

## 2. Bauvertrag

Der zivilrechtliche Vertrag, welcher zwischen dem Bauunternehmer und dem Auftraggeber (in der Regel dem Bauherrn) abgeschlossen wird, heißt Bauvertrag und ist seinem Wesen nach ein Werkvertrag. Ein Vertrag kommt durch übereinstimmende Willenserklärungen der Vertragspartner zustande und kann mündlich oder schriftlich abgeschlossen werden. Im Baubereich werden Aufträge oft nur mündlich vereinbart und keine schriftlichen Verträge abgeschlossen. Selten, aber doch entsteht ein Vertrag durch konkludente (schlüssige) Handlung. Solche Verträge werden häufig bei Zusatzaufträgen geschlossen; die Rechtssicherheit erhöhen derartige Praktiken jedoch nicht.

Wenn ein Bauunternehmer beispielsweise über einen längeren Zeitraum eine vom Bauvertrag abweichende Leistung erbringt und diese vom Bauherrn oder Bauherrnvertreter der örtlichen Bauaufsicht unwidersprochen hingenommen wird, kann unter Umständen von einer Vertragsänderung durch konkludente Handlung gesprochen werden.

---

### Praxistipp

Aus Beweisgründen ist in jedem Fall eine schriftliche Vertragserrichtung vorzuziehen, da im Streitfall jede Vertragspartei versuchen wird, den Vertrag zu ihren Gunsten auszulegen.

---

### Der Bauvertrag besteht im Wesentlichen aus den Punkten:

- Vertragsgrundlagen (technische, rechtliche ÖNORMEN)
- Auftragssumme
- Leistungsumfang
- Termin
- Zahlung, Rechnungslegung
- Besicherung der Leistungserbringung
- allgemeine Verpflichtungen
- Zahlungs- bzw Leistungsplan
- Bauzeitplan
- Pönenal bei Bauzeitüberschreitung
- Haftung bzw Gewährleistung (Mängel oder Schadenersatz)
- Mitwirkende (Planer, Statiker, Sonderfachleute ...)

Wie die folgende letztinstanzliche Entscheidung des OGH zu 6 Ob 98/00f zeigt, muss nicht jeder Vertragspassus als nichtig und rechtsunwirksam qualifiziert werden. Es kann die Regelung, welche unwirksam wird, durchaus durch eine andere, nicht sittenwidrige Klausel ersetzt werden:

Die Allgemeinen Vertragsbedingungen des Auftraggebers weichen in wesentlichen Punkten von den in dieser ÖNorm vorgesehenen Haftungsregelung ab:

Die Haftung des einzelnen Auftragnehmers ist der Höhe nach unbegrenzt (im hier vorliegenden Fall werden ca 2 % der Schlussrechnungssumme, somit erheblich mehr als die in der ÖNorm vorgesehenen 0,5 %, klageweise geltend gemacht);

es haften alle jemals an der Baustelle beschäftigten Auftragnehmer, damit auch jene, deren Leistungen im Zeitpunkt des Schadens bereits abgenommen waren (und die auch hier demnach gemäß Punkt 2.21 der ÖNorm B 2110 nach der Übergabe für ihre Leistung keine Gefahr mehr zu tragen hatten);

der in der ÖNorm B 2110 vorgesehene Gegenbeweis mangelnder Kausalität ist nicht möglich, sodass auch jener Auftragnehmer haftet, der den Schaden gar nicht verursachen konnte, weil er seine Arbeiten schon abgeschlossen und die Baustelle geräumt oder die Leistung übergeben hatte.

Diese vom Gesetz und ÖNorm B 2110 abweichende Regelung benachteiligt den Auftragnehmer gröblich im Sinn des § 879 Abs 3 ABGB: Sie überwälzt nicht nur die den Auftraggeber nach Übernahme der Leistung (hier im Sinne des Punktes 2.21 der ÖNorm B 2110) treffende Gefahr und den gesamten, einem bestimmten Schädiger nicht zuordenbaren Schaden auf die Auftragnehmer. Sie verwehrt ihnen überdies den nach der ÖNorm B 2110 zulässigen Gegenbeweis mangelnder Kausalität. [...]

