

Aktuelle Judikatur im Bauwesen und zur Liegenschaftsbewertung

Wie es dem Titel meines Vortrages entspricht, darf ich Ihnen heute eine bunte Mischung verschiedener Themen präsentieren; Besucher des Brandlhofseminars und aufmerksame Leser der Zeitschrift „Der Sachverständige“ kennen das ja. Anders als am Brandlhof geht es hier freilich nicht um eine gewisse Vollständigkeit des Überblicks über alles aus der Judikatur eines Jahres, was Sachverständige interessieren bzw betreffen könnte, sondern um eine Schwerpunktbildung im Baurecht. Insofern können Sie meinen Vortrag als eine gewisse Fortsetzung der Übersicht von *Hofrat Dr Michael Bydlinski* im Vorjahr ansehen. Eine mit dem Bauwesen eng zusammenhängende Bewertungsfrage möchte ich Ihnen aber als Erstes vortragen, nachdem sie schon am Brandlhof für Diskussion gesorgt hat¹. Danach folgen einige im weitesten Sinne vertragsrechtliche Überlegungen und als Schluss solche zur Schadenersatzhaftung, insbesondere des Generalunternehmers.

1. Zur Bewertung des Mietzinses für eine Tiefgarage im Rahmen der „Verkürzung über die Hälfte“: OGH 3 Ob 324/04z vom 30. 6. 2005²

In der Entscheidung **3 Ob 324/04z vom 30. 6. 2005** hatten die Gerichte über die Frage einer *laesio enormis* beim Mietvertrag zu entscheiden.

Die klagende Stadtgemeinde als Bestandnehmerin und die beklagte KEG als Bestandgeberin schlossen am 29. September 2000 einen „Mietvertrag“ über eine von der Zweitgenannten zu errichtende Tief(park)garage zu einem wertgesicherten monatlichen „Hauptmietzins“ von umgerechnet 13.928 EUR zuzüglich Umsatzsteuer. Die Bestandnehmerin erklärte einen Kündigungsverzicht für 40 Jahre und verpflichtete sich, den Bestandgegenstand auf eigene Kosten in sehr gutem Zustand zu erhalten und allfällige Beschädigungen unverzüglich zu beheben.

Die klagende Partei begehrte die rückwirkende Aufhebung (in eventu die Feststellung der Nichtigkeit) dieses Vertrags sowie die Rückzahlung der Hälfte des im ersten Betriebsjahr gezahlten Bestandzinses (von 100.289,50 EUR). Diese Begehren stützte sie auf Verkürzung über die Hälfte des wahren Werts sowie auf Sittenwidrigkeit wegen Missverhältnisses der vertraglich vereinbarten Leistungen.

Das Erstgericht, das weder die Höhe des auf dem Markt üblichen Bestandzinses für eine derartige Tiefgarage noch die einer „marktüblichen Immobilienrendite“ feststellen konnte, wies das Klagebegehren ab, die zweite Instanz gab der Berufung der klagenden Partei nicht Folge und sprach aus, dass die ordentliche Revision nicht zulässig sei.

Die Vorinstanzen beurteilten den Vertrag zwischen den Parteien als Pachtvertrag. Der klagenden Stadtgemeinde sei nach Ansicht auch des Berufungsgerichts wegen der unbekämpften Nichtfeststellbarkeit des maßgebenden marktüblichen Bestandzinses der ihr obliegende Beweis für eine Verkürzung iSd § 934 ABGB misslungen. Schon deshalb seien auch die Voraussetzungen einer Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB nicht erwiesen. Der OGH bestätigte diese Rechtsauffassung und wies die Revision der Stadtgemeinde zurück.

Die an der Entscheidung mögliche Kritik ist ebenfalls schon am Brandlhof artikuliert worden: Zum einen mutet es erstaunlich an, dass sich keine Vergleichsmieten für Garagenbauten

gefunden haben sollten. Die Diskussion des Falles beim letztjährigen Brandlhofseminar hat insofern erheblichen Widerspruch ergeben. Zum zweiten: Selbst dann, wenn sich solche Vergleichswerte wirklich nicht finden lassen, die ja nicht voraussetzen, dass das Objekt hundertprozentig vergleichbar ist, sondern durchaus Anpassungen zulassen, vgl § 4 Abs 1 Satz 2 LBG, ist der vom OGH gewählte Ansatz, dann sei eben die *laesio enormis* nicht erweisbar, doch allzu verkürzt.

Ich darf für eine weniger engherzige Auffassung des Höchstgerichts an die Entscheidung **1 Ob 141/04y vom 12. 10. 2004³** erinnern (auch die wurde schon am Brandlhof vorgeführt und ist in der Aufsatzpublikation SV 2005 nachzulesen): Dort ging es um die Bemessung der Entschädigung für Verschlechterung der Bodenbeschaffenheit durch ein wasserrechtlich bewilligtes Projekt, konkret durch die Absenkung des Grundwasserspiegels durch ein Wasserwerk in der Mitterndorfer Senke. Nachdem in den Unterinstanzen darüber gestritten worden war, welches Wertermittlungsverfahren heranzuziehen sei und ob neben Ertragswertminderungen auch noch eine sonstige Verkehrswertminderung geltend gemacht werden könne oder ob das zu einer Doppelentschädigung führe, hält der OGH zunächst einmal fest, dass die Methodenwahl mangels gesetzlicher Vorgaben im Grundsatz Aufgabe des Sachverständigen sei. Das entspricht ständiger Rechtsprechung. Wenn man es in der obigen Entscheidung zur *laesio enormis* beherzigt hätte, wäre sie wohl anders ausgefallen. Das zeigt sich am eindeutigen Bekenntnis der jetzt referierten Entscheidung zu einer für den speziellen Fall entwickelten Art ertragsbezogener Entschädigungsberechnung⁴.

