

**Linde**  
www.lindeverlag.at

Weselik | Hussian | Weselik

# DER ÖSTERREICHISCHE BAUPROZESS

Ausgewählte Fragen aus der bauvertraglichen  
Praxis und dem Prozessrecht

3. Auflage

Print  
&  
Digital  
Kombi

Schiedsvereinbarung setzt der Oberste Gerichtshof als zwingende Erfordernisse die Identität der Parteien und des Streitgegenstandes voraus (OGH 15.3.2012, 6 Ob 15/12t; s auch *Klauser/Kodek, JN – ZPO*<sup>18</sup> § 584 ZPO). Besteht hingegen keine wirksame Schiedsvereinbarung und erklärt sich das staatliche Gericht daher für zuständig, so entfaltet dies mangels unmittelbarer Bindungswirkung gerichtlicher Zuständigkeitsentscheidungen auf das Schiedsverfahren keine Wirkung. Ein dennoch ergehender inländischer Schiedsspruch wäre jedoch aufhebbar (§ 611 [2] Z 1 ZPO, vgl *Hausmaninger in Fasching/Konecny*<sup>3</sup>, IV/2 § 584 ZPO Rz 52).

## 2. Anfängliche Überlegungen zur optimalen Strukturierung

Generell kann weder der Einleitung eines Schiedsverfahrens noch eines ordentlichen Gerichtsverfahrens der Vorzug gegeben werden, da bei beiden Verfahrensarten vielfältige Vor- und Nachteile zu beachten sind (s das Kapitel über die Grundzüge des Schieds- und Schiedsgutachterverfahrens). Ein zentraler Vorteil des Bauschiedsverfahrens liegt sicher darin, dass schwierige Rechtsfragen und vor allem bautechnisch komplizierte Sachverhalte durch ein Schiedsgericht vergleichsweise rasch und formfrei gelöst werden können. Nicht zu unterschätzende Nachteile liegen bei der Entscheidung für ein Schiedsverfahren allerdings im Zusammenhang mit der Streitverkündung im Schiedsverfahren und im Hinblick auf die lediglich sehr eingeschränkt möglichen Aufhebungsgründe des Schiedsspruches mittels Rechtsgestaltungs-klage (vgl § 611 Abs 2 ZPO).

Nach gerichtlicher Einleitung eines Bauprozesses durch Klags erhebung oder rechtzeitiger Erstattung des Einspruches oder der Klagebeantwortung durch den Prozessgegner beraumt das Gericht regelmäßig eine vorbereitende Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung an, die im Vorfeld des Beweisverfahrens bereits der Erörterung der Sache dienen soll.

### **Vorbereitungen bereits im Vorfeld**

Gerade in Bauvertrags sachen ist es für die Beteiligten oft durchaus schwierig, zu gewährleisten, dass die vorbereitende Tagsatzung diese ihr gesetzlich zugedachte Funktion auch tatsächlich erfüllen kann. Die prozessual vorgesehene Mindestvorbereitungsfrist von drei Wochen zwischen Zustellung der Ladung und Verhandlungstermin ist gerade in Bausachen oft nur dann ausreichend, wenn bereits im Vorfeld entsprechende Vorbereitungen durch Beweissicherung oder die Einholung von Privatgutachten erfolgten.

### **Fotodokumentation**

Hierbei kommen als Mittel der außergerichtlichen Beweissicherung neben dem Urkundenbeweis vor allem die Anfertigung von Dokumentationen, die Beauftragung von Privatgutachten und allenfalls auch die Einholung von Schiedsgutachten in Betracht. Insbesondere

**Zug-um-Zug-Verpflichtung** Mit dem Prozessvergleich festgelegte Leistungspflichten können sowohl als Zug-um-Zug-Verpflichtung vereinbart werden als auch vom Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden (*OGH 18.6.1997, 3 Ob 210/97x = ecolex 1997, 843*). Der Bedingungseintritt ist im Rahmen der Vollstreckung sodann durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen (§ 7 Abs 2 EO). Können solche Urkunden nicht beigebracht werden, ist mit der Titelergänzungsklage vorzugehen (*LGZ Wien 25.8.1981, 41 R 548/81 = MietSlg 33.714*). Für im Vergleich vorgesehene Zug-um-Zug-Leistungsverpflichtungen wird die Exekution zwar grundsätzlich bewilligt, sie kann aber über Antrag der verpflichteten Partei aufgeschoben werden (§ 42 Abs 1 Z 4 EO).

