

# *bau*aktuell

Baurecht – Baubetriebswirtschaft – Baumanagement

Herausgegeben von

Detlef Heck / Georg Karasek / Arnold Tautschnig

Interview mit Alexander Schwörer

**Mit Kenntnis der lokalen Märkte entstehen praxisgerechte und sichere Lösungen**

Georg Karasek

**Kein Mitverschulden des Auftraggebers bei vereinbarter Überprüfung der Planunterlagen durch den Auftragnehmer?**

Gerald Goger

**Vortriebsunterbrechungen bei zyklischen Vortrieben**

Hans Lechner

**Projektänderungen, eine notwendige Diskussion beim Planen und Bauen im Bestand**

Melanie Schleicher

**Komplexitätsmanagement bei der Kalkulation im Schlüsselfertigbau**

Wolfgang Lang/Detlef Heck/Martina Edler/Monika Hörler

**Kompetenzmessung von Baustellenführungskräften**

Wolfgang Hussian

**Aus der aktuellen Rechtsprechung**

Das letzte Wort hat Rainer Kurbos

# Kein Mitverschulden des Auftraggebers bei vereinbarter Überprüfung der Planunterlagen durch den Auftragnehmer?

## Eine merkwürdige Entscheidung

Georg Karasek



Dr. Georg Karasek  
ist Rechtsanwalt in Wien.

In der Entscheidung vom 20. 12. 2012, 4 Ob 137/11t,<sup>1</sup> hat sich der OGH mit der Frage des Mitverschuldens des Auftraggebers bei vertraglich vereinbarter Überprüfung der Planunterlagen durch den Auftragnehmer beschäftigt. Er entschied kurzerhand, dass in diesen Fällen dem Auftraggeber ein Mitverschulden nicht anzulasten ist. Dieses überraschende Ergebnis soll in dieser Entscheidungsbesprechung näher untersucht werden.

### 1. Sachverhalt

Die Erstbeklagte hatte die Klägerin mit der Lieferung und Montage der Heizungs-, Kühlungs- und Lüftungsanlage in ihrem neuen Betriebsgebäude beauftragt. Der Nebenintervenient ist Masseverwalter im Konkurs über das Vermögen jenes Ingenieurbüros, das die Pläne für die Anlage erstellt hatte. Die Parteien streiten über das Begehren der Klägerin auf Zahlung eines restlichen Werklohns, weil die Anlage wegen zu geringer Dimensionierung der Luftkanäle nicht geeignet ist, bei hohen Außentemperaturen (32 Grad) die erforderliche Kühlung auf nach „Behaglichkeitskriterien“ angemessene 26 Grad zu gewährleisten. Obwohl die Klägerin die zu geringe Dimensionierung hätte erkennen können, wies sie die Erstbeklagte nicht darauf hin.

Die für den Rechtsstreit maßgebende Bestimmung lautet wie folgt:

„3. Leistungsumfang

3.1. Der Auftragnehmer schuldet

...

3.1.4. Die Überprüfung der vom Fachplaner bereits erstellten kompletten technischen Planung sowie die Überprüfung sämtlicher Berechnungs- und Planunterlagen, Erstellung der Ausführungs-, Werkstatt- und Freigabepläne, in Abstimmung mit dem Auftraggeber, inkl. Zeichnungsüberarbeitung nach den Prüfvorgängen.“

### 2. Entscheidung der Unterinstanzen

Das Erstgericht sprach aus, dass der Klägerin lediglich ein Drittel des Werklohns zustehe, weil das Werk durch ihr Verschulden (Warnpflichtverletzung) mangelhaft geblieben sei. Die Kürzung um zwei Drittel ergebe sich „billigerweise“ daraus, dass die Beklagte wegen des Zurverfügungstellens der mangelhaften Pläne ein Mitverschulden von einem Drittel treffe.

Das Berufungsgericht änderte das angefochtene Urteil ab und sprach aus, dass die Klägerin ihre Prüf- und Warnpflicht verletzt habe. Da die Prüfung der Pläne ausdrücklich vereinbart gewesen sei, sei das Verschulden des Planverfassers den Beklagten nicht als Mitverschulden anzurechnen.

### 3. Entscheidung des OGH

Der OGH bestätigte in diesem Punkt die Entscheidung des Berufungsgerichts mit folgender Begründung:

„Die (teilweise) Untauglichkeit des Werks beruht auf den von der Erstbeklagten beigegebenen Plänen. Dies mindert aber nicht den Ersatzanspruch der Erstbeklagten gegen die Klägerin.