Die Bestimmung des Punktes 1.7.3 der „Allgemeinen Vorbemerkungen zum Leistungerverzeichnis“ ist daher als nichtig anzusehen und bei der Beurteilung des vorliegenden Sachverhaltes außer Betracht zu lassen.

Im Sinne des Art 7 („Unwirksame Bestimmungen“) des Werkvertrages tritt somit an die Stelle dieser rechtsunwirksamen Bestimmung die Bestimmung des Punktes 2.22 der ÖNorm B 2110, die ebenfalls eine Haftungs- und Gefährtragungsregelung enthält und „unter Berücksichtigung der neuen Rechtslage dem Sinn des Vertrages entspricht“, wie dies in Art 7 des Werkvertrages vorgesehen ist.

Daraus ist ersichtlich, dass man Jahre nach Vertragsunterzeichnung mit einer völlig anderen und vom geschriebenen Vertrag abweichenden Vertragsklausel konfrontiert ist, weil der OGH diese Klausel im Sinne einer ergänzenden Vertragsauslegung gekippt hat. Solche abweichenden Vereinbarungen dürfen jedoch nicht gegen die guten Sitten verstossen, weil sie im Falle eines Prozesses vom OGH als nichtig, teilnichtig oder rechtsunwirksam eingestuft werden können. Zu dieser Erkenntnis gelangt man erst, wenn der OGH sein Urteil gesprochen hat – meist einige Jahre nach Vertragsabschluss. Nur nach Kenntnis der genauen Haftungsregelungen können versicherungstechnisch sinnvolle Versicherungsverträge gestaltet oder Schäden auf deren Basis bearbeitet und erledigt werden. Diese möglichen Regelungen werden in den nachfolgenden Kapiteln näher beleuchtet.

Im Baubereich gibt es folgende Vertragsformen:

## 2.1. Alleinunternehmervertrag

Ein Alleinunternehmer übernimmt die Arbeiten am Gebäude des Bauherrn/Auftraggebers, zu denen er befugt ist und mit denen er beauftragt wird. Er kann Subunternehmer beauftragen, sofern dies im Werkvertrag nicht ausgeschlossen ist.

Die Koordinierung der Gewerke/Unternehmen, welche im Rahmen von Einzelvergaben beauftragt wurden, obliegt dem Bauherrn, sofern dieser die Leistungen nicht an Ziviltechniker, Architekten oder planende Baumeister vergeben hat.

## 2.2. Generalunternehmervertrag

In diesem Vertrag verpflichtet sich der Generalunternehmer gegenüber dem Bauherrn/Auftraggeber zur vollständigen Herstellung des beauftragten Werkes, also zur Erbringung sämtlicher zu einem Bauvorhaben gehörigen Leistungen aller Gewerke im eigenen Namen und auf eigene Rechnung auf Basis einer vom Bauherrn bereitgestellten Planung.

Der Generalunternehmer erbringt entweder einen namhaften Teil der von ihm übernommenen Bauleistungen durch seinen eigenen Betrieb oder er vergibt Teilleistungen an Subunternehmer. Sofern der Generalunternehmer wenig eigenes Personal zur Ausführung hat, kann er alle notwendigen Leistungen in Sub vergeben. Der Generalunternehmer hat die Subunternehmer zu koordinieren; das Risiko wird dadurch vom Bauherrn/Auftraggeber dem Generalunternehmer überbunden.

Alle Leistungen, für die der Generalunternehmer keine Gewerbeberechtigung hat, sind an Subunternehmer zu vergeben, welche über die entsprechende Gewerbeberechtigung verfügen und zu deren Ausführung berechtigt sind.