Nimmt man die beiden Fälle zusammen, so muss man also dem zweiten mehr Lob spenden als dem ersten. Der Gerichtshof tat sich aber wohl auch ein wenig leichter, weil im Entschädigungsfall ein Null-Ergebnis keinesfalls herauskommen konnte und die Befugnis zur Schadensschätzung (§ 273 ZPO) im Notfall immer noch einen gewissen Ausweg geboten hätte; während bei einem Streit unter zwei Vertragspartnern, mag auch einer eine Gemeinde gewesen sein, das Ergebnis, die Verletzung über die Hälfte sei eben nicht erweisbar, weniger stoßend erschienen sein mag (gerade zu Lasten der Gemeinde). Aber eigentlich sollten solche am Ergebnis orientierten Überlegungen nicht das Entscheidende sein. Als generelle Aussage sollte man vielmehr festhalten, dass es auch in Fällen, in denen Vergleichswerte nicht zur Verfügung stehen, gelingen muss, einen gemeinen Wert der Sache, hier: der Nutzung, zu ermitteln; Ertrags- und Sachwertverfahren des LBG zeigen das mit aller Deutlichkeit. Hat man einen solchen Verkehrswert der Nutzung, kann man mE auch auf die Angemessenheit eines Mietzinses schließen, jedenfalls in den groben Toleranzen der Verkürzung über die Hälfte. Es geht ja nicht um eine „zielgenaue“ Ermittlung des Sach-, Ertrags- oder Herstellungswertes, sondern um die Feststellung, dass die verlangte Miete gegenüber der üblicherweise für ein solches Objekt zu erzielenden jedenfalls um das Doppelte überhöht sei.

2. Zurückbehaltung des Werklohns wegen Nichtstellung einer Bankgarantie: OGH 21. 3. 2006, 5 Ob 57/06b⁵

Den Einleitungssatz des folgenden Kapitels kann man fast wörtlich schon in der zitierten Arbeit von *Michael Bydlinski* aus dem Vorjahr lesen: Die Rechtsprechung zur Zurückbehaltung des

Aktuelle Judikatur im Bauwesen und zur Liegenschaftsbewertung

(gesamten) Werklohnes wegen Mängeln der Leistung hat sich ungeachtet in der Literatur erhobener Einwände nicht geändert: Wenn der Verbesserungsaufwand mehr als 5% des Werklohnes ausmacht, gilt die Zurückbehaltung regelmäßig nicht als schikanös (vgl aus jüngerer Zeit etwa auch **7 Ob 103/05f vom 25. 5. 2005⁶**, noch zum alten Gewährleistungsrecht). In der in der Überschrift zitierten Entscheidung hatte sich der OGH aber mit der Frage zu befassen, ob auch die Nichtstellung einer zugesagten Bankgarantie durch den Unternehmer den Besteller zur Zurückbehaltung des Werklohnes (für eingebaute Fenster) berechtigt. Nach dem Vertrag sollte die Garantie die gesamte Rechnungssumme über die gesamte Dauer der fünfjährigen Gewährleistung abdecken. Der nunmehrige Kläger (Werkunternehmer) stellte jedoch nur eine Garantie über einen Teilbetrag von weniger als zehn Prozent der Auftragssumme und mit einer bloß dreijährigen Laufzeit. Inzwischen sind Mängel aufgetreten, die bei einem offenen Werklohn von ca 14.242 € Behebungskosten von ca 742 € erfordern. Der OGH lehnt das Zurückbehaltungsrecht des Bestellers ab: Was die Reparaturkosten angeht, verneint er die Notwendigkeit des Drucks auf den Unternehmer/Gewährleistungsschuldner, da es um eine Leistung gehe, die man ohne weiteres von einem Dritten erhalten könne, und die Summe so gering sei. Was die Bankgarantie angehe, so sei, anders als in einem früheren Fall (SZ 61/15), hier kein besonderes Interesse des Bestellers an umfassender Absicherung verletzt; daher die Zurückbehaltung nicht gerechtfertigt. Den Ausschlag dürfte, wenn man sich eine solche Interpretation erlauben darf, freilich die Geringfügigkeit des Mangels gegeben haben.

In seiner eben schon erwähnten E vom **25. 5. 2005, 7 Ob 103/05f** hat der Gerichtshof im Übrigen die Zurückbehaltung des ganzen Werklohnes wegen nicht völlig geringfügiger Mängel neuerlich zugelassen und sich dabei sehr pauschal wieder an der 5%-Grenze orientiert, allerdings in Zurückweisung der Revision: Grundsätzlich sei die Frage, ob insofern Schikane vorliege, nicht revisibel, und da die zweite Instanz sich nicht über die allgemeinen Aussagen des OGH zu dieser Frage hinweggesetzt habe, sei eben zurückzuweisen. Genauere Rechtsprechungsanalyse zeigt freilich, dass man sich nicht sklavisch an das 5%-Kriterium klammert, sondern richtigerweise das materielle Interesse des Bestellers an einem vertretbaren Druckmittel gegen den Unternehmer mit ins Kalkül zieht. Dafür ist unsere Garantieentscheidung ein schönes Beispiel.

