere angemessene Nachfrist setzen (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 61 ff und 72).

Hat der AG lediglich Verbesserung innerhalb angemessener Nachfrist begehrt, aber noch keine Rücktrittserklärung abgegeben, muss er

- entweder nunmehr eine **Rücktrittserklärung abgeben** (Wandlung erklären) **und** gleichzeitig eine **neuerliche Nachfrist setzen**
- **oder auf Verbesserung bestehen und Verbesserung** sowie den Verspätungsschaden (§ 918 Abs 1 ABGB) – Verschulden vorausgesetzt – innerhalb der Gewährleistungsfrist **einklagen**

Eine neuerliche Rücktrittserklärung ist notwendig, weil die bloße Setzung einer Nachfrist ohne Rücktrittserklärung nach der überwiegenden Rsp für den Rücktritt nicht genügt (*Wilhelm*, JBl 1976, 515 ff; OGH 4 Ob 587, 588/87 JBl 1988, 241; 1 Ob 688/87 SZ 60/287 = EvBl 1988/72 = JBl 1988, 317, 341). Diese zweite Nachfrist wird allerdings kürzer sein können, weil nunmehr die zur Beschleunigung und Vollendung der bereits vorbereiteten Erfüllung notwendige Zeit gewährt werden muss (*Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 66; *Reischauer* in *Rummel* I³ § 918 Rz 11; OGH 5 Ob 88/61 SZ 34/54; 7 Ob 507/77 EvBl 1978/2; 1 Ob 688/87 SZ 60/287 = JBl 1988, 317, 341 = EvBl 1988/72).

vi) Erhebliche Unannehmlichkeiten für den AG

Ein weitere Fall, der den AG berechtigt, die sekundären Rechtsbehelfe (Preisminderung und Wandlung) geltend zu machen, ohne dem AN eine Verbesserungsmöglichkeit zu geben, liegt vor, wenn die Verbesserung für den AG mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden ist.

In der Regierungsvorlage werden umfangreiche Stemm- und Maurerarbeiten samt den damit einhergehenden Schmutz- und Lärmbelastigungen als Beispiel für **erhebliche Unannehmlichkeiten** genannt. **Durchschnittliche Belastungen des AG**, wie sie mit einer Nacherfüllung regelmäßig verbunden sind, **können** jedenfalls noch **nicht als „erhebliche Unannehmlichkeiten“ gewertet werden**; vielmehr muss dazu die Verbesserung durch den AN eine gewisse Härte für den AG darstellen, die sich aus der Art des Mangels oder aus mit der Veranlassung oder der Durchführung der Verbesserung verbundenen Umständen ergeben kann. **Dass Handwerker ein- und ausgehen und Schmutz- und Lärmbelastigungen auftreten, ist nahezu zwangsläufig mit jeder Mängelbehebung an einem Wohngebäude und an darin eingebauten Sachen verbunden und stellen daher keine erheblichen Unannehmlichkeiten dar** (vgl *Welser/Jud*, Die neue Gewährleistung § 932 ABGB Rz 31; OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71; 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = RdW 2007/154 = bbl 2006/197; 5 Ob 191/05 g ecolex 2006/311 [*B. Jud*] = JBl 2006, 518 [*P. Bydlinski*] = RdW 2006/393 = bbl 2006/95 = Zak 2006/196).

Beispiel 1:

Dass der AG bei Vornahme der aufgezeigten Verbesserungsmöglichkeit „erhebliche Unannehmlichkeiten“ zu erdulden gehabt hätte, versucht er mit dem Hinweis darzulegen, dass die Küche „zerlegt“ hätte werden müssen, einige Tage nicht zu verwenden gewesen wäre, Schmutz- und Lärmbelastigungen entstanden wären und Handwerker das Haus frequentiert hätten. Damit vermag er aber keinen besonderen Härtefall aufzuzeigen, vor dem der AG nach den Intentionen der Richtlinie und des österreichischen Gesetzgebers geschützt werden soll. Dass Handwerker ein- und ausgehen und Schmutz- und Lärmbelastigungen auftreten, ist nahezu zwangsläufig mit jeder Mängelbehebung an einem Wohngebäude und an darin eingebauten Sachen verbunden. Ein zweitägiger Verzicht auf die Benützung der Einbauküche eines Privathaushalts mag zwar die alltäglichen Abläufe kurzfristig stören, im Allgemeinen kann aber von einer erheblichen Beeinträchtigung keine Rede sein. An die in den vom Berufungsgericht zitierten Gesetzesmaterialien angeführten Beispiele, wo die Grenze der zu tolerierenden Unannehmlichkeiten zu ziehen sei, reichen die hier im Fall einer zielführenden Verbesserung zu gewärtigenden Belastigungen, nicht heran (OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71).

Beispiel 2:

Im vorliegenden Fall hat der Käufer einer Wohnung die Verbesserung selbst vornehmen lassen, sodass die Eigenart der dazu erforderlichen Arbeiten für ihn jedenfalls nicht „erheblich unannehmlich“ gewesen sein kann.

Im Übrigen hat das Berufungsgericht ein erhebliches Interesse des Käufers zur selbst veranlassten Verbesserung darin gesehen, dass von den Undichtheiten des Flachdachs insb die darunter liegende Wohnung des Käufers und von den Sanierungsarbeiten auch allgemeine Teile des Hauses betroffen gewesen seien, daher das Einvernehmen mit den Miteigentümern herzustellen und überdies die Koordination mit den umfangreichen Umbauarbeiten in der Wohnung des Käufers erforderlich gewesen sei.

Den gewichtigsten Nachteil meinte das Berufungsgericht aber in der Möglichkeit einer mangelhaften Sanierung durch den Verkäufer erkennen zu können, weil dem Käufer dann keine eigenen Ansprüche gegen das sanierende Bauunternehmen zugestanden hätten, sondern dieser auf die Vermittlung des Verkäufers angewiesen gewesen wäre.

All diese vom Berufungsgericht genannten Umstände mögen für die Abwicklung der Verbesserungsarbeiten wesentlich sein; indem es daraus „erhebliche Unannehmlichkeiten“ iSd § 932 Abs 4 ABGB ableitet, unterstellt das Berufungsgericht jedoch, dass ein vom Verkäufer beauftragtes Fachunternehmen diese Verbesserungsarbeiten möglicherweise nicht zeit-, sach- und fachgerecht sowie im Einvernehmen mit den Miteigentümern und in Abstimmung mit den Umbauarbeiten des Käufers vorgenommen hätte oder nicht vornehmen hätte können. Derartiges hat aber der Käufer weder behauptet noch ergeben sich dafür Anhaltspunkte aus den erstgerichtlichen Sachverhaltsfeststellungen. Ohne ausreichendes Behauptungs- und Tatsachensubstrat darf aber nicht unterstellt werden, eine vom Verkäufer veranlasste Verbesserung werde nicht zeit-, sach- und fachgerecht durchgeführt, weil sonst praktisch immer der gesetzlich vorgesehene Vorrang der Herstellungsansprüche umgangen werden könnte.

Da der Käufer für das Vorliegen der Voraussetzungen zur sofortigen Inanspruchnahme der Preisminderung behauptungs- und beweispflichtig ist und auf der Grundlage dessen erstinstanzlichen Prozessvorbringens, sowie der vom Erstgericht getroffenen Feststellung aus einer Verbesserung durch die Verkäuferin drohenden „erheblichen Unannehmlichkeiten“ iSd § 932 Abs 4 ABGB nicht abgeleitet werden können, kann darauf der Käufer die primäre Geltendmachung des Preisminderungsanspruchs nicht erfolgreich stützen (OGH 5 Ob 191/05 g ecolex 2006/311 [B. Jud] = JBl 2006, 518 [P. Bydlinski] = RdW 2006/393 = bbl 2006/95 = Zak 2006/196).

Erhebliche Unannehmlichkeiten wurden in der Rsp angenommen, wenn zur Sanierung einer nicht funktionierenden Heizung ein weiterer Kachelofen eingebaut werden muss, Durchbrüche in Boden, Wand und Decke zur Errichtung eines Schachts ins Obergeschoß sowie Ausschneiden von Wandteilen und Anbringen von Lüftungsgittern notwendig sind (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [B. Jud] = bbl 2006/193 = Zak 2006/638 = RdW 2007/154).

Beispiel:

Einer weiteren Verbesserung des Werks steht auch der Umstand entgegen, dass die von der Beklagten angestrebten Maßnahmen (Einbau eines weiteren Kachelofens, Durchbrüche in Boden, Wand und Decke zur Errichtung eines Schachts ins Obergeschoß, Ausschneiden von Wandteilen und Anbringen von Lüftungsgittern) für den Kläger mit erheblichen Unannehmlichkeiten verbunden wären und letztlich auch dazu führten, dass sich die Heizanlage in wesentlichen Punkten von der im Werkvertrag vereinbarten Ausführung unterschiede. Die vorgeschlagenen Maßnahmen bilden daher in Wahrheit keine zur Vertragserfüllung führende Verbesserung, sondern hätten zur Folge, dass der Kläger (im günstigsten Fall) eine funktionierende, aber dem Werkvertrag nicht entsprechende Heizanlage erhielte (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [B. Jud] = bbl 2006/193 = Zak 2006/638 = RdW 2007/154).

vii) Triftige, in der Person des AN liegende Gründe

Schließlich muss der AG nicht Verbesserung verlangen, wenn sie ihm aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen unzumutbar ist. Triftige, in der Person des AN liegende Gründe wären etwa Fehler, die eine besondere Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des AN nahe legen.

Der Tatbestand – Unzumutbarkeit der Verbesserung aus triftigen, in der Person des AN liegenden Gründen – geht nicht auf die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie zurück. Wie sich allerdings allein schon aus dem Vorrang der Mängelbeseitigungschance ergibt, kann die Mangelhaftigkeit der Leistung als solche nicht zur sofortigen Wandlung berechtigen (*Reischauer*, Das neue Gewährleistungsrecht und seine schadenersatzrechtlichen Folgen, JBl 2002, 137 [149]). **Die Gesetzesmaterialien (RV 422 BlgNR 21. GP 18) machen klar, dass es sich um einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des AN handeln muss und die Mangelhaftigkeit der Leistung allein noch nicht ausreicht** (*Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht 129; OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71; 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [B. Jud] = bbl 2006/193 = Zak 2006/638 = RdW 2007/154; 8 Ob 14/08 d = ecolex 2008, 905 = RdW 2008, 645 = Zak 2008, 313).

Beispiel:

Die vom AN erbrachte Werkleistung ist zwar in verschiedener Richtung nicht zufriedenstellend gelungen. In diesem Misslingen hat sich aber weder eine nicht mehr zu tolerierende Unzuverlässigkeit noch ein generelles Unvermögen, das bestellte Werk ordnungsgemäß auszuführen, dokumentiert (OGH 6 Ob 85/05 a SZ 2005/157 = JBl 2006,458 = EvBl 2006/44 = RdW 2006/131 = Zak 2006/21 = bbl 2006, 71).

An einen qualifizierten Verlust des Vertrauens in die Kompetenz des AN wird der gleiche Maßstab anzulegen sein, wie beim Rücktritt vom Vertrag durch den AG nach § 918 Abs 1 ABGB, wenn ein Vertrauensverlust in den AN eingetreten ist. Ein Vertrauensverlust muss mit einer schweren Erschütterung des Vertrauens in seine Person einhergehen (OGH 7 Ob 40/05 s ecolex 2006/3; 5 Ob 166/07 h ecolex 2007/387 = bbl 2008/28).

Beispiel 1:

Leistet der AN verspätet und noch dazu mangelhaft, sodass der GU selbst die Vertragsauflösung durch seinen Auftraggeber droht, so stellt dies zweifellos einen wichtigen Grund zur Vertragsauflösung dar (OGH 7 Ob 40/05 s eolex 2006/3).

Beispiel 2:

Nach den Feststellungen zeigten nämlich die von der Beklagten erbrachten „Leistungen“ folgendes Bild:
„Ins Auge fiel das unregelmäßige Fugenbild in Wand- und Bodenbelägen. Die Räume zwischen den Fliesen, welche als Fugen bezeichnet werden, wiesen deutliche Differenzen in der gewählten Breite auf. Die bisher verlegten Flächen (Wände, wie Böden) waren generell nicht verfugt, die Fugenbreite variierte von 2 bis 7 mm. Auf allen Wänden und Böden war das Erscheinungsbild störend ungleichmäßig, die Beläge an der Wand waren außerdem nicht lotrecht verlegt, plus/minus 1 cm. Die senkrechten Eckfugen – sog Ichsen – wurden nahezu in allen verlegten Wohneinheiten als Knirsch- oder Pressfugen ausgeführt. An diesen Knirsch-, Pressfugen wurde im Nachhinein versucht, mittels rotierender Diamantscheibe die erforderliche offene Fuge herzustellen. Als Folge dieser Maßnahme stellte (der Sachverständige) irreparable Schäden an Fliesenflanken fest, welche durch freihändiges Führen der entsprechenden Maschine entstanden. An den jeweils den Schnittstellen gegenüberliegenden Wandflächen wurde durch Schneidemittelauswurf der Maschine die keramischen Fliesen in ihrer Oberfläche irreparabel beschädigt. In mehreren Fällen waren Fliesen durch das Auffräsen gesprungen oder überhaupt abgefallen. Die Auslässe in den Fliesen, welche an Rohrdurchführungen angepasst werden mussten, wiesen in nahezu allen Wohneinheiten zu kleine oder zu große Querschnitte auf, aufgekömmt wurde der verwendete Fliesenkleber mit einer 6 mm Zahnung, was in den Bereichen von bereits abgefallenen Fliesen erkennbar war. Teilbereiche der Wandverfließungen ließen sich ohne besonderen Kraftaufwand von Hand ablösen. Die Rückseite der Fliesen zeigte in diesen Fällen keine erwähnenswerte Anhaftungen von Fliesenkleber. Die Böden, welche diagonal verlegt wurden, wurden in vielen Randbereichen innig an die aufgehenden Bauteile angearbeitet, Gleiches konnte bei den Metalltürzargen festgestellt werden. Die Randstreifen, welche den Estrich von den aufgehenden Bauteilen trennen, wurden bereits vor Beginn der Verlegearbeiten entfernt. Die Metallschienen, welche als Kantenschutz der Fliesen vorgesehen waren, überragten den keramischen Belag in seiner Höhenlage um ca 1 bis 1,5 mm. Die seitlichen Anbindungen an aufgehende Bauteile waren in vielen Bereichen als Pressfuge ausgeführt, in anderen Teilbereichen waren übergroße Abstände zum senkrechten Wandteil zu sehen. Diese ‚Großfugen‘ können auch durch die noch anzubringenden Sockelfliesen nicht abgedeckt werden. Der Sachverständige erkannte in den bisher vom AN ausgeführten Fliesenverlegearbeiten eine Vielzahl von Mängeln und die Arbeiten nicht entsprechend der ÖNORM B 2207 durchgeführt. Als Mängelbehebung wurde empfohlen, sämtliche bisher verlegte Beläge zu entfernen, eine Sanierung der beschädigten Untergründe durch Spachteln, Abschleifen und Grundieren vorzunehmen, eine Instandsetzung der Isolierung an der Wand durchzuführen, sowie eine richtige Isolierung am Anhydritestrich aufzubringen, vermauerte Wannenkörper durch Abschleifen, Spachteln oder komplette Entfernung des Mauermaterials für anschließende Verfließungsarbeiten vorzubereiten und eine Neuverlegung mit vereinbartem Fliesenmaterial durchzuführen.“

Die Bestimmung des § 918 Abs 2 ABGB sanktioniert nicht ausschließlich einen Leistungsverzug, sondern auch den in der Verweigerung der Zuhaltung von vereinbarten wesentlichen Vertragsbedingungen gelegenen Vertragsbruch, wenn er mit einer schweren Erschütterung des Vertrauens in die Person des Vertragspartners einhergeht.

Soweit sich der AN auf den bei Vertragsrücktritt durch AG noch nicht erreichten Leistungsendtermin beruft, verkennt er die Rechtslage und die wesentliche Argumentation des Berufungsgerichts. § 918 Abs 1 ABGB eröffnet nämlich die Möglichkeit des Vertragsrücktritts nicht nur dann, wenn ein entgeltlicher Vertrag von einem Teil nicht zur gehörigen Zeit, sondern auch dann, wenn er nicht „auf die bedungene Weise“, also etwa nicht in vertragskonformer Qualität erfüllt wird. Gerade diesen Fall hat hier das Berufungsgericht angenommen.

Eine vom OGH aufzugreifende gravierende Fehlbeurteilung dieser Frage liegt nicht vor. Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser Werk„leistungen“ des AN davon ausging, dass deren Weiterbeschäftigung dem AG nicht mehr zumutbar sei, dann liegt darin jedenfalls keine unvertretbare Beurteilung der Sach- und Rechtslage (OGH 5 Ob 166/07 h eolex 2007/387 = bbl 2008/28).

Nur bei einem qualifizierten Vertrauensverlust kann der AG gleich Preisminderung verlangen oder Wandlung erklären.

b) Preisminderung

i) Relative Berechnungsmethode

Die Berechnung der Minderung erfolgt laut hM mit Hilfe der relativen Berechnungsmethode: Der geminderte Preis verhält sich zum vereinbarten Preis wie der Wert der mangelhaften Sache zum Wert der Sache ohne Mangel (Koziol/Welser II¹³, 77; Gschnitzer in Klang IV/1², 538; Mayrhofer/Ehrenzweig, Schuldrecht AT³, 421; Ofner in Schwimann, ABGB³ IV § 932 Rz 67; OGH 1 Ob 657/76 SZ 49/124; 5 Ob 768/80 SZ 54/88; 16. 6. 1982, 1 Ob 626/82; 3 Ob 577/82 JBl 1984, 203; 3 Ob 670/82 HdBW V/59; 6 Ob 221/98 p RdW 1999, 133 = JBl 1999, 115; 23. 5. 2001 3 Ob 188/99; aA Reischauer in Rummel I³ § 932 Rz 8). Die Formel lautet:

$$\frac{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes}}{\text{objektiver Wert des mangelhaften Werkes}} = \frac{\text{vereinbarter Werklohn}}{\text{geminderter Werklohn}}$$

Beispiel:

Im Jahr 1984 betragen die Sanierungskosten für eine im Jahr 1981 mit schweren Baumängeln erworbene Liegenschaft auf der Preisbasis 1984 ATS 909.482,-. Diese wurden mittels des Baukostenindex auf einen im Jahre 1981 erforderlichen Sanierungsaufwand von ATS 782.155,- zurückgeführt und, da er sich über die Mängelbehebung hinaus zur Hälfte als dem Erwerber zugute kommende zusätzliche Erhöhung des Bauwertes (Substanzverbesserung) auswirkt, um 50%, somit auf ATS 391.077,- gekürzt. Nach der relativen Berechnungsmethode war gegenüberzustellen: geminderter Preis : vereinbarter Preis = Wert der mangelhaften Sache : Wert im mangelfreien Zustand.

Demnach errechnete sich der geminderte Preis X wie folgt:

$$\frac{X}{\text{ATS 3.119.000,-}} = \frac{\text{ATS 3.119.000,-}}{\text{ATS 3.119.000,-}}$$

ATS 3.550.000,–

ATS 3.510.000,–

X = ATS 3.154.544,–

Der Preisminderungsanspruch bildete die Differenz zwischen dem tatsächlich gezahlten Preis = ATS 3.550.000,– und dem vorstehend geminderten Preis von ATS 3.154.544,– also rein rechnerisch den Betrag von ATS 395.456,– (OGH 8 Ob 562/90).

Zwischen Preisminderungsansprüchen (**Gewährleistung**) und Geldersatz (**Schadenersatz**) können **Unterschiede** bestehen, da bei der Preisminderung durch die Anwendung der relativen Berechnungsmethode das ursprüngliche Wertverhältnis bei Vertragsabschluss aufrechterhalten und beim schadenersatzrechtlichen Geldersatz entweder die Herstellungskosten oder die Wertdifferenz zwischen mangelhafter und mangelfreier Sache vergütet wird. (*I. Welser in Straube/Aicher, Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II 6.11.1.2.*)

Beispiel:

Beim Anspruch auf angemessene Minderung des Entgelts handelt es sich nicht um einen Anspruch auf Schadenersatz, sondern auf Abänderung des Vertragsinhaltes (OGH 1 Ob 626/82 KRES 6/52).

Die relative Berechnungsmethode hat gerade im Bereich des Werkvertragsrechts erhebliche Schwächen, weil die erforderliche Berechnung des objektiven Verkehrswertes dort versagen muss,

- **wo es keinen Markt, also keinen Verkehrswert gibt** (*Gruber, Gewährleistung Rz 232*). Welchen „Markt“ soll es etwa für eine mangelhaft hergestellte Badezimmerverfliesung oder für einen nicht die bedungene Schlagfestigkeit aufweisenden Industriefußboden geben? *Aurnhammer* (BauR 1978, 356) bringt zahlreiche Beispiele aus der Sicht des Technikers über die Schwierigkeiten bei der Ermittlung einer technischen Wertminderung. Selbst bei mangelfreien Werkleistungen kann es keinen Markt geben, etwa bei individuellen Anfertigungen, wie zB einem nach Maß hergestellten Einbaukasten unter einem Treppenhaus. In diesen Fällen schlägt *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 91, allerdings vor, Kostenvoranschläge von vergleichbaren AN einzuholen. Dies hilft aber auch nicht weiter, weil dadurch nur der Verkehrswert des mangelfreien, nicht aber der des mangelhaften Werkes festgestellt werden kann
- **wo eine vom AG zur Verfügung gestellte Sache lediglich bearbeitet wird**, wie zB Ausbesserungsarbeiten eines Kunsttischlers
- **wo subjektive Erwartungen des AG enttäuscht wurden**: *Peters* (BB 1983, 1952) bringt das anschauliche Beispiel von Badezimmerfliesen, die in einer gängigen Farbe ausgeführt wurden, obwohl der AG eine extravagante Farbe gewünscht hatte. Da eine gängige Farbe den Verkehrswert des Hauses steigern und nicht mindern würde, hätte der AG keinen Anspruch auf Preisminderung, obwohl seine Erwartungen enttäuscht wurden. Zum gleichen Ergebnis müsste man gelangen, wenn die Verlängerung nach dem Muster eines bestehenden schmiedeeisernen Gartenzaunes in Auftrag gegeben wird, schließlich aber ein nicht dazu passendes Gitter hergestellt wird: Der Verkehrswert des Verlängerungsstückes ist nicht beeinträchtigt, wohl aber der Gebrauchswert

Für diese „Problemfälle“ bietet sich eine differenzierte Lösung an: Ist Verbesserung möglich und

- kein Marktwert für das mangelhafte Werk feststellbar (Beispiel: Badezimmerverfliesung) oder
- kein Marktwert für das mangelfreie Werk feststellbar oder
- übersteigt der Marktwert eines mangelhaften Werkes den Wert eines mangelfreien Werkes (Beispiel: es wurde ein teures Kirschholzfurnier anstatt des bestellten Nussholzfurniers geliefert)

wird der Verbesserungsaufwand vom Verkehrswert des mangelfreien Werkes abgezogen und in Relation zum vereinbarten Werklohn gesetzt (*Kurschel, Gewährleistung beim Werkvertrag 93*):

$$\frac{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes}}{\text{objektiver Wert des mangelfreien Werkes} - \text{min. objektive Verbesserungskosten}} = \frac{\text{vereinbarer Lohn}}{\text{geminderter Lohn}}$$

Ist **Verbesserung nicht** oder nur durch Neuherstellung **möglich** oder der Verbesserungsaufwand höher als der bedungene Werklohn, kann die Ausmittlung der Preisminderung nur durch richterliche Festsetzung nach freier Überzeugung gem § 273 ZPO erfolgen.

ii) Preisminderung durch richterliche Festsetzung

Die Preisminderung durch richterliche Festsetzung ist die von der Rsp häufig angewandte Methode, selbst wenn sie sich auf die relative Berechnungsmethode beruft (*Hofmann, RZ 1996, 9; Reischauer in Rummel I³ § 932 Rz 9; OGH 1 Ob 408/58 JBl 1958, 625; 3 Ob 420/53 SZ 26/185 = HS 1815; 12. 12. 1963 EvBl 1963/181*). Daran ändert das Argument nichts, dass „gelegentlich“ nur einer der Parameter der Berechnungsformel nach § 273 ZPO eingeschätzt werden kann, nämlich der Wert der mangelhaften Sache, wenn es keinen Markt für derartige Sachen gibt (OGH 6 Ob 221/98 p JBl 1999, 115; 23. 5. 2001, 3 Ob 188/99 i). In der Praxis wird die **Preisminderung durch richterliche Festsetzung** meist aufgrund eines **Sachverständigengutachtens** ermittelt. Da sich die Sachverständigen lediglich auf ihre langjährigen Erfahrungen zur Begründung des Minderwertes stützen, können voneinander abweichende Schätzungen des Minderwertes vorliegen. Dadurch entziehen sie sich mangels Nachvollziehbarkeit einer kritischen Überprüfung des Gerichtes und ermöglichen keine Feststellung darüber, welcher Schätzung der Vorzug zu geben ist. Ein deutscher Sachverständiger hat eine Bewertungsmethode entwickelt, die in ihrer logischen Abfolge eine nachvollziehbare und überprüfbare Ermittlung des baumängelbedingten Minderwertes ermöglicht. **Das von**

Aurnhammer entwickelte Zielbaumverfahren (BauR 1978, 356) macht den Bewertungsvorgang durch seine Aufgliederung in einzelne Bewertungsstufen transparent. Diese Methode ist geeignet, den Beurteilungsvorgang, indem sie ihn in seinen einzelnen Elementen zur Nachprüfung stellt, weitgehend von jenen Unwägbarkeiten zu befreien, die mit einer globalen, größtenteils auf – notwendig – subjektiver Erfahrung beruhenden Schätzung zwangsläufig verbunden sind. Dies wird dadurch erreicht, dass der Gesamtwert eines Objektes in fortschreitender und stufenweiser Verfeinerung in eine Vielzahl einzelner Wertansätze aufgegliedert wird, die auf diese Weise in das am Gesamtwert orientierte Bezugssystem logisch eingebunden sind und in ihrem jeweiligen Wertgewicht voneinander abhängen und sich gegenseitig bedingen. Der Gesamtwert als Oberziel wird dabei in Teilwerte (Zwischenziele) aufgegliedert, die ihrerseits auf einer weiteren Bewertungsstufe in weiterführender Differenzierung erneut in Teilwerte zerlegt werden, und zwar solange, bis die im Einzelfall zu bewertende Funktion des Objektes genau einem solchen Teilwert entspricht.

Beispiel:

Zu ermitteln war der Minderwert eines Hauses, dem die horizontale Abdichtung des Untergeschoßfußbodens fehlte. Dadurch drang Bodenfeuchtigkeit in die Außenwände des Untergeschoßes ein. Ausgehend vom Globalwert 100% wurde auf einer zweiten Bewertungsmethode für das Haus unter Berücksichtigung von Lage, Gestalt und Funktion ein Ästhetikwert von 20% und ein Gebrauchswert von 80% angenommen. Dieser Gebrauchswert wird auf der dritten Bewertungsebene (Zielebene) in sieben einzelne Teilwerte (Raum- und Flächenangebot, Raumzuordnung, Flexibilität, haustechnische Ausstattung, Materialeigenschaften, besondere wirtschaftliche Konditionen, Schutzfunktionen gegen Störfaktoren) zerlegt und hiebei dem Teilwert Schutzfunktion gegen Störfaktoren eine Gewichtung von 30% zugeordnet. Auf einer vierten Zielebene wird diese Schutzfunktion in fünf weitere Teilwerte aufgegliedert, nämlich Schallschutz, Wärmeschutz, Brandschutz, Feuchteschutz und sonstige Schutzfunktionen. Dabei wird dem Feuchteschutz ein Teilwert in Höhe von 15% zugeordnet, der zusammen mit den übrigen Teilwerten der hier betrachteten vierten Zielebene wiederum den auf der vorherigen Bewertungsstufe angesetzten Wert für die Gesamtheit der Schutzfunktion von 30% ergibt. Der im Feuchteschutz verkörperte Risikoanteil wird sodann auf einer fünften Zielebene je zur Hälfte (7,5%) der Flachdachkonstruktion und den Untergeschoßräumen zugeordnet. Dieser Zwischenwert in Höhe von 7,5% vom Gesamtwert für den Schutz des Untergeschoßes gegen eindringende Feuchtigkeit wird auf der sechsten Bewertungsebene im Hinblick auf die in einer DIN-Norm beschriebenen drei Abdichtungsebenen aufgliedert in die Teilfunktionen äußere, senkrechte Abdichtung des Untergeschoßes, waagrechte Abdichtung der Kellerfußböden und waagrechte Abdichtung der Kellerwände. Dabei sind von dem Teilwert der fünften Bewertungsebene in Höhe von 7,5% für den gesamten Feuchteschutz des Untergeschoßes der Schutzfunktion waagrechte Abdichtung der Kellerfußböden 3,5% und der Schutzfunktion waagrechte Abdichtung der Kellerwände 1,5% zuzuordnen. Da diese beiden Schutzfunktionen im Haus fehlen, besitzt es einen Minderwert, der der Summe der auf diese beiden Schutzfunktionen entfallenden Teilwerte entspricht, das sind 5% vom Gesamtwert des Hauses (OLG Stuttgart 14. 3. 1989 BauR 1989, 611; vgl auch OLG Karlsruhe 19. 10. 1993 BauR 1994, 378; OLG Stuttgart 23. 3. 1994 BauR 1994, 519, 521; OLG Düsseldorf 28. 5. 1993 BauR 1993, 733).

Es wäre wünschenswert, wenn diese Bewertungsmethode auch in die österreichische Rsp im Rahmen der richterlichen Festsetzung nach freier Überzeugung gem § 273 ZPO Eingang finden würde.

iii) Minderung bis zum Grenzwert Null?

Ob der gewährleistungsberechtigte Käufer bei einem zur Wandlung berechtigenden Mangel statt dieser Minderung verlangen kann, wird nunmehr überwiegend, jedenfalls für den Fall bejaht, dass die Leistung für den AG noch brauchbar ist und einen entsprechenden Wert hat (*Jabornegg*, JBl 1976, 184 f; *Reischauer* in *Rummel* I³ § 932 Rz 9; 3 Ob 577/82 JBl 1984, 203; 4 Ob 506/81 SZ 54/60; 5 Ob 696/81 SZ 55/27). Hat die Sache einen Wert, kann die Preisminderung nicht unter den zu ermittelnden Verkehrswert erfolgen. Er ist notfalls durch richterliche Ausmessung zu ermitteln.

Bedenken gegen dieses Wahlrecht bestehen nur aus dem Grund der Interessenwahrung des AN, weil bei unbehebbarer Unbrauchbarkeit die Minderung zum Grenzwert Null führen müsste und der AN somit kein Entgelt erhalte (*Kurschel*, Die Gewährleistung beim Werkvertrag 90; OGH 7 Ob 514/91 RdW 1991, 203 = *ecolex* 1991, 382 = JBl 1991, 522; 6 Ob 221/98 p JBl 1999, 115). In einem solchen Fall ist die **Preisminderung** nicht nach der relativen Berechnungsmethode, sondern **auf den objektiven Verkehrswert vorzunehmen**. (OGH 7 Ob 212/06 m *ecolex* 2007/40 [*kritisch B. Jud*] = bbl 2007/65). Die von *Jabornegg* (JBl 1976, 184 f) vorgeschlagene Minderung bis höchstens zur Hälfte des Preises ist willkürlich (*Reischauer* in *Rummel* I³ § 932 Rz 9). Sie ist daher abzulehnen.

Hat die Leistung für den AG keinerlei Wert, besteht kein Wahlrecht: Der AG kann nur Wandlung verlangen.

iv) Preisminderung und Schadenersatz

Grundsätzlich ist die gleichzeitige Geltendmachung von Preisminderung und Schadenersatz ausgeschlossen, wenn durch die Reduktion des Entgelts auch die mangelhafte Erfüllung saniert wird: der AG muss eben wegen der Mangelhaftigkeit nur ein geringeres Entgelt leisten. Erhalte er außerdem die mangelfreie Leistung oder ihren Wert in Geld, so wäre er zweifellos bereichert. Der AG kann Schadenersatz wählen, wenn ihm dieser vorteilhafter erscheint (*Welser*, JBl 1976, 127). **Preisminderung und Erfüllungsinteresse können nur dann nebeneinander begehrt werden, wenn und soweit der AG dadurch nicht bereichert wird** (OGH 8 Ob 600/90 *ecolex* 1990, 474 = JBl 1990, 792 = RdW 1990, 375). **Ist Verbesserung mit zumutbaren Mitteln nur teilweise möglich (Erhöhung der Schalldämmung, jedoch nicht auf das ordnungsgemäße Aufmaß) kann neben dem fiktiven Verbesserungsanspruch auch Preisminderung geltend gemacht werden** (OGH

5 Ob 512/95 ecolex 1995, 551 = JBl 1995, 791). Dabei ist aber die Schadensminderungspflicht des AG zu beachten (OGH 23. 5. 2001, 3 Ob 188/99 i).

c) Wandlung

i) Der Mangel darf nicht geringfügig sein

Das Recht auf Wandlung besteht nur, wenn es sich nicht um einen geringfügigen Mangel handelt (*P. Bydlinski* in KBB² § 932 Rz 15 ff; OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154). Bei der Prüfung, ob ein die Wandlung ausschließender geringfügiger Mangel iSd § 932 Abs 4 ABGB vorliegt, **ist eine auf den konkreten Vertrag und die Umstände des Einzelfalls bezogene objektive Abwägung der Interessen der Vertragspartner vorzunehmen** (OGH 1 Ob 14/05 y SZ 2005/82 = ecolex 2006/4 = JBl 2005, 720= EvBl 2005/181 [*Rabl*] = RdW 2005/609; 8 Ob 63/05 f ecolex 2006/5 = RdW 2005/816 = JAP 2005/2006/21; OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154).

Beispiel:

Wendet man diese Grundsätze im vorliegenden Fall an, muss sich der Kläger nicht auf den sonst vorrangigen Verbesserungsanspruch verweisen lassen. Vereinbart war die Errichtung einer Ganzhausheizung, die alle Räume des Hauses ausreichend beheizen und die Warmwasseraufbereitung gewährleisten sollte. Die Heizungsanlage der Beklagten entspricht diesen Anforderungen nicht: Sie funktioniert nur als „Kachelofenheizung“ zur Beheizung des Raumes, in dem sich der Kachelofen befindet, nicht aber – wie vereinbart – als Ganzhausheizung, die alle Räume des Hauses gleichmäßig und der ÖNORM entsprechend mit Wärme versorgen könnte.

Dieser Mangel ist bei objektiver Abwägung der Interessen der Vertragspartner unter Berücksichtigung des Vertragsinhalts keineswegs geringfügig. Die mangelhafte Heizleistung schränkt die Wohnbarkeit des Hauses vor allem während der Heizperiode gravierend ein und erfordert zusätzliche – nicht geplante – Stromquellen, um das Haus ausreichend mit Wärme und Warmwasser zu versorgen (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154).

Bei der Interessenabwägung ist sowohl die Verhältnismäßigkeit der Aufhebung des Vertrages im Hinblick auf die damit verbundenen Folgen für die Parteien (*Kleiečka*, RdW 2001, 642; *Bollenberger*, RdW 2002, 713), aber auch die Schwere des Mangels zu berücksichtigen. Wie weit bei der Beurteilung der Schwere des Mangels auf subjektive und/oder objektive Elemente abzustellen ist, ist zu differenzieren. Die subjektive Einstellung des AG – seine Motive oder der von ihm verfolgte Zweck – muss unbeachtet bleiben, soweit diese subjektive Einstellung dem AN bei Abschluss des Vertrages nicht erkennbar war. War hingegen der vom AG angestrebte Zweck oder sein Motiv bei Vertragsabschluss erkennbar, ist bei der vorzunehmenden Interessenabwägung neben dem objektiven Gewicht des Mangels auch der vom AG angestrebte Zweck mit zu berücksichtigen (vgl OGH 7 Ob 194/05 p SZ 2005/138 = ecolex 2006, 26 = RdW 2006, 16; 8 Ob 63/05 f ecolex 2006/5 = RdW 2005/816 = JAP 2005/2006/21).

Das Fehlen einer ausdrücklich zugesicherten Eigenschaft ist grundsätzlich so bedeutsam, dass nicht mehr von einer Geringfügigkeit des Mangels gesprochen werden kann (OGH 7 Ob 239/05 f ecolex 2006/228 [*Wilhelm*] = JBl 2006, 585 = EvBl 2006/112 = RdW 2006/448 = Zak 2006/329; 10 Ob 108/07 s ecolex 2008/75 = Zak 2008/88).

ii) Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen

Zur Wandlung bedarf es der Übereinkunft beider Vertragspartner oder eines richterlichen Urteils, das die Rechtslage rückwirkend gestaltet (*Wilhelm*, JBl 1975, 177 [182]; 1 Ob 531/77 SZ 50/85 = EvBl 1978/9; 30. 7. 1980, 3 Ob 565/80).

Durch die Wandlung wird der Vertrag rückwirkend (ex tunc) aufgehoben. Sie führt zur Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen (OGH 5 Ob 510/83 wbl 1989, 307 [*Wilhelm*]; 1 Ob 554/91 ecolex 1991, 683). Für die Rückabwicklung ist § 1435 ABGB anzuwenden (*Ofner* in *Schwimmann*, ABGB³ IV § 932 Rz 70; *Rummel* in *Rummel* I³ § 1435 Rz 2, jeweils mwN; OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154). Soweit beide Vertragspartner Leistungen erbracht haben, entstehen mit Auflösung des Vertrags beiderseitige Kondiktionsansprüche.

Die beiderseitigen Leistungen sind in analoger Anwendung des § 877 ABGB Zug um Zug zurückzuerstatten (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154). **Eine Zug um Zug-Verpflichtung kann in den Urteilsspruch aufgenommen werden.** Voraussetzung ihrer Aufnahme durch das Gericht ist entweder eine entsprechendes Klagebegehren oder zumindest die im Vorbringen zum Ausdruck kommende Bereitschaft des Klägers zur Erbringung der Gegenleistung oder aber ein darauf gerichtetes Einwendungsvorbringen des Beklagten (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154).

Beispiel:

Es war daher durch eine Maßgabebestätigung klarzustellen, dass die im Gegenzug zur Rückzahlungsverpflichtung der Beklagten bestehende Verpflichtung des Klägers in der Gestattung der Demontage der Heizungsanlage besteht. Damit ist auch klargestellt, dass es Sache der Beklagten ist, die Heizungsanlage zu demontieren, wobei über das Aufmaß der Demontage zweckmäßigerweise das Einvernehmen mit dem Kläger herzustellen sein wird (OGH 4 Ob 112/06 h ecolex 2006/422 [*B. Jud*] = bbl 2006/197= Zak 2006/638 = RdW 2007/154).