### 4. Die Kostenzuordnung

Bei Abschluss des Prozessvergleiches sollte regelmäßig auch die Zuordnung der bisher im Verfahren aufgelaufenen Kosten bedacht werden. Entweder wird die Verteilung der aufgelaufenen Verfahrenskosten von den Parteien explizit geregelt. Schließen die Parteien hingegen einen Vergleich, ohne die Kostenfrage zu regeln, gelten die Kosten als gegenseitig aufgehoben (§ 47 Abs 1 ZPO). Für erfolglose Vergleichsverhandlungen gilt hingegen, dass die Tragung der Kosten der Vergleichsverhandlungen von der Entscheidung in der Hauptsache abhängt (§ 47 Abs 2 ZPO).

**Einschränkung des Verfahrens auf Kostenersatz** Nach der Judikatur kann die Regelung der Verfahrenskosten auch dem Gericht vorbehalten werden, wobei diesfalls mit Vergleichsabschluss eine Einschränkung des Verfahrens auf Kostenersatz zu erfolgen hat. Das Gericht prüft dann die ursprüngliche Berechtigung des Klagebegehrens und bemisst danach im Ergebnis den Kostenersatz. Bei unverhältnismäßigem Aufwand für die Klärung dieser Frage kann der Richter auch nach freier Überzeugung im Sinne des § 273 ZPO vorgehen und danach einen Betrag festsetzen (*OGH 24.4.1992, 1 Ob 14/92 = JBl 1993, 55; aA Knoll, RZ 1991, 214*).

**Gebührenfolgen** Wenn der Prozessvergleich nicht über das anfängliche Klagebegehren hinausgeht und die gerichtlichen Pauschalgebühren nach TP 1 oder 2 GGG bereits ordnungsgemäß entrichtet wurden, löst er keine zusätzlichen Gebühren aus (§ 18 Abs 2 Z 2 GGG). Wenn der Prozessvergleich hingegen inhaltlich über das Klagebegehren hinausgeht, werden die Gerichtsgebühren sodann nach dem höheren Streitwert berechnet (*VwGH 16.12.2014, 2013/16/0023; VwGH 30.5.1994, 92/16/0158 = AnwBl 1994, 923*). Eine bereits entrichtete Pauschalgebühr ist jedenfalls zu berücksichtigen. Die privilegierende Regelung des § 433 ZPO über prätorische Vergleiche, wonach lediglich die halben Gebühren anfallen, ist in diesem Fall nicht anwendbar. Die gebührenermäßigte Regelung über den prätorischen Vergleich käme nur dann zur Anwen-

**Mangel  
„der Anlage nach“**

Eine Ausnahme hiervon besteht aber dann, wenn der Mangel zum Übergabezeitpunkt bereits „der Anlage nach“ vorhanden war. Grundgedanke dahinter ist, dass dann, wenn ein Mangel auf einen Fehler rückgeführt werden kann, der der Leistung bereits zum Übergabezeitpunkt anhaftete, eine gewährleistungsrechtliche Haftung angenommen wird. In der Praxis löst die letztgenannte Frage im Regelfall der bestellte Sachverständige, der aus technischer Sicht insoweit rechtlich relevante Lösungen vorgibt.

Im Rahmen der Bauprozessgestaltung kann sich hierzu die zeitgerechte Beibringung von Privatgutachten, die zwar nur die Qualität einer Privaturkunde haben, die Einschätzung des gerichtlichen Sachverständigen aber determinieren können, empfehlen.

**Auftreten  
des Mangels;  
Ausnahmen von der  
Vermutungsregel**

Nicht wesentlich ist hingegen, wann der Mangel geltend gemacht wird. Entscheidend ist vielmehr der Beweis, dass der Mangel innerhalb der genannten Frist von sechs Monaten nach der Übergabe aufgetreten ist. Die Beweislast hierfür trifft den Übernehmer der Leistung (s *Welser/B. Jud, Reform des Gewährleistungsrechtes* 77). Die Vermutungsregelung des § 924 zweiter Satz ABGB ist auch bei gebrauchten Sachen nicht generell, sondern nur dann ausgeschlossen, wenn eine besonders intensive Benützung oder ein zu erwartender normaler Abnutzungsschaden vorliegt (OGH 16.2.2006, 6 Ob 272/05a; OGH 27.3.2007, 1 Ob 273/06p; OGH 12.7.2017, 1 Ob 124/17t).