3. Nichtigkeit einer Nachforderungsausschlussklausel: OGH 12. 8. 2004, 1 Ob 144/041⁷

An die nunmehr zu referierende, von *Hofrat Bydlinski* schon im Vorjahr kurz angesprochene⁸ Entscheidung hat sich eine kleine Kontroverse zwischen *Max Leitner* und mir geknüpft⁹, die scheinbar ein beinahe belangloses juristisches Detail betrifft, die aber für eine Branche, die viele ihrer Aufträge über Ausschreibungen, oft der öffentlichen Hand nach dem Vergaberecht, erhält, doch von einiger Bedeutung sein dürfte. Dieses Problem ist offenbar im Vorjahr nicht Gegenstand der Erörterung gewesen und darf daher hier nachgetragen werden. Es ist auch, insofern muss ich den Vortragenden des Vorjahres in Schutz nehmen, erst durch die Kommentierung *Leitners* wirklich deutlich als Streitfrage erkennbar geworden. In der Sache geht es um Nachforderungen nach der Legung einer Schlussrechnung. Nun hat der OGH bis in jüngste Zeit seine Rechtsprechung zur Prälusion von Nachforderungen gemäß ÖNORM B 2110 Ausgabe 2002 Punkt 5.29.2 fortgeschrieben, wonach solche Nachforderungen bei sonstigem Ausschluss binnen drei Monaten geltend gemacht werden müssen (vgl zuletzt etwa **OGH 16. 11. 2005, 8 Ob 84/05v¹⁰**). In unserem Fall war hingegen im Ausschreibungstext zu lesen: „Nachforderungen jeglicher Art sind ausgeschlossen.“ Nun hatte der Auftraggeber im Zuge der Prüfung einer Teilrechnung einen

Posten „Zementlieferung“, der immerhin 4,5% des Gesamtrechnungsbetrages ausmachte, zu Unrecht gestrichen, was der Unternehmer mit der nächsten Teilrechnung auch gerügt hatte. In der vereinbarungsgemäß gelegten Schlussrechnung war dieser Posten, weil er eben aus einer Teilrechnung einmal eliminiert worden war, dann aber vergessen worden. Gegen die anschließende Nachforderung wandte der Auftraggeber dann die vertragliche Ausschlussklausel ein.

Der OGH prüfte nunmehr die Gültigkeit der Klausel und maß sie, und das ist der Gegenstand meiner Kontroverse mit *Leitner*, an den Regeln über Allgemeine Geschäftsbedingungen, konkret § 879 Abs 3 ABGB. Bei Ausschreibungen bestche nämlich für den Unternehmer, der sich dem vom Auftraggeber vorformulierten Text nur unterwerfen oder auf den Auftrag verzichten könne, eine vergleichbare Ungleichgewichtslage wie zwischen dem Aufsteller von AGB und seinem Vertragspartner. Solche Regeln seien daher schon dann unwirksam, wenn sie einen Teil „gröblich beachteiligen“, was nach gefestigter Rechtsprechung zu AGB an der Abweichung zum dispositiven Recht zu messen ist, und nicht erst bei Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1. Entgegen *Leitner*, der (neben ein paar grundsätzlichen Einwänden, die ich nicht teile) gemeint hat, das laufe zumeist doch auf dasselbe hinaus, möchte ich gern festhalten, dass es einen Unterschied macht, ob eine Klausel in einer Ausschreibung das massive Verdikt der Sittenwidrigkeit verdient (in Deutschland sagt man oft: „gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt“), oder ob sie nur die an sich bestehende gesetzliche Lage so weit zu Ungunsten des anderen Teils verändert, dass sie ihn „gröblich benachteiligt“, was sich zB aus dem Zusammenspiel oder der Addition mehrerer für sich genommen zulässiger Klauseln ergeben kann. Das habe ich schon für das BVerfG vertreten, der dagegen von *Leitner* erhobene Widerspruch hat mich nicht überzeugt.

Bemerkenswert ist noch, dass der OGH an die Stelle der wegen gröblicher Benachteiligung des Unternehmers gestrichenen Klausel in Schließung der so entstandenen Vertragslücke durch ergänzende Auslegung die einschlägige Bestimmung der ÖNORM setzt, die die Nachforderungen von einem entsprechenden Vorbehalt in der Schlussrechnung oder aber von einer Geltendmachung binnen drei Monaten abhängig macht. Unbegrenzte Nachforderungen eröffnet also auch die neue Entscheidung nicht ohne weiteres, wenn von den Parteien ein Nachforderungsausschluss, wenn auch überschießend und daher unwirksam, vereinbart war.

Im Kontext zu dieser Entscheidung ist auch **OGH 12. 7. 2005, 5 Ob 69/05s¹¹** von Interesse: Dort ging es um einen vertraglichen Nachforderungsausschluss, der sehr ähnlich den ÖNORM-Regeln formuliert war, daher im Prinzip nicht zu beanstanden. Der Auftraggeber hatte aber mit der nicht fristgemäß beeinspruchten Schlussrechnungskorrektur auch Gegenforderungen (Pönale und Schadenersatz wegen Verspätung) geltend gemacht (abgezogen). Der OGH hielt fest, dass eine Auslegung der Ausschlussklausel geboten sei, wonach Gegenforderungen davon nicht erfasst seien; sonst verstoße sie wegen gröblicher Benachteiligung des Auftragnehmers nämlich gegen § 879 Abs 3 ABGB. Die Ausschlussklausel könne also echte Nachforderungen berechtigterweise von einer Geltendmachung binnen bestimmter kurzer Fristen abhängig machen; Schadenersatzansprüche des Bestellers gegen den Unternehmer seien hingegen etwas ganz anderes, und der Unternehmer müsse daher auch ausreichend Zeit zu deren Prüfung haben. Dem kann man nur uneingeschränkt zustimmen.