### Vorteile des Bauherrn/Auftraggebers

- keine Haftung aus der Koordinierungspflicht
- keine Zusatzkosten für Ziviltechniker, Architekten, planende Baumeister für Koordinierung
- Haftung des Generalunternehmers aus dem Generalunternehmervertrag für alle Mängel und Schäden – auch für jene seiner Subunternehmer
- nur *ein* Ansprechpartner bei Mängelrügen und Schäden, außer bei Planungsfehlern – diese werden dem Bauherrn/Auftraggeber zugerechnet

### Nachteile des Bauherrn/Auftraggebers

- anfallende Kosten für den Generalunternehmerzuschlag an den Generalunternehmer – dieser ist jedoch den Kosten für Ziviltechniker, Architekten, planende Baumeister für Koordinierung gegenzurechnen
- nur bedingtes Mitentscheidungsrecht des Bauherrn/Auftraggebers bei der Auswahl der Subunternehmer des Generalunternehmers

- kein direktes Auftragsverhältnis zwischen Bauherr/Auftraggeber und den Subunternehmern, im Falle der Insolvenz des Generalunternehmers Durchsetzung der Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Bauherrn/Auftraggebers problematisch

### 2.3. Generalübernehmervertrag

Für das vertragsgegenständliche Bauvorhaben schuldet der Generalübernehmer dem Bauherrn/Auftraggeber die Besorgung sämtlicher Bauleistungen, ohne irgendwelche Ausführungsleistungen durch seinen eigenen Betrieb zu erbringen. Die Ausführungen der Bauleistung werden zur Gänze an Subunternehmer vergeben und von diesen erbracht.

Die Tätigkeit des Generalübernehmers beschränkt sich zumeist auf Vermittlung, Koordination und Überwachung der Leistungen der beauftragten Subunternehmer sowie auf die Abnahme der Gewerke und Übergabe an den Bauherrn/Auftraggeber. Ansonsten gelten die Ausführungen zum Generalunternehmervertrag.

### 2.4. Totalunternehmervertrag

Der Totalunternehmer schuldet dem Bauherrn/Auftraggeber neben den für das Bauvorhaben erforderlichen Bauleistungen auch die gesamten Planungs- und Büroleistungen (Architekten- und Ingenieurleistungen). Er kann diese Planungsleistungen entweder selbst erbringen oder nur für Teile auch Subplaner beauftragen.

#### Vorteile des Bauherrn/Auftraggebers

- keine Haftung aus der Koordinierungspflicht
- keine Zusatzkosten an Ziviltechniker, Architekten, planende Baumeister
- Haftung des Totalunternehmers aus dem Totalunternehmervertrag für alle Mängel und Schäden, auch für jene seiner Subunternehmer und für alle eigenen und von den Subplanern zu vertretenden Planungsfehler
- nur ein Ansprechpartner bei Mängelrügen und Schäden

#### Nachteile des Bauherrn/Auftraggebers

- Gesamtpreis des Totalunternehmer möglicherweise höher als bei Einzelvergabe
- nur bedingtes Mitentscheidungsrecht des Bauherrn/Auftraggebers bei der Auswahl der Subunternehmer des Totalunternehmers
- kein direktes Auftragsverhältnis zwischen Bauherr/Auftraggeber und den Subunternehmern/Subplanern, im Falle der Insolvenz des Totalunternehmers Durchsetzung der Gewährleistungs- und Schadenersatzansprüche des Bauherrn/Auftraggebers problematisch

## 2.5. Totalübernehmervertrag

Der Totalübernehmer erbringt für das vertragsgegenständliche Bauvorhaben dem Bauherrn/Auftraggeber die gesamten aus dem Totalübernehmervertrag erforderlichen Bau- und Planungsleistungen. In diesem Zusammenhang managt er neben der Gebäudeherstellung auch die Finanzierung, den Grundstückskauf, die Planung und Ausführung bis zur schlüsselfertigen Übergabe. Der Totalübernehmer ist bis zur Übergabe de facto als „Bauherr“ anzusehen.