Vorteile, die aus der Nutzung resultieren, sind nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen zurückzustellen. Demnach muss sich der AG die Vorteile aus der Nutzung bis zur sachenrechtlichen Rückabwicklung des Vertrages anrechnen lassen (*Jud*, JBl 2000, 2; OGH 6 Ob 265/01 s MietSlg 54.094). **Gem § 877 ABGB hat jeder Teil alles zurückzustellen, was er aus einem solchen Vertrag zu seinem Vorteil erlangt hat** (OGH 6 Ob 265/01 s MietSlg 54.094). Vorteil iSd § 877 ABGB ist das, was in jemandes unbeschränkte Verwendungsmöglichkeit gelangt ist, gleichgültig, ob er davon in der Folge einen nützlichen oder allenfalls verlustbringenden Gebrauch gemacht hat, und gleichgültig, ob davon noch ein Nutzen vorhanden ist oder nicht (OGH 5 Ob 534/76 JBl 1977, 36; 3 Ob 551/81 SZ 54/156; 3. 4. 1986, 8 Ob 635/85). Bei der Beurteilung von Kondiktionsansprüchen aus Werkverträgen, bei denen die Leistungen bereits ausgetauscht wurden, ist von der **Annahme einer beiderseitigen Äquivalenz der Leistungen** durch die Parteien auszugehen, sodass die redlichen Vertragspartner bei der Rückabwicklung zwar die **Hauptleistungen, grundsätzlich aber nicht die daraus gezogenen Früchte und Nutzungen zu erstatten haben.**

Schwierig ist die Berechnung des Werklohns, wenn ein Pauschalpreis vereinbart wurde. In diesen Fall sind die vom AG bis zum Rücktritt erbrachten Leistungen zu angemessenen Preisen abzurechnen. Die Differenz zwischen dem sich so ergebenden **Pauschalpreis** und den durch die Ersatzvornahme angefallenen Mehrkosten sind dem AG im Wege des Schadenersatzes zu ersetzen.

Hat der AG bereits Zahlung geleistet und liegen die Voraussetzungen für die Wandlung vor, ist eine Leistungsklage auf Rückzahlung des Werklohns innerhalb der Gewährleistungsfrist gerichtlich geltend zu machen (OGH 1 Ob 26/75 SZ 48/56 = HS 9413; 8 Ob 519, 520/85 HdBW V/94). Einredeweise können sie hingegen – wie die Gewährleistungsansprüche – nach § 933 Abs 2 ABGB unbegrenzt lange der Werklohnforderung des AN entgegengehalten werden (OGH 8 Ob 51/62 EvBl 1962/ 509). Auch die Wandlung selbst kann, wenn das Entgelt noch offen ist, erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist erfolgen (*Kurschel*, *ecolex* 1991, 229).

In der Leistungsklage sieht die Rsp ein Rechtsgestaltungsbegehren auf Wandlung konkludent miteingeschlossen (OGH 10. 11. 1988 JBl 1989, 241).

Die **Rückzahlung des Werklohns kann auch auf Schadenersatz gestützt werden** (OGH 1 Ob 605/84 SZ 57/140 = JBl 1985, 625 [*Iro*] = RdW 1985, 72 = HS 14.903; 7 Ob 52/00 y RdW 2001/448 = VersE 1880).

Die Wandlung ist trotz Unmöglichkeit der Rückstellung nur ausgeschlossen, wenn der Gewährleistungsberechtigte AG die Unmöglichkeit schuldhaft herbeigeführt hat (vgl OGH 4 Ob 2341/96 *ecolex* 1997, 344).

iii) Anspruch des AG auf Beseitigung der Leistung?

Der AG hat nach der Rsp (OGH 7 Ob 142/74 EvBl 1975/103 = HS 9412) **keinen Anspruch auf Beseitigung des – wenn auch nur zum Teil – hergestellten Bauwerks aus dem Titel der Gewährleistung, sondern nur aus dem Titel des Schadenersatzes.**

Ohne Verschulden des AG schließt selbst eine eventuelle Unmöglichkeit der Rückversetzung in den vorigen Stand die Wandlung nicht aus, was dazu führt, dass der Werklohn zurückverlangt oder die noch offene Schuld unberichtigt bleiben kann, ohne dass etwas zurückgestellt werden müsste (OGH 1 Ob 31/75 JBl 1976, 98 = EvBl 1976/20).

iv) Anspruch des AN auf Rücknahme der Leistung?

Der AN hat keinen Anspruch auf Rücknahme der Leistung aus dem Titel der Gewährleistung, wenn seine Leistung eine unbewegliche Sache betrifft. Behält aber der AG die hergestellte Sache und zieht er trotz der Mangelhaftigkeit daraus einen Nutzen, gebührt dem AN dafür entsprechender Ersatz. **Der AG hat, wenn auch nicht das Entgelt zu entrichten, so doch die Bereicherung zu ersetzen** (*Adler/Höller* in *Klang* V², 395; *Koziol/Welser* II¹³, 75). Dies ergibt sich nicht nur aus der analog anzuwendenden Bestimmung des § 921 ABGB, die den Rücktritt beim Erfüllungsverzug regelt, sondern auch aus den allgemeinen Grundsätzen des Bereicherungsrechts. Aus der Wendung des § 921 ABGB „Das bereits empfangene Entgelt ist auf solche Art zurückzustellen oder zu vergüten, dass kein Teil aus dem Schaden des anderen einen Gewinn zieht“ ergibt sich, dass der Rücktritt (Wandlung) auch möglich ist, wenn das Empfangene nicht mehr zurückgestellt werden kann, aber dafür eine Vergütung zu leisten ist (*Gschnitzer* in *Klang* IV/1², 497). Für alle Bereicherungsfälle (bei Wandlung liegt eine *condictio causa finita* vor), in denen eine Rückabwicklung nicht möglich ist, sieht auch § 1431 ABGB vor, dass ein dem verschafften Nutzen angemessener Lohn verlangt werden kann. Der Betrag der Vergütung wird nach L und Rsp nach dem Zeitpunkt bestimmt, in welchem der Nutzen eingetreten, also die Arbeit beendet worden ist (*Wilburg* in *Klang* VI², 477). **Ist der primäre Anspruch des AN auf Rückgabe in Natur unmöglich oder untunlich, schuldet der AG Wertersatz nach Maßgabe seines Nutzens im Zeitpunkt der Leistung** (OGH 19. 12. 2000, 1 Ob 104/00 a; 1 Ob 307/01 f *ecolex* 2002/252 = RdW 2003/13). Prozessual ist jedoch zu beachten, dass die Rückabwicklung Zug um Zug **nur auf Einrede**, nicht jedoch von Amts wegen wahrzunehmen ist (OGH 7 Ob 541, 542/95 *ecolex* 1996, 251 = KRES 6/133). **Ist die Rückstellung der Bauleistung durch den AG unmöglich oder untunlich, muss der AN seine Ansprüche konkretisieren und beziffern, um sie Zug um Zug durch Aufrechnung berücksichtigen zu können** (OGH 6 Ob 265/01 s MietSlg 54.792). Dass bei der Bestimmung des Wertes der Leistung die Festsetzung nach richterlichem Ermessen gem § 273 ZPO vorgenommen werden kann, entspricht herrschender Auffassung (OGH 15. 2. 1956 JBl 1956, 473; 1 Ob 516/92 JBl 1992, 456 = *ecolex* 1992, 475; 1 Ob 307/01 f *ecolex* 2002/252 = RdW 2003/13; 1 Ob 43/02 h *ecolex* 2002/252 = RdW 2003/13). **Im Ergebnis führt dies zu einem Preisminderungsanspruch des AG.**

5. Behelfsmäßige Behebung (12.2.4.5)

Wenn zum Zeitpunkt der Feststellung des Mangels eine endgültige Behebung nicht möglich oder für den AG nicht zumutbar ist, kann der AG eine behelfsmäßige Behebung verlangen, der zum geeigneten Zeitpunkt die endgültige folgen muss. In diesem Fall trägt der AN auch die Kosten der vorläufigen Behebung. Durch die behelfsmäßige Behebung tritt eine Hemmung der Gewährleistungsfrist iSv 12.2.5.2 ein.

Bei der Frage der Zumutbarkeit ist zu prüfen, ob zwischen den Interessen des AG und des AN ein krasses Missverhältnis besteht. Liegen etwa Mängel beim Hallenschwimmbad eines Hotels vor, wird die Behebung während der Hauptsaison in der Regel nicht zumutbar sein.

E. Hemmung und Unterbrechung der Gewährleistung (12.2.5)

1. Gewährleistungsfrist beginnt mit der Mängelbehebung neu zu laufen (12.2.5.1)

Mit dem Tage der erfolgten Behebung eines Mangels beginnen die Fristen gemäß Pkt 12.2.3.2 für jene Teile der Leistung zu laufen, die an die Stelle der mangelhaften Leistung treten.

2. Auswirkungen eines Mangels auf die Frist bei Ausstrahlen auf andere Bauteile (12.2.5.2)

Wird jedoch durch einen Mangel der vertragsgemäße Gebrauch auch anderer Teile oder der Gesamtleistung verhindert, verlängern sich die Fristen für diese Teile oder für die Gesamtleistung um die Zeit der Verhinderung.

F. Ende der Gewährleistung (12.2.6)

Mit dem Ablauf der Gewährleistungsfrist wird der AN aus dem Titel der Gewährleistung frei.

IX. Sonderfragen der Gewährleistung

A. Anspruchslegitimation bei Wohnungseigentum

Mängel, die im gemeinsamen Eigentum der Gemeinschaft stehende Teile des Hauses betreffen, sind Gesamthandforderungen (OGH 5 Ob 656/82 JBl 1984, 204 = HdBW V/40; 5 Ob 60/82 MietSlg 35.072; 5 Ob 274/97 y AnwBl 1998/7516 [C. Prader]; 5 Ob 294/99 t bbl 2000, 236).

Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung können von jedem Miteigentümer geltend gemacht werden, wenn die Gemeinschaft einen Mehrheitsbeschluss iSd § 833 ABGB, der für die Minderheit bindend ist, fasst (OGH 5 Ob 57/82 MietSlg 35.104; 5 Ob 126/00 s bbl 2001, 77). Bei Gefahr der Verfristung von Gewährleistungsansprüchen wegen Mängeln an allgemeinen Teilen des Hauses muss ein Mehrheitsbeschluss nicht schon bei Klageeinbringung durch den einzelnen Wohnungseigentümer vorliegen, sondern ist dem fristwährenden Kläger Gelegenheit zu geben, die fehlende Zustimmung der Mehrheit in gesetzestgemäßer Form beizubringen. Es reicht dann aus, dass der entsprechende Mehrheitsbeschluss bei Schluss der Verhandlung vorliegt (OGH 5 Ob 147/97 x JBl 1998, 51).

In den Fällen der ordentlichen Verwaltung (§ 14 Abs 1 WEG) kann eine förmliche Abstimmung unterbleiben. Jeder Miteigentümer ist über die beabsichtigte Maßnahme zu informieren; ihm ist Gelegenheit zur Stellungnahme (§ 182 Abs 1 ZPO) zu geben (*Gamerith in Rummel I* § 833 Rz 10; OGH 5 Ob 70/82 MietSlg 35.071; 5 Ob 60/82 MietSlg 35.072).

Die Abgrenzung zwischen ordentlicher Verwaltung und außerordentlichen Verwaltung erfolgt nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten: Mit Kosten verbundene Erneuerungsarbeiten, die der Erhaltung dienen, sind Maßnahmen iSd ordentlichen Verwaltung, wenn sie zweckmäßig und wirtschaftlich geboten sind (OGH 5 Ob 26/83 MietSlg 35.069; 5 Ob 301/01 b bbl 2002, 163).

Maßnahmen der ordentlichen Verwaltung sind:

Beispiele:

Behebung von Mängeln an einer schadhafte Terrasse (OGH 5 Ob 656/82 JBl 1984, 204 = HdBW V/40); die Geltendmachung einer unzureichenden Wasserversorgung (OGH 5 Ob 60/82 MietSlg 35.072); die Verbesserung einer untauglichen Abwasseranlage und einer ungeeigneten Isolierung (OGH 5 Ob 60/82 MietSlg 35.072); Erneuerungsarbeiten an einer Zentralheizungsanlage (OGH 5 Ob 26/83 MietSlg 35.069).

Maßnahmen der außerordentlichen Verwaltung sind:

Beispiel 1:

Weiterbelastung eines auf einer in gemeinsamer Nutzung stehenden Rasenfläche im Zuge von Drainagearbeiten errichteten Grabens (OGH 5 Ob 70/82 MietSlg 35.073).

Beispiel 2:

Mängel an Balkonen, die nicht bloß deren Bodenbelag oder dgl betreffen (in casu Schäden an Eisenarmierungen), beziehen sich auf das Haus (OGH 5 Ob 294/99 t bbl 2000, 236).

Beispiel 3:

Die Ansprüche der einzelnen Mit- und Wohnungseigentümer auf erstmalige Herstellung eines mängelfreien Zustands der Baulichkeit durch den Bauträger an die Eigentümergemeinschaft ist zulässig (OGH 5 Ob 131/03 h immolex 2004/117; 5 Ob 148/04 g bbl 2005/19 = immolex 2005/71 = wobl 2005/6).

B. Umstellen der Gewährleistungsansprüche

Ein Umsteigen von einem Gewährleistungsbehelf auf den anderen im Laufe eines Prozesses ist nur zulässig, wenn sich die Qualifikation des Mangels ändert (OGH 5 Ob 664/80 EvBl 1982/32; aA OGH 3 Ob 174/74 SZ 47/138 = EvBl 1975/183; 1 Ob 531/77 SZ 50/85 = EvBl 1978/9; 5 Ob 102/74 EvBl 1975/138; 3 Ob 23/87 JBl 1987, 383; vgl auch *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 117).

1. Von Wandlung auf . . .

a) Verbesserung

Die erfolgte Wandlung schließt die spätere Geltendmachung eines an sich wahlweise zur Verfügung stehenden Gewährleistungsbehelfes aus (*Reischauer in Rummel* F³ § 932 Rz 14), außer der AG macht zunächst im Prozess Wandlung geltend, die sich jedoch als nicht berechtigt herausstellt (OGH 9 Ob 22/02 d ecollex 2002/308 = bbl 2002/103; 27. 3. 2002, 9 Ob 22/02 d).

Beispiel:

Der AG beauftragte den AN mit der Errichtung eines Betonbodens aus Flächenbeton-Monolith für eine landwirtschaftliche Lagerhalle. Durch die Nichteinhaltung der erforderlichen Trocknungszeit kam es auch zu einer rauen und nicht ausgleichend glatten Betonoberfläche; dabei lösten sich teilweise Feinteile der Glattschicht, teilweise kamen auch Stahlfasern an der Oberfläche zum Vorschein. Nachdem der AG die Rauheit des Bodens gerügt hatte, führten die Streitparteien Gespräche über einen Preisnachlass, die jedoch ergebnislos verliefen. Nachdem der AG vorerst die Mängelbehebung gefordert hatte, erklärte sich der AN zu einer „umgehenden Nachbehandlung mit den Mitteln der einschlägigen Bautechnologie“ bereit. Der AG ließ jedoch eine Behebung des gerügten Mangels in der Folge nicht zu. Der AN beehrte nach Berücksichtigung eines Abzuges für den Mangel letztlich die Zahlung des noch offenen Werklohns. Der AG begehrt Wandlung.

Rechtlich beurteilte das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt dahin, dass eine Neuherstellung des Bodens nicht erforderlich sei, und gab der Klage statt. Der OGH gab der Revision des AG statt. Zu prüfen ist, ob das Argument, eine Verbesserung stünde dem AG nicht zu, weil er sein Recht, aus den verschiedenen Gewährleistungsbehelfen einen auszuwählen, bereits konsumiert habe, zutrifft. Richtig ist, dass der AG in erster Linie Vertragsaufhebung (Wandlung) forderte, wobei er ursprünglich die Ansicht vertrat, dass das Werk insgesamt mit einem wesentlichen und unbehebbareren Mangel behaftet, also zur Gänze unbrauchbar sei. Beide Vorinstanzen haben dieser Auffassung entgegengehalten, dass die vorliegenden Mängel zwar wesentlich, aber behebbar seien, sodass das Wandlungsbegehren nicht berechtigt sei. Dieser Auffassung schließt sich – zu Recht – der AN an. Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, dass dem AG in Ansehung der zuletzt geltend gemachten Mängel der Anspruch auf Verbesserung zusteht, weil ein unberechtigtes Wandlungsbegehren keinesfalls als Konsumation eines Wahlrechts zwischen verschiedenen Gewährleistungsbehelfen angesehen werden kann. Erweist sich das ursprüngliche Begehren auf Vertragsaufhebung als unberechtigt, steht es dem AG frei, die Behebung eines wesentlichen Mangels am Werk zu verlangen (OGH 9 Ob 22/02 d ecollex 2002/308 = bbl 2002/103).

Anm:

Die Entscheidung ist in der Begründung widersprüchlich. Einmal wird behauptet, „dass es sich nicht um derart wesentliche Mängel im Sinne des § 1167 ABGB handeln könne, die das Werk unbrauchbar machten“. Dann wird gesagt, „dass die vorliegenden Mängel zwar wesentlich, aber behebbar seien, sodass das Wandlungsbegehren nicht berechtigt sei“. Schließlich kommt der OGH zum Schluss, „dass die vorliegenden Mängel leicht behebbar und eine Mängelbehebung durch den AN für den AG auch zumutbar ist“.

Die Aussage, dass die vorliegenden Mängel zwar wesentlich, aber behebbar seien, sodass das Wandlungsbegehren nicht berechtigt sei, ist rechtlich unzutreffend. Der OGH meint aber zu recht, dass die Mängel nicht wesentlich, sondern unwesentlich sind. Im Ergebnis ist es daher richtig, das Wandlungsbegehren des AG abzulehnen. Dass aber ein Verbesserungsanspruch angenommen wird, wo doch der AG die Verbesserung abgelehnt hat, ist dagegen unverständlich. Richtig war die Entscheidung des Erstgerichtes, das einen Preisminderungsanspruch angenommen hat.

In Bezug auf den Wechsel der Gewährleistungsbehelfe ist die Entscheidung mit der obigen Einschränkung nicht zu beanstanden.

Hat der AG die Wandlung gerichtlich geltend gemacht, aber während des Verfahrens erster Instanz einem nochmaligen Verbesserungsversuch zugestimmt, bei dem der Mangel behoben wurde, ist seine Klage abzuweisen. Seine Zustimmung zur Verbesserung kann als Verzicht auf das Wandlungsrecht interpretiert werden (OGH 6 Ob 217/07 s ecollex 2008/74 [*B. Jud*] = Zak 2008/120).

b) Preisminderung

Im Wandlungsbegehren ist ein Begehren auf Preisminderung nicht inbegriffen. **Das Umstellen von Wandlung auf Preisminderung während des Prozesses stellt daher eine Klagsänderung dar** (OGH 2 Ob 566/90 ecollex 1990, 606).

2. Von Verbesserung auf . . .

a) Preisminderung

Wurde zunächst Verbesserung begehrt, ist der AG an seine Wahl bis zum Ablauf der nach § 1167 ABGB zu gewährenden Nachfrist gebunden (OGH 16. 6. 1982, HdBW V/37). **Der AG ist erst berechtigt, Preisminderung zu verlangen, wenn der AN dem Verlangen auf Verbesserung des Werkes innerhalb einer angemessenen Frist nicht nachkommt.** Ist der AN in Verbesserungsverzug, kann der AG die Verbesserung selbst vornehmen und die konkreten Aufwendungen (Ersatzvornahme) nach schadenersatzrechtlichen Gesichtspunkten begehren (OGH 1 Ob 526/82 MietSlg 34.441).

Verlangt der AG zunächst Verbesserung, ohne eine Nachfrist zu setzen und eine Rücktrittserklärung abzugeben, ist sein Preisminderungsanspruch nicht gerechtfertigt. Der Preisminderungsanspruch ist solange ausgeschlossen, als der AG seiner Verpflichtung, dem AN die Verbesserung zu ermöglichen, nicht nachgekommen ist (*Reischauer in Rummel I*³ § 932 Rz 14; *Rebhahn/Kietaibl in Schwimann*, ABGB³ V § 1167 ABGB Rz 24; *Kurschel*, Gewährleistung beim Werkvertrag 58; OGH 8 Ob 329/66 SZ 39/208 = EvBl 1967/433; 4 Ob 23, 24/93 RdW 1993, 275; 2 Ob 525/94 ecolex 1994, 674; 5 Ob 519/94 ecolex 1994, 538 = RdW 1994, 206; 1 Ob 2005/96 a RdW 1997, 449; 6 Ob 308/97 f bbl 1999/40).

Beispiel 1:

Der AG ist erst dann berechtigt, Preisminderung zu verlangen, wenn der AN dem Verlangen des AG auf Verbesserung des Werkes innerhalb einer angemessenen Frist nicht nachkommt. Solange aber der AG diese Frist nicht gesetzt hat und die vom Gesetz geforderte Erklärung, nach Fristablauf die Verbesserung abzulehnen, nicht abgegeben hat, ist ein Preisminderungsanspruch nicht gerechtfertigt. Im Falle der Vereitelung der angebotenen Verbesserung wird das Entgelt sofort fällig (OGH 8 Ob 329/66 SZ 39/208 = EvBl 1967/433).

Beispiel 2:

Verlangt der gewährleistungsberechtigte AG in Ausübung seines ihm durch § 1167 ABGB eingeräumten Wahlrechts Verbesserung, kann er grundsätzlich davon nicht mehr abgehen, solange er nicht dem AN ohne Erfolg eine angemessene Frist mit der Erklärung gesetzt hat, dass er nach deren Ablauf die Verbesserung ablehne. Erst nach Ablauf dieser Frist kann der AG die sonstigen in § 1167 ABGB genannten Ansprüche geltend machen (OGH 1 Ob 2005/96 a RdW 1997, 449).

b) Wandlung

Auch ein Umstellen von Verbesserung auf Wandlung ohne Einschränkungen ist nicht zulässig (aA OGH 8 Ob 501 – 503/81 HdBW V/9; 30. 7. 1980, 3 Ob 565/80). **Die Klagsänderung ist allerdings zuzulassen, wenn sich erst im Zuge des Prozesses herausstellt, dass der Mangel wesentlich und unbehebbar ist.** Dann hat der Kläger die Gewährleistungsfrist schon mit der Klagseinbringung und nicht erst mit der Klagsänderung gewahrt (*Wilhelm*, ecolex 1990, 606; *Gschmitzer in Klang IV/1*², 555; OGH Ob I 890/27 SZ 9/149; 5 Ob 664/80 EvBl 1982/32; 7 Ob 115/02 s ecolex 2003/39).

Hat sich der AG für Verbesserung entschieden, kann er nicht ohne Weiteres vom Vertrag abgehen, wenn der AN die Verbesserung durch teilweise Reparatur und teilweise Neuherstellung des Werkes anbietet, weil eine komplette Neuherstellung zur Mängelbehebung nicht erforderlich ist. Der AG ist auch dann nicht berechtigt, vom gewählten Verbesserungsbegehren abzugehen, wenn das Verbesserungsangebot des AN nicht angibt, in welchem Aufmaß die Verbesserung durch Reparatur oder Neuherstellung bewirkt werden soll (OGH 4 Ob 521/88 wbl 1988, 375).

c) Irrtumsanfechtung

Hat sich der AG für Verbesserung entschieden, liegen aber die **Voraussetzungen für eine Irrtumsanfechtung** iSd § 871 ABGB vor, **darf der AG von der getroffenen Wahl abgehen.** Befindet sich der AG zum Zeitpunkt der Vereinbarung mit dem AN über die vorzunehmende Verbesserung in einem Irrtum, weil ihm nicht bewusst war, dass durch das Abholen der Fenster und Türen die Verputzarbeiten behindert würden, kann er von der getroffenen Wahl abgehen und Preisminderung verlangen, wenn der Irrtum rechtzeitig aufgeklärt wurde, etwa weil der AN noch keine Dispositionen im Vertrauen auf die Erklärung des AG getroffen hat (OGH 1 Ob 696/88 SZ 61/237 = wbl 1989, 68; *Gruber*, RdW 1989, 118).

Stellt sich bei einem zunächst als behebbar angenommenen Mangel dem Minderungsbegehren die Unbehebbarkeit heraus, ist bei einem nicht geringfügigen Mangel nachträglich noch Wandlung zulässig (vgl zur alten Rechtslage *Reischauer in Rummel I*³, § 932 ABGB Rz 14).

Der AG kann vom Verbesserungsbegehren nicht nur im Falle eines Irrtums, sondern auch bei Vorliegen eines **anderen anerkennenswerten wichtigen Grundes** abgehen. Ein solcher Grund liegt nicht vor, wenn ein AG, der die Verbesserung einer vom AN angebrachten Wärmedämmfassade begehrt hat und erst nach einem Sturm das wahre Aufmaß der Mängel erkennt, zwar weiterhin Verbesserung verlangt, diese aber nur im Wege der Neuherstellung des Werkes, welche weder sinnvoll, noch notwendig ist, durchgeführt haben will (OGH 5 Ob 519/94 ecolex 1994, 538 = RdW 1994, 206).

Hat der AG wegen der Mangelhaftigkeit des Werkes Verbesserung begehrt, kann er von dieser Wahl auch dann abgehen, wenn die Verbesserung wegen zufälligen Untergangs des Werkes unmöglich geworden ist. Auch in diesem Fall hat der AG zu beweisen, dass der AN noch keinen Aufwand für die Verbesserung getätigt hat, wenn er von der einmal getroffenen Wahl abweichen will (OGH 2 Ob 525/94 ecolex 1994, 674).

3. Von Preisminderung auf . . .

a) Verbesserung

Nach geltend gemachter Preisminderung kann wegen desselben Mangels nicht mehr Verbesserung begehrt werden (OGH 16. 2. 1977, 8 Ob 559/76; 10. 11. 1977, 7 Ob 684/77; 3. 9. 1980, 6 Ob 619/80; 7 Ob 626/89 1989 JBl 1990, 254). Ein Zurückgreifen auf den Verbesserungsanspruch und damit auch auf den Einwand der mangelnden Fälligkeit des noch nicht bezahlten Werklohnes wegen einer noch ausstehenden Mängelbehebung ist dem AG dann verwehrt.

b) Wandlung

Liegen jedoch **anerkanntswerte Gründe** vor, wird auch das Abgehen von der Preisminderung zulässig sein. Dies wird etwa dann der Fall sein, wenn sich im Zuge eines Prozesses herausstellt, dass entgegen der ursprünglichen Annahme ein wesentlicher, zur Wandlung berechtigender Mangel vorliegt.

Nach geltend gemachter Preisminderung kann Wandlung begehrt werden (OGH 3 Ob 665/52 HS 1.793).

C. Kumulation von Wandlung, Verbesserung und Preisminderung

Grundsätzlich ist die gleichzeitige Geltendmachung von Verbesserung und Preisminderung ebenso ausgeschlossen wie die gleichzeitige Geltendmachung von Preisminderung und Schadenersatz (OGH 5 Ob 512/95 ecolex 1995, 551 = JBl 1995, 791). Die Geltendmachung von Verbesserung und Preisminderung ist nur in folgenden Fällen zulässig:

- wenn ein und derselbe Mangel nur teilweise behebbar ist (*Reischauer in Rummel* I³ § 932 Rz 15; 3 Ob 577/82 JBl 1984, 203; OGH 5 Ob 512/95 ecolex 1995, 551 = JBl 1995, 791)

Beispiel:

Wenn der Mangel nur teilweise behoben werden kann, so ist der AG berechtigt, die Kosten der Verbesserung zu begehren, soweit sie möglich ist und wegen des dann noch bestehenden (insoweit also unbehebbar) Mangels zusätzlich auf Preisminderung zu bestehen (OGH 5 Ob 512/95 ecolex 1995, 551 = JBl 1995, 791).

- wenn Mängel in räumlich abgrenzbaren Bereichen verbessert werden können (OGH 4 Ob 521/88 wbl 1988, 375)

Beispiel:

Wird die Behebung von Fassadenrissen an drei Seiten des Hauses begehrt, während für die vierte Hausseite lediglich Preisminderung verlangt wird, stellt dies eine zulässige Kumulation dar (OGH 4 Ob 521/88 wbl 1988, 375).

- wenn der Verbesserungsaufwand unverhältnismäßig ist und nach der Verbesserung ein optischer Mangel bestehen bleibt (OGH 3 Ob 577/82 JBl 1984, 203; 5 Ob 512/95 ecolex 1995, 551 = JBl 1995, 791; 7 Ob 238/99 c ecolex 2000/167 = RdW 2000/110)

Beispiel:

Der AG beauftragte den AN mit der Versiegelung einer Werkshalle. Der Werklohn belief sich auf ATS 287.280,-. Wenige Wochen nach Vollendung der Arbeit traten auf dem Boden Abplatzungen auf. Nachdem sich die Ausbesserungsversuche des AN als „nicht zielführend“ herausgestellt hatten, ließ der AG den Boden von einem Dritten um ATS 513.120,- generalsanieren. Eine bloß „örtliche Sanierung“ der schadhafte Stellen hätte ATS 8.400,- gekostet, gleichzeitig aber den Boden optisch wie einen „Fleckerlteppich“ erscheinen lassen. Der AN klagte den AG auf Zahlung des restlichen Werklohns, der dagegen Schadenersatzansprüche und Preisminderung einwendete.

Der OGH hat die Unverhältnismäßigkeit bejaht. Der AN hat Anspruch auf die örtliche Sanierung. Bleibt nach der Verbesserung eine unbehebbar Beeinträchtigung, so kann der AG hierfür Schadenersatz und Preisminderung verlangen, die auf die Höhe des Vertrauensschadens beschränkt ist (OGH 7 Ob 238/99 c ecolex 2000, 422).

Auch eine Kumulation von Teilwandlung, Verbesserung und Minderung ist möglich, wenn die Leistung teilbar ist (aA *Reischauer in Rummel* I³ § 932 Rz 15).

D. Gewährleistungsverzicht durch Benützung der Sache

In der Benützung der mangelhaften Sache kann ein konkludenter Verzicht auf Gewährleistungsansprüche liegen, jedoch nur dann, wenn der AN aus den Umständen auf einen solchen Verzicht des AG schließen durfte (OGH 7 Ob 514/91 JBl 1991, 522 = ecolex 1991, 382 [*B. Puck*] = RdW 1991, 203). Bei der Annahme eines stillschweigenden Verzichts ist allerdings besondere Vorsicht geboten (OGH 1 Ob 31/75 JBl 1976, 98; 1 Ob 554/91 ecolex 1991, 683).

E. Abtretung der Gewährleistungsansprüche

Das Wandlungsrecht kann nur mit dem Hauptanspruch aus dem Vertrag abgetreten werden (OGH 4 Ob 2341/96 ecolex 1997, 344).

X. Die Bedeutung der Regeln der Technik im Bauvertragsrecht

A. Die babylonische Sprachverwirrung

In der Gesetzgebung, L und Rsp werden die verschiedensten Begriffe verwendet: Regeln der Technik, allgemein anerkannte Regeln der Technik, Stand der Technik, Stand von Wissenschaft und Technik, Regeln der Baukunst, Stand der Wissenschaft und noch viele andere.

Ob diese Begriffe synonym sind oder ob die verschiedenen Begriffe aus rechtlicher Sicht unterschiedliche Regelungsinhalte haben, wurde für den österreichischen Rechtsbereich von *Saria* eingehend untersucht (*Saria*, Der „Stand der Technik“ im Spiegel gesetzlicher Regelungen, in Der „Stand der Technik“ [2007]). Die Untersuchung zeigt, dass die Klärung dieser Frage schwierig ist, da die unterschiedlichsten Meinungen vertreten werden. *Saria* kommt, wie schon zuvor *Krejci*, zu dem zutreffenden Ergebnis, dass **der Begriff „Stand der Technik“ und andere Techniklauseln ungeachtet aller Gemeinsamkeiten aufgrund dogmatisch und funktional bedingter Unterschiede keinen für die gesamte Rechtswissenschaft einheitlichen Begriffsinhalt aufweisen**. *Krejci* steht dem Versuch, die Begriffe abzugrenzen, skeptisch gegenüber (*Krejci*, Regeln der Technik, in FS Kralik [1986] 435 [436 ff]; *Saria*, Der „Stand der Technik“ 25 ff).

In der L wird die Meinung vertreten, es bestehe unter den Begriffen „Regeln der Technik“, „Stand der Technik“ und „Stand der Wissenschaft“ eine Hierarchie (*Hartmann*, ÖNORMEN, ihr Zustandekommen, ihre Rechtsnatur und ihre Anwendung im technischen Recht, in *Korinek/Krejci*, Handbuch der Bauwirtschaft V-Mon-1, 30; in der BRD *Schulze-Fielitz*, Technik und Umweltrecht, in *Schulte* [Hrsg], Handbuch des Technikrechtes 443 [452 FN59]). Dies kann in dieser allgemeinen Form nicht gesagt werden. Soweit diese Begriffe in Gesetzen verwendet werden, ist im Einzelfall mit Hilfe der juristischen Interpretationsmethoden zu ermitteln, ob und welchen Inhalt der Gesetzgeber diesen Begriffen beimessen wollte. Auch die Analyse der österreichischen Rsp zeigt, dass derartige Wendungen einander offenkundig gleichgesetzt werden. (*Saria*, Der „Stand der Technik“ 39 ff; 61 ff mit Judikaturnachweisen in FN 143; 74). Da die ÖNORM den Begriff „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ (Pkt 6.2.1.1) verwendet, ist ihm der Vorzug zu geben (vgl *Krejci*, Regeln der Technik 44).

1. Allgemein anerkannte Regeln der Technik

Unter „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ versteht man **technische Regeln, die in der Wissenschaft als richtig erkannt wurden, in Kreisen der Technik bekannt sind und in der Praxis angewandt werden** (*Hartmann* in Der Sachverständige 1979/3, 4; *Korinek/Krejci*, Handbuch der Bauwirtschaft V-Mon-1, 29; vgl auch *Fischer*, Die Regeln der Technik 33).

Der Begriff „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die erste Definition dieses Begriffs findet sich in einer Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1910:

Der Begriff der allgemein anerkannten Regeln der Baukunst ist nicht schon dadurch erfüllt, dass eine Regel bei völliger wissenschaftlicher Erkenntnis sich als richtig und unanfechtbar darstellt, sondern sie muss auch allgemein anerkannt, dh durchwegs in den Kreisen der betreffenden Techniker bekannt und als richtig anerkannt sein. Wie betont, genügt es nicht, dass die Notwendigkeit gewisser Maßnahmen in der Wissenschaft (Theorie) erkannt und gelehrt wird, sei es auf Hochschulen, sei es in Büchern. Die Überzeugung von der Notwendigkeit muss vielmehr auch in die ausübende Baukunst und das Baugewerbe (in die Praxis) eingedrungen sein und sich dort gefestigt haben, ehe im Sinne des Gesetzes von allgemeiner Anerkennung der betreffenden Regel gesprochen werden darf [. . .]. Die Tatsache, dass Vereinzelte, „eine verschwindende Minderheit“, sei es aus Unkenntnis, sei es aus technischen oder sonstigen Gründen, sie nicht anerkennen, vermag die Feststellbarkeit allgemeiner Anerkennung nicht auszuschließen. Der Kreis, auf dessen Anerkennung es demnach ankommt, wird durch die Gesamtheit der „betreffenden“ Techniker gebildet, dh derjenigen Baubeflissenen, die in dem jeweilig gegebenen Zweige der Baukunst tätig sind und die dafür erforderliche Vorbildung besitzen [. . .]. Zutreffend ist endlich die Meinung, es komme hier nur auf die Anschauung der mit Hochschulbildung versehenen Baubeflissenen an. Denn nach den Feststellungen liegt die Sache keineswegs so, dass sich mit x etwa nur so vorgebildete Techniker befassen dürften, dass solche Bauarbeiten etwa im Hinblick auf deren Schwierigkeit über den Gesichtskreis anderer weniger gut vorgebildeter Techniker hinausgehen und dass daher ausgesprochen würde, die unzureichende Vorbildung dieser Klasse von Technikern raube ihnen den Anspruch auf die Berücksichtigung ihrer Anschauungen bei der zu treffenden Feststellung. Vielmehr können die Feststellungen nur in dem gegenteiligen Sinne dahin verstanden werden, dass die Befähigung der Techniker mit mittlerer Vorbildung zu Baulichkeiten der vorliegenden Art nicht bestritten werde (RGSt 44, 76).

Drei Elemente sind für den Begriff „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ wesentlich; die Regel muss

- in der Wissenschaft nicht nur vereinzelt als richtig erkannt sein und sich nach wissenschaftlicher Erkenntnis als unanfechtbar darstellen
- bei der großen Mehrheit der einschlägigen Fachleute bekannt und anerkannt sein (dazu genügt nicht die bloße Durchschnittsmeinung)
- in der Praxis angewandt werden

a) Die Regel muss in der Wissenschaft anerkannt sein

Für die Beurteilung der Frage, ob eine Regel zum Standard zu rechnen ist, müssen **wissenschaftliche Erkenntnisse** berücksichtigt werden. Eine bautechnische Regel ist nicht dem Standard zuzurechnen, wenn aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnis ernsthafte Bedenken bestehen, dass sie zur Gefahrenabwehr ausreichend geeignet ist.

b) Die Regel muss unter den einschlägigen Fachleuten bekannt und anerkannt sein

In der L wird mitunter die Auffassung vertreten, es bestehe Identität zwischen den von den Normungsorganisationen herausgegebenen technischen Regeln und den allgemein anerkannten Regeln der Technik (*Wolfensberger*, Dissertation 61 ff und 116 zitiert bei *Fischer*, Die Regeln der Technik FN 23 mwN). Diese Ansicht kritisiert, dass das Heranziehen der **Mehrheitsansicht der einschlägigen Fachleute** nicht zweckmäßig sei, weil deren Kreis zahlenmäßig nicht überschaubar und letztlich nicht bestimmbar sei. Über die Anerkennung einer technischen Regel könne nur ein für den jeweiligen Technikbereich repräsentativer Sachverstand entscheiden, der sich nur in den Ausschüssen der Normungsinstitutionen befinde. Dieser Ansicht ist jedoch entgegenzuhalten, dass die technischen Bestimmungen der Normungsorganisationen einer Überalterung unterliegen und nicht immer mit den Veränderungen der Technik Schritt halten (*Fischer*, Die Regeln der Technik 45). Richtig ist allerdings, dass die Feststellung, ob eine Regel in Technikerkreisen von der überwiegenden Mehrheit akzeptiert wird, schwierig ist. Allerdings kann sie durch Befragung eines oder mehrerer Sachverständiger oder der Bauschaffenden ermittelt werden. Dass die Ermittlung des Sachverhalts schwierig ist, ist kein taugliches rechtliches Argument.

c) Die Regel muss in der Praxis angewandt werden

Als letztes Beurteilungskriterium ist die **allgemeine Gebräuchlichkeit** heranzuziehen. Die Regel muss sich in der Praxis durchgesetzt haben. Nicht erforderlich ist, dass die Bauweise überwiegend oder sogar ausschließlich zur Lösung des entsprechenden bautechnischen Problems herangezogen wird. Allgemeine Gebräuchlichkeit darf nicht mit allgemeiner Anwendung gleichgesetzt werden. Durch das Erfordernis der „allgemeinen Gebräuchlichkeit“ werden Bauweisen aus dem Standard eliminiert, die noch keine Verbreitung in der Praxis gefunden haben, sowie diejenigen, die aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen in der Praxis nicht mehr verwendet werden (*Fischer*, Die Regeln der Technik 64). Neben der allgemeinen Gebräuchlichkeit muss sich eine Bauweise bewährt haben. Dazu ist es erforderlich, dass sie einen gewissen Zeitraum hindurch ohne Beanstandung verwendet wurde.

2. Stand der Technik

Unter Stand der Technik versteht man in der Wissenschaft bekannte Erkenntnisse in einer bestimmten technischen Frage. Der Unterschied zu den allgemein anerkannten Regeln der Technik besteht darin, dass der Stand der Technik in der Praxis noch nicht generell angewandt wird, da eben dieser Stand vorweg nur einem bestimmten Kreis von Fachleuten zugänglich ist.