Nicht gelten soll die Vermutung dann, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Die Beweislast trifft hier denjenigen, der sich auf diese Ausnahmeregelung vom vorzitierten Grundkonzept des § 924 ABGB beruft. Hierunter werden typischerweise solche Fehler verstanden werden, die Resultat offener Gebrauch- oder Abnutzungserscheinungen sind (*Welser/B. Jud, Die neue Gewährleistung* § 924 Rz 9).

Auch hierzu ist eine möglichst zeitnahe, allenfalls auch sachverständige Dokumentation zu empfehlen.

Wenn der Übernehmer der Leistung sogleich Preisminderung begehrt und daher von der Grundregel, wonach der Übernehmer zunächst nur die Verbesserung oder den Austausch der Sache verlangen kann, abweichen will, so ist er für das Vorliegen der Voraussetzungen zur sofortigen Inanspruchnahme der Preisminderung behauptungs- und beweispflichtig. Wenn etwa behauptet wird, dass „erhebliche Unannehmlichkeiten“ im Sinne des § 932 Abs 4 ABGB vorliegen, ist derjenige, der sich auf deren Vorliegen beruft, entsprechend behauptungs- und beweispflichtig (*zur erforderlichen Intensität „erheblicher Unannehmlichkeiten“ siehe OGH 24.3.2021, 7 Ob 37/21y*). Ist dies nicht der Fall, darf nicht unterstellt werden, eine vom Übergeber der Leistung veranlasste Verbesserung werde nicht zeit-, sach- und fachgerecht durchgeführt,

§ 932 Rz 33 [Stand 1.1.2016, rdb.at]). Demgegenüber können bereits niedrige Behebungskosten unverhältnismäßig sein, wenn der Nachteil, der in der Mangelhaftigkeit liegt, eher gering ist (OGH 20.9.2023, 1 Ob 77/23i). Eine Unverhältnismäßigkeit der Mängelbehebung kann in der Praxis einerseits beispielsweise bei bloß optischen Mängeln vorliegen, wobei aber auch immer die Nutzung des Werkes zu beachten ist. Andererseits ist der Umstand, dass die Behebungskosten das vereinbarte Entgelt übersteigen, allein noch kein Grund, die Unverhältnismäßigkeit zu bejahen (P. Bydliński, KBB<sup>7</sup> § 932 Rz 18 mwN; RS 0022044 [T8]). Besteht allerdings kein wesentlicher Unterschied in der Vermögenslage des Auftragnehmers zwischen Verbesserung einerseits und Auflösung andererseits, ist die Verbesserung für ihn nicht unverhältnismäßig (P. Bydliński, KBB<sup>7</sup> § 932 Rz 18 mwN).

Der Aufwand der Mängelbehebung ist für die Prüfung der Unverhältnismäßigkeit weit zu verstehen. Er umfasst nicht nur die Kosten der Behebung der mangelhaften Leistung selbst, sondern auch die zuvor eventuell notwendigen Kosten der Suche des Mangels, die Erarbeitung geeigneter Sanierungsvorschläge und den Aufwand, der notwendig ist, um überhaupt zum mangelhaften Gewerk zu gelangen, wie etwa Aufgrabungen oder Stemmarbeiten. Kosten, die im Zusammenhang mit der Verbesserung den Auftraggeber treffen, sind hierbei aber nicht zu berücksichtigen.

**Bewertung des  
Verbesserungs-  
aufwands**

Der Auftragnehmer verliert seinen Verbesserungsanspruch, wenn er mit der Mängelbehebung in Verzug gerät. Er ist grundsätzlich zur Verbesserung innerhalb angemessener Frist verpflichtet (§ 932 Abs 3 ABGB bzw Punkt 11.2.4.3 ÖNORM B 2110). Es ist aber nicht gefordert, dass der Auftraggeber eine angemessene Frist zu setzen hat, vielmehr hat der Auftragnehmer von sich aus den Mangel fristgerecht zu beheben (Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 932 Rz 23 [Stand 1.1.2016, rdb.at]). In der Praxis empfiehlt sich dennoch eine Fristsetzung, alleine um zu verhindern, dass eine etwaige Ersatzvornahme durchgeführt wird, obwohl der Auftragnehmer verbesserungsbereit war.