4. Zur Haftung des Generalunternehmers für seinen Subunternehmer als Erfüllungsgehilfen und zur Eigenhaftung des Subunternehmers gegenüber dem Besteller: OGH 4 Ob 197/05g vom 24. 1. 2006¹²

Das im folgenden Kapitel zu schildernde Problem ist in den letz-

Aktuelle Judikatur im Bauwesen und zur Liegenschaftsbewertung

ten Jahren in Bewegung geraten; man kann nicht sagen, dass es schon abgeschlossen sei. Hofrat M. Bydlinski hat im Vorjahr die „Schwimmbeckenentscheidung“ **1 Ob 265/03g vom 10. 2. 2004** referiert¹³, die die jüngste literarische Debatte angestoßen hat und deren Sachverhalt ich kurz in Erinnerung rufen darf: Ein Unternehmer hat die Abdichtung eines Schwimmbeckens zugesagt. Für die Zulieferung des Folien- und Klebersystems bedient er sich der Beratung eines Herstellers, der ihn auch bei der Herstellung der konkreten Beschichtung unterstützt. Im Nachhinein stellt sich heraus, dass die gewählte Materialkombination nicht tauglich war, was der Hersteller, nicht aber der Werkunternehmer hätte wissen müssen. Es geht um die Schadenersatzhaftung des Werkunternehmers.

Das mit dem Fall verbundene juristische Problem ist komplex. Wegen seiner praktischen Bedeutung für die Haftung des Werkunternehmers auf Schadenersatz muss es aber auch den Nichtjuristen unter ihnen in seinen Grundzügen vor Augen stehen. Nachdem *HR Bydlinski* sich seinerzeit auf einen bloßen Bericht beschränkt hat, darf ich anlässlich der neuen Entscheidung, die sie in der Überschrift zitiert finden, etwas weiter ausholen.

Der Ausgangspunkt ist klar: Wenn ein Unternehmer die Herstellung eines Bauwerks (oder auch eine andere Bauleistung, etwa eben die Isolierung eines Schwimmbeckens), verspricht, mag es sein, dass er nicht alle dabei anfallenden Leistungen mit seinen eigenen Leuten erbringt; im Extremfall vielleicht überhaupt keine. Ob das zB vergaberechtlich zulässig ist, steht hier nicht zur Debatte. Der Generalunternehmer, wie wir ihn in der Folge nennen wollen, auch wenn er im Einzelfall vielleicht nur für einen kleinen Teilbereich einen Subunternehmer einsetzt, haftet nach allgemeiner, angesichts der klaren Regel des § 1313a ABGB auch gar nicht zu bezweifelnder Meinung für seine Erfüllungsgehilfen, und das sind nicht nur seine eigenen Leute im engeren Sinne, sondern im Prinzip auch die von ihm herangezogenen, ohne eigenen Vertrag mit dem Besteller eingesetzten Subunternehmer. Es steht ja fest, dass auch Selbständige unter den Begriff „Erfüllungsgehilfe“ fallen können, wenn sie für den Schuldner tätig werden. Ein Teil der Judikatur stellt dabei in einem durchaus unklaren Sinn zusätzlich darauf ab, ob der Gehilfe „weisungsabhängig“ sei, was ganz unglücklich ist. In der Sache wird man nämlich, ganz mit Recht, keine Entscheidungen finden, in denen die Haftung an diesem Kriterium gescheitert wäre. Das liegt daran, dass man sich richtigerweise mit derjenigen „Weisungsabhängigkeit“ zufrieden gibt, die aus der Tatsache resultiert, dass der Erfüllungsgehilfe, also der Subunternehmer, dem Generalunternehmer ja seinerseits durch einen Vertrag verbunden ist, aus dem hervorgeht, was er zu tun hat. Ob dieser Vertrag mehr oder minder detaillierte Vorgaben des Generalunternehmers für die Leistung des Subunternehmers vorsieht, ist Frage des Einzelfalles, etwa der fachlichen Kompetenz. So mag ein Baumeister einem Subunternehmer, der nur den Verputz im Rohbau aufzubringen hat, vielleicht detaillierte Weisungen geben können und nach dem Vertrag auch dürfen. Wenn hingegen ein Gas-/Wasser-Installateur einen Elektriker für den Anschluss der von ihm gelieferten Therme einsetzt, so gibt es bezüglich der Einhaltung der Sicherheitsvorschriften möglicherweise keine Weisungsrechte des Generalunternehmers, die über die allgemeine Aufforderung zu ordnungsgemäßer Arbeit hinaus den Subunternehmer in die Pflicht nehmen könnten. Dennoch bleibt der Elektriker, wenn der Gasinstallateur dem Besteller eine fertig installierte Therme versprochen hat, dessen Erfüllungsgehilfe. Maßgeblich ist eben nur, dass sich der Generalunternehmer dieser Personen zur Erfüllung *seiner eigenen Verbindlichkeit* bedient hat. Es ist also zu klären, was er dem Kunden/Besteller versprochen hat.