3. Stand von Wissenschaft und Technik

Unter Stand von Wissenschaft und Technik versteht man die zu einem bestimmten Zeitpunkt bekannten neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse (vgl *Krejci* in FS Kralik [1986] 435).

B. In welchen Rechtsbereichen spielen die allgemein anerkannten Regeln der Technik eine Rolle?

Die allgemein anerkannten Regeln der Technik spielen bei folgenden Fragen eine Rolle:

- bei der Leistungsbestimmung: gehören die allgemein anerkannten Regeln der Technik zu den „gewöhnlich vorausgesetzten Eigenhaften“ für die der AN Gewähr zu leisten hat?

Siehe Pkt VIII. A. 3. b).

- bei der Warnpflicht: sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik der Sorgfaltsmaßstab, die der AN bei der Warnpflicht anlegen muss?

651

Die Haftung des AN wegen einer Warnpflichtverletzung setzt Verschulden voraus (OGH 6 Ob 193/02 d bbl 2003, 33; 9 Ob 98/06 m bbl 2007, 101).

Beispiel:

Die in § 1168 a ABGB normierte gesetzliche Warnpflicht des Unternehmers setzt offenbar unrichtige Anweisungen des Bestellers voraus. Die Warnpflicht erstreckt sich auch auf das Gebiet des Bewilligungsrechts. Im Allgemeinen trägt aber der Besteller das Risiko der Nichterteilung der Baubewilligung. Der Unternehmer hat nur vor erkannten und naheliegenden Gefahren zu warnen. Seine Haftung setzt Verschulden voraus.

Nach den getroffenen Feststellungen hat es der AG selbst übernommen, mit Vertretern der Baubehörde über die Baubewilligung für die Projektänderung zu verhandeln und hat den Bauauftrag an den AN vor Einreichung eines Gesuches an die Baubehörde erteilt. Entscheidend ist also, ob es für den AN „naheliegend“ war, dass die Baubewilligung nicht erreichbar sein werde und er deshalb den AG darüber aufzuklären gehabt hätte. Die Schadensursache (für künftige Schäden) liegt hier in einer Änderung der Rechtslage (des Bebauungsplans). Die Vorinstanzen haben diese Rechtsänderung ohne Rechtsirrtum als eine nicht naheliegende und daher nicht von der Aufklärungspflicht erfasste Gefahrenquelle qualifiziert (OGH 6 Ob 193/02 d bbl 2003, 33).

Der Mangel muss dem AN aufgrund der ihm zumutbaren Fachkenntnis bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt erkennbar sein.

Diese Regelung der ÖNORM entspricht der Bestimmung des § 1168 a ABGB, wonach der Fehler „offenbar“ sein muss. „Offenbar“ ist alles, was bei der vom AN vorausgesetzten Fachkenntnis erkannt werden muss (OGH 7 Ob 379, 380/65 JBl 1966, 562; 6 Ob 725/76 SZ 50/50; 1 Ob 522/79 SZ 52/15). Da ein Handwerker als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB anzusehen ist (OGH 1 Ob 82/72 JBl 1973, 151; 1 Ob 732, 733/82 RZ 1984/15; 1 Ob 647/84 SZ 57/197 uva), **ist jene Fachkenntnis vorzusetzen, den seine Fachgenossen üblicherweise haben** (OGH 2 Ob 376/61 SZ 34/153; 8 Ob 218/62 SZ 35/73; 1 Ob 82/72 JB/1972, 151; 1 Ob 44/75 SZ 48/42; 6 Ob 725/76 SZ 50/50; 1 Ob 522/79 SZ 52/15; 16. 5. 1979, 1 Ob 621/79; 5 Ob 712/79 Der Sachverständige 1989/4 a FN 50; 23. 4. 1980, 3 Ob 511/80; 8 Ob 504/81 HdBW V/5; 7 Ob 559/87 JBl 1987, 662; 1 Ob 29/04 b bbl 2005, 64; 9 Ob 98/06 m bbl 2007, 101).

- bei der Schadenersatzhaftung des AN: sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik jener Sorgfaltsmaßstab, den der AN anlegen muss?

Für den Verschuldensmaßstab spielen im Bauvertragsrecht die allgemein anerkannten Regeln der Technik eine bedeutende Rolle. Der AN muss von den **allgemein anerkannten Regeln der Technik** seines Fachgebiets **ebenso Kenntnis** haben wie **von technischen ÖNORMEN**, die eine Zusammenfassung üblicher Sorgfaltsanforderungen an den AN darstellen (*Saria*, Der „Stand der Technik“ 52; OGH 1 Ob 233/97 i eoclex 1998, 126). Siehe auch Pkt X. A. 1..

- bei deliktischen Ansprüchen Dritter: sind die allgemein anerkannten Regeln der Technik jener Sorgfaltsmaßstab, den der AN anlegen muss?

Der AN ist zur **Baustellensicherung verpflichtet**. Dazu gehört etwa die Kennzeichnung und Abschränkung der Baustelle oder Montagestelle, der Arbeitsplätze und der Lagerungsmöglichkeiten, sowie die Beleuchtung bei Dunkelheit und Nebel. Für eine ordnungsgemäße Baustellensicherung bestehen allgemein anerkannte Regeln der Technik. Deren Nichteinhaltung kann nicht nur zur Schädigung des AG, sondern auch dritter Personen führen. Entsteht einem Dritten ein Schaden aufgrund mangelhafter Baustellensicherung scheidet eine Vertragshaftung des AG oder AN aus, weil zwischen dem Geschädigten und dem Schädiger (AG oder AN) kein Vertragsverhältnis besteht. **Der Geschädigte kann aber deliktische Schadenersatzansprüche geltend machen**. Ebenso wie die vertragliche Haftung setzt die deliktische Haftung Rechtswidrigkeit voraus.

In einer vertraglichen Beziehung würde die Nichteinhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik die Rechtswidrigkeit darstellen. Da eine vertragliche Beziehung nicht besteht, ist zu prüfen, ob eine gesetzliche Grundlage für die Beachtlichkeit der allgemein anerkannten Regeln der Technik zu finden ist. Dies ist dann der Fall, wenn gegen eine öffentlich-rechtliche Anordnung verstoßen wird, welche auf die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik verweist. Es stellt sich also die Frage nach der Haftungsgrundlage. Als **Haftungsgrundlagen** kommen in Frage:

- die Verletzung der Verkehrssicherungspflicht
- der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- die Verletzung von Schutzgesetzen und
- die Verletzung der Fürsorgepflicht

C. Die allgemein anerkannten Regeln der Technik im Zivilprozess

1. Tat- oder Rechtsfrage

Ob die Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik eine Tat- oder Rechtsfrage ist, ist bei einem Zivilprozess von großer Bedeutung, weil der OGH als Höchstgericht niemals Tatfragen überprüft, sondern von ihrer Klärung durch die Unterinstanzen ausgeht. Bei Rechtsfragen hingegen ist der Rechtszug (unter gewissen Voraussetzungen) bis zum OGH möglich.

Die **Rsp** (OGH 4 Ob 356/86 SZ 59/101 = RdW 1986/272 = ÖBl 1987, 78; 1 Ob 564/95 eoclex 1995, 485 = RdW 1995, 422; 14. 4. 1999, 9 Ob 76/99 p) **betrachtet die Ermittlung der allgemein anerkannten Regeln der Technik** (Verkehrsauffassung der angesprochenen Verkehrskreise) **als eine Tatfrage** (Sachverhaltsfrage). Die **allgemein anerkannten Regeln der Technik** sind keine rechtlichen Phänomene, sie **geben bloß ein bestimmtes Fachwissen wieder**, mit dessen Hilfe ein Werk möglichst reibungslos mangel- und störungsfrei hergestellt werden kann; sie geben Auskunft, ob und wie etwas gemacht werden sollte. **Sie gehören ausschließlich dem Tatsachenbereich an**.

2. Der Beweis im Gerichtsverfahren

Das Vorliegen einer Regel der Technik muss durch Beweisaufnahme ermittelt werden. In der Regel wird dies durch ein Sachverständigengutachten erfolgen. Es sind aber auch andere Beweismittel denkbar, zB Behördenanfragen, Zeugen und Parteien, oder Urkunden (vgl *Schmidt*, Der „Stand der Technik“ im Zivilprozess, in *Saria*, Der „Stand der Technik“ [2007] 129 ff).

Im Gerichtsverfahren ist das Vorliegen einer Regel der Technik von dem zu beweisen, der sich auf die Behauptung beruft (OGH 29. 5. 1995 RdW 1995, 422).

XI. Der AG hält Ausschreibungsstandards nicht ein

A. Einleitung

Neben unvollständigen, widersprüchlichen oder mehrdeutigen Ausschreibungen kommen in der Praxis immer wieder **Ausschreibungen vor, die von vorhandenen Ausschreibungsstandards abweichen und dadurch zu Fehlkalkulationen der Bieter führen.** Zu untersuchen ist daher, ob AG vorhandene Ausschreibungsstandards, in der Sprache des BVergG „geeignete Leitlinien“, zu verwenden haben und – sollte dies zu bejahen sein – welche Konsequenzen der AG zu tragen hat, wenn er sich nicht daran hält.

Die Untersuchung ist für öffentliche und private AG getrennt vorzunehmen, weil – wie zu zeigen sein wird – besondere gesetzliche Regelungen für öffentliche AG bestehen. Bei privaten AG wird zu prüfen sein, inwieweit die für öffentliche AG geltenden Vorschriften verallgemeinerungsfähig sind.

B. Öffentliche Auftraggeber

1. Verpflichtung zur Verwendung geeigneter Leitlinien (Normenbindung)

Öffentliche AG haben in vielen Wirtschaftsbereichen ein Nachfragemonopol. Dies wurde schon mehrfach festgestellt. Im Kanal- und Wasserleitungsbau, im Straßen- oder Tunnelbau oder im Eisenbahnbau geht die Nachfrage ganz überwiegend von Gebietskörperschaften oder von ihnen dominierten Unternehmen aus. Die Bedeutung privater Nachfrager ist in diesen Sparten zu vernachlässigen. **Bei diesen öffentlichen Auftraggebern besteht die Gefahr, dass sie ihre marktbeherrschende Stellung ausnützen,** um in ihren Verträgen den Bietern gröblich benachteiligende Bestimmungen aufzuzwingen. Dies wäre nicht nur unter dem kartellrechtlichen Aspekt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung bedenklich, sondern auch nach § 879 Abs 3 ABGB. Jeder weiß, dass es bei Ausschreibungen durch die öffentliche Hand so gut wie nichts zugunsten der Bieter zu verhandeln gibt. **Als Abwehrinstrument bleibt ihnen weitgehend nur der Hinweis darauf, dass bestimmte Vertragsklauseln sittenwidrig und daher nichtig sind** (*Krejci*, Zur Normenbindung gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2).

a) Gesetzliche Grundlagen für die Normenbindung

Um die Zivilgerichte von der Individualprüfung gröblich benachteiligender Vertragsklauseln zu entlasten, hat der Gesetzgeber in **§ 97 Abs 2 BVergG** für die **technische Beschreibung** und in **§ 99 Abs 2 BVergG** für den **Leistungsvertrag** festgelegt, dass **eigene Ausarbeitungen auf ein Mindestmaß zu beschränken sind**, wenn geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind und die Vergabekontrollbehörden mit der Überwachung der Einhaltung dieser Bestimmung betraut sind (*Krejci*, Geltungs- und Inhaltskontrolle von Ausschreibungsbedingungen, in FS ÖGEBAU 449 ff). **Diese gesetzlichen Bestimmungen regeln die „Normenbindung“ öffentlicher AG.**

Dass allerdings Sektorenauftraggeber (zB die ÖBB) gem § 163 BVergG die §§ 97 und 99 BVergG nicht anwenden müssen, ist sachlich nicht nachvollziehbar. Welchen Unterschied macht es, ob die ÖBB oder die ASFINAG einen Tunnel baut? Dies kann doch nicht ernsthaft damit begründet werden, dass im Bereich der „Schiene“ mehr Wettbewerb als im Bereich der „Straße“ bestehe. Alle derartigen Argumentationsversuche kann „der gelernte Österreicher“ nur mit einem Lächeln quittieren. Wie auch immer: **auch Sektorenauftraggeber müssen sich an die Grundsätze des Vergaberechts halten**, zu denen die eindeutige Beschreibung der Leistung und das Verbot, unkalkulierbare Risiken zu überwälzen, gehören.

i) Technische Leitlinien (§ 97 Abs 2 BVergG 2006)

§ 97 Abs 2 BVergG 2006 lautet:

„Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“

ii) Rechtliche Leitlinien (§ 99 Abs 2 BVergG 2006)

§ 99 Abs 2 BVergG 2006 lautet:

„Der Auftraggeber kann weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Bestehen für die Vertragsbestimmungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben.“

b) Was sind geeignete Leitlinien?

Das BVergG schreibt sowohl bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung, als auch des Leistungsvertrags für den Regelfall die Verwendung geeigneter Leitlinien vor.

i) Standardisierte Leistungsbeschreibungen

Als „geeignete Leitlinien“ für die Leistungsbeschreibung nennt das BVergG standardisierte Leistungsbeschreibungen als Beispiel.

ii) ÖNORMEN des Verdingungswesens

Als „geeignete Leitlinien“ für Vertragsbestimmungen kommen insb die rechtlichen ÖNORMEN (Vertragsnormen) in Betracht, die auch als ÖNORMEN des Verdingungswesens bezeichnet werden. Für Bauleistungen stehen die ÖNORM B 2110 sowie die Handwerksnormen der Serie B 22xx und die Haustechniknormen der Serie H 22xx zur Verfügung. Bei der Erstellung von Ausschreibungen und Angeboten sind darüber hinaus die Bestimmungen der ÖNORMEN B 2061, B 2062, B 2063, B 2111, B 2114 zu beachten.

c) Exkurs: standardisierte Leistungsbeschreibungen

i) Was sind standardisierte Leistungsbeschreibungen?

Unter „standardisierten Leistungsbeschreibungen“ werden Regelwerke verstanden, die wie die ÖNORMEN um einen ausgewogenen, „gerechten“ Vertragsinhalt bemüht sind. Die ÖNORM B 2062 bezeichnet standardisierte Leistungsbeschreibungen (LB) als eine „Sammlung von Texten zur Beschreibung von standardisierten Leistungen, und zwar für rechtliche und technische Bestimmungen (Vertragsbestimmungen) und für Positionen eines künftigen Leistungsverzeichnisses. Diese Sammlung umfasst die Leistungen für ein bestimmtes Sachgebiet in seiner Gesamtheit oder in Bezug auf Teilgebiete“. Daher sind „standardisierte Leistungsbeschreibungen“, die vom AG selbst oder von Interessenvertretungen des AG mit dem Ziel erarbeitet wurden, diesem möglichst viele Vorteile zuzubilligen, nicht gemeint (*Krejci*, Zur Normenbindung gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2). Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) und die Österreichische Forschungsgesellschaft Straße – Schiene – Verkehr (FSV) sind wichtige Herausgeber und Vertriebspartner von derartigen Standards. Auf der Homepage des BMWA findet auch ein Link zu einem „Leitfaden für die praktische Anwendung der LB“, der viele weiterführende Informationen zum Thema enthält.

Durch den Einsatz von „Standardisierten Leistungsbeschreibungen“ in Verbindung mit dem Datenträgeraustausch können sowohl bei den Ausschreibern als auch bei den Bietern erhebliche Zeit- und Kosteneinsparungen erzielt werden.

ii) Der Aufbau von standardisierten Leistungsbeschreibungen ist in ÖNORMEN beschrieben

Die ÖNORM B 2062 regelt den Aufbau von standardisierten Leistungsbeschreibungen unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren. Die ÖNORM B 2063 ist die Richtlinie für Ausschreibung, Angebot und Zuschlag unter Berücksichtigung automationsunterstützter Verfahren. Die ÖNORM B 2114 enthält Vertragsbestimmungen bei automationsunterstützter Abrechnung von Bauleistungen.

Für die Beschreibung von Funktionsanforderungen an Materialien können deren bauphysikalische Daten oder ein Materialbeispiel angegeben werden. Im letzteren Fall ist jedoch zur Erhaltung des Wettbewerbes unter den Bietern im Hinblick auf die Materialkosten die Aufnahme einer sog **Bieterlücke** ratsam. Das ist eine Lücke im Text, in welche der Bieter die Marke und Type des von ihm als gleichwertig angebotenen Materials einsetzen kann. Im Falle eines solchen Alternativangebotes muss er aber die Gleichwertigkeit des Materials gegenüber dem in der Ausschreibung angegebenen Material nachweisen (*Habison*, Handbuch Bauwirtschaft 5.34 ff).

Leistungsbeschreibungen sehen vor, dass der AG oder sein Vertreter auch frei formulierte Texte verwenden können. Diese sind als sog **Z-Positionen** zu kennzeichnen.

iii) Welche standardisierten Leistungsbeschreibungen stehen zur Verfügung?

In Österreich gibt es **standardisierte Leistungsbeschreibungen** für verschiedene Sachgebiete. Sie sind in den im Anhang zur Norm abgedruckten Literaturhinweisen erwähnt:

- Standardisierte Leistungsbeschreibung Haustechnik LB-HT, Hrsg: BMWA, www.bmwa.gv.at/BMWA/Service/Bauservice/lb_tga.htm
- Standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau LB-HB, Hrsg: BMWA, www.bmwa.gv.at/BMWA/Service/Bauservice/lb_hochbau.htm
- Standardisierte Leistungsbeschreibung Siedlungswasserbau LB-SW, Bezugsquelle: FSV, www.fsv.at
- Standardisierte Leistungsbeschreibung LB Verkehrsinfrastruktur LB-VI, Hrsg: FSV, www.fsv.at

iv) Leistungsbeschreibung Haustechnik

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat für die Haustechnikgewerke ebenfalls ein **standardisiertes Leistungsverzeichnis** erarbeitet.

v) Standardisierte Leistungsbeschreibung Hochbau

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat erstmals am 1. 1. 1991 eine **standardisierte Leistungsbeschreibung für den Bereich des Hochbaus, das LB-H** ausgearbeitet. Die aktuelle Version ist auf der Homepage abrufbar. Die LB-H ist in Leistungsgruppen (LG), Unterleistungsgruppen (ULG) und Leistungsbeschreibungspositionen (LB-Positionen) gegliedert.

Das LB-H ist in folgende **Leistungsgruppen** gegliedert (Stand 1.1 2009):

- LG 02 – Abbrucharbeiten
- LG 03 – Erdarbeiten und Sicherung bei Erdarbeiten
- LG 04 – Wasserhaltungsarbeiten
- LG 05 – Dränarbeiten
- LG 06 – Kanalisierungsarbeiten
- LG 07 – Beton- und Stahlbetonarbeiten
- LG 08 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 09 – Mauer- und Versetzarbeiten
- LG 10 – Putzarbeiten
- LG 11 – Estricharbeiten
- LG 12 – Abdichtungen
- LG 13 – Außenanlagen
- LG 14 – Besondere Instandsetzungsarbeiten
- LG 15 – Spezialgründungen
- LG 16 – Fertigteile
- LG 17 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 18 – Winterbauarbeiten
- LG 19 – Baureinigung
- LG 20 – Regieleistungen
- LB-HB/PR Professionisten
- LG 21 – Schwarzdeckerarbeiten
- LG 22 – Dachdeckerarbeiten
- LG 23 – Bauspenglerarbeiten
- LG 24 – Fliesen-, Platten- und Mosaiklegearbeiten
- LG 25 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 26 – Asphaltarbeiten
- LG 27 – Terrazzoarbeiten
- LG 28 – Natursteinarbeiten
- LG 29 – Kunststeinarbeiten
- LG 30 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 31 – Schlosserarbeiten
- LG 32 – Konstruktiver Stahlbau
- LG 33 – Vorgehängte Fassaden
- LG 34 – Verglaste Rohrahmenelemente
- LG 35 – Rauch-, Abgas- und Lüftungsfänge
- LG 36 – Zimmermeisterarbeiten
- LG 37 – Tischlerarbeiten
- LG 38 – Holzfußböden
- LG 39 – Trockenbauarbeiten
- LG 40 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 41 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 42 – Glaserarbeiten
- LG 43 – Türsysteme (Elemente)
- LG 44 – Aussenwand-Wärmedämmverbundsysteme – (WDVS)
- LG 45 – Beschichtungen auf Holz und Metall
- LG 46 – Beschichtungen auf Mauerwerk, Putz und Beton
- LG 47 – Tapetenarbeiten
- LG 48 – Derzeit nicht belegt (Reserve)
- LG 49 – Beschichtungen von Betonböden
- LG 50 – Klebearbeiten für Boden- und Wandbeläge
- LG 51 – Fenster und Fenstertüren aus Holz
Abbildungen Fenster LG 51/52/53/54
- LG 52 – Fenster und Fenstertüren aus Aluminium
Abbildungen Fenster LG 51/52/53/54
- LG 53 – Fenster und Fenstertüren aus Kunststoff
Abbildungen Fenster LG 51/52/53/54
- LG 54 – Fenster und Fenstertüren aus Holz-Alu
Abbildungen Fenster LG 51/52/53/54
- LG 55 – Sanierung von Fenstern und Türen aus Holz

LG 56 – Dachflächenfenster, Lichtkuppeln, Lichtbänder

Vor jeder Leistungsgruppe finden sich Vorbemerkungen. Ihnen kommt bei der Vertragsauslegung rechtliche Bedeutung zu.

Das LB-H sieht vor, dass ein Positionstext folgende Angaben enthalten muss:

- Bezeichnung der Arbeit
- Hauptmaterial
- Hilfsmaterial
- Lage im Bauwerk
- Verrechnungsart

Darüber hinaus kann er noch folgende Angaben enthalten, wenn dies nicht schon in anderen Vertragsbestandteilen geregelt ist:

- Arbeitsgerüstbeschreibung
- Erschwernisse
- Planhinweis
- besondere Nebenleistungen

vi) Standardisierte Leistungsbeschreibung Siedlungswasserbau

Die **Standardisierte Leistungsbeschreibung Siedlungswasserbau** ist zuletzt im Dezember 2005 erschienen. Sie ist für den geförderten Siedlungswasserbau verbindlich. Sie umfasst die wesentlichen für den Siedlungswasserbau erforderlichen Leistungen des Bauhaupt- und Nebengewerbes. Sie kann über die „Österreichische Forschungsgesellschaft Straße Schiene Verkehr (FSV)“ bezogen werden.

vii) Standardisierte Leistungsbeschreibung Verkehrsinfrastruktur

Die **Standardisierte Leistungsbeschreibung Verkehrsinfrastruktur** ist am 1. 10. 2008 erschienen. Über 115 Fachexperten erarbeiteten über mehrere Jahre diesen Standard, um neue europäische und nationale rechtliche und technische Anforderungen einzuarbeiten und aus mehreren existierenden Leistungsbeschreibungen eine zusammengeführte Textierung für die Verkehrsinfrastruktur zu etablieren. Sie kann über die „Österreichische Forschungsgesellschaft Straße Schiene Verkehr (FSV)“ bezogen werden.

viii) Leistungsbeschreibungen für den Straßen- und den Brückenbau (RVS)

Auf dem Gebiet der Straßenplanung wurden vom BMWA Dienstanweisungen erlassen und die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (RVS) für verbindlich erklärt.

d) Rechtsfolgen bei unzulässiger Abweichung von standardisierten Leistungsbeschreibungen

i) Sorgfaltspflichten dienen dem Schutz der Bieter

Vergabevorschriften(-richtlinien), die von öffentlichen Auftraggebern zu beachten sind, liegen nach der Rsp nicht nur im Interesse des Ausschreibenden und der öffentlichen Hand, sondern **dienen auch dem Schutz der Bieter vor unlauteren Vorgangsweisen und legen damit der öffentlichen Hand im vorvertraglichen Stadium zu beachtende Verhaltenspflichten auf, auf deren Einhaltung die Bieter vertrauen dürfen** (OGH 7 Ob 159/97 a ecolex 1999/16 = bbl 1999/44 = RdW 1998, 608 = wbl 1999/84; 10 Ob 212/98 v SZ 71/133 = ecolex 1999/32 = bbl 1999/93).

ii) Sachliche Rechtfertigung als Grenze für die Abweichung

Die Rsp zieht die **Grenze für Abweichungen** vertraglicher Regelungen von der gesetzlichen Rechtslage dort, **wo es für das Abweichen keine sachliche Rechtfertigung gibt**. Liegt keine sachliche Rechtfertigung vor, sondern vermag der AG lediglich auf seine Privatautonomie zu pochen oder darauf hinzuweisen, dass der Grund für die Abweichung schlicht darin liegt, sich einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil verschaffen zu wollen, so reicht dies als Begründung für die Abweichung nicht aus. Die abweichende Regelung ist vielmehr gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB. Dieser Gedanke ist auch bei der Frage heranzuziehen, wann der AG von geeigneten Leitlinien abweichen darf. Auch die „Leitlinien“ werden gerade deshalb zur grundsätzlichen Heranziehung empfohlen, weil sie von dritter Seite ausgearbeitet worden sind und die Vermutung für sich haben, interessengerecht und ausgewogen zu sein. Trifft dies zu, dann kommt diesen „Leitlinien“ die gleiche Funktion wie dem dispositiven Recht zu. Sie stellen ein Indiz für die „Richtigkeitsgewähr“ eines Vertrags dar. **Abweichungen zugunsten des AG sind daher zu missbilligen, wenn sie nicht sachlich begründet werden können** (*Krejci*, Zur Normenbindung gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2).

Die Unwirksamkeit der Abweichung führt dazu, dass die Regelungslücke in den Ausschreibungsbedingungen anhand der „Leitlinien“ geschlossen wird. Man könnte auch sagen, die Regeln der „Leitlinien“ hätten von Anfang an gegolten, weil die Abweichungen ja von Anfang an unwirksam waren und die „Leitlinien“ ohnehin grundsätzlich heranzuziehen waren.

Das Abweichen des AG von standardisierten Leistungsbeschreibungen kann auch Schadenersatzansprüche von Bietern aus culpa in contrahendo auslösen, sollten Bieter dadurch frustrierte Aufwendungen haben, wobei allerdings zu prüfen ist, ob und inwieweit ihnen die Unzulässigkeit der Abweichungen nicht selbst rechtzeitig hätte auffallen müssen (*Krejci*, Zur Normenbindung gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 BVergG 2006, ÖZW 2006, 2).

2. Verpflichtung zur Gleichbehandlung der Bieter

a) Der AG muss den Bestbieter beauftragen

Das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot verbietet der öffentlichen Hand auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung, Bieter ohne sachlichen Grund verschieden zu behandeln. Dem **öffentlichen AG** ist es daher **verwehrt, sich die freie Auswahl für die Vergabe** der Arbeiten unter den gelegten Anboten **vorzubehalten**. Nach Sinn und Zweck des Gleichbehandlungsgebots soll allen in Betracht kommenden Bewerbern die Möglichkeit geboten werden, ihre Chance, als Bestbieter zum Zug zu gelangen, zu wahren (*Krejci*, Zum vergaberechtlichen Verhandlungsverbot, wbl 1991, 341; *Wilhelm*, Das schale Salz der Vergabegesetze und wie das Salz gesalzen wird – Erzwingbarer Vertragsabschluss mit dem Bestbieter, *ecolex* 1998, 381 [382]; OGH 7 Ob 568/94 = SZ 67/182 = *ecolex* 1995, 95 = wbl 1995, 77; 10 Ob 212/98 v *ecolex* 1999/32 = bbl 1999/93).

Beispiel:

Die Klausel im Einladungsschreiben der beklagten Gemeinde an ihre präsumtiven Anbieter, dass ihr mit der Entgegennahme der Angebote keine wie immer gearteten Verpflichtungen gegenüber den Anbotlegern erwachsen, verstößt gegen das verfassungsrechtliche Gleichheitsgebot, das der öffentlichen Hand auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung verbietet, Bieter ohne sachlichen Grund verschieden zu behandeln (OGH 10 Ob 212/98 v *ecolex* 1999/32 = bbl 1999/93).

b) Der AG muss nicht verbesserungsfähige Angebote ausscheiden

Mitbieter dürfen darauf vertrauen, dass der öffentliche AG nicht den Vorgaben entsprechende Angebote sofort ausscheidet. Angebote mit gravierenden formalen und inhaltlichen Mängeln, sowie unverbindliche Angebote sind sofort auszuschneiden (*Aicher in Korinek-Rill*, Zur Reform des Vergaberechtes 412; OGH 7 Ob 159/97 a *ecolex* 1999/16 = RdW 1998, 608 = bbl 1999/44).

Beispiel:

Das Angebot war nur von einem kollektivvertretungsbefugten Geschäftsführer unterfertigt.

Die Forderung nach firmenmäßiger Fertigung soll von vornherein Klarheit über die volle Rechtswirksamkeit des Angebots schaffen. Um ein unverbindliches Angebot handelt es sich aber hier, weil ihm mangels firmenmäßiger Fertigung die Verbindlichkeit fehlte.

Im vorliegenden Fall durften die Mitbieter der Klägerin darauf vertrauen, dass deren nicht den Vorgaben entsprechendes Angebot sofort ausgeschieden wird (OGH 7 Ob 159/97 a *ecolex* 1999/16 = RdW 1998, 608 = bbl 1999/44).

c) Der AG muss die Auswahlkriterien offenlegen

Ein Schadenersatzpflichten auslösender **Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz** kann auch darin liegen, dass der Vergeber **sein Anforderungsprofil** und die diesbezüglichen Auswahlkriterien entgegen der auch im vorliegenden Fall zugrunde gelegten ÖNORM A 2050 und den Bestimmungen der Vergabeordnung der Stadt **nicht offenlegt** (OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 69/99 m).

d) Rechtsfolgen bei Ungleichbehandlung

i) Schadenersatz

Die Verletzung der „Selbstbindungsnormen“ und die **Nichtbeachtung des sich aus Art 7 B-VG sowie Art 2 StGG ergebenden Gleichbehandlungsgebots durch den Vergeber** (also alle Bewerber gleich zu behandeln und nicht einzelne zu diskriminieren) **führt im vorvertraglichen Schuldverhältnis nach den Grundsätzen der Haftung für culpa in contrahendo zu Schadenersatzverpflichten gegenüber einem übergangenen Bieter** (*Wilhelm*, Das schale Salz der Vergabegesetze und wie das Salz gesalzen wird – Erzwingbarer Vertragsabschluss mit dem Bestbieter, *ecolex* 1998, 381 [382]; OGH 7 Ob 568/94 SZ 67/182; 10 Ob 212/98 v *ecolex* 1999/32 = bbl 1999/93; 4 Ob 98/08 b *ecolex* 2009/7 = bbl 2008/215).

Der Zuspruch des **Erfüllungsinteresses setzt voraus, dass der Zuschlag erteilt hätte werden müssen** (OGH 7 Ob 568/94 SZ 67/182; 4 Ob 98/08 b *ecolex* 2009/7 = bbl 2008/215). Die **Beweispflicht liegt beim Bieter** (OGH 9. 3. 2006, 6 Ob 8/06 d; 4 Ob 98/08 b *ecolex* 2009/7 = bbl 2008/215).

Beispiel 1:

Bei Verletzung vorvertraglicher Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit Ausschreibungen der öffentlichen Hand ist ausnahmsweise auch der Ersatz des Erfüllungsinteresses möglich, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustande gekommen wäre, dem Schadenersatz begehrenden Kläger also der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Dies hat der Kläger zu beweisen; eine Beweislastverschiebung ist nicht gerechtfertigt (OGH 9. 3. 2006, 6 Ob 8/06 d).

Beispiel 2:

Unterließ der AG in der Ausschreibung die Anführung von Eignungskriterien, denen Bieter entsprechen müssen, so kann ein Bieter, dessen Angebot vom AG letztlich mangels Eignung ausgeschieden wurde, als Voraussetzung eines Zuspruchs des Erfüllungsinteresses behaupten und beweisen, dass er den Zuschlag bei einer von vornherein fehlerfreien Ausschreibung oder im Fall des Widerrufs der fehlerhaften und einer nachfolgenden fehlerfreien Ausschreibung erhalten hätte. Ein solcher Bieter müsste daher auch behaupten und beweisen, dass er jedes vom AG zulässigerweise vorgebbare Eignungskriterium erfüllt hätte (OGH 4 Ob 98/08 b ecolex 2009/7 = bbl 2008/215).

Kann der Billigstbieter den ihm obliegenden Beweis, auch Bestbieter zu sein, nicht erbringen, kann er nur den Vertrauensschaden begehren (OGH 6 Ob 177/03 b RdW 2004/704; 30. 5. 2005, 8 Ob 39/05 a; 1 Ob 110/02 m SZ 2003/26 = ecolex 2003/249 = bbl 2003/114).

Beispiel 1:

Sind in der Ausschreibung die Zuschlagskriterien nicht gewichtet, kann der Billigstbieter den ihm obliegenden Beweis, auch Bestbieter zu sein, allerdings nicht erbringen. Er kann daher nicht das Erfüllungsinteresse, sondern nur den Vertrauensschaden begehren (OGH 1 Ob 110/02 m SZ 2003/26 = ecolex 2003/249 = bbl 2003/114).

Beispiel 2:

Hätte die Ausschreibung wegen eines unerfüllbaren Ausschreibungskriteriums widerrufen werden müssen, ist der Vertrauensschaden zu ersetzen (OGH 6 Ob 177/03 b RdW 2004/704).

ii) Mitverschulden des Bieters

Mangels besonderer Bestimmungen im BVergG **kann auch beim Schadenersatzanspruch des Bieters ein Verhalten des Geschädigten** (Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten) **nach den zu § 1304 ABGB entwickelten Grundsätzen wegen unterlassener Schadensabwendung oder -minderung anspruchskürzend veranschlagt werden.** Dies kann etwa im Fall eines vom Bieter erhobenen Anspruchs auf Ersatz der Kosten der Anbotslegung zum Tragen kommen, wenn sich dieser trotz spezifischer eigener Sachkunde an einem klar erkennbar rechtswidrigen Vergabeverfahren beteiligt (OGH 5 Ob 49/05 z SZ 2005/83 = bbl 2005/153; 3 Ob 122/05 w ecolex 2007/140 = JBl 2007, 451).

C. Private Auftraggeber

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass **Vergabevorschriften**, nicht nur im Interesse des Ausschreibenden und der öffentlichen Hand liegen, sondern **auch dem Schutz der Bieter** vor unlauteren Vorgangsweisen dienen. **Sie legen damit jedem AG im vorvertraglichen Stadium zu beachtende Verhaltenspflichten auf, auf deren Einhaltung die Bieter vertrauen dürfen** (Vygen, Nachträge, 279; K. Müller, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, 270; OGH 7 Ob 159/97 a ecolex 1999/16 = RdW 1998, 608 = bbl 1999/44; 10 Ob 212/98 v SZ 71/133 = ecolex 1999/32 = bbl 1999/93).

Beispiel:

Auszugehen ist im vorliegenden Fall davon, dass für den verfahrensgegenständlichen Vergabevorgang weder die ÖNORM A 2050 noch das Bundesvergabegesetz unmittelbar zur Anwendung kommen.

Trotz dieser nicht direkten Anwendbarkeit finden deren Grundsätze jedoch mittelbar auch auf das gegenständliche Ausschreibevorhaben Anwendung, weil speziell ÖNORMEN nach herrschender Auffassung als Maßstab für die Sorgfaltspflichten angesehen werden, die den Ausschreibenden im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten treffen (OGH 10 Ob 212/98 v SZ 71/133 = ecolex 1999/32 = bbl 1999/93).

Technische Leitlinien, insb Standardisierte Leistungsbeschreibungen sind keine Normen und schon gar nicht Gesetze, doch kommt ihnen rechtliche Bedeutung zu, weil sie bei der Ermittlung „der Übung des redlichen Verkehrs“ eine wesentliche Auslegungshilfe darstellen. ÖNORMEN geben das wieder, was branchenüblich ist (OGH 3 Ob 564/94 SZ 68/35 = ecolex 1995, 634; 10 Ob 212/98 v SZ 71/133 = ecolex 1999/32 = bbl 1999/93). Abweichungen von den dort enthaltenen Regelungen können auch bei der Frage der gröblichen Benachteiligung im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung eine Rolle spielen. Private AG dürfen daher, ebenso wie öffentliche AG, von Bestimmungen in standardisierten Leistungsbeschreibungen nur abweichen, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist.

D. Zusammenfassendes Beispiel

Anhand eines zusammenfassenden Beispiels sollen nun die verschiedenen Facetten mangelhafter Ausschreibungen dargestellt werden.

Variante 1

Ein in der Praxis häufig vorkommender Fall sind **fehlende Angaben** im Vertrag **über Mauerdurchbrüche und Schlitze und Aussparungen**. Nach Vertragsabschluss stellt sich der AG auf den Standpunkt, dass der AN zu deren Herstellung ohne gesonderte Vergütung verpflichtet ist.

Die erste Frage ist, ob der Bieter diese Leistung (wo auch immer) hätte einkalkulieren müssen. Anders gefragt: Wie muss ein durchschnittlicher Bieter (nicht der Bieter, der es unterlassen hat, die Leistungen einzukalkulieren!) den Vertrag bei der Kalkulation verstehen (Empfängerhorizont)? Dies ist eine Frage der Vertragsauslegung.

Da es verschiedene Gründe geben kann, warum Mauerdurchbrüche und Schlitze nicht ausgeschrieben werden, zB weil sie an ein anderes Gewerk vergeben oder weil sie aus ablauftechnischen

Gründen erst nach Fertigstellung des Rohbaus hergestellt werden, **muss sich dem Bieter kein Verdacht aufdrängen, dass die Leistungsbeschreibung unvollständig ist.** Er muss keine Untersuchungen oder Nachforschungen anstellen. **Vom AN kann nur eine Plausibilitätsprüfung erwartet werden.** Dass Mauerdurchbrüche und Schlitze nicht ausgeschrieben werden, ist nicht unplausibel. Ein redlicher Bieter kann die Ausschreibung nur so verstehen, dass Mauerdurchbrüche und Schlitze nicht Leistungsgegenstand sind.

Pkt 4.2.1.3 der ÖNORM sieht vor, dass in der Ausschreibung alle Umstände anzuführen sind, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind. Pkt 4.2.1.3 konkretisiert § 96 Abs 1 BVergG und die ÖNORM A 2050. § 96 Abs 1 BVergG sieht vor, dass die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung **eindeutig zu beschreiben** sind und dem AN die **Angebotslegung ohne umfangreiche Untersuchungen möglich sein muss.** Pkt 7.2.2 sieht ausdrücklich vor, dass die Nichteinhaltung von Pkt 4.2.1.3 zulasten des AG geht. Insoweit ist § 96 Abs 1 BVergG verallgemeinerungsfähig.

Der AG hat in unserem Beispiel gegen eine geeignete rechtliche Leitlinie (Pkt 4.2.1.3 der ÖNORM B 2110) verstoßen, weil er Angaben, die für die Erstellung des Anbots bedeutsam sind, unterlassen hat. Der Bieter kann darauf vertrauen, dass der AG alle Angaben, die für die Erstellung des Anbots bedeutsam sind, gemacht hat. Auch aus diesem Grund kann ein redlicher Bieter die Ausschreibung nur so verstehen, dass Mauerdurchbrüche und Schlitze nicht Leistungsgegenstand sind.