**Verzug des Auftragnehmers mit der  
Verbesserung**

Die Verbesserungsfrist beginnt mit Zugang des Verbesserungsbegehrens beim gewährleistungspflichtigen Auftragnehmer zu laufen. Die Angemessenheit der Frist richtet sich auch nach der Art des Gutes sowie dem Zweck, für den es benötigt wird (§ 932 Abs 3 ABGB). Dieser Zweck richtet sich nach dem Vertrag, weshalb er dem Auftragnehmer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zumindest erkennbar sein musste. Angemessen wird eine Frist sein, die es dem Auftragnehmer bei unverzüglicher Inangriffnahme der Verbesserungsarbeiten erlaubt, diese fristgerecht zu beenden (P. Bydliński in KBB<sup>7</sup> § 932 Rz 8). Lieferfristen für Materialien, die bei der Verbesserung benötigt werden, sind entsprechend zu berücksichtigen (OGH 3.11.2005, 6 Ob 85/05a). Handelt es sich um ein Pilotprojekt, ist dies bei der Bemessung der angemessenen

**Angemessene Frist**

### 3. Der Umfang der Prüfpflicht

- Zwei Pflichten** Auch wenn § 1168a ABGB ausdrücklich nur die Warnpflicht nennt, ist unbestritten, dass diese eigentlich in zwei Pflichten zu unterteilen ist, nämlich in die Pflicht, den Beitrag des Auftraggebers zu untersuchen (Prüfpflicht) und den Auftraggeber auf die Gefahr des Misslingens hinzuweisen (Warnpflicht).
- Zu prüfen sind Beistellungen, die für das Gelingen des Werkes relevant sind** Der Auftragnehmer hat daher den Beitrag des Auftraggebers – sei es eine Stoffbeistellung oder eine Anweisung – zu untersuchen. Jedoch hat der Auftragnehmer grundsätzlich nur jene Anweisungen oder Beistellungen des Auftraggebers zu prüfen, die Grundlage des Gelingens des von ihm herzustellenden Werkes sind (*Schwarz, Haftungsfragen aus dem Bauvertragsrecht* 36; *Schwarz, Gedanken zur Warnpflicht des Werkunternehmers, RdW* 1996, 9).
- Der Sorgfaltsmaßstab: Offenbare Untauglichkeit muss erkannt werden** Der Auftragnehmer hat vor offenbar untauglichen Stoffen und der offenbar unrichtigen Anweisung zu warnen. Damit legt das Gesetz einen Sorgfaltsmaßstab fest. „Offenbar“ ist ein Mangel, wenn er bei der aufseiten des Auftragnehmers vorauszusetzenden Fachkenntnis (§ 1299 ABGB) erkannt werden musste (*OGH 31.1.1979, 1 Ob 522/79 = SZ 52/15; OGH 9.4.1981, 8 Ob 504/81*). „Offenbar“ bedeutet somit nicht, dass die Untauglichkeit jedermann auffallen muss. „Offenbar“ ist vielmehr alles, was auf der Seite des Auftragnehmers nach Maßgabe branchenüblicher Kenntnisse erkannt werden muss (*OGH 14.7.2011, 2 Ob 185/10k; OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t*).
- Die Haftung als Sachverständiger** Der Auftragnehmer ist auf seinem jeweiligen Gebiet als Sachverständiger im Sinne des § 1299 ABGB anzusehen. Er hat die Beiträge des Auftraggebers daher entsprechend dem Fachwissen eines Sachverständigen auf seinem Gebiet zu prüfen (*OGH 9.4.1981, 8 Ob 504/81*). Der Auftragnehmer wird daher bei der Untersuchung auch die allgemein anerkannten Regeln der Technik zu berücksichtigen haben.
- Gehilfenhaftung** Dem Auftragnehmer ist grundsätzlich das Wissen seiner Gehilfen zuzurechnen, wenn diese mit Aufgaben betraut waren, bei deren Ausführung dem Auftragnehmer die Untauglichkeit des Stoffes hätte auffallen müssen (*vgl OGH 15.2.1990, 8 Ob 579/90 = SZ 63/20 = JBl 1990, 656 [Dullinger]*).
- Das disziplinüberschreitende Wissen** Außerdem hat sich der Auftragnehmer in gewissem Umfang auch disziplinüberschreitende Kenntnisse anzueignen, um zum einen Schnittstellen zu anderen Unternehmern abzudecken und zum anderen die Eignung von üblicherweise von anderen Unternehmern hergestellten Materialien, Vorarbeiten oder Unterlagen, auf denen seine Leistung aufbaut, zu beurteilen (*Iro, Die Warnpflicht des Werkunternehmers, ÖJZ* 1983, 507). Die Untersuchung der Beiträge des Auftraggebers hat daher nach den fachspezifischen Kenntnissen sowie einem allfälligen disziplinüberschreitenden Sonderwissen zu erfolgen.