Versicherungstechnisch sind die Totalunternehmer- und -übernehmerverträge am schwierigsten zu handeln, weil in der Planungshaftpflicht-, Bauherrhaftpflicht- und Betriebshaftpflichtversicherung viele Ausschlüsse greifen. Diese Ausschlüsse sollten entweder aufgehoben werden – sofern der Versicherer dies zulässt – oder der Totalübernehmer trägt diese Risiken selbst und kalkuliert sie ins Baubudget ein.

---

### Praxistipp

Für diesen Fall sollte neben der Bauherrhaftpflichtversicherung auch eine Bauwesenversicherung standardmäßig abgeschlossen werden, in der auch Sachschäden durch Planungsfehler gedeckt sind. Weiters sollte der Bauherr auf die Bonität des Totalunternehmers bzw -übernehmers achten.

---

## 2.6. Baubetreuungsvertrag

Der Baubetreuer (oftmals eine Wohnbaugesellschaft oder ein Bauträger) errichtet auf einem im Eigentum des Bauherrn/Betreuten oder auf einem von diesem vor Bauführung noch zu erwerbenden Grundstück in dessen Namen und auf dessen Rechnung ein Bauwerk, erbringt selbst keine Bauleistungen, sondern koordiniert und organisiert lediglich die Baustelle.

Solche Verträge können Elemente eines Werkvertrages wie Planung, Errichtung und Abwicklung des Bauprojekts als auch eines Auftragsvertrages (wirtschaftliche Betreuung des Projekts im Hinblick auf Organisation und Koordination der Abläufe) enthalten. Der Baubetreuungsvertrag ist ein Schuldverhältnis, in dem verschiedene Vertragselemente wie Werkvertrag und Geschäftsbesorgung enthalten sind. Der Baubetreuer übernimmt die Durchführung des Bauvorhabens in technischer, wirtschaftlicher und/oder finanzieller Beziehung.

Der Baubetreuer ist daher als Erfüllungsgehilfe oder Bevollmächtigter des Bauherrn/Auftraggebers zu sehen. Der Baubetreuer kann aber auch als Bauträger im Sinne des BTVG beauftragt werden.

## 2.7. Bauträgervertrag

In einem Bauträgervertrag verpflichtet sich der Bauträger, ein Bauwerk (meist Eigentumswohnungen) nach den vom Auftraggeber/Käufer und späteren Eigentümer vereinbarten Plänen auf dem eigenen oder fremden Grundstück zu errichten.

Das Bauvorhaben wird vom Bauträger finanziert und als Bauherr ausgeführt, wobei es nicht üblich ist, dass der Bauträger das Bauwerk selbst errichtet. Der Bauträger wird insofern Bauherr, weil er im eigenen Namen und für eigene Rechnung tätig ist.

## 2.8. Regieauftrag

Als Regiearbeiten werden jene Leistungen verstanden, welche nach Zeitansätzen bzw. als Stundenlohn-Arbeiten abgerechnet werden. Darunter fallen zB Lohnanteile, Geräteeinsatz, Transportleistung und Materiallieferungen „mit Regiezuschlag“.

### **Man unterscheidet zwei Arten von Regieaufträgen:**

- angehängte Regieleistungen, welche nicht extra vergeben werden, sondern bereits im Bauvertrag als Einheits- oder Pauschalpreise vereinbart und nach Bedarf und Aufwand beauftragt werden
- selbständige Regieleistungen, welche gesondert mit einem selbstständigen Vertrag vergeben werden

Oftmals sind dies Baggerarbeiten, welche ein Bauunternehmer an einen Erd- und Teichbauer vergibt. In diesem Fall wird ein Bagger samt Fahrer auf Basis einer Stundenabrechnung in Regie angemietet.