Insofern gibt es nun, und das ist das neue, schwierige, aber wegen seiner praktischen Bedeutung hier anzusprechende

Problem, je nach Vertragslage zwischen Werkunternehmer und Besteller ein gewisses Auseinanderdriften von Schadenersatz und Gewährleistung, das durch die Reform des Gewährleistungsrechts im Jahr 2002 erst richtig ins Bewusstsein gedrungen ist. In der Sache hätte es wohl auch schon vorher bestanden, doch ist durch die Reform ja die Konkurrenz, also das Nebeneinanderbestehen von Gewährleistungs- und Schadenersatzrecht, vom Gesetzgeber ausdrücklich bestätigt worden, was praktisch zu einer vermehrten Inanspruchnahme der Schadenersatzansprüche zu führen scheint. Das wiederum hängt vor allem damit zusammen, dass diese „subjektiv“ verjähren, also in drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger (§ 1489 ABGB), wenn die objektive Gewährleistungsfrist von drei Jahren für unbewegliche Sachen (§ 933 ABGB), laufend ab der Übergabe der Sache, längst abgelaufen sein kann. Oft wird es um Schäden gehen, die überhaupt erst nach Ablauf der Gewährleistungsfrist auftreten. Rechtfertigen kann man die Entscheidung des Gesetzgebers für dieses Nebeneinanderbestehen beider Anspruchsgrundlagen samt verschiedener Verjährung immerhin damit, dass für den Schadenersatzanspruch Verschulden des Unternehmers oder seiner Gehilfen erforderlich ist, für die Gewährleistung hingegen nicht. Die mögliche Schadenersatzhaftung des Werkunternehmers für das Gehilfenverschulden wirft nun unser eingangs geschildertes Problem auf.

Dass der Generalunternehmer selbst gewährleistungsrechtlich für die vereinbarte Qualität des Werkes einsteht, kann gar nicht zweifelhaft sein. Sollten also die von einem Subunternehmer beigelegten und verlegten Dachziegel nicht ausreichend sturmfest montiert oder nicht lichtbeständig sein, so stehen dem Besteller während der gesetzlichen oder vertraglich modifizierten Gewährleistungsfrist alle diesbezüglichen Rechte (Verbesserung, Austausch, Preisminderung, Vertragsaufhebung, je nach Art des Mangels usw) zu. Wenn aber der Sturm erst nach vier Jahren das Dach abdeckt und sich dann herausstellt, dass die Dachziegel nicht fachgerecht montiert waren: Dann geht es eben bloß noch um Schadenersatz und die Haftung des Generalunternehmers für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen, des Dachdeckers. So wie ich den Fall geschildert habe, wäre an dieser Erfüllungsgehilfenhaftung kein Zweifel, wenn der Generalunternehmer nach dem Vertrag seinem Kunden das fertige Haus schuldet. Wenn der Dachdecker womöglich insolvent ist, hat die Haftung des Generalunternehmers für den Besteller schon deshalb entscheidende Bedeutung; wir werden aber sehen, dass die Direkthaftung des Dachdeckers gegenüber dem Besteller, mit dem ihn ja kein eigener Vertrag verbindet, auch aus Rechtsgründen problematisch ist. Es gibt aber noch ein weiteres, vorweg zu erörterndes und im Zentrum meiner folgenden Überlegungen stehendes Problem.

Nehmen Sie nämlich an, dass der Mangel nicht in einer schlechten Befestigung, sondern in der fehlenden, aber nach dem Vertrag geschuldeten Lichtbeständigkeit der Dachziegel besteht: Haftet dann der Generalunternehmer schadenersatzrechtlich auch für ein allfälliges Verschulden des *Herstellers der Dachziegel*?

Aus dem Produkthaftungsrecht ist das Problem geläufig, dass ein *Verkäufer* in aller Regel nicht für das Verschulden seiner Vorlieferanten haftet (das ist ein zentraler Grund dafür, dass man ein eigenes Produkthaftungsgesetz braucht, in dem die Eigenhaftung des Herstellers gegenüber einem ihm fremden Geschädigten auf einer tieferen Stufe der Abnehmerkette oder sogar einem „innocent bystander“ festgeschrieben ist.)

Ist beim Werkvertrag die Zuliefererhaftung strenger? Um eine schlagwortartige Antwort zu geben: Im Prinzip nein. Wenn den Werkunternehmer ein Eigenverschulden trifft: er hat den falschen Werkstoff oder einen erkennbar unzuverlässigen Subunternehmer empfohlen, er hat erkennbare Mängel nicht ent-

Aktuelle Judikatur im Bauwesen und zur Liegenschaftsbewertung

deckt, er hat eigene, also nach seinem Vertrag geschuldete, fachgerechte Prüfung unterlassen: dann haftet er für Eigenverschulden (und das seiner Leute im engeren Sinne). Wenn er aber bloß Material zugekauft hat und von ihm selbst nach dem Vertrag keine weiteren Pflichten bezüglich dieses Materials geschuldet sind, dann geht er frei. Die Produkthaftung des Herstellers hingegen deckt die typischerweise in Fällen wie den hier geschilderten entstehenden Schäden (Reparaturkosten etc) gerade nicht ab, da es im PHG um Körperschäden und nur sehr begrenzt um Sachschäden (an vom Produkt verschiedenen Sachen, nicht unternehmensbezogen eingesetzt), nicht aber um reine Vermögensschäden wie unsere Verbesserungskosten geht.