men hat, wenn er im Rahmen der Vertragsverhandlungen kurzfristig und ohne Möglichkeit, die Mengen zu überprüfen, der Vereinbarung einer Pauschale zustimmt. Das Risiko üblicher Mengenschwankungen wird der Auftragnehmer dennoch auch in diesem Fall zu tragen haben, denn damit musste er bei Abschluss eines Pauschalpreisvertrages jedenfalls rechnen.

*Krejci* vertritt ebenfalls die Meinung, dass eine Pauschalpreisabrede bei Vorliegen eines Leistungsverzeichnisses keine Mengengarantie bedeutet. Die Pauschalpreisabrede werde irrelevant, wenn sich herausstelle, dass das Leistungsverzeichnis und die tatsächlichen Erfüllungsverhältnisse nicht übereinstimmen (*Krejci, Bauvertrag: Wer trägt das Baugrundrisiko? 100*).

**Keine Übernahme  
des Risikos ohne  
Möglichkeit der  
Überprüfung**

Der Auftragnehmer trägt aber zusätzlich das Risiko der falschen Mengenangaben, wenn er ausdrücklich auch das Mengenermittlungsrisiko übernommen hat. Sind dem Auftragnehmer aber die Mengenermittlungskriterien des Auftraggebers nicht zugänglich, kann grundsätzlich nicht im Wege der Vertragsinterpretation angenommen werden, dass er das Mengenermittlungsrisiko ohne Möglichkeit der Überprüfung übernehmen wollte (*Kapellmann/Schiffers, Vergütung, Nachträge und Behinderungsfolgen beim Bauvertrag<sup>4</sup> Rz 322*).

**Der Sorgfalts-  
maßstab**

Eine Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen (zB des Bodengutachtens) des Auftraggebers über das für seine Kalkulation notwendige Maß hinaus schuldet der Bieter vor Auftragserteilung für gewöhnlich nicht. Dies würde nämlich umfangreiche Prüfpflichten bereits in das vorvertragliche Stadium der Anbotserstellung verlagern. Der Bieter wird vielmehr davon ausgehen können, dass der Auftraggeber die Ausschreibung fachgerecht erstellt hat. Es ist die Pflicht des Auftraggebers ordnungsgemäße, richtige und zur Kalkulation geeignete Ausschreibungsunterlagen zu übergeben. Sie müssen so konzipiert sein, dass möglichst kein Raum für spekulative Angebote offenbleibt (*vgl Karasek, ÖNORM B 2110<sup>4</sup>, Vor 9 Rz 63*). Für die Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Unterlagen haftet der Auftraggeber darüber hinaus auch wegen einer anderenfalls vorliegenden Verletzung seiner vorvertraglichen Sorgfaltsverpflichtungen.

**Vorvertragliche Auf-  
klärungsspflichten**

Eine Aufklärungspflicht des Auftraggebers besteht jedenfalls dann, wenn der Auftragnehmer nach den Grundsätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte. Eine Irreführung des Auftragnehmers muss insbesondere bei vertragswesentlichen Umständen wie Mengen- und Vollständigkeitsgarantien vermieden werden. Die schuldhaftige Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des Auftraggebers, welche unabhängig vom Zustandekommen eines nachfolgenden Vertragsverhältnisses besteht, berechtigt den Auftragnehmer zur Geltendmachung eines allfälligen Vertrauensschadens.