Häufig kann auch beobachtet werden, dass ein Rahmenvertrag für Regieleistungen besteht und auf dessen Basis Regiearbeiten abgerufen werden. Solche Regieaufträge führen sehr oft zu Streitigkeiten in Schadensfällen im Rahmen der Betriebshaftpflichtversicherung, weil diese regelmäßig mit Subunternehmeraufträgen verwechselt werden. Während bei Regieaufträgen im Rahmen von selbständigen Regieleistungen der Ausführende haftungstechnisch in das beauftragende Bauunternehmen eingegliedert wird, haftet der Subunternehmer dem Auftraggeber gegenüber vollumfänglich.

Versicherungstechnisch bedeutet dies, dass die Regieleistung des Baggerfahrers, welcher in Regie baggert und ein Kabel beschädigt, im Betriebshaftpflichtversicherungsvertrag des Auftraggebers mitversichert ist, weil der Auftraggeber für die Anweisungen der Arbeitsausführung haftet. Eine Haftung des Regieauftragnehmers wäre meist nur bei einer nachweislich auftragswidrigen Ausführung anzunehmen.

## 2.9. Subauftrag

Für den Subauftrag gilt eine andere Regelung als beim Regieauftrag. Der Subauftragnehmer haftet als Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 1313a ABGB und erhält den Auftrag für eine genau bezeichnete Arbeitsleistung und einen speziell dafür definierten Preis.

---

### Praxistipp

Wegen der vielfältigen Vertragstypen ist eine rechtliche Beratung durch einen Vertragsjuristen dringend zu empfehlen. Da es bei einem Bauvorhaben in der Regel um sehr viel Geld geht, sollte bei Vertragserrichtung nicht an der falschen Stelle gespart werden.

---

## 2.10. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Wenn die vom Gesetzgeber getroffene unterschiedliche Ausgestaltung von Deliktsrecht und Vertragsrecht nicht aufgehoben oder verwässert werden soll, muss der Kreis der geschützten Personen, denen statt deliktischer auch vertragsrechtliche Schadenersatzansprüche zugebilligt werden, eng gezogen werden. Grundvoraussetzung für die Einbeziehung in den Schutzbereich des Vertrages ist ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers. Ein solches ist zu verneinen, wenn der Gläubiger kraft eigener rechtlicher Sonderverbindung mit seinem Vertragspartner, der seinerseits den späteren Schädiger vertraglich als Erfüllungsgehilfen beizog, einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat. Dadurch sollte gewährleistet sein, dass die Vorzüge der vertraglichen Haftung nicht ausgehöhlt werden.

Treffend hat der OGH in der Entscheidung 4 Ob 192/10d zu einem Fall, in dem eine Bauherrin nach Insolvenz des beauftragten Generalunternehmers meinte, einen Anspruch aus dem Vertrag zwischen Generalunternehmer und Subunternehmer ableiten zu können, festgestellt:

Soweit sich die Klägerin darauf beruft, dass sie in den Schutzbereich des Vertrags zwischen Generalunternehmerin und Beklagtem einzubeziehen sei, ist ihr entgegen zu halten, dass Grundvoraussetzung für die Einbeziehung in den Schutzbereich eines Vertrags (zwischen Dritten) ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers ist. Ein solches wird rechtmäßig dann verneint, wenn er kraft eigener rechtlicher Sonderverbindung mit seinem Vertragspartner, der seinerseits den späteren Schädiger vertraglich als Erfüllungsgehilfen beizog, einen deckungsgleichen Anspruch auf Schadenersatz hat [...]. Steht dem Geschädigten ein Anspruch aus eigener vertraglicher Beziehung zum Geschäftsherren zu, so hindert dies die Geltendmachung der Vertragshaftung des Gehilfen; er muss seinen unmittelbaren Vertragspartner in Anspruch nehmen [...]. Der Umstand, dass der unmittelbare Vertragspartner der Klägerin, die Generalunternehmerin, insolvent geworden ist, unterfällt ihrem kaufmännischen Risiko als Bauherrin.