Zulässig wäre es, die **Einrechnung der Kosten** für die Mauerdurchbrüche und die Schlitze zu verlangen, **wenn zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Angaben oder Pläne vorliegen.** Genau dies besagt die Vorbemerkung zur Leistungsgruppe 7 Beton- und Stahlbetonarbeiten der standardisierten Leistungsbeschreibung für den Hochbau (LB-HB, Version 17, 2005-04, LG 07):

Nischen, Aussparungen, Schlitze

Shalungen von **Nischen, Aussparungen und Durchbrüchen** mit einer Ansichtsfläche bis 1,0 m² sowie von Schlitzen bis 0,25 m Breite, werden gemäß ÖNORM (**soweit Art und Anzahl aus den Ausschreibungsunterlagen bekannt sind**) in die Einheitspreise einkalkuliert.

Da eine standardisierte Leistungsbeschreibung, wie der Name schon sagt, einen Standard darstellt, also das wiedergibt was verkehrstüblich ist, muss der Bieter bei der Kalkulation nicht damit rechnen, dass ein AG, der Art und Anzahl der Mauerdurchbrüche nicht im Leistungsverzeichnis bekanntgibt, vom Bieter erwartet, dass er diese Leistungen in die Einheitspreise einkalkuliert. Hätte der AG das gewollt, wäre es ihm freigestanden, diese Angaben im LV zu machen. Dann hätte der Bieter diese Leistungen einkalkulieren müssen. Macht der AG keine Angaben über Art und Anzahl der Mauerdurchbrüche, kann ein redlicher Bieter davon ausgehen, dass er diese Leistung nicht zu erbringen hat. Dieses Beispiel soll zeigen, dass auch für private AG standardisierte Leistungsbeschreibungen rechtlich bedeutend sind, weil sie bei der Ermittlung „der Übung des redlichen Verkehrs“ eine wesentliche Vertragsauslegungshilfe darstellen. **Die Vertragsauslegung unter Berücksichtigung „der Übung des redlichen Verkehrs“ ergibt, dass die Herstellung der Mauerdurchbrüche und Schlitze vom ursprünglichen Vertrag nicht erfasst ist.** Sie stellt eine zusätzliche, vom AG zu bezahlende Leistung dar.

Variante 2

Variieren wir nun das Beispiel. Im Vertrag findet sich folgende Klausel: „Die Herstellung und das Schließen von Durchbrüchen und Schlitzen nach Angabe des AG sind einzukalkulieren.“ Eine Klausel, die den Bieter verpflichtet, die Herstellung und das Schließen von Durchbrüchen und Schlitzen **nach Angabe des AG** in die Einheitspreise einzukalkulieren, wälzt unkalkulierbare Risiken auf den AN über. Sie ist daher gröblich benachteiligend. Eine solche Klausel ist gem § 879 Abs 3 ABGB sittenwidrig.

Variante 3

Variieren wir unser Beispiel ein weiteres Mal: Der AG macht keine Angaben über Art und Anzahl der Mauerdurchbrüche und Schlitze im Leistungsverzeichnis, beruft sich aber darauf, der Bieter hätte dies den der Ausschreibung beiliegenden Plänen entnehmen können. **Maßgebend für die Kalkulation des Bieters ist das, was im Leistungsverzeichnis und nicht das, was vielleicht an anderer Stelle der Ausschreibungsunterlagen steht.** Der Bieter darf darauf vertrauen, dass der AG alle kalkulationsrelevanten Angaben **an der richtigen Stelle des Leistungsverzeichnisses gemacht hat.** Die sonstigen Ausschreibungsunterlagen dienen der Erläuterung und Ergänzung der Leistungsbeschreibung in den Positionen und Vorbemerkungen im LV. Sie sind daher vom Bieter bei der Kalkulation zu beachten. Wenn aber eine Leistung im Leistungsverzeichnis überhaupt nicht vorgesehen und beschrieben ist, kann sich der AG nicht darauf berufen, dass sie an anderer Stelle des Vertrages beschrieben ist und daher (in welcher Position?) vom Bieter einzukalkulieren war. Anders gesagt: Was nicht im Leistungsverzeichnis steht, ist in der Regel eine entgeltspflichtige Zusatzleistung. Umgekehrt: Was in einer Position eines Leistungsverzeichnisses oder in einer Vorbemerkung beschrieben ist, kann an einer anderen Stelle der Ausschreibungsunterlagen konkretisiert und erläutert (nicht aber abgeändert!) werden.

Pkt 4.2.4.1 der ÖNORM B 2110 schreibt vor, dass der AG besonders darauf zu achten hat, dass Pläne, die Grundlage für die Erstellung des Leistungsverzeichnisses sind, mit dem Leistungsverzeichnis übereinzustimmen haben. Hat der AG im LV Angaben über die Art und Anzahl der Mauerdurchbrüche und Schlitze unterlassen, kann sich der AG nicht darauf berufen, dass der Bieter in den Plänen nachsehen hätte müssen. Anderes würde nur gelten, wenn der AG an der richtigen Stelle im LV auf vorhandene Pläne hinweist, aus denen Art und Anzahl der Mauerdurchbrüche und Schlitze entnommen werden kann. Dies ist zwar auch nicht unproblematisch, weil dies gegen die Bestimmung verstoßen könnte, dass die Angebotslegung ohne umfangreiche Untersuchungen möglich sein muss, wird aber vermutlich ausreichend sein.

Variante 4

Der AG gibt in der richtigen Position des LV Art und Anzahl der Mauerdurchbrüche und Schlitze an und weist auf vorhandene, beiliegende Pläne hin. Nur diese Variante ist rechtlich korrekt.

XII. Problemstellung bei Ausschreibungen

Bei der Vergabe von Leistungen im Wege der Ausschreibung wird ein unbestimmter (öffentliche Ausschreibung) oder ein beschränkter Personenkreis (beschränkte Ausschreibung) zur Stellung von Offerten eingeladen. Zweck des Vergabeverfahrens nach einer Ausschreibung ist es, Angebote zu erhalten, in denen der jeweilige Bieter offeriert, die vom Ausschreibenden gewünschte Leistung zum angebotenen Preis zu erbringen. Die Ausschreibung wird rechtlich überwiegend nicht als Auslobung, sondern als Aufforderung zur Erstellung von Anboten qualifiziert (vgl. OGH 1 Ob 539/88 SZ 61/90 = wbl 1988, 342; *Rummel in Rummel* I³ § 860 Rz 1 mwN).

Ausschreibungen werden gleichermaßen von privaten und öffentlichen Auftraggebern erstellt. Das Rechtsverhältnis zwischen Ausschreibenden und Bieter ist aber stets zivilrechtlicher Natur, wobei die Grundsätze der Lehre von den vorvertraglichen Sorgfaltspflichten auch im Vergabeverfahren auf das Rechtsverhältnis zwischen Ausschreibendem und Bietern anzuwenden sind. Dieses vorvertragliche Schuldverhältnis besteht unabhängig davon, ob es später zum Vertragsabschluss kommt. Es handelt sich um ein Schuldverhältnis ohne Hauptleistungspflicht, das Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten beinhaltet (OGH 1 Ob 539/88 SZ 61/90 = wbl 1988, 342 mwN; *Larenz, Schuldrecht* I¹⁴, 109).

In der Praxis entstehen viele rechtliche Probleme, weil der AG Ausschreibungen nicht sorgfältig erstellt.

Da die Rechtsfolgen von der Art des Fehlers abhängen, ist es für eine rechtliche Aufarbeitung des Themas notwendig, Ausschreibungsfehler zu systematisieren (Rz 81 ff). Die Sittenwidrigkeit von Vertragsbedingungen wird im Kapitel III (Rz 87 ff), die Vertragsauslegung im Kapitel IV (Rz 111 ff), unvollständige und mehrdeutige Ausschreibungen im Kapitel V (Rz 125), Auftraggeber, die Ausschreibungsstandards nicht einhalten im Kapitel VI (Rz 143 ff) abgehandelt, und im Kapitel VII (Rz 173 ff) soll anhand eines Beispiels die Thematik zusammengefasst werden.

XIII. Systematik der Ausschreibungsfehler

Ausschreibungsbedingungen können fehlerhaft sein, weil sie

- sittenwidrig
- technisch falsch
- widersprüchlich
- unvollständig oder
- mehrdeutig

sind.

A. Sittenwidrige Vertragsbedingungen

Auftraggeber sind zwar grundsätzlich in der Formulierung von Vertragsbedingungen frei, jedoch ist die Vertragsfreiheit mit der **Sittenwidrigkeit von Vertragsbedingungen** beschränkt.

B. Technisch falsche Ausschreibung

Eine **technisch falsche Ausschreibung** liegt vor, wenn die Befolgung einer „Anweisung“ des AG zu einem Mangel führen würde, oder die während der Bautätigkeit voraussichtlich anzutreffenden Umstände der Leistungserbringung unrichtig beschrieben wurden. Es liegen also zwei Fälle vor:

- der AG erteilt eine **fehlerhafte Anweisung**, die in der Regel zu einem bautechnischen Mangel führt. Dies ist eine **Frage der Gefahrtragung und der Warnpflicht**. Eine Anweisung im eigentlichen Sinn liegt zwar bei Vorgaben in der Ausschreibung nicht vor, jedoch wird dies von Rsp und L der Anweisung iSd § 1168 a ABGB gleichgehalten (vgl. *Wilhelm*, Von widersprüchlichen Werkverträgen, falschen Regeln der Technik, Behebung unbehebbarer Mängel und Sowiesokosten, in FS Ostheim [1990] 225 [230]; *Rebhahn/Kietaibl* in *Schwimmann*, ABGB³ V § 1168 a Rz 17 f; OGH 2 Ob 52/03 s. *ecolex* 2003/269 [*Wilhelm*] = RdW 2003/303; 9 Ob 133/98 v. RdW 1999, 137 = bbl 1999/131)
- der **AG beschreibt die Umstände der Leistungserbringung falsch**, was in vielen Fällen zu Erschwernissen führt. In der Regel wird eine Änderung der **Leistungserbringung** notwendig, weil der AN die **Leistung über Weisung des AG** im Leistungsinhalt wie vereinbart, jedoch **unter anderen Bedingungen**, insb. anderen technischen Bedingungen, erbringen muss. Unter den technischen Bedingungen versteht man die Rahmenbedingungen, unter der die Leistung zu erbringen ist, insb. die geologischen oder hydrologischen Verhältnisse oder sonstige, die Bauausführung beeinflussende Umstände, wie die Witterungsverhältnisse, Zufahrtmöglichkeiten, Einbauten etc. **Erweisen sich die in der Leistungsbeschreibung enthaltenen technischen Bedingungen als falsch, ist die Leistung technisch anders zu erbringen**. Es liegt eine **Soll-Ist-Abweichung** vor. Gegenüber dem vertraglich Vereinbarten

wird in diesen Fällen eine Änderung der Leistungserbringung erforderlich sein. Auch eine Verlängerung der Bauzeit oder die Notwendigkeit einer Änderung der Leistungsintensität kann sich als Folge einstellen. Solche Ausschreibungsfehler führen in der Regel zu **Mehrkostenansprüchen** wegen Leistungsänderungen und zusätzlichen Leistungen oder zu Mehrkostenansprüchen wegen Störungen der Leistungserbringung. Auch **Ansprüche auf Bauzeitverlängerung** können die Folge sein. In diesen Fällen ist stets auch an eine **Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums** zu denken, so die Parteien nicht einvernehmlich auf eine Anpassung des Vertrags samt Vergütung einigen

Leistungsänderungen und Störungen der Leistungserbringung werden unter Rz 1234, Ansprüche wegen Bauzeitverlängerung unter Rz 531 und die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums unter Rz 1032 behandelt.

C. Widersprüchliche Leistungsbeschreibung

Eine **Leistungsbeschreibung ist widersprüchlich**, wenn sie Angaben enthält, die miteinander unvereinbar sind. Widersprüchliche Vertragsbedingungen und Leistungsbeschreibungen werden unter Rz 122 ff behandelt.

D. Unvollständige Leistungsbeschreibung

Eine **Leistungsbeschreibung ist unvollständig**, wenn für den im Vertrag beschriebenen Erfolg Leistungsschritte erforderlich sind, die nicht von vornherein auf der Hand liegen und trotzdem im Leistungsverzeichnis keine Erwähnung gefunden haben. Unvollständige Leistungsbeschreibungen werden unter Rz 125 ff behandelt.

E. Mehrdeutige Leistungsbeschreibung

Eine **mehrdeutige Leistungsbeschreibung** liegt vor, wenn der AN nach seinem Empfängerhorizont darunter etwas anderes als der AG verstehen konnte und dies auch durfte. Was der AG darunter verstand, ist für die Mehrdeutigkeit unerheblich und spielt erst dann eine Rolle, wenn zu prüfen ist, ob nicht partieller Dissens vorliegen könnte. Mehrdeutige Leistungsbeschreibungen werden unter Rz 125 ff behandelt.

XIV. Hinweise für die Ausschreibung und die Erstellung von Angeboten (4.2)

A. Leistungsbeschreibung und Ausmaß (4.2.1)

1. Vollständige Beschreibung und richtige Aufgliederung (4.2.1.1)

a) Leistungen sind vollständig zu beschreiben und zu erfassen (4.2.1.1 erster Absatz)

i) Abweichen des Bau-Ist vom Bau-Soll

Pkt 4.2.1.1 erster Absatz sieht vor, dass die Leistungen ihrer Beschreibung und ihrem Ausmaß nach lückenlos zu erfassen sind. Ist die Leistung nicht lückenlos beschrieben, muss sie aber zur Erreichung des Leistungsziels dennoch erbracht werden, liegt ein Abweichen des Bau-Ist vom Bau-Soll vor.

ii) Rechtsfolgen

Der AN hat sowohl beim Einheits- als auch beim Pauschalpreisvertrag Anspruch auf zusätzliches Entgelt, wenn zusätzliche Leistungen zur Erreichung des Leistungsziels notwendig werden.

b) Der AG darf nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung in einer Position erfassen (4.2.1.1 zweiter Absatz)

Pkt 4.2.1.1 zweiter Absatz sieht vor, dass Leistungsverzeichnisse konstruktiver Leistungsbeschreibungen so aufzugliedern sind, dass nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung in einer Position erfasst werden.

i) Verbot von Mischpreispositionen

Diese Bestimmung verbietet die Ausschreibung von Mischpreispositionen. Unter **Mischpreispositionen** versteht man **Positionen des Leistungsverzeichnisses, in denen Leistungen unterschiedlicher Art und Preisbildung zusammengefasst werden. Pkt 4.2.1.1 konkretisiert den in § 79 Abs 3 BVergG aufgestellten Grundsatz, dass öffentliche Auftraggeber keine unkalkulierbaren Risiken auf den AN überwälzen dürfen.**

Auch andere Normen verbieten Mischpreispositionen. **Pkt 2.2.4.1 der ÖNORM A 2050**, Vergabe von Aufträgen über Leistungen – Ausschreibung, Angebot, Zuschlag lautet:

„Die Gesamtleistung ist so aufzugliedern, dass unter den einzelnen Ordnungszahlen (Positionen) nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung aufscheinen, die aufgrund von Projektunterlagen oder anderen Angaben gewissenhaft und so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen sind.“

Nach dieser Bestimmung darf die Zusammenfassung von zusammengehörenden Leistungen verschiedener Art- und Preisbildung in einer Position nur dann erfolgen, wenn der Wert einer Leistung den Wert der anderen so übersteigt, dass der getrennten Preisangabe geringe Bedeutung zukommen würde. In besonderen Fällen sind Nebenleistungen, so zB besondere Vorarbeiten oder außergewöhnliche Frachtleistungen, in eigenen Positionen (Nebenleistungen als Hauptleistungen) zu erfassen.

Im Bereich des Tiefbaus sehen die Tunnelbaunormen (ÖNORM B 2203-1 für den zyklischen Vortrieb und die ÖNORM B 2203-2 für den kontinuierlichen Vortrieb) ähnliche Regelungen vor. **Pkt 4.3 der ÖNORM B 2203-1** lautet:

4.3 Weitere Hinweise für den Aufbau der Ausschreibungsunterlagen

In Ergänzung der ÖNORM 2110: 2000-03, Abschnitt 4.2.8 sind in den Leistungsverzeichnissen erforderlichenfalls eigene Positionen für folgende Leistungen vorzusehen:

4.3.2 Einteilung in Vortriebsklassen

Der Vortrieb ist unter Beachtung von 4.2.2.2 in Vortriebsklassen zu unterteilen.

Pkt 4.2 der ÖNORM B 2203-2 lautet:

4.2 Hinweise für die Ausschreibung und Erstellung von Angeboten

4.2.1 Allgemeines

Die Leistungen sind in ihrer Beschreibung und ihrem Ausmaß nach lückenlos zu erfassen und so aufzugliedern, daß nur Leistungen gleicher Art und Preisbildung in einer Position erfaßt werden.

Pkt 4.2.1 der Erdbaunorm B 2205 lautet:

4.2.3 In Ergänzung der ÖNORM B 2110: 2000-03, Abschnitt 4.2.8 sind in den Leistungsverzeichnissen erforderlichenfalls eigene Positionen für folgende Leistungen vorzusehen:

(3) Abtrag getrennt nach Bodenklassen 1 bis 7 gemäß Pkt 5.2.2

Nur die Erdbaunorm ÖNORM B 2205 lässt in Pkt 4.2.1 in zwei Fällen Ausnahmen vom Verbot, Mischpreise auszuschreiben, zu:

- liegen **ausreichende Ergebnisse von Bodenuntersuchungen** vor, welche die Anteile der Bodenklassen erkennen lassen, dürfen die Bodenklassen 3 bis 5 und die Bodenklassen 6 und 7 jeweils zu einer Position zusammengefasst werden
- bei **Arbeiten kleineren Umfangs oder für Arbeiten, die sich bei geringen Außenquerschnitten über große Entfernungen erstrecken**, wie Rohr- und Kabelgräben (Künetten) dürfen die Bodenklassen 3 bis 5 zu einer Position zusammengefasst werden

Viele Leistungsverzeichnisse sehen entgegen dem Verbot Mischpreispositionen vor. Etwa bei Tiefbauvorhaben werden immer wieder mehrere Bodenklassen in einer Position zusammengefasst. **Durch diese Vorgangsweise überwälzt der AG ein unkalkulierbares Risiko auf den AN. Dem AN stehen vier Möglichkeiten offen:**

- Anfechtung der Vertragsbestimmung wegen Sittenwidrigkeit
- Geltendmachung von Mehrkosten wegen Leistungsänderung
- Schadenersatz
- Irrtumsanfechtung

ii) Rechtsfolgen

Sittenwidrigkeit

Der AN kann die Bestimmung wegen gröblicher Benachteiligung nach § 879 Abs 3 anfechten.

Leistungsänderung

Eine andere Möglichkeit besteht darin, Ansprüche wegen einer Leistungsänderung geltend zu machen. Hat der AN bei der Kalkulation des Mischpreises vom AG keine exakten Grundlagen zur Verfügung gestellt bekommen, muss er bei der Kalkulation Annahmen treffen, in welchem Ausmaß die Leistungen unterschiedlicher Art und Preisbildung voraussichtlich anfallen werden. Diese Annahmen werden nicht immer eintreten. Der AN sollte vor Vertragsabschluss dem AG offenlegen, von welchem Anteil er bei den unterschiedlichen, in der Mischpreisposition zu kalkulierenden Leistungen, ausgeht. Sind beispielsweise in einer Position mehrere Bodenklassen zusammengefasst, sollte er dem AG zur Kenntnis bringen, welche Bodenverteilung er angenommen hat. Erst dadurch kann der AN später eine Bau-Soll/Bau-Ist-Abweichung nachweisen. Der **AN kann seinen Anspruch auf vertragliche Ansprüche stützen**, weil das Bau-Ist vom Bau-Soll abweicht (vgl *Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁴ Rz 859) und daher eine Leistungsänderung vorliegt. Er muss aber die im Pkt 7 vorgesehene Vorgangsweise einhalten.

Schadenersatz

Auch an **Schadenersatzansprüche** wäre zu denken. Schadenersatzansprüche setzen Rechtswidrigkeit, Verschulden, Kausalität und einen Schaden voraus.

Das **Verhalten des AG ist rechtswidrig**, weil es gegen die vorvertraglichen Sorgfalts-, Schutz- und Aufklärungspflichten verstößt, die in den ÖNORM-Bestimmungen konkretisiert werden, auch wenn sie nach dem Konzept der ÖNORM nicht dazu bestimmt sind, Vertragsbestandteil zu werden. Sie stellen Standards für das Erstellen von Ausschreibungen dar, die dem Schutz der Bieter dienen. **Der AG handelt daher rechtswidrig, wenn er den im BVergG und in ÖNORMEN für Ausschreibungen vorgesehenen Standard nicht einhält.**

Da dem AG § 79 Abs 3 BVergG und die einschlägigen ÖNORMEN bekannt sein müssen, liegt auch ein **Verschulden** vor.

Der **Schaden des AN** wird in diesen Fällen in der Differenz zwischen jenem Preis, den er bei richtiger Aufklärung geboten hätte, und dem tatsächlich vereinbarten Preis bestehen.

2. Bei Ausmaßermittlungen sind die ÖNORMEN mit vornormierten Vertragsinhalten heranzuziehen (4.2.1.2)

Pkt 4.2.1.2 sieht vor, dass bei der Ausmaßermittlung auf Zuschläge und Abzüge gemäß den Bestimmungen über Ausmaß und Abrechnung nach der jeweiligen Werkvertragsnorm der ÖNORM-Serien B 22xx und H 22xx Bedacht zu nehmen ist.

3. Anführung aller Umstände, die für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind (4.2.1.3)

a) Erschwernisse und Erleichterungen sind anzuführen (4.2.1.3 erster Satz)

Pkt 4.2.1.3 sieht vor, dass **in der Ausschreibung alle Umstände anzuführen sind, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind**, sowie besondere Erschwernisse oder Erleichterungen, zB Baugrundverhältnisse, verkehrsbedingte Arbeitsbehinderungen, Terminfestlegungen, fallweise Unterbrechung von Leistungen, insb auch während des Winters, Lagerungsmöglichkeiten, Wasser-, Strom- und Gasanschlüsse. **Enthält die Ausschreibung nicht alle relevanten Angaben, ist sie unvollständig** (siehe zum Baugrund Rz 1209).

i) Die Angaben müssen in den Ausschreibungsunterlagen gemacht werden

Pkt 4.2.1.3 sieht ausdrücklich vor, dass **die Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zu machen sind**. Der AG ist daher nicht berechtigt die erforderlichen Angaben bei einem Dritten, zB seinem Architekten zur Einsicht zu hinterlegen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Bestimmung. Im Übrigen würde es für einen Bieter einen unzumutbaren Aufwand bedeuten, wenn er Dritte, insb außerhalb des Vergabeorts aufsuchen müsste um sich über Umstände zu informieren, die die Preisermittlung beeinflussen können.

b) Auflagen aufgrund von behördlichen Bescheiden sind bekannt zu geben (4.2.1.3 zweiter Satz)

Pkt 4.2.1.3 zweiter Satz sieht vor, dass der AG jene Auflagen bekannt zu geben hat, die sich aufgrund von behördlichen Bescheiden (zB baurechtliche, wasserrechtliche, naturschutzrechtliche Bescheide) ergeben. Soweit diese Auflagen preisrelevant sind, werden sie wohl in eigenen Positionen des Leistungsverzeichnisses auszuschreiben sein.

Pkt 7.2.2 zweiter Absatz ordnet ausdrücklich an, dass die Nichteinhaltung der in Pkt 4.2.1.3 enthaltenen Verpflichtungen zulasten des AN gehen. Diese Bestimmung wird daher Teil des Vertrags.

4. Bieter hat die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen (4.2.1.4)

a) Keine Verpflichtung des AN

Pkt 4.2.1.4 sieht vor, dass der Bieter die örtlichen Gegebenheiten zu besichtigen und in seinem Angebot zu berücksichtigen hat. Pkt 4.2.1.4 enthält nur eine Empfehlung an den AN, weil die Bestimmung der Vorgängerversionen „Erklärung des Auftragnehmers“ in Pkt 5.4 der ÖNORM B 2110 Ausgabe 1. 3. 2002, die eine Verpflichtung des AN vorsah, entfallen ist. Diese Bestimmung befand sich in Abschnitt 5, der Vertragsbestandteil wurde. Auch dies spricht dagegen, dass Pkt 4.2.1.4 den AN rechtlich verpflichtet.

b) Exkurs: Angebotserklärung

Pkt 5.4 der ÖNORM B 2110 idF 1. 3. 2002 enthielt eine sog „Angebotserklärung“. Darin bestätigt der AN mit dem Abschluss des Vertrags, dass er die Vertragsunterlagen eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden ist; ferner, dass er durch Besichtigung der Baustelle/Montagestelle die örtlichen Gegebenheiten und Arbeitsbedingungen festgestellt hat und dass darauf die Preisberechnung und die Angebotserstellung beruhen. **Derartige „Angebotserklärungen“ mit ähnlichem Wortlaut finden sich in vielen Bauverträgen. Deshalb erscheint deren Kommentierung zweckmäßig.**

i) Keine Haftungsverschärfung zulasten des AN

Vertragsbestimmungen, nach denen der AN die Ausführungsunterlagen auf Mängel zu prüfen hat, führen zu keiner vom Gesetz abweichenden Verteilung des Risikos und **wirken nicht „haftungsverschärfend“ zulasten des AN** (*Krejci*, Baugrundrisiko 31; OGH 8 Ob 504/81 HS 13.143; 1 Ob 42/86 wbl 1987, 219).

Beispiel 1:

Der AN erhielt den Auftrag zur Lieferung und Verlegung eines PVC-Bodens. Nach der Verlegung traten Mängel auf. Die auftretenden Mängel wurden allein durch die nachgiebige, verformbare Unterlage des von einem Baumeister hergestellten Gussasphalts verursacht.

Pkt. 3.5 der Allgemeinen Bedingungen lautete: „Der Bieter ist verpflichtet, sich vor Abgabe des Angebotes über alle die Preisbildung und Ausführung bestimmenden Umstände, die örtlichen Verhältnisse und Eigenheiten der Baustelle, die Durchführungsmöglichkeit der Leistungen in technischer und baurechtlicher Hinsicht, insb durch Augenschein und Einsichtnahme in die Planungsunterlagen Klarheit zu verschaffen, sodass aus dem Titel ‚Unkenntnis der Situation‘ keinerlei Nachforderungen abgeleitet werden können und der AN in jedem Fall die volle Haftung für seine Leistungen übernimmt“.

Hat der AN, der mit seinen Arbeiten auf den Arbeiten eines anderen AN aufbaut, vertraglich die Kontrolle der Vorarbeiten übernommen, dann ist ihm eine eingehende Prüfung der geleisteten Arbeiten zuzumuten. Allerdings findet auch hier die Warnpflicht des AN ihre Grenze darin, dass der Mangel der Vorarbeiten bei voraussetzender Fachkenntnis, gewissenhafter Kontrolle und eingehender Prüfung für ihn erkennbar ist. Dem AN iSd § 1168 a ABGB auferlegte Aufklärungs- und Warnpflichten dürfen nicht überspannt werden.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, dann ergibt sich Folgendes: Entgegen dem Standpunkt des AG ist eine vertragliche Vereinbarung über die Untersuchung nicht aus Punkt 3.5 der Allgemeinen Bedingungen abzuleiten:

Der AN konnte ohne Anstellung weitwendiger und nicht üblicher Prüfungen nicht feststellen, dass der von der Bauunternehmung hergestellte Unterboden des Gussasphalts für die Verlegung des in Aussicht genommenen PVC-Bodens nicht geeignet sei. Die aufgetretenen Mängel sind nicht darauf zurückzuführen, dass der AN beim Verlegen des Belags Fehler begangen hätte, sondern ausschließlich darauf, dass der Bauunternehmer bei Herstellung des Unterbodens unsachgemäße Arbeit insofern geleistet hat, als die Herstellung einer „starrten Unterlage“ für den Gussasphalt unterblieb. Dies wäre aber für den AN, der den PVC-Boden auf dem Hartgussasphalt durchaus fachgerecht verlegt hatte, überhaupt nur aufgrund nicht üblicher Prüfungen und Untersuchungen feststellbar gewesen (OGH 8 Ob 504/81 HS 13.143).

Beispiel 2:

Ein Baumeister wurde mit der Herstellung eines Daches für eine Möbelausstellungshalle nach den vom AG beigestellten Plänen beauftragt. Das Dach war auf eine Höchstbelastung von 200 kg pro m² ausgerichtet, doch hätte nach der Regelwetterkarte die Belastbarkeit doppelt so groß sein müssen: Starke Schneefälle führten zu Wassereintritt und Schäden an den ausgestellten Möbeln. Der AN hatte schon im Anbot erklärt, „die Ausschreibungsunterlagen und die zur Einsicht aufgelegten Pläne genau geprüft zu haben und alle zur Verfügung gestellten Unterlagen für die Anbotslegung als ausreichend zu betrachten und dass die vorgeschlagene Art der Konstruktion dem heutigen Stand der Bautechnik entspricht“. Er hatte sich weiters im Werkvertrag verpflichtet, „die vorgesehenen Ausführungsarten und Konstruktionen zu überprüfen. Sollte dies auch nur in irgendeinem Detail nicht den technischen Anforderungen entsprechen, ist die Bauleitung hiervon in Kenntnis zu setzen“.

Die Aufklärungspflicht des AN ist in diesem Fall aus einer vertraglichen Vereinbarung zur Prüfung der Unterlagen abzuleiten, weil der AG dem AN die Pflicht zur Überprüfung der von ihm beigestellten Unterlagen überbunden hatte. Die Verantwortung für die Tauglichkeit der Pläne trifft dann nicht mehr primär den AG, sondern den AN. Es kann nur auf der Grundlage der Vereinbarung nicht ohne Weiteres eine umfassende Prüfpflicht des AN angenommen werden. Sie bestimmt sich vielmehr danach, in welchem Umfang der AG eine solche Überprüfung nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte. Da das Anbot des AN kein Entgelt für beizuziehende Prüforgane vorsah, konnte der AG nur erwarten, dass der AN die Prüfungen selbst nach Maßgabe der von ihm zu gewährleistenden Sachkunde (§ 1299 ABGB) vornehmen werde. Der AG konnte die vertragliche Regelung hingegen nicht dahin verstehen, dass der AN auch Prüfungen, die üblicherweise einem Ziviltechniker oder Sachverständigen anderer Branchen obliegen, vornehmen lassen werde. Eine Rolle spielt auch, ob der Wissensstand des AN zumindest ausreichend hätte sein müssen, seine Unfähigkeit, die Richtigkeit der Pläne eingehend zu prüfen, darzulegen. Dann läge sein Verschulden allenfalls darin, sich zu einer Prüfung verpflichtet zu haben, die durchzuführen er nach seinem Wissensstand außerstande war (OGH 1 Ob 653/86 wbl 1987, 119).

ii) Keine Übertragung der Haftung für eine fehlerhafte Leistungsbeschreibung

Eine Klausel, in der der AN mit dem Abschluss des Vertrags bestätigt, dass er die Vertragsunterlagen eingesehen hat und mit den darin enthaltenen Bestimmungen einverstanden ist, dass er durch Besichtigung der Baustelle/Montagestelle die örtlichen Gegebenheiten und Arbeitsbedingungen festgestellt hat und dass darauf die Preisberechnung und die Angebotserstellung beruhen, **kann nicht dahin ausgelegt werden, dass damit eine Übertragung der Haftung für eine falsche, fehlerhafte oder unvollständige Leistungsbeschreibung auf den Auftragnehmer zustande gekommen ist** (OGH 9 Ob 41/04 a SZ 2004/160 JBl 2005, 378).

iii) Keine Übernahme des Baugrundrisikos

Eine Angebotsklausel mit dem Wortlaut „Der Anbotsleger erklärt, den Bauplatz besichtigt zu haben und mit den örtlichen Verhältnissen, Anschlussmöglichkeiten, Lagermöglichkeiten, Transportverhältnissen etc vertraut zu sein. Der AN der Erd- und Baumeisterarbeiten hat sich vor Auftragserteilung auf eigene Kosten von den Bodenverhältnissen Klarheit zu verschaffen“ **bedeutet nicht die Übernahme des Baugrundrisikos durch den AN, insb wenn der Architekt des AG für die Planung verantwortlich ist** (OGH 7 Ob 140/98 h SZ 71/142 = RdW 1999, 70 = bbl 1999/95).

Beispiel:

Ein Baumeister erhielt den Auftrag zur Herstellung einer Wohnhausanlage. Eine der Bestimmungen des 50 Seiten umfassenden Auftrags lautete:

„Der Anbotsleger erklärt, den Bauplatz besichtigt zu haben und mit den örtlichen Verhältnissen, Anschlussmöglichkeiten, Lagermöglichkeiten, Transportverhältnissen etc vertraut zu sein. Der AN der Erd- und Baumeisterarbeiten hat sich vor Auftragserteilung auf eigene Kosten von den Bodenverhältnissen Klarheit zu verschaffen.“

Bei Durchführung der Bauarbeiten trat ungewöhnlich viel Grundwasser auf. Es musste daher entgegen der ursprünglichen Planung eine Dichtbetonwanne mit erheblichen Mehrkosten hergestellt werden. Der AG beehrte die

Vornahme der Verbesserungsmaßnahmen durch den AN und den Ersatz der Mangelfolgeschäden. Die Klage wurde abgewiesen.

Die im Vertrag enthaltene Klausel wurde nicht als Überwälzung des Baugrundrisikos angesehen. Der AN durfte annehmen, dass der im Auftrag des AG tätige Architekt die Eignung der ausgeschriebenen Kellerisolierung im Hinblick auf die konkrete Grundwasserlage geprüft hatte.

Fehlt es an einer Überwälzung der Prüfpflicht und legt der AG bereits eine detaillierte Leistungsbeschreibung vor, dann trifft den AG die Pflicht zur Baugrundprüfung (OGH 7 Ob 140/98 h SZ 71/142 = RdW 1999, 70 = bbl 1999/95).

iv) Kein Ausschluss der Anfechtung wegen Kalkulationsirrtums

Pkt 4.2.1.4 bewirkt keinen Ausschluss des Anfechtungsrechts wegen eines Kalkulationsirrtums (vgl OGH 9 Ob 41/04 a SZ 2004/160 = JBl 2005, 378 = RZ 2005/12).

B. Angaben (4.2.2)

Pkt 4.2.2 enthält eine Checkliste für den Ausschreibenden.

C. Eigene Positionen (4.2.3)

1. Konkretisierung der ÖNORM A 2050

Pkt 4.2.3 ist eine Konkretisierung von Pkt 5.1.2 der ÖNORM A 2050, der anordnet, dass **die Ausschreibungsunterlagen so zu auszuarbeiten sind**, dass die Preise von den Bietern **ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken** ermittelt werden können.

2. Eigene Positionen im LV

Pkt 4.2.3 sieht vor, dass in den Leistungsverzeichnissen eigene Positionen für folgende Leistungen vorzusehen sind:

- Behandlung von im Baustellenbereich angetroffenem gefährlichen Abfall gemäß Festsetzungsverordnung
- Behandlung und Deponierung von im Baustellenbereich angetroffenen Baurestmassen sowie Materialien, die der Reststoffdeponie oder Massenabfalldeponie zuzuordnen sind
- Beschaffung von Unterlagen durch den AN (zB Pläne, statische Berechnungen, Dokumentationen), die gesondert vergütet werden
- Herstellung, Benutzbarmachung, Erhaltung und Wiederherstellung von Zufahrten zur Baustelle, von Wegen, Straßen, Brücken oder Anschlußgleisen; Benutzungsgebühren
- Maßnahmen zur Feststellung, zum Schutz und zur allfälligen Verlegung von Einbauten
- Baustellen-Gemeinkosten
- Gerätekosten der Baustelle (Vorhaltegeräte gem ÖNORM B 2061)
- zusätzliche Leistungen oder Erschwernisse für den Fall der Weiterarbeit während der winterlichen Schlechtwetterzeit (Frost oder Schneefall)
- Beistellen von Arbeitskräften, Geräten und Materialien, zB für Kontrollmessungen sowie für Prüfungen des Werkes durch den AG
- Probebetrieb
- Leistungen gem Bauarbeitenkoordinationsgesetz, die dem AN übertragen werden,
- Verkehrsführung und -sicherung, soweit nicht geringfügig
- Baureinigung

D. Pläne, Zeichnungen (4.2.4)

1. Übereinstimmung der Pläne mit dem LV (4.2.4.1)

Pkt 4.2.4.1 sieht vor, dass der AG bei Plänen, Zeichnungen und dgl, die Grundlage für die Erstellung des Leistungsverzeichnisses oder des Angebots sind, besonders auf die Übereinstimmung dieser Unterlagen zu achten hat. Auf allfällige Abweichungen hat er in geeigneter Form aufmerksam zu machen.

2. Verfahren zur Planfreigabe (4.2.4.2)

Pkt 4.2.4.2 sieht vor, dass ein Verfahren zur Planfreigabe festzulegen ist. Ohne Festlegung gelten Pläne, die von den Erfüllungsgehilfen des AG übergeben wurden, als angeordnet. Diese Klarstellung ist von großer praktischer Bedeutung, weil dies immer wieder strittig ist.

E. Übertragung von Risiken oder besonderen Auflagen (4.2.5)

Insoweit der AG mit der Ausschreibung Risiken oder besondere Auflagen zu übertragen beabsichtigt, sind diese klar ersichtlich zu machen und kalkulierbar darzustellen.

F. Regieleistungen (4.2.6)

Für angehängte Regieleistungen sind eigene Abschnitte im Leistungsverzeichnis vorzusehen. Die Leistungen sind gemäß der in 8.2.6 aufgezeigten Gliederung aufzuteilen.

G. Überprüfung von Unterlagen (4.2.7)

Ausdrücklich festzulegen ist die allenfalls erforderliche Überprüfung von vom AN beizustellenden Unterlagen durch hierzu befugte Personen sowie die Kostentragung. Dieser Bestimmung wird insb dann Bedeutung zukommen, wenn der AN zur Ausführungsplanung verpflichtet ist.

XV. Vertragsauslegung

Bevor unvollständige und mehrdeutige Vertragsklauseln behandelt werden, ist es erforderlich, die Grundregeln der Vertragsauslegung darzulegen.

A. Die Auslegungslegungsregeln

1. Die Auslegungsschritte

Die Auslegungsregeln bei Verträgen finden sich in den §§ 914 und 915 ABGB. Eine feste Rangfolge zwischen den Auslegungsgrundsätzen besteht zwar nicht, allerdings ist eine bestimmte Reihenfolge einzuhalten: Die ergänzende Vertragsauslegung nach dem hypothetischen Parteiwillen gelangt nur zur Anwendung, wenn eine Regelung im Vertrag nicht getroffen wurde, insofern eine Lücke vorliegt und das Gesetz (die einfache Auslegung) selbst keine Lösung bietet.

2. Einfache Vertragsauslegung

a) Auslegung nach dem Wortsinn

Den Ausgangspunkt der einfachen Vertragsauslegung nach § 914 ABGB bildet der Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung, wobei das Gesetz aber hervorhebt, dass nicht am buchstäblichen Ausdruck zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu ermitteln ist. **Es muss vielmehr der Wille der Parteien erforscht werden** (*Rummel in Rummel I³ § 914 Rz 4*). Die **Auslegung der Erklärung ist am Empfängerhorizont zu messen**, dh es ist zu prüfen, wie ein redlicher Erklärungsempfänger die Erklärung verstehen musste (Vertrauenstheorie). Hervorzuheben ist, dass der maßgebliche Beurteilungszeitpunkt jener des Empfangs der Willenserklärung ist (OGH 9 Ob 51/03 w immolex 2003/199 [ohne diesen Entscheidungsteil]).