Weiters ist die Einhaltung oder die Überschreitung der vertraglich vereinbarten Termine und die Fälligkeit von Vertragsstrafen aufzunehmen. Allerdings verliert der Auftraggeber seine Ansprüche auf eine vereinbarte Vertragsstrafe nicht, falls er diese nicht in der Niederschrift festhält, da diese Bestimmung sanktionslos ist (*Karasek, ÖNORM B 2110<sup>4</sup>, Punkt 10 Rz 12*). Die Erklärung, dass die Termine eingehalten wurden, ist in der Regel deklarativ. Dem Auftraggeber steht daher der Beweis des Gegenteils frei.

Die Niederschrift ist von beiden Vertragspartnern zu unterfertigen. Die Übernahme ist erst erfolgt, wenn beide Vertragspartner unterschrieben haben (*Karasek, Die Übernahme des Bauwerkes nach ABGB und der ÖNORM B 2110, ecolex 1996, 837*). Der Auftragnehmer hat daher Anspruch, dass alle von ihm gewünschten Erklärungen in die Niederschrift aufgenommen werden, so auch zum Beispiel, wenn gerügte Mängel strittig sind (*Karasek, ÖNORM B 2110<sup>4</sup>, Punkt 10 Rz 11*).

**Übernahme in  
Abwesenheit des  
Auftragnehmers**

Die Übernahme kann nach Punkt 10.2.4 der ÖNORM B 2110 auch in Abwesenheit des Auftragnehmers erfolgen, wenn dieser den vereinbarten Übernahmetermin versäumt. Einseitig vom Auftraggeber bekannt gegebene Übernahmeterminen sind von dieser Bestimmung der ÖNORM B 2110 nicht umfasst, die ausdrücklich vom „vereinbarten“ Termin spricht, da nach der Rechtsprechung die ÖNORM beschränkt mit dem Wortlaut auszulegen ist (*RS01222959*).

In diesem Fall hat der Auftraggeber alleine die Niederschrift zu erstellen, die er dem Auftragnehmer unverzüglich nachweislich zuzustellen hat. Die in der Niederschrift enthaltenen Feststellungen des Auftraggebers gelten gemäß Punkt 10.2.4 der ÖNORM B 2110 als anerkannt, wenn der Auftragnehmer nicht binnen 14 Tagen ab Zustellung der Niederschrift widerspricht und dazu Stellung nimmt. Widerspricht der Auftragnehmer innerhalb der 14-tägigen Frist den Feststellungen in der Niederschrift, gelten diese nicht als anerkannt, und der Auftraggeber hat weiterhin die Richtigkeit seiner Feststellungen zu beweisen. Auch dieses Anerkenntnis ist deklarativ, sodass dem Auftragnehmer der Widerspruch auch nach Ablauf der 14-tägigen Frist offensteht, allerdings trägt er dann die Beweislast. Es muss hier nämlich dasselbe gelten wie bei Eintragungen in das Bautagebuch, sodass dem Auftragnehmer auch in diesem Fall der Gegenbeweis möglich ist (*OGH 10.7.1997, 8 Ob 229/97b*). Ohne Zustellung beginnt die Frist von 14 Tagen nicht zu laufen.

## 5. Die formlose Übernahme

Die formlose Übernahme ist der gesetzliche Normalfall, denn das ABGB kennt zwar die Übernahme, da auch nach dem ABGB die Rechtsfolgen, wie Beginn der Gewährleistung oder Übergang der Gefahrtragung, da-