Der geschützte Personenkreis wird vom OGH in der Entscheidung 6 Ob 21/04p sehr konkret, aber nicht abschließend angesprochen:

Begünstigte Personen in diesem Sinn sind Dritte, „deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung beim Vertragsabschluss vorhersehbar war und die der Vertragspartner entweder erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte oder an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat, oder denen er selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist“ [...]. Der begünstigte Personenkreis ist auf Grund einer objektiven Auslegung des Vertrags zu bestimmen [...]. In Anwendung dieser Grundsätze hat der Oberste Gerichtshof bei Werkverträgen nicht nur die Familienangehörigen des Werkbestellers, sondern auch dessen Arbeitnehmer als vom Schutzbereich erfasst angesehen [...]. Die Fürsorgepflicht des Werkbestellers (§ 1169 ABGB) besteht zu Gunsten aller Personen, die an der Werkerstellung mitwirken [...]. Beträut der Besteller mehrere Unternehmer mit der Herstellung des Werks, so wird in ständiger Rechtsprechung eine wechselseitige Aufnahme dieser Unternehmer und ihrer Leute in den von den Interessen und Rechtpflichten des Bestellers umfassten Kreis geschützter Dritter bejaht [...].

Bei Kabelschäden verneint der OGH nur in dieser Entscheidung 9 Ob 74/14v, dass Bauunternehmer aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zur Haftung herangezogen werden:

Richtig ist, dass bei der Beschädigung von Versorgungsleitungen der Bauführer dem Geschädigten aus dem Rechtsinstitut des Vertrags mit Schutzwirkungen zu Gunsten Dritter haftet [...]. Im vorliegenden Fall hat jedoch die Beklagte die Verantwortung und Kostentragung für die Einbautenerhebung und die Planerstellung übernommen. Folgt man der Argumentation der Klägerin, so wäre demnach die Bauführerin gegenüber der Beklagten insofern selbst als – untechnisch gesprochen – „Gläubigerin“ dieser Leistungen anzusehen.

Der von den Schutzwirkungen eines Vertrags erfasste Personenkreis Dritter wird, wie eben dargelegt, nicht schon dadurch bestimmt, dass jemand in vorhersehbarer Weise mit der Vertragserfüllung in Berührung kommen kann, sondern erfordert überdies, dass der Vertragspartner (beim Werkvertrag der Besteller bzw hier die Bauführerin als Empfängerin der Planungsleistungen) an dieser Person ein sichtbares eigenes Interesse oder für sie offensichtlich eine Fürsorgepflicht hat.

In Bezug auf das Einbautenrisiko und die Planerstellung ist aber eine solche Sonderbeziehung zwischen der Bauführerin und der Klägerin nicht gegeben, weil die Bauführerin als Vertragspartnerin der Beklagten gegenüber der Klägerin kein sichtbares eigenes Interesse hat und ihr sichtlich auch keine Fürsorgepflicht gegenüber der Klägerin zu kommt. Der zwischen der Beklagten und der Bauführerin abgeschlossene Vertrag stellt in Bezug auf die Einbautenerhebung und die Planbeistellung folglich keine Sonderrechtsbeziehung zwischen der Beklagten und der Klägerin her. Da er insofern aber auch keine vertraglichen Schutzwirkungen zu Gunsten der Klägerin entfaltet, ist die Beurteilung des Berufungsgerichts in diesem Punkt nicht weiter korrekturbedürftig.

Diese Entscheidung muss gemeinsam mit den anderen im Aufsatz von *Lackner*<sup>1</sup> zitierten Judikaten gesehen werden. Darin wird sehr wohl eine Haftung aus

---

<sup>1</sup> Lackner, Haftung bei Beschädigung von Leitungen im Baugrund, Österreichische Bauzeitung 19/2017, 54.