Insb bei der Auslegung von Ausschreibungsbedingungen kommt es darauf an, wie diese bei objektiver Beurteilung der Sache vom Bieter zu verstehen waren, wobei bei Unklarheiten vor allem dem Geschäftszweck, der redlicherweise der Erklärung zu unterstellen ist, und der Interessenlage Bedeutung zukommt (OGH 20. 1. 2000, 6 Ob 69/99 m zur ÖNORM A 2050).

b) Auslegung nach der Übung des redlichen Verkehrs

Wenn die Auslegung nach dem Wortsinn nicht zielführend ist, ist zu ermitteln, wie der Vertrag nach der **Übung des redlichen Verkehrs**, also der Verkehrssitte zu verstehen ist.

c) Systematisch-logische Interpretation

Einzelne **Erklärungen** – Klauseln oder Vertragspunkte – **sind** allerdings nicht losgelöst vom Gesamtgefüge des Vertragswerkes, sondern **immer in systematisch-logischem Zusammenhang mit den übrigen Vertragspunkten zu interpretieren**.

3. Ergänzende Vertragsauslegung

Bei der **ergänzenden Auslegung** geht es um die Lösung jener Problemfälle, für die die Vertragspartner nichts geregelt haben, also wenn eine **Vertragslücke** vorliegt. Als Mittel ergänzender Auslegung kommen der **hypothetische Parteiwille**, die **Übung des redlichen Verkehrs** sowie **Treu und Glauben** in Betracht. Die ergänzende Vertragsauslegung kommt aber nur dann in Betracht, wenn keine dispositiven Gesetzesbestimmungen auf den Fall angewendet werden können.

a) Der hypothetische Parteiwille

Der **hypothetische Parteiwille** ist durch Beantwortung der Frage zu ermitteln, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie sich bei Vertragsabschluss die nunmehr offene Frage vorgelegt hätten. Die Beantwortung kann sich aus Natur und Zweck des Vertrags, aus Vorverhandlungen oder anderen Umständen des Geschäfts ergeben.

b) Die Übung des redlichen Verkehrs

Die **Übung des redlichen Verkehrs** (Verkehrssitte, Unternehmensbrauch) ist auch ohne Rücksicht auf die Kenntnis der Parteien bei Vertragsabschluss heranzuziehen. Es ist zu ermitteln, welche Verkehrsübung im Verkehrskreis der Vertragspartner besteht.

c) Treu und Glauben

Schließlich ist die Vertragsergänzung nach **Treu und Glauben** vorzunehmen. Im Rahmen dieser Auslegungsmethode ist der Vertrag so auszulegen, wie er im Verkehr zwischen redlich denkenden Menschen verstanden werden darf.

4. Die „Unklarheitenregelung“ des § 915 ABGB

§ 915 ABGB enthält eine weitere für das Werkvertragsrecht bedeutsame Auslegungsregel: **Auslegungsprobleme gehen bei zweiseitigen Verträgen zulasten desjenigen, der sich der undeutlichen Äußerung bedient hat** (§ 915 zweiter Halbsatz ABGB).

Bringen weder Wortsinn noch Parteienabsicht ein eindeutiges Ergebnis, ist nicht schon die Unklarheitenregel des § 915 ABGB anzuwenden, sondern ist letztendlich eine Erklärung so zu verstehen, wie sie der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Kann mit den Auslegungsregeln des § 914 ABGB das Auslangen gefunden werden, liegt der Fall des § 915 Halbsatz 2 ABGB nicht vor. **§ 915 ABGB greift nur dann ein, wenn sich zweifelhafte und unklare Äußerungen weder aus der Parteiabsicht noch aus der Verkehrsübung erklären lassen** (OGH 18. 6. 1969, 5 Ob 96/69).

„**Bedient**“ hat sich einer undeutlichen Äußerung **derjenige, der sie in das vertragliche Geschehen einführt** und damit die Möglichkeit hatte, deutliche Formulierungen zu wählen. Dies ist in der Regel der Vertragspartner, der den vorbereiteten Vertragstext zur Unterfertigung unterbreitet (OGH 23. 10. 2003, 6 Ob 58/03 b uva; aA die vereinzelt gebliebene Entscheidung OGH 8 Ob 2350/96 p RdW 1997, 433), also **in der Regel der AG**.

Beispiel:

Der AN errichtete eine Ortskanalisation.

Grundlage und Bestandteil des Auftrags war ein umfangreiches Konvolut verschiedener Vertragsbestimmungen, die für den Fall von Widersprüchen in folgender Reihenfolge gelten sollten:

- a) Niederschrift betreffend die Vergabe
- b) die „Besonderen Vertragsbestimmungen“ für mit Mitteln des Wasserwirtschaftsfonds geförderte Bauvorhaben,
- c) die „Besonderen Bedingungen für die Ausführung siedlungswasserwirtschaftlicher Bauten“ in der geltenden Fassung,
- d) das Angebot des Auftragnehmers,
- e) das Projekt des Büros DI B betreffend das Baulos B, BA 03,
- f) die Bestimmungen der in der Vergabenederschrift angeführten Bescheide und Genehmigungen, soweit sie durch den Auftragnehmer wahrzunehmen sind,
- g) ÖNORMEN idgF in der Reihenfolge gem ÖNORM B 2110, Pkt 2.2 (Fassung März 1983), sofern nichts anderes vereinbart war.

Der OGH wies die außerordentliche Revision mit der Begründung zurück, es könne nicht Aufgabe des Obersten Gerichtshofes sein, ein derart unklares und widersprüchliches Vertragswerk auszulegen. Es sei nicht seine Sache, die Sorglosigkeit von in derartigen Angelegenheiten versierten Vertragsparteien in eigener Sache zu sanieren. Es wäre vielmehr Aufgabe der am Abschluss derartiger Bauverträge Interessierten, ein einheitliches Vertragswerk zu erstellen (OGH 8 Ob 2350/96 p RdW 1997, 433).

Ann:

Bei allem Verständnis für den Ärger über die gerade bei Bauverträgen verwirrende Fülle an Vertragsgrundlagen, entspricht diese Entscheidung nicht den Auslegungsvorschriften des ABGB. Sie zeigt aber, dass mitunter weniger mehr sein kann (OGH 8 Ob 2350/96 p RdW 1997, 433).

5. Auslegung nach der Reihenfolge der Vertragsgrundlagen

Zu beachten ist auch die in der Praxis **bei Bauverträgen** immer wieder **anzutreffende Auslegungsregel, dass bei Widersprüchen die Vertragsgrundlagen in der im Vertrag genannten Reihenfolge gelten**, oder bei Widersprüchen innerhalb einer Vertragsgrundlage bestimmte Teile vorrangig gelten sollen (zB bei Leistungsverzeichnissen der Positionstext vor den Vorbemerkungen).

Ob ein Widerspruch zwischen einzelnen Vertragsgrundlagen vorliegt, kann im Einzelfall schwierig festzustellen sein. Widersprüche sind von ergänzenden Bestimmungen in Vertragsbestimmungen mit niedriger Rangfolge zu unterscheiden. Ein Widerspruch wird immer dann vorliegen wenn die Auslegung verschiedener Vertragsunterlagen zu gegenteiligen wirtschaftlichen oder rechtlichen Ergebnissen führt.

Beispiel 1:

Der AN verfasst eine Ausschreibung für die Lieferung und Legung von Baustahl. Im Angebot der Stahlfirma wird der Einheitspreis (Material und Arbeit) von ATS 3.300,- pro Tonne angeboten, wenn der AN eine Mindestmenge von fünf Tonnen pro Tag abnimmt. Wird diese Menge unterschritten, sollte die Arbeit nach Regie abgerechnet werden. Der AN übermittelt daraufhin ein Schreiben mit folgendem Wortlaut: „Wir beauftragen Sie aufgrund Ihres Angebotes mit der Lieferung und Verlegung von Baustahl zum Preis von ATS 3.300,- pro Tonne.“

- Auftragsgrundlagen sind:
- dieses Auftragschreiben
 - die beiliegenden Allgemeinen Bedingungen für Professionistenleistungen der VIBÖ samt Baustellenordnung
 - die Ausschreibung bzw Ihr Anbot, die Allgemeinen und Besonderen Vertragsbedingungen
 - die Bau- und Konstruktionspläne
 - die einschlägigen ÖNORMEN und subsidiär die DIN
- Die erwähnten Auftragsgrundlagen gelten bei Widersprüchen in der oben angeführten Reihenfolge.
- Den beiliegenden Gegenbrief senden Sie bitte firmenmäßig gefertigt binnen acht Tagen zurück, andernfalls wird Ihr Einverständnis mit dem Auftrag als gegeben angenommen.“

Das Stahlunternehmen unterfertigt diesen Gegenbrief und beginnt mit den Arbeiten. Im Zuge der Baudurchführung wird die Menge von fünf Tonnen pro Tag unterschritten. Die Stahlfirma beruft sich nun auf das Anbot und will die Arbeit nach Regie abrechnen. Ihr Anbot sei durch das Schreiben des AN angenommen worden („Wir beauftragen Sie aufgrund Ihres Angebotes“), im Übrigen sei Ihr Angebot Auftragsgrundlage. Ein Widerspruch zwischen dem Auftragschreiben und dem Anbot bestehe nicht, da im Auftragschreiben keine Regelung über eine Mindestabnahmemenge getroffen worden sei. Es gelte daher die im Angebot festgelegte Mindestabnahme.

Ann:

ME ist ein solcher Widerspruch anzunehmen, weil aufgrund des Schlussbriefes der Preis ATS 3.300,- pro Tonne beträgt, während nach dem Anbot der Preis ATS 3.300,- pro Tonne nur dann beträgt, wenn der AN eine Mindestmenge von fünf Tonnen pro Tag abnimmt. Da das Auftragschreiben höherrangig ist, wird die Vereinbarung laut Auftragschreiben (Schlussbrief) gelten. Eine Ergänzung liegt nicht vor, sondern eine im Ergebnis wirtschaftlich andere Regelung. Der vom AG übermittelte Schlussbrief ist als Gegenofferte zum Anbot anzusehen. Diese Gegenofferte wurde durch Unterfertigung des Gegenschlussbriefes durch den AN angenommen.

Beispiel 2:

In einem Bauvertrag wurde für die Überschreitung der Ausführungsfrist für jeden Werktag der Verspätung eine von der Schlussrechnung in Abzug zu bringende Vertragsstrafe in Höhe von 0,5% der Auftragssumme vereinbart.

In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen war die Geltung der ÖNORM B 2110 Ausgabe 1. 3. 1973 vereinbart, in deren Pkt 2.17.1 eine richterliche Mäßigung vorgesehen ist.

Der OGH vertrat die Ansicht, dass die bloße Vereinbarung der Konventionalstrafe einen Ausschluss der ÖNORM-Bestimmung darstelle, die gerade für diesen Fall eine ergänzende Regel enthält. Auch die Vertragsbestimmung, die Konventionalstrafe könne von der Abrechnungssumme einbehalten werden, reiche nicht aus, iSd § 863 ABGB eine konkludent zustande gekommene Vereinbarung auf Ausschluss des Mäßigungsrechts im Widerspruch zu der Regelung der ÖNORM anzunehmen, und bedeute auch sonst keinen Widerspruch zur ÖNORM. Sie habe auch ohne einen solchen Verzicht einen Sinn, indem für den Fall der Geltendmachung der Konventionalstrafe dem AG das sofortige Verrechnungsrecht eingeräumt und damit dem AN die Klägerrolle aufgenötigt werde (OGH 22. 5. 1991, 3 Ob 550/91).

B. Auslegung der ÖNORM

ÖNORMEN sind nach der Rsp objektiv, unter Beschränkung auf den Wortlaut, dh unter Verzicht auf außerhalb des Textes liegende Umstände, gem § 914 ABGB auszulegen, weil es sich bei ÖNORMEN weder um die von einer der Vertragsparteien aufgestellten AGB, noch um das Ergebnis von Vertragsverhandlungen der Parteien handelt, sondern um „kollektiv“ gestaltete Vertragsbedingungen, die von dritter Seite – dem Österreichischen Normungsinstitut – herausgegeben werden (OGH 27. 4. 1999, 1 Ob 359/98 w mwN; 7 Ob 110/01 d ecolex 2001, 745 = ÖGEBAU Journal 2001/2, 182 [Karasek]). **Sie sind daher so zu verstehen, wie sie sich einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Adressatenkreises erschließen** (Larcher, RdW 1984, 166; OGH 8 Ob 504/89 SZ 63/51 mwN; 3 Ob 2327/96 v ecolex 1997, 87). **Im Zweifel bildet die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehef** (OGH 8 Ob 151/71 JBl 1972, 200; 6 Ob 566/95 ecolex 1995, 891; 3 Ob 2327/96 v ecolex 1997, 87; 6 Ob 98/00 f ÖGEBAU Journal 2001/2, 178 [Längle]; 7 Ob 110/01 d ecolex 2001, 745 = ÖGEBAU Journal 2001/2, 182 [Karasek]; 6 Ob 151/05 g = ecolex 2006, 122 [Leitner] = bbl 2006, 33; 1 Ob 51/05 i RdW 2006/158199 [ohne diesen Entscheidungsteil]). Allein darauf, was die Parteien ausdrücklich vereinbarten, kommt es nicht an. Auch die Erfüllung und Durchführung von Verträgen hat nach der Übung des redlichen Verkehrs, dh nach Treu und Glauben, zu erfolgen. Die Anforderungen von Treu und Glauben sind vor allem jenen gegenüber zu beachten, zu denen man in konkreten Rechtsbeziehungen steht (RIS-Justiz RS0013395).

Dieser Rechtssatz muss allerdings erläutert und präzisiert werden: Die Rsp bringt damit zum Ausdruck, dass die Feststellung der Absicht der Parteien (*Rummel in Rummel I³ § 914 Rz 4*) durch **die Feststellung des maßgebenden Sinnes einer Bestimmung** ersetzt wird (vgl dazu *F. Bydlinski in Rummel I³ § 6 Rz 15*). **Die objektiv-teleologische Auslegung sucht bei Versagen der anderen Auslegungsmethoden den Sinn der Bestimmung mithilfe der Fragestellung zu erfassen, welchen Zweck die Bestimmung verfolgt hat** (vgl *Bydlinski in Rummel I³ § 6 Rz 20*). Dazu ist sie auch im systematischen Zusammenhang zu sehen. In diesem Sinn ist die Aussage der Rsp, dass im Zweifel **die Übung des redlichen Verkehrs einen wichtigen Auslegungsbehef bildet**, zu verstehen. **Der Zweck einer Bestimmung soll aus der Sichtweise der einschlägigen Verkehrskreise erschlossen werden. Maßgebend ist auch hier der Empfängerhorizont** (vgl *Leitner, ecolex 2006, 122*).

XVI. Unvollständige und mehrdeutige Leistungsbeschreibungen

Die häufigste Fallgruppe fehlerhafter Ausschreibungen sind unvollständige und mehrdeutige Ausschreibungen.

A. Das unterschiedliche Verständnis der Vertragsparteien über das Bau-Soll

Ob die Leistungsbeschreibung unvollständig oder mehrdeutig ist, hat ihre Ursache in einer **nicht ausreichenden Beschreibung des Bau-Solls durch den AG**. Die Begriffe „unvollständig“ und „mehrdeutig“ sind nach dem allgemeinen Sprachgebrauch unterschiedlich, dennoch ist eine scharfe Abgrenzung aus rechtlicher Sicht nicht erforderlich. Wenn man von einer unvollständigen Leistungsbeschreibung spricht, meint man, dass etwas fehlt, was zur Herstellung der Gesamtleistung notwendig ist. Ist eine Leistungsbeschreibung mehrdeutig, meint man, dass sie mehrere Auslegungsmöglichkeiten zulässt. Meist ist aber eine Leistungsbeschreibung mehrdeutig, weil bei der Beschreibung etwas fehlt, was sie eindeutig machen würde. Eine mehrdeutige Beschreibung wird also in der Regel auch irreführend unvollständig sein. Wie auch immer: **Verstehen die Vertragsparteien die Ausschreibung, die das Bau-Soll beschreiben soll, unterschiedlich oder fehlt eine notwendige Beschreibung, liegt eine mangelhafte Ausschreibung vor. In diesen Fällen muss durch Vertragsauslegung geklärt werden, wer recht hat, also wie die Leistungsbeschreibung richtig auszulegen ist.**

B. Auslegungsmaßstab ist der Empfängerhorizont

1. Der objektive Empfängerhorizont

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass für die Auslegung der objektive Empfängerhorizont, also die Sicht der Bieter **maßgeblich ist**. Dabei ist nicht entscheidend, welche Sicht ein bestimmter Bieter hat, sondern wie ein durchschnittlicher Bieter objektiv die Erklärung verstehen durfte und musste.

2. Ex-ante-Betrachtung

Bei der Beurteilung, wie der Bieter eine Erklärung des AG verstehen musste, ist eine **ex-ante-Betrachtung anzustellen**, also eine Beurteilung vorzunehmen ob sich dem Bieter **zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe** überhaupt ein Verdacht aufdrängen muss, dass die Leistungsbeschreibung mangelhaft ist. **Das, was erst zum Zeitpunkt der Ausführung klar wird, muss nicht schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe klar sein** (*Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁴ Rz 156).

3. Die schwierige Balance zwischen Vertrauen-Dürfen und Nachfragen-Müssen

Bei der Vertragsauslegung nach dem Empfängerhorizont sind zwei sich spiegelnde Facetten des Problems zu betrachten: Es geht um die ungemein schwierige **Balance zwischen Vertrauen-Dürfen und Nachfragen-Müssen**. Der Jurist muss bei der Vertragsauslegung die Frage stellen, ob ein Bieter aus seinem Empfängerhorizont eine Vertragsbestimmung (zB die Positionsbeschreibung eines Leistungsverzeichnisses) in einem bestimmten Sinn verstehen durfte und musste. Unjuristisch formuliert lautet die Frage, ob der Bieter darauf vertrauen durfte, dass der AG die Vertragsbestimmung so gemeint hat, wie er sie verstanden hat. Ist das Ergebnis der Vertragsauslegung, dass der Bieter die Vertragsbestimmung objektiv anders verstehen musste, als er sie tatsächlich verstanden hat, muss er zwar mehr oder anders leisten, als er sich vorgestellt hat, hat aber keine zusätzlichen Vergütungsansprüche. Damit ist die Angelegenheit aus rechtlicher Sicht abgeschlossen. Unjuristisch ausgedrückt: Dem Bieter hätte klar sein müssen, dass der AG etwas anderes gemeint hat, als er es verstanden hat, er hätte daher zumindest nachfragen müssen.

Die Vertragsauslegung bleibt immer eine Einzelfallentscheidung. Dennoch soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, Richtlinien für die Auslegung auslegungsbedürftiger Fälle zu geben. Vorauszuschicken ist, dass Bauverträge in der Regel sehr umfangreiche Konvolute sind, die oft unübersichtlich, zum Teil redundant, zum Teil widersprüchlich und auch schlecht strukturiert sind. Selbst mit einem Kompass ist es in der Praxis oft schwer, den Norden zu finden. Ein solcher Fall dürfte den OGH auch zu der problematischen Aussage veranlassen haben, es könne nicht Aufgabe des Obersten Gerichtshofes sein, ein unklares und widersprüchliches Vertragswerk auszulegen und es sei nicht seine Sache, die Sorglosigkeit von Vertragsparteien zu sanieren; es wäre vielmehr Aufgabe der am Abschluss derartiger Bauverträge Interessierten, ein einheitliches Vertragswerk zu erstellen (OGH 8 Ob 2350/96 p RdW 1997, 451[ohne diesen Entscheidungsteil]). Genau dieses Problem stellt sich aber bei unvollständigen oder mehrdeutigen Leistungsbeschreibungen.

Bei der Beantwortung der Frage, ob ein Bieter eine Vertragsbestimmung aus seinem Empfängerhorizont in einem bestimmten Sinn verstehen darf und muss, oder unjuristisch ausgedrückt, was der Bieter vom AG (**Vertrauen-Dürfen**) und was der AG vom Bieter (**Nachfragen-Müssen**) erwarten darf, sind zwei wesentliche Grundsätze zu beachten, die im Folgenden zu erläutern sind:

- maßgebendes Dokument für die Kalkulation ist das Leistungsverzeichnis
- maßgebende Person für die Kalkulation ist der Kalkulant

a) Maßgebendes Dokument für die Kalkulation ist das Leistungsverzeichnis

Maßgebendes Dokument für die Ermittlung des Empfängerhorizonts zum Zeitpunkt der Kalkulation ist das vom AG erstellte Leistungsverzeichnis. Der Bieter muss sich auf die Angaben im Leistungsverzeichnis verlassen können: er muss nicht danach suchen, ob vielleicht an anderer Stelle des Vertrages überhaupt etwas kalkulationsrelevantes steht (unvollständige Leistungsbeschreibung im LV) oder etwas anderes steht (widersprüchliche Leistungsbeschreibung). Vom Bieter kann keine „detektivische Kleinarbeit“ verlangt werden (*Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁴ Rz 199). § 96 Abs 1 BVergG schreibt für öffentliche Auftraggeber ausdrücklich vor, dass die **Leistungen** bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung **im Leistungsverzeichnis** (nicht an anderer Stelle der Vertragsunterlagen!) **eindeutig zu beschreiben sind**. Dieser Grundsatz gilt auch für private Auftraggeber, weil er nur Selbstverständliches besagt.

Der Bieter darf darauf vertrauen, dass der AG alle kalkulationsrelevanten Angaben im Leistungsverzeichnis (nicht an anderer Stelle des Vertrags) an der richtigen Stelle gemacht hat. Diese Aussage soll nicht missverstanden werden: Die sonstigen Ausschreibungsunterlagen dienen der Erläuterung und Ergänzung der Leistungsbeschreibung in den Positionen und Vorbemerkungen im Leistungsverzeichnis. Sie sind allerdings nur für die spätere Ausführung, nicht jedoch für die Kalkulation relevant. Alles, was für die Kalkulation von Bedeutung ist, muss sich im Leistungsverzeichnis finden, zumindest aber muss das Leistungsverzeichnis einen Hinweis auf kalkulationsrelevante Umstände (an anderer Stelle des Vertrags) enthalten. Findet sich etwa im Leistungsverzeichnis die Angabe, dass die Wände weiß auszumalen sind und an anderer Stelle des Vertrags die „Präzisierung“, dass nicht „normales“ Weiß, sondern eine teurere weiße Sonderfarbe zu verwenden ist, darf und muss der Bieter bei der Kalkulation davon ausgehen, dass normales Weiß zur Ausführung gelangen soll. Will der AG dieses Ergebnis vermeiden, muss er die Sonderfarbe im Leistungsverzeichnis ausschreiben. Dieses Beispiel kann man nun variieren: Ist im Leistungsverzeichnis keine Farbe angegeben, kann der Bieter bei der Kalkulation davon ausgehen, dass eine Farbe durchschnittlicher Art und Güte zur Ausführung gelangen wird und die Position dementsprechend auspreisen. Ordnet der AG im Zuge der Baudurchführung eine teurere Sonderfarbe an, stellt dies einen vergütungspflichtige Leistungsänderung dar.

Ist eine Leistung im Leistungsverzeichnis überhaupt nicht vorgesehen, kann sich der AG nicht darauf berufen, dass sie an anderer Stelle des Vertrags beschrieben ist und daher (in welcher Position?) vom Bieter einzukalkulieren war. Anders gesagt: Was nicht im Leistungsverzeichnis steht, ist in der Regel eine entgeltspflichtige Zusatzleistung.

Pkt 4.2.4.1 der ÖNORM schreibt dies für Pläne ausdrücklich vor: Der AG hat besonders darauf zu achten, dass Pläne, die Grundlage für die Erstellung des Leistungsverzeichnisses sind, mit dem Leistungsverzeichnis übereinzustimmen haben. Auf allfällige Abweichungen ist vom AG in geeigneter Form aufmerksam zu machen. **Der Bieter ist im Zuge der Kalkulation also nicht verpflichtet, zu prüfen, ob die Pläne mit dem Leistungsverzeichnis übereinstimmen.** Sollten dennoch Abweichungen vorliegen, sieht Pkt 5.1.3 vor, dass die Pläne bei Widersprüchen nachrangig zum Leistungsverzeichnis sind, sodass die Angaben im Leistungsverzeichnis gelten.

Der Bieter ist auch nicht verpflichtet, die LV-Massen auf Vollständigkeit oder Richtigkeit zu prüfen, es sei denn, er hat sich dazu vertraglich verpflichtet. Bei einem Einheitspreisvertrag sollte dies ohnehin kein Problem darstellen, weil nach tatsächlichen Massen abgerechnet wird. Hat der AG Massen, die einem (unechten) Pauschalpreisvertrag zugrunde gelegt werden, falsch berechnet, kommt die Anpassung des Vertrags wegen Irrtums in Frage, weil die irrumsrelevanten Kalkulationsgrundlagen (die Massenangaben) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses offengelegt sind (*Krejci*, Baugrundrisiko 49 ff; vgl 9 Ob 41/04 a).

Maßgebendes Dokument für die Kalkulation ist daher immer das Leistungsverzeichnis.

i) Das Leistungsverzeichnis muss vollständig sein

Was hat zu geschehen, wenn das Leistungsverzeichnis unvollständig ist? **Der Bieter kann grundsätzlich auf die Vollständigkeit der Angaben im Leistungsverzeichnis vertrauen** (*K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, in FS ÖGEBAU 266). Besonders **bei einem Einheitspreisvertrag besteht eine Vollständigkeitsvermutung der Angaben im Leistungsverzeichnis über die herzustellende Leistung (Bau-Soll)**, weil die in Positionen detailliert beschriebene Leistung den Einheitspreisvertrag charakterisiert. Dieser Gedanke kommt auch in § 95 Abs 2 BVergG zum Ausdruck, der vorsieht, dass bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung die Leistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern sind. **Die Vollständigkeitsvermutung ist Folge der Systemwahl des AG.** Dies bedeutet nicht, dass der AG die Leistung bei einem Pauschalpreisvertrag nicht sorgfältig beschreiben muss. Der Unterschied zum Einheitspreisvertrag ist nur der, dass der AG bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Leistungen durch Festlegung von Leistungs- und Funktionsanforderungen beschreibt (§ 95 Abs 3 BVergG).

Der Bieter ist nicht verpflichtet, Untersuchungen über die Vollständigkeit der Angaben anzustellen. § 96 Abs 1 BVergG schreibt dem öffentlichen AG ausdrücklich vor, dass Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung **eindeutig zu beschreiben** sind, und dem AN die **Angebotslegung ohne umfangreiche Untersuchungen ermöglichen muss**. Pkt 4.2.1.3 der ÖNORM konkretisiert diese Vorschrift dahingehend, dass **in der Ausschreibung alle Umstände anzuführen sind, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind**. Pkt 7.2.2 sieht schließlich vor, dass die Nichteinhaltung von Pkt 4.2.1.3 zulasten des AG geht. Insoweit ist § 96 Abs 1 BVergG verallgemeinerungsfähig und gilt auch für private Auftraggeber.

Dennoch kann der AG erwarten, dass der Bieter nicht blind auf die Angaben im Leistungsverzeichnis vertraut. Der Bieter muss aber nur ganz offensichtliche Unvollständigkeiten erkennen. Das Leistungsverzeichnis muss vollständig sein.

ii) Die Leistungsbeschreibung muss widerspruchsfrei sein

Steht in einer anderen Vertragsgrundlage etwas, was dem Leistungsverzeichnis widerspricht (**widersprüchliche Leistungsbeschreibung**), gilt die Reihenfolge der Vertragsgrundlagen in Pkt 5.1.3 der ÖNORM, wenn im Vertrag nichts Abweichendes vereinbart ist. **In diesem Fall wird in der Regel das Leistungsverzeichnis vorgehen**, weil es in der Reihenfolge der Vertragsgrundlagen an zweiter Stelle, gleich nach dem Vertrag kommt.

Besteht der **Widerspruch innerhalb einer Vertragsgrundlage** (zB zwischen einem Positionstext und den Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses), ist zunächst zu erforschen wie die widersprüchlichen Bestimmungen des Leistungsverzeichnisses nach der Parteiabsicht und, wenn dies nicht möglich, nach der Übung des redlichen Verkehrs zu verstehen sind. Kann mit diesen Auslegungsregeln das Auslangen gefunden werden, liegt kein Fall der Unklarheitenregel vor. **§ 915 ABGB greift nur dann ein, wenn sich zweifelhafte und unklare Äußerungen weder aus der Parteiabsicht noch aus der Verkehrsübung erklären lassen** (OGH 18. 6. 1969, 5 Ob 96/69).

iii) Das Leistungsverzeichnis darf nicht mehrdeutig sein

Schließlich ist noch der Fall zu behandeln, dass eine Bestimmung in einer Vertragsgrundlage mehrdeutig ist (**mehrdeutige Leistungsbeschreibung**), also zu verschiedenen Sichtweisen der Vertragspartner führt. **Die mehrdeutige Leistungsbeschreibung ist allerdings vorweg vom versteckten Dissens abzugrenzen**, der nach § 869 ABGB überhaupt keinen Vertrag entstehen, oder wenn bloß partieller Dissens vorliegt, die vom Dissens betroffene Bestimmung wegfallen lässt und insofern zu einer Vertragslücke führt, die zunächst durch das dispositiven Recht und den hypothetischen Parteiwillen zu schließen ist (vgl *Rummel in Rummel I*³ § 869 ABGB Rz 10).

Ein versteckter Dissens liegt vor, wenn die Parteien überzeugt sind, eine Einigung erzielt zu haben, dies aber nicht zutrifft, weil jede der äußerlich übereinstimmenden Willenserklärung ein anderes Verständnis beilegte. Entscheidend ist dabei, dass die Erklärungen der Parteien in ihrem objektiven Sinn aneinander vorbeigehen, ohne dass dies den Parteien bewusst wird, dass also die sich äußerlich deckenden Erklärungen objektiv in einem einander nicht entsprechenden Sinn zu verstehen sind. **Decken sich die Willenserklärungen äußerlich** (und umfassen sie alle wesentlichen Vertragspunkte), **kann demnach von versteckten Dissens nur bei objektiver Mehrdeutigkeit der Erklärungen bei gleichzeitiger Nichtübereinstimmung des Gewollten gesprochen** werden (OGH 5 Ob 511/96 HS 27.427 = RdW 1996, 521 mwN; stRsp vgl RIS-Justiz RS0014702). Maßgebend sind daher nicht die subjektiven Vorstellungen der Parteien, sondern es ist vielmehr die Frage zu klären, ob die (iSd § 914 ABGB ausgelegten) Willenserklärungen bei Beurteilung ihres objektiven Erklärungswertes taugliche Grundlage für einen Vertragsabschluss sein können.

Vom Dissens zu unterscheiden ist der Irrtum über die Bedeutung und die Rechtsfolgen der eigenen Erklärung. Es liegt also ein allenfalls zur Anfechtung des Vertrags berechtigender Irrtum und nicht Dissens (der gem § 869 ABGB einen Vertrag erst gar nicht entstehen ließe) vor, wenn bei nur einer der Parteien das Gewollte mit dem Erklärten übereinstimmt. Deckt sich das subjektive Verständnis auch nur einer der Vertragsparteien mit dem objektiven Vertragssinn, dann kommt der Vertrag nach Maßgabe dieser objektiven Vertragsinterpretation zustande.

Wie schwierig die **Abgrenzung zwischen mehrdeutigen, lückenhaften und eindeutigen Leistungsbeschreibungen** sein kann, zeigt ein von *Kapellmann/Schiffers* erörtertes Beispiel für eine „lückenhafte“ Leistungsbeschreibung (*Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁴ Rz 162). Die Leistungsbeschreibung zur Herstellung eines Doppelbodens lautet: „Eine eventuelle Kabelpritschenbefestigung an den Doppelboden muss möglich sein.“ Doppelböden baut man, um in dem Zwischenraum zwischen Unterboden und Oberboden ungehindert EDV-Kabel verlegen zu können. Der Oberboden wird auf Stützen angebracht. Um ihn verlegen zu können, müssen die Platten auf den Stützen justiert werden. Eine Kabelpritsche (auch Kabeltrasse genannt) ist ein Tragkörper für Kabel und elektrische Leitungen. Im erörterten Fall wurde der Boden vom AN verlegt. Nach Fertigstellung der Arbeiten verlangte der AG, der AN solle den Oberboden nochmals öffnen, um das Verlegen der EDV-Kabel zu ermöglichen, danach den Oberboden wieder schließen und justieren. Er war der Ansicht, der AN habe die Leistungsbeschreibung so verstehen müssen, dass er vor dem Schließen des Bodens die Verlegung der Kabel durch den AG hätte abwarten müssen. Eine Vergütung für das nochmalige Öffnen und Schließen des Doppelbodens stehe ihm nicht zu, weil er diese Leistung aus dem Titel des Schadenersatzes zu erbringen habe.

Ob die Ansicht des AG richtig ist, ist eine Frage der Vertragsauslegung. ME liegt im vorliegenden Beispiel – entgegen *Kapellmann/Schiffers* – keine „lückenhafte“, sondern eine eindeutige Leistungsbeschreibung vor. Aus dem Empfängerhorizont eines Bieters konnte es keinen Zweifel geben, dass nur die „eventuelle Kabelpritschenbefestigung“ möglich sein musste. Er war vertraglich weder zur Herstellung einer Kabelpritschenbefestigung, noch zur Herstellung einer Kabelpritsche verpflichtet. Er musste lediglich den Doppelboden so bauen, dass eine Kabelpritsche und deren Befestigung eben „möglich“ ist. Er konnte daher ferner davon ausgehen, dass die EDV-Verkabelung eben nur „eventuell“ erfolgt. Die Vertragsauslegung führt daher zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die neuerliche Öffnung und Justierung nicht Leistungsgegenstand war. Sie ist eine entgeltspflichtige Zusatzleistung.

b) Maßgebende Person ist der Kalkulant

i) Sorgfaltsmaßstab

Maßgebende Person für die Ermittlung des Empfängerhorizonts ist der Kalkulant. Sorgfaltsmaßstab für den Bieter ist die **Sorgfalt eines durchschnittlich sorgfältigen Bieters**. Dies ist zu erläutern. Um Missverständnisse bei den nachfolgenden Ausführungen zu vermeiden, sei vorausgeschickt, dass es keinen einheitlichen Sorgfaltsmaßstab für alle denkbaren Bauschaffenden, vom Installateur bis zum Tunnelbauer, gibt. Der Bieter muss jenen Sorgfaltsmaßstab prästieren, der von **durchschnittlich sorgfältigen Bietern aus dem ausgeschriebenen Fachgebiet** zu erwarten ist. Von einem Installateur werden eben andere Kenntnisse erwartet als von einem Tunnelbauer. Eine zweite Präzisierung ist erforderlich: Wenn vom Empfängerhorizont des Kalkulanten die Rede ist, soll damit nicht gesagt werden, dass an ihn ein anderer Sorgfaltsmaßstab als an das Unternehmen, für das er tätig ist, angelegt werden soll. Es soll lediglich zum Ausdruck gebracht werden, dass weder der Bieter, noch sein Kalkulant die Kenntnisse von Sonderfachleuten haben müssen.

ii) Der Kalkulant ist kein Sonderfachmann

In der arbeitsteiligen Wirtschaft, **darf der AG nicht erwarten, dass eine zur Kalkulation übermittelte Ausschreibung durch jede Fachabteilung des Bieters – so überhaupt vorhanden – einer Überprüfung unterzogen wird**. Üblicherweise werden, zumindest bei mittleren und größeren Firmen, Kalkulationen von eigenen Kalkulanten bearbeitet. Unbestreitbar ist, dass ein Kalkulant dem Schwierigkeitsgrad und den Besonderheiten der auszureisenden Leistung gewachsen sein muss. **Das heißt aber noch lange nicht, dass der Kalkulant das Bauwerk noch einmal planen, durchzudenken oder zu konzipieren hat und dazu hauseigene oder gar externe Fachleute beiziehen muss**. Dies ist analog zur Warnpflicht zu sehen: Zu besonderen, nicht üblichen Prüfungen und Untersuchungen ist der AN ebenso wenig verpflichtet wie zu umfangreichen, technisch schwierigen oder kostenintensiven Untersuchungen. Dies trifft auch auf den Kalkulanten zu.

Vom Kalkulanten kann nicht verlangt werden, dass er Spezialkenntnisse hat, die üblicherweise nur ein Sonderfachmann hat. Selbst wenn das Bauunternehmen solche Fachleute (zB Statiker oder Geologen) beschäftigen sollte, kann von Bauunternehmen nicht erwartet werden, dass sie bei allen Ausschreibungen herangezogen werden. Dies wird nur dann geboten sein, wenn sich dem Kalkulanten – bei Anwendung seines Kenntnismaßstabes – der Verdacht aufdrängen muss, dass die ausgeschriebene Leistung mangelhaft ist (vgl. *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, in FS ÖGEBAU 267). **Der Kalkulant ist keine Eier legende Woll-Milch-Sau**. Er ist dafür zuständig, den Positionen eines vom AG übergebenen Leistungsverzeichnisses, das er in der Regel von einem von ihm beauftragten Fachmann erstellen lässt, Preise zuzuordnen. Die technische Planung (wozu das Erstellen des Leistungsverzeichnisses gehört) und das Auspreisen von Positionen sind zwei auseinanderzuhaltende Aufgaben. **Der AG hat zu planen, der AN die Planung kostenmäßig zu bewerten**.

Es ist auch nicht Aufgabe eines Kalkulanten, eine **Statik** oder **sonstige Gutachten von Sonderfachleuten** (zB geologische Gutachten) richtig zu interpretieren, um daraus Erkenntnisse für die Kalkulation abzuleiten. Die von Sonderfachleuten erstellten Gutachten dienen in erster Linie **dem AG und seinem Planer**, der die daraus ableitbaren Informationen im Leistungsverzeichnis umzusetzen hat. **Der Kalkulant kann davon ausgehen, dass der AG oder sein Planer alle aus Gutachten und anderen Ausarbeitungen und Behördenauflagen gewonnenen Erkenntnisse in das Leistungsverzeichnis einfließen hat lassen**. Dies ist selbstverständlich, weil die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses eine Planungsaufgabe ist, für die der AG verantwortlich ist. Bedient er sich dabei eines Planers, ist die Erstellung des Leistungsverzeichnisses nach den einschlägigen Regelwerken sogar eine eigenständige **Leistungsphase**, die die **Umformulierung der Planungsinhalte in die „Angebotsprache“**, also in das Leistungsverzeichnis umfasst (*Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁴ Rz 199). Das in diesem Zusammenhang immer wieder von AG vorgetragene Argument, eine „Fachfirma“ müsse eine **Statik** oder **sonstige Gutachten von Sonderfachleuten** interpretieren können, ist nicht stichhaltig, weil dies eine Planungsaufgabe ist. Natürlich sind solche Gutachten nach völlig einhelliger Meinung Gegenstand der Warnpflicht. Für die Überprüfung solcher Gutachten durch den AN sind die von der Rsp entwickelten Maßstäbe anzuwenden. Dies betrifft aber die Ausführung der Leistung. Bei der Kalkulation gelten aber weniger strenge Maßstäbe, weil es nicht Aufgabe des Kalkulanten ist, die Planung, zu der auch das Leistungsverzeichnis gehört, zu überprüfen, um seine Kalkulation erstellen zu können, insb in der üblicherweise kurzen zur Verfügung stehenden Zeit. Darauf wird gleich unten nochmals zurückzukommen sein. Es sind eben unterschiedliche Maßstäbe im Zeitpunkt der Kalkulation und im Zeitpunkt der Arbeitsvorbereitung anzulegen. Insoweit ist auch die Rsp einzuschränken, die von einer Warnpflicht bereits im vorvertraglichen Stadium ausgeht. **Die Angebotsbearbeitung durch den Kalkulanten kann sich daher nur auf der Ebene einer einfachen Plausibilitätskontrolle abspielen** (vgl. *Schopf*, Prüf- und Warnpflicht des Werkunternehmers 148; *K. Müller*, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag, in FS ÖGEBAU 267). **Was dem Planer nicht aufgefallen ist, muss nicht ausgerechnet dem Bieter auffallen**. Betont sei nochmals, dass bei der Arbeitsvorbereitung ein strengerer Maßstab an die Sorgfaltspflichten anzuwenden ist. Sind etwa in einem Leistungsverzeichnis aufgrund einer Vorstatik drei Träger beschrieben, ist es nicht Aufgabe des Kalkulanten, darüber nachzudenken, ob nicht vielleicht doch ein vierter Träger notwendig ist. Stellt sich nach Vorliegen der Statik heraus, dass ein vierter Träger notwendig ist, ist dies eine entgeltspflichtige Zusatzleistung. Nichts anderes gilt, wenn der AN im Zuge der Arbeitsvorbereitung feststellt, dass drei Träger notwendig sind und, seiner Warnpflicht nachkommend, dem

AG dies mitteilt. Er kann die Bezahlung dieser Zusatzleistung nicht mit dem Hinweis auf die bereits im vorvertraglichen Stadium bestehende Warnpflicht ablehnen, weil der Sorgfaltsmaßstab zum Zeitpunkt der Kalkulation und der Ausführung ein anderer ist. Selbst aber wenn der AN die vorvertragliche Warnpflicht verletzt hat, hat er die Mehrkosten nicht verursacht, weil sie bei rechtmäßigem Verhalten auch angefallen wären.