Wenn ich in Bezug auf den Werkunternehmer gesagt habe, dass „nach dem Vertrag keine weiteren Pflichten geschuldet“ sind, dann zeigt sich freilich, dass, wie immer, der Teufel im Detail steckt: Was ist nach dem Vertrag geschuldet? Vertragsauslegungsfragen sind leider zumeist nicht mit letzter Eindeutigkeit zu entscheiden, kommt es doch – wenn die Vertragsparteien nichts Ausdrückliches geregelt haben, und wann tun sie uns schon diesen Gefallen – auf die Frage an, wie ein redlicher Vertragspartner die Vereinbarung verstehen musste, was sich wieder – zufolge § 914 ABGB – nach der Verkehrsübung richten kann. Die Chirurgen haben sich mit Vehemenz dagegen zur Wehr gesetzt, dass ein Belegarzt auch für den im Belegspital tätigen Anästhesisten als seinen Erfüllungsgehilfen haftet, obwohl der OGH nicht nur nach meiner Meinung diesbezüglich in der betreffenden Entscheidung zweifellos das Richtige getroffen hatte; der Belegarzt habe eben im konkreten Fall selbst die komplette ärztliche Versorgung versprochen und nicht bloß seine eigene Operationstätigkeit¹⁴. Aber wie ist das beim Bauwerkvertrag? Was verspricht der Generalunternehmer, wenn er ein schlüsselfertiges Haus zusagt?

In der Schwimmbeckenentscheidung hat der OGH den Zulieferer eines Dichtungssystems dem Werkunternehmer, der ein Schwimmbad abzudichten übernommen hatte, zugerechnet, weil zwischen beiden eine Kooperation zur Bewirkung der vom Unternehmer versprochenen Gesamtleistung vorlag: Der Werkunternehmer schuldet demzufolge nicht nur sorgfältige Auswahl eines Zulieferers, sondern eigene ordentliche Abdichtung als Gesamtleistung – und zwar als echte, schadenersatzbewehrte Erfüllungspflicht. Und auch in der neuen Entscheidung hat der OGH dem Hersteller des elektrischen Systems für eine Krananlage das Verschulden des Herstellers der elektronischen Steuerung zugerechnet, weil der Generalunternehmer ein Gesamtsystem, also eine Kombination aus Elektrik und Elektronik, als eigene Leistung versprochen habe.

Wie hingegen mein (zweites; die Lichtechnik betreffendes) Dachziegelbeispiel ausgehen würde, muss derzeit als offen angesehen werden, wobei meines Erachtens eine Herstellungspflicht des Werkunternehmers für serienmäßig zugekaufte Vorprodukte ausscheiden sollte. Das gebietet schon der Gleichlauf von Kaufvertrag und Werkvertrag, wenn es um (Teil-)Produkte geht, bei denen niemand an eine Herstellung oder auch nur eine eigene Materialprüfung durch den Werkunternehmer denkt. Die Grenzfälle sind freilich das Problem: Was wäre mit einem von einem Dritten zugelieferten, serienmäßigen Elektromotor, der in eine Aufzuganlage eingebaut wird? Der OGH hatte, wie gesagt, einen solchen Fall bisher noch nicht zu entscheiden, doch lassen die beiden genannten Urteile den Schluss zu, dass er sich bei nächster Gelegenheit der Frage stellen wird; Lukas hat in seiner Anmerkung zur Schwimmbeckenentscheidung die Problematik sehr gut aufbereitet, die literarische Diskussion kommt aber seither gerade erst in Gang.

Hinter alledem steht zudem die Frage, ob dann, nämlich wenn der Werkunternehmer schadenersatzrechtlich für seinen Zu-

lieferer nicht haftet, wenigstens der Zulieferer selbst dem Besteller aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vertraglich haftet oder ob der Besteller mangels unmittelbarer Vertragsbeziehung zum Vorlieferanten überhaupt durch den Rost fällt, wenn bzw weil es um bloße Vermögensschäden geht. Für solche bloßen Vermögensschäden haftet man ja nicht deliktisch (wie gesagt auch nicht aus PHG), sondern in der Regel nur aus Vertrag.

Dazu ist zunächst zu berichten, dass der OGH jedenfalls gegen jüngere literarische Kritik an der Rechtsprechung festhält, dass Direktansprüche gegen einen Vertragspartner es ausschließen, dessen Erfüllungsgehilfen aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in Anspruch zu nehmen („Subsidiarität“, zuletzt etwa **OGH 3. 11. 2005, 6 Ob 21/04p¹⁵; 22. 12. 2005, 10 Ob 112/05a¹⁶; 12. 6. 2006, 2 Ob 226/05g¹⁷**), nicht hingegen Ansprüche aus einem anderen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (vgl die **6 Ob 21/04p** und **2 Ob 226/05g** zugrunde liegenden Fälle). Das macht es übrigens erforderlich, sich die Frage des richtigen Beklagten sorgfältig zu überlegen, wie sich an der erstgenannten Entscheidung zeigt, bei der der Geschädigte eine Konzerntochter geklagt hatte, die nur namens ihrer Konzernmutter als „Organisator“ eines Tankstellenumbaues aufgetreten war.

Wenn hingegen aus den oben genannten Gründen (keine eigene Herstellungspflicht des Werkunternehmers) ein solcher Direktanspruch nicht besteht, dann ist die Tür zur Haftung des Zulieferers aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Endabnehmers theoretisch durchaus offen; unterstellt, sie wäre nicht im Zuliefervertrag ausgeschlossen oder der Zuliefervertrag unterläge ausländischem Recht, das unsere Drittschutzkonstruktion nicht kennt (und das gilt für alle ausländischen Rechte!) oder der OGH bleibt bei seiner sonst gelegentlich geäußerten Meinung (die ich für falsch halte und die auch in der Judikatur nicht immer durchgehalten wird), Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter deckten in der Regel bloße Vermögensschäden nicht ab.