- Nachteile der berechtigten Leistungsverweigerung trägt der Auftraggeber** Erhebt der Auftragnehmer die Unsicherheitseinrede und stellt er die Bauleistung wegen der schlechten Bonität des Auftraggebers oder wegen bereits tatsächlicher Zahlungsschwierigkeiten ein, hat der Auftraggeber gemäß § 1168 ABGB (Sphärentheorie) sämtliche damit verbundenen Nachteile wie beispielsweise die Kosten der Räumung und der erneuten Einrichtung der Baustelle nach erfolgter Sicherstellung oder Vorauszahlung zu tragen. Der Auftragnehmer hat weiters Anspruch auf entsprechende Bauzeitverlängerung. Er hat in diesen Fällen allerdings auch seine Schadensminderungspflicht zu beachten.
- Vertragsrücktritt** Unterbleibt die Sicherheitsleistung oder die Vorauszahlung, kann der Auftragnehmer auch unter Setzung einer angemessenen Nachfrist gemäß § 918 ABGB vom Vertrag zurücktreten. Die angemessene Frist wird hier, wie bei Geldschulden allgemein, verhältnismäßig kurz sein können, so dass ein bis zwei Wochen in der Regel ausreichend sein werden.
- Wahl der Sicherungsmittel** Grundsätzlich ist es die Wahl des Auftraggebers, auf welche Weise er den Werklohn sicherstellt. Der Auftragnehmer ist allerdings nicht verpflichtet, jede Sicherstellung zu akzeptieren. § 1373 ABGB bestimmt, dass die Sicherstellung in erster Linie durch Handpfand oder Hypothek zu erfolgen hat und erst, wenn dies nicht möglich ist, durch einen Bürgen, wobei nur derjenige, der ein angemessenes Vermögen besitzt und im Inland geklagt werden kann, ein tauglicher Bürge ist. Der Wert der Pfandsache hat dabei mindestens doppelt so hoch zu sein wie die besicherte Forderung (§ 1374 ABGB). Die ÖNORM B 2110 regelt in Punkt 8.7.4, was zur Sicherstellung dienen kann, und nennt dabei Bargeld, Sparbücher, Bankgarantien und Versicherungen als Sicherstellungsmittel, wobei die Wahl der Sicherstellung auch in diesem Fall beim Verpflichteten liegt. Die ÖNORM B 2110 bestimmt dabei ausdrücklich, dass eine Verzinsung des als Sicherstellung übergebenen Bargeldes nicht erfolgt.
- Bankgarantie** In der Baupraxis erfolgen unbare Sicherstellungen fast ausschließlich durch Bankgarantien. Der Vorteil der Bankgarantie besteht darin, dass der Besicherte durch die abstrakte Zahlungsverpflichtung des Kreditinstitutes eine Sicherstellung erreicht, die hinsichtlich der Verwertungsmöglichkeit und Sicherheit an Bargeld heranreicht, ohne die Liquidität des Verpflichteten einzuschränken. Im Übrigen sind die Kosten der Bankgarantie in der Regel niedriger als die Kosten der Finanzierung einer Besicherung mit Bargeld.

### 3. Die Sicherstellung nach ÖNORM B 2110

Die ÖNORM B 2110 regelt die Sicherstellung in Abschnitt 8.7. Nachdem die weiter unten beschriebene Bestimmung des § 1170b ABGB zwingendes Recht darstellt, beschränkt sich die ÖNORM auf die Regelung der Sicherstellung des Auftraggebers. Hinsichtlich des Rechts des

gut an den Vertreter gerichtet sein, sofern dieser bevollmächtigt ist, Erklärungen entgegenzunehmen. Um Vertretungsprobleme zu vermeiden, empfiehlt sich in der Praxis das Begehren jedenfalls (auch) an den Auftraggeber selbst zu richten.

Das Verlangen bedarf keiner Begründung. Allerdings muss der Auftragnehmer klarstellen, dass er sein Recht ausübt, eine Sicherstellung nach § 1170 b ABGB zu fordern (*Hörker/Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1170b Rz 32 [Stand 1.8.2020, rdb.at]*). In der Praxis empfiehlt sich daher ein ausdrücklicher Bezug auf die gesetzliche Norm (*Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB 112*).

Da in § 1170 b ABGB keine besondere Formvorschrift vorgeschrieben wird, kann die Sicherstellung auch mündlich gefordert werden. Aus Beweisgründen, vor allem im Hinblick auf die Aufhebung des Vertrages, ist in der Praxis die Schriftform zu empfehlen. Eine vertragliche anderslautende Vereinbarung, wonach das Verlangen nur schriftlich gestellt werden darf, wird trotz des relativ zwingenden Charakters der Norm in der Literatur als zulässig angesehen (*Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> [Klang] § 1170b Rz 77*). Da der Auftragnehmer auch beweisen muss, dass die Erklärung zugegangen ist, sollte ein Nachweis der Zustellung erlangt werden (*Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB 113*).

Selbst ein konkludentes (schlüssiges) Verlangen ist denkbar. Allerdings ist an eine solche stillschweigende Aufforderung nach § 863 ABGB ein strenger Maßstab zu legen und ist zu fordern, dass sich aus dem Verhalten des Auftragnehmers eindeutig ergibt, dass er eine Sicherstellung nach § 1170b ABGB fordert (*Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB 113; Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> [Klang] § 1170b Rz 78*).