Die einfache Plausibilitätskontrolle gilt ganz besonders auch für geologische Angaben: Ist die „Übersetzung“ geologischer Gutachten und Angaben im Leistungsverzeichnis unzureichend, ist die Ausschreibung in der Regel unvollständig oder mehrdeutig. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein geologisches Gutachten etwa bei einem Tunnelbau nur der erste Schritt im Planungsprozess ist, der nach mehrere Monate dauernden Zwischenschritten von hochspezialisierten Ingenieuren (Geomechanikern, Geotechnikern und auf Tunnelbau spezialisierte Ingenieurbüros) in einer **bautechnischen Planung mündet, die sich letztlich in der Ausschreibung verdichtet**. Es ist ein Irrglaube, dass ein Kalkulant alle kalkulationsrelevanten Parameter einem geologischen Gutachten entnehmen kann und muss. Die Übersetzung des geologischen Gutachtens in ein Leistungsverzeichnis ist ein technisch herausfordernder, langwieriger und kostenintensiver Weg, der nur von spezialisierten Fachleuten bewältigt werden kann. **Vom Kalkulanten kann nicht verlangt werden, dass er gescheiter ist als die zahlreichen Sonderfachleute, die an der Erstellung der Ausschreibung mitgewirkt haben** und geologische „Rohdaten“ eines geologischen Gutachtens selbst, gleichsam „planungsmäßig“, bearbeiten muss.

c) Kurzer Zeitraum für die Angebotskalkulation

Bei der Frage was der AG vom Bieter im Angebotsstadium erwarten darf, ist auch zu bedenken, dass **dem Bieter für die Abgabe seines Angebots in der Regel nur ein relativ kurzer Zeitraum zur Verfügung steht**, während der AG und seine Erfüllungsgehilfen monatelang die Bauaufgabe durcharbeiten konnten (*Kropik/Kramer*, Mehrkostenforderungen 184; *Müller*, Vorvertragliche Pflichten beim Bauwerkvertrag 267). **Vom Bieter kann neben dem fachlichen Aspekt – auch aus Zeitgründen – nur eine Plausibilitätsprüfung**, nicht aber das Durcharbeiten aller Planungsunterlagen, und schon gar nicht das planmäßige Suchen nach allfälligen Planungsfehlern, Widersprüchen oder fehlenden Positionen **verlangt werden**.

C. Das Ergebnis der Vertragsauslegung

1. Hat der AG recht, hat der Bieter keine Vergütungsansprüche

Führt die Vertragsauslegung zu dem Ergebnis, dass der AG recht hat, muss der Bieter und spätere AN zwar mehr oder anders leisten als er sich vorgestellt hat, hat aber keine zusätzlichen Vergütungsansprüche. Damit ist die Angelegenheit aus rechtlicher Sicht abgeschlossen.

2. Hat der Bieter recht, hat er zusätzliche Vergütungsansprüche

Führt die Auslegung hingegen zu dem Ergebnis, dass der Bieter und spätere AN recht hat, muss er „weniger“ bauen als sich der AG vorgestellt hat und hat zusätzliche Vergütungsansprüche. Wie gleich zu zeigen sein wird, gibt es, wie fast immer in der Juristerei, eine Ausnahme von der Regel.

3. Ausnahme: Der Bieter hat die Mangelhaftigkeit der Ausschreibung erkannt

Ein Bieter, der die Widersprüchlichkeit, Unvollständigkeit oder Mehrdeutigkeit der Ausschreibung positiv erkannt, also **den Zuschlag erschlichen hat, hat keinerlei Ansprüche**. Er kann weder vertragliche Ansprüche geltend machen, noch den Vertrag wegen Irrtums anfechten oder Schadenersatz begehren, weil er in seinem Vertrauen nicht enttäuscht wurde (*Kapellmann/Schiffers*, Vergütung I⁴ Rz 244; OGH 3 Ob 122/05 w ecolex 2007/140 = JBI 2007, 451 = MietSlg 58.071). Vertragliche Ansprüche scheiden aus, weil ein Fall der culpa in contrahendo, und eine Verletzung der Warnpflicht des § 1168 a ABGB vorliegt. Bei einer solchen Warnpflichtverletzung tritt nicht nur Schadenersatzpflicht ein, sondern der AN verliert nach stRsp darüber hinaus seinen Entgeltsanspruch. Stützt sich der AN auf Schadenersatz, kann er sich nicht einmal auf ein Mitverschulden des AG berufen, weil dem fahrlässigen Verhalten des AG ein vorsätzliches Verhalten des AN gegenübersteht. In solchen Fällen kommt eine Schadensteilung nicht in Frage, der vorsätzlich Handelnde hat vielmehr seinen Schaden zur Gänze selbst zu tragen. Vorsatz schließt den Mitverschuldenseinwand aus (OGH 3 Ob 122/05 w ecolex 2007/140 = JBI 2007, 451 = MietSlg 58.071).

Beispiel 1:

Der AN gab aufgrund der Ausschreibung eines Reinhaltverbandes (AG) ein Angebot für die Erweiterung und Anpassung einer Kläranlage ab. Eine Planungsgesellschaft (im Folgendem „Planer“), die als Nebenintervenientin (NI) am Verfahren beteiligt ist, führte für den AG die Planung, Ausschreibung und Bauaufsicht durch. Für die Verfassung des LV bediente sich die NI der standardisierten Leistungsbeschreibung für den Siedlungswasserbau, der LB-SW Version 04 (im Folgenden LB). Diese LB Stand 1. 5. 1997 erklärt die ÖNORM B 2280 Verbauarbeiten, Werkvertragsnorm als anwendbar. Die Vorbemerkung zur Unterleistungsgruppe 01 05 04 lautet:

„Gerätekosten, Baustellenregie für Baugruben- und Grabensicherung, sowie Gründungsarbeiten. Einrichtungen und Geräte vor- und instand halten, inklusive Mieten, Gebühren und Baustellenregie und dergleichen.“

Die Position 01 05 04 A lautet:

„Gerätekosten für Spundbohlen: 35 Tage.“

Die Vorbemerkung zur Leistungsgruppe 05 05 Verbau mit Spundbohlen lautet:

„Die Vergütung erfolgt nach der gesamten gestützten Wandfläche.“

Die Position 05 05 01 H lautet:

„Stahlspundbohlen rammen/ziehen: 2.850 m².“

Den Ausschreibungsunterlagen lag auch ein Bauzeitplan bei, aus dem für jeden anbietenden Fachmann ersichtlich war, dass eine Spundung von Anfang Juli 1999 bis Mitte Dezember 1999 erforderlich sein wird. Die Planer gingen davon aus, dass das Vorhalten der Spundbohlen unter Position 05 05 01 H zu veranschlagen sei. Sie schlossen dies aus Pkt 1.3.2.2 der Verfahrensbestimmungen der ÖNORM B 2280, die lautet:

„Bei schwierigen Verbauen . . . ist das . . . Vorhalten . . . des Verbaus . . . nach Längenmaß, Masse oder Anzahl anzubieten.“

Nachdem die Leistungspositionen in der LB-SW Version 04 nur unter der Leistungsgruppe 05 05 m²-Vorgaben enthielten, dachten die Planer, dass eben dort das Vorhalten der Spundbohlen zu veranschlagen ist. Im LV gibt es aber keine Position, unter der das Vorhalten der Spundbohlen veranschlagt werden kann.

Der AN ist ein Spezialist auf dem Gebiet des Tiefbaus; er hat auch schon mehrere Bauvorhaben im Bereich des Kläranlagenbaus abgewickelt. Schon bei Studium der Ausschreibungsunterlagen erkannte der AN, dass das Vorhalten der Spundbohlen von Anfang Juli bis Mitte Dezember 1999 erforderlich sein werde und die in der Ausschreibung vorgegebene Anzahl von 35 Tagen unter der Position 01 05 04 A niemals für das Vorhalten der Spundbohlen ausreichend sein könne. So fragte er auch beim Subunternehmer Theisen KG an.

Beim Aufklärungsgespräch war dem AN klar, dass sich die Position 01 05 04 A (Gerätekosten für Spundbohlen) mit dem ausgewiesenen Zeitraum von 35 Tagen nur auf den Geräteeinsatz für das Rammen und Ziehen der Spundbohlen und nicht für deren Vorhalten bezieht. Der AN dachte schon zum Zeitpunkt der Ausschreibung und des Aufklärungsgesprächs daran, den AG mit einem Nachtragsangebot zu überraschen, sobald er den Zuschlag als Bestbieter erhalten habe. Der damalige Geschäftsführer des AN sprach das Thema, wo das Vorhalten der Spundbohlen zu veranschlagen sei, ganz bewusst nicht an, sondern bestätigte im Zuge des Aufklärungsgesprächs schlicht, dass 35 Tage für das Rammen und Ziehen der Spundbohlen ausreichend seien. Der listige Hintergedanke war, die unklare Ausschreibung auszunützen, das Werk ohne Vorhaltekosten für Spundbohlen anzubieten und dann den Preis für die Leistung durch ein Nachtragsangebot zu erhöhen, sobald der AN den Zuschlag erhalten habe.

Die Planer sprachen das Thema, wo das Vorhalten der Spundbohlen zu veranschlagen sei, deshalb nicht an, weil sie überzeugt waren, dass das Vorhalten unter der Position 05 05 01 H zu kalkulieren sei.

Nach der am 8. 6. 1999 erfolgten Auftragserteilung legte die klagende Partei ein Nachtragsangebot vom 21. 6. 1999, das sie längst vor Auftragserteilung hätte stellen können.

Der AN begehrt vom AG die Zahlung von € 138.650,52 gemäß Position 01 05 04 A des LV. Zu dieser Position seien als „Mengenangabe“ 35 Tage genannt gewesen. Er habe das Vorhalten der Spundbohlen unter dieser Position nicht kalkuliert, weil sich seiner Ansicht nach die 35 Tage nur auf den Zeitraum des Rammens und Ziehens der Spundbohlen beziehen. In der Beschreibung der Position 05 05 01 H komme deutlich zum Ausdruck, dass dort nur das Rammen und Ziehen der Spundbohlen zu kalkulieren sei und nicht das Vorhalten. Dies habe den Vertretern des AG klar sein müssen, weil sonst der Positionspreis um 1,5 Mio ATS höher hätte sein müssen. Er stütze die Klagsforderung auf den abgeschlossenen Werkvertrag, subsidiär auch auf Vertragsanpassung nach § 872 ABGB und Schadenersatz, weil der AG den AN durch unrichtige Angaben in den Ausschreibungsunterlagen irreführt und im vorvertraglichen Schuldverhältnis unvollständige und unrichtige Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt habe.

Der AG wendete ein, die Auslegung der Position 01 05 04 A sei bereits vor Abschluss des Vertrags mit dem AN Gegenstand des Aufklärungsgesprächs gewesen. Es sei klaggestellt worden, dass sich die Position Gerätekosten für Spundbohlen auf die Geräte und nicht auf das Vorhalten der Spundbohlen selbst beziehe und dafür mit 35 Tagen das Auslangen gefunden werden könne. Das Vorhalten der Spundwände für die Dauer der Baugrubensicherung sei daher in der Position 05 05 01 zu berücksichtigen gewesen. Spätestens nach dem Aufklärungsgespräch sei dem AN klar gewesen, dass die Kosten für das Vorhalten der Spundbohlen nicht unter der Position 01 05 04 A, sondern unter der Position 05 05 01 H zu kalkulieren und abzurechnen seien.

Alle Instanzen wiesen das Klagebegehren ab. Zur Begründung führte der OGH aus:

Dass dem AN das Fehlen einer Bestimmung für das Vorhalten der Spundbohlen aufgefallen ist, steht fest. Das vorsätzliche Verschweigen des AN sei von den Tatsacheninstanzen festgestellt worden. Im Vergabeverfahren hat der Ausschreibende die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter mit dem Zweck, den Bestbieter in transparenter und objektiver Weise zu ermitteln. Gerade dieser Zweck würde aber unterlaufen, wenn ein Bieter mit einem Anbot Bestbieter wird, obwohl er schon vorhat, nach Erhalt des Auftrags ein Nachtragsanbot für von Anfang an unvermeidlich notwendige Arbeiten zu legen. Durch das so geringer gehaltene Angebot verschaffte er sich im Ausschreibungsverfahren einen Vorteil. Dies stellt einen Fall der culpa in contrahendo, und eine Verletzung der Warnpflicht des § 1168 a ABGB dar. Bei einer solchen Warnpflichtverletzung tritt nicht nur Schadenersatzpflicht ein, der AN verliert darüber hinaus seinen Entgeltsanspruch.

Auf Irrtum kann der AN seine Ansprüche schon deshalb nicht stützen, weil er nicht geirrt hat, sondern von Anfang an wusste, dass das Vorhalten der Spundbohlen nicht in der LB enthalten war. Die sonst grundsätzliche Möglichkeit für den AN, den Vertrag gem § 872 ABGB anzupassen und die „Sowiesokosten“ zu erhalten, scheidet daran, dass der AN gar nicht geirrt und den AG über dessen Geschäftsirrtum nicht aufgeklärt hat (culpa in contrahendo).

Das Klagebegehren muss, soweit es auf Schadenersatz gestützt wird, am fehlenden Verschulden des AG scheitern. Selbst wenn man dem AG Fahrlässigkeit anlasten wollte, wäre damit für den AN nichts gewonnen: Im vorliegenden Fall würde einem fahrlässigen Verhalten des AG ein vorsätzliches Verhalten des AN gegenüberstehen. In solchen Fällen kommt eine Schadensteilung nicht in Frage, der vorsätzlich Handelnde hat vielmehr seinen Schaden zur Gänze selbst zu tragen. Vorsatz schließt den Mitverschuldenseinwand aus (OGH 3 Ob 122/05 w ecollex 2007/140 = JBI 2007, 451 = MietSg 58.071).

In der Praxis wird der AG den ihm obliegenden Beweis, dass der AN die Mängel der Leistungsbeschreibung positiv erkannt hat, nur selten erbringen können. Berücksichtigt man die eigenen Versäumnisse des AG, sind strenge Anforderungen an einen solchen Beweis zu stellen. Auf einem ganz ähnlichen Standpunkt steht der deutsche BGH (BGH VII ZR 310/86 NJW-RR 1988, 785)

Beispiel 2:

Bei von einer Gemeinde ausgeschrieben Kanalisationsarbeiten waren für die Grundwassererhaltungsarbeiten beschriebenen Boden- und Wasserverhältnisse in den Ausschreibungsunterlagen nur unvollständig angegeben worden, was der AN erkannte, sich aber ohne eines Hinweises oder Nachfrage damit begnügte. Der BGH verneinte einen auf culpa in contrahendo gestützten Vergütungsanspruch, weil die Grundlage dafür, nämlich das „enttäuschte Vertrauen“ fehlte. Vielmehr kam hervor, dass der AN ohne jeden vernünftigen Bezug zur Ausschreibung letztlich doch mehr oder weniger „ins Blaue“ – wenn nicht sogar „spekulativ“ – kalkuliert habe. Dadurch hat er – so der BGH – die Gefahr, dass später in ihrem Umfang unabsehbare „Nachforderungen“ gestellt werden, nicht nur wesentlich erhöht, sondern geradezu heraufbeschworen, um daraus Vorteil ziehen zu können, ohne seine Aussichten auf Erteilung des Zuschlags aufs Spiel zu setzen. Wer so handelt, könne sich nicht auf „enttäushtes Vertrauen“ berufen (BGH VII ZR 310/86 NJW-RR 1988, 785).

Anm:

Der BGH sagt es zwar nicht ausdrücklich, aber seine Ausführungen zielen auf dolus eventualis ab – also ernstliches für möglich Halten und sich damit Abfinden. Damit liegt der BGH aber ganz auf der Linie des OGH im zuvor beschriebenen Beispiel.

XVII. Die Bauzeit

Neben der Regelung des Leistungsgegenstandes, der Entgeltsfragen, der Gewährleistung und des Schadenersatzes finden sich in jedem Bauvertrag auch Regelungen über die Bauzeit.

In diesem Kapitel werden die Grundlagen erörtert. Zunächst werden die verwendeten Begriffe erläutert, sodann die gesetzliche Regelung der Bauzeit, wie die Vertragspraxis die Bauzeit behandelt, was Vertragstermine sind, inwieweit Terminpläne verbindlich sind, die Rechtsfolgen bei verspäteter Planlieferung und welche Möglichkeiten bestehen, Terminabläufe darzustellen (zum gesamten Thema siehe *Duve/Karasek, Die Bauzeit im Bauvertrag – die baurechtliche und bauwirtschaftliche Betrachtung in 2. Grazer Baubetriebs- und Baurechtsseminar, Tagungsband 2009, 13*).

A. Die Begriffe

Bevor die möglichen grafischen Darstellungsformen von Bauabläufen behandelt werden, ist es notwendig, die in der Praxis verwendeten Begriffe zu erläutern. **In der gängigen Literatur werden die im Folgenden dargestellten Begriffe nicht einheitlich und durchgehend mit gleicher Bedeutung verwendet.** Man sollte sich daher vergewissern, in welchem Sinne der Verfasser diese Begrifflichkeiten benützt. **Nachfolgend werden die Begriffe im Sinne der folgenden Definitionen gebraucht.**

B. Vorgang

Einen „Vorgang“ nennt man einen im Bauzeitenplan ausgewiesenen Arbeitsabschnitt. Beispiele hierfür sind „Einschalen“, „Bewehren“, „Betonieren“, „Bohrpfähle herstellen“, „Baugrube ausheben“. Der Grad der Detaillierung eines Vorganges wird durch den Aufsteller des Planes bestimmt. Das bedeutet, dass er einen Vorgang zB „Betonieren der Wände 1. UG“ nennen kann, in dem er die Arbeitsschritte des Einschalens, Bewehrens und Betonierens der Wandbauteile im ersten UG zusammenfasst.

C. Sammelvorgang

Der Begriff „Sammelvorgang“ wird verwendet, wenn verschiedene Vorgänge zu einem Vorgang zusammengefasst werden. Dabei ist wiederum die Detaillierung vom Aufsteller abhängig. In vielen Bauzeitenplänen werden Sammelvorgänge grafisch über den dazu gehörigen Vorgängen dargestellt, damit man einen schnelleren Überblick bekommt. Ein Beispiel für einen Sammelvorgang ist das „Herstellen der Baugrube“, welches sich aus den einzelnen Vorgängen „Vermessung“, „Mutterboden abschieben“, „Spundwand rammen“, „Aushub der ersten Lage“, „Verankerungen setzen“, „Aushub der zweiten Lage“ zusammensetzen kann.

Die Begriffe „Vorgang“ und „Sammelvorgang“ sind daher von der Detaillierung abhängig. Man kann im Prinzip jeden Vorgang weiter in kleinere und kleinste Arbeitsschritte zerlegen, sodass der zerlegte Vorgang nun zu einem Sammelvorgang wird. Für eine Betrachtung im Rahmen einer bauwirtschaftlichen Untersuchung über die Leistung eines einzelnen Arbeiters kann diese Detaillierung sinnvoll sein. Für die Betrachtung der Abwicklung einer Baumaßnahme ist eine weniger genaue Detaillierung ausreichend. Daher ist auch im Stadium einer Ausschreibung oder eines Angebotes meist nur ein grober Bauzeitenplan vorhanden. Dieser wird nur im Falle des Auftrages im Rahmen einer Arbeitsvorbereitung je nach Bedarf weiter verfeinert. Da sich die Vertragstermine in aller Regel zwischen Ausschreibung und Auftrag nicht verändern, ist die Detaillierung nur zum Zweck der internen Organisation des Arbeitsablaufes und der Kapazitätsplanung für den AN erforderlich.

Der größte Sammelvorgang ist die Baumaßnahme als Ganzes, also von Baubeginn bis Bauzeitende. In dieser Zusammenfassung wird ein Sammelvorgang allerdings nur zur internen Planung der Auslastung des gesamten Unternehmens oder einer Niederlassung geht. In einem Bauzeitenplan finden sich hingegen meist Sammelvorgänge, die ein Gewerk als Ganzes, zB „Fassadenmontage“, oder einen abgeschlossenen Abschnitt eines Gewerkes, zB für das Gewerk Rohbau die „Betonage 1. Obergeschoß“, darstellen.

D. Abhängigkeiten (Anordnungsbeziehungen)

Als „Abhängigkeit“ oder „Anordnungsbeziehungen“ bezeichnet man die Verknüpfung von zwei Vorgängen oder Sammelvorgängen.

Grundsätzlich unterscheidet man zwischen den „logischen“ und den „gewählten“ Abhängigkeiten.

„Logische Abhängigkeiten“ ergeben sich aus technischen Sachzwängen. Sie können vom Planaufsteller nicht geändert werden. Eine Änderung ohne Berücksichtigung der technischen Zwänge würde dazu führen, dass der Bauablauf in der dargestellten Form nicht durchführbar ist.

„Gewählte Abhängigkeiten“ bestehen in den Fällen, in denen aus technologischer Sicht kein Zwang besteht, Vorgänge in einer vorgenommenen Art und Weise zu verknüpfen. In diesen Fällen hat also der Aufsteller des Planes die Verknüpfung so bestimmt. Sie wäre auch in anderer Form durchführbar.

Grundsätzlich können von einem vorlaufenden Vorgang einer oder mehrere andere, nachfolgende Vorgänge abhängen. Umgekehrt kann auch ein nachlaufender Vorgang nur von einem oder von mehreren vorlaufenden Vorgängen abhängen. In diesen Fällen können sich logische Abhängigkeiten und gewählte Abhängigkeiten gleichzeitig ergeben. Die logischen Abhängigkeiten haben in diesen Fällen Vorrang.

Die Abhängigkeiten werden unter Rz 593 näher behandelt.

E. Meilenstein

Ein „Meilenstein“ bezeichnet einzelne Termine, die für wichtig erachtet werden. Es handelt sich meist um als farbige Raute dargestellte Symbole, mit denen zB der pönalisierte Abschlusstermin der Rohbauarbeiten gekennzeichnet wird. Meilensteine dienen meist nur dem Überblick über Termine, die sich ansonsten nur aus der textlichen Darstellung des Vertrages ergeben. Meilensteine können Vertragstermine sein oder Termine, die nur aus technischer Sicht wichtig sind.

F. Pufferzeiten

Als „Puffer“ oder „Pufferzeiten“ bezeichnet man Zeiträume, welche nach dem Bauzeitenplan nicht für die Durchführung von bestimmten Tätigkeiten genutzt werden müssen. Sie stehen daher insoweit für das Aufholen von Rückständen oder für eine frühere Fertigstellung bestimmter Tätigkeiten bereit, wenn in diesen Pufferzeiträumen gearbeitet wird.

G. Freier Puffer

Unter einem „freien Puffer“ wird der Zeitraum verstanden, um den das Ende eines Vorganges X nach hinten verschoben werden kann, ohne den frühesten Anfang der unmittelbar nachfolgenden Vorgänge zu betreffen. Der freie Puffer bezieht sich also nur auf einen Vorgang X. Allerdings kann der freie Puffer Bestandteil des Gesamtpuffers sein.

Beispiel:

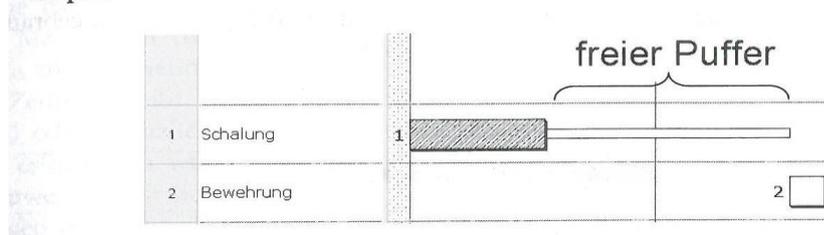


Abb 1: Freier Puffer

In der Darstellung ist nach dem Vorgang „Schalung“ der freie Puffer eingezeichnet. Man kann erkennen, dass vor diesem Pufferzeitraum die Ausführung der Schalungsarbeiten abgeschlossen ist, die Bewehrungsarbeiten aber erst nach der Pufferzeit beginnen. Daher können die Schalarbeiten auch ohne weitere Folgen für die Bewehrungsarbeiten um die Pufferzeit verlängert werden. Andererseits könnten nach dem Ende der Schalarbeiten auch möglicherweise die Bewehrungsarbeiten zum Zweck der Forcierung oder zur Wahrung der Pufferzeiten für einen späteren Zeitpunkt früher begonnen werden.

H. Gesamtpuffer

Als „Gesamtpuffer“ wird der Zeitraum bezeichnet, um den ein Vorgang Y maximal zeitlich nach hinten verschoben werden kann, ohne den Endtermin der Gesamtbaumaßnahme zu verändern. Dabei werden allerdings die Vorgänge, die mit dem Vorgang Y nachfolgend verknüpft sind, möglicherweise zeitlich nach hinten verschoben. Der Gesamtpuffer stellt also einen Zeitraum dar, der sich aus Puffern mehrerer Vorgänge errechnet.

Beispiel:

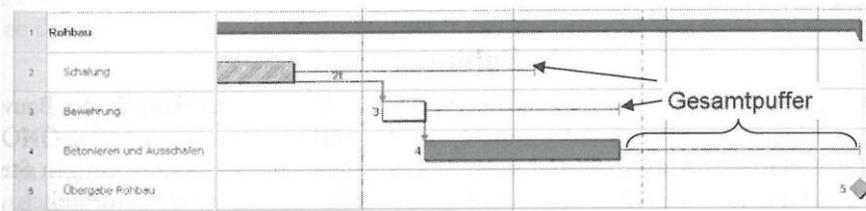


Abb. 2: Gesamtpuffer

In einem Netzplan sind die Pufferzeiten üblicherweise in allen Vorgangsfeldern durch Zahlenangaben ausgewiesen. Bei der im Balkenplan verwendeten Darstellung sind bei jedem Vorgang die Gesamtpuffer als graue Linien ausgewiesen. Der freie Puffer ist durch die Angabe der Normalfolge mit zwei Tagen Wartezeit nach den Schalarbeiten ersichtlich. Bei Balkenplänen oder bei einem Zeit-Wege-Diagramm werden üblicherweise die Balken eines Vorganges einschließlich der Pufferzeiten ohne Unterscheidung als Normalfolge Null dargestellt.

I. Der „kritische Weg“

Als „kritischen Weg“ bezeichnet man diejenige Folge von verknüpften Vorgängen, deren zeitliche Verschiebung nach hinten auch den Endtermin nach hinten schieben würde. Ist der Gesamtpuffer eines Vorganges also „0 Tage“ oder aufgebraucht, dann befindet sich der Vorgang auf dem kritischen Weg.

Beispiel:

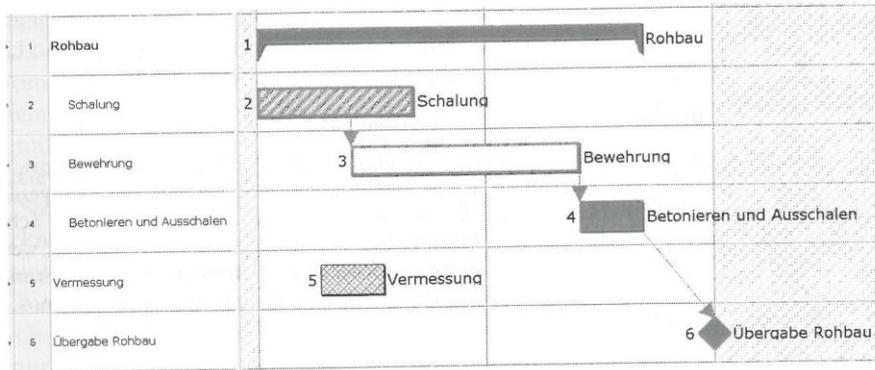


Abb. 3: Kritischer Weg

Im dargestellten Bauzeitenplan liegen die Vorgänge Schalung, Bewehrung und Betonieren auf dem kritischen Weg. Nach dem Ausschalen ist ein Wochenende dargestellt, welches bei einer vorgegebenen Fünf-Tage-Woche keinen Puffer darstellt. Der Vorgang Vermessung liegt nicht auf dem kritischen Weg. In diesem Beispiel ist für diesen Vorgang keine Verknüpfung eingetragen.

Bei Vorgängen, die nicht auf dem kritischen Weg liegen, wird ebenfalls durch Rückstände der Gesamtpuffer dieses Vorganges reduziert. Wird der Gesamtpuffer dadurch zu null Tage, werden die betroffenen Vorgänge zumindest auch zu einem kritischen Weg. Das bedeutet, dass sich durch Rückstände der kritische Weg eines Bauzeitenplanes ändern kann. Das gleiche gilt bei Umstellungen des Bauablaufes.

J. Behinderung

Bemerkenswert, dass der Begriff „Behinderung“, der jahrzehntelang in der Bauwirtschaft und im Baurecht verwendet wurde, aus der vorliegenden Fassung der ÖNORM weitgehend verbannt wurde, obwohl sich der Begriff dann doch noch an einigen Stellen findet (5.8.1 [5]; 6.2.5.1; 6.2.8.9.4; 6.2.8.10.5; 7.1; 7.3.2). Es ist deshalb erforderlich, diesen Begriff zu erläutern. Auch die vorhergehenden Fassungen der ÖNORM haben die Behinderung nicht definiert, sondern deren Begriffsverständnis vorausgesetzt. Auf eine Definition der ÖNORM kann daher nicht zurückgegriffen werden. Pkt 5.34 der ÖNORM in der Fassung 1. 3. 2002 hatte ebenso wie die Vorgängerfassungen den Titel „Behinderung der Ausführung“ und regelte wie § 1168 Abs 1 zweiter Satz die Rechtsfolgen des „Zeitverlustes“ bei der Ausführung des Werkes. In Pkt 5.34 wurde zwar der gesetzliche Begriff des § 1168 Abs 1 zweiter Satz „Zeitverlust“ nicht verwendet, doch war unzweifelhaft, dass die Rechtsfolgen von „Verzögerungen“ und „Unterbrechungen“ der Leistung (so Pkt 5.34 der ÖNORM in der Fassung 1. 3. 2002), wenn auch vom ABGB teilweise abweichend, geregelt werden sollen. *M. Bydlinski (M. Bydlinski in KBB² § 1168 Rz 7)* führt aus, dass unter „Zeitverlust bei der Ausführung des Werkes“ Erschwernisse und Behinderungen gemeint sind, die typischerweise einen höheren Zeitaufwand zur Folge haben. Eine tatsächliche Verzögerung sei nicht notwendig, sodass der Anspruch auf Mehrkosten (in § 1168 Abs 1 zweiter Satz ABGB „Entschädigung“ genannt) auch dann zusteht, wenn der AN etwa durch verstärkten Arbeitseinsatz trotz der Behinderung im Zeitplan bleibt. Erfasst sei daher auch höherer technischer Einsatz (stärkere Maschinen) oder zusätzlicher

Materialaufwand (zB Härtings- oder Trocknungsbeschleuniger), der erforderlich wurde, um eine Verzögerung wieder auszugleichen. Diese zutreffende Sichtweise ergab sich auch aus Pkt 5.34.1 der ÖNORM idF 1. 3. 2002, die von Verzögerungen oder Unterbrechungen der Ausführung sprach, „sodass die Einhaltung der Leistungsfrist **gefährdet erscheint**„. Auch nach der ÖNORM war daher die Überschreitung der Leistungsfrist keine Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung.

Es wird also klar, dass der Begriff „Behinderung“ Ereignisse bezeichnet, die zu einer Verzögerungen oder Unterbrechung der Leistung führen, aber nicht zwingend einen Verzug des AN zur Folge haben müssen. Der Begriff „Behinderung“ ist in Bezug auf die Zuordnung zu den Sphären des AG oder des AN „neutral“. Eine Behinderung kann in beiden Sphären eintreten.

K. Störung der Leistungserbringung

Pkt 3.5.2 versteht unter einer Störung der Leistungserbringung eine „Leistungsabweichung, deren Ursache nicht aus der Sphäre des AN stammt und die keine Leistungsänderung ist“.

Zu untersuchen ist, ob der Begriff „Behinderung“ in der geltenden Fassung der ÖNORM den gleichen Begriffsinhalt wie der neu eingeführten Begriff „Störung der Leistungserbringung“ hat, also synonym ist. Wie soeben bei der Behinderung ausgeführt, ist der Begriff „Behinderung“ in Bezug auf die Zuordnung zu den Sphären des AG oder des AN „neutral“. Da nach Pkt 3.5.2 einer Störung der Leistungserbringung definitionsgemäß eine Leistungsabweichung ist, deren Ursache nicht aus der Sphäre des AN stammen darf, haben diese Begriffe einen unterschiedlichen Begriffsinhalt und sind daher nicht synonym.

L. Verzögerung (Hemmung) der Bautätigkeit

Ist die Erbringung der Leistung weiterhin möglich, kann sie aber erst später als in den Vertragsterminen vorgesehen fertiggestellt werden, sofern sie nicht durch erhöhte Anstrengungen des AN wieder aufgeholt wird, liegt eine Verzögerung (Hemmung) vor. Die Begriffe „Verzögerung“ und „Hemmung“ sind synonym. Da eine Verzögerung definitionsgemäß voraussetzt, dass die Erbringung der Leistung weiterhin möglich ist, bleiben Geräte und Personal weiterhin im Einsatz, sodass die zur Herstellung des Bauwerkes erforderlichen Arbeiten, wenn auch langsamer als vom AN vorgesehen, durchgeführt werden können. Die Verzögerung (Hemmung) kann die gesamte Baustelle, oder auch nur einen Teil (zB ein Vorgang, eine Teilleistung oder ein Bauteil) betreffen. Auch der Begriff „Verzögerung“ ist in Bezug auf die Zuordnung zu den Sphären des AG oder des AN „neutral“. Die Ursache einer Verzögerung kann in beiden Sphären eintreten.

Die ÖNORM verwendet den Begriff „Verzögerung“ in den Punkten 7.4.3 und 11.1.

M. Unterbrechung der Leistung (Stillstand der Bautätigkeit)

Eine Unterbrechung der Leistung (Stillstand der Bautätigkeit) liegt vor, wenn die Bautätigkeit der gesamten Baustelle oder eines Teiles der Baustelle vorübergehend eingestellt werden muss und ungewiss ist, wann sie wieder aufgenommen werden kann. Die Begriffe „Unterbrechung der Leistung“ und „Stillstand der Bautätigkeit“ sind synonym. Dadurch unterscheiden sie sich von der Verzögerung (Hemmung), die voraussetzt, dass die Erbringung der Leistung weiterhin möglich ist. Wesentliches Merkmal der Unterbrechung ist die (vorübergehende) Einstellung der Bautätigkeit, mit Ausnahme der Sicherungsarbeiten und der Erhaltung der bis zur Einstellung erbrachten Leistungen. Sie führt zum vorübergehenden Stillstand der Geräte und zur vorübergehenden Beendigung des Personaleinsatzes, sodass keine zur Herstellung des Bauwerkes erforderlichen Arbeiten mehr durchgeführt werden können. Die Unterbrechung darf keinen dauernden, sondern nur einen vorübergehenden Stillstand zur Folge haben (vgl *Krejci*, Baugrundrisiko 55). Es muss aber zum Zeitpunkt der Unterbrechung noch nicht offenkundig sein, **wann**, wohl aber eine hohe Wahrscheinlichkeit vorliegen, **dass** die Bauarbeiten wieder aufgenommen werden können. Die Einstellung der Bautätigkeit kann die gesamte Baustelle, oder auch nur einen Teil (zB ein Vorgang, eine Teilleistung oder ein Bauteil) betreffen. Auch der Begriff „Unterbrechung“ ist in Bezug auf die Zuordnung zu den Sphären des AG oder des AN „neutral“. Die Ursache einer Unterbrechung kann in beiden Sphären eintreten.

Die ÖNORM verwendet den Begriff „Unterbrechung“ in den Punkten 4.2.1.3, 5.8.1, 6.2.8.8, 6.2.8.9.5 und 8.7. In der Tunnelbaunorm B 2203-1 und in der bauwirtschaftlichen Literatur werden die Begriffe „Stillstand“ und „Stillstandskosten“ verwendet.

N. Abbruch (Einstellung) der Bauarbeiten

Ist die Unterbrechung eine dauernde, so liegt nicht eine Unterbrechung, sondern ein Abbruch der Bauarbeiten vor. **Ein Abbruch (Einstellung) der Bauarbeiten liegt vor, wenn die Bautätigkeit endgültig eingestellt werden muss.** Die Begriffe „Abbruch der Bauarbeiten“ und „Einstellung der Bauarbeiten“ sind synonym. Wesentliches Merkmal der Einstellung der Bauarbeiten ist die (endgültige) Beendigung der Bautätigkeit. Der Abbruch der Bauarbeiten ist rechtlich ein Fall der endgültigen Unmöglichkeit. Endgültige Unmöglichkeit liegt nicht nur bei tatsächlicher technischer Unmöglichkeit vor, sondern auch, wenn der Leistungserbringung fortdauernde und nicht behebbare rechtliche Hindernisse im Wege stehen.

XVIII. Die gesetzliche und vertragliche Regelung der Bauzeit

A. Die gesetzliche Lage bei fehlenden Regelungen im Bauvertrag

Zum besseren Verständnis soll einleitend die gesetzliche Lage dargestellt werden. Sie wird im wohl nur seltenen Fall zur Anwendung kommen, wenn im Vertrag keine Regelung über die Bauzeit getroffen wurde.

1. Baubeginn

Üblicherweise wird der Baubeginn vertraglich vereinbart. Liegt ausnahmsweise eine solche Vereinbarung nicht vor, besagt die geltende Regel des **§ 904 ABGB**, dass die zugesagte Leistung „sogleich, nämlich ohne unnötigen Aufschub gefordert werden kann“.