Die eben geschilderte Subsidiarität des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gegenüber Vertragsansprüchen im Verhältnis zum Vertragspartner versuchte im Übrigen der Kläger in **OGH 13. 12. 2005, 1 Ob 232/05g¹⁸** auf besonders listige Weise auszuhebeln. Es ging um die Haftung eines vom Generalunternehmer für die Erstellung einer Wohnhausanlage beigezogenen Statikers, dessen Berechnungen sich als fehlerhaft erwiesen, sodass einiger Sanierungsaufwand entstanden war. Nachdem also seine Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten des Bauherrn daran scheiterte, dass dieser ja einen Direktanspruch gegen den Generalunternehmer habe (in Verbindung mit § 1313a ABGB; Subsidiarität; der GU war freilich wohl in Konkurs), machte der Bauherr noch geltend, dass der Statiker von ihm auch als Prüferingenieur nach der Wiener BauO eingesetzt worden sei und als solcher ebenfalls hafte: einmal dafür, dass er seine eigene schlechte Statik nicht entdeckt habe, zum anderen, weil die entsprechenden Überwachungspflichten überhaupt Schutzgesetze im Sinne von § 1311 ABGB seien. Der Einwand des Beklagten, dass dann allenfalls Amtshaftung eingreife, konnte aus prozessualen Gründen vom OGH nicht mehr aufgegriffen werden. Jedenfalls aber gehöre die Überprüfung der Richtigkeit der Statik nach den einschlägigen Wiener Vorschriften gar nicht zu den Aufgaben des Prüferingenieurs; zudem seien, und das ist das Zentrale und Verallgemeinerungsfähige des Falles, die einschlägigen Pflichten des Prüferingenieurs nicht dazu geschaffen, den Bauherrn vor Vermögensschäden zu bewahren, vielmehr nur die Allgemeinheit vor gefährlichen Bauten. Es fehle also insoweit jedenfalls am Rechtswidrigkeitszusammenhang. Dem kann man nur zustimmen; es wäre in einem Prozess nach dem AHG nicht anders zu entscheiden gewesen. Auch das ist freilich eine Frage – nämlich diejenige nach dem Schutzzweck der betref-

Aktuelle Judikatur im Bauwesen und zur Liegenschaftsbewertung

fenden Norm –, die man nicht immer mit letzter Eindeutigkeit beantworten kann; inwieweit öffentlich-rechtliche Prüfungsregeln, sei es im Baubereich oder zB bei der Bankenaufsicht, mittelbar auch zu Ansprüchen geschädigter Dritter, und wenn ja, welcher Dritter, führen, ist ein ewiges Thema. Je mehr der Staat Kontrollmechanismen einführt, umso mehr riskiert er, bei deren Versagen selbst haftbar zu werden, und die Kontrolloren selbst allenfalls auch (denken Sie an die Abschlussprüfer).

5. Wissenszurechnung des bauaufsichtsführenden Architekten an den Bauherrn im Rahmen der Verjährung: OGH 7 Ob 17/06k

Zu **7 Ob 17/06k** vom **30. 8. 2006** hatte der OGH über die Verjährung des Schadenersatzanspruchs eines Bauherrn gegen den Baumeister wegen Baumängeln zu entscheiden. Da die Gewährleistungsfrist längst abgelaufen war, kam es für den Beginn der dreijährigen Verjährung gemäß § 1489 ABGB auf die Kenntnis des Geschädigten von Schaden und Schädiger an. Da nun nach feststehender und zweifellos richtiger Rechtsprechung die Verjährung schon dann zu laufen beginnt, wenn dem Geschädigten die Umstände soweit bekannt sind, dass er in der Lage ist, das zur Begründung seines Anspruchs erforderliche Sachvorbringen konkret zu erstatten; da er sich umgekehrt also nicht einfach passiv verhalten darf, wenn er die maßgeblichen Umstände ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen könnte, kommt es natürlich auch darauf an, ob man die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des bauaufsichtsführenden Architekten dem Bauherrn zurechnen kann. Dazu meint der OGH in der zitierten Entscheidung:

„Es ist zwar richtig, dass der Klägerin das Wissen des Nebenintervenienten als ‚Wissensvertreter‘ zuzurechnen ist (5 Ob 18/01k mwN; 1 Ob 64/00v; RISJustiz RS0065360), doch ist dem Berufungsgericht darin nicht zu folgen, dass es der Klägerin als Verletzung ihrer Erkundungsobliegenheit anzulasten sei, wenn der von ihr mit der Bauaufsicht Beauftragte seine Vertragspflicht ihr gegenüber nicht ordnungsgemäß erfüllt und sie deshalb nicht schon bei Abnahme der Leistungen vom Schaden Kenntnis erlangte. Nach ständiger Rechtsprechung dient nämlich die Bauaufsicht nicht dazu, die Werkunternehmer von ihren persönlichen, sie als ‚Fachmann‘ treffenden Verpflichtungen zur mängelfreien Werkherstellung zu entlasten (9 Ob 33/99i, 6 Ob 136/99i, 7 Ob 196/03d, 8 Ob 58/02f; RIS-Justiz RS0108535). Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Frage der Verletzung der Bauaufsichtspflichten durch den Nebenintervenienten nur im Rechtsverhältnis zwischen Klägerin und Nebenintervenient relevant sein kann, nicht jedoch in dem zwischen Klägerin und beklagten Werkunternehmer. Auch der Bauaufsichtsausführende darf wie der Bauherr selbst auf die fachgerechte Ausführung der Arbeiten vertrauen und hat nur dort einzuschreiten, wo für ihn Fehler erkennbar werden (9 Ob 33/99i).