Der Oberste Gerichtshof hat zwar in älteren Entscheidungen ganz allgemein ausgesprochen, dass der Werkbesteller auch im Fall einer Warnpflichtverletzung für die Untauglichkeit der von ihm beigegebenen Pläne einzustehen hat; das Verschulden des dafür herangezogenen Planers sei ihm zuzurechnen (1 Ob 769/83 = SZ 57/18; RIS-Justiz RS0021646). Später hat er das jedoch dahin präzisiert, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigegebenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen muss; vielmehr kommt ein Mitverschulden nur dann in Betracht, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst treffen oder die er nachträglich übernommen hat (4 Ob 283/98s = RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; RIS-Justiz RS0021766; zuletzt etwa 6 Ob 229/10k = ZVB 2011, 435 [Parusel]). Diese Auffassung wird von der überwiegenden Lehre geteilt (Rebhahn in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 1168 Rz 17; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00, § 1168a Rz 61 f; Vollmaier, Mitverschulden bei Warnpflichtverletzung – Zurechnung von Dritten, RdW 2010, 67; alle mwN). Die Beziehung eines fachkundigen Gehilfen führt daher für sich allein nicht zum Entstehen weiterer Pflichten oder Obliegenheiten des Auftraggebers; entscheidend ist vielmehr, ob ihn diese Pflichten oder Obliegenheiten persönlich, also unabhängig vom Beiziehen des Gehilfen getroffen hätten.

Zu prüfen ist daher, ob die Erstbeklagte als Werkbestellerin verpflichtet war, der Klägerin einen fachgerecht ausgearbeiteten Plan vorzulegen. Dabei kann hier offenbleiben, ob eine solche Pflicht oder Obliegenheit besteht, wenn der Werkunternehmer das Werk nach ihm übergebenen Plänen auszuführen hat und der Vertrag dazu keine näheren Regelungen enthält (vgl dazu Kletečka und

<sup>1</sup> Bau aktuell 2012/4.

Vollmaier, aaO, mwN). Denn im vorliegenden Fall ergibt sich die Lösung aus der konkreten Vereinbarung zwischen den Parteien. Darin ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Klägerin die ihr übergebenen Pläne zu prüfen hat. Die Erstbeklagte lehnte es damit – für die Klägerin erkennbar – ab, für die Richtigkeit dieser Pläne einzustehen. Damit lässt sich aus dem Vertrag auch keine Obliegenheit ableiten, fachgerechte Pläne zu übergeben. Gründe für eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung sind nicht zu erkennen. Die Rechtslage ist hier nicht anders, als wenn die Erstbeklagte einen Dritten zur Prüfung der Pläne herangezogen hätte.

Das fahrlässige Verhalten des Planverfassers begründet daher kein Mitverschulden der Erstbeklagten. Vielmehr haften der Planverfasser und die Klägerin der Erstbeklagten solidarisch. Dass allfällige Regressansprüche der Klägerin (§ 896 ABGB) an der Insolvenz des Planverfassers scheitern könnten, kann an dieser Rechtslage nichts ändern.“

#### 4. Kritische Anmerkungen

Richtig ist der Hinweis, dass der OGH in älteren Entscheidungen dem Auftraggeber das Verschulden des Planers „ganz allgemein“ als Mitverschulden angerechnet hat, und er beruft sich hierzu auf die Entscheidung vom 25. 1. 1984, 1 Ob 769/83. Erstaunlich ist aber, dass der OGH nicht die Entscheidung vom 4. 3. 1981, 6 Ob 545/81,<sup>2</sup> erwähnt, die nicht „ganz allgemein“, sondern ganz konkret einen gleich gelagerten Fall gegenteilig entschieden hat. Dem damaligen Bauvertrag lag die ÖNORM B 2110 zugrunde, die vorsieht, dass der Auftragnehmer die ihm vom Auftraggeber übergebenen Ausführungsunterlagen vor Beginn der bedungenen Leistungen zu prüfen und die bei Anwendung pflichtgemäßer Obsorge erkennbaren Mängel gegen die vorgesehene Art der Ausführung dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich mitzuteilen hat. Der OGH hat ein Mitverschulden des Auftraggebers angenommen. Ebenso unerwähnt blieb die Entscheidung vom 9. 4. 1981, 8 Ob 504/81,<sup>3</sup> die ebenfalls eine Vertragsklausel enthielt, die den Auftragnehmer zur Überprüfung der Planunterlagen verpflichtete. Auch dort wurde ein Mitverschulden des Auftraggebers angenommen.