Dabei ist für den tatsächlichen Beginn der Bauarbeiten die baubetriebliche Frage zu beantworten, ob ein Baubeginn bereits dadurch erfolgt, dass der AN zum Beispiel lediglich ein Bauschild oder einen Bauzaun aufstellt, oder ob auch weitere Arbeiten zur Herstellung erfolgen müssen. Diese Fragestellung tritt insb auf, wenn der AN durch noch laufende Tätigkeiten auf einer anderen Baustelle nicht über freie Personalkapazitäten verfügt.

Geht man davon aus, dass das Bauzeitende ebenfalls nicht vertraglich geregelt ist, ist aus dem Regelungszusammenhang mit dem nachfolgend beschriebenen **§ 1418 ABGB zu schließen, dass der AN den Bauablauf bis zur Fertigstellung nicht verzögern oder unterbrechen darf, sondern eine übliche Bauzeit einzuhalten hat**. Daher ist für einen Baubeginn zu fordern, dass in enger zeitlicher Folge die Arbeiten ausgeführt werden, welche bei einem ordnungsgemäßen Bauablauf für den Beginn der Tätigkeiten erwartet werden können. Deren genauer Umfang ist also im Einzelfall zu bestimmen.

2. Bauende

Wenn eine Fertigstellungsfrist oder ein Fertigstellungstermin ausnahmsweise nicht vereinbart wurde, **gilt nach § 1418 ABGB, dass sich die Bauzeit nach der „Natur der Sache“ richtet**. Letztlich entscheidet daher der baubetriebswirtschaftliche Sachverstand, zu welchem Zeitpunkt mit der Vollendung des Werkes gerechnet werden muss. Daher wird man die Bauzeit unter Beachtung der konkreten Rahmenbedingungen des in Frage stehenden Objektes ermitteln. Dabei finden alle Umstände Berücksichtigung, die sich ergeben, wenn sie für vergleichbare Objekte und Auftragnehmer ebenfalls eingetreten wären, wie etwa eine lange Lieferzeit für Baustoffe.

Das Werk ist fertiggestellt, wenn es übernommen werden kann. Zweifelhaft kann sein, ob die Baustelleneinrichtung für die Fertigstellung vollständig geräumt sein muss, oder in welchem Umfang die Dokumentation dem AG übergeben werden muss. Bei solchen Einzelfällen kann es neben der rechtlichen Frage nach dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Werkes, welcher durch verbliebene Baustelleneinrichtung oder nicht übergebene Dokumentation eingeschränkt sein kann, auch auf bauwirtschaftliche Fragen ankommen, so zB ob eine zeitlich der Übernahme nachfolgende Übergabe der Dokumentation üblich ist, ob der Verbleib einer Baustelleneinrichtung bis nach der Übernahme hinzunehmen ist oder die spätere Einregulierung von Anlagen der Haustechnik einem durchschnittlichen Ablauf entspricht. Streitigkeiten dieser Art lassen sich nur durch Regelungen in den Bauverträgen vermeiden.

3. Zwischentermine

Zwischentermine werden nur im Vertrag festgelegt. Im Gesetz sind Zwischentermine naturgemäß nicht geregelt. Daher gibt es bei nicht vorhandenen, vertraglichen Regelungen keine Zwischentermine, die sich aus gesetzlichen Regelungen ableiten lassen.

Zwischentermine können jedoch von erheblicher Bedeutung sein, zB wenn der AG die Gewerke einzeln vergibt. In diesen Fällen sind die Zwischentermine entscheidend für den Beginn der Folgegewerke zB „Fassade wetterdicht in 2. OG“ für den Beginn des Innenausbaus im zweiten OG. Zwar kann man auch ohne die vertragliche Vereinbarung von Fertigstellungsterminen oder -fristen bauwirtschaftlich einen „naturgemäßen“ Fertigstellungstermin bestimmen. Allerdings lassen sich in aller Regel aus der bauwirtschaftlichen Bestimmung des Leistungsendes keine Zwischentermine mit hinreichender Genauigkeit ableiten. Das gilt vor allem, wenn die Reihenfolge der Ausführung der Arbeiten mangels vertraglicher Regelung in das Ermessen des AN gestellt ist. **Es ist daher in jedem Fall erforderlich, Zwischentermine vertraglich festzulegen.**

4. Verzug

§ 918 ABGB legt fest, dass die Leistung

- am bedungenen Ort (Wo)
- **zur bedungenen Zeit** (Wann)
- auf die bedungene Weise (Wie)

zu erbringen ist. Bezüglich der Bauzeit ist lediglich die Frage des „Wann“, also des Zeitpunktes der Übernahme, interessant. Eine mangelhafte Ausführung kann zwar einer Übernahme entgegenstehen. Die sich daraus ergebenden Problemstellungen werden hier nicht behandelt. **Wird die Leistung nicht in der bedungenen Zeit erbracht, liegt Verzug des AN vor**. Im Fall des Verzuges hat der AG die Möglichkeit, entweder

- auf Erfüllung zu bestehen und den Verspätungsschaden zu verlangen oder
- unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurückzutreten und den Erfüllungsschaden zu begehren

Zu unterscheiden sind objektiver und subjektiver Verzug. **Objektiver Verzug** des AN liegt vor, wenn die Leistung zwar nicht zur vereinbarten Zeit fertig gestellt ist, jedoch kein Verschulden des AN vorliegt. **Subjektiver Verzug** liegt vor, wenn der AN den Verzug verschuldet hat. Nur in diesem Fall hat der AG Schadenersatzansprüche. Dies wird unter Rz 456 näher erläutert.

Für das Vorliegen eines Verzuges muss also in jedem Fall zunächst feststehen, dass die Leistung nicht zur vereinbarten Zeit fertiggestellt ist. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen zum Bauzeitende ergibt, besteht diesbezüglich bereits die Notwendigkeit der bauwirtschaftlichen Feststellung des Zeitpunktes für die Fertigstellung der Leistung iSd § 1418 ABGB, also „aus der Natur der Sache“. **Liegt die Nichterfüllung des bauwirtschaftlich ermittelten, möglichen Fertigstellungstermins allein an Unzulänglichkeiten, die allein vom AN zu vertreten sind, dann haftet er für den Verzug.** Bei der bauwirtschaftlichen Untersuchung können sich allerdings auch Tatsachen ergeben, aufgrund derer ein sonst zu erreichender Termin für die Fertigstellung nicht einzuhalten ist. Dann stellt sich aber die rechtliche Frage, wer diesen Umstand zu vertreten hat. Diese Konstellationen können auftreten, wenn etwa bei einer funktionalen Ausschreibung mit Risikoübertragungen auf den AN eine unvorhergesehene Situation entsteht, zB durch nicht bekannte Geologie oder Grundwasserverhältnisse.

Es wird ersichtlich, dass die Ermittlung eines „in der Natur der Sache“ liegenden Fertigstellungstermins zunächst in jedem Fall eine bauwirtschaftliche Fragestellung ist. Die Frage nach den Gründen, warum dieser Termin nicht eingehalten worden ist, bedarf ebenfalls als Tatsachenfeststellung einer technischen oder bauwirtschaftlichen Untersuchung. **Die Frage des Verschuldens, also ob der AN diese Gründe zu vertreten hat, ist aber eine rechtliche Fragestellung, welche sich allein aus dem zugrunde liegenden Vertragsverhältnis oder den gesetzlichen Regelungen ableiten lässt.**

B. Die vertragliche Behandlung der Bauzeit

Es ist nicht möglich, alle denkbaren vertraglichen Bauzeitregelungen darzustellen, die in der Baupraxis anzutreffen sind. Die vorliegende Darstellung muss sich daher auf einige typische Regelungen beschränken. Im Folgenden werden zunächst die grundlegenden Begriffe erläutert.

1. Vertragstermine

Vertragstermine liegen vor, wenn Baubeginn, Bauende oder Zwischentermine im Bauvertrag ausdrücklich als verbindlich vereinbart sind. Darunter ist zu verstehen, dass diese Termine im Vertrag gerade als verbindliche Vertragstermine bezeichnet werden. Es ist nicht ausreichend, wenn Termine bloß aufgelistet werden, auf einen dem Vertrag beiliegenden Bauzeitenplan Bezug genommen wird oder Terminangaben gemacht werden, ohne dass im Vertrag deutlich und ausdrücklich deren Verbindlichkeit festgelegt wird. **Unter den Begriff „Vertragstermine“ fallen daher auch nicht die sich aus einem Bauzeitenplan ergebenden Termine.**

Es kann keinen Zweifel darüber geben, dass Vertragstermine rechtlich verbindlich sind und Verzugsfolgen auslösen, also das Rücktrittrecht, den Erfüllungsanspruch und Schadenersatzansprüche. Da sie zumeist strafbewehrt sind, lösen sie über die gesetzlichen Verzugsfolgen hinaus auch die Zahlung von Pönale aus, wenn sie nicht gemäß den vertraglichen Regelungen eingehalten werden.

2. Terminpläne

Neben Vertragsterminen werden im Bauvertrag in der Regel auch ein Rahmenterminplan und/oder ein Bauzeitplan vereinbart. **Die Unterscheidung eines Rahmenterminplanes von einem Bauzeitenplan ist rechtlich bedeutsam.**

a) Rahmenterminplan

i) Was ist ein Rahmenterminplan?

Der AG hat beim Werkvertrag die Hauptpflicht den Werklohn zu zahlen. Darüber hinaus treffen ihn Mitwirkungspflichten. Er hat alles zu tun, um den vertraglichen Bauablauf zu sichern. Ihn trifft also die Koordinationspflicht. So sieht etwa die ÖNORM vor, dass der AG verpflichtet ist, für das Zusammenwirken mehrerer AN zu sorgen. Zur Koordinationspflicht gehört vor allem die Terminkoordination. Der AG wird also, insb bei größeren Bauvorhaben, für die kein Generalunternehmer beauftragt wurde, einen Rahmenterminplan erarbeiten. **Ein Rahmenterminplan wird vom AG ausgearbeitet und dient der Koordination der einzelnen Baubeteiligten, einschließlich der Planer.** Klarstellend sei aber darauf hingewiesen, dass die Praxis solche Rahmenterminpläne verschieden bezeichnet. Auf die Bezeichnung kommt es nicht an. Man sollte sich daher jeweils vergewissern, in welchem Sinne der Verfasser diese Begrifflichkeiten benützt.

In einen AG-seitigen Rahmenterminplan werden die Fristen aller Baubeteiligten eingetragen. Darin sollten durch den AG ausreichend Pufferzeiten vorgesehen werden, um Verzögerungen der Planung, Rückstände einzelner Gewerke etc auffangen zu können. Rahmenterminpläne eines AG können auch weitergehende Angaben enthalten, so zB Termine für den eingehenden Zahlungsfluss, das Genehmigungsverfahren, Vermietungsstände etc.

Grundsätzlich bestehen für einen AG drei Möglichkeiten, mit einem Rahmenterminplan bei der Vergabe an Einzelgewerke umzugehen.

ii) Der Rahmenterminplan dient als internes Planungsinstrument des AG

Die **erste Möglichkeit** besteht darin, dass **der AG den Rahmenterminplan nur intern dazu nutzt, daraus die einzelnen Terminvorgaben für die Gewerke abzuleiten**. Gegenüber den einzelnen Gewerken wird der Rahmenterminplan nicht bekannt gegeben. Damit werden in jedem Fall nur die Termine gegenüber dem einzelnen Gewerk zu Vertragsterminen, die als solche ausdrücklich und deutlich vereinbart werden. **In diesem Fall dient der Rahmenterminplan ausschließlich als internes Planungsinstrument des AG und entfaltet nach außen keinerlei rechtliche Wirkungen**.

iii) Der Rahmenterminplan als verbindliche Vorgabe für die AN

Die **zweite Möglichkeit** besteht darin, **den Rahmenterminplan allen Gewerken bekannt zu machen und als auftraggeberseitige vertragliche Vorgabe verbindlich festzulegen**. Die einzelnen Planer und die ausführenden Unternehmen haben ihren individuellen Bauzeitenplan auf die ihnen im Rahmenterminplan zugestandenen Fristen abzustimmen. Der jeweilige AN hat also seine eigene Leistungserstellung so zu planen, dass er die im Rahmenterminplan vorgegebenen Fristen einhält. **Im Werkvertrag mit jedem AN können nun die Termine des Rahmenterminplanes als Vertragstermine vereinbart werden, die das Gewerk betreffen. Hält der AN sie nicht ein, gerät er in Verzug**.

Möglicherweise nachteilig für den AG ist, dass für die AN die Pufferzeiten des AG erkennbar werden. Der AN darf die Pufferzeiten des AG-seitigen Rahmenterminplans in seinen eigenen Bauzeitenplan jedoch nicht einbeziehen. Das bedeutet aber nicht, dass er in seinem eigenen Bauzeitenplan keine Pufferzeiten vorsehen darf. So die Möglichkeit besteht, wird ein vorsichtiger AN in seinem eigenen Bauzeitenplan eigene Pufferzeiten einbauen.

iv) Der Rahmenterminplan bei vertraglicher Übertragung der Koordinationspflichten auf die AN

Die **dritte Möglichkeit** besteht darin, **den Rahmenterminplan allen Gewerken bekannt zu machen und als auftraggeberseitige vertragliche Vorgabe verbindlich festzulegen, jedoch verbunden mit der weiteren vertraglichen Verpflichtung der Einzelgewerke, ihre Arbeiten selbständig auf andere Gewerke und mit ihnen abzustimmen**. Hierfür reicht jedoch die alleinige Verbindlichkeit des Rahmenterminplanes nicht aus. **Es bedarf zusätzlich einer vertraglichen Formulierung zu Art und Umfang der übertragenen Abstimmungspflichten**.

b) Bauzeitenplan

In der Praxis werden weitaus häufiger Bauzeitenpläne als Vertragsbestandteil vereinbart und keine Rahmenterminpläne.

i) Was ist ein Bauzeitplan?

Ein Bauzeitplan wird vom AN ausgearbeitet und dient der Information des AG, wie der Bauablauf voraussichtlich erfolgen wird. Die Vereinbarung von Bauzeitenplänen als Anlage zum Vertrag ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn der AN mehrere Gewerke ausführt, oder es dem AG auf Ablaufdetails der Durchführung seines Gewerkes ankommt, oder wenn bei Vertragsabschluss noch nicht alle Pläne vorliegen. Darauf wird noch später zurück zu kommen sein. **Für die Vereinbarung eines Bauzeitenplanes sind im Wesentlichen zwei Varianten anzutreffen:**

- der Bauzeitenplan wird bereits dem Bauvertrag beigelegt oder
- es wird vereinbart, dass der AN innerhalb einer bestimmten Frist nach Vertragsabschluss einen Bauzeitenplan zu erstellen und vorzulegen hat

ii) Der Bauzeitenplan wird bereits dem Bauvertrag beigelegt

In der Praxis wird der Bauzeitenplan bereits dem Bauvertrag beigelegt, wenn es sich um einfache Abläufe handelt, bei denen keine aufwendigen Planungen erforderlich sind, die Vertragspartner auf eine Detaillierung eines (groben) Bauzeitplanes verzichten oder die Vertragsverhandlungen bereits zu einem detaillierten Bauzeitenplan geführt haben.

iii) Der Bauzeitplan ist innerhalb einer bestimmten Frist nach Vertragsabschluss vom AN vorzulegen

Eine Vertragsklausel, die vorsieht, dass der Bauzeitplan innerhalb einer bestimmten Frist nach Vertragsabschluss vom AN vorzulegen ist, macht Sinn, wenn der AG in der Ausschreibung entweder nur Vertragstermine vorgegeben hat, nach Vertragsabschluss aber vom AN vorab über die Durchführung der Arbeiten informiert werden will, oder wenn der AG in der Ausschreibung zunächst nur einen groben Terminplan vorgibt. Bei Vertragsabschluss wird dann die Vorlage eines detaillierten Bauzeitenplanes

vereinbart, der die Änderungen, die sich durch die Vertragsverhandlungen oder durch Abstimmungen nach Vertragsabschluss ergeben haben, zu berücksichtigen hat.

Wird in einem Bauvertrag vereinbart, dass der AN einen Bauzeitenplan zu erstellen hat, der vom AG zu genehmigen ist, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der AG die „Genehmigung“ verweigern kann. **Durch die Vereinbarung, dass der AN den Bauzeitenplan zu erstellen hat, wird dem AN grundsätzlich die Planung des Bauablaufes freigestellt. Der AG verzichtet gleichzeitig auf eine Einflussnahme und hat keinen Anspruch auf Abänderung des vom AN vorgelegten Bauzeitenplanes.** Anders ist der Fall zu sehen, wenn ein AG-seitig erstellter Rahmenterminplan vorliegt und als verbindlich vereinbart wurde oder vertragliche Zwischentermine vereinbart sind. Der AG kann den vom AN vorgelegten Bauzeitenplan auf Übereinstimmung mit den Terminen, die im Rahmenterminplan dem AN verbindlich vorgegeben wurden, überprüfen. *Oberdorfer/Jodl (Oberdorfer/Jodl, Handwörterbuch der Bauwirtschaft 143)* führen aus, dass die örtliche Bauaufsicht den Terminplan auf Übereinstimmung mit dem Bauvertrag zu untersuchen und etwaige Widersprüche aufzuzeigen hat, weil die einzelnen Planer und die ausführenden Unternehmen ihren individuellen Bauzeitenplan auf die ihnen im Rahmenterminplan zugestandenen Fristen abzustimmen haben. Der jeweilige AN hat seine eigene Leistungserstellung so zu planen, dass er die mit dem AG vereinbarten Vertragsfristen und die im verbindlichen Rahmenterminplan vorgegebenen Fristen einhält. **Weichen die Termine des vom AN erstellten Bauzeitenplanes vom verbindlichen Rahmenterminplan oder von den vereinbarten Vertragsterminen ab, kann der AG seine Genehmigung verweigern. Von diesem Sonderfall abgesehen, kann der AG die Genehmigung eines Bauzeitplanes auch dann verweigern, wenn der Bauzeitenplan aus baubetrieblicher Sicht gänzlich unplausibel ist.** Dann muss der AG nicht warten, dass der AN in Verzug gerät, sondern kann bereits vorher verlangen, dass der AN seinen Terminablauf so plant, dass die Vertragstermine eingehalten werden können.

Problematisch kann es im Einzelfall sein, wenn der AN einen Bauzeitenplan vorlegt, der eine kürzere Bauzeit vorsieht, als der AG angenommen hat. Kann der AG dem vom AN vorgelegten Bauzeitplan entnehmen, dass ein nachfolgendes Gewerk das vorausgehende Gewerk, auf dessen Leistung es aufbauen muss, überholen wird, liegt ein Fall der „umgedrehten Forcierung“ vor. Der AG muss dann in Wahrnehmung seiner Koordinationspflicht die Anordnung, zu verlangsamen, erteilen, welche Mehrkostenforderungen auslösen kann. **Grundsätzlich steht es dem AN frei, die Bauzeit nicht auszunutzen. Er darf auch früher fertig werden, als es ein Endtermin vorgibt.** Das gilt in jedem Fall, wenn nur Termine im Bauvertrag oder ein Bauzeitenplan vereinbart sind. In diesen Fällen ist dem AN in der Regel mangels Offenlegung durch den AG nicht erkennbar, wann andere Gewerke fertig sind oder beginnen. **Da der AN zum Zeitpunkt der Kalkulation in der Regel keinen Einblick in die terminliche Koordination der anderen Gewerke hat, wird er in der Regel Mehrkosten geltend machen können, sofern ihm der AG keine entsprechenden Hinweise gegeben hat.** Anderes gilt, wenn ein Rahmenterminplan vereinbart ist, dem der AN entnehmen kann, dass er sein Gewerk nicht zeitlich innerhalb seines Bauzeitenplanes frei disponieren kann, sondern andere Gewerke von der zeitlichen Durchführung seines Gewerkes abhängen, oder sein Gewerk von der zeitlichen Durchführung eines anderen Gewerkes abhängt.

iv) Ist der Bauzeitenplan für den AN verbindlich?

Häufig besteht Uneinigkeit, ob aus einem Bauzeitenplan abzuleitende Einzeltermine für den AN verbindlich sind, also Verzugsfolgen auslösen können, wenn sie von ihm nicht eingehalten werden. Da der Vertrag üblicherweise keine Regelung zu dieser Frage enthält, **ist nach den Vertragsauslegungsregeln eine Lösung zu finden, wobei die Verkehrssitte zu berücksichtigen ist.** Dabei macht es keinen Unterschied, ob ein Balkenplan oder ein Netzplan vorliegt. In jedem Fall stellt sich die Frage, ob das Ende eines Balkens oder im Vorgangsfeld eines Netzplanes angeführte Termine verbindlich sind. Da sich die ÖNORM B 2110 zu diesem Thema verschweigt, ist zu untersuchen, wie die Baupraxis – also die einschlägigen Verkehrskreise – diese Frage sieht.

In Österreich ist – soweit ersichtlich – das Thema weder in der L noch in der Rsp behandelt worden. Nach einhelliger Meinung in Deutschland sind Einzelfristen oder -termine eines vertraglich vereinbarten Bauzeitenplanes, wenn nichts anderes ausdrücklich im Vertrag vereinbart ist, keine Vertragsfristen oder Vertragstermine; davon ausgenommen ist natürlich der Fertigstellungstermin. § 5 Nr 1 Satz 2 der VOB/B stellt dies ausdrücklich klar. Gerade weil alle nicht als solche bezeichneten Termine keine Vertragstermine sind, sind sie für den AN unverbindlich. Die in einem Bauzeitenplan enthaltenen Einzelfristen gelten im Allgemeinen nicht als Vertragsfristen, da sie in erster Linie der Terminüberwachung dienen, um sicherzustellen, dass die (echten) Vertragsfristen und vertraglich festgelegten Termine auch eingehalten werden (vgl. *Riedl/Manfeld in Heiermann/Riedl/Russam, Handkommentar zur VOB*¹¹ B § 5 Rdn 3). Soll der AN laut vertraglichem Bauzeitenplan an einem bestimmten Tag einen Vorgang beendet haben, wird er aber erst eine Woche später fertig, kommt er nicht in Verzug, sonst gäbe es keinen Unterschied zwischen Vertragsfristen und Nichtvertragsfristen. Dieser Vorgang darf nicht der letzte Vorgang sein, da sonst der AN den Vertragstermin der Gesamtfertigstellung nicht einhält, womit er bei Verschulden in Verzug gerät. **Auch wenn in der österreichischen ÖNORM B 2110 eine derartige Klarstellung fehlt, gilt das Argument, dass Vertragsfristen jeden Sinn verlieren, wenn die zahlreichen Einzeltermine eines Bauzeitenplanes Verzugsfolgen auslösen würden.** Es ist allgemein anerkannt, dass die Disposition der Ressourcen, vor allem auch die zeitliche Disposition, zur Risikosphäre des AN gehört. Es muss daher grundsätzlich ihm überlassen werden, wann und wie er sein Personal und seine Geräte einsetzt, um das Gesamtwerk rechtzeitig, dh zur bedungenen Zeit iSd § 918

ABGB, fertigzustellen. **Will der AG, dass der AN auch bestimmte Zwischentermine einhält, steht es ihm frei, dies ausdrücklich mit dem AN zu vereinbaren. Dies ist auch die weit überwiegende Sichtweise der Baubeteiligten in Österreich. Es kann daher keinen Zweifel geben, dass Einzeltermine eines Bauzeitenplanes für den AN nicht verbindlich sind, sofern es sich nicht um Vertragstermine oder den Endtermin handelt.**

Allerdings besteht für einen AN, obwohl er sich bei Überschreiten eines Zwischentermins nicht in Verzug befindet, ein Rückstand. Er ist daher gehalten, seine Leistung auf eigene Kosten zu forcieren, damit er die vereinbarte Leistungsfrist oder den vereinbarten Endtermin einhalten kann. Ist die Einhaltung der Leistungsfrist oder der Endtermin gefährdet, kann der AG den AN auffordern, seinen Rückstand aufzuholen. Pkt 6.5.1 der ÖNORM ordnet für diesen Fall ausdrücklich an, dass der AG vom AN die Vorlage eines Leistungsplanes zur Einhaltung angemessener Zwischentermine auch dann verlangen kann, wenn dies vorher nicht ausdrücklich vereinbart worden ist.

Zwar schränken Terminangaben in Bauzeitenplänen, die nicht Vertragstermine sind, den AN in seiner Dispositionsfreiheit für die Gestaltung seines Bauablaufes nicht ein, jedoch können sich im Einzelfall aus den Angaben im Bauzeitenplan Verpflichtungen für den AN ergeben. Dies ist der Fall, wenn der AN erkennt oder erkennen kann, dass sich der AG mit seinen Dispositionen auf die zeitlichen Angaben im Bauzeitenplan stützt, die nicht Vertragstermine sind, und davon ausgeht, dass diese Termine „fix“ sind. Dies kann dazu führen, dass der AG Nachteile erleidet, wenn der AN zulässiger Weise umdisponiert und seine Leistungen in anderer Reihenfolge durchführt oder mit einzelnen Vorgängen, die nicht Vertragstermine sind, ganz einfach später fertig wird als im Vorgang dargestellt. **Nur in diesen Fällen besteht eine vertragliche Nebenpflicht des AN, seinen Vertragspartner vor Schaden zu bewahren und auf die Folgen hinzuweisen.** Damit wird dem AG ermöglicht, die anderen Gewerke anders zu koordinieren. **Dabei wird aber nochmals deutlich darauf hingewiesen, dass die Koordinationspflicht beim AG liegt und bleibt.** Es ist seine Aufgabe, bereits durch eine Gestaltung der Verträge und der Vertragstermine die Gewerke zu koordinieren und den AN Vorgaben so zu machen, dass sie wissen, in welchem Umfang ihre Dispositionsfreiheit eingeschränkt ist. **Allerdings wird man diese Informations- und Hinweispflicht als vertragliche Nebenpflicht insgesamt sehr restriktiv anwenden müssen,** da es jedem AG freisteht, die für ihn zu seiner Disposition notwendigen Termine als Vertragstermine zu vereinbaren. Insb bei professionellen Bauherren und Investoren kann man davon ausgehen, dass sie bei der Vertragsgestaltung ihre Belange berücksichtigen und Kenntnis von der möglichen Abweichung von nicht vertraglich vereinbarten Terminen haben und den Bauablauf überwachen. Eine andere Auslegung kann sich ergeben, wenn ein fachkundiger AN für einen privaten AG tätig ist, der sein Eigenheim errichtet. Sollte der AN nicht alle Gewerke selbst ausführen, also nicht schlüsselfertig bauen, und ist für ihn erkennbar, dass der AG die anderen Gewerke einzeln vergeben wird, sollte der AN – will er von angegebenen, aber unverbindlichen Terminen abweichen – dies dem AG zumindest dann mitzuteilen, wenn ihm erkennbar ist, dass von der Einhaltung eines unverbindlichen Termins der Beginn weiterer Gewerke abhängt. **Daher ist eine Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht durch den AN, wenn überhaupt, nur in seltenen Ausnahmefällen denkbar. Die Auslegung, ob der AN eine vertragliche Nebenpflicht verletzt hat wird man im Einzelfall vornehmen müssen.** Dabei wird das jeweilige Vorwissen des AN über den tatsächliche Bauablauf und die Aufteilung der anderen Gewerke eine wichtige Rolle spielen.

v) Einvernehmliche Festlegung eines neuen Bauzeitenplanes

Legen beide Vertragspartner einvernehmlich einen neuen Bauzeitenplan fest, kann fraglich sein, ob bisherige Vertragstermine, also verbindlich vereinbarte Zwischentermine oder der Fertigstellungstermin, nunmehr durch neue ersetzt sind. Rechtlich stellt sich die Frage, ob eine Stundung oder eine Verschiebung der Fälligkeit vorliegt. Liegt eine Verschiebung der Fälligkeit vor, gerät der AN erst bei Überschreiten des neuen Termins in Verzug.

Es ist *Krejci* (*Krejci*, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65) zu folgen, der zutreffend darauf hinweist, dass sich der AG bei einem Verzug des AN schwerlich mit dem Gedanken anfreunden wird, durch eine Vertragsänderung auf eine ihm bereits zustehende Pönale verzichten zu wollen. Umgekehrt ist die gleiche Überlegung anzustellen. Liegt die Ursache der Verzögerung beim AG, stellt sich die Frage, warum der AN auf den Ersatz von Mehrkosten und auf Bauzeitverlängerung verzichten sollte. Solche Fälle sprechen daher im Allgemeinen gegen einen Aufschub der Fälligkeit. Der AG gibt mit der Vereinbarung eines neuen Termins lediglich zu erkennen, durch die Verschiebung des ursprünglich geschuldeten Termins die geschuldete Leistung nicht zu fordern, sondern den neuen Termin abzuwarten, also auf die ihm zustehende Möglichkeit, wegen des Verzuges den Rücktritt vom Vertrag zu erklären, zu verzichten. Er behält sich aber alle Ansprüche aus der Nichteinhaltung des ursprünglichen Termins vor (*Krejci*, Über Bauverzögerungen und ihre Rechtsfolgen, ÖZW 1999, 65).

Die ÖNORM sieht vor, dass bei einvernehmlicher Verlängerung der Leistungsfrist die Vertragsstrafen für die anstelle der alten Termine tretenden vereinbarten neuen Termine aufrecht bleiben. Allerdings sind die neuen pönalisierten Termine ausdrücklich als solche festzuhalten. Diese Regelung ändert die bisher gegenteilige Sicht der Rsp (OGH 1 Ob 58/98 f SZ 72/25 = eocolex 2000, 35 = JBl 1999, 802 = EvBl 1999/144 = RdW 1999, 462).

Sinnvoll, weil Streitvermeidend ist es, bei Terminverschiebungen eine Vereinbarung zu treffen, in der die neuen Zwischentermine und der Endtermin festgehalten werden und auch festzuhalten, ob diese neuen Termine pönalisiert sind. **In dieser Vereinbarung sollten auch die sich aus der Verschiebung ergebenden**

Kosten geregelt werden. Sollte dies zu diesem Zeitpunkt noch nicht möglich sein, sollte der AN zumindest einen Vorbehalt machen.

XIX. Die Bedeutung von Plänen für die Bauzeit

A. Wann und in welcher Beschaffenheit muss der AG dem AN Pläne übergeben?

Die verspätete Übergabe von Plänen durch den AG ist eine der häufigsten Ursachen von Bauverzögerungen. **Ob die Mitwirkungsleistung des AG verspätet ist, setzt voraus, dass definiert wird, zu welchem Zeitpunkt sie rechtzeitig gewesen wäre. Es geht also um die Fälligkeit der Mitwirkung des AG.**

Es wurde bereits festgestellt, dass den AG Koordinierungspflichten treffen. Im Rahmen der Terminkoordination schuldet der AG dem AN die rechtzeitige Übergabe von Plänen. Auch die ÖNORM sieht vor, dass die zur Ausführung notwendigen Unterlagen dem AN rechtzeitig zu übergeben sind. Es stellt sich die Frage, was „rechtzeitig“ bedeutet.

1. Wann muss der AG Pläne übergeben?

a) Die Planliefertermine sind datumsmäßig bestimmt

Der einfachste Fall ist, dass der Vertrag den Zeitpunkt der Planlieferung datumsmäßig vorsieht. Üblich sind auch Vereinbarungen von Vorlaufzeiten für Pläne. Die Länge der Vorlaufzeit richtet sich nach den bauwirtschaftlichen Bedürfnissen und ist je nach Planinhalt und Gewerk verschieden.

b) Ein Bauzeitplan ist vereinbart

i) Der Bauzeitplan legt die Fälligkeit der Planlieferungen durch den AG fest

Wurde ein Bauzeitenplan vereinbart, kann der AN üblicherweise davon ausgehen, dass er mit der Mitwirkung des AG bei der Planlieferung ohne gesonderte Aufforderungen rechnen kann, weil die Einzelfristen des Bauzeitenplanes dem AG den Zeitpunkt offenlegen, zu denen der AN bestimmte Arbeiten durchführen will. **Obwohl sie nicht Vertragsfristen sind, bestimmen die Einzelfristen des Bauzeitenplanes mit entsprechendem zeitlichem Vorlauf den Zeitpunkt, wann der AG seine Mitwirkungspflicht durch die Planbestellungen zu erfüllen hat.** Die Rechtzeitigkeit der Planlieferung wird also durch den Bauzeitenplan bestimmt. **Insoweit ist der Bauzeitenplan für den AG eine verbindliche Vorgabe.**

In der Praxis kommt es immer wieder zu Problemen, wenn der AN entgegen einer vertraglichen Vereinbarung keinen Bauzeitenplan vorlegt. Da der AG keine Information über den Zeitpunkt seiner Planlieferungen hat, kann er nicht in Verzug kommen, sofern der AN die Pläne nicht abrufen. Erfolgt ein Abruf, sind die Pläne vom AG innerhalb einer angemessenen Frist zu liefern. Legt der AN vertragswidrig keinen Bauzeitplan vor, liegt aber dem Vertrag ein (grober) Vertragsterminplan vor, gilt Folgendes: Da der Bauzeitplan in diesem Fall lediglich eine Detaillierung des groben Terminplanes ist, sind die Zeitpunkte einer notwendigen Planlieferung meist auch bereits aus dem Vertragsterminplan erkennbar. Der AN hat aber auch bei Vorliegen eines Vertragsterminplanes die Pläne abzurufen, wenn für ihn erkennbar ist, dass der AG die Vorlaufzeiten oder Planliefertermine aus dem Grobterminplan nicht bestimmen kann.

ii) Problemfälle in der Baupraxis

In der Praxis ergeben sich auch immer wieder Probleme, wenn der AN nach Vertragsabschluss den Vertragsbauzeitenplan modifiziert. Es stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise, insb wenn sie zur Folge hat, dass der AG Pläne früher liefern müsste als im Vertragsbauzeitenplan vorgesehen. Auch in diesem Fall gilt, dass der Vertragsbauzeitenplan eine vertragliche Verpflichtung des AG festlegt, die Pläne zu dem sich daraus ergebenden Zeitpunkt zu liefern. **Da eine vertragliche Verpflichtung des AG nicht durch einseitige Festlegung des AN abgeändert werden kann, hat der AN keinen Anspruch, dass der AG die Pläne aufgrund einer Revision durch den AN schneller liefert.** Dies kann nachträglich nur im Einvernehmen geändert werden. Es steht dem AN frei, die Pläne entsprechend seinen Änderungen früher abzurufen. Einen Anspruch auf frühere Lieferung hat er aber nicht. Das würde in die Disposition des AG eingreifen, der eventuell seine Planer auf diese Termine verpflichtet hat.

Ein anderer Fall liegt vor, wenn eine Revision des Bauzeitenplanes wegen eingetretener Verzögerungen notwendig wird. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass ein Bauzeitenplan – daher auch seine Revisionen – keiner „Genehmigung“ des AG bedarf, sofern nicht vertraglich etwas anderes vereinbart ist. Dennoch hat die Revision des Bauzeitenplanes rechtliche Bedeutung, weil sie das Maß für die Rechtzeitigkeit der Planlieferungen darstellt. Zu unterscheiden ist, ob die Verzögerung vom AG oder vom AN verursacht wurde. **Wurde die Verzögerung vom AG verursacht, wird die Revision des Bauzeitenplanes in der Regel nur den gesetzlichen Anspruch des AN auf Verlängerung der Bauzeit abbilden.** Ergibt sich aus der Revision, dass sich vertragliche Zwischentermine oder der Fertigstellungstermin nicht mehr einhalten lassen, wird sich für den AG keine Beschwer in Bezug auf die Fälligkeit der Planlieferungen ergeben, weil sich die Planliefertermine ohnehin nach hinten verschieben werden. **Das Gleiche gilt, wenn die Verzögerung in der Sphäre des AN**

eingetreten ist. **Ordnet der AG aufgrund einer in seiner Sphäre eingetretenen Verzögerung Forcierungsmaßnahmen an** oder wird der Bauablauf einvernehmlich umgestellt mit der Folge, dass Pläne für bestimmte Bauteile früher als im Vertragsbauzeitenplan zu liefern sind, **ist der AG verpflichtet, die Pläne „vorzeitig“ abzuliefern**, da er nicht auf der einen Seite eine Änderung des Bauablaufes anordnen, auf der anderen Seite aber die sich daraus ergebenden vorgezogenen Planlieferfristen ablehnen kann. **Das Gleiche gilt, wenn die Verzögerung durch den AN verursacht wurde**, allerdings mit der Maßgabe, dass der AN in Verzug gerät, wenn sich vertragliche Zwischentermine oder der Fertigstellungstermin nicht mehr einhalten lassen. Dies hat aber mit der hier interessierenden Frage der Fälligkeit der Planlieferungen des AG nichts zu tun.

iii) Vorlauffristen

Steht fest, dass der AG dem Bauzeitenplan entnehmen kann, wann der AN welche Leistung erbringen wird, ist noch zu klären, wie lange der AN vor Leistungsbeginn die Pläne benötigt. Es geht also um die Bestimmung der Länge der Vorlauffristen. **Sind im Vertrag Vorlauffristen vereinbart, ist die Sache eindeutig. Sind im Vertrag keine Vorlauffristen vereinbart, liegt eine Vertragslücke vor.** In diesen Fällen ist zu ermitteln, was redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie sich die offen gebliebene Frage bei Vertragsabschluss vorgelegt hätten. **Bei der Lückenfüllung ist nach der Verkehrssitte zu fragen. In der einschlägigen Fachliteratur** (Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung⁵ B Rz 29 ff; Kapellmann/Schiffers, Vergütung⁵ Rz 1314; Kropik/Kramer, Mehrkostenforderungen 74) **werden folgende Vorlauffristen als angemessen erachtet:**

Vorabzüge zur Schalungsplanung: 6 Wochen

Ausführungsunterlagen: 3 Wochen

Bewehrungspläne: 3 Wochen

Fertigteilpläne: 8 Wochen

Im Einzelfall können allerdings die Fristen davon erheblich abweichen. Sollten sehr einfache Arbeiten anstehen, sind geringere Vorläufe notwendig. Handelt es sich aber zum Beispiel bei den anstehenden Arbeiten um Sonderfertigungen mit speziellen Baustoffen oder umfangreicher Vorfertigung, dann können die Vorlauffristen erheblich länger sein, etwa wenn Schalelemente für Freiflächen speziell angefertigt werden müssen. Durch Vorabzüge können Vorlauffristen verkürzt werden, wenn die Vorabzüge eine entsprechende Vorbereitung des AN ermöglichen. Im Zweifel hat der AN die Pläne rechtzeitig anzufordern und kann sich nicht darauf verlassen, dass der AG erkennt, dass wegen einer besonderen Situation eine längere Vorlaufzeit notwendig ist.

c) Weder Planliefertermine noch ein Bauzeitplan sind vereinbart

Wann der AG Pläne übergeben muss, wenn eine Vereinbarung oder ein Bauzeitplan vorliegt, wurde bereits abgehandelt. **Rechtlich schwieriger ist der Fall zu lösen, wenn weder Planliefertermine noch ein Bauzeitenplan vereinbart sind** und daher aus dem Vertrag rückgeschlossen werden muss, wann der AG die Pläne zu liefern hat. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass es bei der Füllung einer Vertragslücke auf die Verkehrssitte ankommt. **Die früheren Gebührenordnungen für Architekten und Planer gingen davon aus, dass die Detailplanung schon vor Ausschreibung der Leistung fertiggestellt ist.** Auch die ÖNORMEN A 2050 und B 2110 legen fest, dass die Leistungsbeschreibung lückenlos, eindeutig und vollständig sein muss. Auch diese Vorgaben setzen eine fertiggestellte Detailplanung im Zeitpunkt der Ausschreibung voraus. **Dies entspricht der Verkehrssitte.** An der Annahme einer Verkehrssitte kann auch der Umstand nicht ändern, dass Pläne in der Praxis häufig erst nach Maßgabe des Baufortschrittes geliefert werden. Dies geschieht zumeist bei großen Bauvorhaben, also bei „Langzeitbaustellen“. Dies ist auch rechtlich, unter dem hier behandelten Aspekt der Fälligkeit von Planlieferungen, unproblematisch, weil in solchen Fällen dem AN die sukzessive Planlieferung bei Vertragsabschluss in der Regel bekannt ist und entsprechende vertragliche Regelungen über Planvorläufe und den Zeitpunkt der Planübergabe getroffen werden. Ob die Praxis, eine Ausschreibung ohne Detailplanung zu machen, unter Kalkulationsaspekten sinnvoll und zulässig ist, ist eine andere Frage, die hier nicht zu erörtern ist. **Die Annahme einer Verkehrssitte, dass die zur Bauführung erforderlichen Pläne bei Vertragsabschluss mit dem Bauunternehmer schon vorliegen ist aber dahingehend einzuschränken, dass dies jedenfalls für Bauvorhaben gilt, die keinen Langzeitcharakter haben oder bei denen keine Vereinbarungen über Planvorläufe und den Zeitpunkt der Planübergabe getroffen werden.** Der AN kann daher in solchen Fällen bei Vertragsabschluss davon ausgehen, dass der AG seine Detailplanung bereits fertiggestellt hat und kann auch erwarten, dass ihm alle Pläne spätestens mit dem notwendigen Vorlauf vor Baubeginn übergeben werden. **Allerdings muss der AN alle Pläne unmittelbar nach Vertragsabschluss abrufen. Unterlässt der AN den Abruf, kann dies zu einem Verzug des AN (und nicht des AG) führen**, wenn er wegen seiner Unterlassung das Bauvorhaben nicht innerhalb der vertraglichen Frist fertigstellen kann.