Entscheidungsrelevant ist also, wann dem Nebenintervenienten und/oder dem von der Klägerin mit diesem Projekt betrauten Umstände bekannt wurden, die für Fachleute (wie sie) auf den Eintritt eines Schadens schließen ließen und im Sinne der dargelegten Judikatur eine Erkundungsobliegenheit auslösen konnten. Nahm der Nebenintervenient keine Baumängel wahr, sei es auch unter Verletzung seiner Bauaufsichtspflichten gegenüber der Klägerin, so ist dies für den Beginn der Verjährungsfrist noch nicht ausreichend.“

6. Vom Bieter erkannte Fehler einer Ausschreibung: OGH 3 Ob 122/05w

In der Entscheidung **3 Ob 122/05w** vom **13. 9. 2006** ging es um eine Ausschreibung der Errichtung einer Kläranlage. Bei der

Erstellung der Vorgaben für das Angebot und der Leistungsbeschreibung waren die mit dieser Planungstätigkeit beauftragten Techniker davon ausgegangen, dass der Posten „Vorhalten der Spundbohlen“ in einer bestimmten Position enthalten sei, was man nach objektiver Auslegung dieser Formulierung aber wohl bezweifeln musste, weil dort nur vom „Rammen und Ziehen“ die Rede war. Die nunmehrige Klägerin erkannte, wie die Unterinstanz festgestellt hat, diesen Fehler der Ausschreibung rechtzeitig, machte aber in einem Aufklärungsgespräch nicht darauf aufmerksam, weil sie von vornherein beabsichtigte, insofern ein Nachtragsangebot zu stellen, wenn sie den Zuschlag erhalten hätte. Sie bot also ohne Kalkulation der Vorhaltekosten an, war Bestbieter, erhielt den Zuschlag und legte dann das Nachtragsangebot. Der Auftraggeber lehnte eine Vertragserweiterung ab mit dem Hinweis auf eine Vertragsklausel, wonach Nachforderungen aus erkannten Ausschreibungsmängeln nicht möglich seien; vielmehr sei der Bieter verpflichtet, auf solche erkannten Mängel sogleich hinzuweisen. Die Gerichte aller Instanzen hielten diese Klausel für zulässig und wirksam, jedenfalls wenn sie auf den Fall positiver Kenntnis beschränkt sei. Auch die vom Bieter hilfsweise geltend gemachte Irrtumsanfechtung müsse scheitern, da sich der Bieter ja nicht geirrt, sondern von vornherein gewusst habe, was er anbiete. Dem kann man nur zustimmen und sich über soviel Unverfrorenheit der Klägerin wundern.

Anmerkungen:

¹ Vgl die auszugsweise Publikation der Entscheidung in *Rummel*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen 2006, SV 2006, 129 ff (132 f).

² JBI 2006, 39 = immolex-LS 2005/71, 292 = EWR III/934 A/7.

³ SZ 2004/146 = RdU 2005/109, 182 mit Anm *Ramsebner* = ÖGZ 2005 H 4, 69.

⁴ Vgl die auszugsweise Publikation dieser Entscheidung in *Rummel*, Aktuelle Rechtsfragen für den Sachverständigen – 2005, SV 2005, 135 ff.

⁵ bbl 2006/125, 159 = RdW 2006/513, 559 = Zak 2006/399, 232.

⁶ bbl 2005/154, 210.

⁷ SZ 2004/123 = JBI 2006, 103 mit Anm *Leitner* = RdW 2004/667, 723 = EvBl 2005/57, 265 = bbl 2005/16, 35 = RPA 2005, 107 mit Anm *Katary* = RZ 2005, 44.

⁸ Vgl SV 2006, 141.

⁹ Vgl außer der Anmerkung von *Leitner* (FN 7) noch *Rummel*, Zur Inhaltskontrolle von Ausschreibungen, JBI 2006, 268 und nochmals *Leitner*, Zur Inhaltskontrolle von Ausschreibungen, JBI 2006, 474.

¹⁰ bbl 2006/61, 72 und dazu *M. Bydliński*, SV 2006, 142.

¹¹ bbl 2005/186, 254.

¹² JBI 2006, 653 mit Anm *Haas* = RdW 2006/449, 497 = Zak 2006/301, 176.

¹³ OGH 1 Ob 265/03g vom 10. 2. 2004, SZ 2004/19 = JBI 2004, 648 mit Anmerkung *Lukas* = bbl 2004/107, 154 = RdW 2004/356, 405 = ecolex 2004/278 mit Anmerkung *Wilhelm*. Dazu *M. Bydliński*, SV 2006, 139.

¹⁴ Vgl OGH 1 Ob 267/99t, JBI 2001, 56 und 1 Ob 269/99m, JBI 2001, 58 und dazu *Bruck/Pfersmann*, Wie weit reicht die Haftung des operierenden Chirurgen?, JBI 2001, 64 ff, denen mE nicht zu folgen ist. Zutreffend vielmehr die diesbezüglichen Klarstellungen durch den OGH in 4 Ob 197/05g.

¹⁵ ecolex 2006/201, 478 = bbl 2006/58, 71 = RZ 2006, 70.

¹⁶ bbl 2006/97, 112.

¹⁷ JBI 2007, 102.

¹⁸ EvBl 2006/53, 291 = bbl 2006/94, 106 = RdW 2006/124c, 129 = Zak 2006/135, 78.

Anmerkungen:

*o UnivProf Dr Peter Rummel
Institut für Zivilrecht
an der Johannes-Kepler-Universität Linz
4040 Linz, Altenberger Straße 69*