## 2. Bauvertrag

---

einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – somit eine verschärzte Haftung des ausführenden Unternehmens für solche Kabelschäden infolge von Tiefbauprojekten – gesehen.

Eine weitere Entscheidung zum Thema „Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter“ wurde im Rahmen der Haftung für die Streupflicht vom OGH zu 9 Ob 69/17p wie folgt getroffen:

Eine Mieterin einer Genossenschaftswohnung stürzte auf einer Eisfläche vor dem Haus. Die Genossenschaft hatte für den Winterdienst ein Schneeräumungsunternehmen beauftragt. Deswegen klagte die Geschädigte Schadenersatzansprüche über 5.600 Euro gegen das Winterdienstunternehmen ein. Der OGH entschied diesbezüglich, dass der zwischen der Genossenschaft und dem beklagten Unternehmen abgeschlossene Winterdienstvertrag der Mieterin kein eigenes Klagerecht gegen den Winterdienst einräumt und dieser nicht als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter (hier: zugunsten der Mieterin) zu werten ist; dies deshalb, weil der Wohnungsmieterin aufgrund des Mietvertrags ein deckungsgleicher Anspruch gegen die Wohnungsgenossenschaft zusteünde.

## 3. Haftungsgrundlagen

### 3.1. Gesetzliche Haftung

Die Regelungen zum Werkvertrag finden sich im Speziellen in den §§ 1165 ff ABGB, im Zusammenhang mit Bauversicherungen interessant ist insbesondere jedoch § 1168a ABGB. Die sogenannte Untergangsregelung gemäß § 1168a ABGB sieht Folgendes vor:

Geht das Werk vor seiner Übernahme durch einen bloßen Zufall zugrunde, so kann der Unternehmer kein Entgelt verlangen. Der Verlust des Stoffes trifft denjenigen Teil, der ihn beigestellt hat. Mißlingt aber das Werk infolge offensichtlicher Untauglichkeit des vom Besteller gegebenen Stoffes oder offenbar unrichtiger Anweisungen des Bestellers, so ist der Unternehmer für den Schaden verantwortlich, wenn er den Besteller nicht gewarnt hat.

Ständiges Thema bei der Abwägung eines (Mit-)Verschuldens ist, ob die Warnpflichtverletzung gemäß § 1168a ABGB verletzt wurde. Wie aus dem Gesetzestext ersichtlich, ist hier eine Warnpflicht normiert, welche im Bau- und Montageversicherungsbereich – für die Verschuldensteilung – stark strapaziert und angewendet wird. Als Faustregel für die Verschuldensteilung wird immer angenommen, dass jene Partei, welche den Fehler setzt, den höheren Verschuldensanteil zu vertreten hat als jene Partei, welche ihn zulässt (eine Warnpflichtverletzung begeht).<sup>2</sup>

Der Sorgfaltsmaßstab ist einzelfallbezogen, jedoch ist der Werkunternehmer nicht verpflichtet, umfangreiche und kostenintensive Untersuchungen durchzuführen oder Sonderfachleute beizuziehen, wie dies der OGH in der Entscheidung 3 Ob 51/15v ausspricht:

Dass laut Baubewilligungsbescheid, der im Werkvertrag ausdrücklich als eine der Auftragsgrundlagen vereinbart wurde, die Herstellung einer sogenannten „weißen Wanne“ (einer wasserdichten Betonwanne zur Verhinderung von Wassereintritten) erforderlich war und auch nach den Kärntner Bauvorschriften das Eindringen von Bodenfeuchtigkeit zu verhindern ist, kann nichts an der Feststellung ändern, wonach der Klägerin (wegen der technischen Komplexität einer weißen Wanne) gar nicht erkennbar war, dass die ihr von der Beklagten zur Verfügung gestellten Ausführungspläne für die Herstellung einer wasserdichten Wanne untauglich waren.

---

<sup>2</sup> Siehe OGH 7 Ob 119/13w.