Vertragliche Vereinbarungen, wonach die Sicherstellung nur bei Vorliegen bestimmter Gründe verlangt werden darf, sind unwirksam (*Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> [Klang] § 1170b Rz 75*).

### **Sicherstellungsmittel**

Das Wahlrecht, welches Sicherstellungsmittel übergeben wird, obliegt dem Auftraggeber, weshalb der Auftragnehmer in seiner Aufforderung keine Form der Sicherstellung anzugeben hat. Der Auftragnehmer kann daher bspw nicht Bargeld als Sicherstellungsmittel fordern. Fordert der Auftragnehmer ein bestimmtes Sicherstellungsmittel, wird nicht die gesamte Aufforderung unbeachtlich, sondern nur die Forderung nach einem bestimmten Sicherungsmittel ist unbeachtlich (*Scharmer, Sicherstellung bei Bauverträgen gemäß § 1170b ABGB 114; Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB<sup>3</sup> [Klang] § 1170b Rz 78*).

# XIX. Verschulden und Kausalität bei Schadenersatzansprüchen

Wolfgang Hussian/Maximilian Weselik

**Literatur:** Fischer, Die Regeln der Technik (1985) 64; Haindl, Memo: Bauführerhaftung für Nachbarschäden, *ecolex* 2007, 843; Karasek, ÖNORM B 2110<sup>4</sup> (2023) 1069 ff; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, KBB<sup>6</sup> (2020) §§ 1295 ff sowie § 1315 ABGB; Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> (Stand 1.1.2018, rdb.at) § 1294 Rz 43, 47, 61; Korinek/Krejci, Handbuch der Bauwirtschaft V (1983); Koziol, Grundfragen (2010) Rz 5/80; Koziol, Haftpflichtrecht II<sup>3</sup> (2018); Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup> (2007); Krejci, Die Bedeutung der Regeln der Technik im Bauvertragsrecht, in FS Kralik (1986) 435 ff; Rechberger in Fasching/Konecny Zivilprozessgesetze III/1<sup>3</sup> (2017) Vor § 266 ZPO Rz 59; Reischauer in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> (2018) Vor §§ 918 ff Rz 124; Saria, Regeln der Technik, ZRB 2013, 60; Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.09</sup> (Stand 1.1.2023, rdb.at) § 1315 Rz 13; H. Schlosser/Hartl/L. Schlosser, Die allgemein anerkannten Regeln der Technik, ÖJZ 2009, 58; Schobel, Hypothetische Verursachung, Aliud-Verbesserung und Schadensteilung, JBl 2002, 771 (776); Schopper in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB Klang<sup>3</sup> (2020) § 1165 Rz 102; Setz, Die Regeln der Technik im Werkvertragsrecht: Der maßgebliche Zeitpunkt, ZRB 2023, 52 (53); Welser, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994); Welser, Mängel, Gewährleistung und Schadenersatz, in Straube/Aicher/Ratka/Rauter (Hrsg), Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht II (2017) Punkt 6.11.1.4; Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) 362, 378; Wilhelm, Subunternehmer schädigt Subunternehmer, *ecolex* 2008, 510; Zöchling-Jud in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> (Stand 15.10.2024, rdb.at) § 933a Rz 1.

## 1. Allgemeines zum Schadenersatzanspruch

Schadenersatz ist die Haftung für rechtswidrig verschuldete Schäden. Es wird zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung unterschieden. Haftung aus Vertrag bedeutet, dass ein Schädiger gegenüber seinem Vertragspartner für die Verletzung von Vertragspflichten haftet. Haftung aus Delikt ist hingegen die Haftung, die sich aus der Verletzung einer Verhaltenspflicht ergibt, die gegenüber jedermann besteht. Solche Gebote und Verbote ergeben sich aus Schutzgesetzen (§ 1311 ABGB) und der Anerkennung absolut geschützter Rechtsgüter (Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> 362 und 378).

**Definition**

Allgemeine Voraussetzungen des Schadenersatzes sind, neben dem Eintritt eines Schadens, die Verursachung durch den Schädiger sowie ein schuldhaftes und rechtswidriges Handeln.

In der Praxis wird die Rechtswidrigkeit in den meisten Fällen bereits im Verstoß des Schädigers gegen vertragliche Pflichten liegen. Besteht kein Vertrag, liegt Rechtswidrigkeit vor, wenn absolut geschützte Rechte

**Die Rechtswidrigkeit**