Euphemisch ist daher die Behauptung, die Rechtsprechung habe frühere Entscheidungen dahin „präzisiert“, dass sich der Werkbesteller nicht jedes mitwirkende Verschulden eines von ihm beigezogenen sachverständigen Gehilfen anrechnen lassen müsse und dass ein Mitverschulden nur dann in Betracht komme, wenn dieser Pflichten oder Obliegenheiten verletzt habe, die aufgrund ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung oder nach der Verkehrsübung den Werkbesteller selbst träfen oder die er nachträglich übernommen habe. Tatsache ist, dass in Lehre<sup>4</sup> und Rechtsprechung<sup>5</sup> zunehmend die Meinung vertreten wird, dass ein

Fehler eines Architekten bei der Planung und der Erteilung von Anweisungen dem Auftraggeber im Verhältnis zum Unternehmer nicht zuzurechnen sei. Dieser Lehrmeinung zu folgen ist keine „Präzisierung“ älterer Entscheidungen, sondern eine glatte Kehrtwende.

Anscheinend wollte der 4. Senat die aus dem Schrifttum kommende Meinung, der Unternehmer haften bei einer Warnpflichtverletzung wegen fehlerhafter Planung alleine, nicht übernehmen, sondern hat es mit einer eigenen Begründung versucht. Weil im Vertrag ausdrücklich vorgesehen war, dass die Auftragnehmerin die ihr übergebenen Pläne zu prüfen hat, sei für sie erkennbar gewesen, dass der Auftraggeber für die Richtigkeit der Pläne nicht einstehen wollte. Diese Begründung ist sehr weit hergeholt. Fest steht, dass der Auftraggeber Pläne übergeben hat. Ebenso steht fest, dass der Auftragnehmer nicht mit der Planung der Anlage beauftragt war. Es liegt daher nahe, dass der Auftraggeber es als seine Verpflichtung (oder zumindest als Obliegenheit) angesehen hat, Pläne anzufertigen. Warum hätte er sie dem Auftragnehmer sonst übergeben sollen, wenn er dies nicht als seine vertragliche Pflicht gesehen hätte? Fest steht auch, dass der 4. Senat nach seiner eigenen Begründung ein Mitverschulden annimmt, wenn der Auftraggeber eine eigene Verpflichtung oder Obliegenheit verletzt. Sorry! Diese Begründung ist nicht überzeugend.

In einer früheren Entscheidung<sup>6</sup> hat der OGH auch zutreffend darauf hingewiesen, dass der Werkunternehmer zwar alles, was der Werkbesteller für die Herstellung des Werks zur Verfügung stellt, auf Zweckmäßigkeit hin zu prüfen hat und etwaige Bedenken geltend machen muss. Es trifft ihn aber nicht die Pflicht, im gleichen Umfang wie der primär prüfpflichtige Werkbesteller eigene Untersuchungen anzustellen. Hingegen ist es nicht erforderlich, dass der Bauunternehmer kostspielige Paralleluntersuchungen vornimmt oder in Auftrag gibt, es sei denn, es wäre dies besonders vereinbart oder hätte im Entgelt seinen Ausdruck gefunden. Es erstaunt daher, dass sich das Höchstgericht nicht mit den Grenzen der Warnpflicht auseinandergesetzt hat, weil die Überprüfung der richtigen Dimensionierung einer Lüftungsanlage einen hohen Aufwand erfordert.

Es ist auch ein schwacher Trost für den Auftragnehmer, dass er sich einen Teil des Schadens im Regressweg wiederholen kann, wie die leicht zynische Bemerkung des OGH, die Insolvenz des Planverfassers könne an dieser Rechtslage nichts ändern, deutlich macht. Mit dieser Entscheidung wird das Insolvenzrisiko des Planers, den sich der Auftragnehmer nicht ausgesucht hat, auf ihn überwälzt. Da darf dann in Zeiten der Überwälzung aller nur erdenklichen Risiken auf den Auftragnehmer auch der (begründungslose) Satz nicht fehlen: „Gründe für eine Gesetz- oder Sittenwidrigkeit dieser Vereinbarung sind nicht zu erkennen.“

2 Korinek/Krejci, Handbuch der Bauwirtschaft, V/1.

3 Korinek/Krejci, Handbuch, V/5.

4 Rebhahn in Schwimann, ABGB<sup>3</sup>, § 1168 Rz 17; Kletečka in Kletečka/Schauer, ABGB-ON (2010) § 1168a Rz 61 f.

5 OGH 24. 11. 1998, 4 Ob 283/98s, RdW 1999, 200 = bbl 1999/139; RIS-Justiz RS0021766; zuletzt etwa OGH 18. 7. 2011, 6 Ob 229/10k, ZVB 2011/124 (Parusel).

6 OGH 25. 8. 1998, 7 Ob 140/98h.