2. Wie müssen die Pläne beschaffen sein?

Die Planlieferung des AG ist nur dann rechtzeitig, wenn der gelieferte Plan vollständig, richtig und freigegeben ist. Zu berücksichtigen ist, dass den AN eine Prüf- und Warnpflicht trifft. Er muss also ausreichend Zeit haben, den Planinhalt zu prüfen. Werden durch den AG falsche Pläne oder Pläne mit falschen oder ungenügenden Inhalten geliefert, so befindet er sich mit dieser Planlieferung in Verzug. **Daher ist die übliche Praxis, unvollständige Pläne oder andere Pläne, als sie momentan gebraucht werden, oder nur Vorabzüge zu liefern, nicht dazu geeignet, den Planlieferverzug des AG zu verhindern.** In der BRD ist es ganz

herrschende Auffassung, dass der AG als Mitwirkungspflicht nicht nur nach § 3 VOB (vgl. *Riedl/Mansfeld* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB¹¹ B Rz 1 zu § 3; *Vygen/Schubert/Lang*, Bauverzögerung⁵ A Rz 349 f), sondern auch bei Bauverträgen nach BGB richtige Pläne zur rechten Zeit zur Verfügung zu stellen hat (vgl. *Palandt/Sprau*, BGB⁶⁷ § 642 Rdn 1 mwN). Diese stellt an sich eine Selbstverständlichkeit dar, **weil den AG neben der Koordination auch die Pflicht zur entsprechenden und rechtzeitigen Konkretisierung der Leistung iSd § 1056 ABGB trifft**, wenn die die planerischen Entscheidungen nicht schon vor Ausführungsbeginn getroffen und vertraglich vereinbart wurden (vgl. *Riedl/Mansfeld* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, VOB¹¹ B Rz 1 zu § 3).

B. Sonderfälle

1. Ist der AG berechtigt, seine Pläne später zu liefern, weil der AN „langsamer“ arbeitet?

Wie bereits erläutert, gerät der AN nicht in Verzug, wenn er langsamer arbeitet als im Bauzeitenplan vorgesehen, da die Zwischentermine im Bauzeitenplan für ihn nicht verbindlich sind. **Die Frage ist also nicht, ob ein Verzug des AN vorliegt, sondern welche Auswirkungen die langsamere Arbeit des AN auf die Fälligkeit der Planlieferung des AG hat.**

a) Die Planliefertermine sind vereinbart

Sind Planliefertermine vereinbart, bleiben diese als festes Datum bestehen. Damit besteht ein Unterschied zu Planvorlaufzeiten, die als Zeitspanne an dem sich nach hinten verschiebenden Beginntermin der Arbeiten hängen. Wenn der AN langsamer arbeitet, ändern sich damit die Planliefertermine nicht. Daher kommt der AG unabhängig von der Arbeitsgeschwindigkeit und dem Bedarf an den Plänen mit Überschreiten des Datums in Verzug. Wenn der AN aber langsamer arbeitet, hat dieser Verzug keinen Schaden zur Folge, da der AN nicht gehindert ist.

b) Ein Bauzeitplan ist vereinbart

Sind ein Bauzeitplan und Planvorlaufzeiten vereinbart, ist der AG verpflichtet, die Baupläne so rechtzeitig dem AN zu übergeben, dass er die Leistung entsprechend dem Bauzeitenplan mit dem vereinbarten zeitlichen Vorlauf erbringen kann. Dem zu Folge **verschieben sich die Planliefertermine des AG entsprechend, wenn der AN langsamer arbeitet. Der AN hat auch kein berechtigtes Interesse an einer früheren Planlieferung, da er mit dem Plan auch nicht früher arbeiten kann.** Juristisch ausgedrückt, ist die Planlieferung des AG erst später als im Bauzeitenplan vorgesehen fällig, wenn der AN langsamer arbeitet. Ein Verzug des AG liegt nicht vor.

c) Weder Planliefertermine noch ein Bauzeitplan sind vereinbart

Im Falle fehlender Vereinbarung eines Bauzeitenplanes oder von Planlieferterminen ruft der AN die Pläne entsprechend seinem Baufortschritt ab. Daher hat seine langsamere Ausführung zur Folge, dass er die Pläne auch entsprechend später abrufen. Sollte der AN Pläne früher abrufen, als er sie benötigt, so ist die dennoch erst zum Bedarfszeitpunkt erfolgende Planbeistellung durch den AG immer noch rechtzeitig.

2. Ist der AG verpflichtet, die Pläne schneller zu liefern, weil der AN „schneller“ arbeitet?

a) Ein Bauzeitplan oder Planliefertermine sind vereinbart

Wie bereits ausgeführt, stellt ein Bauzeitenplan das Maß für die Rechtzeitigkeit der Planlieferung durch den AG dar. Er legt somit eine vertragliche Verpflichtung des AG fest. **Da eine vertragliche Verpflichtung nach den allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen nicht durch einseitige Festlegung des AN abgeändert werden kann, hat der AN keinen Anspruch auf eine schnellere Planlieferung durch den AG, weil der AN schneller arbeitet.** Das gilt auch analog, wenn Planvorlaufzeiten zu einem Bauzeitenplan vereinbart worden sind, und erst recht, wenn feste Planliefertermine im Vertrag enthalten sind.

b) Weder Planliefertermine noch ein Bauzeitplan sind vereinbart

Wenn die Vertragspartner keine Planliefertermine und keinen Bauzeitenplan vereinbart haben, **besteht die beiderseitige Verpflichtung, den Bauablauf so durchzuführen, dass der Fertigstellungstermin eingehalten wird.** Da der AG vorab keine Information zu der Geschwindigkeit der Arbeiten des AN hat, steht also auch kein frühester Planliefertermin fest. Der AN fordert je nach der Geschwindigkeit seines Baufortschrittes mit dem erforderlichen Vorlauf für sich und mit einem Vorlauf für den AG, damit dieser die Pläne bereitstellen kann, die Pläne ab. **Genau genommen handelt es sich also in diesen Fällen ohne Regelungen zur Planlieferung nicht um ein schnelleres Arbeiten des AN, da mangels Bauzeitenplan ein Maßstab nicht gegeben ist.**

3. Muss der AN bei Verzug des AG mit der Planlieferung seine Pufferzeit zur Verfügung stellen?

Eine weitere, in der Praxis immer wieder vorkommende Frage ist, ob der AN „seine“ Pufferzeit zur Verfügung stellen muss, um eine Verzögerung durch verspätete Planlieferung des AG aufzufangen. Der Begriff wurde bereits unter Rz 537 erläutert.

Grundsätzlich stehen Pufferzeiten demjenigen zu, der sich durch organisatorische Vorkehrungen den Puffer geschaffen hat, in der Regel also dem AN. **Benötigt aber der AN seine Zeitreserve vorläufig nicht, kann der AG verlangen, dass der Puffer zur Vermeidung oder Verringerung einer in der Sphäre des AG entstandenen Störung der Leistungserbringung verwendet wird.** Pkt. 7.1 der ÖNORM bringt dies mit folgender Regelung zum Ausdruck:

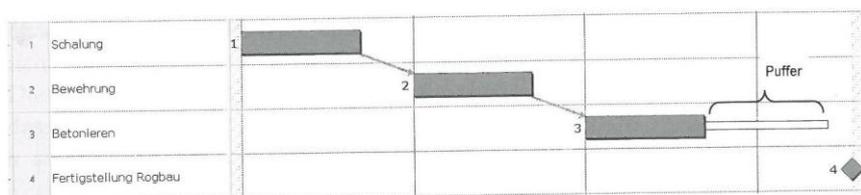
„Droht eine Störung der Leistungserbringung (zum Beispiel eine Behinderung), hat jeder Vertragspartner alles Zumutbare aufzuwenden, um eine solche zu vermeiden oder deren Folgen so weit als möglich abzuwehren, soweit daraus keine Mehrkosten entstehen.“

Damit ist auch klargestellt, dass der AN Mehrkosten geltend machen kann, wenn das zur Verfügung stellen des Puffers zu Mehrkosten führt. Dies kann sich insb aus einer längeren Vorhaltung ergeben, da der AN ohne die Nutzung des Puffers durch den AG eventuell die Leistung des betroffenen Vorganges oder die Gesamtleistung früher fertig gestellt hätte. Andere Mehrkosten können aus Umstellungen resultieren. Grundsätzlich muss der AN seinen Puffer zwar nicht zur Verfügung stellen, weil er durch die Behinderung aus der Sphäre des AG immer Anspruch auf Verlängerung der Leistungsfrist hat (vgl Pkt 7.4.1 und § 1168 Abs 1 Satz 2 ABGB) und daher eine Bauzeitverlängerung und auch die daraus resultierenden Kosten verlangen, oder aber über entsprechende Vereinbarung mit dem AG auch Forcierungsmaßnahmen gegen Vergütung ergreifen kann (OGH 1 Ob 200/08 f eolex 2009/76 [Friedl]). Pkt 7.1. bringt die allgemeinen Schutz- und Sorgfaltspflichten der Vertragspartner (vgl *Koziol/Welser II*¹³, 4 f) zum Ausdruck und lässt durch die Einschränkung „soweit daraus keine Mehrkosten entstehen“ deutlicher als die Vorgängerbestimmung in Pkt. 5.34.1. (Fassung 2002/2000) erkennen, dass der AN zu Mehranstrengungen (Forcierung) ohne eine Vergütung nicht verpflichtet werden kann. Daher muss der AN auch eine ihm zur Verfügung stehende Leistungsfrist nicht ohne eine entsprechende Vergütung aufgeben und kann seinen Puffer „zurückverlangen“, wenn er ihn später braucht.

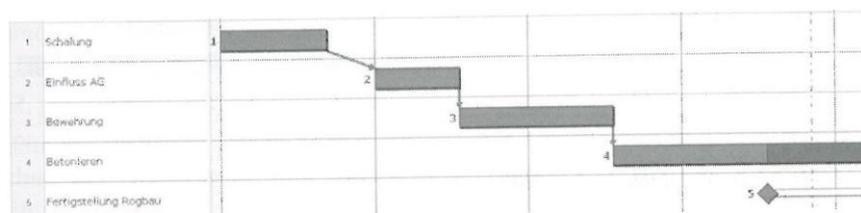
Diese Regelung gilt auch, wenn die ÖNORM nicht vereinbart ist, weil darin eben nur allgemeinere Rechtsprinzipien konkretisiert werden.

Kommt es zu einem späteren Zeitpunkt zu einer Bauverzögerung, die aus der Sphäre des AN stammt, stellt sich die daher Frage, ob der zur Verfügung gestellte Puffer wieder „auflebt“, ob und wie der AN den Puffer zurückerlangen kann. Grundsätzlich steht dem AN sein Puffer – wie bereits ausgeführt – zu, sodass dies bei der Berechnung der Verzugsdauer zu berücksichtigen ist und die dem AN „genommene“ Pufferzeit rechnerisch wieder „zurückzugeben“ ist. Das heißt, **wenn der AN seine Pufferzeit zur Verfügung gestellt hat und diese Pufferzeit ihn bei der späteren von ihm zu vertretenden Störung vor einer Überschreitung eines Termins bewahrt hätte, dann ist nun der AG verpflichtet, eine entsprechende Bauzeitverlängerung zu gewähren, ohne dass er Verzugsfolgen geltend machen könnte.** Der AN wäre ja erst gar nicht in Verzug geraten, wenn er nicht schon zuvor seinen Puffer aufgegeben hätte. Erst wenn auch noch nach der Anrechnung der Pufferzeit eine Gesamtverzögerung vorliegt, ist der AN in Verzug. **Es lebt also die in der Sphäre des AG entstandene Störung wieder auf.**

Beispiel 1:



Bau-Soll 1



Bau-Ist 1

Abb 12: Anzurechnender Puffer

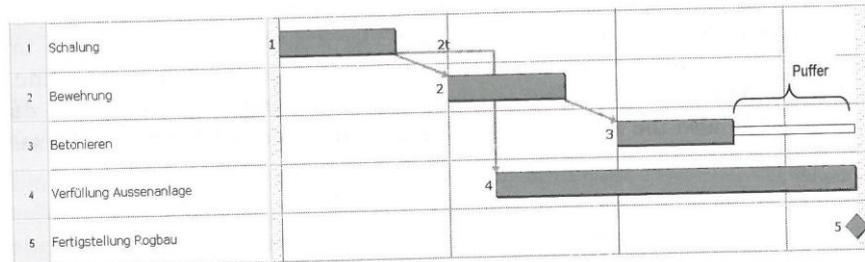
Das Beispiel zeigt im oberen Plan den vorgesehenen Ablauf des Bauzeitenplanes. Es besteht eine Pufferzeit für den AN, die er sich zB durch den erhöhten Einsatz von Kapazitäten geschaffen hat. Im tatsächlichen Bauablauf ergibt sich eine durch den AG bedingte Störung. Diese dauert so lange wie die Pufferzeit. Das bedeutet, dass der AN trotz der AG-seitigen Störung

gerade zum vereinbarten Endtermin fertig werden würde. Allerdings verursacht der AN selbst auch einen Rückstand in den folgenden Betonierarbeiten, die in dem Beispiel auch so lang sei wie die Pufferzeit. Es folgt also eine Verlängerung der Bauzeit und ein Überschreiten des Fertigstellungstermins. In diesem Fall wird die Pufferzeit zugunsten des AN angesetzt, sodass er nicht in Verzug gerät, sondern ein Anspruch auf Mehrkosten und Bauzeitverlängerung vorliegt.

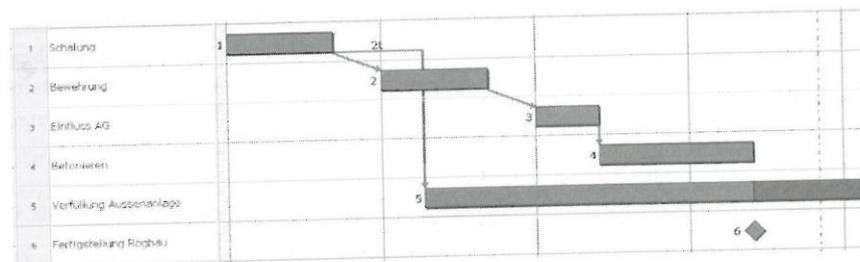
Der Grundsatz, dass der Puffer für den AN anzurechnen ist, unterliegt allerdings bei genauer Betrachtung einigen Einschränkungen. Zunächst ist die Hergabe eines freien Puffers möglicherweise mit Mehrkosten verbunden. Allerdings hat dieser Puffer keinen Einfluss auf das vertragliche Bauzeitende, da er die möglichen frühesten Anfangstermine der Nachfolgevorgänge nicht beeinflusst. Daher kann die Dauer eines zur Verfügung gestellten freien Puffers nicht bei einer späteren Verzögerung des AN angerechnet werden, die auf dem kritischen Weg liegt, also den Endtermin hinausschiebt.

Wie aus diesem Beispiel bereits deutlich wird, kann auch in allen anderen Konstellationen ein hergegebener Puffer nur dann später angerechnet werden, wenn er ohne die Bereitstellung zugunsten des AGs für den AN so zur Verfügung gestanden hätte, dass er unter nun gegebener eigener Nutzung des Puffers die Bauzeitüberschreitung hätte kompensieren können. Der Puffer muss also in einem hypothetischen Bauablauf ohne vorangegangene AG-seitige Störung in dem Vorgang zur Verfügung gestanden haben, mit dem der AN in Verzug gerät.

Beispiel 2:



Bau-Soll 2



Bau-Ist 1

Abb 13: Nicht anzurechnender Puffer

In dem Beispiel hat der AN in seinen Vorgängen zur Herstellung des Rohbaus einen Puffer. Der AG verursacht eine Störung in diesen Vorgängen, die sich so lange auswirkt wie die Pufferzeit. Der AN würde also – wie im vorangegangenen Beispiel – trotz der Störung gerade zum vereinbarten Übernahmetermin fertig. Allerdings verursacht der AN selbst auch wieder einen Rückstand, der ebenfalls so lange dauert wie die Pufferzeit. Der Rückstand des AN entsteht aber in einem Vorgang bei der Herstellung der Außenanlagen, der nicht in Abhängigkeit zu den Vorgängen zur Herstellung des Rohbaus nach der in der Sphäre des AG entstandenen Störung steht. In diesem Beispiel wird der durch den AG „verbrauchte Puffer“ daher nicht zugunsten des AN angerechnet. Der AN hat die Verschiebung des Übernahmetermins und die Verlängerung der Bauzeit zu vertreten.

Es kann also die Situation auftreten, dass der AN seinen Puffer zur Verfügung stellt, hierfür möglicherweise eine Mehrkostenforderung stellen kann, mit seiner eigenverursachten Störung aber trotzdem in Verzug gerät.

Ebenso ist es möglich, dass der Puffer für eine in der Sphäre des AN eingetretenen Störung angerechnet wird, aber eine Mehrkostenforderung für die ursprüngliche Zurverfügungstellung bestehen bleibt. Daher ist in diesen Fällen, analog zu einer Untersuchung von Störungen und ihren Auswirkungen auf den Bauablauf, eine bauwirtschaftliche Untersuchung durchzuführen. Diese Untersuchung ist ebenfalls nach den Folgen auf den Bauablauf und nach den finanziellen Auswirkungen zu trennen.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass eine durch Störungen verursachte Umstellung des Bauablaufes ebenfalls dazu führen kann, dass sich eine nachfolgende Störung nicht oder erst recht auswirkt. Diese Fälle von Kausalketten bei Umstellungen des Bauablaufes werden hier nicht näher dargestellt. Es handelt sich dann um Vergleiche von einem geplanten Bauablauf mit einem tatsächlichen und mindestens einem hypothetischen Ablauf.

C. Rechtsfolgen bei verspäteter Planlieferung

1. Geltendmachung von Mehrkosten und Rücktritt vom Vertrag nach § 1168 ABGB

Ist der AG mit Erfüllung seiner Mitwirkungspflicht in Verzug, knüpfen sich daran Rechtsfolgen. Mit „Verzug“ ist aber nicht Verzug iSd § 918 ABGB gemeint, weil die Mitwirkungspflicht des AG eine unselbständige Nebenleistungspflicht ist, die der AN nicht durchsetzen kann. Ein „Verzug“ mit

Nebenleistungspflichten ist nicht möglich. Dies heißt aber nicht, dass sich daran keine Rechtsfolgen knüpfen. **Dies bedeutet nur, dass ein Rücktritt vom Vertrag nach § 918 ABGB nicht möglich ist. Die Rechtsfolgen sind in § 1168 Abs 1 letzter Satz und § 1168 Abs 2 ABGB geregelt. Solange das Werk mangels Mitwirkung des AG nicht hergestellt werden kann, kann der AN am Vertrag festhalten und nach § 1168 Abs 1 letzter Satz ABGB Mehrkosten wegen der Verzögerung verlangen oder nach § 1168 Abs 2 ABGB unter Setzung einer angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten.** Dies wird unter Rz 489 dargestellt.

2. Dokumentation von Planlieferverzügen

Für die Wahrung seiner Ansprüche und die Abwehr von ungerechtfertigten Ansprüchen des AG (Verzug und Vertragsstrafe) muss der AN alle Planlieferverzüge einzeln und detailliert dokumentieren. Er muss folgenden Vorgang einhalten:

- dem AG ehestens mitteilt, dass eine Störung der Leistungserbringung durch verspätet, falsche oder mit falschen Inhalten gelieferte Pläne macht
- dem AG ehestens mitteilt, wann die Störung der Leistungserbringung weggefallen ist
- seinen Anspruch auf Anpassung des Entgeltes oder der Leistungsfrist ehestens nachweislich dem Grunde nach anmeldet

Es kann nicht eindringlich genug davor gewarnt werden, diesen Vorgang auf die leichte Schulter zu nehmen. Dabei sind die Bestimmungen in Pkt 7.3.2 der ÖNORM oder davon abweichende vertragliche Regelungen, insb Fristen zu beachten.

XX. Die Darstellung von Terminablaufplänen

1. Die möglichen graphischen Darstellungsformen von Bauabläufen

Neben der Möglichkeit, Termine und Terminabläufe beschreibend oder in einer Liste darzustellen, **hat sich allgemein die grafische Darstellungsform durchgesetzt.** Hierfür finden sich drei unterschiedliche Formen:

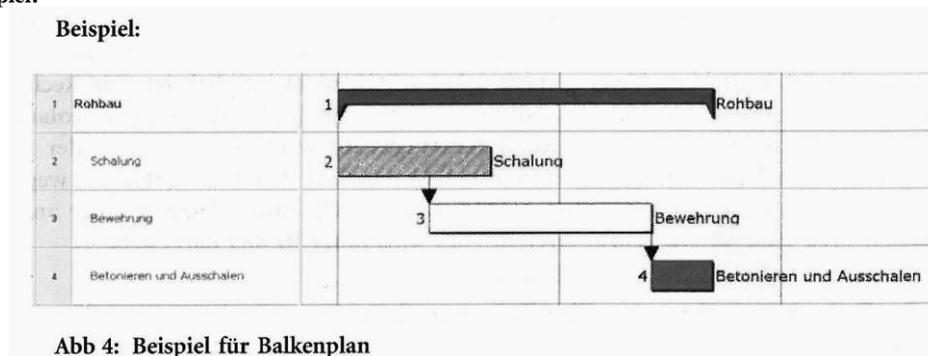
- **Balkenplan**
- **Netzplan**
- **Zeit-Wege-Diagramm**

a) Der Balkenplan

Der Balkenplan ist die im Baubetrieb am meisten verbreitete Darstellung von Bauabläufen.

In einem Balkenplan werden in einem Koordinatenkreuz auf der Vertikalen die Arbeitsschritte und auf der Horizontalen die Zeit dargestellt. Ansonsten können die Darstellungen voneinander abweichen, was die Angaben betrifft. Eine übliche Darstellung ist die folgende, in der in Zeile 1 ein Sammelvorgang „Rohbau herstellen“, in den weiteren Zeilen die zugehörigen Vorgänge zu sehen sind.

Beispiel:



Den Balkenplan liest man üblicherweise zeilenweise. Links findet sich die Zeilennummer, auch Vorgangsnummer genannt. Daneben steht die Bezeichnung des Vorgangs. Für die Bezeichnungen werden die Inhalte der Arbeiten verwendet. Sie sind daher aus sich heraus verständlich. Dabei müssen die Zeilen nicht unbedingt die zeitliche Reihenfolge der Arbeiten wiedergeben. Es ist eher allgemein üblich, die Sortierung der Zeilen nach Gewerken oder Bauabschnitten vorzunehmen. Die zeitliche Abfolge der Ausführung der Vorgänge ergibt sich daher nur eindeutig aus der Darstellung der Balken.

In einer Kopfzeile werden die kalendarischen Zeiteinheiten dargestellt. Dabei handelt es sich je nach Länge der Baumaßnahme und dem Detaillierungsgrad der Zeiteinteilung meist um Kalenderwochen oder Monate. Die grafische Darstellung der Vorgänge erfolgt mittels den entsprechenden Zeilen zugeordneter Balken, die sich unter der Kopfzeile befinden. Die Balken reichen vom Beginn der Tätigkeit bis zum Ende der Tätigkeit. Man kann also die Ausführungszeit des Vorganges ablesen, wenn man senkrecht über dem Beginn des Balkens auf der Zeitachse das Datum abliest, bzw entsprechend für das Vorgangsende. Damit kann man das Anfangs- und Enddatum des Vorganges oben bzw die Benennung der Tätigkeit links ablesen. In den linken Spalten können weitere Angaben enthalten sein, wie zB die Ausführungsdauer des Vorgangs in Arbeitstagen etc.

Der Vorteil eines Balkenplanes ist die einfache Darstellungsweise, die es ermöglicht, rasch zu erkennen, welche Tätigkeiten an einem bestimmten Tag in Arbeit sein sollten. Je nach Detaillierung der Vorgänge kann man ebenfalls erkennen, wie der Bauablauf ausgestaltet ist. Zeigt er beispielsweise viele zeitgleich auszuführende Vorgänge, also sich überlappende Balken in einer überwiegend vertikalen Erscheinung, dann bestehen meist vielfache Abhängigkeiten und eine entsprechend hohe Arbeiterstandszahl auf der Baustelle.

Nachteil der Balkenpläne ist die meist fehlende Darstellung der Abhängigkeiten der Arbeiten voneinander. Er lässt daher nicht immer zwingend erkennen, welche Folgen die Verzögerung eines Vorgangs auf den weiteren Terminablauf hat. Das gilt vor allem für gewählte Abhängigkeiten. Auch die eingesetzten Kapazitäten und daraus folgende Pufferzeiten sind nicht ohne Weiteres erkennbar.

b) Der Netzplan

Charakteristisches Merkmal eines Netzplanes ist die Darstellung der einzelnen Vorgänge als eigenes Schriftfeld, Vorgangsfeld genannt, sowie die grafische und mathematische Verknüpfung der einzelnen Vorgangsfelder. Jeder Vorgang ist zumindest mit einem Vorläufervorgang und einem Nachfolgervorgang verknüpft, ausgenommen Start- und Zielvorgänge. Ein Netzplan ist damit ein gerichteter, endlicher und kreisfreier Graph. Es gibt weitere, verschiedene Netzplanarten, wie zB einen Gesamt-, Teil-, Meilenstein- oder Ereignisknotennetzplan, auf die hier nicht im Detail eingegangen wird.

Beim Netzplan wird jeder einzelne Vorgang durch ein Vorgangsfeld festgelegt und mit weiteren Angaben beschrieben. Die Angaben können sich in der Praxis je nach Bedarf unterscheiden. Die folgende Abbildung zeigt ein typisches Vorgangsfeld (Vygen/Schubert/Lang, Bauverzögerung⁵ B Rz 12).

Beispiel:

Vorgangsnummer		Kapazitätsangabe	
Vorgangsbezeichnung			
Dauer D	Frühester Anfang FA	Frühestes Ende FE	Freier Puffer FP
	Spätester Anfang SA	Spätestes Ende SE	Gesamtpuffer GP

Abb 5: Vorgangsfeld eines Netzplanes

In die Felder einzusetzende Angaben sind bei diesem Beispiel

- die Vorgangsnummer, die im Balkenplan analog der Zeilennummer zu sehen ist
- die Vorgangsbezeichnung, analog dem Balkenplan
- die Kapazitätsangaben, das ist die Anzahl der durchschnittlich für diesen Vorgang einzusetzenden Arbeitnehmer
- die Dauer bezeichnet die Länge des Vorganges, meist ausgedrückt in Arbeitstagen
- der früheste Anfang des Vorganges wird als Datum angegeben, welches optimal erreichbar wäre
- der späteste Anfang ist ebenfalls eine Datumsangabe; bei Überschreiten dieses Datums kommt es zu Auswirkungen auf weitere Vorgänge, wenn nicht forciert wird
- das früheste Ende ist eine Datumsangabe, an welchem der Vorgang bei optimalen Verhältnissen beendet sein kann
- spätestes Ende ist eine Datumsangabe, bei der ein Vorgang spätestens beendet sein muss, da sonst Auswirkungen auf die Bauzeit auftreten können
- der freie Puffer ist eine Angabe als Anzahl von Arbeitstagen, in welchen der Vorgang verschoben werden kann, ohne dass Auswirkungen auf Folgevorgänge eintreten
- der Gesamtpuffer ist eine Angabe als Anzahl von Arbeitstagen, um die ein Vorgang nach hinten geschoben werden kann, sodass er zwar Auswirkungen auf Folgevorgänge hat, aber das Bauzeitende eingehalten werden kann

Die in jedes Feld einzutragenden Werte werden durch den Planaufsteller entweder als Wert vorgegeben, wie zB die Kapazitäten, oder durch Rechnungen ermittelt, zB der Gesamtpuffer. Die Anzahl der Arbeitstage ist in Abhängigkeit der Anzahl der vorgesehenen Arbeitstage pro Woche zu sehen. Vielfach werden auch Kalendertage angegeben, sodass auch Feiertage und arbeitsfreie Tage enthalten sein können. Es ist daher immer zunächst zu klären, um welche Angaben es sich handelt.

Durch die dargestellten Verknüpfungen werden Folgen von Änderungen einzelner Vorgänge bezüglich des Bauablaufs auf dem Plan sichtbar. Durch die zahlreichen Angaben in den Vorgangsfeldern kann eine schnelle Beurteilung erfolgen. Diesen Vorteilen steht als Nachteil des Netzplanes gegenüber, dass die Einordnung einer Tätigkeit auf der Zeitschiene nicht so rasch erfassbar ist wie bei einem Balkenplan. Netzpläne finden sich daher meist als Instrumentarium für die Projektsteuerung, weniger auf der Baustelle selbst.

c) Das Zeit-Wege-Diagramm

Bei einem Zeit-Wege-Diagramm wird auf der vertikalen Achse die Zeit, auf der horizontalen Achse die geografische Abwicklung des Bauwerkes eingetragen. Diese Darstellung eignet sich besonders gut bei Linienbaustellen, zB Tunnel- und Straßenbauten oder Rohrverlegungen, aber auch für lange Bauwerke, wie zum Beispiel Brücken. Man kann im Zeit-Wege-Diagramm auf einen Blick erkennen, wo auf einer Baustelle an einem bestimmten Datum gearbeitet wird.

2. Die Darstellung von Abhängigkeiten

Wie bereits erwähnt, bestehen zwischen den Vorgängen Abhängigkeiten. Man unterscheidet verschiedene Formen der Abhängigkeiten, die im Folgenden kurz dargestellt werden.

a) Normalfolge

Ein Vorgang kann unmittelbar nach Beendigung der Vorgängertätigkeit beginnen. Man nennt dies eine „Normalfolge“ oder „Ende-Anfang-Beziehung“.

Beispiel:

Im Netzplan

Im Balkenplan

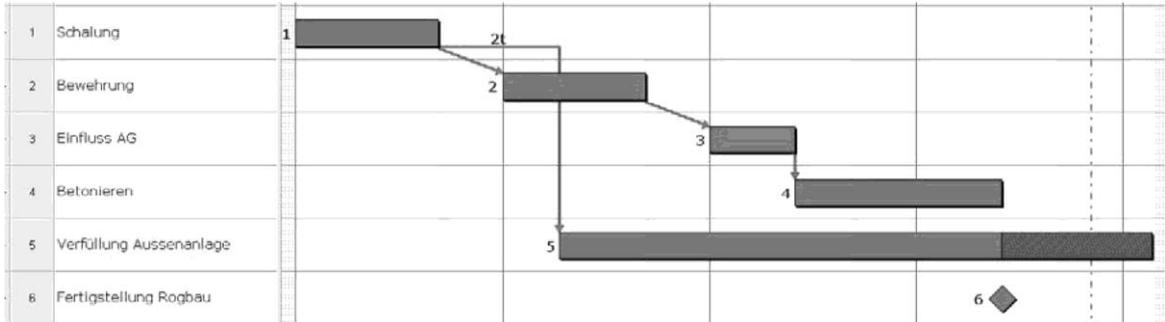


Abb 7: Normalfolge

Im dargestellten Beispiel wird zunächst die Schalung vollständig hergestellt. Danach wird erst die Bewehrung verlegt. Wenn die Schalung fertiggestellt ist, wird ohne Unterbrechung mit den Bewehrungsarbeiten begonnen.

b) Normalfolge mit Wartezeit

Zwischen den Vorgängen kann eine Wartezeit vergehen. Man nennt dies eine „Normalfolge mit Wartezeit“, oder „Ende-Anfangs-Beziehung“ mit Wartezeit.

Beispiel:

Im Netzplan

Im Balkenplan

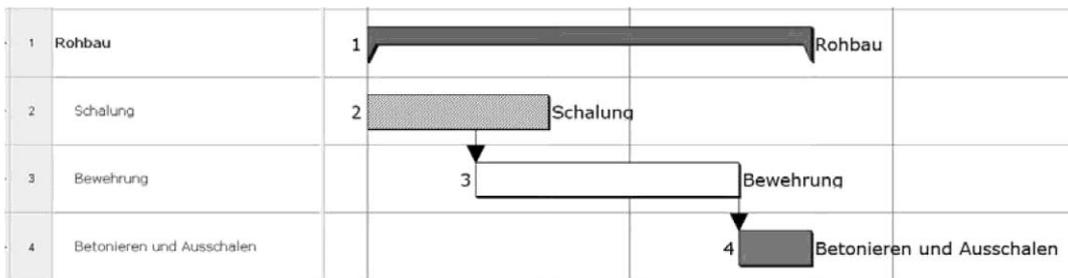


Abb 8: Normalfolge mit Wartezeit

Im Beispiel wird die Schalung zunächst vollständig hergestellt. Danach werden drei Tage eingeplant, an denen die Schalung und die Rüstung nochmals eingemessen werden kann und eine Reinigung für die Herstellung von Sichtbeton vorgenommen wird.

c) Anfangsfolge

Der Anfang eines nachfolgenden Vorganges kann vom Anfang eines vorhergehenden Vorganges abhängen. Man nennt dies als Anfangsfolge, oder Anfangs-Anfangs-Beziehung, im folgenden Beispiel mit drei Tagen Differenz.

Beispiel:

Im Netzplan

Im Balkenplan

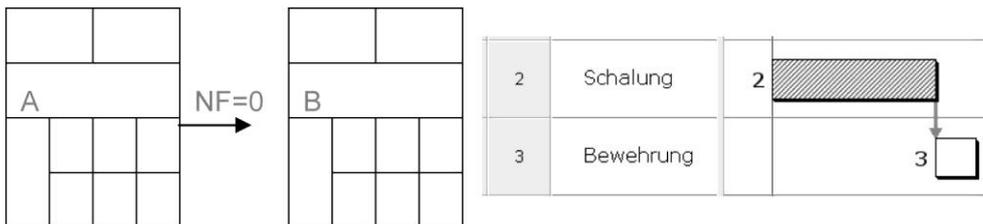


Abb 9: Anfangsfolge

Im Beispiel kann das Bewehren einer großflächigen Decke einige Tage nach Beginn der Schalarbeiten anfangen und mit Abstand hinter den Schalarbeiten „herlaufen“. Dieser Abstand bestimmt sich durch die Geschwindigkeit der Schalarbeiten, dass drei Tage nach Beginn eine ausreichend große Einschaltungsfläche die Bewehrungsarbeiten beginnen können, ohne die

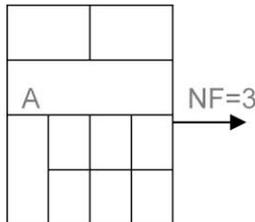
weiterzuführenden Schalarbeiten zu stören. Nach dem Ende der Schalarbeiten muss dann nur noch einige Tage bewehrt werden, sodass beide Vorgänge zeitnah abgeschlossen sind.

d) Endfolge

Das Ende eines nachfolgenden Vorganges kann vom Ende eines vorangegangenen Vorganges abhängen. Man nennt dies „Endfolge“ oder „Ende-Ende-Beziehung“.

Beispiel:

Im Netzplan



Im Balkenplan

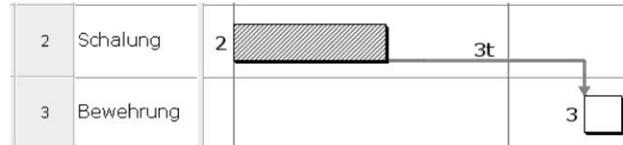


Abb 10: Endfolge

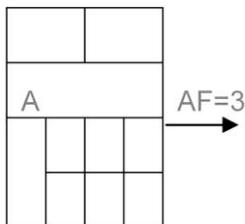
In diesem Beispiel ist es eine planerische Vorgabe, dass die Bewehrungsarbeiten drei Tage nach dem Ende der Schalarbeiten zu Ende sind, weil die Betonage dann beginnen muss. Die Endfolge beträgt daher drei Tage.

e) Sprungfolge

Das Ende des nachfolgenden Vorganges kann vom Anfang des vorangegangenen Vorganges abhängen. Man nennt dies als „Sprungfolge“, oder „Anfang-Ende-Beziehung“.

Beispiel:

Im Netzplan



Im Balkenplan

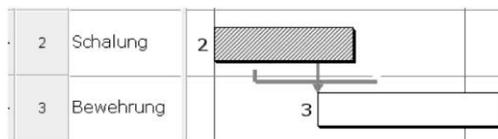


Abb 11: Sprungfolge

Im Beispiel liegt der Termin für die nach den Bewehrungsarbeiten startende Betonage kalendarisch fest, da der Transportbeton nur zu diesen Terminen geliefert werden kann. Ebenfalls ist der Beginntermin für die Schalarbeiten der Decke festgelegt, da die Festigkeit des Betons der vorgehend betonierten Decke gegeben sein muss. Damit der Betonagetermin eingehalten werden kann, bestimmt sich das Ende der Bewehrungsarbeiten demnach nach dem Anfang der Schalarbeiten.

Die hier dargestellten Beispiele können logische Verknüpfungen sein, die sich zwingend aus den Tätigkeiten ergeben. Jede dieser Verknüpfungen kann aber auch zwischen zwei Vorgängen gewählt werden, für die keine Vorgaben aus der Logik existieren. Die Art der hier dargestellten Verknüpfungen lässt also keinen Schluss zu, ob eine logische oder eine gewählte Verknüpfung vorliegt.

XXI. Anhänge

- A.** Anhang I: Muster Bauwerkvertrag
- B.** Anhang II: Beispiel für den Inhalt eines Bauwerkvertrages
- C.** Anhang III: K-7 Blätter
- D.** Anhang IV: Beispiel Bauzeitplan
- E.** Anhang V: LV Baustellengemeinkosten
- F.** Anhang VI: LV Unterleistungsgruppen (ULG) 703
- G.** Anhang VII: LV Regiepreispositionen